



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE
XXXI Ciclo – Anno Accademico 2017-2018

PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO E PATRIMONIO CULTURALE

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. MICHELE COMENALE PINTO

Tutor:

Chiar.mo Prof. DOMENICO D'ORSOGNA

Tesi di Dottorato di
ALESSANDRA MUGGIANU

La presente tesi è stata prodotta nell'ambito della Scuola Dottorale in Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Sassari, A.A. 2017/2018 - XXXI ciclo, con il supporto di una borsa di studio finanziata dal Consorzio nuorese per la Promozione degli Studi Universitari nella Sardegna Centrale

INDICE

CAPITOLO I

IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

1.	Principio di sussidiarietà e partenariato pubblico-privato.....	5
2.	Benefici e criticità delle forme di collaborazione tra soggetti pubblici e privati.....	17
3.	Evoluzione del fenomeno del partenariato pubblico-privato e quadro normativo attuale a seguito del d.lgs. 50/2016.....	23
3.1.	Rischio operativo ed equilibrio economico-finanziario nei contratti di PPP	30
3.2.	Livelli di progettazione: il PPP deroga al divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione	37
3.3.	Procedure di affidamento dei contratti di PPP e controllo dell'operatore economico nella fase esecutiva.	40
3.3.1.	Linee guida dell'ANAC n. 9 riguardanti il monitoraggio dei contratti di partenariato pubblico-privato in corso di esecuzione.....	42
4.	Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato.....	48
4.1.	Concessione di lavori e concessione di servizi.....	61
5.	Distinzione tra appalti pubblici e PPP	63
6.	Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato e società miste	64
6.1.	La c.d. gara a doppio oggetto per la scelta del partner privato nelle società miste.....	69
6.2.	Evoluzione giurisprudenziale della natura giuridica delle società miste: il Consiglio di Stato abbraccia la nozione di ente pubblico c.d. mutevole e cangiante.....	75
6.3.	Società in house e PPP.....	81
7.	PPP istituzionalizzato realizzato mediante fondazioni di partecipazione.....	86
8.	Partenariato pubblico-privato contrattuale e atipicità negoziale	91
9.	Gli accordi tra pubblica amministrazione e privato come strumento di PPP	101
9.1.	Urbanistica negoziata: le convenzioni urbanistiche	107
9.2.	Perequazione urbanistica: la nuova pianificazione territoriale mediante accordi.....	112

CAPITOLO II

PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO IN AMBITO CULTURALE

1.	Introduzione al tema.....	118
2.	La nozione di bene culturale: cenni sull' evoluzione normativa.....	121
3.	Tutela, valorizzazione e gestione dei beni culturali	128
4.	Valorizzazione economica dei beni culturali: bilanciamento tra l'impostazione "purista" e lo sfruttamento incondizionato a fini commerciali.....	138
5.	Ruolo del privato nella gestione dei beni culturali alla luce del d.lgs. 42/2004	154
6.	Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato in ambito culturale: le fondazioni di partecipazione.....	169
7.	Beni culturali e mecenatismo, le nuove frontiere del <i>crowdfunding</i>	177
8.	Partenariato pubblico-privato contrattuale in ambito culturale: il contratto di sponsorizzazione	184
8.1	La procedura di scelta dello sponsor: art. 199-bis del previgente codice Appalti.....	193
8.2.	La nuova regolazione della sponsorship pubblico-privata dei beni culturali nel d.lgs. 50/2016	204
9.	Le forme speciali di partenariato ai sensi dell'art. 151, comma 3, d.lgs. 50/2016	212
10.	Partecipazione dei privati mediante accordi nella programmazione degli interventi tesi alla valorizzazione del patrimonio culturale.....	215

CAPITOLO III

PATRIMONIO CULTURALE IMMATERIALE E PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

1.	Beni culturali immateriali: profili generali.....	219
2.	Lacuna normativa e tentativi di salvaguardia del patrimonio immateriale.....	227
3.	Partecipazione culturale con particolare riferimento al patrimonio immateriale alla luce delle Convenzioni internazionali	233
4.	Dalla partecipazione culturale a forme di gestione partecipata. L'immateriale economico e sua potenziale valorizzazione.....	244
4.1.	Segnali di apertura verso la valorizzazione economica dei beni immateriali nella legislazione nazionale: la registrazione del marchio.....	248
5.	Partenariato pubblico-privato e beni culturali immateriali.....	251
5.1.	Sponsorizzazione e beni culturali immateriali.....	255

6. Ecomusei: esempio di pratica partecipata di valorizzazione del patrimonio culturale immateriale	257
6.1 Ecomuseo e modelli di gestione ispirati al partenariato pubblico-privato, in particolare la fondazione di partecipazione.....	265
CONCLUSIONI	271
BIBLIOGRAFIA	275

IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

1. Principio di sussidiarietà e partenariato pubblico-privato

Il concetto di sussidiarietà, inteso come principio organizzativo del potere fra enti rappresentativi di differenti livelli territoriali di governo della cosa pubblica¹, trova la sua origine nel diritto comunitario al fine di disciplinare il rapporto tra Unione Europea e Stati membri². Esso è stato recepito nell'ordinamento giuridico italiano dapprima nella legge n. 59 del 1997 (nota come "legge Bassanini")³ fino ad ottenere il suo inserimento nella Costituzione in occasione della riforma del Titolo V ad opera della legge del 18 ottobre 2001 n. 3⁴, la quale, superando il precedente parallelismo tra competenze legislative e amministrative⁵, ha introdotto un nuovo criterio di ripar-

¹ F. FABI, R. LOIERO, F. PROFITI, *Il partenariato pubblico-privato nell'ordinamento giuridico nazionale, comunitario ed internazionale*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2015, p. 6.

² Tale principio è stato introdotto per la prima volta dal Trattato di Maastricht del 1992 nel Trattato CE all'art. 5 (ex art. 3 B) par. 2 il quale prevedeva che l'intervento della Comunità Europea, ad eccezione dei settori di sua esclusiva competenza, potesse avvenire "soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono, dunque, a motivo delle dimensioni e degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario". A seguito della riforma dei Trattati comunitari, operata nel 2007 dal Trattato di Lisbona, il principio di sussidiarietà è stato trasfuso nell'art. 5, par. 3, del Trattato UE ed è stata abrogata la disposizione corrispondente del trattato CE, pur riprendendone sostanzialmente i termini. Invero è ora stabilito che "in virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello dell'Unione".

³ La legge n. 59 del 1997, al fine di realizzare il c.d. federalismo amministrativo, ha attribuito al Governo la delega per conferire alle Regioni e agli enti locali funzioni e compiti amministrativi esercitati dall'amministrazione statale, con esclusione delle materie indicate dall'art. 1, commi 3 e 4 della stessa legge. Il successivo decreto delegato n. 112 del 1998 ha devoluto la generalità delle funzioni amministrative alle regioni e agli enti locali. La devoluzione di poteri e competenze attuata con le leggi Bassanini ha fatto sorgere opinioni contrastanti in ordine alla sua compatibilità con la Costituzione del 1948, in particolare con gli articoli 5 e 128, avendo modificato i rapporti tra Stato, Regioni ed enti locali in maniera profonda tanto che la riforma fu definita "federalismo amministrativo a Costituzione invariata".

⁴ Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, recante "Modifiche al Titolo V della Parte seconda della Costituzione", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 248 del 24 ottobre 2001.

⁵ Prima della riforma del Titolo V la Costituzione presentava un assetto di tipo gerarchico in cui lo Stato assumeva un ruolo preminente in quanto destinatario in via generale di tutte le competenze: alle Regioni spettavano le funzioni amministrative nelle materie in cui avevano competenza legislativa. Tuttavia il principio del parallelismo non era assoluto in quanto la precedente versione dell'art. 118 Cost. prevedeva che lo Stato potesse decentrare ulteriormente attribuendo delle competenze amministrative di interesse esclusivamente locale alle Province, ai Comuni ed agli altri enti locali. Inoltre lo

tizione delle funzioni amministrative tra Stato ed autonomie locali. In particolare, nell'art. 118 Cost., come novellato nel 2001, si è stabilito che le funzioni amministrative devono essere attribuite all'entità territoriale più vicina ai cittadini, ossia il Comune, salvo che quest'ultimo non sia in grado di agire con efficacia ed efficienza. In tal caso, per assicurarne l'esercizio unitario, esse sono conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato sulla base dei principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione. Dunque, in virtù di tale principio, l'intervento degli enti centrali si giustifica solo quando l'azione degli enti più vicini al cittadino risulti inadeguata e, pertanto, ha natura sussidiaria rispetto all'attività di questi ultimi.

Il concetto di sussidiarietà fin qui delineato si esprime in una dimensione verticale⁶ e si differenzia da quello avente carattere "orizzontale"⁷, anch'esso costituzionalizzato mediante la suddetta legge nel quarto comma dell'art. 118 Cost.⁸, che trova

stesso art. 118 stabiliva che "la Regione esercita normalmente le sue funzioni amministrative delegando alle Province, ai Comuni o ad altri Enti locali, o valendosi dei loro uffici". Con l'introduzione del principio di sussidiarietà (art. 118) il nostro ordinamento è stato ridisegnato in modo da rendere l'amministrazione più vicina al cittadino.

⁶ Si distingue tra una "dimensione statica" di sussidiarietà verticale "come fondamento di un ordine prestabilito di competenze" che si esprime "nella tendenziale attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai Comuni" e una "dimensione dinamica", ossia "fattore di flessibilità di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie" (Corte Cost. n. 303/2003). In virtù di tali esigenze si giustifica lo spostamento verso l'alto dei poteri e delle competenze secondo la nota metafora dell'"ascensore" elaborata da R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 103. Secondo M. RENNA, F. SAIITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 285, "si può dire che le funzioni possono scendere o salire, oppure anche restare al piano, a seconda, da un lato, della loro collocazione di partenza e, dall'altro, della materia cui si riferiscono e della loro tipologia, ossia, in ultima analisi, della loro dimensione".

⁷ Tra gli innumerevoli interventi sul tema v. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, Jovene, 2005, p. 192; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1/2002, p. 5 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 1/2002, p. 51 ss.; G. PECORARO, *Il principio di sussidiarietà orizzontale ex art. 118 u.c. Cost. e il Partenariato Pubblico-privato nel settore delle opere pubbliche*, in *Dir. Amm.*, 2005; A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico-privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Giappichelli, Torino, 2012; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 4 ss.; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 1/2001, pp. 13 ss.; ID., *L'Italia verso il federalismo*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 319 ss.; ID., *Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2/1997, pp. 603 ss.; P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 11 ss.; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, V, 10/1995, pp. 373 ss., il quale lo definisce principio ambiguo con almeno trenta diversi significati, programma, formula magica, alibi, mito e epitome della confusione; E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2006; F.A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni, Atti del Convegno per il 40° della Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'amministrazione (Bologna, 1995)*, Maggioli, Rimini, 1997, pp. 85 ss.; P. DURET, *Sussidiarietà orizzontale radici e suggestioni di un concetto*, *Ius*, 1/2000, pp. 95 ss.

⁸ L'art. 118 della Costituzione sancisce al comma 4 che «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà». La sussidiarietà orizzontale si

espressione nell'ambito del partenariato pubblico-privato⁹. In tale accezione di sussidiarietà viene esaltato il ruolo dei privati, sia come singoli sia nelle loro formazioni sociali, nello svolgimento di attività pubbliche. Tale principio “sancisce la mobilità della linea di confine tra quelle attività di cura dell'interesse generale che debbono essere assicurate dai pubblici poteri (e che dunque sono infungibilmente pubbliche) e quelle attività che possono essere adeguatamente assicurate dai soggetti privati o dalle formazioni sociali”¹⁰. Nello specifico, la pubblica amministrazione rimane titolare di funzioni e compiti pubblici ma coinvolge il soggetto privato nel loro esercizio nell'ottica di una più efficace ed efficiente attività amministrativa. Invero la sussidiarietà, anche nella versione orizzontale, risulta strettamente collegata al concetto di buona amministrazione¹¹, in particolare al corollario costituito dal principio dell'efficienza¹².

svolge nell'ambito del rapporto tra autorità e libertà, Stato e formazioni sociali, ed esprime il criterio di ripartizione delle competenze tra enti locali e soggetti privati, basandosi sul presupposto secondo cui alla cura dei bisogni collettivi e alle attività di interesse generale provvedono direttamente i privati cittadini e i pubblici poteri intervengono in funzione sussidiaria, di programmazione, di coordinamento ed eventualmente di gestione. Il Consiglio di Stato, nel parere 1 luglio 2002, n. 1354/2002, ha affermato, relativamente alla formulazione dell'art. 118 che sussiste in capo agli enti territoriali un dovere “di proteggere e realizzare lo sviluppo della società civile partendo dal basso ovvero dal rispetto e dalla valorizzazione delle energie individuali, dovendosi privilegiare l'iniziativa dei singoli quando sia in grado di realizzare attività di utilità generale rientranti nei settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi”.

⁹ B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, in *Amministrazione in Cammino*, 27 febbraio 2017, afferma che “Il PPP in tal senso rappresenta una delle manifestazioni più evidenti del principio della sussidiarietà orizzontale, quale riconoscimento da parte dei pubblici poteri del ruolo sussidiario della società civile nell'esplicazione di attività di interesse generale e, quindi, anche nell'esercizio di funzioni e servizi pubblici e sociali. Inteso in senso “positivo”, tale principio non impone alcun arretramento dello Stato, ma suggerisce una diversa modalità di intervento pubblico che promuova e sostenga l'autonoma capacità di azione dei singoli e delle formazioni sociali”.

¹⁰ P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione, Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Cedam, Padova, 2005, p. 290.

¹¹ D. D'ORSOGNA, *Buona amministrazione e sussidiarietà*, in *Diritto e Storia*, n. 9/2010. Relazione tenuta al Convegno su “La buona amministrazione tra affermazioni di principio e diritti fondamentali” (Gubbio, 19 e 20 ottobre 2007), organizzato dalla università degli Studi di Perugia e dalla Scuola Eugubina di Pubblica Amministrazione, reperibile al sito www.dirittoestoria.it.

¹² Sulla nozione di efficienza cfr. R. MARRAMA, *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza, Atti del XXXV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 21-23 settembre 1989*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 65 ss.; ID., *L'esercizio della funzione di organizzazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Monduzzi, Bologna, 1998, pp. 345 ss.; O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1975; R. BETTINI, *Il principio di efficienza in scienza dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1968; G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, pp. 131 ss.; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, III, Cedam, Padova, 1993, p. 327. Secondo U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione in una prospettiva di revisione costituzionale*, in *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 248 ss., in vista di una revisione costituzionale, sarebbe opportuno riformulare meglio il buon andamento utilizzando la locuzione «efficienza».

Secondo una certa interpretazione la novità della disposizione in esame consisterebbe addirittura nell'inversione del rapporto pubblico-privato per cui l'intervento del primo sarebbe l'eccezione mentre l'iniziativa del secondo la regola¹³. Ne conseguirebbe la legittimazione dell'intervento pubblico esclusivamente nelle aree in cui la capacità sociale dei privati non sia in grado di raggiungere gli obiettivi di interesse generale¹⁴.

Secondo parte della dottrina¹⁵ è possibile rinvenire un ulteriore fondamento costituzionale della sussidiarietà orizzontale nell'art. 43 Cost.¹⁶ il quale, relativamente all'intervento dello Stato in economia, fa riferimento alla possibilità di quest'ultimo

¹³ A.L. TARASCO, *Il patrimonio culturale, modelli di gestione e finanza pubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 151.

¹⁴ V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Amministrazione in Cammino*, 20 luglio 2016. Cfr. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., p. 19, che afferma "Il principio di sussidiarietà orizzontale, dunque, se ritenuto applicabile, dà la preferenza ai privati, salvo che si dimostri che nessun privato è disponibile o riesce a raggiungere risultati ottimali o comunque migliori di quelli raggiunti o raggiungibili dai poteri pubblici". In senso critico G.C. DI SAN LUCA, *Volontariato, non-profit e beni culturali*, in *federalismi.it*, 17 maggio 2017, che ritiene la sussidiarietà orizzontale non assumibile nell'accezione neo-liberista basata sulla teoria dei *market failures*, secondo la quale l'intervento pubblico è legittimato esclusivamente nelle aree di attività incapaci di reggersi da sole sul mercato. In caso contrario si avrebbe "un radicale svuotamento del *welfare state*". L'A. precisa che "Se la sussidiarietà orizzontale, quindi, dovesse intendersi nel senso che l'intero complesso dei pubblici poteri sarebbe abilitato ad intervenire soltanto quando la capacità sociale dei privati non fosse in grado di raggiungere gli obiettivi, ciò comporterebbe il definitivo depotenziamento dell'intervento pubblico, così da azzerarne quasi il valore. Ove venga letta in questo modo, la sussidiarietà orizzontale ben potrebbe rappresentare una sorta di 'capacità di interdizione' del 'pubblico' (che sarebbe costituzionalmente riconosciuta al 'privato') ad agire in ambiti nei quali il 'privato' sarebbe autonomamente in grado di produrre risultati. Ciò appare, in un certo senso, 'fuori asse' rispetto al quadro di riferimento segnato dalla Carta del 1948". Inoltre, prosegue l'A., in tal modo "si finirebbe inevitabilmente per ritenere che la Costituzione abbia stabilito una primazia della sussidiarietà orizzontale su quella verticale, così correndosi, in sede ermeneutica, un serio rischio di azzerare il fondamentale valore costituzionale dell'autonomia territoriale (art. 5). Se, infatti, la Carta avesse definito il confine tra 'pubblico' e 'privato' nel senso di ampliare lo spazio del secondo, imponendo tale decisione agli enti territoriali esprimenti ciascun singolo livello di governo, ciò priverebbe questi ultimi della possibilità di scegliere autonomamente come configurare il rapporto tra 'pubblico' e 'privato' nella relativa circoscrizione in modo da corrispondere alle preferenze politico-istituzionali maggioritarie nel territorio".

¹⁵ R. DIPACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 83, osserva che "Il fondamento del principio di sussidiarietà orizzontale si può riscontrare anche nell'art. 43 della Costituzione, il quale, invece, è stato sempre considerato come l'architrave dell'interventismo statale nell'economia. Se il costituente ha sentito l'esigenza di affermare la possibilità che i servizi di interesse generale possano essere nazionalizzati, significa che gli stessi, in condizione di normalità, devono essere erogati attraverso soggetti privati che operano in un regime di mercato concorrenziale e non chiuso. Così letta la norma costituzionale sembra delineare un'eccezione anziché la regola, rendendo la nostra Costituzione economica del tutto compatibile con i principi derivanti dall'ordinamento comunitario ed esaurendo, nel contempo, la ricerca del fondamento della sussidiarietà nell'ambito nazionale".

¹⁶ L'art. 43 Cost. stabilisce che «A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale».

di riservarsi servizi di interesse generale e, pertanto, ammetterebbe implicitamente che tali servizi possano essere erogati da soggetti privati.

L'evoluzione del sistema amministrativo italiano coerentemente al principio di sussidiarietà orizzontale emerge, in primo luogo, nel tramonto del ruolo dello Stato-imprenditore, il quale agiva come operatore diretto nel mercato nella veste di monopolista, e nella progressiva assunzione da parte dello stesso di funzioni organizzative, di regolazione e controllo, nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento imposti dell'Unione Europea¹⁷.

Come immediata conseguenza attuativa del ridimensionamento dell'intervento dello Stato nell'economia, motivato dall'esigenza di favorire mercati più liberi e concorrenziali ma anche dalla carenza di risorse e dalla palese inadeguatezza e inefficienza dimostrata dal settore pubblico, viene in rilievo la fase delle privatizzazioni avviate negli anni Novanta¹⁸. A seguito di tale processo, che ha determinato la trasformazione degli enti pubblici economici in persone giuridiche private, i soggetti che oggi rivestono il ruolo di impresa pubblica sono quasi esclusivamente le società¹⁹. Tuttavia siffatto fenomeno non ha decretato il definitivo abbandono dello Stato nell'economia in quanto, nella maggior parte dei casi, la privatizzazione formale non

¹⁷ V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., afferma che il PPP "d'altro canto, si inserisce concretamente nell'evoluzione del ruolo dello Stato e della pubblica amministrazione in campo economico. Un ruolo divenuto negli ultimi anni soprattutto di organizzazione, regolazione e controllo, nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento imposti dell'Unione Europea, sorpassando il passato ruolo di operatore diretto nel mercato". In relazione al ruolo che l'amministrazione pubblica ha assunto negli ultimi anni, passando da operatore diretto nel mercato a organizzatore, regolatore e supervisore dello stesso v. M. CAFAGNO, F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, vol. V, Firenze University Press, Firenze, 2016, pp. 9 ss. e V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, in *Politica del diritto*, n. 4, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 627 ss.

¹⁸ A partire dai primi anni Novanta del XX secolo il Governo ha avviato una prima importante fase di privatizzazione delle imprese pubbliche che inizialmente ha riguardato gli enti creditizi pubblici e successivamente è stata estesa ai principali enti pubblici economici. Per quanto concerne la privatizzazione formale si ricorda la L. 30 luglio 1990 n. 218 e il D.lgs. 20 novembre 1990 n. 356 con cui è stata disposta la trasformazione degli enti creditizi pubblici in società per azioni a maggioranza pubblica. Con la L. 8 agosto 1992 n. 359 è stata invece disposta la trasformazione coattiva dell'IRI, dell'ENI, dell'INA e dell'ENEL in società per azioni controllate dallo Stato. In attuazione dell'art. 18 della stessa legge, che ha riconosciuto al CIPE la potestà di deliberare la trasformazione in società per azioni di enti pubblici economici qualunque fosse il loro settore di attività, è avvenuta la trasformazione dell'Ente Ferrovie dello Stato in società per azioni sottoposta a controllo statale (deliberazione C.I.P.E. del 12 agosto 1992). Anche a livello locale sono state realizzate molte privatizzazioni formali che hanno condotto alla trasformazione delle aziende autonome in società di capitali miste, ossia a partecipazione pubblica privata.

¹⁹ L'intervento sul mercato in veste imprenditoriale attraverso enti pubblici economici costituisce un modello ormai recessivo, in via di estinzione, cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., Giuffrè, Milano, 2010, pp. 115 ss.

è stata accompagnata dalla sottrazione di tali soggetti al controllo pubblico²⁰ (c.d. privatizzazione sostanziale).

Sembra rispondere al principio di sussidiarietà orizzontale anche l'utilizzo di moduli organizzativi privatistici (nello specifico strutture societarie partecipate della pubblica amministrazione) per l'esercizio di funzioni e compiti amministrativi in senso proprio.

La costante crescita di figure civilistiche e commercialistiche deputate alla cura di interessi generali ha determinato la nascita di un "diritto privato dell'organizzazione pubblica", caratterizzato dalla presenza di organizzazioni formalmente private che, nella sostanza, sono organizzazioni pubbliche²¹. Ad esse, infatti, sono state estese, nell'esigenza di "tutelare interessi che sarebbero altrimenti compromessi dalla so- la applicazione delle regole privatistiche"²², le discipline e le regole di comportamento pubblicistiche coerenti con la natura dell'attività da loro svolta.

Il processo di trasformazione degli enti pubblici tradizionali e la crescita esponenziale di soggetti dotati di personalità giuridica di diritto privato a cui vengono

²⁰ C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 393 ss.; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, pp. 579 ss.

²¹ V. CERULLI-IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 2 ss. In merito alla "riorganizzazione della sfera pubblica" v. anche G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 22, secondo cui "l'amministrazione si apre così all'intervento dei privati e giunge ad affidare loro compiti e servizi pubblici: a volte, per proprie insufficienze o esigenze finanziarie; a volte, per un disegno di valorizzazione del "terzo settore". Tutto ciò determina una pluralizzazione delle forme giuridiche utilizzate dalla normazione amministrativa. La moltiplicazione delle soluzioni organizzative a disposizione e la possibilità di intrecciarne le diverse discipline segnano il definitivo mutamento della prospettiva tradizionale. In luogo di quella fondata sulla "grande dicotomia", e pertanto sulla ricerca di una linea netta di distinzione tra i due campi, si impone quella basata sulla fungibilità tra pubblico e privato, e dunque sulla individuazione dei criteri di scelta e sulle tecniche di scambio". S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, n. 2/1985, p. 374, si riferisce ad uno Stato diventato multiorganizzativo in cui emergono nuove forme collaborative pubblico-privato che producono organismi ausiliari alla pubblica amministrazione dando vita ad "un fenomeno che non ha forme definite e di cui si possono solo descrivere i contorni. Si è infatti abituati a pensare alle amministrazioni pubbliche non solo come amministrazioni riferibili allo Stato, ma anche come qualcosa di separato dalle amministrazioni private. Questo non è più vero, ormai, da decenni. Vi sono frequenti fenomeni di surrogazione di strutture private in funzioni pubbliche. (...) le amministrazioni pubbliche, invece di organizzare nuovi uffici e di assumere altro personale, affidano propri compiti a privati che operano in funzione strumentale all'amministrazione".

²² G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?», in Dir. amm.*, fasc. 4, 2003, p. 801. Secondo l'A. la pubblicizzazione si realizza in due modi: "Da un lato, il legislatore estende singole discipline dettate per amministrazioni ed enti pubblici ad operatori formalmente, ma a volte anche sostanzialmente, privati: la considerazione di tali figure come «soggetti amministrativi» indica, con un'efficace formula di sintesi, la sottoposizione alla medesima disciplina. L'equiparazione, comunque, è limitata all'applicazione di una specifica previsione normativa. Dall'altro, la giurisprudenza procede ad una complessiva "riqualificazione" pubblica dei soggetti privati ponendo le condizioni per un'applicazione automatica e integrale dell'insieme delle norme "orizzontali" dirette ad amministrazioni ed enti pubblici".

affidati compiti di natura pubblicistica ha condotto, più recentemente, ad una rivisitazione del concetto di pubblica amministrazione²³. Tale rilettura è stata accolta anche in ossequio all'ordinamento comunitario che abbraccia una nozione mobile di p.a., la quale si allarga e restringe in base alle connotazioni sostanziali e funzionali del soggetto a cui ci si riferisce e alla luce degli obiettivi perseguiti dalla disciplina che viene in rilievo (come avviene in caso di organismo di diritto pubblico in materia di appalti).

Come è stato osservato, la figura dell'ente pubblico è stata scomposta e frammentata dal legislatore al punto da rendere spesso "inservibile" anche la tecnica degli indici rivelatori²⁴. Più che soluzioni "assolutizzanti", in base alle quali dalla riqualificazione di un ente in termini pubblicistici consegue la meccanica e integrale soggezione alle regole di diritto amministrativo, si tende oggi ad abbracciare una ricostruzione di regimi giuridici ad ambito variabile. In virtù di siffatta impostazione si dovrebbe analizzare la finalità perseguita e l'interesse tutelato dalla disposizione indirizzata agli enti pubblici onde verificare, caso per caso, se sia estendibile anche a soggetti che, pur essendo formalmente privati, presentano determinati caratteri organizzativi e funzionali alla luce dei quali devono essere considerati anch'essi destinatari dell'istituto che viene in rilievo. Pertanto l'inquadramento in via generale come enti pubblici "diventa inutile, oltre che sbagliato: la realtà è che, a seconda dei fini e dei casi, si applicano ad essi discipline tipicamente pubblicistiche e discipline tipi-

²³ Sul punto v. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 26/05/2015 n. 2660 che, relativamente alla nozione di ente pubblico, evidenzia come l'ordinamento assumerebbe una nozione "funzionale e cangiante", soggetta, cioè, a modificazioni di estensione in considerazione della singola disposizione normativa che viene in rilievo. Ciò significa che il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e dalla *ratio* ad esso sottesa. Occorre, in altri termini, di volta in volta domandarsi quale sia la funzione di un certo istituto, quale sia la *ratio* di un determinato regime amministrativo previsto dal legislatore, per poi verificare, tenuto conto delle caratteristiche sostanziali del soggetto della cui natura si controverte, se quella funzione o quella *ratio* richiedono l'inclusione di quell'ente nel campo di applicazione della disciplina pubblicistica. Ne consegue che è del tutto normale, per così dire "fisiologico", che ciò che a certi fini costituisce un ente pubblico, possa non esserlo ad altri fini, rispetto all'applicazione di altri istituti che danno rilievo a diversi dati funzionali o sostanziali. Nello stesso senso Consiglio di Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043.

²⁴ Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 190. Lo stesso Autore in altra opera, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro avvocature*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1974, p. 36, chiarisce che "ente pubblico è, nel nostro sistema positivo, nomenclatura e non invece nozione giuridica univoca". Cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit. e S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 2000, p. 198, che considera l'ente pubblico un "istituto proteiforme, le cui frontiere sono imprecise e le cui classificazioni sono multiple e imperfette" e aggiunge che si potrebbe concludere nel senso che l'ente pubblico "non è neppure un istituto, ma la somma di un insieme di istituti".

camente privatistiche. Alle certezze delle letture dicotomiche si sostituisce la continua e sempre mutevole ricostruzione di istituti a geometria variabile”²⁵.

La sussidiarietà orizzontale è stata inizialmente intesa in senso sostitutivo, in cui il rapporto tra pubblico e privato si pone in termini di alternatività e separazione, ed ha trovato la più compiuta espressione nel settore dei servizi pubblici locali ove si è proceduto all’affidamento della loro gestione ad operatori privati. Con l’esternalizzazione da parte della PA di servizi o pubbliche funzioni il soggetto privato esercita in piena autonomia l’attività amministrativa o di pubblico interesse, con conseguente responsabilità organizzativa e gestionale. D’altra parte l’ente pubblico, spogliandosi della gestione del servizio rimanendone tuttavia titolare, assume la funzione di controllo e programmazione in un’ottica prettamente regolatoria.

Con il partenariato pubblico-privato, invece, si assiste all’emersione di un nuovo concetto di sussidiarietà orizzontale, intesa in senso compartecipativo, che non comporta alcun ritiro dello Stato dal mercato ma l’instaurazione di una cooperazione con il privato per il perseguimento di obiettivi comuni²⁶.

Secondo parte della dottrina il partenariato pubblico-privato non rappresenta una categoria giuridica bensì “una nozione descrittiva”²⁷ con cui ci si riferisce, senza

²⁵ G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?», cit.*, sostiene che “Di fronte alla moltiplicazione delle figure soggettive preposte alla cura di interessi generali, la questione sembra porsi in termini opposti: verificare quali norme “orizzontalmente” riferite alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati. Si tratta, in altri termini, di costruire un regime congruo all’identità organizzativa e funzionale della fattispecie osservata in via interpretativa, con il solo ausilio di argomenti sistematici e teleologici. Ciò impone di valutare, regola per regola, a seconda della sua *ratio*, se e in quale misura debba applicarsi al soggetto in questione”.

²⁶ Il Parlamento Europeo, con risoluzione 2006/2043, ha chiarito che “I PPP non costituiscono un primo passo verso la privatizzazione di compiti pubblici” e, quindi, non devono considerarsi un arretramento dello Stato di fronte alle proprie funzioni, ma “una diversa modalità di intervento pubblico che promuove e sostiene l’autonoma capacità di azione dei privati e delle formazioni sociali”. Cons. Stato, *Ad. Pl.*, 3 marzo 2008, n. 1, afferma che “Sia la Commissione che il Parlamento europeo concordano nel ritenere che le forme di partenariato pubblico-privato non costituiscono ‘l’anticamera’ di un processo di privatizzazione delle funzioni pubbliche, dal momento che le sinergie tra pubblica amministrazione e soggetti privati possono generare effetti positivi per la collettività, atteggiandosi a strumento alternativo alla stessa privatizzazione”. C. VOLPE, *In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e Legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele*, in www.giustamm.it, 2008, precisa che “Per questo motivo l’assemblea di Strasburgo ha qualificato, senza mezzi termini, il PPP, in tutte le sue manifestazioni, come un possibile strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche, riconoscendo alle amministrazioni la più ampia facoltà di stabilire se avvalersi o meno di soggetti privati terzi, oppure di imprese interamente controllate oppure, in ultimo, di esercitare direttamente i propri compiti istituzionali”.

²⁷ M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in ID. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, Società miste, Fondazioni*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, p. 5. Negli stessi termini M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell’istituto e sua evoluzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di*

particolari conseguenze giuridiche, ad ogni tipo di situazioni – contrattuali o istituzionalizzate – che siano segnate dalla compresenza di soggetti pubblici e privati” e ricomprende “modelli di relazioni stabili tra soggetti pubblici e privati, in funzione del perseguimento di obiettivi sostanzialmente coincidenti, in un’ottica che privilegia il principio del buon andamento dell’amministrazione pubblica e l’efficienza dell’azione amministrativa, tutte le volte in cui, per volontà del legislatore, o per reciproca convenienza dei partner, gli interessi pubblici e privati si intrecciano ai fini dello svolgimento in comune di un’attività di rilevanza pubblica”²⁸.

La separazione tra la sfera pubblica e quella privata nell’esercizio di attività di interesse generale viene così a sfumarsi a favore di forme di collaborazione e integrazione tra Stato e cittadini che si atteggiavano come strumento alternativo alla privatizzazione delle funzioni pubbliche e determinano il superamento della sussidiarietà orizzontale di tipo statico. La collaborazione tra pubblico e privato risulta possibile quando entrambe le parti possono avere una partecipazione effettiva alle scelte della *partnership*²⁹. Si è evidenziato che la prospettiva collaborativa non deve tradursi in una confusione di ruoli³⁰: la programmazione e l’indirizzo spetta comunque all’am-

partenariato in base alle recenti riforme, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 55-69, secondo cui “Che il partenariato pubblico-privato non rappresenti un istituto e forse nemmeno una categoria giuridica è, più che tesi di chi scrive, un’oggettiva realtà. Almeno, volendo dare pregio e rigore all’analisi giuridica. Ad esso, innanzitutto, sono tradizionalmente ricondotte figure contrattuali tra loro così diverse per genesi, funzione e finalità che, *in prima facie*, è forte la tentazione di considerarlo non tanto come l’insieme di quelle figure, quanto come un modo di agire nella realizzazione di interessi (anche) pubblici; un modello d’organizzazione e d’azione amministrativa, in sostanza”. R. DIPACE, *I contratti alternativi all’appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, in www.giustamm.it, n. 10/2008, lo definisce come una “categoria contrattuale aperta” e sottolinea che “il partenariato pubblico-privato consiste non una mera operazione economica ma una vera e propria nuova categoria negoziale alternativa all’appalto per la realizzazione di opere pubbliche”.

²⁸ F. MASTRAGOSTINO, *Premessa*, in ID. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. XVII-XVIII.

²⁹ G. MANFREDI, *I modelli organizzativi nell’amministrazione dei beni culturali tra mito e realtà*, in www.giustamm.it, n. 2/2017, mette in luce la scarsa consapevolezza del legislatore in relazione al principio, enunciato già in uno scritto di Giannini della fine degli anni cinquanta, “*In principio sono le funzioni*”, secondo cui l’organizzazione di ogni struttura amministrativa può essere efficiente solo se è modellata sulle funzioni che essa viene chiamata a svolgere. L’A. precisa che “A questa stregua l’attuazione dell’aziendalizzazione e del partenariato sarebbe praticabile anche nel settore dei beni culturali se si tenesse presente che per quanto qui interessa una struttura può agire secondo schemi aziendali, o manageriali, se si adotta – ovviamente, pur con tutti i limiti e con tutti gli adeguamenti a cui s’è accennato – un modello organizzativo di tipo aziendale; e che la collaborazione tra pubblico e privato risulta possibile quando entrambe le parti possono avere una partecipazione effettiva alle scelte della *partnership*”.

³⁰ V. SESSA, *Il partenariato pubblico-privato*, in www.giustamm.it, n. 7/2016 afferma che “Ai partner pubblici rimane l’imprescindibile ruolo di programmazione e indirizzo che si esplicita in primis attraverso la definizione degli obiettivi, di individuazione delle convergenze di interessi complementari e non antagonisti, di valorizzazione delle specificità e competenze di ciascun portatore di singoli interessi, di coordinamento, promozione, controllo del rispetto delle regole, e infine di creazione delle

ministrazione mentre il privato viene “elevato” da destinatario dell’azione amministrativa a partecipante, partner appunto³¹, essendo maggiormente coinvolto³² anche nella fase di finanziamento (totalmente o parzialmente posto a suo carico) e, conseguentemente, nel rischio legato al progetto. Siffatto contributo garantisce all’Amministrazione non solo la disponibilità di risorse economiche, preziose e talvolta indispensabili considerati i problemi di finanza pubblica e le restrizioni di bilancio, ma anche la possibilità di acquisire conoscenze tecniche e scientifiche in possesso dei privati, utili soprattutto per quanto riguarda i progetti complessi e innovativi³³. Il privato, dal canto suo, è incentivato alla creazione di tale partnership al fine di ottenere un ritorno economico derivante dall’investimento³⁴ effettuato nell’ambito di un’operazione i cui caratteri sono stati definiti in via consensuale, ossia godendo di una posizione sostanzialmente paritaria rispetto all’amministrazione.

È maturata la consapevolezza che il superamento del modello incentrato sulle decisioni adottate in solitario dall’amministrazione e l’incentivazione di una maggiore partecipazione dei destinatari finali degli interventi possano meglio rispondere alla complessità dei contesti ed alle difficoltà dei processi decisionali al fine di un più proficuo perseguimento del bene comune. Come è stato rilevato, il fenomeno del

condizioni di affidabilità e di stabilità che consentano di contenere l’alea di rischio della perdita delle risorse investite”.

³¹V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., osserva che “Il partenariato è per definizione un rapporto tra soggetti della stessa dignità formale e con le medesime capacità, un rapporto, pertanto, tra pari”.

³²A. CARZANIGA, *Aspetti generali del partenariato tra pubblico e privato*, in D. SPINELLI, P.L. VECCHIA (a cura di), *Opere pubbliche: le nuove modalità di realizzazione*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, relativamente al coinvolgimento dei privati afferma che “si scopre di avanzare in un luogo ove si incontrano concetti dai contorni sfumati e strutturalmente incerti, ove non vi sono definizioni chiare e accettate, proprio perché solo la mediazione politica può permettere di chiarire, se e quando questo chiarimento avviene, qual è la soluzione data alla composizione negoziale di interessi divergenti. Si rileva costantemente che non vi è concordia di programmi e di interessi, non vi è unicità di “buone ricette” anche perché non vi è omogeneità di problemi”.

³³G. CATALANO, *Le società miste di sperimentazione gestionale alla luce della sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen., 03/03/2008*, in *Amministrazione in cammino*, n. 1/2008, sostiene che “La ratio dell’istituto va rinvenuta nella difficoltà dell’amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un’opera o di un servizio alla collettività. In un quadro di questo tipo, il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile nel difficile compito di garantire un’azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità. L’acquisizione del patrimonio cognitivo, composto di conoscenze tecniche e scientifiche, maturato dal privato nelle singole aree strategiche di affari, costituisce un arricchimento del *know how* pubblico, oltre che un possibile alleggerimento degli oneri economico finanziari che le pubbliche amministrazioni devono sopportare in sede di erogazione di servizi o di realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità”.

³⁴Il presumibile vantaggio economico derivante da tale investimento trova la sua giustificazione nel fatto che, traducendosi in una infrastruttura o in un servizio che risponde ad una pubblica necessità, presenta una domanda facilmente individuabile e quindi flussi di cassa prevedibili e stabili.

PPP “immette nuovi sistemi di *governance* nell’amministrazione pubblica, [...] immaginati per coniugare gli strumenti d’imperio con quelli tipici del consenso”³⁵. In tale ottica il partenariato pubblico-privato risulta connesso con il fenomeno della c.d. «privatizzazione del diritto amministrativo»³⁶, tradottosi nella valorizzazione, nell’ambito dell’azione amministrativa, dei principi di diritto comune e degli strumenti consensuali a scapito dell’esercizio del potere mediante provvedimento³⁷. Con

³⁵ M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell’istituto e sua evoluzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 56.

³⁶ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 78. Sul tema v. anche V. CERULLI-IRELLI, *Diritto privato dell’amministrazione pubblica*, cit.; ID., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011.

³⁷ Sul tema A. AMORTH, *Osservazioni e limiti dell’attività amministrativa di diritto privato*, in *Archivio di diritto pubblico*, III, Padova, 1938, pp. 455-556, il quale già alla fine degli anni ’30 affrontò “un problema generale e più grave, poco o quasi nulla considerato dalla dottrina: quello dei rapporti tra attività amministrativa di diritto pubblico e attività amministrativa di diritto privato degli enti pubblici e più precisamente quello di sapere se e in che limiti la pubblica amministrazione possa sostituire, per il raggiungimento di una medesima finalità, un mezzo o, meglio, un procedimento di diritto pubblico, che ad essa la legge regola e appresta proprio a quel fine, con un procedimento di diritto privato”. L’A. compie una differenziazione tra l’attività pubblica o attività formalmente e sostanzialmente amministrativa, cioè “quella che le pubbliche amministrazioni pongono in essere per raggiungere e realizzare la loro destinazione fondamentale, ma che è retta da norme di diritto pubblico-amministrativo, norme cioè specifiche, esclusive, potremmo dire, agli enti pubblici” e l’attività amministrativa di diritto privato la quale “sebbene venga esplicitata dalle pubbliche amministrazioni per realizzare la loro destinazione fondamentale e sia quindi l’attività amministrativa in senso proprio al pari dell’altra, non è però retta da norme esclusive agli enti pubblici, bensì da norme che valgono per i comuni soggetti giuridici: persone fisiche ed enti privati”. Sul tema del diritto privato dell’amministrazione pubblica v. anche M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, Giuffrè, Milano, 1967, p. 2, secondo cui “l’attività amministrativa di diritto privato è attività amministrativa in senso proprio, cioè attiene alla cura degli interessi della collettività; solo che si svolge mediante istituti di diritto privato, utilizzando la normazione interpretata”. Per un esame approfondito sul principio di consensualità: F.G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2002, pp. 431-457, il quale evidenzia che l’amministrazione, anche prima della legge sul procedimento amministrativo, si sia sempre avvalsa di moduli consensuali, oltre che autoritativi, per lo svolgimento dei propri compiti istituzionali e che “non va dimenticato che atti autoritativi ed atti consensuali sono meri strumenti giuridici, i quali vanno esaminati in modo oggettivo, in relazione alla loro rispondenza alle finalità che all’amministrazione viene chiesto di raggiungere, tenendo conto dello statuto dell’azione amministrativa, che trae i suoi fondamenti dalla Costituzione”; ID., (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. VI, Milano, 2002, p. 89, afferma che l’attività amministrativa “è andata perdendo il suo connotato tradizionale (connesso con l’idea di funzione sovrana) di essere esercizio dei poteri (autoritativi), mentre è andata assumendo sempre più chiaramente la fisionomia di attività diretta al conseguimento di interessi pubblici (delle collettività di riferimento)”; V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell’amministrazione pubblica*, cit., p. XVII; F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992, pp. 744 ss.; G. BERTI, *Il principio contrattuale nell’azione amministrativa*, in *Scritti in onore di Giannini*, II, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 25 ss.; S.M. CIVITARESE, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell’attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1997; E.B. LIBERATI, *Consenso e funzioni nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Giuffrè, Milano 1996; F. P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e “contrattazione”*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1971, pp. 1469 ss.; F. LEDDA, *Dell’autorità e del consenso nel diritto dell’amministrazione pubblica*, in *Foro Amm.*, 1997, p. 1274; A. MASUCCI, *Trasformazione dell’amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Jovene, Napoli 1988. Più recentemente compie un’analisi dell’attività di diritto privato dell’amministrazione pubblica A. MASSERA, *Lo Stato che contrae e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, Pisa, 2011.

l'utilizzo di moduli convenzionali³⁸ la definizione in concreto dell'interesse perseguito avviene tramite accordo con i privati³⁹ che, talvolta, si presenta più funzionale al raggiungimento del fine pubblico rispetto al potere esercitato in via unilaterale. Invece una soluzione concordata riduce il rischio di contenzioso e individua delle scelte maggiormente rispondenti al principio di proporzionalità, ossia idonee alla realizzazione dello scopo assicurando il minor sacrificio possibile per gli interessi, pubblici o privati, coinvolti. In tal modo vengono altresì garantite efficienza ed efficacia all'azione amministrativa in un quadro unitario finalizzato all'attuazione del principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Alla luce delle esposte considerazioni e in conseguenza dello spostamento del punto di equilibrio dell'attività amministrativa dall'atto al rapporto, negli ultimi anni vi è stato un mutamento di prospettiva che ha comportato la perdita di centralità del provvedimento⁴⁰ quale modello di gestione dell'interesse pubblico⁴¹. Paradigmatico esempio in tal senso sono gli accordi sostitutivi di provvedimento previsti dall'art. 11 della legge 241/1990 e l'introduzione nella medesima legge, tra i principi che regolano il procedimento amministrativo, dell'art. 1 comma 1 *bis* secondo cui “*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”⁴². L'introduzione di quest'ultima disposizione all'interno della legge sul procedimento amministrativo

³⁸ Con tale locuzione intendendosi “tutte quelle fattispecie in cui si impiega, come tecnica d'azione, l'addivenire fra gli interessati e le amministrazioni a soluzioni concordate”, così M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere: stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1986, p. 125.

³⁹ In passato l'utilizzo di strumenti di diritto comune veniva considerato inidoneo in quanto distortivo degli interessi pubblici. L'argomentazione principale si basava sulla non commerciabilità della funzione pubblica e pertanto il suo svolgimento deve essere retto da regole procedurali di diritto pubblico le quali soltanto garantiscono la funzionalizzazione dell'attività al conseguimento di scopi pubblici. Inoltre si affermava che il perseguimento dell'interesse pubblico mediante attività di diritto privato potesse determinare una elusione dal sistema dei controlli e del sindacato giurisdizionale del G.A.

⁴⁰ La caratteristica principale dell'azione amministrativa era l'autoritarità e si esprimeva mediante provvedimento il quale trovava il suo fondamento nel regime di supremazia della P.A., in tal senso M.S. GIANNINI, (Voce), *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959.

⁴¹ PERICU, *L'attività consensuale della Pubblica Amministrazione*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2003.

⁴² L'art. 1 comma 1-*bis* rappresenta un chiaro esempio di ibridazione delle forme giuridiche in cui il legislatore prevede un'attività imputabile ad un ente pubblico in senso formale sottoposta al regime di diritto privato. Secondo una certa tesi dottrinale tale previsione manifesterebbe l'eccezionalità del ricorso agli atti autoritativi e la preferenza per gli strumenti di diritto comune. Questi ultimi diventerebbero quindi la modalità ordinaria per l'esercizio dell'attività amministrativa qualora la P.A. abbia a disposizione, oltre al modulo autoritativo, una variante negoziale per raggiungere il medesimo risultato. Secondo una differente impostazione, che abbraccia una interpretazione letterale della norma in questione, la P.A. che agisce in via paritaria non spendendo poteri pubblicistici sarà sottoposta al diritto privato, salvo deroghe espressamente previste.

“non è soltanto una scelta tecnica ma è anche una scelta culturale e istituzionale perché tende a sostituire un rapporto paritario tra i cittadini e le amministrazioni, in luogo del vecchio rapporto gerarchico, espressione di una concezione autoritaria e statalistica”⁴³.

2. Benefici e criticità delle forme di collaborazione tra soggetti pubblici e privati

Nel corso dell'ultimo decennio, sia a livello nazionale che comunitario, è cresciuta l'attenzione verso sistemi alternativi di costruzione e/o gestione di opere di interesse pubblico rispetto al tradizionale contratto di appalto. Diverse forme di *Public-Private Partnership* (PPP)⁴⁴ stanno sostituendo il tradizionale approccio dell'intervento pubblico, soprattutto in quei settori capaci di produrre una remunerazione diretta per l'investimento privato, come quello energetico, dei trasporti e delle telecomunicazioni, della sanità, dell'innovazione, dell'edilizia e di molte infrastrutture locali.

È stato osservato che il ricorso a tali forme contrattuali non può essere considerato semplicemente un metodo alternativo di finanziamento riguardante interventi di interesse generale in quanto, attraverso la partecipazione del privato al procedimento decisionale relativo alla cosa pubblica, è possibile sia migliorare la qualità dell'azione amministrativa che “risolvere il conflitto tra istanze dei singoli investitori e inte-

⁴³ Relazione della 1° Commissione permanente, Affari costituzionali della Presidenza del consiglio e Interni, del 6 novembre 2003 riguardante il disegno di legge n. 3890 approvato dal Senato della Repubblica il 10 aprile 2003 recante “*Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241 concernenti norme generali sull'azione amministrativa*”, in cui si afferma altresì che “la disposizione consente alle amministrazioni pubbliche di operare secondo le norme del diritto privato e, quindi, mediante moduli negoziali, anche per la realizzazione di propri compiti istituzionali. La norma (...) esprime un principio tendenziale dell'attuale ordinamento, in favore del superamento del vecchio dogma che attribuiva alla pubblica amministrazione, in generale, il dovere di agire mediante poteri di imperio ed attraverso atti unilaterali”.

⁴⁴ Sulla nozione di partenariato pubblico-privato: M.P. CHITI *Partenariato pubblico-privato*, in M. CLARICH, G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007; M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in ID. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009; R. DIPACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, cit.; ID., *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, cit.; B. RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico-privato: un quadro generale*, in www.giustamm.it, 2010; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit.; V. SESSA, *Il partenariato pubblico-privato*, in www.giustamm.it, n. 7/2016; G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urb. app.*, n. 8/2011; G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015; S. FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, in www.giustamm.it.

ressi diffusi della comunità, così superando anche quella distanza troppo spesso percepita tra la società civile e il mondo produttivo, da una parte, e l'amministrazione e la politica di cui essa è espressione, dall'altra"⁴⁵.

Si rileva, tuttavia, che la ragione determinante e la stessa *ratio* ispiratrice del fenomeno⁴⁶ deve rinvenirsi nelle restrizioni alla finanza pubblica derivanti dalla crisi economica che hanno indotto a trovare altri soggetti su cui spostare il peso del finanziamento delle infrastrutture pubbliche e, dunque, a coinvolgere i privati nel reperimento delle risorse necessarie a tal fine⁴⁷. In tal senso la decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004 ha riconosciuto particolari benefici contabili per le operazioni di partenariato consentendo agli Stati membri, a talune condizioni, di non classificare come debito pubblico i relativi costi⁴⁸. La contabilizzazione on/off balance delineata dalla

⁴⁵ V. SESSA, *Il partenariato pubblico-privato*, cit. Nel suo saggio l'A. invita a "guardare al partenariato in termini non riduttivi, valorizzandone non solo l'aspetto di modello concertativo tra enti pubblici ed organizzazioni rappresentative delle parti sociali e delle imprese, ma anche quello di opportunità di condivisione operativa di obiettivi d'interesse comune, capace di potenziare tanto il perseguimento dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione, da una parte, quanto degli interessi particolari del privato, dall'altra". Il partenariato, peraltro, "costituisce una forma più avanzata della semplice concertazione, nella quale il fine perseguito con intese e accordi è l'interesse generale, ma i soggetti sono spesso attori istituzionali che restano ciascuno espressione di distinti interessi; nel partenariato, infatti, i soggetti tendono ad essere 'a fisionomia variabile', ovvero ad integrare fortemente le proprie azioni, facendo convergere istanze individuali verso interessi diffusi allo scopo di sostenere progetti di sviluppo territoriale nei quali la sola concertazione non assicurerebbe, oltre il consenso e un impegno ad assumere responsabilità specifiche da parte di ciascun soggetto, anche un'effettiva interazione".

⁴⁶ Sul punto si evidenzia la pronuncia del Cons. Stato, *Ad. Pl.*, 3 marzo 2008, n. 1, secondo cui la *ratio* ispiratrice del fenomeno in esame deve essere rinvenuta "nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività. In un quadro di questo tipo, il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile del difficile compito di garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità. L'acquisizione del patrimonio cognitivo, composto da conoscenze tecniche e scientifiche, maturato dal privato nelle singole aree strategiche di affari, costituisce un arricchimento del *know-how* pubblico oltre che un possibile alleggerimento degli oneri economico-finanziari, che le pubbliche amministrazioni devono sopportare in sede di erogazione di servizi o di realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità".

⁴⁷ V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., precisa che "L'esigenza di riequilibrare l'assetto della finanza pubblica depauperata dalle forti crisi che hanno colpito l'economia mondiale e l'esigenza di sopperire alla scarsità delle risorse pubbliche, hanno reso necessaria l'adozione di misure tese a frenare il moltiplicarsi dei rischi economici. Il partenariato pubblico-privato costituisce un efficace ed indispensabile strumento/rimedio per la risoluzione delle crisi finanziarie e per il superamento di situazioni di stallo che investono il settore economico-finanziario in quanto consente alla pubblica amministrazione di ottenere i finanziamenti necessari mediante il contributo dei privati per l'erogazione ai destinatari di servizi e la realizzazione di infrastrutture pubbliche".

⁴⁸ Secondo la decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004 – "*Treatment of public-private partnerships*" – affinché l'infrastruttura venga classificata fuori bilancio il partner privato si deve assumere, oltre al rischio della costruzione, almeno uno tra i rischi di domanda e disponibilità. Si precisa altresì che il rischio di costruzione copre eventi relativi al ritardo nei tempi di consegna, al mancato rispetto di standard del progetto, all'aumento dei costi, agli inconvenienti di tipo tecnico e al mancato completamento dell'opera. Il rischio di disponibilità consiste nella capacità da parte del soggetto privato di erogare le prestazioni contrattuali stabilite. Il rischio della domanda riguarda, invece, la variabilità

suddetta decisione è richiamata dal nuovo Codice dei Contratti pubblici all'art. 3 lett. ee) secondo cui «... si applicano, per i soli profili della tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat».

Come già evidenziato, altro fattore che ha indubbiamente agevolato il diffondersi di tali forme collaborative è rappresentato dalla possibilità di usufruire delle specifiche competenze tecniche del privato le quali consentono al settore pubblico di innovare e sviluppare infrastrutture e servizi⁴⁹. Siffatto apporto garantisce, inoltre, una maggiore efficienza, efficacia ed economicità nella gestione del servizio o opera pubblica grazie anche all'accorpamento delle varie fasi dell'operazione (finanziamento, progettazione, esecuzione) in capo al medesimo soggetto, rendendo così possibile la realizzazione di un progetto maggiormente funzionale alla successiva gestione. In tal modo si perviene, altresì, ad una diminuzione del costo complessivo dell'intervento⁵⁰.

Infine, tra i vantaggi riconducibili alla cooperazione in esame, si segnala l'accelerazione dei tempi di realizzazione delle opere e della fruibilità dei servizi ad esse connessi essendo interesse del privato, il quale finanzia la progettazione e l'esecuzione, giungere quanto prima alla fase gestoria per poter essere remunerato e rientrare nel capitale investito.

Dalla relazione AIR che accompagna le Linee guida ANAC n. 9/2018, riguardanti il monitoraggio dei contratti di partenariato pubblico-privato in corso di esecuzione⁵¹, è possibile prendere visione di un'analisi del mercato di PPP relativa agli anni 2014-2016 da cui emerge una significativa restrizione delle procedure in paro-

della domanda che non dipende dalla qualità del servizio prestato dal concessionario della infrastruttura. In assenza di queste condizioni le opere realizzate con il PPP ricadono sui bilanci pubblici.

⁴⁹ Come rileva la Comunicazione della Commissione del 19 novembre 2009 (*Mobilizzazione degli investimenti privati e pubblici in vista di un rilancio dell'economia e di una trasformazione strutturale a lungo termine: sviluppo dei partenariati pubblici-privati*) l'esperienza conferma che il PPP dà risultati migliori rispetto all'appalto tradizionale per ciò che concerne il rispetto dei termini, del budget di spesa e della qualità dei servizi.

⁵⁰ V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., precisa che "Il PPP contribuisce a migliorare la qualità di realizzazione delle strutture pubbliche e della gestione dei servizi; consente, inoltre, di realizzare economie nella misura in cui è in grado di ricomprendere tutte le fasi di un progetto, dalla sua concezione fino al suo sfruttamento". Cfr. V. SESSA, *Il partenariato pubblico-privato*, cit., secondo cui "nell'ultimo decennio la pubblica amministrazione ha guardato sempre più al partenariato come a uno strumento in grado, attraverso i modelli privatistici, di migliorare l'efficacia della programmazione degli interventi e la qualità delle infrastrutture realizzate e dei servizi erogati, stimolando al contempo la concorrenza sui costi di realizzazione e gestione delle infrastrutture".

⁵¹ Con delibera n. 318 del 28.3.2018 l'ANAC ha adottato le Linee Guida n. 9 recanti "*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico-privato*".

la⁵² e l'individuazione delle principali criticità che ne sono state la causa. In questo senso viene in rilievo anche la Relazione Speciale n. 9/2018 della Corte dei Conti Europea, pubblicata lo scorso 8 marzo, dal titolo “*Partenariati pubblico-privato nell’UE: carenze diffuse e benefici limitati*”⁵³ in cui si evidenzia una carenza di preparazione delle pubbliche amministrazioni nella programmazione e nella gestione delle iniziative che ha pregiudicato inevitabilmente il raggiungimento dei risultati

⁵² Come si dà conto nella Relazione AIR, il partenariato pubblico-privato è diventato negli anni una scelta sempre più ricorrente delle pubbliche amministrazioni italiane con riferimento alla realizzazione delle opere pubbliche e alla gestione dei servizi. Nel 2016 risultano avviate oltre 7 mila procedure di PPP, che rappresentano meno del 38% delle procedure avviate nel 2014. Le ragioni del forte decremento del numero di procedure non sono chiare; ciò che si osserva è che la contrazione riguarda soprattutto gli affidamenti di piccolo importo, specie quelli inferiori a 40 mila euro. Il ridotto valore di numerose procedure di partenariato, osserva l’Autorità, è una caratteristica del mercato nazionale, anche dovuta a una difficoltà da parte delle stazioni appaltanti a comprendere le modalità con cui deve essere calcolato il valore stimato delle concessioni. L’esperienza di vigilanza dell’Autorità ha mostrato, infatti, che in diversi casi le stazioni appaltanti tendono a confondere il valore stimato degli affidamenti con gli oneri a carico delle stesse, quali i contributi o i canoni, mentre a tenore dell’art. 167 del Codice il valore della concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto. Oltre il 90% degli affidamenti è di importo inferiore a un milione di euro (più del 40% inferiore a 40 mila euro); per contro meno dell’1% degli affidamenti supera la soglia dei 20 milioni di euro. Guardando alla tipologia contrattuale, si osserva che la stragrande maggioranza dei contratti di PPP riguarda le concessioni di servizi (oltre il 93% nel 2016). Tra il 4% e il 5% sono le procedure relative alle concessioni di costruzione e gestione, meno del 2% quelle relative alla finanza di progetto, assolutamente marginale è la quota delle locazioni finanziarie. Sulla base dei dati del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica – DIPE (pubblicati nello studio “*Il project financing per la realizzazione delle opere pubbliche in Italia*”, nel mese di settembre 2015, relativi soprattutto alle concessioni di lavori), si rileva una elevata “mortalità” delle operazioni: su 13.047 gare per concessioni di servizi censite tra il 2008 e il 2014 ne sono state aggiudicate solo 3.305, con un tasso di mortalità di circa il 75%, ovvero 3 gare su 4 non vengono aggiudicate. Le concessioni di lavori pubblici, invece, hanno fatto segnalare, nello stesso periodo 3.353 bandi e 1.435 aggiudicazioni, e quindi un tasso di mortalità superiore al 50%.

⁵³ La Corte dei Conti Europea nella relazione speciale n. 9/2018, “*Partenariati pubblico-privato nell’UE: carenze diffuse e benefici limitati*”, in sintesi ha riscontrato che “I PPP hanno consentito alle autorità pubbliche di appaltare infrastrutture di grandi dimensioni attraverso un’unica procedura, ma hanno aumentato il rischio di una concorrenza insufficiente, indebolendo quindi la posizione negoziale delle amministrazioni aggiudicatrici. Per i PPP nell’ambito dei quali vengono indette gare d’appalto, bisogna generalmente negoziare aspetti che non fanno normalmente parte degli appalti tradizionali, per cui occorre più tempo rispetto ai progetti tradizionali. Un terzo dei 12 progetti sottoposti a audit, con procedure d’appalto durate 5-6,5 anni, ha fatto registrare notevoli ritardi. Analogamente ai progetti tradizionali, anche la maggior parte dei PPP sottoposti a audit sono risultati inficiati da notevoli inefficienze, che si sono tradotte in ritardi in fase di costruzione e forti incrementi di costo. Nel complesso, sette dei nove progetti portati a termine (per un costo aggregato per progetti di 7,8 miliardi di euro) hanno subito ritardi compresi tra due e 52 mesi. (...) Ciò è stato dovuto principalmente alla crisi finanziaria e all’inadeguata preparazione dei progetti da parte del partner pubblico, il che ha dato luogo a contratti prematuri e non abbastanza efficaci con concessionari privati. La vasta portata, gli elevati costi e la lunga durata del tipico PPP per infrastrutture richiedono una diligenza particolare. (...) Per quasi tutti i progetti sottoposti a audit, l’opzione del PPP è stata scelta senza alcuna analisi preliminare di opzioni alternative, come il *Public Sector Comparator*; non è stato dunque dimostrato che tale opzione garantisca il miglior rapporto tra benefici e costi e tutelasse l’interesse pubblico assicurando parità di condizioni tra i PPP e gli appalti tradizionali. La ripartizione dei rischi tra partner pubblici e privati è stata spesso inadeguata, incoerente e inefficace, mentre gli alti tassi di remunerazione (fino al 14%) del capitale di rischio del partner privato non sempre hanno rispecchiato i rischi sostenuti. Inoltre, quasi tutti i sei progetti TIC sottoposti a audit erano difficilmente compatibili con contratti di lunga durata, poiché soggetti a rapidi mutamenti tecnologici”.

perseguiti attraverso l'utilizzo dei PPP. Si mette in luce anche la mancata diffusione e condivisione di "buone pratiche" così come l'assenza di strumenti di supporto a favore delle amministrazioni che intendano porre in essere tali operazioni. La Relazione della Corte dei Conti, che nel suo studio non comprende l'esperienza italiana, si conclude con 5 raccomandazioni, la prima delle quali, con obiettivo di applicabilità immediata, recita: "La Commissione e gli Stati membri non dovrebbero promuovere un ricorso più intenso e diffuso ai PPP fino a quando le problematiche individuate nella presente relazione non saranno state risolte e le seguenti raccomandazioni attuate con successo; in particolare, per quanto riguarda il miglioramento dei quadri istituzionali e normativi e la gestione dei progetti e per quanto riguarda una maggiore garanzia che la scelta dell'opzione PPP sia quella capace di produrre il miglior rapporto benefici/costi e che i progetti PPP saranno con buona probabilità gestiti in maniera soddisfacente".

Le menzionate Linee Guida dell'ANAC e la relazione di accompagnamento AIR non richiamano il provvedimento della Corte dei Conti Europea ma contengono simili preoccupazioni e l'intento di risolvere i medesimi aspetti problematici evidenziati dalla Corte⁵⁴.

I profili critici riscontrati nella realizzazione di operazioni di PPP sono legati alla eccessiva fiducia riposta dalle amministrazioni nella capacità risolutiva di tali strumenti in quanto considerati mezzi per aggirare le misure restrittive di finanza pubblica⁵⁵. Si è osservato, tuttavia, che l'assenza di un apporto finanziario da parte

⁵⁴ P. CONIO, L. LEONE, *Dossier/7. I paletti della Corte dei Conti europea rischiano di affossare il Ppp*, in *Edilizia e Territorio*, Quotidiano del Sole 24 Ore, 1 maggio 2018.

⁵⁵ La Commissione del 2004, nel Libro Verde al par. n. 5 rileva che "il ricorso al PPP non può essere presentato come una soluzione "miracolo" per un settore pubblico confrontato a restrizioni di bilancio. L'esperienza mostra che, per ciascun progetto, occorre valutare se l'opzione del partenariato comporta un plusvalore reale rispetto ad altre opzioni...". Ciò viene ricordato anche nella Comunicazione della Commissione del 15 novembre 2005, in cui si afferma che "i PPP non costituiscono una soluzione miracolosa: per ciascun progetto è necessario valutare se il partenariato apporti realmente un valore aggiunto allo specifico servizio o ai lavori pubblici in questione rispetto ad altre opzioni, come la conclusione di un contratto tradizionale". Sul punto v. anche G. MANFREDI, *La "Fondazione La Grande Brera", il partenariato e la panacea di tutti i mali*, in *Aedon* n. 2/2014 (Rivista di arti e diritto *on line*), in cui si rileva che "il partenariato può recare sollievo al notorio problema della cosiddetta crisi fiscale dello Stato, ossia alla carenza di risorse finanziarie da destinare alle spese pubbliche, di recente aggravatasi in conseguenza di svariati fattori, tra cui si possono citare la globalizzazione (è quasi inutile ricordare che in un contesto economico globalizzato l'eccessivo inasprimento dei prelievi fiscali può provocare una delocalizzazione delle imprese), i vincoli comunitari che limitano il ricorso all'indebitamento e le notorie sollecitazioni dei mercati finanziari internazionali. Ma, come spesso accade, il fascino della novità (peraltro, decisamente relativa) talora ha fatto credere che gli strumenti di partenariato siano una vera e propria panacea per le manchevolezze e per i guasti dell'azione delle pubbliche amministrazioni".

dell'ente pubblico non è sempre ipotizzabile, in particolare quando l'opera che si intende realizzare sia c.d. "fredda", ossia non sfruttabile economicamente attraverso servizi remunerati dall'utenza. Dunque il PPP non può sempre elevarsi ad una meno dispendiosa alternativa rispetto all'affidamento tramite appalto nella prospettiva di non impegnare risorse pubbliche. Inoltre, al fine di una corretta gestione di queste ultime, è necessario effettuare, volta per volta, un'analisi sulle condizioni del contesto in cui si opera per poter affermare che quell'intervento è realizzabile più economicamente mediante una determinata forma di finanziamento rispetto ad un'altra. La pubblica amministrazione è però priva di competenze idonee ad effettuare una corretta valutazione dei rischi riguardanti le operazioni di PPP⁵⁶ e, quindi, dovrebbe affidarsi a terzi in modo da stabilire la loro convenienza, determinando così ulteriori oneri per le casse pubbliche.

Altra criticità deriva dall'inadeguatezza delle amministrazioni sia nel gestire le procedure di gara, in particolare il confronto con la parte privata onde stabilire idonee clausole contrattuali finalizzate alla corretta allocazione dei rischi⁵⁷, sia nell'effettuare il successivo monitoraggio nella fase esecutiva⁵⁸.

⁵⁶ Tra le ragioni dell'insuccesso delle procedure di partenariato l'ANAC ritiene debba ricomprendersi sicuramente una carente analisi della fattibilità del progetto, fin dalla sua programmazione: un'inadeguata valutazione *ex ante* della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria dell'investimento, finalizzata a verificare la convenienza e l'opportunità di attivare una procedura di PPP, piuttosto che di procedere mediante l'affidamento di un contratto di appalto tradizionale, ha significative ripercussioni negative, non solo in termini di mortalità delle procedure avviate. La mancanza di una compiuta analisi dei rischi collegati al progetto, che le amministrazioni devono condurre *ex ante* (obbligo rafforzato, oggi, dall'espressa previsione contenuta nell'articolo 181, comma 3 del codice dei contratti pubblici) produce, infatti, riflessi pregiudizievoli nella scelta di fondo sulla convenienza del PPP rispetto al tradizionale appalto e sul trattamento contabile dell'operazione, se dentro o fuori il bilancio pubblico (*on o off balance sheet*).

⁵⁷ V. SESSA, *Il partenariato pubblico-privato*, cit., sul punto espone puntuali criticità in ordine alla disciplina contenuta nel nuovo Codice Appalti evidenziando che "Nello stesso tempo, affinché le previsioni normative conducano a un diffuso e corretto ricorso al partenariato, sarebbe stato opportuno porre in essere le condizioni di organizzazione e di formazione del personale necessarie alle pubbliche amministrazioni per relazionarsi correttamente con i privati. Le procedure di partenariato sono infatti piuttosto sofisticate e regolamentano un rapporto che, per definizione, si instaura tra soggetti aventi la stessa dignità formale e capacità, un rapporto di partnership in cui privato e pubblica amministrazione definiscono consensualmente obiettivi e attività e che, pertanto, esige una struttura amministrativa quantomeno in grado di dialogare con il privato"

⁵⁸ L'ANAC ha rilevato la totale assenza nel contesto attuale di sistemi di monitoraggio e a tal fine ha approvato con delibera n. 318 del 28 marzo 2018 le Linee guida n. 9 recanti "*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico-privato*". Relativamente al flusso informativo nella fase esecutiva si è stabilito che l'amministrazione deve definire i dati relativi all'andamento della gestione dei lavori e dei servizi che l'operatore economico è tenuto a trasmettere con cadenza prefissata nella documentazione di gara tenendo conto del valore, complessità e durata del contratto. In tale flusso informativo sono compresi i dati utilizzati dall'amministrazione per la definizione dell'equilibrio economico-finanziario e, per le operazioni di PPP che interessano la realizzazione di opere pubbliche, anche quelli che le amministra-

I deficit hanno riguardato anche il partner privato in relazione al quale si sono riscontrati tempi di avvio della fase operativa eccessivamente lunghi dovuti alla difficoltà di valutare i progetti e i costi dell'operazione, tutto ciò aggravato dalla complessità delle procedure e dalla mancanza di regole chiare e stabili. Anche la crisi che ha interessato i mercati finanziari ha reso complicato, per i privati interessati ad una eventuale partnership, la possibilità di reperire risorse e ha inevitabilmente ostacolato il diffondersi di tali operazioni a causa dell'inasprimento delle condizioni dei prestiti bancari alle imprese⁵⁹.

3. Evoluzione del fenomeno del partenariato pubblico-privato e quadro normativo attuale a seguito del d.lgs. 50/2016

L'interesse verso nuove figure negoziali in grado di coinvolgere maggiormente il soggetto privato nella realizzazione e finanziamento di progetti di rilevanza pubblica è sorto dapprima in ambito comunitario, come dimostrano le numerose comunicazioni dedicate al fenomeno in esame⁶⁰.

Il partenariato pubblico-privato rinvia la sua prima definizione nel *Libro Verde relativo ai Partenariati Pubblico-Privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*⁶¹ in cui si chiarisce che con tale espressione si intende ogni forma di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, la gestione o la manutenzione di

zioni sono tenute a trasmettere, ai sensi degli articoli 5 e 9 del decreto legislativo n. 229/2011, alla Banca dati delle amministrazioni pubbliche (BDAP), istituita presso il Ministero dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'articolo 13 della legge n. 193/2009. Le amministrazioni aggiudicatrici definiscono, altresì, le modalità di acquisizione di tali dati da parte dell'operatore economico. Infine, le amministrazioni, per il tramite del Rup, coadiuvato dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione, devono acquisire un periodico resoconto economico-gestionale sull'esecuzione del contratto, nel quale sia evidenziato l'andamento dei lavori in relazione al cronoprogramma, il rispetto degli SLA, l'esecuzione dei controlli previsti dal contratto, l'applicazione di eventuali penali o decurtazioni del canone e, in generale, ogni altro elemento di rilevanza contrattuale necessario per accertare la corretta gestione del contratto di PPP.

⁵⁹ Cfr. UTFP *"Partenariato Pubblico-privato: stato dell'arte, futuro e proposte"*, 2009, in www.utfp.it.

⁶⁰ G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urb. app.*, 8/2011, p. 888, evidenzia che "La formula giuridica Partenariato Pubblico-privato non ha origine nel diritto nazionale, ma trae la sua formulazione corrente dalla elaborazione compiuta dall'esecutivo comunitario. Nell'arco di pochi anni la Commissione Europea ha introdotto, infatti, numerose comunicazioni interpretative in materia di partenariato pubblico-privato. Merita prendere le mosse dal Libro Verde del 2004 perché in esso, pur non essendo fornita una definizione giuridica di partenariato, non soltanto sono descritti i tratti essenziali delle formule che ad esso si collegano, ma sono anche anticipati molti dei profili problematici relativi alla loro applicazione". Sulla definizione comunitaria di partenariato R. DIPACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, cit., p. 62.

⁶¹ Comunicazione 30 aprile 2004, COM 2004 n. 327.

un'infrastruttura o la fornitura di un servizio⁶². Nel Libro Verde del 2004 si individuano altresì una serie di caratteristiche tipiche del PPP quali: la durata relativamente lunga della collaborazione; la modalità di finanziamento del progetto prevalentemente a carico del privato; il ruolo strategico di quest'ultimo in ogni fase di sviluppo del progetto (mentre al partner pubblico è affidato un ruolo di controllo sulla funzionalità della complessiva operazione al raggiungimento degli obiettivi in termini di interesse pubblico); la ripartizione del rischio in modo che sul partner privato vengano allocati, in funzione della sua capacità di controllarli e gestirli, rischi che solitamente gravano sul settore pubblico.

Il medesimo Libro Verde ha distinto la categoria in esame in due tipi. Il primo, quello "contrattuale"⁶³, basato su legami convenzionali tra il partner pubblico e quello privato che vede nella concessione il modello più conosciuto. Il secondo, di tipo "istituzionalizzato", si manifesta attraverso la creazione di un'entità distinta, detenuta congiuntamente dal settore pubblico e quello privato, avente il compito di assicurare la realizzazione di un'opera o la gestione di un servizio, oppure mediante il passaggio a controllo privato di un'impresa pubblica preesistente⁶⁴. Si ricorre a tale schema soprattutto per la gestione dei servizi pubblici a livello locale⁶⁵.

Successivamente alla Comunicazione del 2004 l'Unione Europea è tornata più volte sul tema del partenariato⁶⁶ senza tuttavia fornire indicazioni particolarmente

⁶² Il Libro Verde indicava l'elemento discriminante di un contratto di partenariato rispetto ad altri strumenti proprio nella condivisione, fra soggetto pubblico e soggetto privato, del potere decisionale in merito alle scelte progettuali, nel convincimento che coinvolgendo gli attori che sul territorio – meglio, nei diversi territori, ciascuno in base alle sue peculiarità – costituiscono, di volta in volta, degli interlocutori rappresentativi, si possa meglio rispondere alla complessità dei contesti ed alle difficoltà dei processi decisionali, superare il modello incentrato su scelte assunte da pochi e favorire una maggior partecipazione dei destinatari finali degli interventi, organizzati e convogliati al perseguimento del bene comune.

⁶³ Per una analisi approfondita v. G. SANTI, *Il Partenariato contrattuale. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle direttive europee e del d.l. 90 del 2014*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 236 ss.

⁶⁴ Libro Verde, paragrafo n. 55.

⁶⁵ Ad. Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 1 del 3 marzo 2008, ha delineato le due forme di partenariato in questi termini "il partenariato pubblico-privato di tipo puramente contrattuale è quello basato esclusivamente su legami contrattuali, quali l'appalto e la concessione, tra i vari soggetti e definisce vari tipi di operazioni, nei quali uno o più compiti, più o meno ampi- tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio- vengono affidati al partner privato, mentre il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato implica una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno ad un'entità distinta, quale una società mista, detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato e che ha la missione di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico".

⁶⁶ I principali documenti dell'Unione europea sul tema del PPP sono: la Comunicazione della Commissione europea del 15.11.2005 sui PPP e sul diritto degli appalti pubblici e delle concessioni (COM 2005, 569); la Risoluzione del Parlamento europeo del 16.10.2006 sui partenariati pubblico-privati e il

stringenti agli Stati membri. Ad oggi non sussiste una completa disciplina comunitaria dell'istituto analoga a quella degli appalti pubblici, presumibilmente per la diversità delle discipline nazionali e per la perdurante volontà degli Stati di mantenere un ruolo rilevante in materia⁶⁷. L'assenza di una disciplina europea in tema di partenariato pubblico-privato si riscontra anche nelle direttive comunitarie 2014/23/UE⁶⁸, 2014/24/UE⁶⁹ e 2014/25/UE⁷⁰ sui contratti pubblici del Parlamento europeo e del Consiglio, le quali si limitano ad introdurre un richiamo alla figura giuridica in esame senza però delineare una specifica normativa al riguardo. Secondo una tesi dottrinale⁷¹, tuttavia, è possibile qualificare la fattispecie concessoria, regolamentata nella direttiva 2014/23 UE, come vero e proprio paradigma dei modelli di partenariato.

diritto comunitario in tema di appalti pubblici e concessioni; la Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) del 5.2.2008 (COM 2007 6661); il Libro verde del 2011 relativo alla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti (COM 2011 15). Il tema particolare delle concessioni era stato anticipato rispetto ai documenti ora citati dalla Comunicazione interpretativa della Commissione del 12.4.2000 sulle concessioni nel diritto comunitario.

⁶⁷ B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, cit.; V. SESSA, *Il partenariato pubblico-privato*, cit., sul punto rileva che "Allo stato in Europa non sussiste, né si può presumere che venga introdotta a breve, una disciplina unitaria della nozione: le iniziali proposte di disciplinare alcuni argomenti, quali il 'partenariato istituzionalizzato', sono state piuttosto lasciate a discipline di settore, mentre l'Unione europea ha preferito precisare i caratteri degli appalti alla luce della giurisprudenza e del dibattito europeo e nazionale, ma senza prevedere nelle Direttive delle chiare connessioni tra disciplina degli appalti e del partenariato, così allontanandosi dalle proposte del Libro Verde, che univa nel 'partenariato contrattuale' tanto le concessioni quanto gli appalti".

⁶⁸ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

⁶⁹ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

⁷⁰ Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

⁷¹ M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 11-12-13, afferma che "Anzitutto, nelle due direttive non si parla mai di PPP; neanche nei pur numerosissimi 'considerando' iniziali. Merita dunque accertare la ragione di questo silenzio, che non è causale... La prima indicazione – sul mancato richiamo al PPP – è, in tutta evidenza, quella più importante per capire lo stato del diritto europeo per la problematica in esame. Dopo tanto proporre e discutere di PPP, le istituzioni dell'Unione non potevano certo considerarsi ignare di questa tematica; specie nel momento in cui per la prima volta disciplinavano istituti giuridici che ne fanno parte, a ragione (le concessioni), o ridisciplinavano istituti (gli appalti) che, a torto, il Libro Verde considerava parte del PPP. La circostanza che nelle due nuove direttive sia stato ommesso ogni riferimento, generale e speciale, al PPP sta dunque a significare – a mio avviso – che il legislatore europeo ha considerato, almeno per il momento, che non sussistono le condizioni per una disciplina unitaria degli istituti giuridici riportabili al PPP; ma neanche che ce ne sia bisogno, una volta che il cuore della tematica del Partenariato (le concessioni) trova una compiuta disciplina... è però opportuno precisare che la mancanza di una chiara base di diritto europeo non delegittima le disposizioni nazionali che si richiamano al PPP, non essendo tale tematica parte delle competenze esclusive dell'Unione. Ma così si determina una situazione di duplice regime di PPP,

La legge 28 gennaio 2016, n. 11, contenente le deleghe al Governo per l'attuazione delle suddette direttive, ha invece prestato maggiore attenzione all'argomento rispetto a quella rilevata in sede europea⁷². Si evidenzia una maggiore sensibilità da parte del legislatore nazionale nel promuovere tali forme di collaborazione ed una crescente consapevolezza in ordine alla rilevanza del ruolo dei privati non solo nel finanziamento, ma altresì nel miglioramento dell'azione amministrativa, soprattutto per quanto concerne l'efficacia della programmazione degli interventi e la qualità delle infrastrutture realizzate e dei servizi erogati⁷³.

Le direttive 23/24/25 UE del 2014 hanno trovato attuazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) che ha sostituito il codice previgente, il d.lgs.

nazionale ed europeo, in cui il primo si può svolgere autonomamente, almeno sino al punto in cui si determinino incompatibilità con principi generali di diritto europeo rilevanti in tali fattispecie". V. anche M. RICCHI, *I contratti di concessione 2€*, in G.F. CARTEI e M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-privato, Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, secondo cui "La Direttiva procede ad un'altra importante omogeneizzazione concettuale, infatti, quando si riferisce alle concessioni include anche quei contratti che vengono classificati dalla nomenclatura Eurostat come contratti di PPP in cui il *main payer* sia la sola PA. La Direttiva però sceglie di non addentrarsi in tassonomie definitorie stabilendo gerarchie di genere e specie, semplicemente quando descrive le concessioni si riferisce a volte a schemi contrattuali dove la remunerazione del concessionario è in capo agli utenti e a volte dove il *main payer* sia la PA.". Secondo R. DIPACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, cit., il tradizionale istituto della concessione è considerato l'archetipo di tutte le forme di partenariato, anche le più innovative. L'esigenza sottesa alla creazione dell'istituto concessorio era quella di fornire alle pubbliche amministrazioni uno strumento che, a differenza dell'appalto, consentisse di realizzare programmi costruttivi con procedimenti snelli e derogatori rispetto alla disciplina dell'evidenza pubblica. Al privato concessionario quindi, si iniziavano ad attribuire poteri consistenti nel reperimento dei fondi, nella progettazione, nella attivazione delle procedure necessarie per la realizzazione dell'opera e nella gestione della stessa. Tale istituto si rivelava vantaggioso sia per il privato che per la pubblica amministrazione. Il privato, infatti, conseguiva una remunerazione ulteriore rispetto a quella percepita per la semplice realizzazione dell'opera, consistente nei frutti della gestione. Per il partner pubblico si trattava di sopperire alle carenze di fondi ed alla assenza di personale tecnico particolarmente qualificato per fornire il servizio collegato all'opera che si intendeva realizzare.

⁷² All'art. 1, comma 1, lett. ss) della Legge 28 gennaio 2016, n. 11 viene infatti indicata la necessità di «razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici ed il supporto tecnico alle stazioni appaltanti, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti», mentre alla lett. tt) si sottolinea l'esigenza «di agevolare e ridurre i tempi delle procedure di partenariato pubblico-privato, previsione espressa, previa indicazione dell'amministrazione competente, delle modalità e delle tempistiche per addvenire alla predisposizione di specifici studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria derivante dalla verifica dei livelli di bancabilità, garantendo altresì l'acquisizione di tutte le necessarie autorizzazioni, pareri e atti di assenso comunque denominati entro la fase di aggiudicazione».

⁷³ V. SESSA, *Il partenariato pubblico-privato*, cit., evidenzia che "Con ogni probabilità, le indicazioni della legge delega rispondono all'esigenza, avvertita dal legislatore italiano in considerazione della difficile situazione della finanza pubblica, di un crescente coinvolgimento dei privati nella realizzazione e gestione di opere di pubblico interesse, anche alla luce del ruolo che essi hanno frequentemente rivestito, particolarmente negli ultimi decenni, sia nella fase propositiva-progettuale, per la loro capacità innovativa, sia in quella realizzativa, per la maggiore efficienza e capacità manageriale".

12 aprile 2006 n. 163⁷⁴. In quest'ultimo era stata inserita, a seguito del terzo correttivo intervenuto mediante il d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, una definizione di contratti di PPP che recepiva quella contenuta nel Libro verde. L'art. 3, comma 15-ter, del Codice dei Contratti Pubblici del 2006 definiva i contratti di partenariato come «*contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti*».

Inoltre entrambe le categorie di partenariato, contrattuale e istituzionale, individuate dalla Commissione UE venivano richiamate nel previgente Codice che, dopo aver fornito la definizione di cui sopra, proseguiva con un elenco meramente esemplificativo⁷⁵ dei contratti di PPP includendovi: la concessione di lavori e di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, la finanza di progetto, le società miste, l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato o collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi.

In merito al regime giuridico regolante il rapporto tra soggetto pubblico e privato, tuttavia, l'art. 3 comma 15 ter disponeva solo che «*fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla Legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico-privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat*». A differenza della definizione comunitaria contenuta nel Libro Verde 2004 non veniva indicato l'elemento della lunga durata del rapporto di partenariato né la cooperazione nella fase di progettazione. Inoltre rimaneva irrisolto il problema relativo alla tipologia di procedura utilizzabile per selezionare il contraente privato.

⁷⁴ Questo, a sua volta, emanato in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

⁷⁵ *Ex multis* si veda M. RENNA, *Le sponsorizzazioni*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 521. Sul punto V. SESSA, *Il partenariato pubblico-privato*, cit., precisa che «Poiché l'elenco delle forme di partenariato non era tassativo, tra di esse potevano annoverarsi anche altri istituti, quali ad esempio la sponsorizzazione tecnica, che lo stesso Codice dei contratti pubblici definiva all'art. 199 bis, comma 1, come una forma di partenariato estesa alla progettazione e alla realizzazione di tutto o parte di un intervento a cura e a spese dello sponsor».

Il Codice dei contratti pubblici entrato in vigore il 19 aprile 2016 ha sostituito la scarsa disciplina⁷⁶ presente nel d.lgs. 163/2006 con una normativa che, per la prima volta, regola compiutamente l'istituto del Partenariato Pubblico-privato. La definizione è data dall'art. 3, comma 1, lett. eee), secondo cui per contratto di partenariato pubblico-privato si intende «*il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici, per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore*».

Per quanto riguarda l'oggetto del partenariato si riscontra un ampliamento delle prestazioni in capo all'operatore economico rispetto al precedente Codice; invero, oltre al richiamo a progettazione, realizzazione, manutenzione e gestione di un'opera o servizio, il legislatore menziona l'operazione di trasformazione dell'opera oggetto del contratto. Risultano nuovi anche i riferimenti all'onerosità del contratto, alla forma scritta e alla possibilità di coinvolgere più operatori economici⁷⁷. Inoltre, la previsione del “necessario finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti, contenuta nel d.lgs. 163/2006”, è stata sostituita da quella facente riferimento alla “mera assunzione di rischio” da parte dell'operatore economico. Anche il profilo della durata diventa stringente nella nuova normativa ed è strettamente connessa al tempo di recupero degli investimenti e dei costi connessi al finanziamento dell'operazione.

La parte IV del nuovo Codice detta la disciplina specifica dell'istituto, in particolare gli articoli 180, 181 e 182 contengono un archetipo generale del partenariato pubblico-privato contrattuale⁷⁸. Il comma 8 dell'art. 180 menziona quali figure rien-

⁷⁶ In termini G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, cit., che, in merito alla disciplina contenuta nel previgente Codice dei contratti, afferma “Essa si limita a recepire, in misura oltretutto parziale, le indicazioni provenienti dal diritto europeo, senza alcun cenno al regime che sovrintende le relazioni tra i soggetti, e senza che venga indicato in maniera chiara il contrassegno distintivo unitario della categoria del PPP”.

⁷⁷ V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

⁷⁸ Come sottolineato dal Consiglio di Stato, Commissione Speciale, nel parere del 1 aprile 2016, n. 855 espresso sullo schema di decreto legislativo recante il nuovo codice dei contratti pubblici.

tranti nel PPP la finanza di progetto⁷⁹, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche e il contratto di disponibilità. A differenza del precedente Codice dei contratti pubblici non vengono più nominati l'affidamento a contraente generale né le società miste, mentre la concessione di lavori viene sostituita con la concessione di costruzione e gestione e viene introdotto il contratto di disponibilità⁸⁰. La seconda parte del medesimo comma contiene una clausola generale che ricomprende nell'istituto in esame «*qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche*» descritte nell'art. 180. Si osserva, pertanto, che il nuovo codice non fornisce un elenco tassativo di contratti rientranti nel PPP ma introduce una disciplina quadro idonea ad essere applicata anche ad altre fattispecie diverse da quelle espressamente indicate⁸¹.

Gli articoli 189,190 e 191 prevedono, inoltre, altri contratti di PPP non contemplati dal codice del 2006: gli interventi di sussidiarietà orizzontale⁸², il baratto

⁷⁹ Con tale locuzione si intendono tutti quei contratti di PPP, anche diversi dalle concessioni in seguito alle modifiche apportate dal decreto correttivo al Codice dei Contratti pubblici, affidati attraverso particolari e complessi procedimenti disciplinati dall'art. 183 del Codice. Quest'ultimo prevede due procedure: una ad iniziativa pubblica in cui si pone a base di gara il progetto di fattibilità dell'opera o una progettazione che può riguardare anche i servizi e un'altra procedura ad iniziativa privata che prende origine da una proposta di soggetti privati che propongono all'amministrazione di inserire determinati interventi nei loro strumenti di programmazione ove li ritengano fattibili. Secondo M. RICCHI, *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico-privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. 50/2016*, in www.giustamm.it, "si rileva la confusione, auspicabilmente da emendare, tra procedimenti e contratti laddove la finanza di progetto, disciplinata nell'art. 183 del Codice, è un procedimento di individuazione dell'affidatario e non un contratto, fatto per cui andrebbe elisa dal disposto, come andrebbe corretto il riferimento fatto a qualunque altra procedura".

⁸⁰ V. SESSA, *Il partenariato pubblico-privato*, cit.

⁸¹ F. DI CRISTINA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il partenariato pubblico-privato quale "archetipo generale"* in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2016, p. 483.

⁸² Istituto innovativo che consente, nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento, di affidare in gestione per quanto concerne la manutenzione, e con diritto di prelazione ai cittadini residenti nei comprensori oggetto di convenzioni e su cui essi insistono, beni o aree riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale, riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere, con esclusione degli immobili ad uso scolastico e sportivo, ceduti al comune nell'ambito delle convenzioni e delle norme previste negli strumenti urbanistici attuativi, comunque denominati. A tal fine i cittadini residenti dovranno costituire un consorzio del comprensorio che raggiunga almeno il 66 per cento della proprietà della lottizzazione, il quale potrà in quanto tale accedere a incentivi di regioni e comuni finalizzati alla gestione diretta di tali aree e immobili, anche mediante riduzione dei tributi propri (comma 1). Analogamente, per la realizzazione di opere di interesse locale, gruppi di cittadini organizzati potranno formulare all'ente locale territoriale competente proposte operative di pronta realizzabilità, nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti o delle clausole di salvaguardia degli strumenti urbanistici adottati, indicando nei costi e di mezzi di finanziamento, senza oneri per l'ente medesimo. L'ente locale provvederà sulla proposta, con il coinvolgimento, se necessario, di eventuali soggetti, enti ed uffici interessati, fornendo prescrizioni ed assistenza e potrà predisporre apposito regolamento per disciplinare le attività ed i processi in oggetto (comma 2).

amministrativo⁸³, la cessione di immobili in cambio di opere. In relazione alle ultime fattispecie menzionate si è messo in luce come “tali tipologie di partenariato costituiscono un’interessante declinazione dello strumento in oggetto mediante il coinvolgimento non solo del mondo degli operatori economici, ma anche dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale sancito dall’art. 118 della Costituzione”⁸⁴.

3.1. *Rischio operativo ed equilibrio economico-finanziario nei contratti di PPP*

L’elemento del rischio assume centralità negli strumenti contrattuali di PPP.

Il comma 3 dell’art. 180 del d.lgs. 50/2016 stabilisce che il PPP comporta l’allocazione sul partner privato «*oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l’esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell’opera come definiti, rispettivamente, dall’articolo 3 comma 1 lettere aaa), bbb) e ccc)*»⁸⁵. Si osserva che, sebbene la locuzione “rischio operativo” si rinvenga solo nell’ambito della disciplina relativa alle concessioni⁸⁶, l’insieme dei rischi summenzionati consente di poter fare riferimento ad esso anche negli altri contratti di PPP.

⁸³ Istituto già introdotto dall’art. 24 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133 e ora disciplinato dall’art. 190 del nuovo Codice, ai sensi del quale «gli enti territoriali definiscono con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di “partenariato sociale”, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale. Tali contratti potranno riguardare la pulizia, la manutenzione, l’abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali potranno individuare riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dall’associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un’ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa».

⁸⁴ V. SESSA, *Il partenariato pubblico-privato*, cit.

⁸⁵ Già la citata decisione Eurostat del 2004 distingueva il contratto di partenariato dall’appalto in base all’allocazione di questi rischi, nel senso che il partenariato implica il trasferimento al soggetto privato, oltre al rischio di costruzione, di almeno uno degli altri due rischi (rischio di disponibilità e rischio di domanda).

⁸⁶ L’art. 3, lettera zz), del D.lgs. 50/2016 introduce nell’ordinamento – in recepimento della nuova Direttiva 2014/23/UE – la nozione di cd. “*rischio operativo*”, per tale intendendosi «il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell’offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».

Il rischio di disponibilità⁸⁷, definito all'art. 3 lett. bbb) del Codice come «*il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti*», connota i contratti di partenariato pubblico-privato in cui l'operatore economico viene remunerato dai pagamenti effettuati dalla pubblica amministrazione in cambio della "messa a disposizione dell'immobile". Quest'ultima consiste nell'erogazione da parte del privato di appositi servizi di conduzione tecnica e funzionale e, pertanto, siffatto rischio è legato alla performance di tali servizi e alla capacità dell'opera di soddisfare le esigenze individuate nel contratto. Vengono principalmente in rilievo le c.d. opere fredde, ossia quelle incapaci di produrre reddito attraverso i ricavi di utenza (ad. es. ospedali, carceri, scuole), le quali possono essere oggetto di PPP a condizione che al privato venga trasferito il rischio in esame: ciò significa che il canone versato dall'amministrazione sarà suscettibile di riduzione o annullamento in caso di ridotta o mancata disponibilità dell'opera o erogazione del servizio.

Il rischio di costruzione è invece «*il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, ad inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera*» (lett. aaa).

Infine, il rischio di domanda è definito come «*legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa*» (lett. ccc). Alcuni hanno rilevato come il riferimento all'assunzione del rischio di domanda o di fluttuazione del mercato da parte del partner privato sembra porsi in contrasto con la costruzione, propugnata dai partecipanti alla redazione del Codice, secondo cui nei contratti di PPP i proventi dell'operatore economico non sono generati dai pagamenti degli utenti fruitori dell'opera o del servizio ma provengono dalla PA, la quale assume sempre il ruolo di "main payer". Secondo tale impostazione i contratti in esame in ciò si differenzerebbero dalla concessione in cui, invece, "la maggior parte dei ricavi di gestio-

⁸⁷ Il rischio disponibilità è individuabile, secondo il Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati del 30 aprile 2004 (Libro Verde sul PPP), "in operazioni di altro tipo, (dove) il partner privato è destinato a realizzare e gestire un'infrastruttura per la pubblica amministrazione (ad esempio, una scuola, un ospedale, un centro penitenziario, un'infrastruttura di trasporto)". "In questo modello la retribuzione del partner privato non avviene in forma di compensi versati dagli utenti del lavoro o del servizio, ma di pagamenti regolari ricevuti dal partner pubblico". Il rischio di disponibilità è il rischio legato alla performance dei servizi che il partner privato deve rendere alla P.a. e si sostanzia nella potenziale decurtazione dei pagamenti pubblici per effetto dell'applicazione di penali, qualora gli standard dei servizi non siano soddisfatti.

ne del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato”⁸⁸. Al fine di conciliare il rischio di domanda con la remunerazione da parte della p.a. si è richiamato il meccanismo di *shadow toll*, in cui la tariffa è pagata dalla PA sulla base dell’utilizzo effettivo del servizio da parte degli utenti (es. parcheggio, autostrada)⁸⁹.

⁸⁸ Secondo M. RICCHI, *L’Architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. n. 50/2016*, cit., “La ragione di tale differenziazione, che, come si vedrà, ha delle importanti ricadute imposte dalla legge alla PA e all’operatore economico sul piano procedurale e sul livello di “garanzie” da rispettare, risiede nella capacità del mercato (il rischio della domanda) di “disciplinare” il privato a comportamenti performanti in termini di efficienza ed efficacia durante tutta la filiera di generazione dell’opera pubblica e della sua gestione o, nel caso di concessioni di servizi, durante la gestione del servizio. La risposta del mercato all’attività del concessionario tramite l’acquisto o meno del servizio-anche generato mediante la costruzione dell’opera pubblica o di pubblica utilità- induce l’operatore economico affidatario a progettare, finanziare, costruire e gestire con attenzione alla convenienza dell’operazione ed al livello del servizio da cui dipende l’entità della risposta degli utenti. Il bilancio di questi due fattori, ottimizzazione dei costi ed elevazione degli standard dei servizi per ottenere maggiori ricavi, è l’incentivo autodeterminante il concessionario a mantenersi in linea con le prospettive del PEF. Invece nelle operazioni “fredde” a canone o a pagamento della PA (rischio dal lato dell’offerta o anche di mercato ma con *main payer* la PA) manca nell’affidatario questa spinta autodeterminante all’attenzione ai costi e al livello dei servizi erogati; l’aspettativa del privato a ricevere un canone, cadenzato temporalmente, nei contratti di PPP comprime l’incentivo, sempre in assenza di correttivi regolatori, alla migliore performance. Dunque il Legislatore ha compreso che nei contratti di partenariato pubblico-privato sono necessari dei correttivi regolatori, che, infatti, sono stati introdotti nel Codice, sia di natura procedurale e contrattuale per evitare che la PA paghi in eccesso rispetto ai rischi sostenuti dal partner privato o paghi senza ottenere gli standard qualitativi attesi”. Pertanto “la ragione della differenziazione tra concessioni e contratti di partenariato pubblico-privato risiede proprio nell’esigenza di regolare le operazioni di PPP, dove la PA è il principale soggetto pagatore (*main payer*), con specifiche prescrizioni per garantire che abbia intrapreso il procedimento più conveniente in termini di costi, tempi e livelli di performance”.

⁸⁹ M. RICCHI, *L’Architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. n. 50/2016*, cit., osserva che “La disposizione apparentemente anomala riferita nell’art. 180 del Codice, cioè l’ammissibilità per il concessionario, nei contratti di PPP, di poter trattenerne anche il rischio domanda (oltreché quello di disponibilità) in modo esclusivo nella singola operazione, sembrerebbe mettere in crisi la costruzione che è stata qui prospettata e confermata anche da coloro che hanno partecipato alla redazione del Codice o che appartengono alle strutture di supporto del Governo. (...) Mentre la definizione del contratto di partenariato di cui all’art. 3, lett. eee), non fa luce sull’ammissibile alternatività tra rischio di disponibilità e di domanda, invece la lettura specialistica dell’art. 180, comma 5, rispetto alle forme di PPP e ai meccanismi di remunerazione erogati dalla P.a., sembra consentire di conciliare il tema dei servizi resi verso l’esterno con l’assunzione del rischio di domanda o di fluttuazione del mercato a carico del privato affidatario. Infatti nel comma 5 è precisato: «L’amministrazione aggiudicatrice sceglie altresì che a fronte della disponibilità dell’opera o della domanda di servizi (...) rimette la remunerazione del servizio allo sfruttamento diretto della stessa da parte dell’operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo». La remunerazione da parte della P.a. e la contemporanea allocazione del rischio domanda a carico del concessionario è soddisfatta qualora siano previsti i meccanismi di *shadow toll* utilizzati ampiamente all’estero. Milita verso questa interpretazione non solo la ricerca della riduzione a coerenza dell’ampio sistema del PPP – che è un valore quando ci siano degli effetti sostanziali che vadano oltre la chiarezza tassonomica – ma anche la collocazione del meccanismo di remunerazione del concessionario che si pone nelle opzioni prospettate come una «terza scelta» (...) La terza opzione di remunerazione è quella anzidetta inserita nella seconda parte del comma 5 dove il privato «si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo». Tutte le opere c.d. a domanda possono trasformarsi con il meccanismo dello *shadow toll* in operazioni remunerate dalla P.a. ma con rischio mercato a carico del privato: parcheggi, strade, mobilità ecc. Il privato è sempre, comunque, incentivato ad erogare un servizio all’altezza per aumentare il proprio ricavo mentre l’esazione del corrispettivo per ogni utenza a carico della P.a. è rimesso al conteggio mediante strumenti o sensori automatici di rilevamento dei passaggi o delle presenze”.

Da quanto affermato emerge che possono essere oggetto di contratti di PPP sia le c.d. “opere fredde” che quelle “calde”⁹⁰, non rilevando il fatto che l’opera sia o meno in grado di generare reddito attraverso la fruizione da parte di terzi in misura tale da ripagare i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale investito. A tal proposito si è osservato che “tutte le opere c.d. a domanda possono trasformarsi con il meccanismo dello *shadow toll* in operazioni remunerate dalla PA ma con rischio di mercato a carico del privato: parcheggi, strade, mobilità, ecc.”⁹¹. Siffatta considerazione si ricava ulteriormente dall’ultimo periodo del comma 2 dell’art. 180 del d.lgs. 50/2016 che, a seguito della modifica introdotta dal d.lgs. 56/2017, espressamente prevede l’utilizzo del contratto di partenariato per qualsiasi tipologia di opera pubblica.

In virtù della necessaria allocazione in capo al privato dei rischi descritti il contenuto del contratto deve essere formulato in modo tale che egli possa recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti esclusivamente in base all’effettiva disponibilità dell’opera – nel rispetto degli standard stabiliti *ex ante* – o al volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda, subendo in tal caso il rischio delle fluttuazioni negative di mercato. Di contro, il vantaggio economico che rende conveniente per il privato l’assunzione dei rischi in esame si evince dalla previsione del comma 2 dell’art. 180 del Codice il quale stabilisce che «*Nei contratti di partenariato pubblico-privato, i ricavi di gestione dell’operatore economico provengono dal canone*

⁹⁰ In tal senso, possono essere annoverati sia il comma 2 dell’art. 180, che stabilisce «*Nei contratti di partenariato pubblico-privato, i ricavi di gestione dell’operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall’ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna*», sia, ancora, il comma 3, ai sensi del quale «*Nel contratto di partenariato pubblico-privato il trasferimento del rischio in capo all’operatore economico comporta l’allocazione a quest’ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l’esterno, del rischio di domanda dei servizi resi*». Anche il comma 5, relativamente ai meccanismi di remunerazione erogati dalla P.a., precisa che: «*L’amministrazione aggiudicatrice sceglie altresì che a fronte della disponibilità dell’opera o della domanda di servizi (...) rimette la remunerazione del servizio allo sfruttamento diretto della stessa da parte dell’operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo*». La stessa relazione al testo di legge chiarisce che “l’istituto del partenariato pubblico-privato può ora essere applicato sia alle c.d. “opere a freddo”, sia alle c.d. “opere a caldo”, cioè a prescindere dal fatto che l’opera sia in grado di generare reddito attraverso ricavi da utenza in misura tale da ripagare i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale investito: tale istituto infatti viene presentato come particolarmente vantaggioso sotto il profilo finanziario ai fini della realizzazione di progetti complessi ed innovativi, in quanto la cooperazione con i privati fa sì che l’amministrazione possa vedere aumentate le risorse a disposizione e acquisire soluzioni innovative attingendo a capitali privati.

⁹¹ M. RICCHI, *L’Architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. n. 50/2016*, cit.

ricosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna».

A proposito dei meccanismi di remunerazione l'art. 180, ai commi 4 e 5, specifica le diverse alternative che l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi:

- la remunerazione a canone, ossia versando un canone all'operatore economico. Il canone viene erogato dalla pubblica amministrazione in base alla qualità e la quantità della prestazione dell'operatore economico esplicantesi nella gestione tecnico funzionale delle infrastrutture. Come sopra evidenziato, vengono prevalentemente in rilievo le cd "opere fredde" (es. ospedali o strutture penitenziarie) in cui unico utente è la pubblica amministrazione e il ricavo di gestione proviene principalmente dal canone pagato dall'ente concedente. Il livello di disponibilità di un bene o di un servizio può variare in base alla tipologia e all'uso finale degli stessi e viene individuato nel contratto. Il canone è automaticamente ridotto se non vi sia il raggiungimento degli obiettivi stabiliti e tale decurtazione automatica è possibile in quanto sono previsti dei meccanismi di misurazione del raggiungimento di standard quantitativi indicati nel contratto. Le riduzioni devono essere significative in modo tale da incidere in maniera sostanziale sull'equilibrio economico finanziario.
- la remunerazione in diritti, ovvero l'amministrazione può preferire che venga corrisposta una diversa utilità economica comunque pattuita *ex ante*. Si tratta di forme di remunerazione diverse dai canoni versati dalla PA e dagli introiti della domanda e si traducono nel conferimento al privato di diritti di godimento, di cessione di proprietà immobiliari o in proprietà delle stesse opere realizzate⁹².
- infine, l'amministrazione può rimettere la remunerazione del servizio al suo sfruttamento diretto da parte dell'operatore economico, il quale, in tal caso, si as-

⁹² M. RICCHI, *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico-privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. 50/2016*, cit., precisa che "La differenza rilevante rispetto al contributo pubblico «in diritti» disciplinato dal successivo comma 6 dell'art. 180, riguarda il fatto che quest'ultimo è parziale, limitato al 30% del valore dell'investimento, va imputato durante il periodo di costruzione dell'opera e deve solo contribuire al raggiungimento dell'equilibrio del Pef; mentre la parte importante dell'equilibrio economico finanziario del Pef è generata dalla domanda di mercato (rischio domanda) o dal canone della P.a. (rischio di disponibilità)".

sume il rischio delle fluttuazioni negative del mercato della domanda del servizio medesimo.

Per prevenire il contenzioso è necessario che i rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di PPP siano chiaramente identificati, valutati e posti in capo al soggetto più in grado di farsene carico, fermo restando che l'operatore economico ne dovrà sopportare la maggioranza. Il presupposto per la corretta allocazione dei rischi è rappresentato dall'equilibrio economico finanziario, da intendersi come "la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria". La convenienza economica consiste nella «*capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito*», mentre la sostenibilità finanziaria dipende dalla «*capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento*» (art. 3, comma 1, lettera fff)). In sostanza, la gestione dell'opera o del servizio realizzati con la formula del partenariato pubblico-privato deve produrre, proprio assicurando l'equilibrio economico – finanziario, una redditività che offra sufficienti garanzie sia sotto il profilo economico (capacità di generare reddito) che sotto quello finanziario (capacità di rimborsare il finanziamento).

Per la riuscita del rapporto assume un ruolo determinante il mantenimento di siffatto equilibrio: a tal fine l'art. 182 comma 3 prevede la possibilità di modifica delle condizioni contrattuali di affidamento⁹³ in caso di sopravvenienze incidenti sui corrispettivi derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico⁹⁴. Si fa riferimento alla possibilità di attivare una procedura di revisione⁹⁵ al fine di riequilibrare

⁹³ R. GAROFOLI, *Sistemi di realizzazione delle opere pubbliche e strumenti di finanziamento: dall'appalto al partenariato pubblico-privato*, Relazione tenuta al Convegno "Appalto pubblico: chance di sviluppo efficiente", tenutosi a Ravello il 14 e 15 ottobre 2011, sulla possibilità di modifica delle condizioni contrattuali in sede di esecuzione ha osservato che questo profilo ha sempre costituito un nodo problematico in quanto, come evidenziato dalla Commissione europea, i principi del Trattato si oppongono a qualsiasi intervento del partner pubblico successivo alla selezione del partner privato che sia tale da pregiudicare la parità di trattamento tra operatori economici. Ciò in base alla considerazione che le modifiche intervenute in fase di esecuzione di un partenariato pubblico-privato, quando non sono contemplate dai documenti contrattuali, sortiscono l'effetto di rimettere in discussione il principio di parità.

⁹⁴ Quali ad esempio eventi di forza maggiore, l'entrata in vigore di norme legislative e regolamentari, le varianti richieste dall'amministrazione o concordate tra le parti che comportino un'alterazione dell'equilibrio economico finanziario.

⁹⁵ Quanto al verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario, esso può comportarne la revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al

le posizioni delle parti in modo da consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo al privato.

L'equilibrio economico finanziario è una grandezza misurabile attraverso indici o parametri espressi nei documenti di gara e nel contratto, in base ad essi verrà quantificato il peso degli eventi sopravvenuti onde stabilire se la loro incidenza possa determinare la necessità di modifica delle condizioni originariamente pattuite. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del PEF le parti possono recedere dal contratto e all'operatore spetterà il valore delle opere realizzate e gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici già conseguiti.

La necessità di prevedere la possibilità di modificare le originarie condizioni contrattuali di affidamento era stata messa in luce dalla Commissione europea la quale aveva affermato che il rapporto di partenariato, poiché finalizzato alla prestazione di un servizio nell'arco di un periodo di tempo abbastanza lungo, doveva essere "in grado di adattarsi ad alcune variazioni intervenute nel contesto economico, giuridico o tecnico"⁹⁶.

Al fine del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico⁹⁷ ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. A titolo di contributo potrà anche essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del

contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, "la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. All'operatore economico spetta il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori, al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici" (comma 3).

⁹⁶ Comunicazione interpretativa della Commissione, pubblicata in G.U.C.E. 12 aprile 2008 C 91 (2008/C 91/02), in cui si esamina la fase posteriore alla costituzione di un PPPI e si sostiene che qualora l'autorità aggiudicatrice "desideri, per ragioni precise, avere la possibilità di modificare determinate condizioni dell'appalto, dopo la scelta dell'aggiudicatario, dovrà prevedere espressamente tale possibilità di adeguamento, così come le sue modalità di applicazione, nel bando di gara o capitolato d'oneri e delimitare l'ambito all'interno del quale la procedura deve svolgersi, cosicché tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino pertanto su un piede di parità al momento della formulazione dell'offerta. Qualsiasi modifica delle condizioni essenziali dell'appalto non prevista dal capitolato d'oneri impone di ricorrere a una procedura di gara".

⁹⁷ G. FERRANTE e P. MARASCO, *Equilibrio Economico Finanziario e valutazione di congruità del contributo pubblico*, in G.F. CARTEI e M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto: temi e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 563-587.

prezzo sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari. (art. 180, comma 6)⁹⁸.

Altra novità riguarda il finanziamento del progetto di PPP che può avvenire utilizzando idonei strumenti quali, tra gli altri, la finanza di progetto. Quest'ultima, da distinguersi dalla procedura di affidamento prevista dall'art. 183 del Codice, consiste in una tecnica di finanziamento di un'opera in grado di generare flussi di cassa sufficienti a ripagare il debito contratto dal finanziatore dell'opera stessa e a remunerare il capitale investito.

3.2. *Livelli di progettazione: il PPP deroga al divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione*

Prima della modifica intervenuta ad opera del d.lgs. 56/2017, l'art. 180 comma 1 del Codice dei contratti pubblici stabiliva che il contratto di partenariato potesse avere

⁹⁸ L'art. 67 del Decreto correttivo 56/2017 è intervenuto alzando il tetto del contributo pubblico dal 30% al 49% (in linea con le regole Eurostat di contabilità pubblica europea che impongono una copertura privata dell'investimento "superiore al 50%"-dunque fino al 49,999% pubblico-per poter stabilire che un'opera è vero *project financing*, e dunque "decontabilizzarla" dal bilancio pubblico, metterla "off balance") sia per le concessioni (art. 165 comma 2 del D.lgs. 50/2016) sia per i Partenariati pubblici privati (art. 180 comma 6 D.lgs. 50/2016). R. CORI e I. PARADISI, *I contratti di concessione e il Partenariato pubblico-privato dopo il correttivo del Codice dei contratti pubblici* in *Appalti&Contratti*, n. 6/2017, pp. 37-38 evidenziano che il precedente vincolo del 30% "rendeva particolarmente difficile o, quanto meno, disincentivava il ricorso all'istituto della concessione di lavori e, più in generale ai contratti di PPP –posto che medesimo limite era previsto dall'art. 180, comma 6 del Codice per tutti i contratti di PPP – soprattutto per l'affidamento della realizzazione e della gestione di opere c.d. fredde, per le quali è solitamente fondamentale l'apporto di contributo pubblico anche in misura piuttosto consistente". Osservano inoltre che "La prudenza del Legislatore trovava giustificazione nella rigidità delle regole previste per la contabilizzazione delle operazioni di PPP da parte del regolamento contabile dell'Unione Europea, il Regolamento (UE) 549/2013, relativo al Sistema dei conti nazionali e regionali dell'Unione Europea (SEC 2010), nonché della decisione Eurostat del 10 febbraio 2014, i cui contenuti sono stati sostanzialmente recepiti all'interno del vigente Codice dei contratti pubblici. In particolare, ci si riferisce alle disposizioni dell'art. 180, comma 3 del Codice, in base alla quale nei contratti di PPP, e dunque anche nelle concessioni, 'il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda per i servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera'. Sulla base delle regole contabili dell'Unione Europea, nell'ambito di un contratto di PPP, la presenza di un finanziamento pubblico maggioritario, quindi superiore al cinquanta per cento del valore dell'investimento, comporta la mancata allocazione del rischio in capo al contraente privato e la conseguente necessaria contabilizzazione dell'opera affidata nel bilancio dell'amministrazione. Al fine di incentivare il ricorso agli istituti di PPP, il cui mercato di riferimento già risentiva, necessariamente, delle incertezze legate alla fase di transizione dalla vecchia normativa alla nuova del 2016, l'articolo 101 del d.lgs. n. 56/2017, in modifica dell'articolo 165 del Codice, ha, perciò, elevato al quarantanove per cento la quota di contributo pubblico ammissibile ai fini del raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario".

ad oggetto anche il progetto di fattibilità tecnico economica oltre al progetto definitivo, consentendo così di affidare tutti i livelli di progettazione al partner privato.

La dottrina⁹⁹ aveva mostrato perplessità in ordine a tale previsione e il Consiglio di Stato¹⁰⁰ aveva raccomandato al Governo di “valutare con cautela l’opportunità di prevedere in termini generali che le pubbliche amministrazioni possano ricorrere a contratti di partenariato pubblico-privato atipici, rimettendo tutti i livelli di progettazione al partner privato. Siffatta possibilità, se consentita senza puntuali confini, rischia di tradire uno dei principi ispiratori della riforma, quello della separazione tra chi progetta e chi realizza le opere”.

L’originaria previsione dell’art. 180 sembrava quindi contrastare con quanto stabilito dalla legge delega n. 11 del 28 gennaio 2016 che all’art. 1, comma 1, lett. oo) non contempla, se non a titolo di eccezione, le ipotesi di affidamento della progettazione all’esecutore dell’opera, vieta l’appalto concorso e limita il ricorso all’appalto integrato. La stessa legge, inoltre, prevede «*l’esclusione dell’affidamento dei lavori sulla base della sola progettazione di livello preliminare*».

⁹⁹ R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2016, p. 534.

¹⁰⁰ Il Consiglio di Stato, nel parere 1 aprile 2016, n. 855 espresso sulla bozza provvisoria del decreto, in merito al fatto che il comma 1, ultimo periodo, dell’allora art. 186, consentisse in termini generali al contratto di avere ad oggetto anche il progetto di fattibilità e il progetto definitivo, aveva rilevato che ciò “oltre a creare le premesse per una serie indeterminata di contratti di partenariato pubblico, consente di rimettere al partner privato tutti i livelli di progettazione e non sembra in linea con la legge delega, che considera un’eccezione la progettazione affidata all’esecutore delle opere, vieta l’appalto concorso e limita il ricorso all’appalto integrato (v. lett. oo) della delega”. E aggiungeva: “A tale valutazione inducono anche ulteriori prescrizioni che si rinvengono nella delega, la quale: sempre al punto oo) prevede ‘l’esclusione dell’affidamento dei lavori sulla base della sola progettazione di livello preliminare’; al punto tt), recita testualmente: ‘al fine di agevolare e ridurre i tempi delle procedure di partenariato pubblico-privato, previsione espressa, previa indicazione dell’amministrazione competente, delle modalità e delle tempistiche per addivenire alla predisposizione di specifici studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria’. In sostanza, il Consiglio di Stato aveva rilevato come la previsione della delega sembrasse mutuare il modello già vigente nella finanza di progetto, in virtù del quale, sulla base di precisi studi di fattibilità provenienti sia dalla stazione appaltante sia dall’aspirante partner privato, la gara si svolge sulla base di un progetto, “con l’effetto che il progetto è un *prius* e non un *posterius* rispetto alla gara”, e aveva osservato che “coerentemente con detta prospettiva, questo stesso codice, nella finanza di progetto che è uno dei modelli tipici di pppc, lascia il primo livello di progettazione alla stazione appaltante, salvo che nella figura del c.d. proponente (comma 15 dell’art. 183, il proponente propone anche il primo livello della progettazione). Nel contratto di disponibilità di cui all’art. 188 è espressamente previsto che tutti i livelli di progettazione siano a carico del partner privato. Tale possibilità sembra esservi pure negli istituti dell’art. 190 (partenariato *latu sensu* sociale, comprensivo del baratto amministrativo e degli interventi di sussidiarietà orizzontale)”. Le medesime criticità sono state condivise anche dai pareri approvati dall’VIII Commissione della Camera dei Deputati e dall’VIII Commissione del Senato, i quali avevano testualmente ripreso le affermazioni di Palazzo Spada per dichiarare che “in coerenza con la raccomandazione del Consiglio di Stato occorre valutare con cautela l’opportunità di prevedere in termini generali che le pubbliche amministrazioni possano ricorrere a contratti di partenariato pubblico-privato atipici, rimettendo tutti i livelli di progettazione al partner privato, onde evitare di aggirare uno dei principi ispiratori della riforma, ossia la separazione tra chi progetta e chi realizza le opere”.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, proprio in attuazione di quanto previsto dalla legge delega, ha sancito all'art. 59¹⁰¹, comma 1, che «*gli appalti relativi ai lavori sono affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo*», ma, al terzo periodo, ha incluso il partenariato pubblico-privato, unitamente ai casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione e contratto di disponibilità, tra le ipotesi eccezionali in cui è consentito il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione. Le fattispecie derogatorie sono state poi ampliate dal decreto correttivo 56/2017 che ha inserito anche la locazione finanziaria e le opere di urbanizzazione a scomputo.

La deroga viene giustificata dal fatto che tali sistemi di realizzazione delle opere sono “per loro natura diversi da quelli ordinari e per i quali l'affidamento della progettazione è funzionalmente necessaria all'adozione del sistema medesimo, al fine di acquisire i benefici della progettazione delle imprese”¹⁰².

Poiché la medesima disposizione non specifica il livello di progettazione a cui si fa riferimento, ossia se sia possibile affidare solo la progettazione esecutiva o anche quella definitiva, è necessario analizzare le singole fattispecie menzionate per individuarlo. Per quanto concerne il partenariato il d.lgs. 56/2017 ha soppresso il riferimento alla progettazione di fattibilità tecnico ed economica delle opere o dei servizi connessi e le amministrazioni aggiudicatrici, pertanto, devono porre a base di gara il progetto definitivo (anziché esecutivo come negli appalti) e uno schema di contratto e di piano economico finanziario per la corretta allocazione dei rischi tra amministrazione e operatore economico.

Tuttavia si evidenzia, come precisato dalla delibera ANAC n. 437 del 9 maggio 2018¹⁰³, un mancato coordinamento tra quanto stabilito dall'art. 181, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, che richiede di porre a base di gara il progetto definiti-

¹⁰¹ L'articolo 59, comma 1, del decreto legislativo n. 50/2016, come modificato dal d.lgs. 56/2017 stabilisce: «Fatto salvo quanto previsto al comma 1-bis, gli appalti relativi ai lavori sono affidati, ponendo a base di gara il progetto esecutivo, il cui contenuto, come definito dall'articolo 23, comma 8, garantisce la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi e dei costi previsti. È vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico-privato, contratto di disponibilità, locazione finanziaria, nonché delle opere di urbanizzazione a scomputo di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e). Si applica l'articolo 216, comma 4-bis».

¹⁰² V. delibera ANAC n. 437 del 9 maggio 2018 “*Livello di progettazione necessario per l'affidamento di una concessione di lavori*”.

¹⁰³ Delibera n. 437 del 9 maggio 2018 “*Livello di progettazione necessario per l'affidamento di una concessione di lavori*”.

vo, e le singole fattispecie di partenariato le quali, invece, consentono di mettere a gara il progetto di fattibilità (come stabilito nei casi di finanza di progetto, nella locazione finanziaria e nelle opere di urbanizzazione a scomputo) o il capitolato prestazionale (come avviene nel caso di contratto di disponibilità)¹⁰⁴.

3.3. *Procedure di affidamento dei contratti di PPP e controllo dell'operatore economico nella fase esecutiva.*

Merita attenzione anche il profilo inerente alla procedura di selezione del contraente privato.

Come sottolinea anche la più autorevole giurisprudenza la scelta del partner privato di un contratto di partenariato “presenta caratteri peculiari, in quanto è volta alla ricerca non solo di un contraente, ma di una proposta, che integri l’individuazione e la specificazione dell’interesse pubblico perseguito”¹⁰⁵. La Commissione europea nella Comunicazione sui PPP del 2008¹⁰⁶ ha evidenziato che in caso di affidamento di progetti particolarmente complessi sono necessarie delle procedure dotate di una certa flessibilità che consentano di valutare non solo la convenienza dei prezzi ma anche proposte tecnicamente innovative. Le tradizionali procedure ad evidenza pubblica e la loro rigorosa applicazione anche in tale ambito rappresentano, infatti, un disincentivo per il privato ad approcciarsi a tali operazioni e, inoltre, non garantiscono alle amministrazioni più ampi margini di scelta e variabili di giudizio al fine di addivenire all’individuazione di soluzioni vantaggiose non solo economicamente ma anche in termini di benessere sociale¹⁰⁷.

Il d.lgs. 50/2016 mostra una maggiore sensibilità in ordine a tale aspetto. Invero, oltre a richiamare le disposizioni di cui alla parte I, III, V e VI in quanto compatibili (art. 179 c. 1), l’art. 181, comma 1, stabilisce che la scelta dell’operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competi-

¹⁰⁴ Nello specifico, nei casi di affidamento a contraente generale ex articolo 194, la stazione appaltante pone a base di gara il progetto definitivo, nei casi di finanza di progetto ex art. 183, locazione finanziaria ex articolo 187, in quelle di opere di urbanizzazione a scomputo ex articolo 1, comma 2, lett. e), l’affidamento avviene sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica e nel caso di contratto di disponibilità ex art. 188 ponendo a base di gara il capitolato prestazionale.

¹⁰⁵ Cons. Stato, Sez. V, n. 67/2014.

¹⁰⁶ Comunicazione interpretativa della Commissione sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) del 5.2.2008 (COM 2007 6661).

¹⁰⁷ R. GAROFOLI, *Sistemi di realizzazione delle opere pubbliche e strumenti di finanziamento: dall’appalto al partenariato pubblico-privato*, cit.

tivo¹⁰⁸. Quest'ultima precisazione pare porsi in linea con le suddette esigenze di maggiore flessibilità consentendo all'amministrazione aggiudicatrice di avviare un dialogo con gli operatori economici onde elaborare una o più soluzioni sulla base delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le proprie offerte.

Premine rilievo assume l'istruttoria finalizzata alla scelta del partner privato delineata dall'art. 181, comma 3, attraverso cui si dovrà valutare, in particolare, la natura e la intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione di partenariato. In tale fase assume rilievo la verifica in ordine alla convenienza del ricorso alle forme contrattuali in esame per la realizzazione dell'opera o del servizio rispetto alle ordinarie procedure di appalto.

Per quanto concerne la fase esecutiva è previsto che l'amministrazione eserciti un controllo sull'operatore economico attraverso la predisposizione di sistemi di monitoraggio¹⁰⁹ onde verificare la permanenza in capo a quest'ultimo dei rischi trasferiti per tutta la durata del rapporto contrattuale¹¹⁰. In relazione a tale profilo l'ANAC, rilevando la totale assenza nel contesto attuale di siffatti sistemi, ha osservato che la mancata allocazione dei rischi *ex ante* e un non efficace monitoraggio della fase di post aggiudicazione possono vanificare il valore aggiunto che ci si attende dal coinvolgimento di capitali e competenze privati nella realizzazione e nella gestione della cosa pubblica. A tal fine ha approvato con delibera n. 318 del 28 marzo 2018 le Linee guida n. 9 recanti "*Monitoraggio delle amministrazioni aggiu-*

¹⁰⁸ Da più parti era stato rilevato che una soluzione poteva essere offerta, stante lo sfavore mostrato dal legislatore per la procedura negoziata, dalla procedura del dialogo competitivo prevista dall'art. 3, comma 39, e disciplinata dall'art. 58 del codice per contratti "particolarmente complessi", in tal senso v. G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, cit., pp. 888 ss. Sul tema cfr. C. CONTESSA, N. DE SALVO, *La procedura del dialogo competitivo fra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, in *Urb. App.*, 2006, pp. 501 ss.

¹⁰⁹ Il Legislatore all'art. 181, comma 4, ha previsto che, in corso d'opera, l'amministrazione aggiudicatrice «esercita il controllo sull'attività dell'operatore economico (affidatario di un contratto di PPP) attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio, secondo modalità definite da linee guida adottate dall'ANAC, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti. L'operatore economico è tenuto a collaborare e ad alimentare attivamente tali sistemi».

¹¹⁰ V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., evidenzia che "Il Codice innova con riguardo alla fase di esecuzione del contratto di PPP prevedendo che la P.A., dovendosi dotare di conoscenze tecniche all'altezza delle dinamiche di mercato per valutare la capacità delle opere pubbliche di generare flussi di cassa positivi tali da ripagare i costi operativi ed i finanziamenti nel tempo, eserciti il controllo dell'operatore economico anche attraverso la predisposizione e applicazione di sistemi di monitoraggio, verificando in particolare la permanenza, per tutta la durata del rapporto contrattuale, in capo a quest'ultimo dei rischi trasferiti".

dicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico-privato”.

3.3.1. Linee guida dell'ANAC n. 9 riguardanti il monitoraggio dei contratti di partenariato pubblico-privato in corso di esecuzione.

L'art. 181, co. 4 del d.lgs. 50/2016 attribuisce all'ANAC, sentito il Ministero dell'economia e delle finanze (MEF), il compito di adottare le linee guida che definiscano le modalità con le quali le amministrazioni aggiudicatrici, attraverso sistemi di monitoraggio, esercitano il controllo sull'attività dell'operatore economico, verificando in particolare la permanenza in capo allo stesso dei rischi trasferiti. Con delibera n. 318 del 28.3.2018 l'ANAC ha adottato le Linee Guida n. 9 che costituiscono l'unico provvedimento attuativo della parte IV del Codice¹¹¹.

L'Autorità ha ritenuto opportuno fornire indicazioni anche rispetto alle fasi della procedura antecedenti al monitoraggio in considerazione della rilevanza che la fase preliminare di impostazione ed elaborazione delle operazioni di PPP assume ai fini della buona riuscita delle stesse e dell'efficace successivo controllo sulla corretta esecuzione dei contratti. Viene richiamata la centralità della figura del responsabile del procedimento¹¹² che deve essere affiancato, ai fini della buona riuscita

¹¹¹ L'AIR delle Linee guida individua i seguenti obiettivi generali perseguiti dall'intervento regolatorio: 1) ridurre il tasso di mortalità delle operazioni di PPP avviate dalle amministrazioni aggiudicatrici; 2) garantire un efficiente ed efficace monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sui contratti di PPP; 3) migliorare il rapporto tra risultati attesi e risultati effettivamente raggiunti attraverso le operazioni di PPP, anche in termini di costo; 4) perseguire la correttezza della classificazione contabile delle operazioni di PPP.

¹¹² P. CONIO, L. LEONE, *Dossier Ppp/8. Nelle Linee guida il contenuto minimo dei contratti. Ruolo chiave del RUP*, in *Edilizia e Territorio*, Quotidiano del Sole 24 Ore, 1 maggio 2018, affermano “Come noto, la riforma del Codice contratti ha ulteriormente enfatizzato il ruolo del RUP come perno del complessivo processo di progettazione, affidamento e realizzazione di un contratto pubblico: a lui compete ogni compito che la normativa non attribuisca specificamente ad altri organi o soggetti (art. 31 Codice). Secondo le Linee guida n. 3 dell'ANAC, il RUP vigila sullo svolgimento delle fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione di ogni singolo intervento e provvede a creare le condizioni affinché il processo realizzativo risulti condotto in modo unitario in relazione ai tempi e ai costi preventivati, alla qualità richiesta, alla manutenzione programmata, alla sicurezza e alla salute dei lavoratori e in conformità a qualsiasi altra disposizione di legge in materia. Anche le Linee Guida ANAC n. 9 si pongono, come è ovvio, nella medesima linea, specificando che la competenza a predisporre il contratto di PPP è del RUP, che ne definisce il contenuto inserendo lo schema completo delle clausole contrattuali ritenute adeguate e lo propone all'amministrazione. Benché le indicazioni fornite dalle linee guida costituiscano un aiuto, non vi è dubbio che il compito del RUP, anche per la peculiarità specifica di ogni singolo PPP, sia molto complesso. Inoltre, considerando la specializzazione di tipo tecnico che il RUP deve possedere nel caso di contratti afferenti i lavori, per i PPP di questo settore potrebbe mancare al Responsabile la specifica expertise giuridica e economico finanziaria necessaria alla redazione del contratto che, come ricordato dalle medesime linee guida, rappresenta il principale strumento di garanzia per un'efficiente esecuzione, una corretta allocazione dei rischi tra le

dell'operazione, da soggetti con competenze giuridiche, fiscali, economiche e tecniche. Con riferimento al direttore dei lavori o al direttore dell'esecuzione viene stabilito l'obbligo di individuare idonee professionalità al fine dello svolgimento delle attività richieste nella gestione degli specifici contratti, valutando, a tal fine, l'opportunità di istituire l'ufficio di direzione dei lavori.

La prima parte delle linee guida in esame contiene indicazioni non vincolanti, ai sensi dell'art. 213, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, che consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di identificare e valutare i rischi connessi alla costruzione e alla gestione dell'opera. La seconda, invece, ha natura vincolante, ai sensi del citato articolo 181, comma 4, dello stesso Codice e stabilisce prescrizioni sulle modalità di controllo dell'attività svolta dagli operatori economici in esecuzione del contratto.

Nella parte contenente disposizioni non cogenti viene stabilito che le amministrazioni aggiudicatrici, per ogni operazione di PPP, identificano e valutano gli specifici rischi connessi alla costruzione e alla gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto, ponendo gli stessi in capo al soggetto che, essendo in grado di adottare misure idonee a ridurre gli effetti negativi, presenta la maggiore capacità di controllo e gestione di tali eventi.

L'ANAC specifica¹¹³ le categorie di rischio individuate nel Codice – rischio di costruzione, di domanda e di disponibilità – e individua, oltre a quelli tipici che

parti e per il mantenimento in capo all'operatore economico del rischio allo stesso trasferito, nonché per evitare il rischio di riclassificazione contabile postuma dell'operazione di partenariato da "fuori" a "dentro" il bilancio dell'amministrazione. Il RUP, quindi, potrebbe avere bisogno – a seconda della rilevanza dell'iniziativa e della sua specifica capacità ed esperienza personale – di giovare di uno specifico supporto per un'adeguata formulazione delle clausole contrattuali, come d'altronde consentito dal medesimo Codice.

¹¹³ In relazione al rischio di costruzione l'ANAC stabilisce che esso deve comprendere tutti i rischi che si verificano in fase di progettazione e di esecuzione dell'opera, in particolare le conseguenze economiche derivanti da errori progettuali, una esecuzione dell'opera difforme rispetto a quanto previsto, un aumento del costo dei fattori produttivi dovuto a inadeguatezza o errata valutazione dei costi e tempi di esecuzione, inadempimenti contrattuali di subfornitori o subappaltatori così come la inadeguatezza e inaffidabilità della tecnologia utilizzata. Il rischio di costruzione non può considerarsi trasferito se l'amministrazione si obbliga a corrispondere al partner privato delle somme stabilite dal contratto senza la verifica preventiva delle condizioni in cui l'opera è consegnata o nel caso in cui si obblighi a sopportare sistematicamente ogni eventuale costo aggiuntivo indipendentemente dalla relativa causa. Rispetto al rischio di domanda l'ANAC specifica che non può dipendere dalla qualità delle prestazioni erogate dall'operatore economico attenendo questa alla corretta esecuzione del contratto e trattandosi pertanto di inadempimento contrattuale. Esso comprende usualmente il rischio di contrazione della domanda di mercato in riferimento a quel settore economico ma anche la diminuzione della domanda specifica per concorrenza di altro operatore preferito dall'utenza. Di regola il rischio di domanda non è presente se l'utenza finale non ha libertà di scelta in ordine alla fornitura dei servizi. Siffatto rischio non può considerarsi trasferito laddove l'amministrazione si obbliga ad assicu-

devono necessariamente essere presenti per poter qualificare un'operazione di PPP, ulteriori rischi che possono essere allocati in capo all'operatore privato (es. rischio di commissionamento, rischio amministrativo, rischio espropri, rischio ambientale e/o archeologico, rischio normativo-politico-regolamentare, rischio di finanziamento, rischio finanziario, rischio di insolvenza, rischio delle relazioni industriali, rischio di valore residuale, rischio di obsolescenza tecnica e rischio di interferenze)¹¹⁴.

L'Autorità fornisce delle indicazioni in ordine alla revisione del piano economico-finanziario la quale, come sopra evidenziato, per espressa previsione normativa contenuta sia nell'art. 182, comma 3, che nell'art. 165, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, è consentita al verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico e deve garantire la permanenza dell'iniziale allocazione dei rischi in capo alle parti. L'ANAC specifica gli indicatori che, oltre a costituire uno strumento imprescindibile al fine di misurare l'equilibrio economico finanziario, rappresentano un utile strumento di monitoraggio in quanto le loro variazioni rilevate nel corso dell'esecuzione del contratto potrebbero segnalare i casi in cui è necessaria la revisione del PEF a favore del partner privato o di quello pubblico.

Altra indicazione dell'ANAC riguarda la necessità di indicare nel contratto le cause di forza maggiore¹¹⁵, eventi non imputabili all'operatore economico che possono verificarsi in corso di durata del contratto da cui sorge il diritto ad una revisione del PEF ove siano tali da rendere oggettivamente impossibile o eccessivamente

rare all'operatore economico determinati livelli di corrispettivo indipendentemente dall'effettivo livello di domanda espresso dagli utenti finali, in modo tale che le variazioni di domanda abbiano un'influenza marginale sui profitti dell'operatore economico. Il rischio di domanda è altresì annullato quando negli atti di programmazione o nel PEF la domanda finale è sottostimata e, quindi, le fluttuazioni della domanda effettiva non determinano mai una reale possibilità di incorrere in perdite. Per quanto concerne il rischio di disponibilità l'ANAC precisa che comprende i rischi di manutenzione straordinaria, non preventivata che rendono l'opera indisponibile. Si afferma che la performance non deve essere descritta solo quantitativamente e qualitativamente ma deve poter essere misurata. Il rischio di disponibilità non può considerarsi trasferito qualora il pagamento dei corrispettivi stabiliti contrattualmente non sia strettamente correlato al volume e alla qualità delle prestazioni erogate e se il contratto non preveda un sistema automatico di penali che siano in grado di incidere significativamente sui ricavi e profitti dell'operatore economico o anche qualora il canone di disponibilità risulti sovrastimato in modo da annullare l'assunzione del rischio.

¹¹⁴ Per una compiuta analisi di siffatti rischi v. R. MANGANI, *Dossier Linee guida Ppp/6. Ecco i «rischi minori», spetta alla Pa decidere a chi vanno*, in *Edilizia e Territorio*, Quotidiano del Sole 24 Ore, 1 maggio 2018.

¹¹⁵ Viene inoltre individuato un elenco non esaustivo di tali cause che ricomprende scioperi, guerre o atti di ostilità, esplosioni, radiazioni e contaminazioni chimiche, fenomeni naturali avversi di particolare gravità ed eccezionalità, epidemie e contagi, indisponibilità di alimentazione elettrica, gas o acqua per cause non imputabili all'amministrazione, all'operatore economico o a terzi affidatari di lavori o servizi oggetto del contratto, impossibilità, imprevista e imprevedibile, per fatto del terzo, di accedere alle materie prime e/o servizi necessari alla realizzazione dell'intervento.

oneroso, in tutto o in parte, l'adempimento delle obbligazioni contrattuali. La richiesta di una indicazione tassativa nel contratto è funzionale a stabilire la parte che ne sopporta i relativi costi economici.

Come già sottolineato, nella parte vincolante delle linee guida sono presenti prescrizioni che riguardano non solo la fase di esecuzione ma sono previsti, altresì, una serie di adempimenti che devono essere posti in essere dall'amministrazione fin dalla fase di programmazione in cui si cominciano a predisporre gli strumenti necessari al successivo controllo. Oltre al contenuto specifico dell'offerta viene prescritto un contenuto minimo del contratto di PPP che, ai sensi dell'art. 182 c. 2 del Codice dei contratti pubblici, definisce i rischi trasferiti, le modalità di monitoraggio della loro permanenza e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del contratto.

L'ANAC afferma che il regolamento contrattuale costituisce il principale strumento di garanzia per consentire una corretta allocazione dei rischi tra le parti e il monitoraggio in fase di esecuzione. Per assolvere a tale compito il contratto deve prevedere adeguate e specifiche previsioni in relazione ai livelli dei servizi erogati e l'indicazione delle penali basate su criteri oggettivi e certi. Grazie all'elaborazione preventiva degli indicatori di performance (c.d. *Key Performance Indicators* o *KPI*) e dei livelli di qualità di servizio (c.d. *Service Level Agreement* o *SLA*)¹¹⁶, in caso di un loro discostamento in corso di esecuzione, è possibile una decurtazione automatica del canone e l'applicazione delle penali in capo all'operatore privato.

Inoltre il contratto di PPP deve riportare in allegato – oltre ad una serie di elementi quali le condizioni relative all'elaborazione da parte dell'operatore economico del progetto dei lavori da realizzare; l'indicazione delle caratteristiche funzionali, impiantistiche, tecniche e architettoniche dell'opera e lo standard dei servizi richiesto; l'obbligo per l'operatore economico di compiere tutte le attività per l'acquisizione delle approvazioni necessarie; i criteri di vigilanza sulla gestione – l'offerta

¹¹⁶ P. CONIO e L. LEONE, *Dossier Ppp/8. Nelle Linee guida il contenuto minimo dei contratti. Ruolo chiave del Rup*, cit., osservano che “Un aspetto importante nella definizione contrattuale dei PPP, in particolare quando i flussi derivanti dall'opera sono costituiti dai canoni che la stessa PA corrisponde all'operatore economico, è l'oggettività della misurazione della performance di quest'ultimo e il riflesso della stessa in termini di riduzione del canone pattuito affinché il rischio assunto dal privato risulti effettivo e stabilmente allocato in capo a quest'ultimo. L'ANAC prescrive la presenza di adeguate previsioni contrattuali che abbiano come riferimento un sistema oggettivo e misurabile, basato sulla definizione di indicatori chiave di prestazione (c.d. *Key Performance Indicators* o *KPI*) e livelli di qualità di servizio predeterminati e garantiti (c.d. *Service Level Agreement* o *SLA*) determinati in relazione ai contenuti e alle caratteristiche dello specifico contratto o monitorati dalla regolazione di settore, con previsione di decurtazione automatica del canone al verificarsi di determinati scostamenti”.

aggiudicata e la matrice dei rischi. In relazione a quest'ultima, l'ANAC non ha accolto alcune osservazioni in merito alla prima bozza di linee guida presentate dal Consiglio di Stato in cui si evidenziava la necessità di una sua maggiore specificazione. L'Autorità sul punto ha evidenziato che la allocazione e gestione dei rischi non può essere standardizzabile ma deve essere tarata e costruita in base alla singola operazione e al settore di appartenenza.

La matrice dei rischi è considerata un documento fondamentale che consente di avere una visione completa dei rischi connessi ad una determinata operazione in modo tale che si abbia la possibilità di individuare in cosa consiste il rischio, il contraente che potrebbe gestirlo meglio e gli strumenti di mitigazione e modalità di trasferimento dello stesso¹¹⁷. Essa deve essere predisposta da parte del responsabile del procedimento o altro soggetto incaricato sin dalla fase di programmazione dell'intervento in quanto funzionale alla determinazione della convenienza economica del ricorso al PPP rispetto ad un'altra modalità di affidamento: l'individuazione dei rischi, della probabilità che essi si verifichino e la loro incidenza economica serve a calcolare il costo dell'intervento realizzato. Ma la matrice assume rilevanza soprattutto in seguito alla stipula del contratto: in caso di variazioni contrattuali o revisioni del Piano Economico Finanziario le amministrazioni aggiudicatrici devono accertare che le modifiche apportate non alterino l'allocazione dei rischi così come definita nella documentazione contrattuale riportata nella matrice medesima.

¹¹⁷ V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., in relazione alla "matrice dei rischi" osserva che essa "è considerata documento fondamentale per la corretta allocazione dei rischi tra amministrazione e partner privato, che permette di definire se l'ottimale allocazione del rischio specifico debba essere in capo all'una o all'altro o se non sia piuttosto opportuno considerare altre forme di gestione condivisa, ed entra per la prima volta in un documento ufficiale attuativo delle norme sugli appalti, ovvero nelle bozze di Linee guida dell'ANAC. Infatti, finora, era presente solo in modo volontario nei contratti di concessione e PPP, mentre secondo l'ANAC ora deve essere allegata al contratto. Si tratta di una tabella che evidenzia tutti gli specifici rischi legati all'esecuzione del contratto (fase di progettazione, di costruzione dell'infrastruttura, di gestione del servizio), indicando la probabilità del verificarsi dell'evento, la possibilità o meno di mitigare tale rischio, i costi o ritardi che il verificarsi di tale rischio comporterebbe, e soprattutto a chi deve essere allocato tale rischio (...) La "matrice dei rischi" può essere utilizzata anche come parametro di riferimento per la verifica della permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti allo stesso. In particolare, ogniquale volta le parti concordano una variazione contrattuale o la revisione del piano economico-finanziario, l'amministrazione è tenuta ad accertare che tali modifiche lascino inalterata l'allocazione dei rischi così come definita nella matrice e che permanga, quindi, in capo all'operatore economico il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi, in modo che, in condizioni operative normali, non sia garantito allo stesso il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto del contratto".

In relazione al flusso informativo¹¹⁸ dall'operatore economico all'amministrazione sull'esecuzione, che costituisce un altro strumento – oltre alla matrice dei rischi – per monitorare l'effettivo trasferimento del rischio al privato, l'Autorità stabilisce che l'amministrazione aggiudicatrice deve definire i dati relativi all'andamento della gestione dei lavori e dei servizi che l'operatore economico è tenuto a trasmettere con cadenza prefissata nella documentazione di gara¹¹⁹. In tale flusso informativo sono compresi i dati utilizzati dall'amministrazione per la definizione dell'equilibrio

¹¹⁸ P. CONIO, L. LEONE, *Dossier Ppp/9. Nelle Linee guida il flusso informativo per il monitoraggio sui rischi*, in *Edilizia e Territorio*, Quotidiano del Sole 24 Ore, 1 maggio 2018, affermano che “Le linee guida ANAC hanno previsto la necessità per le pubbliche amministrazioni di disporre di un costante flusso informativo relativo alla fase esecutiva del contratto di PPP, che consenta il monitoraggio permanente del mantenimento in capo al privato dell’allocazione dei rischi allo stesso trasferiti. Occorre, pertanto, che le amministrazioni individuino, in relazione a ciascun tipo di rischio trasferito all’operatore economico, inclusi quelli rilevanti al fine del mantenimento dell’equilibrio economico-finanziario dell’iniziativa, un set di dati rilevanti da tenere sotto osservazione, allo scopo di monitorarne gli eventuali scostamenti dai valori di equilibrio ed eventualmente adottare le opportune azioni correttive. Difatti, tra gli obblighi che il contratto di PPP deve espressamente prevedere vi è anche quello di garantire la trasmissione all’amministrazione aggiudicatrice del flusso informativo relativo ai dati sopra specificati, con una periodicità che dovrà essere stabilita tenendo conto del valore, complessità e durata del contratto. Il D.lgs. 229/2011 – in materia di procedure di monitoraggio sullo stato di attuazione delle opere pubbliche, di verifica dell’utilizzo dei finanziamenti nei tempi previsti e costituzione del Fondo opere e del Fondo progetti – aveva a suo tempo definito, all’art. 5, un set di dati chiave rappresentati da: data di avvio della realizzazione, localizzazione, scelta dell’offerente, soggetti correlati, quadro economico, spesa e varie fasi procedurali di attivazione della stessa, valori fisici di realizzazione previsti e realizzati, stato di avanzamento lavori, data di ultimazione delle opere, emissione del certificato di collaudo provvisorio e relativa approvazione da parte della Stazione appaltante, il codice unico di progetto e il codice identificativo di gara. Lo stesso decreto, all’art. 9, aveva specificato che in caso di operazioni di PPP concernenti la realizzazione di opere pubbliche, tale set di informazioni avrebbe dovuto essere trasmesso alla Banca dati delle amministrazioni pubbliche (BDAP). L’ANAC, raccogliendo il suggerimento formulato dal MEF, ha ritenuto di far coincidere il contenuto del flusso informativo minimo da richiedere agli operatori economici con il predetto data base che le amministrazioni aggiudicatrici sono comunque tenute a trasmettere alla BDAP istituita presso il predetto ministero e che sarà pubblicato sui siti istituzionali dell’Autorità e del Ministero dell’Economia e delle Finanze – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato”. Come illustrato nella Relazione AIR, l’ANAC ritiene che in questo modo possa essere raggiunto il duplice obiettivo di garantire maggiore certezza sulla efficacia ed esaustività dei dati oggetto di monitoraggio e, al contempo, di ridurre i costi amministrativi derivanti dall’introduzione del presente obbligo informativo, dal momento che i dati che le pubbliche amministrazioni devono acquisire dall’operatore economico sono i medesimi che devono trasmettere alla BDAP. Inoltre, come osservato dall’ANAC anche nell’AIR, il sistema basato su un’applicazione web prevedrà delle funzioni di allarme specifico quando vengono evidenziate delle criticità in termini di impostazione e attuazione del contratto, consentendo così alle PA di portare la propria attenzione sugli aspetti maggiormente significativi.

¹¹⁹ V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., precisa che “Il controllo da parte dell’amministrazione sul mantenimento in capo al privato del rischio operativo si basa, infatti, sulla disponibilità dei dati relativi all’andamento della gestione dei lavori e dei servizi. In particolare, è necessario che l’amministrazione disponga dei dati utilizzati per la definizione dell’equilibrio economico-finanziario, in modo da poter rilevare gli scostamenti dai valori di equilibrio. Come indicato dall’ANAC, a tal fine è opportuno che nel contratto sia espressamente prevista, tra gli obblighi a carico dell’operatore economico, la trasmissione di tale flusso informativo. È auspicabile, al riguardo, la previsione di una piattaforma informatica condivisa tra amministrazione e operatore economico nella quale possano essere inseriti, da entrambe le parti, i dati in questione non appena se ne ha la disponibilità. In mancanza di tale piattaforma, tale adempimento può essere realizzato mediante una periodica attività di reporting”.

economico-finanziario e, per le operazioni di PPP che interessano la realizzazione di opere pubbliche, anche quelli che le amministrazioni sono tenute a trasmettere, ai sensi degli articoli 5 e 9 del d.lgs. 229/2011, alla Banca dati delle Amministrazioni pubbliche (BDAP) istituita presso il MEF ex art. 13 l. n. 193/2009. Le amministrazioni aggiudicatrici definiscono, altresì, le modalità di acquisizione di tali dati da parte dell'operatore economico.

Infine, le amministrazioni, per il tramite del Rup, coadiuvato dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione, devono acquisire un periodico resoconto economico-gestionale sull'esecuzione del contratto, nel quale sia evidenziato l'andamento dei lavori in relazione al cronoprogramma, il rispetto degli SLA, l'esecuzione dei controlli previsti dal contratto, l'applicazione di eventuali penali o decurtazioni del canone e, in generale, ogni altro elemento di rilevanza contrattuale necessario per accertare la corretta gestione del contratto di PPP.

4. Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato

La concessione, come l'appalto, rientra nelle forme giuridico contrattuali mediante le quali si realizza l'esternalizzazione delle attività pubbliche.

Mentre la dottrina tradizionale richiamava diversi criteri¹²⁰ al fine di differenziare concessione e appalti, quella più recente¹²¹ fa riferimento alla diversa struttura

¹²⁰ B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, cit., afferma che "La distinzione tra appalto di servizi e concessione di servizi veniva spiegata dalla dottrina giuspubblicistica tradizionale in base a molteplici criteri distintivi: la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico rispetto al carattere negoziale dell'appalto; il carattere surrogatorio dell'attività del concessionario di pubblico servizio, chiamato a realizzare i compiti istituzionali dell'ente pubblico concedente, rispetto all'appaltatore che compie attività di mera rilevanza economica nell'interesse del committente pubblico; il trasferimento di potestà pubbliche al concessionario, rispetto all'appaltatore che esercita solo prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico".

¹²¹ B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, cit., precisa che "La dottrina più recente, invece, si è concentrata sulla differenza di oggetto tra i due istituti, che si sostanzia in prestazioni rese a favore della pubblica amministrazione nell'appalto di servizi, mentre nella concessione di servizi si traduce in un rapporto necessariamente trilaterale tra pubblica amministrazione, concessionario e utenti del servizio, su cui grava il costo del servizio e ne fa uno dei più importanti strumenti di cooperazione tra pubblico e privato. Diverso il destinatario della prestazione, che nell'appalto è la sola pubblica amministrazione, mentre nel contratto di concessione, o genericamente servizio pubblico, è la collettività degli utenti; nonché la remunerazione, che nella concessione deriva principalmente dalla prestazione del servizio verso il pubblico". Cfr. A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di un pubblico servizio*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 21; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 42 ss. Vedi anche Cons. Stato, 7 maggio 2013, n. 13 e Corte giust. CE, 20 novembre 2011, causa C- 348/10, secondo cui la distinzione attiene alla struttura del rapporto, che nell'appalto di servizi intercorre tra due soggetti (la prestazione

del rapporto giuridico che si instaura mediante i due istituti. Nello specifico nella concessione verrebbe in rilievo un rapporto trilatero che coinvolge l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio; viceversa nell'appalto vi sarebbe un rapporto tra due soggetti: l'operatore che si obbliga ad una prestazione di *facere* e la p.a. che in cambio si obbliga a pagare un prezzo.

Tuttavia tale criterio, come ha ribadito anche il Consiglio di Stato¹²², si rivela insufficiente se non accompagnato dalla valutazione inerente alla modalità di remunerazione e, dunque, alla diversa allocazione del rischio economico della gestione. Poiché il concessionario è soddisfatto economicamente dal diritto di gestire l'opera o il servizio e, dunque, da quanto percepito dagli utenti attraverso i canoni, i suoi proventi saranno variabili e incerti. Il diritto di gestione può essere anche accompagnato da un prezzo ma quest'ultimo non deve avere una consistenza tale da eliminare l'alea relativa all'aspetto finanziario dell'operazione. Nella concessione, dunque, il rischio di gestione grava sull'aggiudicatario e si differenzia dall'appalto proprio in virtù di tale aspetto: l'appaltatore si limita a realizzare l'opera e il rischio che assume riguarda solo i costi di costruzione dell'opera¹²³. Nell'appalto vi è unicamente il rischio

è a favore dell'amministrazione), mentre nella concessione di servizi pubblici intercorre tra tre soggetti, nel senso che la prestazione è diretta al pubblico o agli utenti.

¹²² Consiglio di Stato, sezione 5, sentenza 3 maggio 2012, n. 2531 mette in luce come “la differenza tra le due modalità di aggiudicazione dei contratti pubblici sta, dunque, in questo: nella concessione, l'impresa concessionaria eroga le proprie prestazioni al pubblico e, pertanto, assume il rischio della gestione dell'opera o del servizio, in quanto si remunera, almeno per una parte significativa, presso gli utenti mediante la riscossione di un prezzo; sotto il profilo economico, il settore in cui opera l'impresa è chiuso al mercato, totalmente o parzialmente, sulla base di disposizioni di carattere generale e l'ingresso dell'operatore deve avvenire tramite un provvedimento amministrativo (concessione, appunto). Nell'appalto, invece, le prestazioni vengono erogate non al pubblico, ma all'Amministrazione, la quale è tenuta a remunerare l'attività svolta dall'appaltatore per le prestazioni ad essa rese”. Anche in una pronuncia precedente il Consiglio di Stato sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634, si era espresso in analoghi termini: “qualora l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, allora si ha concessione, è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi...Ed allora un servizio di trasporto pubblico di linea si rivela quale appalto di servizi quando come talvolta accade ad es. nel caso di un servizio di “scuolabus” il suo onere sia interamente a carico dell'amministrazione, mentre se il servizio venga reso non a favore dell'amministrazione ma di una collettività indifferenziata di utenti, e venga almeno in parte pagato dagli utenti del servizio, allora si è in ambito concessorio”.

¹²³ La direttiva 2004/18 CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 precisa che la concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di lavori ma si differenzia da quest'ultimo perché il corrispettivo consiste nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Si osserva che già la direttiva 71/305 CEE del Consiglio del 26 luglio 1971 stabiliva all'art. 3 che quando la controprestazione dei lavori da eseguire consiste nel diritto di gestire l'opera oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo, il contratto stipulato non deve essere qualificato come un appalto ma come concessione e pertanto le disposizioni della direttiva non si applicano. La direttiva 2004/18/CE definisce per la prima volta (la previgente direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992 delineava solo gli appalti pubblici di servizi) anche la concessione di

imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione rispetto al corrispettivo pattuito per l'esecuzione dell'opera¹²⁴.

Assodato che il principale criterio discretivo tra concessione e appalto consiste nella diversa distribuzione del rischio tra amministrazione e soggetto affidatario, si rileva che la esatta perimetrazione di tale rischio è stata per lungo tempo non adeguatamente chiarita. Si faceva spesso riferimento ad espressioni vaghe ed imprecise sia da parte del legislatore¹²⁵ che della giurisprudenza, la quale spesso utilizzava la locuzione “rischio concreto e sostanziale” gravante sul privato.

Solo con la direttiva concessioni 2014/23 UE questo cruciale aspetto è stato compiutamente definito¹²⁶.

servizi similmente alla concessione di lavori affermando che differisce dall'appalto di servizi per quanto concerne il corrispettivo che consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnata da un prezzo. Si evidenzia, inoltre, che nel 2000 la Commissione Europea, nella comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000 (2000/C 121/02), individuava il criterio per qualificare la concessione di servizi, analogamente alle concessioni di lavori, nella modalità di remunerazione dell'operatore il quale consente di stabilire il soggetto che assume il rischio di gestione del servizio. Se l'operatore viene remunerato mediante la riscossione di canoni dall'utenza significa che gli è stata trasferita la responsabilità di gestione. Si afferma che “Il tratto peculiare delle concessioni di lavori pubblici consiste nel conferimento di un diritto di gestione dell'opera che permette al concessionario di percepire proventi dall'utente a titolo di controprestazione della costruzione dell'opera per un determinato periodo di tempo” e che “il diritto di gestione implica anche il trasferimento della relativa responsabilità che investe gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera”. Anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici con Determinazione n. 2 dell'11 marzo 2010 chiarisce che “in assenza di alea correlata alla gestione, non si configura la concessione bensì l'appalto, nel quale vi è unicamente il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito dell'esecuzione dell'opera. Nella concessione, al rischio proprio dell'appalto, si aggiunge il rischio di mercato dei servizi cui è strumentale l'opera realizzata e/o il c.d. rischio di disponibilità”.

¹²⁴ In tal senso Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682.

¹²⁵ La previsione dell'articolo 143 comma 9 del previgente codice dei contratti pubblici indicava la necessità nelle concessioni destinate alla utilizzazione diretta della P.a. – c.d. fredde in cui il *main payer* sia la P.a. con il pagamento di un canone periodico all'affidatario – di mantenere a carico del concessionario “l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera”. Il Codice, invece, non è stato così esplicito nella necessità di individuare i rischi nelle concessioni ordinarie, dove i proventi della gestione sono corrisposti dagli utenti fruitori del servizio. Inoltre lo stesso codice, nel definire il contratto di PPP con l'art. 3, comma 15 *ter*, introdotto con il correttivo del 2008, aveva stabilito che la allocazione dei rischi debba avvenire in conformità alle prescrizioni comunitarie vigenti che a loro volta non apparivano precise e determinate.

¹²⁶ Il rischio operativo, nelle versioni precedenti del testo della Direttiva, era definito “sostanziale”; poi l'aggettivo sostanziale è stato espunto, proprio perché avrebbe consentito interpretazioni quantitative non univoche. Nella direttiva 2014/23/UE tra le tante previsioni dedicate al tema del rischio le principali sono i Considerando n. 18 e n. 20, specie per la definizione del rischio operativo, e l'art. 5, c. 1, n. 1 che stabilisce «L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».

Come sopra accennato, tale direttiva introduce una disciplina sistematica delle concessioni di lavori e servizi. Fino al suo recepimento, e dunque fino all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, le concessioni di servizi, regolate dall'articolo 30, commi 1 e 3 del d.lgs. 163/2006¹²⁷, erano soggette al "solo" rispetto dei principi desumibili dal Trattato e ai principi generali relativi ai contratti pubblici: trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Viceversa, alle concessioni di lavori pubblici si applicava una disciplina più dettagliata prevista dagli artt. 142 ss. del previgente codice. Con il Codice del 2016, per la prima volta, anche l'affidamento in concessione di servizi da parte di amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori è oggetto di una corposa e articolata normativa, in linea con quella vigente per gli affidamenti negli appalti dei settori ordinari. Ne consegue che anche tali concessioni devono essere affidate mediante procedure di gara puntualmente regolamentate che garantiscono una maggiore concorrenzialità e un incremento della qualità dei servizi fruiti dalla collettività.

Per quanto riguarda la presente trattazione si rileva l'introduzione ad opera della direttiva in esame di una definizione di concessione che si concentra sulla allocazione del rischio operativo in capo al privato¹²⁸, cristallizzando in tal modo l'ormai consolidato orientamento della Corte di Giustizia e della giurisprudenza comunitaria.

¹²⁷ La scarna disciplina delle concessioni di servizi era contenuta nell'art. 30 del d.lgs. 163/2006, il quale prevedeva: (i) lo svolgimento di una 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; (ii) l'applicazione delle disposizioni della parte IV, inerenti il contenzioso; (iii) l'applicazione delle disposizioni, in quanto compatibili, dell'art. 143 comma 7 concernenti il piano economico finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione. Trovava applicazione, infine, l'art. 29 inerente ai metodi di calcolo del valore stimato dei contratti pubblici.

¹²⁸ M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 7/2014, pp. 741-757 evidenzia che "La novità rispetto al Codice, portatrice di future necessità di adeguamento, sempre inserita nel comma 1 dell'art. 5 della Direttiva, riguarda la puntualizzazione di cosa comporta l'aggiudicazione di una concessione, in altre parole quale sia il contenuto necessario di un contratto di concessione: i.e. il trasferimento al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi."; M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO, E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2013; S. LEVSTIK, *La proposta di Direttiva sulle concessioni: una prima analisi ricognitiva* in M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche (scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati)*, Giuffrè, Milano, 2013; B. RAGANELLI, *Pubblico, Privato e Concessioni in Europa: alcuni limiti della disciplina*, in *Negoziazioni pubbliche*, cit.; M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, in *Negoziazioni pubbliche*, cit.; C. RANGONE, *La proposta di direttiva concessioni: un passo in avanti, ma insufficiente*, Convegno IGI, Nuovi scenari comunitari: direttive-appalti e meccanismi di finanziamento innovativi, Roma 22 marzo 2012; M. CERUTI, *Le concessioni riscoprono le proprie origini nel rischio operativo: riflessioni su presente, passato e futuro dell'istituto*, in *Appalti e contratti*, fasc. 11, 2016, pp. 22-32.

ria¹²⁹ in una norma di diritto. L'art. 5 della direttiva 2014/23, oltre a definire cosa deve intendersi per concessione di lavori e di servizi¹³⁰ senza più rimandi alla definizione di appalto¹³¹, chiarisce che «*l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi*». La nuova direttiva concessioni 2014/23/UE, pertanto, si concentra sulle concessioni “dinamiche” o “di rischio”, determinando una scissione dell'istituto in esame sconosciuto nel nostro ordinamento¹³².

¹²⁹ La Corte Europea e la giurisprudenza comunitaria (cfr., *ex multis*, la sentenza 13 ottobre 2005, causa C485/03 – Parking Brixen GmbH) hanno generalmente riconosciuto il *discrimen* anche nel “fattore rischio” connesso all'incertezza del ritorno economico dell'attività di gestione, che nella concessione grava sul soggetto concessionario a fronte della richiesta di un prezzo all'utenza (cfr. Comunicazione Interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario, in GUCE del 29 aprile 2000, richiamata dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie, dell'1 marzo 2002, n. 3944, rubricata “Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori”). Riguardo agli affidamenti di servizi, con riferimento all'assunzione dell'alea da parte dell'affidatario, è stato espressamente chiarito che “[...] per poter ritenere sussistente una concessione di servizi è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca il rischio di gestione che essa corre a carico completo o almeno significativo al concessionario [...]” (CGE sent. del 10 settembre 2009, n. C-206/2008). Sull'argomento anche la Corte di Cassazione ha osservato che “la linea di demarcazione è netta [...] l'appalto pubblico di servizi, a differenza della concessione, riguarda di regola servizi resi alla pubblica amministrazione e non al pubblico degli utenti, non comporta il trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione, ed infine non determina, in ragione delle modalità di remunerazione, l'assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario” (cfr. Corte di Cassazione, sezioni unite, ordinanza, n. 12252/2009).

¹³⁰ L'art. 5, comma 1, della Direttiva 2014/23 UE riporta le seguenti definizioni: a) “concessione di lavori”: «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo». b) “concessione di servizi” si intende «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera a) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo». Il medesimo articolo prosegue stabilendo che «L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».

¹³¹ Nella Direttiva 2004/18/CE settori ordinari, le concessioni di lavori e le concessioni di servizi erano definite con dei rimandi alla definizione del contratto di appalto, segnatamente, come contratti che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori (di un appalto pubblico di servizi) ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori (dei servizi) consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera (i servizi) o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

¹³² M.P. CHITI, *Il Partenariato pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, cit., evidenzia che “la nuova disciplina delimita implicitamente l'ambito del PPP rilevante per il diritto dell'Unione europea, in quanto tratta solo delle concessioni ‘di rischio’. Il punto ricorre in modo puntuale nell'intera direttiva 23; specialmente nei Considerando da 11 a 20 e negli artt. 1 e 3. Si tratta di una delimitazione quanto mai opportuna, anche nella prospettiva nazionale. Infatti, se la direttiva chiarisce

Il rischio operativo, che deve essere trattenuto dal concessionario, ha natura economica e implica una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato con la conseguenza che «*in condizioni operative normali*¹³³ non deve essere garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione». Pertanto, le dinamiche di mercato possono comportare perdite importanti per l'operatore economico e l'amministrazione aggiudicatrice non deve condizionare la sua attività di gestione oltre quanto stabilito nel contratto di concessione.

In passato l'assenza di un parametro quantitativo di riferimento, oggi espressamente correlato almeno al valore degli investimenti effettuati e ai costi gestionali da traslare mediante clausole contrattuali in capo al concessionario, ha consentito una estrema variabilità dei contenuti del rischio operativo e ha tollerato pratiche elusive delle prescrizioni comunitarie. Invero l'indeterminatezza del criterio privava di effettività la previsione che impone la traslazione del rischio in capo al concessionario e consentiva, in tal modo, l'introduzione nel regolamento contrattuale di clausole in grado di attenuare o addirittura neutralizzare siffatto rischio. Spesso l'entità delle possibili perdite è stata fortemente limitata dal contraente privato, dotato di maggiore competenza e specializzazione e dunque di forza negoziale superiore rispetto alla P.A., con inevitabili conseguenze economiche sfavorevoli in capo a quest'ultima¹³⁴.

che per il diritto dell'Unione è rilevante solo questa specie di concessioni è perché solo esse sono istituti in cui il rischio connota il rapporto di partenariato. Si tratta dunque di concessioni 'dinamiche', ben diverse dalle tradizionali concessioni traslative. Secondo il Considerando n. 15, gli accordi aventi ad oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico – quali porti, aeroporti, spiagge – non si configurano come concessioni ai sensi della direttiva 23, in quanto l'amministrazione non acquisisce lavori o servizi, né vi è una definizione dei rischi ai sensi della nuova direttiva”.

¹³³ B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, cit., precisa che “Con l'inciso ‘in condizioni operative normali’ la direttiva stabilisce una clausola di salvezza per il concessionario privato all'assunzione del rischio operativo. La clausola farebbe riferimento a casi eccezionali legati al c.d. rischio finanziario sistemico a fronte del quale, per entità e forza d'urto, nulla può l'operatore privato e servirebbe principalmente a tutelare gli istituti di credito per evitare che le depressioni critiche dei cicli economici possano ricadere sul sistema creditizio. Non è chiaro, tuttavia, perché in tali casi dovrebbe essere considerata una soluzione preferibile per i cittadini una traslazione del rischio operativo sull'amministrazione”.

¹³⁴ M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 741-757, osserva che “Con la Direttiva in esame il vuoto sulla previsione sostanziale di rischio a livello comunitario è stata colmata, ed è una definizione compiuta perché non consente ai concessionari e agli istituti finanziari di introdurre in modo strisciante forme di attenuazione o eliminazione del proprio rischio, restituendolo alla P.A. (...) In primo luogo nella Direttiva viene identificato il rischio operativo che deve sostenere il concessionario, sgombrando il campo dai tentativi di assimilazione del rischio operativo alle conseguenze derivanti dalla cattiva gestione, inadempimenti o cause di forza maggiore: giustamente tutte queste evenienze sono comuni anche ai contratti di appalto e non possono valere a qualificare il rischio operativo nei contratti di concessione (...) La Direttiva

Come sopra indicato, l'art. 5 della Direttiva 2014/23 UE stabilisce che il rischio operativo trasferito al concessionario legato alla gestione dei lavori o dei servizi comprende un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi.

Il rischio di domanda può consistere nel fatto che la fruizione del servizio abbia un calo per l'insorgere nel mercato di un'offerta competitiva di altri operatori, oppure per mancanza di capacità di gestione del concessionario o, ancora, può essere legato a fattori diversi come quello di una contrazione dei consumi generata da una crisi economica¹³⁵. Il rischio sul lato dell'offerta, invece, riguarda i contratti in cui i privati vengono remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dal fatto che la fornitura corrisponda a quanto richiesto. Si osserva che esso coincide con il rischio di disponibilità¹³⁶, definito all'art. 3, lett. bbb) del d.lgs. 50/2016 come «*il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti*».

In virtù del riferimento al rischio non solo sul lato della domanda ma anche dell'offerta si desume che la direttiva in esame supera la distinzione tra concessioni “calde” e concessioni “fredde”¹³⁷. Inoltre, alla luce della nozione di rischio delineato,

precisa, dunque, il valore potenziale della perdita economica associata al rischio operativo: fino ad oggi l'indeterminatezza di questo valore ha consentito nella prassi l'elusione delle prescrizioni comunitarie”.

¹³⁵ M. RICCHI, *L'architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. 50/2016*, cit.

¹³⁶ In tal senso M. RICCHI, *L'architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. 50/2016*, cit., che precisa “Quanto al rischio operativo dal lato dell'offerta coincide con il rischio di disponibilità, secondo la nomenclatura Eurostat e può riguardare (così il considerando n. 18 ultimo capoverso della Direttiva) i contratti in cui i privati vengono “remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice”, in altre parole il riferimento è alle concessioni “fredde” per la realizzazione di ospedali, strutture penitenziarie, uffici pubblici, ecc. Il Codice lo definisce proprio rischio di disponibilità all'art. 3, bbb) come “il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti”. Contro F. GOISIS, *La concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche*, in R. VILLATA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, II, Cedam, Padova, 2014, p. 1702 e G. GRECO, *La direttiva in materia di “concessioni”*, cit., secondo cui “è dubbio dunque che possa aver rilievo, anche nell'ambito del rischio dell'offerta, il c.d. rischio di disponibilità, che pur era stato preso in considerazione in una importante decisione Eurostat del 2004, oltre che da una determinazione della nostra AVCP del 2010, come rischio tipico delle concessioni associate (ai servizi e) alle opere c.d. fredde. Infatti, poiché il rischio di disponibilità risulterebbe legato «alla capacità da parte del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità», si tratterebbe di rischio dipendente dalla performance dello stesso concessionario, la cui rilevanza sembrerebbe esclusa dalla Direttiva”.

¹³⁷ Sull'ammissibilità delle concessioni fredde come conseguenza della Direttiva 2014/23 UE: M. RICCHI, *La nuova direttiva comunitaria delle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 749; G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, cit., pp. 1095-1126; G. FIDONE, *Le*

parte della dottrina ha osservato come il legislatore comunitario abbia individuato una definizione sostanziale di concessione in cui rientrano anche i contratti di PPP¹³⁸ i quali, dunque, pur non richiamati, sarebbero ad essa riconducibili.

Il legislatore nazionale ha ritenuto opportuno recepire la direttiva menzionata differenziandosi dall'impostazione comunitaria e ha dato vita a due specie contrattuali distinte: i contratti di concessione di lavori e servizi¹³⁹ e i contratti di partenariato pubblico-privato, entrambi definiti all'art. 3 del d.lgs. 50/2016¹⁴⁰.

La lett. zz) dell'art. 3¹⁴¹ recepisce la definizione europea di concessione nello stabilire il significato di "rischio operativo" come «*il rischio legato alla gestione dei*

concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23 UE, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2015, pp. 101-193.

¹³⁸ In tal senso M. RICCHI, *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico-privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. 50/2016*, cit., secondo cui "L'architettura del sistema dei contratti di concessione e dei contratti di partenariato pubblico-privato (Ppp) delineato nel nuovo Codice dei Contratti, il d.lgs. 50/2016 (Codice), poggia sul concetto sostanziale di concessione europea precisato nell'art. 5 della direttiva 2014/23/UE (Direttiva): «l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi». Il *genus* europeo di concessione è caratterizzato dal predetto concetto sostanziale di rischio, articolato, in ambito nazionale, nelle specie dei contratti di concessione e dei contratti di Ppp a seconda del tipo di rischio assunto dal privato, dal lato della domanda o dell'offerta con due varianti estremamente circoscritte ma sempre giustificate dal fatto che, come verrà argomentato, il *main payer* rimane sempre la P.a. Invece, nel *genus* di concessione europea, espresso dalla Direttiva, sono comprese, ma non distintamente denominate, entrambe le tipologie contrattuali in relazione alle forme che il rischio operativo può assumere". Cfr. M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato e la direttiva concessioni*, cit., p. 13, il quale constata che il "Ppp europeo si esaurisce nelle concessioni di cui alla direttiva 23".

¹³⁹ In particolare l'art. 3 definisce: alla lett. uu) la "concessione di lavori", «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere»; alla lett. vv) la "concessione di servizi", «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lett. ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi».

¹⁴⁰ M. RICCHI, *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici D.lgs. 50/2016*, cit., osserva che "La trasposizione del concetto di rischio operativo nel Codice, nelle due forme di rischio dal lato della domanda e dell'offerta, ha determinato due specie contrattuali distinte: i contratti di concessione connotati dalla presenza del rischio della domanda o di mercato (art. 165), i cui proventi sono generati dai pagamenti degli stessi utenti fruitori dell'opera o del servizio al concessionario, e i contratti di partenariato pubblico-privato (PPP), quelli connotati dal rischio di disponibilità (art. 183), ma anche da quello di mercato, i cui proventi diretti all'affidatario sono generati dalla P.a. Questo è uno snodo estremamente innovativo per il sistema italiano e quello europeo delle concessioni ma non è sconosciuto in altri Stati europei come la Francia, la Spagna, il Portogallo e il Regno Unito dove sono state da tempo distinte le figure dei contratti di concessione da quelle di partenariato pubblico-privato".

¹⁴¹ L'art. 3 alla lett. zz), come modificato dal D.lgs. 56/2017, definisce "rischio operativo", come «il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico. Si considera che l'operatore economico assuma il rischio

lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario». Tale nozione sembra quindi ammettere, alla stregua della direttiva 2014/23 UE, sia le concessioni fredde che le concessioni calde. Quanto appena affermato trova una parziale smentita dall'art. 165, comma 1, d.lgs. 50/2016, quando precisa che «nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato». In virtù di quest'ultima disposizione, dunque, per la realizzazione delle operazioni “fredde” verrebbero in rilievo (solo) i contratti di partenariato pubblico-privato, oggetto della differente disciplina di cui alla parte IV del codice.

Secondo una differente impostazione¹⁴², nonostante il tenore letterale dell'art. 165 del Codice sembri escludere tale possibilità, la concessione può avere ad oggetto anche la realizzazione e gestione di opere fredde, in quanto, come già ribadito, la sua natura dipende non tanto da chi paga per il servizio ma dalle modalità di allocazione del rischio a carico del privato. Pertanto qualora in capo a quest'ultimo, anche se remunerato dall'amministrazione, sia addossato il rischio operativo sul lato dell'offerta nulla osta alla qualificazione dell'operazione come concessione. Ciò è stato confermato anche dall'ANAC, nelle Linee Guida n. 9/2018, recanti “*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico-privato*”, la quale, nell'evidenziare l'appartenenza della concessione ai contratti di PPP, afferma che anche in tale contratto la remunerazione dell'operatore economico può consistere in un canone erogato dall'amministrazione in cambio della disponibilità di un'opera o di un servizio.

Un'altra importante novità introdotta dalla direttiva 2014/23 UE all'art. 18¹⁴³ riguarda la previsione di una limitazione della durata delle concessioni al fine di

operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile».

¹⁴² M. RICCHI, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 746.

¹⁴³ L'art. 18 della Direttiva 2014/23 UE stabilisce che «La durata delle concessioni è limitata. Essa è stimata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. Per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale

favorire la concorrenza: sono vietate le concessioni con durata illimitata o che potrebbero esserlo attraverso clausole di rinnovo¹⁴⁴. La durata viene fissata in un periodo di 5 anni, salva la possibilità di deroga laddove un tempo maggiore sia indispensabile per consentire al concessionario di recuperare l'investimento. Nell'art. 169¹⁴⁵ del d.lgs. 50/2016 è stato previsto il limite di durata ordinario di cinque anni, che conferisce una connotazione oggettiva al concetto di "limitatezza", solo a seguito della modifica intervenuta ad opera del d.lgs. 56/2017¹⁴⁶. La durata ultraquinquennale della concessione diventa quindi eccezionale e deve essere, pertanto, strettamente legata e stabilita in funzione del tempo di recupero dell'investimento.

investito tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici. Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione».

¹⁴⁴ L'obiettivo è di evitare che durate temporali sovradimensionate, rispetto alle esigenze di equilibrio economico-finanziario, generino dei benefici impropri per il concessionario, in quanto l'eccessiva estensione della durata di una concessione limita la contendibilità dei servizi connessi alla gestione dell'opera oggetto della concessione e la convenienza dell'amministrazione al raggiungimento dell'equilibrio del PEF.

¹⁴⁵ L'art. 169 del d.lgs. 50/2016, come modificato dal d.lgs. 56/2017, prevede che: «1. La durata delle concessioni è limitata ed è determinata nel bando di gara dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. La stessa è commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa. 2. Per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario. Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono quelli effettivamente sostenuti dal concessionario, sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione».

¹⁴⁶ Prima della modifica intervenuta con il d.lgs. 56/2017 l'articolo in esame prevedeva che la durata della concessione dovesse essere determinata dalla stazione appaltante nel bando di gara, non potendo in ogni caso essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti effettuati da parte del concessionario, insieme ad una remunerazione del capitale investito. U. REALFONZO, *Le concessioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, Anno XV, 2018, osserva che «è evidente che tale periodo, fissato nella normativa comunitaria con implicito riferimento soprattutto alle concessioni di servizi nelle quali non vi sono particolari oneri iniziali di investimento, è stato ritenuto troppo limitato rispetto alle prassi nazionali. Nel recepimento ci si è, infatti, limitati ad affermare che la durata massima non deve superare il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che «il concessionario possa recuperare gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici. Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione». Per tal via è stato del tutto annacquato il disfavore, in linea di principio, della nuova disciplina per l'eccessiva durata delle concessioni, le quali tendono a creare restrizioni e barriere all'accesso al mercato. La lunghezza delle concessioni gioca, infatti, un ruolo perverso (soprattutto nelle concessioni concernenti situazioni sostanzialmente monopolistiche di fatto e di diritto) anche perché, nelle concessioni eccessivamente lunghe, il capitale realmente investito viene ammortizzato e remunerato in un momento ben antecedente a quello ufficialmente previsto, senza che a ciò si applichi alcuna riduzione dei prezzi. In tali casi le concessioni, sostituendo il monopolista privato a quello pubblico, finiscono per congelare il mercato per un tempo lunghissimo, risolvendosi quindi in ostacoli permanenti alla concorrenza che indicano pesantemente in senso negativo dei servizi pubblici».

Maggiore dettaglio si rileva, inoltre, nella disciplina relativa alla fase di esecuzione della concessione¹⁴⁷, in particolare in ordine agli eventi sopravvenuti che determinino una modifica delle condizioni iniziali dell'affidamento¹⁴⁸. Per quanto concerne le procedure di aggiudicazione si riscontra una maggiore flessibilità, soprattutto in relazione all'individuazione dei requisiti richiesti ai partecipanti che possono essere specificati anche in funzione dell'oggetto della prestazione¹⁴⁹.

¹⁴⁷ M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, cit., evidenzia che “Nella direttiva 2004/18 non vi era quasi nulla a tale proposito, neanche per gli appalti. Lo stesso nel nostro Codice dei contratti pubblici, salva l'importante eccezione data dall'art. 143, c. 8, che il diritto del concessionario a richiedere la revisione del piano economico-finanziario in caso di variazioni apportate dalla stazione appaltante o scaturenti da modifiche normative che comunque incidano sull'equilibrio economico-finanziario della concessione (...) La direttiva 23 è assai innovativa anche per questa parte. Il Considerando n. 76 indica che la concessione può essere modificata solo per circostanza che “non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore”, specificata ulteriormente in relazione “ai mezzi a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile”. L'art. 43, poi, prevede una serie di ipotesi in cui l'oggetto della concessione può essere modificato dalle parti senza ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione. Tali ipotesi consolidano per lo più le risultanze della giurisprudenza comunitaria e nazionale, ma nel contesto di una disposizione che tende a precisare per quanto possibile la nozione di “modifica sostanziale” della concessione”.

¹⁴⁸ U. REALFONZO, *Le concessioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., osserva che “In precedenza, l'assenza di una disciplina di carattere più stringente della fase esecutiva, specie nei casi di affidamenti diretti o comunque negoziati in mercati estremamente ristretti, avevano finito per creare, nel tempo, aree del tutto franche da una reale concorrenza. Le vicende successive all'aggiudicazione arrivavano al punto al punto di nullificare le finalità, le ragioni e l'equilibrio stesso di interessi posti a base della concessione originaria (...) Per sua natura la prestazione dei servizi previsti nel contratto di concessione comporta, nel tempo, il mutamento inevitabile delle situazioni iniziali. La prolungata durata dell'affidamento spesso determina l'esigenza di una revisione delle clausole contrattuali, per aggiornare l'offerta a nuove esigenze ovvero per garantire il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario della gestione (ma sul punto vedi anche al paragrafo che segue). Le modifiche ai contratti di concessione sono state oggetto di particolare attenzione dal legislatore comunitario proprio perché la precedente carenza di regolazione di tali aspetti è stata la causa prima del venire in essere di rapporti concessori i cui termini fondamentali sono continuamente messi in discussione dai soggetti interessati. In sede di contratto, si dovrebbe precisare puntualmente con sufficiente chiarezza in quale misura possano essere previste: - le modifiche della concessione iniziale che si dovessero rendere eventualmente necessari a seguito di difficoltà tecniche emerse durante l'esecuzione o la manutenzione; - le opzioni funzionali e le cd. clausole di *upgrading* (per garantire, per esempio, l'adeguamento delle apparecchiature di comunicazione ogni determinato periodo di tempo o in caso di modifica dei protocolli di comunicazione o di altre innovazioni tecnologiche sopravvenute). L'art. 175 recepisce l'art. 43 della dir. 23 che, in linea di principio, ha affermato che le concessioni «possono sempre essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione»”.

¹⁴⁹ A tal proposito assume peculiare rilevanza, l'art. 173 del D.lgs. 50/2016 che, sulla scia del portato precettivo dell'art. 41 dir. 2014/23 UE, prescrive che le concessioni sono aggiudicate sulla base dei criteri di aggiudicazione che devono essere elencati in ordine decrescente di importanza. Con una reale innovazione (che appare un'esplicazione del principio di libera determinazione delle autorità) è prevista la possibilità che la stazione appaltante, in via eccezionale, possa modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di una soluzione innovativa contenuta in un'offerta pervenuta che contenga “un livello straordinario di prestazioni funzionali” che non avrebbe potuto essere prevista utilizzando l'ordinaria diligenza, con l'unico limite che la “modifica dell'ordine non deve dar luogo a discriminazioni”. Tale innovativa evenienza dipende, e presuppone, una novità tecnico fun-

Alla luce della disciplina sopra delineata l'orientamento prevalente considera la concessione come il modello generale di PPP rappresentandone il principale strumento di realizzazione¹⁵⁰. La sua riconducibilità nell'ambito dell'istituto in esame non troverebbe ostacolo nell'oggetto della collaborazione tra p.a. e privato che caratterizza la fattispecie concessoria, ossia l'esecuzione di lavori o gestione di servizi, prestazioni sicuramente eseguibili mediante contratti di partenariato. Si aggiungono, quali elementi che consentono di registrare una compatibilità tra i due contratti, la previsione di un rischio operativo in capo al concessionario nella gestione delle opere e dei servizi¹⁵¹ e la possibilità di procedere alla revisione del piano economico-finanziario in caso di fatti non imputabili all'operatore privato in grado di alterare l'equilibrio¹⁵². Inoltre l'art. 165, comma 2 del Codice dei contratti pubblici, analogamente a quanto previsto dall'art. 180, comma 6 in relazione ai contratti di PPP, stabilisce che il presupposto per una corretta allocazione dei rischi in capo al conces-

zionale di carattere estremamente rilevante. In ogni caso, la stazione appaltante deve informare tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza ed emettere un nuovo invito a presentare nuove offerte. Nell'eventualità in cui i criteri di aggiudicazione fossero stati già pubblicati al momento della pubblicazione del bando di concessione, dovrà essere pubblicato un nuovo bando di concessione da parte della stazione appaltante.

¹⁵⁰ L'AVCP (Determinazione n. 2 dell'11 marzo 2010) ha stabilito che "La concessione di lavori pubblici, come è stato definitivamente chiarito all'articolo 3, comma 15-ter, introdotto nel Codice dal terzo decreto correttivo, ricade tra i contratti di partenariato pubblico-privato, nei quali è previsto in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico dei privati". Sul punto cfr. M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato e la direttiva concessioni*, cit., p. 13, che afferma "il PPP si esaurisce nelle concessioni di cui alla direttiva 23"; M. RICCHI, *I contratti di concessione 2E*, cit.; R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, cit. e ID., *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, cit., pp. 93 ss., secondo cui la concessione è l'archetipo di tutte le forme di partenariato, anche le più innovative. L'esigenza sottesa alla creazione dell'istituto concessorio era quella di fornire alle pubbliche amministrazioni uno strumento che, a differenza dell'appalto, consentisse di realizzare programmi costruttivi con procedimenti snelli e derogatori rispetto alla disciplina dell'evidenza pubblica. Al privato concessionario quindi, si iniziavano ad attribuire poteri consistenti nel reperimento dei fondi, nella progettazione, nella attivazione delle procedure necessarie per la realizzazione dell'opera e nella gestione della stessa. Tale istituto si rivelava vantaggioso sia per il privato che per la pubblica amministrazione. Il privato, infatti, conseguiva una remunerazione ulteriore rispetto a quella percepita per la semplice realizzazione dell'opera, consistente nei frutti della gestione. Per il partner pubblico si trattava di sopperire alle carenze di fondi ed alla assenza di personale tecnico particolarmente qualificato per fornire il servizio collegato all'opera che si intendeva realizzare.

¹⁵¹ Secondo G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2010, il contratto di concessione risulta ascrivibile alla disciplina del PPP in quanto elemento comune e qualificante le fattispecie di PPP viene ravvisato nella gestione dell'opera e nella connessa allocazione dei rischi tra le parti contraenti.

¹⁵² L'art. 165, comma 6 del Codice stabilisce che: «Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio». A mente della stessa norma la revisione deve, comunque, «consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto»; inoltre, «in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto».

sionario è rappresentato dall'equilibrio economico finanziario della complessiva operazione così come definito dell'articolo 3, comma 1, lettera fff), ovvero dalla contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria del progetto. Requisiti che consentono di registrare una compatibilità sono anche il finanziamento totalmente o parzialmente a carico dell'operatore economico così come la previsione di un eventuale prezzo da parte della stazione appaltante che viene commisurato, per entrambi gli istituti, nel 49%. Infine, la durata del contratto di concessione depone a favore di siffatta impostazione in quanto limitata in funzione dei servizi o dei lavori richiesti e, in ogni caso, non superiore al tempo necessario al recupero degli investimenti e ad una remunerazione del capitale investito dal partner privato. Ad avvalorare quanto affermato si evidenzia, altresì, il rinvio alla disciplina dell'istituto concessorio per quanto riguarda tutti i contratti di partenariato menzionati nell'ottavo comma dell'art. 180 del d.lgs. 50/2016.

Secondo un'opposta tesi dottrinale¹⁵³, invece, come l'appalto anche la concessione non potrebbe rientrare nell'ambito del PPP non venendo in rilievo quella collaborazione paritaria tra partner pubblici e privati per il perseguimento di un obiettivo comune bensì la ricerca di un vantaggio reciproco. Nello specifico quello del privato a percepire utili derivanti dalle tariffe pagate dagli utenti e quello dell'amministrazione di trasferire il rischio di gestione. Vi sarebbe pertanto una condivisione di rischi e responsabilità che però esulerebbe dal fenomeno del partenariato poiché, a differenza di quest'ultimo, nella concessione spetta all'amministrazione "individuare l'interesse pubblico da perseguire, fissare gli standard di qualità dei servizi e la politica dei prezzi e delle tariffe, monitorare il raggiungimento degli obiettivi previsti"¹⁵⁴. Altri mettono in luce l'ulteriore differenza consistente nella realizzazione di opere ovvero nella fornitura di servizi sostanzialmente a costo zero per il partner pubblico nella dinamica concessoria, mentre nelle tipologie contrattuali di partenariato contemplate a livello codicistico il medesimo risultato verrebbe conseguito in virtù di un maggior impegno economico dell'amministrazione, data la non integrale copertura dell'investimento da parte del privato.

¹⁵³ A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico-privato tra sussidiarietà e solidarietà*, cit., p. 55.

¹⁵⁴ A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico-privato tra sussidiarietà e solidarietà*, cit., p. 94, osserva che "Difetta del ruolo strategico dell'operatore economico, in termini di partecipazione alle varie fasi dell'attività (ideazione, programmazione, realizzazione, attuazione, finanziamento).

4.1. *Concessione di lavori e concessione di servizi*

Nella concessione di lavori¹⁵⁵ la contropartita spettante al concessionario per la realizzazione dell'opera consiste nel diritto di gestirla facendosi carico dell'alea dell'operazione. Pertanto, oltre al rischio di costruzione, si rinviene il rischio di domanda connesso alla gestione dei servizi cui è strumentale l'opera realizzata oppure il rischio di disponibilità. Come sopra evidenziato, infatti, si ritiene che la concessione di lavori possa riguardare non solo le opere capaci di generare un utile tramite il pagamento di un prezzo da parte degli utenti ma sia possibile anche “nel caso in cui detta gestione non comporti un'offerta o un prodotto divisibile, oppure un servizio a domanda individuale e non sia così possibile chiedere a ciascun consumatore il prezzo della singola prestazione. Tanto però a condizione che, attraverso appositi meccanismi disincentivanti la cattiva qualità delle prestazioni (...), il concessionario, pur eventualmente ottenendo l'intero prezzo pattuito, se ne vedrà ridurre l'importo in caso di inadempienza nella gestione dell'opera e nell'erogazione del servizio”¹⁵⁶.

È opportuno dunque distinguere le opere c.d. calde, ossia capaci di autofinanziarsi e di remunerare l'investimento effettuato tramite la loro gestione e dunque i ricavi di utenza, dalle opere c.d. tiepide e fredde. Queste ultime, come già sottolineato, sono quelle in cui la gestione dei servizi avviene a favore esclusivamente della pubblica amministrazione la quale remunererà il privato mediante il pagamento di un corrispettivo. In tal caso al privato viene trasferito il c.d. rischio di disponibilità, ovvero il rischio legato alla capacità da parte del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite sia per volume che per standard di qualità previsti ai sensi dell'art. 3 lett. bbb) del d.lgs. 50/2016.

Alle opere tiepide, invece, si riferiscono gli articoli 3 lett. uu) e 165, comma 2, del d.lgs. 50/2016 quando stabiliscono che al diritto di gestire l'opera può aggiungersi un contributo da parte dell'amministrazione. Invero tali opere, pur in grado di generare un flusso di cassa derivante dal loro sfruttamento, non sono capaci di remunerare interamente i costi di investimento.

¹⁵⁵ Si rileva che l'unica concessione oggi ammessa nell'ambito dei lavori pubblici è quella di costruzione e gestione. Non è più consentita, invece, la concessione di mera committenza nella quale al concessionario vengono trasferiti solo i poteri pubblici di stazione appaltante, né la concessione di sola costruzione.

¹⁵⁶ TAR Lazio, Roma, 11 maggio 2007, n. 4315

Anche nella concessione di servizi è la modalità di remunerazione dell'operatore che consente di determinare se vi è stata o meno assunzione del rischio di gestione. Il concessionario viene remunerato non attraverso un corrispettivo ma attraverso la possibilità di gestire il servizio e dunque mediante la riscossione dei canoni da parte degli utenti. Solo eccezionalmente è possibile prevedere un prezzo aggiuntivo (oltre al diritto di gestire il servizio) che viene giustificato in un'ottica compensativa dei maggiori costi o minori ricavi derivanti dalla sussistenza di obblighi gravanti sul concessionario, specie laddove gli venga affidato un servizio di interesse generale. In tal caso, infatti, il concessionario potrebbe essere costretto a compiere scelte economicamente non razionali nell'esigenza che il servizio venga erogato secondo standard di qualità, accessibilità, continuità, imparzialità, universalità, etc. Tuttavia il prezzo corrisposto non deve essere in grado di annullare il rischio operativo: se quest'ultimo rimane a carico dell'amministrazione, anche qualora il servizio venga reso a favore del pubblico, si sarà in presenza di un contratto di appalto¹⁵⁷. Anche sul versante comunitario¹⁵⁸ è stato precisato che una concessione di servizi viene considerata tale se l'affidatario si accolla il rischio di gestione, a prescindere che il servizio oggetto di affidamento venga erogato a vantaggio della collettività o a favore della pubblica amministrazione.

Secondo una certa tesi dottrinale e giurisprudenziale la mancata sopportazione del c.d. rischio operativo nella gestione dell'opera o del servizio da parte dell'operatore privato, che verrebbe quindi garantito nell'investimento effettuato, determinerebbe la nullità del contratto di concessione¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Emblematica la decisione del Consiglio di Stato, VI, 4.9.2012, n. 682, che considera appalti le apparenti concessioni in cui l'onere del servizio viene sostanzialmente a gravare sull'amministrazione.

¹⁵⁸ Corte giust. CE 18 luglio 2007, in causa C-382/05, Commissione c. Italia).

¹⁵⁹ Sul punto v. la pronuncia del Tar Sardegna n. 213 del 10 Marzo 2011 secondo cui il contratto di concessione posto in essere senza una adeguata distribuzione dei rischi in violazione dei principi comunitari, e ciò vale anche per tutti i contratti di PPP, è nullo per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 del codice civile recante "contratto in frode alla legge" per conseguire un risultato precluso dall'ordinamento. Cfr. M. RICCHI, *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico-privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. 50/2016*, cit., secondo cui "prima è necessario individuare il rischio operativo nelle due possibili forme dal lato della domanda e/o dell'offerta per considerare valido ed esistente il contratto, riferendosi questa volta alla definizione sostanziale, che si è ipotizzato di utilizzare e poi individuare la procedura applicabile e i livelli di garanzia associati allo specifico contratto previsti dal Codice". Sulla nullità dei contratti di concessione elusivi delle prescrizioni sostanziali della Direttiva si veda anche M. RICCHI, *I contratti di concessione 2*, cit., pp. 53 ss. e V. FERRARO, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, fasc. 3-4, 2014, pp. 865- 866.

5. Distinzione tra appalti pubblici e PPP

L'appalto pubblico¹⁶⁰ rappresenta lo strumento mediante il quale la pubblica amministrazione eroga un prezzo in cambio di determinate prestazioni, instaurandosi in tal modo un rapporto sinallagmatico in cui vi è un mero scambio di utilità. Tale contratto ha natura strumentale all'attività dell'amministrazione: la p.a. affida al terzo la produzione di beni e servizi necessari affinché essa possa svolgere i suoi compiti istituzionali.

Come evidenziato la configurabilità in termini di appalto o concessione dipende dalla strutturazione delle clausole contrattuali e da come il rischio operativo dal lato domanda o dell'offerta è posto a carico del privato, piuttosto che dalla ricostruzione bilaterale o trilaterale del rapporto e/o da chi paghi per il servizio¹⁶¹.

Quanto affermato ci consente di escludere la riconducibilità del contratto di appalto al fenomeno del partenariato nonostante la Commissione Europea, nel citato *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, annoveri nel modello del PPP contrattuale sia le ipotesi in cui venga in rilievo una concessione, sia le ipotesi in cui l'atto attributivo del servizio/lavoro/opera sia qualificabile come appalto pubblico.

La definizione di PPP introdotta nell'art. 3, comma 15 *ter*, del d.lgs. 163/2006 non ricomprendeva, invece, l'appalto nell'elenco dei contratti di PPP e la medesima esclusione si rinviene nell'art. 180, comma 8, del nuovo Codice dei contratti pubblici. Siffatta estromissione appare condivisibile in quanto la categoria

¹⁶⁰ La definizione di appalto pubblico si rinviene nell'art. 3, lett. ii) del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui gli "appalti pubblici" sono «i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi». In base all'art. 3, lett. ll) gli "appalti pubblici di lavori", sono «i contratti stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici aventi per oggetto: 1) l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I; 2) l'esecuzione, oppure la progettazione esecutiva e l'esecuzione di un'opera; 3) la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore che esercita un'influenza determinante sul tipo o sulla progettazione dell'opera». In base alla lett. ss) gli "appalti pubblici di servizi", sono «i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici, aventi per oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli di cui alla lettera ll)»; In base alla lett. tt), gli "appalti pubblici di forniture", sono «i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti. Un appalto di forniture può includere, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione».

¹⁶¹ Nel senso dell'indifferenza di chi paga il corrispettivo v. TAR Lombardia, Brescia n. 1689/2008 e Corte di giustizia CE, sentenza del 10 marzo 2011, in causa C-274/09.

giuridica del partenariato presenta dei requisiti che risultano assenti nel contratto di appalto¹⁶².

La principale differenza consiste nella allocazione del rischio operativo che nell'appalto grava sull'amministrazione e non sul soggetto privato in capo al quale è posto soltanto il rischio imprenditoriale connesso alla errata valutazione dei costi di costruzione.

Inoltre viene in rilievo l'assenza dell'aspetto collaborativo: alla base del contratto, infatti, non esiste alcuna volontà di cooperare al fine di realizzare una comune iniziativa e gli interessi delle due parti rimangono sostanzialmente diversi anche nel corso dell'esecuzione e fino alla definitiva estinzione del rapporto¹⁶³.

Deve aggiungersi che il privato non finanzia l'oggetto del contratto, se non in circostanze del tutto particolari ed eventualmente sempre per una parte.

Parte della dottrina osserva, altresì, che il contratto d'appalto difetti anche del requisito della durata relativamente lunga della collaborazione¹⁶⁴.

6. Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato e società miste

Il Libro Verde del 2004, oltre a definire il PPP, introduce una distinzione tra le due principali categorie di partenariato che mantiene tuttora una sua validità classifi-

¹⁶² M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, cit., pp. 4-5; A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico-privato tra sussidiarietà e solidarietà*, cit., p. 80; R. DI PACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, cit., p. 62 secondo cui, a differenza del contratto di partenariato dove il coinvolgimento del privato riguarda tutte le fasi dell'esecuzione dell'intervento pubblico, nel contratto di appalto riguarda solo la fase di realizzazione o, al massimo, quella di progettazione; G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, cit.

¹⁶³ Sulla distinzione tra PPP e appalti V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., precisa che "Tale cooperazione non si limita, come negli appalti, alla mera attività di progettazione e costruzione dell'opera pubblica o esecuzione del servizio, ma coinvolge il privato, altresì, in tutte le fasi dell'operazione, dalla proposizione e progettazione dell'intervento, al finanziamento e alla gestione economica". Prosegue affermando che "il contratto di appalto, infatti, cristallizza gli interessi opposti delle parti, i quali rimangono distinti anche nel corso dell'esecuzione fino all'estinzione del rapporto, non esistendo alcuna volontà collaborativa di realizzare una comune iniziativa. Il rischio per il privato è solo operativo, di costruzione, ovvero il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito dell'esecuzione dell'opera, mentre le stazioni appaltanti sono competenti con riguardo alla programmazione, all'attivazione delle procedure e alla loro gestione. Con l'entrata in gioco dei contratti di PPP si nota il cambio di prospettiva per gli interessi da tutelare trattandosi di una disciplina a tutela non più solo delle amministrazioni pubbliche, ma anche dell'economia, delle imprese e della concorrenza".

¹⁶⁴ S. FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, cit.

catoria: ci si riferisce al PPP contrattuale¹⁶⁵, caratterizzato dalla natura negoziale e non organizzativa del rapporto instauratosi, e al PPP istituzionalizzato¹⁶⁶.

Quest'ultima tipologia è definita dal Libro Verde come una «*cooperazione tra il settore pubblico ed il settore privato in seno ad un'entità distinta*», cioè «*detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato con la missione di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico*»¹⁶⁷.

Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato è stato poi oggetto di una specifica comunicazione interpretativa della Commissione europea pubblicata il 12 aprile 2008¹⁶⁸ che contiene indicazioni procedurali e di merito più corpose e precise. Tale comunicazione si riferisce ad un modello di partnership che può realizzarsi mediante la costituzione di una nuova impresa a capitale misto, detenuto congiuntamente dall'amministrazione aggiudicatrice e dal partner privato (in alcuni casi, da più amministrazioni aggiudicatrici e/o partner privati), oppure nella partecipazione di quest'ultimo ad un'impresa pubblica già esistente¹⁶⁹. Viene altresì specificato che «*l'apporto privato alle attività PPPI consiste, a parte il conferimento di capitali o altri beni, nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità. Al contrario, il semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un'impresa pubblica non costituisce un PPPI. Di conseguenza, la presente comunicazione non contempla quest'ultima situazione*».

Il modello più antico e diffuso di partenariato istituzionalizzato viene comunemente ravvisato nelle società miste, ossia a capitale pubblico-privato, a cui spesso viene trasferito l'esercizio di servizi pubblici o il compito di creare infrastrutture ed opere pubbliche. Anche le fondazioni di partecipazione costituiscono una figura frequentemente utilizzata rientrando in tale categoria.

¹⁶⁵ G. SANTI, *Il Partenariato contrattuale. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle direttive europee e del d.l. 90 del 2014*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 236 ss.

¹⁶⁶ C. MARCOLUNGO, *Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009.

¹⁶⁷ Libro Verde 2004, al punto 1.3.20.

¹⁶⁸ La *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati* (PPPI) del 5.2.2008 (2008/C 91/02) affronta, in particolare, il tema delle modalità di costituzione (nuova società o società esistente) e della contestuale attribuzione al partner privato dei compiti di esecuzione di lavori e/o servizi, sostenendo il principio della gara unica.

¹⁶⁹ Comunicazione interpretativa della Commissione (2008/C 91/02), cit.

A differenza del previgente Codice dei contratti pubblici¹⁷⁰, il d.lgs. 50/2016 non contempla, tra le varie tipologie di PPP, l'affidamento a contraente generale e la società mista¹⁷¹. Tuttavia siffatta lacuna può essere colmata con la clausola di apertura presente nell'art. 180 comma 8 che, come già precisato, consente di ricondurre al fenomeno in esame anche altre fattispecie, diverse da quelle espressamente elencate, aventi le caratteristiche indicate nella medesima disposizione.

Anche l'orientamento consolidatosi in sede pretoria¹⁷², soprattutto alla luce della Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 2008, considera le società miste come una forma di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato. La giurisprudenza amministrativa considera l'affidamento di un servizio pubblico locale ad una società mista una forma di PPP istituzionalizzato e afferma che tali società rappresentano una "forma di affidamento a terzi nell'ambito di un contesto societario"¹⁷³. Si tratta di uno schema intermedio tra quello della gara vera e propria per l'affidamento (concessione) del servizio pubblico e quello della c. d. delegazione interorganica ad una società *in house*.

Si osserva, tuttavia, come sottolineato nella stessa Comunicazione, che per poter qualificare una società mista come strumento di partenariato non è sufficiente una partecipazione sociale del privato che si traduca in mero conferimento di capitali ma è necessario, altresì, che quest'ultimo venga attivamente coinvolto nella gestione e nell'esecuzione dei compiti affidati a tale entità¹⁷⁴. Deve esserci quindi una effettiva

¹⁷⁰ Ai sensi dell'art. 3 co. 15-ter del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 rientrano nel *genus* dei "contratti di partenariato pubblico-privato" anche le società miste.

¹⁷¹ La mancanza dell'unico esempio di partenariato "istituzionale" è una scelta dovuta alla necessità di attenersi ai contenuti delle direttive comunitarie inerenti al partenariato "contrattuale".

¹⁷² Consiglio di Stato, parere, Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1; Consiglio di Stato, Sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599; Consiglio di Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257. Da ultimo, le sentenze del Consiglio di Stato n. 655/2018 e n. 1811/2018.

¹⁷³ Cons. St., sez. V, 1 luglio 2005, n. 3672 afferma che "l'affidamento di un servizio pubblico ad una società mista, seppur costituente un modello apparentemente alternativo alla 'concessione' (intesa nel senso stretto e formalistica di 'provvedimento' costitutivo, traslativo o derivativo-costitutivo), a ben riflettere non si pone in radicale antitesi con il più generale e variegato fenomeno, in uno organizzatorio ed autoritativo, di tipo concessorio, qualora i tratti distintivi di quest'ultimo siano ricostruiti interpretando i dati del diritto interno al lume del formante comunitario". Tale tipo di partenariato pubblico - privato "altro non è che una concessione esercitata sotto forma di società, attribuita in esito ad una selezione competitiva che si svolge a monte della costituzione del soggetto interposto". Nel medesimo senso v. Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272 che qualifica come particolare tipo di concessione l'affidamento del servizio di mensa scolastica a società mista a prevalente capitale pubblico. In dottrina v. E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2012.

¹⁷⁴ S. ANTONIAZZI, *Le società miste di gestione di servizi pubblici locali e la diffusione di un modello europeo*, in *www.ilmerito.org.*, precisa che "Non solo l'apporto del privato operatore economico alla società mista deve consistere nel conferimento di capitali (un socio solo finanziatore sarebbe comunque un'ipotesi teorica) o di altri beni (la struttura aziendale), nella partecipazione attiva all'esecuzione

collaborazione tra privati imprenditori e pubblica amministrazione la quale, in qualità di socio, può controllare e incidere sulla gestione e sulle modalità di erogazione del servizio del partner privato¹⁷⁵. In virtù dei poteri e strumenti più incisivi attribuiti alla p.a. dal regime societario la struttura organizzativa in esame si differenzia dalla totale esternalizzazione, come avviene ad esempio nel contratto di appalto.

Secondo altra dottrina¹⁷⁶, invece, le società miste non sono riconducibili al partenariato pubblico-privato in quanto sarebbero prive di un elemento essenziale ai fini di tale configurazione: il rischio diretto per la parte privata. Si è osservato che con la costituzione di un organismo societario il rischio di impresa verrebbe ripartito tra i soci in proporzione alle quote di partecipazione e dunque non si ravviserebbe quel rischio operativo presente negli strumenti di partnership pubblico-privata.

Le società a partecipazione pubblica-privata sono spesso il frutto di operazioni di privatizzazione¹⁷⁷ volte a mutare la natura giuridica degli enti pubblici economici

dei compiti affidati alla società e/o nella gestione dell'attività, ma anche nell'adozione di atti di indirizzo (indicazione di obiettivi per piani industriali realizzabili, designazione dell'amministratore delegato, formalmente diverso dal socio privato) e nella regolazione dei rapporti societari interni per la fase di esecuzione mediante disposizioni dello Statuto che richiamino il PPPI, anche nei rapporti con i terzi; altrettanto limitata appare la definizione di socio pubblico nel solo ruolo di controllore delle operazioni in relazione alla partecipazione azionaria e agli organi decisionali, dato che sarebbe necessaria un'effettiva partecipazione alla funzione di indirizzo per il piano industriale, in quanto socio destinatario della medesima disciplina societaria, dei relativi diritti, obblighi e responsabilità a cui si aggiungono la tutela di interessi pubblici ed il regime di concorrenza". Cfr. F. FABI, *Analisi ed inquadramento giuridico delle principali figure di PPP nazionale*, in *Il Partenariato pubblico-privato nell'ordinamento giuridico nazionale, comunitario ed internazionale*, DIKE Giuridica Editrice, Roma, 2015, p. 103.

¹⁷⁵ S. ANTONIAZZI, *Le società miste di gestione di servizi pubblici locali e la diffusione di un modello europeo*, cit.

¹⁷⁶ M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, cit., p. 7. L'Autore sottolinea che "in questo modulo di PPP a carattere organizzativo manca un elemento essenziale del Partenariato, quale il rischio diretto per la parte privata; non perché la partecipazione societaria sia priva di rischi, ovviamente, ma in quanto il rischio di impresa è propriamente della società e ripartito tra i soci in proporzione al peso delle relative partecipazioni. In ogni caso è del tutto diverso in queste situazioni dal rischio operativo e di disponibilità, come definito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dai giudici nazionali, e come adesso disciplinato dalla direttiva concessioni. Si consideri inoltre che le società miste hanno un regime giuridico con caratteri non necessariamente identici a quelli delle società di diritto comune (talora con rilevanti discrepanze, anzi); ciò che determina una posizione dei privati differenziata rispetto al criterio generale del rischio di impresa. La circostanza che il privato sia stato scelto all'esito di una procedura ad evidenza pubblica (oggi rimangono solo limitate eccezioni a questa regola) non riequilibra la situazione ora esposta; e comunque è inconferente con l'idea di Partenariato", inoltre, "il "PPP istituzionalizzato" non pare rappresentare una categoria omogenea per la diversità delle figure soggettive che possono considerarsene parte, ed anche per il regime giuridico altrettanto differenziato di tali figure. Ma soprattutto non vi si rinvengono elementi essenziali della nozione generale di Partenariato, come definiti dallo stesso Libro Verde, ad iniziare, come detto, dalla "traslazione del rischio".

¹⁷⁷ Il fenomeno della privatizzazione è stato realizzato per differenti ragioni: in primo luogo si riteneva che la gestione dell'attività di impresa da parte di soggetti privati potesse valorizzare più efficacemente le risorse pubbliche; inoltre la vendita delle azioni delle società avrebbe potuto garantire degli introiti al fine di ripianare il deficit finanziario pubblico; infine l'esigenza di tutelare la concorrenza

in persone giuridiche private (in particolare, in forme societarie con conseguente parziale dismissione delle azioni sul mercato)¹⁷⁸. Altre volte tali soggetti vengono creati *ex novo* da parte delle pubbliche amministrazioni al fine di affidargli lo svolgimento di servizi, soprattutto a livello locale.

Il modello della società mista ha assunto particolare rilievo e diffusione perché consente di reperire nuove risorse (intese come capitali, conoscenze tecniche, scientifiche e organizzative) in possesso del settore privato e di garantire in tal modo maggiore efficienza e migliore qualità dei servizi erogati¹⁷⁹. Tuttavia si osserva che negli ultimi anni, essenzialmente per esigenze legate alla necessaria riduzione della spesa pubblica, vi sono stati diversi interventi normativi volti a ridurre l'attività imprenditoriale degli enti locali, in particolare nella gestione di servizi pubblici, mediante l'introduzione di limiti sia nella costituzione di nuove società sia nell'acquisto di partecipazioni in società già esistenti¹⁸⁰. Da ultimo, il Testo Unico in materia di

nel mercato, valore sempre più richiesto dal diritto comunitario, non poteva essere soddisfatta da una determinante presenza dello Stato in qualità di imprenditore.

¹⁷⁸ G. PIPERATA, *La trasformazione delle società a partecipazione pubblica. Dalla società in house alla società a partecipazione mista*, in M. DUGATO, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bononia University Press, Bologna, 2014, pp. 151 ss.

¹⁷⁹ Sui benefici derivanti dall'utilizzo della società mista S. ANTONIAZZI, *Le società miste di gestione di servizi pubblici locali e la diffusione di un modello europeo*, cit., evidenzia che "In effetti, lo strumento della società mista potrebbe limitare gli svantaggi dipendenti dalla gestione privata e da quella pubblica e consentire l'attuazione di finalità pubbliche di lungo periodo unitamente allo scopo lucrativo che consente di reperire risorse. Rispetto alla gestione privatistica, la rinegoziazione delle clausole contrattuali potrebbe essere più agevole e risolta dall'organo di gestione, mentre potrebbe essere facilitato e rafforzato il controllo dell'adempimento da parte dell'ente locale socio; inoltre, rispetto ad una gestione esclusivamente pubblicistica, la presenza del partner privato potrebbe garantire nuovi investimenti. Inoltre, ulteriori vantaggi potrebbero derivare dall'attribuzione al socio privato di una posizione significativa nella gestione mediante una partecipazione maggioritaria e il socio pubblico potrebbe esercitare poteri minimi per intervenire nella gestione ed esercitare i controlli per la tutela di interessi pubblici".

¹⁸⁰ Le pubbliche amministrazioni incontrano dei limiti nella costituzione delle società pubbliche in base a diverse disposizioni. Si rinvia in primo luogo all'art. 13 del Decreto Legge n. 223 del 2006, che ha introdotto l'obbligo per le società strumentali di cessare le attività non consentite entro un certo termine e un meccanismo di nullità dei contratti già stipulati in violazione di norme ivi stabilite. Successivamente l'art. 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 ha introdotto una norma avente lo scopo di vincolare la costituzione delle società pubbliche al perseguimento di uno scopo pubblico. In particolare si è stabilito che le pubbliche amministrazioni "non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società". La Corte Costituzionale con la sent. 4 maggio 2009 n. 148 ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale relativa ai commi 27 e 29 dell'art. 3 legge n. 244/2007, in quanto sembrano introdurre una limitazione alla capacità negoziale delle P.A. nell'attività imprenditoriale, collegando la possibilità di costituire o partecipare a società allo scopo istituzionale dell'ente. La Corte ha precisato che tali norme hanno inteso rafforzare la distinzione tra l'esercizio dell'attività amministrativa in forma privatistica e l'esercizio dell'attività di impresa da parte degli enti pubblici, mirando altresì ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione. La stessa Corte Costituzionale ha anche sottolineato la necessità di "evitare che soggetti dotati di privilegi

società partecipate (d.lgs. n. 175/2016) stabilisce in senso assolutamente restrittivo che «*Le amministrazioni pubbliche non possono direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*» (art. 4, comma 1). Vi è stata quindi una battuta d'arresto al largo impiego di tale strumento privatistico considerate anche le molteplici situazioni di dissesto finanziario createsi a causa della non efficiente gestione che ha spesso caratterizzato siffatti moduli organizzativi.

6.1. *La c.d. gara a doppio oggetto per la scelta del partner privato nelle società miste*

Qualora l'ente pubblico intenda individuare il partner privato con cui gestire il servizio è obbligato a porre in essere una procedura ad evidenza pubblica avente doppio oggetto: sia la scelta del socio che la contestuale assegnazione della gestione del servizio alla società¹⁸¹. Il socio, essendo un partner non finanziario ma tecnico-

operino in mercati concorrenziali” (sent. n. 326/2008). Nel medesimo senso si pongono l'art. 14, comma 32, del Decreto Legge n. 78 del 2010, che ha previsto limitazioni per la costituzione e la conservazione di partecipazioni in società e l'art. 4 del Decreto Legge n. 95 del 2012, che ha introdotto l'obbligo di scioglimento o l'alienazione delle partecipazioni entro una certa data per le società strumentali il cui fatturato per le prestazioni di servizi a favore di amministrazioni superiore al 90% dell'intero fatturato. Infine il d.lgs. n. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica) rafforza il predetto limite sancendo anche un obbligo di motivazione. L'art. 5, comma 1, prevede che “ad eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'art. 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art. 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa”. A tale vincolo di scopo l'art. 4, comma 2, del medesimo Testo Unico ha aggiunto un “vincolo di attività”, prevedendo che le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività specificamente indicate.

¹⁸¹ Sul punto si rileva quanto stabilito dalla Commissione europea nella Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai PPP istituzionalizzati (PPPI) del 12 aprile 2008 per quanto riguarda il processo di costituzione dei partenariati pubblico-privati istituzionalizzati. La Comunicazione tratta il tema delle modalità di costituzione e della contestuale attribuzione al partner privato dei compiti di esecuzione di lavori e/o servizi, sostenendo il principio della gara unica: “Al riguardo, la Commissione ritiene che una doppia procedura (la prima per la selezione del partner privato del PPPI e la seconda per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto) sia difficilmente praticabile. Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di

operativo, verrà individuato non in base alla sua solidità finanziaria ma alla sua capacità tecnica ai fini dell'erogazione del servizio. La costituzione della società e il suo ingresso da parte del soggetto privato è un passaggio meramente strumentale ad attuare la cogestione del servizio e, infatti, la veste di socio ha una durata temporanea fino alla scadenza dell'affidamento¹⁸².

In base al principio della gara a doppio oggetto non è sufficiente, onde consentire il successivo affidamento diretto della gestione del servizio a favore di una società mista, il precedente svolgimento di una procedura competitiva per la scelta del socio quale partner privato per una società "generalista", dunque la selezione di un mero socio azionista e non "industriale od operativo"¹⁸³. È invece necessario che

una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto". Altro aspetto rilevante è quello della selezione dei partner privati, che può avvenire anche mediante la procedura del dialogo competitivo, nonché della possibile variazione dei contenuti della prestazione: "A parere della Commissione, il principio di trasparenza impone di indicare chiaramente nella documentazione di gara le possibilità di rinnovo o di modifica dell'appalto pubblico o della concessione aggiudicati all'entità a capitale misto e di specificare le possibilità di assegnazione di nuovi compiti. La documentazione di gara dovrebbe precisare quantomeno il numero di opzioni e le loro condizioni di applicazione. Le informazioni così fornite devono essere sufficientemente dettagliate da garantire una procedura di gara equa ed efficace". Quanto, poi, alla fase posteriore alla costituzione di un PPPI, oltre alle note indicazioni desunte dalla giurisprudenza della Corte, la Commissione si dilunga sulle possibili variazioni nel tempo delle prestazioni, affermando che "i PPPI devono continuare ad operare nel loro ambito di attività iniziale e non possono, in linea di principio, ottenere nuovi appalti pubblici o nuove concessioni senza una procedura di gara che rispetti il diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni. Tuttavia, essendo in genere costituito per la prestazione di un servizio nell'arco di un periodo di tempo abbastanza lungo, il PPPI deve essere in grado di adattarsi ad alcune variazioni intervenute nel contesto economico, giuridico o tecnico. Le disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni non impediscono di tener conto di queste variazioni, purché siano rispettati il principio di parità di trattamento e il principio di trasparenza. Di conseguenza, qualora l'autorità aggiudicatrice desideri, per ragioni precise, avere la possibilità di modificare determinate condizioni dell'appalto dopo la scelta dell'aggiudicatario, dovrà prevedere espressamente tale possibilità di adeguamento, così come le sue modalità di applicazione, nel bando di gara o nel capitolato d'onori e delimitare l'ambito all'interno del quale la procedura deve svolgersi, cosicché tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino pertanto su un piede di parità nel momento della formulazione dell'offerta. Qualsiasi modifica delle condizioni essenziali dell'appalto non prevista nel capitolato d'onori impone di ricorrere a una nuova procedura di gara".

¹⁸² Come espressamente stabilito dall'art. 17, comma 3, del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica «La durata della partecipazione privata alla società, aggiudicata ai sensi del comma 1 del presente articolo, non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione. Lo statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio».

¹⁸³ Sulla sufficienza di una previa gara ad evidenza pubblica onde procedere al successivo affidamento diretto alla società mista si segnala la pronuncia delle Sezioni Unite di Cassazione 6 maggio 1995, n. 4991 secondo cui una volta deliberata, con procedura ad evidenza pubblica, la costituzione di una società per azioni per la gestione di un determinato servizio locale non era necessario un ulteriore

l'oggetto dell'affidamento sia specificamente definito già nella fase di selezione del socio al fine di verificare non solo l'adeguatezza del capitale da quest'ultimo conferito, ma anche le sue capacità tecniche e le caratteristiche della sua offerta in relazione alle prestazioni specifiche da fornire in modo da rispettare le regole pro-competitive a tutela della concorrenza. Invero se una previa generica gara ad evidenza pubblica giustificasse il successivo affidamento diretto del servizio alla società mista il privato beneficerebbe di vantaggi competitivi immeritati solo per il fatto che partecipa ad una società pubblica¹⁸⁴.

Proprio in virtù di tale considerazione l'art. 23-bis, comma 6, del decreto legge n. 112/2008, modificato dal d.l. 135/2009, poi abrogato mediante referendum, aveva previsto tra le modalità di affidamento in via ordinaria dei servizi pubblici locali, oltre alla esternalizzazione mediante gara e l'affidamento diretto alla società *in house*, anche l'affidamento a società a partecipazione mista pubblica e privata, ponendo come condizione, in quest'ultimo caso, che la selezione del socio avvenisse mediante gara ad evidenza pubblica avente ad oggetto, al tempo stesso, la qualità del socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

Dopo l'abrogazione referendaria che ha riguardato l'art. 23-bis la materia è stata disciplinata dall'art. 4 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148. La Corte Costituzionale, con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del suddetto articolo per violazione dell'art. 75 Cost. in quanto sostanzialmente identico all'abrogato art. 23-bis. La sentenza di incostituzionalità, come si preciserà meglio nel successivo paragrafo, ha avuto come principale effetto quello di far venir meno i

provvedimento di concessione in senso tecnico con selezione degli aspiranti concessionari potendosi procedere all'affidamento diretto del servizio alla società appositamente costituita.

¹⁸⁴ L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2008 ha riconosciuto l'applicabilità dei principi contenuti nei Trattati europei alle società miste. Tuttavia, all'epoca della pronuncia dell'Adunanza Plenaria, la Corte di Giustizia non aveva ancora preso una chiara posizione sull'ammissibilità dell'affidamento diretto a società miste. Infatti, essa si era pronunciata, *incidenter tantum*, l'11 gennaio 2005 nella causa C-26/03, *Stadh Halle* sostenendo che deroghe ai principi comunitari (concorrenza e parità di trattamento tra le imprese) sarebbero state permesse solamente per il modello dell'*in house providing*. Successivamente la Corte di Giustizia, con la sentenza Acoset Spa del 15 ottobre 2009, C-196/08, ha confermato tale orientamento: i giudici lussemburghesi hanno osservato che l'affidamento diretto in genere è inammissibile con specifico riferimento alle società miste. L'elusione dei principi dell'evidenza pubblica è possibile solo se l'affidamento è interno alla P.A. mentre è da escludersi nel caso in cui il servizio venga totalmente esternalizzato. Ciò che connota le società miste, dunque, è una sorta di esternalizzazione parziale nella quale l'affidamento si realizza all'atto di scelta del partner privato atteso che ne vengono determinati compiti, funzioni, durata e meccanismi di liquidazione della quota in caso di mancata nuova aggiudicazione all'esito della nuova gara indetta dopo la cessazione del rapporto.

limiti alla possibilità per gli enti locali di procedere all'affidamento diretto di servizi locali a favore di società *in house* ma non ha inciso sulla legittimità della procedura che prevede la gara a doppio oggetto¹⁸⁵.

Più recentemente i servizi pubblici locali di interesse economico generale sono stati oggetto di uno schema di decreto legislativo¹⁸⁶, adottato sulla base della delega legislativa di cui agli artt. 16 e 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge Madia). Tuttavia anche stavolta è intervenuta la scure della Corte Costituzionale¹⁸⁷ che ha giudicato illegittimi alcuni articoli della riforma Madia¹⁸⁸ in cui era prevista la semplice acquisizione del parere delle Regioni per l'approvazione di quattro decreti attuativi che incidevano su materie di loro competenza, tra cui quello relativo ai servizi pubblici locali, e non una vera e propria intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni.

Nonostante l'esito infruttuoso della riforma Madia relativamente a tale settore e il conseguente vuoto normativo venutosi a creare, si rileva che la società mista pubblico-privata – con il socio scelto in base a gara unica – è stata espressamente disciplinata anche nel d.lgs. n. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica)¹⁸⁹, anch'esso prodotto della legge delega 7 agosto 2015, n. 124. L'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016, oltre a stabilire che la quota di partecipazione del socio privato non sia inferiore al 30 per cento (con la possibilità, dunque, di configu-

¹⁸⁵ Secondo la giurisprudenza amministrativa, per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono essere gestiti indifferentemente attraverso il mercato (ossia individuando il soggetto affidatario al termine di una gara ad evidenza pubblica), attraverso il c.d. partenariato pubblico-privato (ossia per mezzo di una società mista), ovvero mediante l'affidamento diretto, c.d. *in house*, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente, ma che ne costituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo, ricorrendo in capo a quest'ultimo i requisiti della totale partecipazione pubblica, del controllo (sulla società affidataria) analogo (a quello che l'ente affidante esercita sui propri servizi) e della realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti che la controllano (Cons. St., Sez. V, n. 1900/2016).

¹⁸⁶ In particolare l'art. 7 del decreto in esame prevedeva, tra le altre modalità di gestione del servizio, l'affidamento a società mista il cui socio privato fosse stato scelto con procedura ad evidenza pubblica, secondo le modalità previste dal diritto dell'Unione europea e dal decreto legislativo adottato ai sensi dell'art. 18 della legge 7 agosto 2015 n. 124.

¹⁸⁷ Sent. Cort. Cost. n. 251/2016. Per alcuni commenti v. A. POGGI, G. BOGGERO, *Non si può riformare la P.A. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte Costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in www.federalismi.it, 28 dicembre 2016; R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte Costituzionale*, in www.federalismi.it, 8 febbraio 2017.

¹⁸⁸ Si trattava di disposizioni che incidevano su materie di competenza delle Regioni senza prevedere un loro coinvolgimento diretto nel rispetto del principio di leale collaborazione il quale può essere garantito non attraverso un mero parere, come stabilito dalla legge delega, ma con una necessaria intesa Stato-Regioni.

¹⁸⁹ Decreto attuativo dell'art. 18 della legge delega di riforma della pubblica amministrazione n. 124/2015.

rare una partecipazione pubblica minoritaria), precisa infatti che la procedura di selezione pubblica del soggetto privato si svolge nel rispetto dell'art. 5, comma 9, del Decreto Legislativo n. 50 del 2016, e «*ha a oggetto, al contempo la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista*»: il riferimento è alla gara a doppio oggetto. Inoltre, l'art. 4, comma 2 dello stesso Testo Unico, quando elenca le attività per il cui svolgimento può essere costituita una società a partecipazione pubblica, prevede alla lett. c) «*la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016 con un imprenditore selezionato con le modalità di cui al successivo articolo 17, commi 1 e 2 del medesimo Testo Unico*»¹⁹⁰.

Quest'ultima disposizione, oltre a ribadire la necessità della gara a doppio oggetto, conferma la tesi che riconduce le società miste al modello di partenariato pubblico-privato. I più recenti interventi legislativi, dunque, appaiono indirizzati in questo senso. Ci si riferisce in particolare agli artt. 4, comma 2, lett. c), e 17, comma 1, del Testo Unico sulle società partecipate e alle corrispondenti disposizioni del d.lgs. n. 50/2016, richiamate dallo stesso TUSPP, che si trovano agli artt. 5, comma 9, e 180, le quali sembrano configurare l'affidamento a società mista con gara a doppio oggetto quale possibile strumento di coinvolgimento del capitale privato per attività di gestione di opere pubbliche o di servizi di interesse generale, con allocazione di tutto o parte del rischio operativo in capo alla società affidataria.

Ad avvalorare la riconducibilità del modello delle società miste alla categoria del partenariato pubblico-privato si segnala anche il parere preliminare, ai sensi

¹⁹⁰ Art. 17 del d.lgs. n. 175/2016, rubricato "Società a partecipazione mista pubblico-privata" stabilisce: «1. Nelle società a partecipazione mista pubblico-privata, la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista. 2. Il socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita. All'avviso pubblico sono allegati la bozza dello statuto e degli eventuali accordi parasociali, nonché degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante. Il bando di gara deve specificare l'oggetto dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica che ha indetto la procedura. I criteri di aggiudicazione possono includere, tra l'altro, aspetti qualitativi ambientali, sociali connessi all'oggetto dell'affidamento o relativi all'innovazione».

dell'articolo 22 della legge n. 287/90, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato¹⁹¹ recentemente reso su richiesta del Comune di Roma e concernente la riformulazione della documentazione per la riedizione della gara a doppio oggetto per l'affidamento del servizio scolastico integrato a società mista pubblico privata. L'AGCM chiarisce, come illustrato anche nel precedente parere motivato reso ex articolo 21-*bis* della legge n. 287/90, deliberato dall'Autorità in data 27 settembre 2017¹⁹², che nelle procedure per la costituzione di società miste sia fondamentale la corretta allocazione del rischio operativo il quale deve essere allocato in capo al futuro socio privato come in tutti i moduli di partenariato pubblico-privato. Pertanto è necessario che gli atti di gara includano anche il piano economico-finanziario, strumento da cui emerge la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria della gestione del servizio e dunque le ragioni che rendono tale scelta preferibile rispetto a soluzioni alternative (come il ricorso al mercato con più gare), che devono essere illustrate nella motivazione analitica della delibera di costituzione della società, come richiesto dall'articolo 5 del d.lgs. 175/2016. L'Autorità osserva che possono essere oggetto di queste procedure solo i servizi di interesse generale considerati più idonei

¹⁹¹ L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con il parere AS 1529 del 6 luglio 2018 (pubblicato sul bollettino del 13 agosto), ha stabilito che “gli artt. 4, comma 2, lett. c), e 17, comma 1, del TUSPP, in coerenza con le corrispondenti disposizioni del d.lgs. n. 50/16 (artt. 5, comma 9, e 180, richiamate dallo stesso TUSPP) tratteggiano l'istituto dell'affidamento a società mista con gara a doppio oggetto quale possibile strumento di coinvolgimento del capitale privato per attività di gestione di opere pubbliche o di servizi di interesse generale, con allocazione di tutto o parte del rischio operativo in capo alla società affidataria dell'attività gestoria da prestare all'utenza pubblica (...) La descritta riconfigurazione delle modalità di gestione dei servizi da affidare alla società mista, attraverso una riallocazione all'operatore privato dei rischi di domanda e di disponibilità, appare tendenzialmente idonea – salve le precisazioni di seguito esposte – ad una qualificazione delle attività dedotte nella gara a doppio oggetto in termini di servizi di interesse generale e ad un corretto inquadramento della fattispecie negoziale prefigurata nell'ambito della cornice giuridica del partenariato pubblico-privato nella figura contrattuale della concessione di servizio a società mista, in conformità con la normativa di riferimento (TUSPP e Codice dei contratti pubblici). (...) si segnala la necessità, con particolare riguardo al trasferimento del rischio di domanda, che il margine di alea allocato all'operatore privato risulti idoneo a tradursi, in concreto, nell'effettiva possibilità del privato di incorrere in perdite in ragione delle fluttuazioni della domanda effettiva.(...) Inoltre, con specifico riferimento al concreto trasferimento del rischio di disponibilità, si invita l'amministrazione capitolina ad un effettivo e costante monitoraggio, nel corso dell'esecuzione del rapporto di servizio, circa il conseguimento (o il mancato conseguimento) dei parametri qualitativi prescritti dal capitolato prestazionale.”

¹⁹² Parere motivato AS 1456 – Comune di Roma/Costituzione di una società mista cui affidare taluni servizi qualificati di interesse generale, pubblicato sul Bollettino dell'Autorità n. 48/2017. In tale parere l'Autorità aveva ritenuto l'affidamento delineato nella delibera di indirizzo n. 42/2017 dell'Assemblea capitolina in contrasto con le disposizioni di cui agli artt. 4, commi 1 e 2, 5, commi 1 e 2, e 17, commi 1, 2 e 3, del TUSPP e di cui agli artt. 30, 51 e 83 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a cui era seguito l'annullamento in autotutela degli atti della gara a doppio oggetto. Si veda, anche, la sentenza del T.A.R. Lazio n. 1098/2018, con cui il giudice amministrativo di primo grado si è pronunciato sulla medesima fattispecie in linea con le indicazioni rese dall'Autorità nel riferito parere motivato e richiamando ampi passaggi del parere stesso.

a consentire la ripartizione di rischi rispetto ai servizi strumentali (che nel loro affidamento, invece, seguono più lo schema di rapporto dell'appalto).

6.2. *Evoluzione giurisprudenziale della natura giuridica delle società miste: il Consiglio di Stato abbraccia la nozione di ente pubblico c.d. mutevole e cangiante*

La tendenza del legislatore a ricorrere a moduli organizzativi privatistici per perseguire interessi pubblici e, allo stesso tempo, l'attribuzione a soggetti formalmente privati di funzioni amministrative¹⁹³ ha indotto la giurisprudenza¹⁹⁴ ad accogliere una nozione sostanziale-funzionale di pubblica amministrazione¹⁹⁵. Ciò è accaduto anche in ossequio all'impostazione comunitaria che, dando maggior rilevanza agli aspetti sostanziali piuttosto che a quelli formali, allarga e restringe il concetto di pubblica amministrazione in base alla *ratio* dell'istituto da applicare¹⁹⁶.

L'individuazione della natura giuridica di un soggetto in termini privatistici o pubblicistici non risponde a ragioni meramente dogmatiche ma assume rilevanza

¹⁹³ L'esercizio privato di pubbliche funzioni trova il principale referente normativo nell'art. 1 comma 1-*ter* della L. 241/90 che stabilisce «i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1». Si tratta di una norma speculare al precedente comma 1-*bis* e si occupa di attività amministrativa procedimentalizzata svolta da soggetti privati: se un ente pubblico non compie atti autoritativi è sottoposto al diritto privato, viceversa i soggetti formalmente privati quando svolgono funzioni amministrative sono assoggettati ad un regime pubblicistico. Una recente sentenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043) ha affermato «una significativa conferma di questa fungibilità delle forme giuridiche è fornita proprio dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990. L'articolo che apre la disciplina generale del procedimento amministrativo prevede, infatti, al comma 1-*bis* la c.d. amministrazione secondo strumenti di diritto privato e al comma 1-*ter*, quasi simmetricamente, l'attività amministrativa procedimentalizzata svolta da soggetti privati».

¹⁹⁴ Cfr. in questi termini, Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660 e Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043.

¹⁹⁵ Secondo S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., p. 198, si deve parlare, pertanto, di un «istituto proteiforme, le cui frontiere sono imprecise e le cui classificazioni sono multiple e imperfette», o, addirittura, concludere nel senso che l'ente pubblico «non è neppure un istituto, ma la somma di un insieme di istituti».

¹⁹⁶ A titolo esemplificativo si pensi alla nozione molto estesa di P.A. nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica la quale ricomprende anche soggetti di natura privatistica, quali gli organismi di diritto pubblico. Ciò trova la sua giustificazione nell'esigenza di tutelare l'assetto concorrenziale del mercato che viene pregiudicato ogniqualvolta un soggetto, non sopportando un effettivo rischio imprenditoriale, potrebbe essere guidato da criteri clientelari piuttosto che razionalmente economici nella ricerca del proprio partner contrattuale. Sull'organismo di diritto pubblico: E. CHITI, *La nozione di amministrazione aggiudicatrice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, pp. 414 ss.; D. MARRAMA, *Contributo sull'interpretazione della nozione di «organismo di diritto pubblico»*, in *Dir. amm.*, 2000, pp. 585 ss.; R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e del giudice nazionale a confronto*, in *Foro it.*, 1998, IV, c. 133 ss. Viceversa, per quanto concerne l'art. 45 par. 4, TFUE, che esclude l'applicazione delle norme che tutelano la libertà di circolazione delle persone nell'ambito del pubblico impiego, la Corte di Giustizia ha accolto una nozione particolarmente ristretta di P.A. Nello specifico solo gli enti pubblici titolari di funzioni espressione della sovranità statale (Haralambidis, 10 settembre 2014, causa C-270/2013).

pratica in ordine all'applicazione di certe normative. Il problema in questione si acuisce laddove il legislatore, nell'indicare i soggetti a cui applicare un determinato istituto, faccia generico riferimento alla nozione di pubblica amministrazione o ente pubblico senza specificare cosa intenda con tale termine.

Appare ormai recessiva la tesi formalistica che valorizza quanto disposto dalla legge n. 70 del 1975¹⁹⁷ all'art. 4, ossia che nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge, sancendo così un principio di tipicità nel disciplinare gli enti para-statali. Coerentemente al tenore letterale di tale disposizione siffatto orientamento richiede, pertanto, una espressa previsione normativa ai fini della costituzione di nuovi enti pubblici.

Un secondo indirizzo di stampo sostanzialistico, invece, ripudia la concezione formalistica e si concentra sulle caratteristiche strutturali e organizzative dell'ente al fine di qualificarlo come pubblico o privato¹⁹⁸.

Più recentemente dottrina e giurisprudenza hanno affermato che ai fini dell'individuazione del regime normativo applicabile non rileva né la veste formale né le caratteristiche sostanziali dell'ente ma il tipo di attività svolta. In particolare, se quest'ultima è funzionalizzata e procedimentalizzata, i soggetti che la esercitano, anche se formalmente privati, vengono sostanzialmente equiparati ad una pubblica amministrazione. In tale ottica viene considerato ente pubblico chi svolge un'attività sottoposta quantomeno all'osservanza dei principi di diritto pubblico. Ciò implica la caratteristica cangiante e mutevole della nozione di pubblica amministrazione: uno stesso soggetto, a seconda del tipo di attività svolta, può essere o meno qualificato come p.a.¹⁹⁹. Pertanto non si accoglie una definizione di ente pubblico in via generale ed astratta ma in termini funzionalistici, ossia a certi fini e rispetto a certi istituti, determinando in tal modo una nozione di p.a. efficacemente illustrata come “a geometria variabile”.

¹⁹⁷ Legge 20-3-1975 n. 70, *Disposizioni sul riordinamento degli enti pubblici e del rapporto di lavoro del personale dipendente*, pubblicata nella Gazz. Uff. 2 aprile 1975, n. 87.

¹⁹⁸ Si vedano, in particolare, Cons. St., sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478; 1 aprile 2000, n. 1885; 2 marzo 2001, n. 1206; 5 marzo 2002, n. 1303; 24 maggio 2002, n. 2855; 17 settembre 2002, n. 4711. In dottrina: V. CERULLI IRELLI, “*Ente pubblico*”: *problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di) *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, pp. 84 ss.; R. GAROFOLI, *La privatizzazione degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998, pp. 287 ss.

¹⁹⁹ Emblematico in tal senso è la figura dell'organismo di diritto pubblico che viene equiparato alla pubblica amministrazione non in maniera fissa ed immutevole ma solo quando decide di affidare contratti. In tal caso sarà sottoposto alla disciplina ad evidenza pubblica, mentre quando svolge altre attività esso soggiacerà al diritto privato.

Siffatta ricostruzione non contrasta con la previsione contenuta nell'art. 4 della legge 70/1975 in quanto sarà comunque necessario un fondamento normativo che, sebbene non istituisca o riconosca espressamente un ente pubblico, attribuisca ad un soggetto poteri di natura amministrativa o lo renda destinatario di obblighi della medesima natura. Si ritiene, inoltre, che il principio di tipicità sancito dalla norma in esame debba essere inteso non in termini rigidi ma elastici, potendosi desumere anche implicitamente dalla *ratio* di una disciplina pubblicistica la sua applicazione a soggetti formalmente privati. Ai fini dell'equiparazione di questi ultimi alla pubblica amministrazione si richiede, dunque, la sussistenza di una norma che li sottoponga, anche implicitamente ma univocamente, a prescindere dalla veste formale, a regole di diritto pubblico.

Anche la giurisdizione amministrativa segue la procedimentalizzazione dell'attività come emerge da quanto disposto nell'art. 7, comma 2, del Codice del processo amministrativo il quale stabilisce che «*per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo*». Viene così sancito a livello processuale il superamento della teoria della neutralità del procedimento amministrativo in passato accolta dalla Cassazione²⁰⁰. Ne consegue che dalla qualificazione sul piano sostanziale di un soggetto come pubblica amministrazione deriverà altresì il radicarsi della giurisdizione amministrativa per le relative controversie.

Il problema relativo alla qualificazione di un soggetto avente veste privatistica come pubblico si è posto, in particolare, per le società a partecipazione pubblica.

La tesi privatistica, seguita dalla Cassazione²⁰¹, sostiene che le società partecipate abbiano natura privata, non assumendo rilievo il fatto che il soggetto pubblico

²⁰⁰ L'art. 7, secondo comma, c.p.a. ha recepito un principio già operante nel settore degli appalti pubblici all'art. 6 L. n. 205/2000, ai sensi del quale il g.a. in sede esclusiva conosce di ogni controversia concernente procedure ad evidenza pubblica poste in essere da soggetti che vi sono obbligati per legge. Prima della sua introduzione le Sezioni Unite avevano affermato che l'organismo di diritto pubblico, sebbene dovesse rispettare le procedure ad evidenza pubblica, rimaneva un soggetto privato e pertanto le relative controversie dovevano essere sottoposte alla giurisdizione ordinaria.

²⁰¹ A partire dalla sent. Cass 58/1979 e poi costantemente ribadito, *ex multis* Cass. S.U. 7790/2005. In un fondamentale arresto del 2009 in materia di giurisdizione sulle controversie relative alla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle società pubbliche le SU hanno affermato espressamente la natura di società di diritto privato di queste ultime assoggettandole all'ordinario regime civilistico. In particolare è stato evidenziato che "le società di diritto privato partecipate da un ente pubblico non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico". Al riguardo, la scarna disciplina codicistica dedicata alle s.p.a. a partecipazione pubblica "non vale a configurare uno statuto speciale per

possieda le azioni, anche totalmente. La Cassazione abbraccia una impostazione formalistica secondo cui ciò che rileva è la veste formale e non l'attività esercitata: il legislatore può sottoporre alle regole del procedimento amministrativo sia soggetti pubblici che privati senza perciò mutarne la natura giuridica²⁰². Si richiama inoltre il suddetto principio sancito dall'art. 4 della legge 70/1975 secondo cui nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge. A siffatta tesi si contrappone la tesi "panpubblicistica", seguita dalla Corte Costituzionale²⁰³, dalla giurisprudenza amministrativa²⁰⁴ e da quella contabile²⁰⁵, che predica la neutralità assoluta della veste societaria. In particolare sarebbe possibile desumere da aspetti di carattere organizzativo, strutturale e funzionale la sussistenza di un ente pubblico in forma societaria (criterio sostanziale). Secondo la tesi in esame, affinché una società possa essere considerata ente pubblico, è necessaria una forte deviazione dalle regole di diritto comune: non sarebbe quindi sufficiente che il socio pubblico controlli l'ente

dette società... né comunque investe il tema della responsabilità di detti organi, che resta quindi disciplinato dalle ordinarie norme previste dal codice civile”.

²⁰² In particolare le Sezioni Unite hanno escluso che la RAI possa essere qualificata come ente pubblico in forma societaria (Cass. Sez. Un. 22 dicembre 2011, n. 28329) affermando la sussistenza della giurisdizione ordinaria per quanto concerne le controversie che riguardano l'assunzione del personale sebbene la relativa procedura fosse sottoposta ai principi che regolano l'assunzione nel pubblico impiego. Secondo la Cass. la procedimentalizzazione di tale attività non muta la natura privatistica della società e pertanto non sposta la giurisdizione in capo al giudice amministrativo. Diversamente il Consiglio di Stato (sez. VI, ord. 24 novembre 2010, n. 5379) aveva qualificato la RAI come ente pubblico in forma societaria sulla base di una serie di indici sintomatici che ne attesterebbero la sua attrazione nell'orbita pubblicistica: “tra questi, le circostanze costituite dalla prevista nomina di numerosi componenti del Consiglio di Amministrazione non già ad opera del socio pubblico, ma della Commissione parlamentare di vigilanza; dalla indisponibilità dello scopo da perseguire, prefissato con atto normativo; dalla destinazione alla copertura dei costi del servizio dalla stessa gestito di un canone di abbonamento, avente natura di imposta”. Cass. Civ., Sez. I, 27 sett. 2013, n. 22209 in materia di fallimento delle società a partecipazione pubblica, afferma che la riconducibilità delle società pubbliche nell'alveo delle società commerciali sarebbe desumibile, altresì, dal mancato mutamento del quadro normativo generale a seguito della riforma del diritto societario e fallimentare.

²⁰³ Corte Cost. nella sent. 29 del 2006 ha affermato che “le società a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente private, sono assimilabili ad enti pubblici. La Corte dei Conti pertanto mantiene i poteri di controllo sulla gestione delle s.p.a. sorte in seguito alla privatizzazione formale degli enti pubblici economici, anche se l'art. 12 l. 259/1958 che prevede tale controllo fa riferimento agli enti pubblici”. La medesima valutazione sostanziale si rinviene nelle pronunce n. 35 del 1992 e n. 466 del 1993 in cui, riferendosi all'impresa pubblica, la Corte enuncia che “(...) la stessa dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato si sia andata di recente, tanto in sede normativa che giurisprudenziale, sempre più stemperando: e questo in relazione, da un lato, all'impiego crescente dello strumento della società per azioni per il perseguimento di finalità di interesse pubblico; dall'altro, agli indirizzi emersi in sede comunitaria, favorevoli all'adozione di una nozione sostanziale di impresa pubblica” . Nello stesso senso v. le sentenze n. 363 del 2003, n. 326 del 2008 e n. 148 del 2009.

²⁰⁴ *Ex multis* Cons. Stato, VI Sezione, Decisione n. 4711 del 2002.

²⁰⁵ Il giudice contabile a partire dal 2005 al fine di affermare la propria giurisdizione per quanto concerne la responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti delle società a totale o prevalente partecipazione pubblica ha accolto la tesi panpubblicistica (*ex multis* Sezione I Centrale, sentenze n. 356 del 2005 e n. 532 del 2008).

dall'interno mediante poteri maggiori (c.d. *golden shares*²⁰⁶) rispetto a quelli normalmente attribuiti al socio privato avente la medesima partecipazione societaria, ma sarebbe necessaria una c.d. eterodirezione da parte di soggetti pubblici non soci²⁰⁷. Il riconoscimento di poteri di direttiva, nomina e veto a favore di soggetti pubblici estranei alla compagine societaria sarebbe sintomatico della strumentalità di quest'ultima al perseguimento di finalità pubblicistiche.

Si rileva come sia l'approccio formale che quello meramente sostanziale non corrisponda alla nozione mutevole e cangiante di pubblica amministrazione sopra delineata e abbracciata dalla più recente giurisprudenza amministrativa. Il Consiglio di Stato²⁰⁸ ha sottolineato che la veste societaria non è un elemento sufficiente ad escludere l'applicazione del diritto amministrativo ma non è un dato totalmente

²⁰⁶ Il sistema dei *golden shares*, ossia il riconoscimento di poteri speciali in favore dello Stato o degli enti pubblici, sancito dagli artt. 2449-2450-2451 c.c. è stato ritenuto incompatibile con il principio di libera circolazione dei capitali in quanto costituisce un disincentivo all'investimento in tali società (CGUE, 6 dicembre 2007, C- 463/04 e 464/04). Si è osservato che il principio in esame può essere limitato solo qualora sia necessario soddisfare esigenze imperative connesse alla tutela di interessi generali. Per tale ragione il sistema dei *golden shares* è stato sostituito con quello dei *golden power* introdotto con il d.l. n. 21/2012, conv. in l. n. 56/2012. La differenza rispetto ai *golden shares* consiste nel fatto che mentre tali poteri speciali erano giustificati dalla mera circostanza che la società fosse in mano pubblica, il nuovo sistema conferisce rilievo al settore in cui tali società operano onde tutelare rilevanti interessi pubblici. I poteri speciali in favore dello Stato vogliono impedire l'ingresso di capitali stranieri in società che operano in settori strategici (come quelli della difesa, sicurezza, trasporti ed energia).

²⁰⁷ Ciò accade quando l'atto costitutivo di tali società prevede che i diritti dell'azionista pubblico possono essere esercitati attraverso una previa intesa o concerto con altri soggetti pubblici estranei alla struttura dell'ente e non autonomamente. Sulla base di tali considerazioni il Consiglio di Stato ha dichiarato la natura di ente pubblico di Poste Italiane s.p.a. (Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206 e 5 marzo 2002, n. 1303), di Trenitalia s.p. a (Cons. Stato, sez. VI, 23 ottobre 2007, n. 5569), del Gestore della rete elettrica (Cons. Stato, sez. VI, 16 settembre 2003, n. 5241), delle SCIP incaricate della cartolarizzazione degli immobili pubblici (Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2006, n. 308). Per quanto concerne, in particolare, il caso di Poste Italiane s.p. a il Consiglio di Stato ha affermato che ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di procedura ad evidenza pubblica non è necessario verificare se la Società Poste Italiane soddisfa i requisiti dell'organismo di diritto pubblico poiché, pur essendo formalmente un soggetto privato, ha natura sostanzialmente pubblicistica come si può desumere dal fatto che il Ministero del tesoro, titolare della partecipazione azionaria di maggioranza, è tenuto ad esercitare i propri diritti previa intesa con il Ministero delle Comunicazioni.

²⁰⁸ Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043, esclude l'applicazione degli obblighi in materia di trasparenza e di pubblicità e segnatamente degli "obblighi di pubblicazione concernenti gli organi di indirizzo politico", previsti dal decreto legislativo n. 33 del 2013, alle cc.dd. università libere, non potendo queste essere considerate enti pubblici a tal fine. Il Consiglio non aderisce nemmeno all'impostazione dell'ANAC che, valorizzando una pluralità di elementi di natura pubblicistica (la legittimazione a rilasciare titoli di studio aventi valore legale, la presenza di finanziamenti statali, l'esistenza di poteri statali di controllo e vigilanza così come le modalità di reclutamento del personale docente), sostiene si tratti di un ente pubblico in forma societaria. Si esclude la natura pubblica delle Università libere analizzando la *ratio* del d.lgs. 33/2013, normativa che introduce un controllo di stampo pubblicistico espressione dei principi di pubblicità e trasparenza che governano l'azione amministrativa. Nella prospettiva interpretativa del Consiglio di Stato siffatto controllo non può considerarsi estendibile ai soggetti in questione in quanto non compatibile con il principio di pluralismo e libertà di iniziativa privata in materia di istruzione sancito dall'art. 33 Cost.

neutrale: in assenza di un dato normativo che introduce deroghe all'operatività del diritto privato la società dovrà essere sottoposta al diritto comune. Il dato normativo può essere espresso, come accade ad esempio per l'organismo di diritto pubblico, oppure l'applicazione del regime pubblicistico può ricavarsi in maniera univoca e oggettiva dalla disciplina di riferimento. Si afferma che "l'individuazione dell'ente pubblico deve avvenire in base a criteri non 'statici' e 'formali', ma 'dinamici' e 'funzionali'; ciò implica che il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato, essendosi l'ordinamento ormai orientato verso una nozione 'funzionale' e 'cangiante' di ente pubblico. In altri termini, si ammette senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica".

Secondo l'orientamento sostanzialistico, invece, una società eterodiretta da un soggetto pubblico non socio sarebbe sempre ente pubblico, in maniera fissa e immutabile, a prescindere dall'istituto che viene in considerazione. Ciò contrasta con il principio operante in materia di società a partecipazione pubblica secondo cui l'applicazione del diritto amministrativo (e quindi del regime procedimentalizzato) è eccezionale mentre il diritto privato è la regola. Tale principio si desume non solo dal suddetto art. 4 della legge 75/1970 ma anche dalle poche norme inserite nel codice civile che regolano l'azionariato pubblico (artt. 2449-2451), la cui esiguità corrisponde all'intento di assoggettare, salvo quanto previsto da queste disposizioni, le società in mano pubblica alla medesima disciplina a cui sono assoggettate le società private. Il medesimo principio è stato recentemente ribadito anche nel Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, il più volte menzionato d.lgs. n. 175/2016, il quale stabilisce all'art. 1, comma 3, che «*Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*»²⁰⁹.

Una deroga, recentemente ribadita dall'art. 19 del TU in materia di società a partecipazione pubblica, ha riguardato la sottoposizione ai principi che regolano

²⁰⁹ Il d.lgs. 175/2016 ha esplicitamente abrogato l'art. 4. co. 13, d.l. n. 95/2012 che, seppur in termini meno chiari, sanciva il medesimo principio.

l'assunzione in materia di pubblico impiego delle società a partecipazione pubblica totale o di controllo che assumono il personale²¹⁰.

6.3. Società in house e PPP

Il Libro Verde sul PPP qualifica come partenariato istituzionalizzato anche le società *in house*. Questo tipo di società, che trova la sua origine nella giurisprudenza comunitaria a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia Teckal del 1999²¹¹, viene equiparata ad un ufficio interno della p.a., privo di autonoma soggettività. Si differenzia dalla società mista a partecipazione pubblica in cui, invece, trovano convergenza sia interessi pubblici che interessi privati²¹².

L'istituto dell'*in house providing* è sorto come istituto pretorio ed è stato recentemente recepito nell'ordinamento dell'Unione con la direttiva 2014/24 UE che ha in gran parte fatto propri i principi stabiliti dalla giurisprudenza comunitaria. Si tratta di un fenomeno di autoproduzione di beni e servizi, espressione del potere di autoorganizzazione dell'ente pubblico, e non di esternalizzazione. A differenza del rapporto contrattuale che si instaura mediante l'appalto e la concessione, in cui è presente una chiara distinzione soggettiva tra le figure che vi partecipano, nell'*in house* tale distinzione rileva solo formalmente. L'assenza di autonomia decisionale consente, in un'ottica sostanziale, di superare l'apparente personalità giuridica della società e riqualificare il rapporto tra affidante e affidatario in termini interorganici e non inter-soggettivi.

²¹⁰ La previsione contenuta nell'art. 18 del d.l. n. 112/2008, conv. con l. n. 133/2008, ha stabilito che le società a partecipazione pubblica totale che gestiscono servizi pubblici locali siano tenute ad adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità di selezione del personale nel rispetto dei principi previsti dall'art. 35, terzo comma, d.lgs. 165/2001. Al secondo comma, poi, prevede che le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo devono selezionare il personale nel rispetto dei principi, di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità ed imparzialità. Successivamente il d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011, ha esteso l'applicazione dei principi di cui all'art. 35, terzo comma, d.lgs. n. 165/2001 ad ogni società a partecipazione pubblica, anche non totalitaria, che eroga servizi pubblici locali. La norma è stata sostanzialmente riprodotta nell'art. 19 d.lgs. n. 175/2016, secondo cui «Le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165».

²¹¹ Sentenza della Corte di Giustizia del 18 novembre 1999 n. C-107-98 ha creato l'istituto dell'*in house providing* affermando la non necessità di effettuare una gara in materia di appalti qualora siano presenti due requisiti: 1) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla società aggiudicataria un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri uffici; 2) il soggetto aggiudicatario svolge prevalentemente la sua attività a favore dell'amministrazione aggiudicatrice.

²¹² Così Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214.

Gli elementi che vengono valorizzati al fine di siffatta qualificazione sono: il controllo analogo e l'attività prevalentemente svolta a favore dell'ente pubblico di riferimento.

Per controllo analogo si intende una forma di controllo che consente all'amministrazione di esercitare una influenza dominante, mediante poteri di veto o approvazione, sugli obiettivi strategici e sulle decisioni più significative della società controllata e si traduce nell'assenza di ogni forma di autonomia decisionale di quest'ultima²¹³.

In passato il requisito della prevalenza dell'attività svolta, avente l'obiettivo di evitare che il soggetto *in house* – godendo di un mercato protetto – possa operare in altri settori alterandone l'equilibrio concorrenziale, è stato interpretato in maniera indeterminata. Si faceva infatti riferimento alla possibilità da parte della società *in house* di svolgere solo attività marginali a favore di soggetti terzi. Tale entità doveva pertanto realizzare la parte più importante della sua attività a vantaggio dell'ente controllante il quale utilizzava tali prestazioni come se fossero un servizio interno. Il nuovo Codice appalti all'art. 5, così come previsto della direttiva 2014/24 UE, fissa un limite quantitativo preciso al concetto di “prevalenza” dell'attività: la società *in house* deve svolgere meno del 20% della sua attività nel mercato. Dunque oltre l'80% del fatturato deve essere realizzato attraverso lo svolgimento di compiti affidati dall'amministrazione controllante o da altre persone giuridiche controllate dalla medesima.

²¹³ Prima che l'*in house* fosse oggetto di una disciplina normativa, la Corte di Giustizia a partire dalla sentenza *Teckal* ha ritenuto che il controllo analogo richiedesse altresì la partecipazione pubblica totalitaria, considerata condizione necessaria ma non sufficiente. La partecipazione pur minoritaria di soggetti privati, invero, farebbe sì che l'impresa persegua anche obiettivi differenti rispetto all'interesse pubblico. Inoltre un affidamento diretto ad una società partecipata da privati garantirebbe a questi ultimi un vantaggio senza il rispetto delle regole sulla concorrenza (cfr. Corte di Giustizia, sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Hall*). La Corte di Giustizia inoltre ribadiva la necessità di strumenti ulteriori, formalizzati in clausole statutarie o in patti parasociali, che garantissero al socio o soci pubblici totalitari poteri di annullamento dell'autonomia decisionale della società *in house* (in tal senso Corte giust. UE, sez. III, sentenza 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11, *Econord*). La Corte di Giustizia nella sentenza C-458/03 del 13 ottobre 2005, c.d. *Parking Brixen*, ha affermato che “deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti”. L'imprescindibilità della partecipazione pubblica totalitaria trova oggi smentita nella previsione della direttiva comunitaria recepita nel d.lgs. 50/2016 che ammette l'*in house* aperto ai privati a talune condizioni: il soggetto privato può avere una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e non deve poter esercitare una influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Tale forma di partecipazione deve essere altresì prevista da una norma di legge nazionale conforme ai Trattati.

In virtù delle caratteristiche elencate si ritiene non necessario che l'amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di lavori e servizi a tali società.

Si rileva che nei confronti dell'*in house* l'ordinamento comunitario e quello nazionale hanno da sempre assunto un atteggiamento differente. Il primo non lo considera un fenomeno eccezionale in quanto l'ente pubblico, nella sua autonomia organizzativa, è libero di scegliere, in via alternativa al ricorso al mercato, l'autoproduzione di beni e servizi. A livello nazionale, invece, specialmente nel settore dei servizi pubblici locali, si è limitata la possibilità di ricorrere all'*in house* prevedendo dei limiti sia di valore economico che procedimentali²¹⁴.

Siffatta contrastante visione in ordine al medesimo istituto ha dato luogo ad una serie di perplessità interpretative e dubbi di legittimità costituzionale della disciplina nazionale risolti dalla Corte Costituzionale nel 2010²¹⁵. Quest'ultima, nell'affermare la legittimità delle norme in materia dei servizi pubblici locali, ha affermato che "è innegabile l'esistenza di un margine di apprezzamento del legislatore nazionale rispetto ai principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario, con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione,

²¹⁴ Si ricorda l'art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, introdotto dalla legge di conversione 6 agosto 2008 n. 133, che sanciva ai commi 2 e 3 (come successivamente sostituiti dall'art. 15, comma 1, lett. b) L. n. 166 del 2009) : «Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o società in qualunque forma costituite individuate mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un'efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "*in house*" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano». Tale articolo è stato abrogato con il referendum del 13 giugno 2011 e alla lacuna normativa venutasi a creare ha provveduto l'art. 4 del D.L. n. 138/2011, convertito in Legge 138 del 2011, che ha sostanzialmente reintrodotto i limiti all'*in house* abrogati a seguito del referendum ed è stata a sua volta dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 199/2012 per violazione dell'art. 75 Cost. Il suddetto articolo, invero, riproduce letteralmente svariate disposizioni dell'abrogato art. 23 *bis* aggiungendo altresì delle limitazioni quantitative, ancorando l'attribuzione di diritti di esclusiva al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti.

²¹⁵ Corte Cost. 17 novembre 2010, n. 325, in termini analoghi cfr. Corte Cost., 20 marzo 2013, n. 46.

quale la tutela della concorrenza nel mercato e per il mercato. Ne deriva, in particolare, che al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario”. In tale pronuncia, dunque, si è chiarito che il diritto comunitario consente l’*in house* ma non lo impone: il legislatore nazionale può tutelare la concorrenza in modo più incisivo e preferire il ricorso al mercato anche laddove l’ordinamento comunitario non preveda obblighi in tal senso.

Si osserva che la tendenza a preferire l’esternalizzazione emerge anche nella attuale disciplina del Codice dei contratti pubblici²¹⁶ e nell’art. 16 del Decreto Legislativo n. 175/2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica).

Il sistema dell’*in house providing* esula dal fenomeno del partenariato²¹⁷ nonostante il d.lgs. 50/2016 preveda, in conformità a quanto disposto dalla direttiva 2014/24UE, la possibile partecipazione di capitali privati a patto che questi non esercitino un’influenza determinante sulla controllata e siano previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei Trattati²¹⁸. Ci si è chiesti in che misura la partecipazione di capitale privato possa essere compatibile con i Trattati costituendo una evidente deroga alle regole comunitarie in materia di concorrenza. Si deve pertanto ritenere che ciò sia possibile qualora siano presenti le condizioni per poter limitare l’operatività dei principi sovranazionali, ossia la necessità di soddisfare un’esigenza imperativa connessa alla tutela di un interesse generale.

²¹⁶ L’art. 192 del D.lgs. 50/2016 al secondo comma prevede che «Ai fini dell’affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell’offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all’oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

²¹⁷ Cons. Stato, sez. V, del 11. 9.2015 n. 4253.

²¹⁸ L’art. 5, comma 1, d.lgs., n. 50/2016, recependo sostanzialmente la definizione di cui all’art. 12 della direttiva 2014/24/UE, stabilisce che «Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un’amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell’ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l’80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata».

Anche l'art. 16 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175²¹⁹, al comma 1, nel ribadire l'eccezionalità della deroga al divieto di capitali privati, stabilisce che essa può avvenire a due condizioni: che sia prescritta²²⁰ da norme di legge e che non comporti forme di controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata²²¹.

Si evidenzia quindi il superamento della precedente impostazione secondo cui la presenza di capitale privato, anche in minima parte, impedirebbe che le scelte strategiche e le decisioni essenziali dell'impresa perseguano esclusivamente obiettivi di interesse pubblico²²². Si tratta probabilmente della previsione più innovativa contenuta nelle direttive del 2014 in quanto consentirà alle società *in house* di allargare la compagine sociale anche a soggetti privati che, tuttavia, al fine di non pregiudicare la legittimità degli affidamenti, potranno ricoprire solo il ruolo di meri soci finanzia-

²¹⁹ Si evidenzia che, a differenza dell'art. 5, primo comma, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, l'art. 16 d.lgs. n. 175/2016 sembra individuare un ulteriore requisito per poter procedere all'affidamento *in house*, ossia che la parte residua dell'attività della società sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

²²⁰ Si rileva che l'art. 16 d.lgs. n. 175/2016, al primo comma, recepisce testualmente la direttiva quando utilizza l'espressione "prescritte" che sembra alludere alla necessità che il legislatore nazionale imponga la partecipazione di capitale privato. Diversamente nel d.lgs. 50/2016 si fa più coerentemente riferimento al termine "previste".

²²¹ In tema E. CODAZZI, *Le "nuove" Società in house: controllo c.d. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, Atti dell'VIII Convegno Annuale dell'Associazione dei Professori Universitari di Diritto Commerciale "Orizzonti del Diritto Commerciale", Roma 17-18 febbraio 2017.

²²² Sulla necessità della partecipazione pubblica totalitaria v. Corte di Giustizia, sent. *Stadt-Halle C-26/03* dell'11 gennaio 2005, secondo cui "Qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente" rispetto a quelli tipicamente pubblici e, 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, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale 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". V. anche Consiglio di Stato, Sez. V, del 11.9.2015, n. 4253 il quale rileva che la presenza di un socio privato nell'ambito della compagine sociale della s.p.a. esclude che nei suoi confronti la stazione appaltante eserciti un controllo analogo a quello che esercita nei confronti dei propri uffici. Tale pronuncia riprende quanto stabilito da Cons. di St., A.P., 3 marzo 2008, n. 1, ossia che solo la partecipazione totalitaria delle amministrazioni pubbliche e la totale assenza di soggetti privati nella compagine sociale consentono di ravvisare nel soggetto affidatario la sottoposizione al cosiddetto "controllo analogo" (l'orientamento consacrato dall'Adunanza Plenaria è pacificamente seguito dalla giurisprudenza successiva: da ultimo, Cons. di St., III, 27 aprile 2015, n. 2154). In realtà si evidenzia che più recenti pronunce della Corte di Giustizia hanno mostrato maggiore tolleranza all'apertura al capitale privato il quale non sempre determina il venir meno del controllo analogo e il conseguente affidamento diretto, v. sent. 17 luglio 2008 (C-371/2005) che ha affermato "la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella di cui trattasi nella presente causa, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta".

tori, senza alcuna ingerenza nelle scelte strategiche e gestionali²²³. Proprio alla luce di tale considerazione ne consegue l'impossibilità di ravvisare quella forma di collaborazione paritaria tra partner pubblico e privato che costituisce l'elemento discriminante del fenomeno del partenariato.

7. PPP istituzionalizzato realizzato mediante fondazioni di partecipazione

La partecipazione degli enti pubblici in strutture privatistiche per il perseguimento di fini di interesse generale non si manifesta solo nel fenomeno delle società miste, accanto ad esse vengono infatti in rilievo le fondazioni di partecipazione²²⁴.

La fondazione di partecipazione è una figura atipica, di natura dottrinarica, che realizza un nuovo modello di organizzazione sociale distinto dalle figure tipizzate dal codice civile e il cui fondamento normativo si rinviene nell'art. 12 c.c., abrogato²²⁵ e recepito dal Decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 10 febbraio 2000, il quale all'art. 1, relativamente all'acquisto della personalità giuridica, fa riferimento alle "altre istituzioni di carattere privato"²²⁶. Ulteriore appiglio di carattere positivo

²²³ F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *federalismi.it* n. 1/2018, p. 17, evidenzia che "L'attuale assetto della disciplina dell'*in house* (art. 5 del nuovo Codice dei contratti pubblici e art. 4, co. 2 lett. d), e 16 del d.lgs. n. 175 del 2016, come integrato dal d.lgs. n. 100 del 2017, meglio noto come Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica) rende ora per altro possibile l'affidamento diretto anche nei confronti di quelle società nelle quali vi sia una partecipazione-di minimo rilievo qualitativo-di capitali privati, prima del tutto esclusa. Le condizioni da soddisfare sono tre: che sussista il "controllo analogo"; che oltre l'80% dell'attività sia destinata allo svolgimento dei compiti affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice; che non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali "non comportino controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata". La partecipazione dei privati, dunque, la cui esclusione, dopo le iniziali incertezze, era divenuta nella disciplina nazionale un tratto essenziale dell'*in house*, non è più vietata. Il privato non inquina più, ma la misura della sua partecipazione non deve essere né di maggioranza – perché in quel caso sarebbe di controllo-né di minoranza se corredata di poteri di veto e quindi decisiva. Tale apertura in favore del privato, in quanto anche accompagnata da vincoli molto stringenti, va in realtà letta come una conferma della regola che continua a caratterizzare l'*in house*, rappresentata dalla totale partecipazione pubblica. È evidente poi che fattori di ordine quantitativo, come la misura della partecipazione, si ripercuotano anche sulla dimensione qualitativa della stessa: in termini speculari il controllo dell'ente pubblico affidante non è solo quantitativo, affidato alla misura della partecipazione, di maggioranza (cioè di controllo) o addirittura totalitaria, ma guarda al modo in cui viene esercitata, e cioè non attraverso il tramite dell'organo assembleare ma direttamente sulla gestione dell'ente (essenzialmente quindi sul Consiglio di Amministrazione, ma senza privarlo totalmente di autonomia)".

²²⁴ Dalla relazione della Corte dei Conti sugli organismi partecipati dagli enti locali, approvata dall'adunanza della Sezione delle Autonomie con deliberazione n. 15, depositata il 6 giugno 2014, si evince che su 7462 soggetti partecipati ben 561 sono fondazioni.

²²⁵ L'art. 12 c.c. è stato abrogato dall'art. 11, comma 1, lett. a), D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361.

²²⁶ E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio: pubblico e privato per il non profit*, Firenze, Passigli editore, 1998, p. 61, affermano che tale articolo, presentando "una struttura sintattica

viene individuato nell'art. 1322 c.c., concernente i contratti atipici, potendo l'atto costitutivo della fondazione di partecipazione essere classificato come contratto che può ricevere l'adesione di altre parti oltre a quelle originarie²²⁷.

La copertura costituzionale della fondazione di partecipazione si individua, invece, nell'art. 45 Cost. il quale riconosce e promuove l'incremento della funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini speculativi con i mezzi più idonei. E l'istituto in esame appare lo strumento giuridico idoneo al suddetto scopo²²⁸.

Secondo il notaio Enrico Bellezza, che ha concepito le prime fondazioni di partecipazione prendendo atto dell'evoluzione del tradizionale istituto verso forme più elastiche e duttili²²⁹, costituisce un "patrimonio a struttura aperta, a formazione progressiva, nel quale l'elemento personale e quello più propriamente patrimoniale confluiscono dando vita ad un *unicum* operativo che si caratterizza (o può caratterizzarsi) anche per la larga base associativa su cui può poggiare ad a cui si lega"²³⁰. Pertanto, a differenza delle fondazioni intese in senso tradizionale in cui ciò che rileva è essenzialmente la destinazione di un patrimonio²³¹ alla soddisfazione della

espressiva di una concezione normativo-giuridica elastica", di fatto consentirebbe il concepimento di "nuovi istituti giuridici".

²²⁷ E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio*, cit., p. 64.

²²⁸ E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio*, cit., p. 67.

²²⁹ La dottrina ha registrato con sempre maggior frequenza la metamorfosi dell'istituto il quale si è allontanato dal modello tradizionale al punto che si è parlato, in maniera emblematica, di "crisi dei caratteri peculiari dell'istituto". In tal senso v. D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive di tecnica fondazionale*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1975, p. 321, che sottolinea come "la modalità di composizione del patrimonio della fondazione, il prevalere dell'ipotesi del negozio di creazione *inter vivos* su quello *mortis causa*, il carattere collettivo e non più individuale dell'iniziativa da cui trae vita la persona giuridica, sono tutti elementi che cospirano ad accelerare il compimento di una metamorfosi nell'istituto: si scolorano così progressivamente le note caratteriali della fondazione, tradizionalmente identificate nel "distacco" dell'ente dal fondatore e nella posizione "servente" dell'organo amministrativo. Il fondo non è esso in posizione sovrana sulle persone che lo gestiscono, ma scade ad una funzione puramente secondaria e strumentale. Lo scopo si diluisce in indicazioni onnicomprensive e perde ogni forza coesiva delle attività istituzionali..."; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Jovene, Napoli, 1995, p. 13, richiamato da A.R. TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2005, p. 479, afferma che "nell'esperienza contemporanea la fondazione passa così dalla tipicità alle tipologie: non più, dunque, una sola e rigida formula disciplinare, ma forme disciplinari diverse ed articolate, naturalmente 'elastiche'. L'autonomia privata, a questo punto, si riappropria dell'istituto, come naturale conseguenza della nuova 'elasticità' del modello"; A. FUSARO, *voce Fondazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., vol. VIII, Torino, 1992, p. 360; G. PONZANELLI, *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006, p. 419.

²³⁰ E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio*, cit., p. 40.

²³¹ Tale patrimonio deve essere sufficiente per consentire alla fondazione di svolgere la sua attività ordinaria. Laddove il patrimonio non sia sufficiente per raggiungere lo scopo oppure venga consumato, prevede che la fondazione si estingua e il suo patrimonio residuo sia trasferito ad organismi che

volontà esterna del fondatore, in quelle di partecipazione assume rilievo anche la componente personale²³². Questo rilievo viene garantito attraverso previsioni dello statuto che attribuiscono anche ai soggetti partecipanti, e non solo al fondatore, poteri amministrativi e di controllo. L'ente è organizzato in una pluralità di organi che garantiscono la partecipazione attiva di tutti i soggetti conferenti all'attuazione dello scopo di utilità sociale e al controllo del rispetto del vincolo di destinazione del patrimonio. I poteri dei partecipanti possono essere graduati in funzione della loro natura e/o dell'entità del loro apporto in virtù della grande flessibilità organizzativa²³³ che caratterizza tale figura i cui caratteri non sono tipizzati dal legislatore lasciando largo spazio all'autonomia statutaria.

Altro elemento che differenzia tali fondazioni dal modello tradizionale è la formazione progressiva del patrimonio il quale si costituisce per effetto degli apporti patrimoniali dovuti alle adesioni successive²³⁴. Ne consegue che in tale struttura è possibile un allargamento sia dell'elemento personale, con aumento della compagine sociale, sia conseguentemente della massa patrimoniale.

Riassumendo, “la fondazione di partecipazione presenta le seguenti caratteristiche: a) vincolo di destinazione del patrimonio ad uno scopo predeterminato, generalmente di utilità sociale e comunque non lucrativo; b) base corporativa che può anche essere inizialmente unipersonale; c) struttura organizzativa tale da attribuire ai partecipanti poteri amministrativi e di controllo, ma con la possibilità di graduare i poteri dei partecipanti in funzione della loro natura (enti pubblici o comunque sog-

abbiano una finalità analoga, salvo che non si provveda alla trasformazione della fondazione in altro ente (artt. 27, 28 e 31 cc).

²³² E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., affermano che “La fondazione di partecipazione è un ente non lucrativo che nasce come reazione all'inadeguatezza del modello tradizionale di fondazione, connotato dal distacco dell'ente dal fondatore, da una dotazione patrimoniale iniziale autosufficiente al perseguimento dello scopo e dalla posizione servente dell'organo amministrativo”.

²³³ C. IBBA, F. MORANDI, *La fondazione di partecipazione per la gestione di prodotti e servizi turistici*, in *Riv. It. di Dir. Tur.*, n. 2/2011, pp. 171-184.

²³⁴ A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, in (a cura di) F. MASTRAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 400, precisa che “L'assetto patrimoniale della fondazione di partecipazione è formato da: a) un fondo di dotazione, intangibile e soggetto ad ampliamento nel corso del tempo, costituito dai conferimenti dei fondatori e dei partecipanti consistenti in denaro, beni mobili od immobili o altre utilità impiegabili per il perseguimento degli scopi della fondazione; b) un fondo di gestione, utilizzato per l'attività corrente della fondazione e per il perseguimento degli scopi statutari, costituito dalle rendite del patrimonio e dai proventi che derivano dall'attività della fondazione, nonché da ogni altro introito (donazioni, contributi pubblici, contributi volontari dei fondatori o dei partecipanti) che sia specificamente destinato alla gestione”.

getti esponenziali di interessi di una collettività) e/o dell'entità del loro apporto"²³⁵. La metamorfosi della tradizionale figura è talmente evidente da assumere le sembianze di "una società senza soci"²³⁶.

La presenza di un ente pubblico in tali strutture può derivare dalla trasformazione di precedenti enti pubblici oppure conseguire alla scelta della pubblica amministrazione di esternalizzare alcuni servizi precedentemente svolti con i propri mezzi o, ancora, l'ente pubblico può assumere il ruolo di promotore della fondazione ovvero partecipare a fondazioni già costituite²³⁷. In ogni caso tale partecipazione deve trovare la sua giustificazione nel più efficace perseguimento dell'interesse pubblico a cui l'ente è preposto e la scelta in questo senso dovrà essere adeguatamente motivata.

Le fondazioni di partecipazione costituiscono una ulteriore manifestazione del principio di sussidiarietà orizzontale in senso compartecipativo e si pongono come emblema delle "nuove forme di partenariato pubblico-privato finalizzate, da un lato, a contenere la spesa pubblica, dall'altro, a perseguire obiettivi di managerializzazione, anche tramite l'introduzione di innovazioni gestionali e di offerta dei servizi..."²³⁸.

La partecipazione di soggetti pubblici nell'ambito delle fondazioni in esame induce ad interrogarsi in ordine alla natura giuridica dell'ente, riproducendo analoghi problemi sorti in relazione alle società miste. In particolare ci si chiede se possano nascondere una sostanziale natura pubblica nonostante vengano dichiarate, a livello normativo o istitutivo, "di diritto privato"²³⁹. La forma giuridica privatistica può infatti rivelarsi come "mero contenitore" nei casi in cui vi sia una forte incidenza della parte pubblica titolare di penetranti poteri di indirizzo e controllo. A tal proposito la dottrina opera una differenziazione in base al grado di contiguità della fondazione con la parte pubblica, sarà quindi necessario operare una valutazione caso per caso in base alla struttura e le regole di funzionamento di ogni singola fondazione di partecipazione.

²³⁵ C. IBBA, F. MORANDI, *La fondazione di partecipazione*, cit., p. 182.

²³⁶ G. MORBIDELLI, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, in *giustamm.it*, n. 1/2006.

²³⁷ M. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Fondazione italiana per il notariato*, on line su www.fondazione-notariato.it.

²³⁸ Così A. WIZEMANN, F.G. ALBERTI, *L'assetto organizzativo della fondazione per la gestione dei beni e delle attività culturali*, in *Liuc Papers*, n. 175/2005 - *Management ed economia della cultura*, 1, pp. 1 ss. Sul tema v. anche M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origini dell'istituto e sua evoluzione*, cit., pp. 55 ss.

²³⁹ A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, in cit., p. 401.

Si osserva che, così come delineato in relazione alle società per azioni, anche per le fondazioni vale il principio secondo cui devono ritenersi soggetti di diritto privato, anche se partecipate da un ente pubblico, ove non venga previsto un regime giuridico pubblicistico²⁴⁰. In tema di individuazione degli enti pubblici, invero, vige l'art. 4 della legge n. 70 del 1975 secondo cui, come già evidenziato, nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge.

Spesso si afferma che se si riconoscono sussistenti determinati requisiti che consentono di poter qualificare la fondazione in esame come “organismo di diritto pubblico”²⁴¹ essa deve essere considerata p.a. nel settore degli appalti con conseguente assoggettamento alle procedure ad evidenza pubblica per poter aggiudicare pubbliche gare²⁴². In senso contrario, tuttavia, si pone la recente giurisprudenza della Corte dei Conti secondo cui non incide sulla natura giuridica privatistica delle fondazioni l'eventuale obbligo di applicare la disciplina pubblicistica in materia di appal-

²⁴⁰ A. BARDUSCO, voce *Fondazione di diritto pubblico*, in *Dig. Discipl. Pubbl.*, VI, 1991, p. 392, ha sottolineato che “la fondazione di diritto pubblico ha sempre dietro di sé il sostegno di una norma legislativa”.

²⁴¹ Sono necessarie tre condizioni, che devono sussistere simultaneamente, affinché ricorra la figura dell'organismo di diritto pubblico: 1) che l'organismo (anche in forma societaria) venga istituito per soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) che sia dotato di personalità giuridica; 3) che la sua attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

²⁴² Secondo M. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Fondazione italiana per il notariato*, on line su www.fondazione-notariato.it, “si tratta in ogni caso di enti privi di finalità lucrative, il che non esclude, ricorrendone i presupposti, la soggezione alla disciplina comunitaria propria degli organismi di diritto pubblico”. Sul punto v. anche Cassazione Civile, Sezioni Unite, 7 luglio 2011, n. 14958, con riferimento alla giurisdizione del giudice amministrativo in merito alla scelta del contraente e alla stipulazione del contratto di appalto ha stabilito che ricorra la figura dell'organismo di diritto pubblico per la fondazione in cui ricorrano tutti e tre i requisiti richiesti dall'art. 3, comma 26, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163: a) il requisito personalistico, trattandosi di soggetto dotato di personalità giuridica di diritto privato; b) il requisito dell'influenza dominante del soggetto pubblico, trattandosi di ente privato finanziato dall'Ente pubblico socio, oltre che dotato di organo direzionale a designazione totalitaria di provenienza pubblica; c) il requisito teleologico, trattandosi di ente destinato a realizzare funzioni di carattere generale proprie dell'Ente pubblico socio. A parere del Collegio, il fatto che si tratti di personalità giuridica di diritto privato non è ostativo al riconoscimento della natura di organismo così come chiarito dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 15 maggio 2003, causa C-214/00. Quest'ultima ha affermato che alla nozione di organismo di diritto pubblico deve essere data una interpretazione funzionale e ai fini della verifica dei tre requisiti è indifferente la forma di costituzione degli organismi interessati. La giurisprudenza nazionale, sulla scia di quanto disposto dalla giurisprudenza comunitaria, ha qualificato organismi di diritto pubblico la Fondazione O.N.A.O.S.I (Opera Nazionale Assistenza Orfani Sanitari Italiani) (TAR Umbria 4 aprile 2006 n. 204), la Fondazione Accademia Nazionale di S. Cecilia (Cass. Civile Sez. Unite ordinanza 8 febbraio 2006 n. 2637 e Consiglio di Stato sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3829) e la Fondazione Carnevale di Viareggio (Consiglio di Stato, sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7393).

ti²⁴³. La giurisprudenza contabile afferma, così come riconosciuto dalla Corte Costituzionale²⁴⁴, la natura privata delle fondazioni in quanto “espressione organizzativa delle libertà sociali, costituendo i c.d. corpi intermedi, collocati fra Stato e mercato, che trovano nel principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all’ultimo comma dell’art. 118 della Costituzione, un preciso presidio rispetto all’intervento pubblico così come riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale”.

Si osserva che, affinché l’istituto in esame possa rientrare nel fenomeno del partenariato pubblico-privato, l’ente pubblico non deve mantenere una posizione di indirizzo e controllo sulla fondazione partecipata, come avviene nel caso fondazioni scaturenti dalla mera privatizzazione formale di precedenti enti pubblici. Anche le fondazioni c.d. strumentali che svolgono attività a favore dell’ente che le ha promosse e costituite non possono rientrare nella categoria in esame²⁴⁵. Per poter qualificare una fondazione “di partecipazione” e farla rientrare nel fenomeno del partenariato istituzionalizzato²⁴⁶, infatti, è necessario che vi sia un incontro di volontà tra soggetti pubblici e privati onde realizzare una forma di collaborazione volta al perseguimento di scopi di utilità sociale.

8. Partenariato pubblico-privato contrattuale e atipicità negoziale

Il provvedimento può essere considerato solo una delle modalità con cui viene esplicata l’azione amministrativa, affiancandosi ad esso i contratti e gli accordi tra pubblica amministrazione e privati. L’attività consensuale costituisce, pertanto, uno

²⁴³ Sul punto v. Corte dei Conti, Sez. Reg. contr. Lombardia, parere n. 25 del 21 gennaio 2013.

²⁴⁴ Corte Costituzionale 28 settembre 2003, n. 300 e 301.

²⁴⁵ Nelle ipotesi menzionate il soggetto “fondazionale” è l’ente pubblico, qualunque sia il *nomen* usato dal legislatore, In tal senso v. F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*, 2004, p. 447; M. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, cit.; A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., pp. 393-412. V. anche G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in S. RAIMONDI, R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa, Atti del Convegno 13 maggio 2005 (Palermo)*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 66 ss., che evidenzia “nella maggior parte delle discipline speciali o singolari previste per ciascun tipo di fondazione, si rinviene almeno uno degli indici rivelatori della pubblicità, così come ricavati dalla nozione comunitaria di organismo pubblico: la gestione è soggetta a controllo da parte dei pubblici poteri; l’attività è finanziata in modo maggioritario da questi ultimi; gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza sono costituiti a maggioranza da membri designati dallo Stato, degli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”.

²⁴⁶ Inteso come complesso di ipotesi in cui amministrazione e soggetti privati danno vita a forme di cooperazione volte a “garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’infrastruttura o la fornitura di un servizio”.

strumento attraverso cui la pubblica amministrazione può curare l'interesse pubblico²⁴⁷.

Il tramonto del bipolarismo pubblico-privato ha coinciso con l'avvento dello stato pluriclasse, sociale, sussidiario (verticale e orizzontale) e il progressivo affermarsi nell'ambito dell'azione amministrativa di nuovi termini quali economicità, efficacia, pubblicità, proporzionalità²⁴⁸. L'amministrazione consensuale si rivela maggiormente funzionale, pur nel rispetto dei principi di legalità – garanzia e tipicità, a rispondere alle esigenze del nuovo contesto sociale in cui il ruolo dei privati destinatari assume primaria importanza.

A differenza del sistema anglosassone, ove vige il sistema *nec ultra vires*²⁴⁹, nel nostro ordinamento le persone giuridiche pubbliche e private hanno la medesima capacità giuridica. Oggi si riconosce all'amministrazione una capacità generale di diritto privato in quanto soggetto giuridico, con conseguente possibilità di stipulare negozi sia tipici che atipici in assenza di specifici divieti in tal senso²⁵⁰. Si negano, pertanto, limiti all'autonomia contrattuale non espressamente previsti dalla legge²⁵¹.

Si può ritenere superato l'orientamento secondo cui il principio di tipicità, richiedendo una normativa che giustifichi, oltre che l'attività di diritto pubblico, anche

²⁴⁷ Secondo A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., vol. II, Jovene, Napoli, 1989, p. 942, l'amministrazione dispone di un duplice strumentario concorrente per l'esercizio di un'attività pure assoggettata ad un vincolo di scopo: quello del potere autoritativo e quello del diritto civile.

²⁴⁸ P. MICHARA, *La valorizzazione dei beni culturali tramite accordi*, in www.giustamm.it, 2014, afferma che "In questo contesto il consenso (amministrazione consensuale, per accordi), è divenuto, da costruzione dottrinale, un *modus procedendi* doveroso, reso quasi obbligatorio, per quanto possibile (nessuno può ancora essere costretto ad aderire ad un accordo con la forza), dal diritto positivo. Logico corollario di quanto sopra è stata l'enfasi posta sul diritto privato (in particolar modo la disciplina dei contratti) come diritto comune, base, anche per la pubblica amministrazione".

²⁴⁹ Tale principio implica il divieto di compiere atti *ultra vires*, ossia posti in essere al di fuori di una specifica attribuzione normativa di potere. Dunque mentre i privati sarebbero liberi di porre in essere contratti innominati o misti, la pubblica amministrazione sarebbe vincolata all'opposto principio di stretta legalità, per cui potrebbe operare solo nei limiti che la legge le consente e con strumenti nominati e tipici. Sull'inapplicabilità nel nostro ordinamento del sistema *nec ultra vires* v. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 2, p. 218.

²⁵⁰ Così M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, pp. 351 ss. secondo cui gli enti pubblici (al pari dei soggetti privati) avrebbero "capacità generale", (non solo giuridica, ma) anche di agire: essi – in linea di principio – potrebbero realizzare qualsiasi attività negoziale, salve le limitazioni espressamente previste dalla legge o dallo statuto. Negli stessi termini Cass. Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656.

²⁵¹ Ad esempio, per quanto concerne il contratto di società, il legislatore ha espressamente stabilito all'art. 4, comma 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 una deroga alla regola generale dell'autonomia negoziale prevedendo che le pubbliche amministrazioni «non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società».

l'attività negoziale dell'amministrazione, impedirebbe la stipula di contratti innominati o misti (tesi della capacità speciale della p.a. o del c.d. principio positivo)²⁵². Tale dottrina considerava l'attività contrattuale della p.a. rispettosa del principio di legalità qualora venissero in rilievo modelli contrattuali tipici in cui la funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico fosse già stata valutata a priori dal legislatore. Pertanto si riteneva l'autonomia negoziale della p.a. conforme al principio di tipicità dell'azione amministrativa solo se svolta secondo le modalità e i limiti stabiliti dalla normativa pubblicistica, negando in tal modo l'equiparazione tra enti pubblici e soggetti privati²⁵³.

La diffidenza verso l'utilizzo di contratti non tipizzati derivava dalla considerazione secondo cui in siffatti strumenti non si rinveniva "la necessaria funzione di garanzia rappresentata dalla verifica della corrispondenza dell'atto posto in essere con un modello preventivamente tipizzato"²⁵⁴. Inoltre, l'assenza di una puntuale normativa costituiva un freno all'utilizzo degli strumenti contrattuali atipici da parte del funzionario pubblico per il timore dovuto all'incertezza di un eventuale contenzioso per responsabilità amministrativa per danno erariale²⁵⁵.

La dottrina²⁵⁶ così come la giurisprudenza²⁵⁷ più recente, invece, ritengono il principio di tipicità non riferibile all'attività contrattuale dell'amministrazione. A tal

²⁵² A sostegno della tesi della capacità speciale si richiama l'art. 11 delle disposizioni preliminari al c.c. che esprimerebbe un principio di subordinazione dell'autonomia contrattuale alle leggi ed agli usi osservati come diritto pubblico v. S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, VII, Cedam, Padova, 2008, pp. 35 ss.

²⁵³ S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 36 ss.

²⁵⁴ M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 125.

²⁵⁵ P. PORTUESE, *La contrattualistica atipica degli enti locali: problematiche giuridiche e fiscali*, in *Azienditalia*, 7/2016, p. 707, afferma che "I contratti atipici hanno lo svantaggio di non fornire una certa e valida cornice giuridica di riferimento all'interno della quale possa muoversi liberamente l'autonomia contrattuale, che consentirebbe di colmare eventuali lacune lasciate dalle parti nella definizione dell'assetto degli interessi dedotti nel negozio. Tale situazione rappresenta una notevole fonte di incertezza e di costi, soprattutto in caso di contenzioso".

²⁵⁶ R. CHIEPPA, *Le sponsorizzazioni nell'attività della P.A.*, in www.neldiritto.it; G. MONTEDORO, *Leasing pubblico e capacità generale di diritto privato della P.A.*, in www.giustamm.it; B. CAVALLO, *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedurali e sostanziali*, in *Contratto e impr.*, 2006, 2, p. 355.

²⁵⁷ Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 6073/2001, occupandosi della questione relativa alle condizioni di legittimità delle clausole di bandi di gara per l'affidamento del servizio di tesoreria che prevedano il riconoscimento di un punteggio aggiuntivo in favore dei partecipanti alla procedura i quali manifestino la disponibilità a corrispondere somme in favore dell'amministrazione, ha criticato l'assunto sostenuto dal giudice di prime cure secondo cui sarebbe immanente nell'ordinamento un divieto per le Pubbliche amministrazioni di porre in essere contratti innominati o misti. I giudici del Consiglio di Stato sostengono che "pur dovendo operare nei limiti consentiti dalla legge, alcuna disposizione vieta alle stesse di operare anche con contratti atipici; viceversa, il sempre maggior utilizzo di strumenti

proposito si opera una distinzione tra il ruolo di garanzia e la funzione di indirizzo che il principio di legalità assumerebbe a seconda dell'attività posta in essere. Nell'esercizio del potere in via autoritativa verrebbe in rilievo il primo mentre nell'attività amministrativa esercitata consensualmente sarebbe sufficiente la mera indicazione di uno scopo pubblico²⁵⁸. Invero, quando l'amministrazione agisce unilateralmente e autoritativamente si avverte l'esigenza di tutelare il soggetto destinatario di tale attività mediante la predisposizione legislativa di schemi provvedimentali tipici a cui necessariamente si deve fare ricorso per il perseguimento del fine pubblico. Viceversa tale necessità non si rinviene ove il privato assuma un ruolo paritario e concorra con la sua volontà a delineare l'assetto di interessi che lo riguarda. In tal caso occorre solo garantire la funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico che può avvenire anche mediante contratti atipici, non rilevando lo strumento utilizzato per raggiungere quel fine tipizzato²⁵⁹.

I principi di legalità e tipicità che regolano l'azione della p.a. hanno quindi subito una rivisitazione al fine di essere adattati all'attività amministrativa per contratti²⁶⁰ e in tale ambito potranno essere considerati rispettati qualora la tipizzazione riguardi l'interesse perseguito e non anche il mezzo per perseguirlo.

La piena capacità di diritto privato della p.a. è avvalorata dalla disposizione contenuta nell'art. 1, comma 1 *bis* L. 241/90, come modificato dalla L. 15/2005, la quale prevede che «*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente*». Secondo una certa tesi dottrinale tale previsione manifesterebbe l'eccezionalità del ricorso agli atti autoritativi e la preferenza per gli strumenti di diritto comune. In tale ottica questi ultimi diventerebbero la modalità ordinaria per l'esercizio dell'attività amministrativa qualora la p.a. abbia a disposizione, oltre al

privatistici al fine di realizzare bisogni generali di rilievo pubblicistico costituisce una conferma dell'assenza, in astratto, di un limite di carattere generale all'autonomia contrattuale dell'amministrazione, anche con riferimento ai contratti atipici". In termini Cons. St., sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281.

²⁵⁸ R. DIPACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, cit., pp. 219 ss.

²⁵⁹ R. DIPACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, cit., p. 210.

²⁶⁰ M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., pp. 79 ss. sostiene che la funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico non richiede l'utilizzo di un contratto tipico in quanto "l'essere il contratto tipico od atipico..., non incide sulla necessità, comunque riconosciuta, della finalizzazione dello stesso al perseguimento dell'interesse pubblico proprio dell'ente che lo pone in essere. In tal senso, i contorni del principio di legalità non paiono in alcun modo minacciati dall'atipicità contrattuale". In senso conforme R. DIPACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, cit., p. 187.

modulo autoritativo, una variante negoziale per raggiungere il medesimo risultato²⁶¹. Per effetto della citata disposizione, dunque, le pubbliche amministrazioni dovrebbero agire secondo il diritto privato in assenza di una espressa previsione normativa che eccezionalmente preveda l'agire secondo il diritto pubblico, segnando in tal modo un'inversione di tendenza rispetto all'impostazione tradizionale. Secondo un differente e prevalente orientamento, che abbraccia una interpretazione letterale della norma in questione facendogli però perdere ogni portata innovativa, solo la p.a. che agisce in via paritaria, non spendendo poteri pubblicistici, sarà sottoposta al diritto privato, salvo deroghe espressamente previste²⁶².

Al di là delle diverse interpretazioni, la disposizione in esame riconosce alla p.a. una generale capacità di diritto privato senza richiedere la sussistenza di una specifica norma che le attribuisca un potere per poter agire *iure privatorum*. Si osserva che tale capacità ricomprende anche la possibilità di stipulare contratti atipici dato il rinvio alle norme di diritto privato tra cui deve annoverarsi certamente l'art. 1322, comma 2, c.c.

Si rileva, tuttavia, che la capacità di diritto privato della pubblica amministrazione soggiace a limiti specifici. L'autonomia contrattuale dell'ente pubblico presenta delle peculiarità che derivano dal necessario perseguimento dell'interesse pubblico affidato alle sue cure²⁶³, dunque è più ridotta rispetto a quella dei privati in quanto questi ultimi sono liberi nella scelta del mezzo e dei fini da perseguire mentre il

²⁶¹ L'intento di generalizzare il ricorso agli strumenti privatistici da parte della P.A. si desume anche dalla prima bozza di formulazione della disposizione ove si prevedeva che la P.A. avrebbe dovuto agire secondo le regole proprie del diritto privato ogniqualvolta la legge non avesse stabilito diversamente.

²⁶² Secondo V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica alla L.n. 241/90*, in www.giustamm.it, la vera portata della norma in questione è apprezzabile solo quando l'attività contrattuale si svolga in ambito in cui manchi una normazione di stampo pubblicistico.

²⁶³ Si rileva che una tesi ormai superata distingueva le attività privatistiche dell'amministrazione in due modi: l'attività di rilievo meramente privatistico (in cui l'amministrazione perseguirebbe scopi di tipo patrimoniale ovvero meramente organizzativi) e le c.d. attività amministrative di diritto privato (nelle quali l'amministrazione perseguirebbe scopi di interesse pubblico con strumenti di diritto privato). In tal senso V. MATTARELLA, *Diritto Amministrativo Generale, L'attività*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, tomo I, II ed., Giuffrè, Milano, 2003, pp. 734 ss. che distingue un'attività amministrativa di diritto pubblico da un'attività amministrativa di diritto privato. Oggi siffatta distinzione non ha più rilievo come chiarito anche nelle note pronunce nn. 1 del 30 marzo 2000 (in materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) e 4 del 22 aprile 1999 (in tema di ostensibilità degli atti dei gestori privati di pubblici servizi) dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in cui si afferma che l'attività dell'amministrazione, a prescindere dalla veste soggettiva dell'autore e dalla forma giuridica degli atti, è funzionalizzata, in quanto volta al perseguimento dell'interesse pubblico, così ricadendo sotto il governo dell'art. 97 Cost.

primo è legato indissolubilmente allo scopo istituzionale per cui è stato costituito²⁶⁴. È pertanto necessario valutare la compatibilità del singolo atto negoziale con le specifiche finalità affidate al singolo ente: solo i contratti strumentali o complementari al suo scopo, seppur genericamente inteso, possono essere conclusi²⁶⁵.

La funzionalizzazione dell'attività contrattuale nei termini esposti viene garantita attraverso l'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica in cui si valuta l'idoneità del negozio a perseguire il fine pubblico e si sceglie il partner privato in maniera imparziale²⁶⁶. La procedura pubblicistica prodromica alla stipula assicura il libero accesso agli operatori economici interessati e assume un ruolo determinante per quanto concerne la loro tutela potendo essi verificare la legittimità del momento

²⁶⁴ R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, cit., evidenzia come "I contratti atipici devono mirare alla realizzazione dell'interesse pubblico, la cui rilevanza si manifesta non solo nella necessità delle procedure ad evidenza pubblica, ma anche nella valutazione della convenienza economica dell'operazione negoziale e della compatibilità del contratto con le finalità specifiche per le quali l'ente pubblico è stato creato. Quindi sebbene l'intervento si realizzi attraverso un contratto innovativo come quello di partenariato, si è in presenza di attività amministrativa che in quanto tale è sottoposta a principi generali imprescindibili tali da guidare le attività di scelta del partner tecnico della amministrazione".

²⁶⁵ G. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, IV, Milano 1958, p. 466, afferma che "in linea astratta, gli enti pubblici possono valersi, per conseguimento dei loro fini, di tutti i contratti conosciuti dal diritto privato e possono anche ricorrere a figure che da questi si allontanano, ossia ai contratti misti e ai così detti contratti innominati. Questa libertà incontra, tuttavia, dei limiti nella natura stessa degli enti e nel dovere che essi hanno di agire esclusivamente per il conseguimento dei propri fini. Per questo, sono certamente da escludere... quelli che non servono di mezzo al conseguimento di alcun fine utile per l'ente pubblico". Cfr. V. POLI, *Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni*, in www.giustamm.it. La tesi intermedia e funzionale è accolta anche dalla giurisprudenza, v. in tal senso il parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato del 17 febbraio 2000 (gab. n. 2), ha affermato, tra l'altro, che "se è vero che nell'ordinamento italiano la posizione di autonomia privata e la legittimazione negoziale delle amministrazioni pubbliche sono regolate dalle norme di diritto positivo relative alle persone giuridiche in genere, è altrettanto vero che, in conformità ai principi dell'evidenza pubblica, le persone giuridiche pubbliche non possono assumere impegni se non nei limiti e nei modi stabiliti dalle leggi e dai regolamenti che ne funzionalizzano l'attività al perseguimento di interessi pubblici". V. poi il parere della medesima Adunanza generale del Consiglio di Stato 1504/2000, per l'affermazione che "lo Stato gode di piena capacità di diritto privato e quindi può porre in essere tutti quei contratti che siano compatibili con la sua natura, ovviamente seguendo la disciplina dettata in materia dalla normativa sulla contabilità di Stato e nel rispetto delle regole comunitarie sia espresse che implicite... in base all'autonomia negoziale di cui lo Stato gode come qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento, deve ritenersi ammissibile che l'Amministrazione proceda alla stipulazione di contratti che non trovino una precisa disciplina nell'ambito dei contratti tipici, purché, ovviamente, risulti rispettata la conformità alla normativa vigente, sia nazionale che comunitaria". Più di recente, la sentenza del Tar Veneto, sez. I, n. 1368 del 6 maggio 2009, ha rilevato che "in linea di principio le pubbliche amministrazioni tenute all'osservanza del "sistema" (dei contratti ad evidenza pubblica) sono comunque titolari – proprio in quanto soggetti giuridici – di una piena capacità giuridica, la quale, salvo il limite connesso al rispetto dei propri fini istituzionali, attribuisce loro un'autonomia negoziale di carattere generale che può per certo estrinsecarsi anche nel modulare, secondo quanto ritenuto più conveniente nel pubblico interesse, figure contrattuali tipizzate ex lege".

²⁶⁶ R. DIPACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, cit., p. 194.

formativo della volontà contrattuale. Essa deve essere posta in essere a prescindere dalla sussistenza di una espressa previsione in tal senso da parte del legislatore²⁶⁷.

Ciò vale a fortiori quando la p.a. procede alla stipula di contratti atipici: il ricorso a tali strumenti non può comunque esimere l'amministrazione dal rispetto delle regole poste a fondamento dell'agire pubblico²⁶⁸. In relazione agli schemi contrattuali atipici sarà necessaria una valutazione in ordine alla loro funzionalità rispetto allo scopo istituzionale perseguito e, in taluni casi, circa l'impossibilità o sconvenienza di uno strumento tipico²⁶⁹. In tale valutazione assume preminente rilievo la deliberazione a contrarre, atto di natura provvedimentoale con cui si esplicita la volontà contrattuale dell'amministrazione, il contenuto minimo del futuro negozio e lo scopo che con quest'ultimo si intende perseguire rientrando nelle finalità istituzionali dell'ente²⁷⁰. Nella delibera si giustifica, altresì, la scelta verso il negozio atipico a seguito di adeguata ponderazione delle soluzioni alternative.

Lo strumento di contrattazione atipica ha assunto un ruolo di primo piano nelle forme di collaborazione pubblico-privata tese al perseguimento di obiettivi comuni poiché, non essendo vincolato ad una precisa base normativa, consente di comporre i differenti interessi che entrano in gioco in maniera più corrispondente alla volontà delle parti²⁷¹. Si osserva che il privato risulta più incentivato a tali forme di coopera-

²⁶⁷ Parte della dottrina, a seguito dell'introduzione del comma 1 *bis* nell'art. 1 della l. 241/90 – che introduceva il principio dell'agire secondo le norme di diritto privato nell'adozione di atti di natura non autoritativa salvo che la legge non disponga diversamente- aveva affermato come la P.A. avrebbe potuto affidare il contratto anche non rispettando la procedura ad evidenza pubblica in assenza di una specifica norma che la obbligasse in tal senso. L'azione dell'amministrazione non autoritativa sarebbe sottoposta interamente al diritto privato. Vedi in tal senso D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della P.A. e l'articolo 1 "bis" della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in F. MASTRAGOSTINO, *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bononia University Press, Bologna, 2007, pp. 13-27.

²⁶⁸ R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, cit., evidenzia come "I contratti atipici devono mirare alla realizzazione dell'interesse pubblico, la cui rilevanza si manifesta non solo nella necessità delle procedure ad evidenza pubblica, ma anche nella valutazione della convenienza economica dell'operazione negoziale e della compatibilità del contratto con le finalità specifiche per le quali l'ente pubblico è stato creato. Quindi sebbene l'intervento si realizzi attraverso un contratto innovativo come quello di partenariato, si è in presenza di attività amministrativa che in quanto tale è sottoposta a principi generali imprescindibili tali da guidare le attività di scelta del partner tecnico della amministrazione"; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., pp. 91-92, osserva come "il ricorso a contratti di sponsorizzazione presuppone che l'esercizio della facoltà autorizzata sia subordinata all'esistenza di determinati presupposti o al rispetto di specifici criteri che, a loro volta, però, possono non attenersi a circostanze oggettive, bensì a valutazioni di opportunità".

²⁶⁹ M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., p. 153.

²⁷⁰ R. DIPACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, cit. p. 238.

²⁷¹ V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., precisa che "Il ricorso a contratti atipici è da ritenere coerente con l'ordinamento europeo che legittima in via di principio la cooperazione che si realizza attraverso il PPP nel rispetto dei principi

zione se in grado di modulare con uno strumento flessibile le regole contrattuali alle proprie esigenze, in particolare per ciò che concerne l’allocazione del rischio finanziario²⁷².

Autorevole dottrina definisce il partenariato pubblico-privato come “cavallo di Troia attraverso il quale l’atipicità negoziale entra nella cittadella dell’azione amministrativa, fino a questo momento regolata da rigidi principi, quali quello della legalità, della tipicità e della nominatività, scompaginandone le tradizionali formulazioni. Ciò comporta che anche il contratto atipico si pone come normale alternativa al provvedimento per realizzare i fini istituzionali delle pubbliche amministrazioni”²⁷³.

Il riconoscimento della rilevanza del contratto atipico come strumento fondamentale del PPP emerge anche nella codificazione di tale fenomeno ad opera del nuovo Codice dei contratti pubblici. Come sopra evidenziato l’art. 180, comma 8, fornisce infatti un elenco esemplificativo di contratti di PPP includendo in tale categoria «*la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti*». In virtù di tale clausola di apertura nulla osta alle pubbliche amministrazioni di individuare schemi negoziali atipici, purché dotati dei requisiti indicati, per realizzare una collaborazione con il soggetto privato. Come sopra affermato nell’attuale versione del Codice si è individuato “un archetipo

indicati a livello europeo. Inoltre, attraverso il contratto atipico, la pubblica amministrazione ed i soggetti privati, non essendo vincolati da una specifica disciplina normativa, trovano modelli di cooperazione adeguati alle fattispecie da regolare, così da disciplinare in maniera flessibile l’assetto dei rispettivi interessi, rispettando il fine istituzionale dell’ente e dosando i reciproci rischi e responsabilità caso per caso. Il ricorso allo strumento contrattuale atipico non può comunque esimere l’amministrazione dal rispetto delle regole poste a fondamento dell’agire pubblico”. Nei medesimi termini L. PERFETTI, C. MONTAGNA, *Sponsorizzazioni culturali, tutto ancora da fare*, Intervista in *Il Sole 24 Ore*, 9 luglio 2016, secondo cui “ciò che realmente darebbe spazio ai partenariati è prendere atto del fatto che si tratta di una forma di cooperazione prevista dall’ordinamento comunitario già in via di principio, sicché non è sempre necessaria una norma ad hoc che specifichi la singola fattispecie, essendo invece possibile crearne di nuove in relazione di volta in volta, perché nel rispetto dei principi”.

²⁷² R. DIPACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, cit., pp. 94.95, evidenzia che “Il fatto che il contratto atipico sia lo strumento principale di cui si avvale il partenariato lo si ricava da alcune considerazioni. Basti pensare al ruolo polifunzionale che svolge il soggetto privato ed alla particolare allocazione del rischio finanziario, che può coinvolgere più soggetti, per dedurre che nel nostro ordinamento non esistono modelli contrattuali in grado da soli di disciplinare e comporre tutti questi interessi. Spesso si rendono necessarie complesse operazioni negoziali, talvolta trasfuse in un unico negozio, talaltra in più negozi collegati tra loro da un nesso funzionale... Solo strumenti flessibili consentono di regolamentare nel dettaglio le complesse operazioni che si sono prese in considerazione, per cui l’assenza di una specifica disciplina non risulta penalizzante. Piuttosto, stimola il privato il quale può concordare con l’amministrazione le regole contrattuali per modulare al meglio la disciplina del negozio con riguardo alle proprie esigenze”.

²⁷³ R. DIPACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, cit., p. 94.

generale del partenariato pubblico-privato contrattuale (...) una disciplina quadro valevole oltre che per le figure tipizzate anche per figura atipiche”²⁷⁴. Si è osservato che la possibilità di far rientrare nel concetto di partenariato, in virtù della suddetta clausola, un elevato numero di tipologie contrattuali, qualora aventi le caratteristiche di fondo tracciate dal legislatore, costituisce un valore aggiunto²⁷⁵ alla disciplina. Invero consente, di volta in volta, di adottare lo strumento giuridico dotato delle caratteristiche più confacenti al singolo progetto dal punto di vista soggettivo e oggettivo potendo comunque contare su una disciplina quadro universale²⁷⁶ in grado di coprire buona parte del regime della fattispecie collaborativa prescelta. Nella sezione dedicata al partenariato il d.lgs. 50/2016 colloca, inoltre, la disciplina di tutte le figure contrattuali che rientrano nella categoria, tra cui assumono rilievo la finanza di progetto²⁷⁷, la

²⁷⁴ Cons. St., comm. spec., parere 1 aprile 2016, n. 855. La posizione della giurisprudenza viene, inoltre condivisa dalla dottrina che, sino ad ora, si è occupata dell’argomento. Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, n. 5/2016, p. 534; N. MARI, *La disciplina del contratto di partenariato*, in *www.altalex.com*.

²⁷⁵ F. DI CRISTINA, *Il Partenariato pubblico-privato quale “archetipo generale”*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 4, p. 487. L’autore considera la mancata definizione delle forme di Partenariato come uno dei tratti più innovativi e promettenti della nuova disciplina.

²⁷⁶ Innanzitutto la parte quarta individua gli elementi necessari per poter inquadrare un certo istituto nell’ambito del *genus* in parola. Inoltre vi è un rinvio alla disciplina della concessione, assunta come paradigma generale, applicabile nei limiti della compatibilità ai contratti di PPP. Alla disciplina quadro così delineata devono altresì aggiungersi i vari tipi di collaborazione che trovano uno specifico regime normativo nella parte quarta del Codice. Tali tipologie contrattuali presentano oltre ai tratti tipici individuati dall’art. 180 delle peculiarità per quanto concerne le modalità di perseguire l’obiettivo comune.

²⁷⁷ Il comma 1 dell’art. 183, d.lgs. n. 50/2016, che presenta numerose differenze rispetto al previgente art. 153 del d.lgs. 163/2006, dispone che, per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità inseriti negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall’amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, «le amministrazioni aggiudicatrici possono, in alternativa all’affidamento mediante concessione ai sensi della parte III, affidare una concessione ponendo a base di gara il progetto di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l’utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti». Con tale locuzione si intende non tanto una fattispecie contrattuale distinta dagli altri istituti di partenariato ma una modalità di affidamento che può riguardare sia la concessione (alternativa a quella generale di cui agli artt. 164 ss. del nuovo Codice) che gli altri contratti di PPP. Il legislatore è intervenuto innanzitutto sulle procedure di affidamento tramite *project financing* semplificando notevolmente la precedente impostazione. È prevista una sola procedura ad iniziativa della pubblica amministrazione, analoga al precedente procedimento del promotore monofase, e una a totale iniziativa privata. Non vengono più menzionate né la procedura a doppia gara del promotore bifase né quella ad iniziativa privata del c.d. promotore additivo. In relazione alla prima tipologia si rileva inoltre una modifica riguardante i livelli di progettazione: il progetto di fattibilità tecnica ed economica costituisce il livello minimo per inserire le opere all’interno della programmazione triennale, spetta pertanto all’amministrazione la sua redazione che deve porlo a base del bando di gara spettando all’aggiudicatario solo la progettazione definitiva ed esecutiva. Nella versione antecedente di *project financing*, invece, la pubblica amministrazione si limitava a svolgere uno studio di fattibilità inerente alla realizzazione di un’opera inserita all’interno degli strumenti di programmazione approvati dalla medesima amministrazione. Tale studio veniva allegato al bando e sulla base di questo i partecipanti avrebbero dovuto presentare le offerte contenenti il progetto preliminare dell’opera. Al privato erano quindi affidati tutti i livelli della progettazione (preliminare, definitiva ed esecutiva). L’art. 23 del

d.lgs. 50/2016 elimina quindi lo studio di fattibilità come presupposto dell'inserimento negli strumenti di programmazione, e lo sostituisce con il progetto di fattibilità. I livelli di progettazione risultano modificati, tenuto conto che la progettazione preliminare viene sostituita dalla progettazione di fattibilità tecnica ed economica. Quest'ultimo, inoltre, sostituisce anche il progetto preliminare e costituisce il punto di partenza della procedura dovendo essere posto a base di gara, essendo ora demandate all'aggiudicatario solo la progettazione definitiva e quella esecutiva. L'attuale art. 183, comma 15, prevede che, in alternativa, sia proprio l'operatore economico a presentare all'amministrazione aggiudicatrice delle proposte di realizzazione in concessione di lavori pubblici non contemplate dagli strumenti di programmazione approvati secondo la vigente normativa. Non è più possibile, dunque, per i privati, avanzare proposte circa la realizzazione di opere presenti all'interno della programmazione, ma per le quali la pubblica amministrazione non abbia avviato la procedura per l'affidamento della concessione. Le proposte presentate dai privati dovranno contenere non più il progetto definitivo, bensì un progetto di fattibilità, oltre alla bozza di convenzione, al piano economico-finanziario asseverato ed alla specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Successivamente alla presentazione della proposta, l'amministrazione è tenuta a valutare non più esclusivamente l'interesse pubblico sotteso alla proposta (come era previsto dall'art. 153, comma 19, d.lgs. 153/2006), bensì ad operare una più stringente verifica sulla fattibilità della proposta. Anche in questa sede l'amministrazione può invitare il proponente ad apportare al progetto le modifiche necessarie per la sua approvazione. Una volta conclusa la fase valutativa, il progetto di fattibilità viene prima inserito negli strumenti di programmazione e, successivamente, viene posto in approvazione. In caso di esito positivo, il progetto di fattibilità sarà posto a base della gara per l'affidamento della concessione, alla quale deve ovviamente essere invitato il proponente. Come in passato, è tuttavia previsto un esplicito diritto di prelazione in favore del proponente, nel caso in cui quest'ultimo non dovesse risultare aggiudicatario.

²⁷⁸ Sebbene la locazione finanziaria rientri nell'elenco dell'art. 180 comma 8 tra gli istituti di partenariato si rileva che l'elemento del finanziamento appare problematico in tale contratto. Invero, la corresponsione dei canoni a partire dal momento della consegna dell'opera implica che tale finanziamento non abbia luogo da parte del settore privato; verrebbe a mancare, dunque, uno degli elementi fondamentali per la collocazione del contratto in oggetto nel Partenariato pubblico – privato. Probabilmente l'unica strada per individuare un possibile risparmio a vantaggio della stazione appaltante è quella di considerare come il reperimento e l'anticipo del capitale garantito dal partner privato ed il conseguente pagamento dilazionato da parte di quello pubblico consentano un migliore e più facile mantenimento dell'equilibrio finanziario dell'amministrazione. Tale soluzione potrebbe risultare forzata ed in ogni caso non del tutto in linea con la dinamica caratterizzante gli altri contratti di Partenariato pubblico – privato, per lo meno ragionando rigidamente in relazione al tema del finanziamento. Discorso diverso, invece, potrebbe essere fatto laddove per finanziamento a carico del soggetto privato si intendesse anche una modalità alternativa a quella del pagamento da parte di quest'ultimo, vale a dire quella di un anticipo del capitale. Sarebbe allora auspicabile una maggiore chiarezza del testo legislativo con riferimento alle diverse modalità con cui il finanziamento a carico del soggetto privato possa avvenire.

²⁷⁹ Il contratto di disponibilità viene definito nell'art. 3 lett. hhh) come il contratto in cui il privato, assumendo i relativi rischi, provveda alla costruzione e alla successiva messa a disposizione della pubblica amministrazione di un'opera che rimane privata, nonostante sia destinata all'esercizio di un pubblico servizio. Pertanto attraverso tale fattispecie non si realizza un'opera pubblica ma si consente all'ente pubblico di assolvere determinate funzioni, che possono essere a tempo determinato, senza incrementare il proprio patrimonio immobiliare (v. R. MANGANI, *Il contratto di disponibilità: una nuova forma di partenariato pubblico-privato. Prime riflessioni a seguito del decreto "liberalizzazioni"*, in *giustamm.it*, n. 2/2012). Dunque la prima connotazione che differenzia il contratto di disponibilità dalla concessione e dalla locazione finanziaria è che l'opera realizzata dall'affidatario del contratto è privata; ciò consente alla P.a. di non trattenere alcun rischio legato alla realizzazione dell'opera e al suo mantenimento, diversamente da quanto avviene nell'appalto, nella concessione e nella locazione finanziaria di opere pubbliche. Invero, poiché l'opera e la progettazione sono di proprietà dell'affidatario, solo a lui potrà essere riferita nel prosieguo la responsabilità di totale o parziale indisponibilità, eliminando ogni possibile concorso di colpa del committente pubblico. Il riferimento riguarda l'approvazione del progetto definitivo, di quello esecutivo e delle eventuali varianti in corso d'opera con la conseguente responsabilità progettuale piena del privato, senza condi-

9. Gli accordi tra pubblica amministrazione e privato come strumento di PPP

La partecipazione dei privati all'esercizio del potere pubblico si manifesta anche nella forma degli accordi. A differenza dei contratti di diritto comune, in cui la p.a. manifesta la sua generale capacità di diritto privato riconosciuta a tutti gli enti pubblici *ex art. 11 c.c.*, negli accordi vi è esercizio consensuale della potestà amministrativa. Pertanto l'amministrazione non agisce d'imperio, mediante atti unilaterali, ma ricerca il consenso del privato al fine di contemperare gli opposti interessi in gioco²⁸⁰. Ciò non implica, essendo il perseguimento dell'interesse pubblico indisponibile, che la funzione amministrativa sia commerciabile. Tuttavia, in alcuni casi, tale

visione della P.a. attraverso l'attività di verifica e di validazione. Ancor più significativa di questa tendenza a condensare nuovi rischi in capo al privato è la sua responsabilità per la mancata o ritardata approvazione della progettazione e delle varianti da parte di terze autorità competenti. Ciò significa che l'integrale iter approvativo della progettazione è nella sfera di controllo del privato che dovrà curarne la tempistica, sollecitando tutte quelle autorità pubbliche che sono tenute a rilasciare pareri, nulla osta, autorizzazioni, ecc. Il secondo elemento che caratterizza tale contratto è la "messa a disposizione" dell'opera in cambio del pagamento di un canone periodico da parte dell'ente pubblico. In sostanza il privato si accollerà non solo il rischio di costruzione, facendosi carico del reperimento delle risorse finanziarie a ciò necessario, ma anche di quello relativo alla gestione tecnica dell'immobile. Il canone corrisposto sarà pieno qualora la possibilità di fruizione sia completa, invece sarà decurtato in caso di impossibilità di uso parziale o totale della struttura. Qualora la gestione tecnica sia carente e non garantisca la piena funzionalità dell'opera, ad esempio per difetto di manutenzione o mancata eliminazione dei vizi o non corretta esecuzione delle prestazioni, il canone di disponibilità subirà delle decurtazioni che rappresentano delle penali per non avere esattamente adempiuto agli obblighi contrattualmente assunti. Le altre forme di corrispettivo sono meramente eventuali e possono trovare attuazione solo qualora l'opera, al termine della durata del contratto, passi in proprietà dell'ente pubblico. Viene in rilievo, innanzitutto, il contributo in corso d'opera che non può superare il 50% del costo di costruzione erogato secondo modalità e tempi definiti nel contratto. Si è prevista tale possibilità per consentire l'anticipato versamento del corrispettivo a favore del privato onde garantire, in ragione delle caratteristiche dell'opera, un finanziamento pubblico. La corresponsione da parte della P.a. di un prezzo o contributo pubblico a stato avanzamento lavori non snatura il contratto, ma incontra il limite invalicabile del 50% del valore dell'opera per rispettare uno degli indici segnalati da Eurostat al fine di decontabilizzare l'investimento privato dal bilancio pubblico e potrà essere erogato solo quando la P.a. intenda acquisire la proprietà al termine del contratto. La seconda consiste nel prezzo di trasferimento, parametrato al valore di mercato dell'opera e tenuto conto dei canoni e dell'eventuale contributo in corso d'opera già corrisposti, che verrà erogato al termine del contratto qualora in esso sia previsto che l'immobile passi in proprietà dell'amministrazione.

²⁸⁰ R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Nel Diritto Editore, Roma, 2012, p. 992, affermano che "si tratta di una terza tipologia di attività dell'amministrazione destinata ad affiancarsi a quella classica, unilaterale ed autoritativa, oltre che a quella puramente privatistica, esercizio della generale capacità di diritto privato, riconosciuta a tutti gli enti pubblici *ex art. 11 c.c.*, per il compimento di atti di gestione del patrimonio o di attività meramente strumentali rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali individuate per legge. Giova, al riguardo, porre in risalto la diversità intercorrente tra gli accordi di cui all'art. 11, l. n. 241 del 1990 e i contratti di diritto comune conclusi dalla amministrazione nell'esercizio della generale capacità di diritto privato. Alla seconda tipologia di attività ha riguardo l'art. 1 *bis* l. 241 del 1990 (...) Si tratta di una previsione che non si estende agli accordi procedurali o sostitutivi, interni alla funzione autoritativa svolta dalla Pubblica Amministrazione, in quanto presuppongono l'esistenza di un procedimento amministrativo in svolgimento, e, quindi, l'esercizio del potere".

interesse può essere meglio perseguito con strumenti consensuali che spesso garantiscono un più agevole raggiungimento dei risultati, oltre che una loro maggiore stabilità e certezza grazie alla prevenzione del contenzioso. A tale vantaggio deve inoltre aggiungersi quello costituito dal risparmio di tempo e di risorse pubbliche.

L'utilizzo di accordi collegati all'esercizio del potere ha origini risalenti, basti pensare agli accordi alternativi al procedimento espropriativo previsti fin dall'art. 26 della legge n. 2359/1865²⁸¹. Il fondamento normativo di tale istituto si rinviene oggi nell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241²⁸² che prevede due tipologie di accordi: l'accordo procedimentale, o integrativo, e l'accordo sostitutivo, a seconda che alla decisione unilaterale si affianchi o si sostituisca un modulo convenzionale. Con la positivizzazione dell'istituto degli accordi viene sancita la dequotazione dell'esercizio solitario e unilaterale del potere amministrativo. Si osserva, tuttavia, che essi si pongono come modelli alternativi e non implicano il superamento della concezione classica dell'azione amministrativa basata sul provvedimento. Gli accordi sostitutivi, diversamente da quelli procedimentali che sono seguiti da un provvedimento che ne

²⁸¹ S. FANTINI, *Art. 11, l. n. 241 del 1990*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Nel Diritto Editore, Roma, 2010, ha chiarito che "l'utilizzo di moduli convenzionali nella realtà amministrativa italiana non origina con la previsione dell'art. 11 della legge generale del procedimento amministrativo, ma storicamente va collocato alla fine dell'ottocento, con riguardo ai rapporti nascenti da concessioni amministrative di beni pubblici, in cui le parti si presentavano come titolari di diritti ed obblighi reciproci, sì da indurre la giurisprudenza a parlare di concessioni-contratto. Le ulteriori e più significative normative di settore caratterizzate dal ricorso a moduli convenzionali sono quelle delle espropriazioni per pubblica utilità e quella urbanistica".

²⁸² Articolo 11 "*Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*" della L. n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 7, comma 1, lettere a) e b) della Legge n. 15 del 2005, dall'art. 3-*quinquies* della Legge n. 273 del 1995, dall'articolo 4, del D.lgs. n. 104 del 2010 e dall'art. 1, comma 47, della Legge n. 190 del 2012, stabilisce: «1. In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'Amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo. 1-*bis*. Al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati. 2. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3. 3. Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi. 4. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato. 4-*bis*. A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una Pubblica Amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento».

recepisce i contenuti, concludono il procedimento²⁸³. Pertanto essi sostituiscono integralmente il provvedimento e, ai sensi del comma 3 dell'art. 11, sono assoggettati agli stessi controlli per esso previsti.

Per effetto della l. 15/2005 è stato eliminato il riferimento secondo cui l'accordo sostitutivo poteva essere stipulato solo nei casi espressamente previsti dalla legge. Essendo venuto meno il principio di tipicità²⁸⁴ gli accordi sostitutivi, al pari degli accordi procedimentali, hanno dunque assunto una portata generale.

Da sempre dibattuta la natura degli accordi tra coloro che ne sostengono la natura privatistica²⁸⁵ e altri che propugnano la tesi pubblicistica²⁸⁶.

²⁸³ In merito alla differenza tra accordo determinativo del contenuto del provvedimento e l'accordo sostitutivo cfr. R. FERRARA, (voce) *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. Disc. Pub.*, VIII, Torino, 1993, pp. 554 ss.; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, pp. 41 ss. Tra coloro che, invece, mettono in dubbio che tra gli stessi sussista una effettiva diversità ed esaltano una differenza meramente formale (ove ricorra un accordo integrativo, la sua efficacia si produrrebbe solo tra le parti, essendo il provvedimento che lo recepisce a sortire efficacia esterna; viceversa, nell'ipotesi di accordo sostitutivo, lo stesso ha immediata efficacia esterna, integrando l'atto finale e conclusivo del procedimento) v. E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 56 ss.; S. VASTA, *Gli accordi, la revoca e la giurisdizione esclusiva. Una lettura (tra le righe) della sentenza 5 luglio 2004, n. 204 della Corte Costituzionale*, in *Foro amm. C.d.S.*, n. 10/2004.

²⁸⁴ Tale generalizzazione degli accordi sostitutivi non implica una lesione del principio di tipicità, in quanto il potere amministrativo deve comunque essere esercitato nei soli casi previsti dalla legge. Dunque l'amministrazione può ricorrere agli accordi sostitutivi in tutti i casi in cui la legge le attribuisca un potere pubblico. In tema v. R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 388, che affermano "il generale principio dell'alternatività si muove, dunque, sempre nell'ambito delineato dalla legge attributiva del potere"; G. GRECO, *Commento all'art. 11*, in V. ITALIA (coordinato da), *L'azione amministrativa, commento alla l. 7 agosto 1990, n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 421 ss.

²⁸⁵ Ciò sarebbe desumibile da una serie di elementi come ad esempio l'utilizzo del termine "accordo" all'art. 11, coincidente con uno degli elementi essenziali del contratto indicato nell'art. 1325 cc. Inoltre il rinvio ai principi che nel codice civile regolano obbligazioni e contratti (v. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 106 ss. il quale afferma che il richiamo ai principi dovrebbe essere letto in chiave di atteggiamento di cautela da parte del legislatore nel momento in cui va ad inserire nell'ordinamento amministrativo un istituto innovativo rispetto ai principi consolidati in ambito giuspubblicistico. F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Pol. Dir.*, 1993, p. 66, afferma che nonostante il doppio inciso "in quanto compatibili" e "ove non diversamente previsto", ciò non toglie il carattere generale del rinvio tanto più se si considera che con il primo e più insidioso limite della compatibilità si sarebbe inteso subordinare l'applicazione dei principi civilistici alla riscontrata coerenza degli stessi con la sola disciplina dettata dallo stesso art. 11, non anche con l'intera disciplina pubblicistica, non destinata quindi ad operare) e la facoltà per la pubblica amministrazione di recedere dal contratto sarebbero ulteriori indici a favore della natura privata degli accordi.

²⁸⁶ V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 508, valorizza il dato normativo nella parte in cui subordina la possibilità stessa che l'amministrazione concluda l'accordo al fatto che la stessa agisca nell'esercizio di un potere amministrativo funzionalizzato. Tra i fautori della tesi pubblicistica si distinguono coloro che sostengono la natura di contratti di diritto pubblico (così G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003) e coloro che optano per una qualificazione degli stessi in termini di fattispecie bilaterali non contrattuali (in questo senso E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit., p. 72) o, secondo un ulteriore indirizzo, di provvedimenti concordati (così G. D.FALCON, *Convenzioni ed accordi amministrativi (voce)*, in *Enc. Giur. Treccani, IX, Roma, 1988*).

In virtù di quest'ultima impostazione, accolta dalla dottrina e giurisprudenza maggioritaria, gli accordi costituiscono una forma di esercizio del potere su base consensuale. A tal proposito si è osservato che, poiché essi sostituiscono il provvedimento espressione di un potere autoritativo o ne determinano il contenuto discrezionale, non possono non presentare la sua stessa natura pubblicistica²⁸⁷. Quanto affermato si ricaverebbe, oltre che da una serie di indici normativi e sistematici²⁸⁸, dal fatto che tale istituto presenta notevoli difformità rispetto ai contratti in cui la p.a. agisce in una posizione di parità nei confronti del privato. Si rileva che anche la stipulazione dei contratti di diritto privato è preceduta da una procedura amministrativa che consente di assicurare il controllo sul perseguimento del pubblico interesse ma nel caso di accordi *ex art. 11, l. n. 241/1990* "l'esercizio del potere, lungi dal collocarsi a monte rispetto alla conclusione, si materializzerebbe nella stessa conclusione: fermo il potere, lo stesso non sarebbe pertanto esercitato nella forma classica del provvedimento unilaterale, connotandosi per il tratto della bilateralità"²⁸⁹. Pertan-

²⁸⁷ G. GRECO, *Commento all'art. 11*, cit.

²⁸⁸ La tesi pubblicistica trova conforto nel dato normativo e sistematico. Innanzitutto la precisazione secondo cui gli accordi non possono essere adottati in pregiudizio dei terzi sarebbe superflua in un'ottica negoziale in quanto il contratto non può produrre effetti nella sfera giuridica di soggetti diversi dai contraenti. Tale riferimento deve essere correttamente inteso, quindi, come un limite al potere autoritativo esercitato attraverso l'accordo, non potendo questo pregiudicare soggetti diversi dal privato che presta il consenso. Anche il regime dei controlli previsti per il provvedimento e la sottoposizione parziale al diritto privato solo per quanto concerne i principi e nei limiti della compatibilità costituisce un indice in tal senso. Deve inoltre aggiungersi la previsione della giurisdizione esclusiva del g.a. per quanto riguarda non solo la fase di formazione ma anche quella di esecuzione dell'accordo. Invero la Corte Costituzionale nelle sentenze 204/2004 e 191/2006, in ordine ai limiti che il legislatore ordinario incontra nell'individuazione delle materie rientranti in tale giurisdizione, ha chiarito che essa presuppone l'esistenza in capo alla P.A. di un potere autoritativo e pertanto non sarebbe giustificata se si trattasse di un contratto di diritto privato. Ne consegue che l'accordo costituisce espressione di tale potere anche se attuato attraverso un modulo bilaterale. Infine la previsione del potere di recesso per sopravvenuti motivi di interesse pubblico previo indennizzo rappresenta un ulteriore argomento a favore della tesi pubblicistica. Tale istituto appare infatti configurabile come una revoca onerosa *ex art. 21 quinquies l. 241/1990*, sempre esercitabile dall'amministrazione in omaggio al principio di inesauribilità del potere amministrativo. (Quanto appena affermato sembra subire una parziale smentita a seguito della più recente giurisprudenza che ha assimilato alla revoca, dal punto di vista funzionale, anche il recesso per giusta causa consentito all'amministrazione per i contratti di diritto privato, tant'è che una volta stipulato il contratto si esclude la possibilità di revocare l'aggiudicazione). L'art. 11 al comma 4-bis prevede che l'accordo, a garanzia dell'imparzialità e buon andamento, sia preceduto da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento. Per i fautori della tesi privatistica la determinazione sarebbe assimilabile alla deliberazione a contrarre prevista per la stipula dei contratti ad evidenza pubblica. Con essa si consumerebbe l'esercizio del potere a cui segue l'accordo avente natura negoziale. Coloro che sostengono la tesi pubblicistica, invece, affermano che la determinazione in parola, pur collocandosi in una fase antecedente all'accordo, ha la funzione di esplicitare il fine pubblico che con esso si intende perseguire nonché le motivazioni per le quali lo strumento consensuale è più adatto a quello provvedimentale per il raggiungimento dello scopo. In sostanza tale atto integrerebbe la motivazione dell'accordo e sarebbe funzionale alle esigenze di trasparenza ed imparzialità riferibili all'azione autoritativa.

²⁸⁹ In termini, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 22 febbraio 2007, n. 617.

to non vi è spendita di capacità negoziale da parte della p.a. la quale non può rinunciare al pieno perseguimento del fine attribuitogli. L'amministrazione, una volta individuata la soluzione meno pregiudizievole per il privato, acquisisce il suo consenso onde giungere ad un assetto di interessi concordato che tuteli in egual modo il pubblico interesse, non potendo quest'ultimo essere sacrificato nemmeno in minima parte. Anche la dichiarazione del privato non può essere considerata espressione di volontà dispositiva ma una adesione preventiva all'operato della pubblica amministrazione²⁹⁰ la quale potrebbe raggiungere il medesimo obiettivo attraverso l'uso del potere unilaterale. Invero, come sopra osservato, l'accordo costituisce una mera alternativa al provvedimento per regolare un determinato assetto di interessi²⁹¹.

In dottrina si rinvencono opinioni contrastanti circa la qualificazione dell'accordo *ex art. 11* in termini di partenariato²⁹². L'analisi della giurisprudenza consente di far emergere alcuni casi di collaborazione tra settore pubblico e settore privato finalizzata alla realizzazione di opere destinate al soddisfacimento del pubblico interesse ed attuata proprio mediante l'uso di questo strumento²⁹³. Si fa riferi-

²⁹⁰ A. FIORITTO, *L'amministrazione negoziale: modelli di partenariato e problemi di applicazione*, in *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 92.

²⁹¹ Un esempio in tal senso si rinviene negli accordi di cessione delle aree di interesse pubblico che costituisce una modalità di trasferimento del bene di proprietà di un soggetto privato alternativa al decreto di esproprio. Il privato non gode di autonomia contrattuale sulla scelta di vendere il bene tenuto conto che esso, in caso di mancato accordo tra ente pubblico e proprietario, può essere comunque oggetto di espropriazione.

²⁹² M. DUGATO, *Il partenariato pubblico – privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, cit., p. 58. L'Autore sostiene come lo strumento dell'accordo amministrativo, per quanto costituisca una forma collaborativa, rappresenti una modalità partecipata dell'azione *stricto sensu* amministrativa, in cui è l'amministrazione a giocare un ruolo attivo a fronte di un ruolo meno pregnante svolto da parte del soggetto privato. Di diverso avviso sono invece F. BENVENUTI, *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Giuffrè, Milano, 1995, p. 1732 e G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, I, pp. 171 ss.

²⁹³ M. RICCI, *Il Partenariato pubblico-privato nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Italiappalti.it*, 2016, individua alcuni esempi di accordi riconducibili all'istituto del partenariato pubblico-privato tratti da alcune pronunce di TAR: "Un primo caso viene richiamato da una sentenza del TAR Molise [TAR Molise, Campobasso, sez. I, sent. 16 dicembre 2010, n. 1552] relativa alla risoluzione per inadempimento, ad opera del partner pubblico, di una convenzione inerente la realizzazione di un impianto eolico mediante una collaborazione con un partner privato. Nel caso di specie le obbligazioni a carico del primo consistono esclusivamente nella messa a disposizione dei propri terreni ovvero di terreni di proprietà privata, unitamente all'attivazione delle procedure necessarie all'installazione di anemometri prima e di impianti eolici in una fase successiva. La realizzazione degli impianti e la relativa loro gestione spettano al partner privato. Ricordando sempre che l'analisi viene condotta su casi antecedenti l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 risulta piuttosto interessante apprezzare un certo grado di compatibilità con le caratteristiche da quest'ultimo richieste affinché un determinato istituto rientri nel novero degli strumenti di Partenariato pubblico – privato. L'assenza di contributi da parte della pubblica amministrazione, il finanziamento dell'opera a carico del privato (al quale spetteranno i proventi inerenti alla gestione della stessa) e l'assunzione dei rischi relativi alla realizzazione e gestione dell'opera stessa lascerebbero presagire un'inclusione dell'accordo in questione nel *genus*. Costi-

mento agli accordi urbanistico-pianificatori relativi all'acquisizione dei suoli e/o alla realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria.

tuirebbe, tuttavia, un ostacolo ad una piena inclusione dell'accordo all'interno del Partenariato la mancanza di una procedura ad evidenza pubblica finalizzata alla selezione del partner privato. Ad un primo sguardo sembrerebbe che un ipotetico bilanciamento tra i punti a favore di una classificazione in termini di Partenariato e quelli a sfavore possa pendere a favore dei primi. Tuttavia non può non essere lasciato alla giurisprudenza il compito dare una risposta a tale interrogativo. Un secondo caso, risolto dal TAR Toscana [TAR Toscana, Firenze, sez. I, sent. 27 novembre 2014, n. 1959], attiene ad una controversia collegata ad una convenzione urbanistica intercorsa tra il comune di Scandicci ed una serie di società private. La convenzione prevede la realizzazione ad opera del partner privato di una serie di unità abitative, da destinare alla rivendita a prezzi inferiori al valore di mercato, a fronte della corresponsione dei soli oneri di urbanizzazione a titolo di contropartita per il rilascio del permesso di costruire. Anche in questo caso l'attuazione di una forma di edilizia a metà strada tra il privato e il pubblico, finalizzata ad uno sviluppo del territorio equilibrato e sostenibile, costituisce obiettivo che la pubblica amministrazione persegue sostanzialmente a "costo zero" a fronte del finanziamento e del recupero dell'investimento ad opera del partner privato; quest'ultimo si assume tutti i rischi relativi non solo alla realizzazione dell'opera ma anche ad un eventuale aumento dei costi di realizzazione degli immobili le cui cause non rientrino nel regime delle sopravvenienze stabilito dall'art. 1467 del Codice civile. La remunerazione dell'investimento privato sarebbe, nel caso di specie, garantita dalla rivendita delle unità immobiliari; un tale tipo di remunerazione non è tipizzato nel Codice dei contratti pubblici; tuttavia, pensando a contratti quali ad esempio quello di disponibilità (dove le logiche di remunerazione dell'investimento privato non coincidono con quanto previsto in termini generali nel Codice in riferimento al modello concessorio), tale perplessità potrebbe essere superata. Interessante è il notare come, per altro, l'accordo sostitutivo di provvedimento segua ad una procedura di selezione del partner privato che ha condotto alla stipula della convenzione col consorzio "Nuova Badia", sicché sembrerebbero essere presenti tutti gli indici di riconoscimento di un'operazione di Partenariato pubblico – privato. Interessante, non caso, è anche il notare come lo stesso giudice amministrativo abbia qualificato tale convenzione in questi termini. Ai due esempi qui riportati se ne aggiunge un terzo attinente un accordo inquadrabile, secondo il giudice amministrativo, tra gli strumenti di Partenariato pubblico – privato anche se in forma atipica [TAR Lombardia, Brescia, sez. I, sent. 21 agosto 2015, n. 1102]. Si tratta ancora una volta di una convenzione urbanistica avente come parti il comune di Mantova e la società IMI s.r.l. L'accordo ha come oggetto la realizzazione di alcune autorimesse con cui consentire un migliore sfruttamento dell'immobile acquistato dal soggetto privato ed oggetto di ristrutturazione ai fini di una sua destinazione a struttura di vendita; in particolare si prevede la realizzazione, oltre che di posti auto pertinenziali, anche di un parcheggio a rotazione, costituente un'opera pubblica a tutti gli effetti. A tal fine sul Comune di Mantova grava l'impegno a concedere il diritto di superficie dell'area suddetta per un periodo di novant'anni. Dalla sentenza in commento emergono alcuni interessanti spunti inerenti il tema della riconducibilità dell'accordo nel *genus* Partenariato. Il giudice amministrativo ha, infatti, esplicitamente qualificato la convenzione urbanistica come "forma atipica di partenariato pubblico – privato, disciplinata dai principi comunitari". La sentenza risulta antecedente all'entrata in vigore dell'attuale Codice dei contratti pubblici; tuttavia il giudice amministrativo ha, comunque, fatto riferimento all'art. 3, comma 15 *ter* del d.lgs. 163/2006 che propone, anche se in forma più sintetica, contenuti affini a quanto previsto attualmente. Ed è proprio in virtù del confronto con tale disposizione che si è resa possibile una qualificazione dell'accordo come strumento atipico di Partenariato; la realizzazione di un'opera pubblica (il parcheggio a rotazione) e di un'opera privata ma di interesse pubblico (i posti auto pertinenziali) mediante tale istituto anziché una normale concessione e la presenza degli altri requisiti necessari deporrebbero in tal senso. La sentenza fornisce, inoltre, un'importante indicazione relativa alla necessità di una procedura competitiva per l'assegnazione di lavori o servizi mediante accordi amministrativi, fattore in grado di costituire un ostacolo alla qualificazione degli accordi in termini di Partenariato pubblico – privato. Tuttavia, evidenzia il giudice amministrativo, "come sottolineato nella risoluzione del Parlamento europeo del 26 ottobre 2006 (punto 23) le direttive sugli appalti pubblici si applicano al partenariato pubblico – privato solo se la selezione del partner privato e l'aggiudicazione dei lavori o del servizio coincidono. Al di fuori di tale ipotesi la scelta di rivolgersi a un certo soggetto o a un altro ricade nella discrezionalità dell'amministrazione". Tale aspetto costituisce la chiave di volta per consentire, al ricorrere anche della condizione suddetta, un'inquadramento dell'accordo amministrativo nel Partenariato pubblico – privato, anche se in forma atipica".

9.1. *Urbanistica negoziata: le convenzioni urbanistiche*

Nella materia urbanistica la necessità di rinvenire delle forme di gestione del territorio condivise deriva dal fallimento del sistema delineato dalla legge fondamentale n. 1150 del 1942 che si caratterizza per la limitata presenza del privato nelle scelte di conformazione dei suoli²⁹⁴. Nel procedimento espropriativo la p.a. gode di un'amplicissima discrezionalità conformativa (in particolare mediante lo strumento della zonizzazione, che si sostanzia nell'attribuzione di destinazioni funzionali diverse alle varie parti del territorio) a cui segue un'elevata pervasività che si concretizza nell'ablazione del bene se funzionale all'interesse pubblico. Il potere della p.a. in tale ambito mal si concilia con il ruolo ormai accordato al cittadino nel procedimento amministrativo che, come sopra evidenziato, vede retrocedere la primazia del soggetto pubblico a favore di una partecipazione dei cittadini, "singoli o associati", alle attività di interesse generale.

La partecipazione diretta del privato nella pianificazione urbanistica è stata favorita non solo dall'affermarsi di un diritto amministrativo basato sul consenso ma, altresì, dalle esigenze di bilancio degli enti locali non più in grado di sostenere procedure di esproprio e finanziamenti di infrastrutture pubbliche. Nel procedimento espropriativo, infatti, la p.a. deve provvedere al pagamento di un indennizzo pari al valore di mercato del bene oggetto del provvedimento ablativo²⁹⁵. Inoltre, tale procedimento consente solo di conseguire l'area e non soddisfa l'interesse della p.a. consistente nella realizzazione dell'opera pubblica. Anche l'eccessiva conflittualità che deriva da siffatto *modus procedendi* unitamente alla scarsa flessibilità che caratterizza l'iter ablatorio hanno determinato la progressiva limitazione di atti autoritativi e la ricerca di accordi anche in tale ambito²⁹⁶. Si osserva, infine, che la pianificazione urbanistica unilaterale spesso preclude interventi tempestivi e adeguati ad una realtà territoriale in continua e rapida trasformazione.

²⁹⁴ A. CALEGARI, *Sul ruolo dei soggetti pubblici e privati nel procedimento di formazione del p. r.g.*, in *Riv. Giur. Urb.*, 4, 2005, pp. 281 ss.

²⁹⁵ I costi delle procedure espropriative non sono agilmente sostenibili dai Comuni anche in virtù delle pronunce della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007 che hanno dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 5-bis, d.-l. 11 luglio 1992 n. 333, convertito con modificazioni, nella l. 8 agosto 1992 n. 359, nella parte in cui non collega l'indennità di esproprio al valore venale del bene.

²⁹⁶ P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, II, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 69 ss., precisa che "l'erompere della pianificazione urbanistica dei programmi complessi, in definitiva, ha disvelato una decisa propensione degli attori della pianificazione (soprattutto degli operatori economici, ma anche delle Amministrazioni) a spostare l'asse delle politiche urbanistiche verso questo tipo di strumenti, più consoni a coniugare una serie di esigenze".

Alla luce delle considerazioni esposte il privato è stato chiamato a partecipare alla trasformazione del territorio, segnando così il passaggio dall'urbanistica per provvedimenti all'urbanistica per accordi²⁹⁷.

L'urbanistica negoziata potrebbe essere ricondotta al fenomeno del PPP in quanto consente al Comune di realizzare opere di interesse pubblico mediante la contrattazione con i privati delle previsioni urbanistiche senza ricorrere allo strumento espropriativo e senza esborso di risorse finanziarie.

La nozione di convenzione urbanistica comprende due differenti tipi di accordi.

In primo luogo vengono in rilievo gli strumenti di pianificazione di tipo attuativo, in particolare le convenzioni di lottizzazione²⁹⁸ che possono essere definite l'archetipo dell'accordo pubblico-privato nella pianificazione urbanistica e costituiscono il primo esempio di collaborazione in tale ambito annoverandosi tra gli accordi

²⁹⁷ P. URBANI, *Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Riv. Giur. Ed.*, n. 2/2009. Cfr. anche ID., *L'urbanistica consensuale, la disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000; ID., *Pianificare per accordi*, in *Riv. Giur. Ed.*, n. 4/2005; P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico, organizzazione e rapporti*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 5; P. URBANI, *Dell'urbanistica consensuale*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, p. 221; V. MAZZARELLI, *Urbanistica e pianificazione territoriale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, Giuffrè, Milano 2003, 3335, spec. 3375; P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica. Nuovi moduli convenzionali*, Giappichelli, Torino, 1995.

²⁹⁸ Le convenzioni di lottizzazione costituiscono l'esempio più antico e più diffuso del modello di amministrazione per accordi, conosciuto fin dall'800 (il piano di Haussmann, che incluse per la prima volta in una previsione pianificatoria le opere di urbanizzazione), la cui rilevanza è andata crescendo dopo le modificazioni introdotte con l'art. 8 della legge 6 agosto 1967, n. 765 all'art. 28 della legge urbanistica del 1942 che ha equiparato il piano di lottizzazione al piano particolareggiato. A siffatto modello convenzionale ha fatto poi riferimento la normativa successiva, si pensi legge 22 ottobre 1971, n. 865, dove sono previste convenzioni per la realizzazione dei Piani per Insediamenti Produttivi e sono disciplinate le convenzioni per la realizzazione dei Piani di Zona di Edilizia Economico-Popolare di cui alla legge n. 167 del 18 aprile 1962. Può poi ricordarsi la legge 28 gennaio 1977, n. 10, sull'edificabilità dei suoli (cosiddetta "legge Bucalossi") ed, in particolare: agli artt. 7 e 8, che disciplinano gli interventi di edilizia abitativa convenzionati con il Comune secondo una convenzione-tipo approvata dalla Regione; all'art. 9, in materia di interventi di restauro, risanamento conservativo e di ristrutturazione, anche in questo caso a fronte dell'impegno di praticare prezzi di vendita e canoni di locazione concordati con il Comune; all'art. 11, ove è consentito al privato di impegnarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione con le modalità e garanzie stabilite dal Comune, scomputando i relativi costi dagli oneri di urbanizzazione altrimenti dovuti ex art. 5 della stessa legge. Si rinviene, ancora, la legge 5 agosto 1978, n. 457, dove all'art. 27 sono disciplinati gli interventi di restauro e di ristrutturazione edilizia convenzionati con il Comune, anche in questa ipotesi con particolare riferimento ai prezzi di cessione o di locazione degli alloggi ed alla partecipazione agli oneri di urbanizzazione. Altresi, la legge 28 febbraio 1985, n. 47, meglio nota come legge sul condono edilizio, all'art. 29 prevede forme di convenzionamento fra Comune e privati per il recupero di insediamenti abusivi esistenti alla data del 1° ottobre 1983. Ed ancora, il modello convenzionale è stato impiegato dal legislatore nell'art. 18 del T.U. Edilizia (d.P.R. n. 380/2001), laddove si disciplina la materia della convenzione tipo, approvata dalla Regione, con la quale, ai fini della concessione relativa agli interventi di edilizia abitativa di cui al precedente articolo 7, sono stabiliti i criteri nonché i parametri, definiti con meccanismi tabellari per classi di comuni, ai quali debbono uniformarsi le convenzioni comunali nonché gli atti di obbligo in ordine ai profili ivi indicati.

sostitutivi del provvedimento²⁹⁹. Esse si pongono a valle delle prescrizioni urbanistiche e, dunque, hanno carattere servente rispetto ad esse in quanto nel p.r.g. sono indicate le volumetrie ammesse e la destinazione d'uso delle aree.

In riferimento a tali accordi la giurisprudenza amministrativa ha recentemente affermato che “mediante la convenzione, da una parte, il privato realizza l'interesse a definire la propria utilità su un immobile, dall'altra parte l'Ente locale autorizza la conformazione del territorio con la costruzione di beni e infrastrutture a beneficio della collettività (...). L'accordo, nei termini delineati, è lo strumento più utilizzato per realizzare gli interessi pubblici in ambito di sviluppo territoriale urbano, in collaborazione diretta con i privati (nel modello cosiddetto del partenariato pubblico-privato), in piena aderenza ai principi partecipativi, dando autonomia alla parte privata nei limiti di coincidenza con la potestà pubblica intesa all'assolvimento del primario interesse della buona amministrazione (*ex art. 97 Cost.*), oltre che del principio comunitario di sussidiarietà orizzontale (*ex artt. 117-118 Cost.*)”³⁰⁰.

Mediante le convenzioni in esame si crea un rapporto collaborativo tra il Comune e i privati proprietari fondiari del comparto, riuniti in consorzio, avente l'obiettivo di realizzare la previsione contenuta nel piano regolatore. Pertanto le scelte pianificatorie sono state già effettuate unilateralmente dall'amministrazione e non sono oggetto di negoziazione. Si realizza in tal modo uno scambio di utilità che per il privato consiste nel rilascio del permesso di costruire³⁰¹ e per la p.a. nella realizzazione di opere di urbanizzazione a beneficio della collettività³⁰².

²⁹⁹ Come ormai riconosciuto dalla consolidata giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, le convenzioni di lottizzazione di cui alla Legge n. 765 del 1967 costituiscono strumenti di pianificazione di tipo attuativo del PRG e non atti di pianificazione generale, ed hanno natura di “accordi sostitutivi del provvedimento” disciplinati dall'art. 11 della Legge n. 241 del 1990 e le relative controversie rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice Amministrativo (in tal senso Cass. civile, Sez. Unite, 11 aprile 2017, n. 9284, Cass. civile, SS.UU., 15.12.2000, n. 1262, Cass. civile, SS.UU., 11.12.2001, n. 15641 e Cass. civile, SS.UU., 7.2.2002, n. 1763). Nel medesimo senso dell'ascrivibilità della fattispecie lottizzante al novero degli accordi sostitutivi del provvedimento *ex art. 11 l. n. 241/90* si esprime ormai univocamente anche la giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5275; TAR Emilia Romagna, Sez. I, 24 ottobre 2016, n. 873; Tar Toscana, sez. I, 3 marzo 2009, n. 383; Tar Sardegna, sez. II, 26 gennaio 2009, n. 65.

³⁰⁰ Prima Sezione del TAR Molise, 30 novembre 2017, n. 481.

³⁰¹ Tuttavia, la dottrina non giunge ad ammettere che il Comune abbia financo l'obbligo di emettere i titoli edilizi, ad ottenere i quali il privato non avrebbe quindi un vero e proprio diritto soggettivo. Sul punto V. MAZZARELLI, *L'urbanistica e la pianificazione*, cit.

³⁰² In particolare, i proprietari di loro iniziativa predispongono un piano di assetto urbanistico che riguarda le aree di loro proprietà e lo presentano all'amministrazione affinché quest'ultima valuti la sua conformità al PRG. Una volta approvato il piano, con le autorizzazioni necessarie, si procede alla stipula della convenzione con cui i privati si obbligano a cedere gratuitamente aree necessarie per opere di urbanizzazione primarie (strade, fognature, parcheggi), si obbligano inoltre alla loro realizza-

Si osserva che il risultato conseguito attraverso le convenzioni di lottizzazione non potrebbe essere perseguito in via unilaterale dall'amministrazione ma, comunque, esse sono espressione del potere autoritativo della p.a., seppur esercitato in via consensuale³⁰³.

Diversi sono invece gli accordi che si collocano a monte³⁰⁴, nel momento in cui la p.a. esercita il suo potere discrezionale di pianificazione, consentendo al privato di partecipare alla determinazione delle previsioni urbanistiche e incidere sulle scelte relative all'uso del territorio. Si è osservato che solo in riferimento a questi ultimi si può correttamente parlare di urbanistica negoziata in quanto la partecipazione dei soggetti privati riguarda in tal caso la determinazione del contenuto discrezionale degli atti di pianificazione territoriale ed urbanistica. Tali intese rientrano nella cate-

zione insieme a quota parte di quelle secondarie (aree verdi di quartiere, scuole, asili). Il Comune, in cambio, si impegna al rilascio dei permessi di costruire a favore dei lottizzanti, in conformità con le opzioni di assetto territoriale concordate. Vengono quindi fissati i termini per l'esecuzione delle opere e vengono prestate garanzie degli obblighi assunti. La stipula e la trascrizione della convenzione nei registri immobiliari sono condizioni di efficacia del provvedimento di autorizzazione a lottizzare. Il privato in seguito presenterà i progetti esecutivi per ottenere i permessi di costruire delle opere di urbanizzazione e degli edifici. Si distingue tra contenuto necessario ed eventuale della convenzione lottizzante, individuandosi il primo, ad esempio, nella cessione gratuita in favore del Comune delle aree necessarie alla realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria o nella previsione di congrue garanzie finanziarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione, il secondo in clausole di decadenza e di revocabilità con riferimento rispettivamente a gravi inadempienze del lottizzante o al mancato raggiungimento dello scopo nei termini di legge. Quindi il procedimento lottizzatorio di realizza in tre fasi: presentazione da parte del proprietario privato di un piano di assetto urbanistico per un determinato territorio; stipula di una convenzione di lottizzazione tra Comune e proprietari dei suoli; approvazione del piano di lottizzazione da parte del consiglio comunale.

³⁰³ Sul punto si evidenzia il dibattito in ordine all'applicabilità della disciplina degli accordi ex art. 11 l. 241/1990 anche alle ipotesi in cui l'intesa fra privato e P.A. non costituisca una alternativa all'esercizio del potere attraverso provvedimento (c.d. accordi necessari) ma quel determinato assetto di interessi si possa realizzare solo mediante il consenso del privato. Esempio emblematico in tal senso sono appunto le convenzioni di lottizzazione. L'orientamento prevalente riconduce anche gli accordi necessari al *genus* degli accordi ex art. 11, il quale detta la regolamentazione generale per tutte le forme di esercizio consensuale del potere, con conseguente applicazione della relativa disciplina. In senso contrario si pone l'indirizzo dottrinale secondo cui l'applicabilità dell'art. 11 presuppone che l'amministrazione possa prescindere dal consenso del privato e giungere al medesimo risultato in via unilaterale, l'art. 11 l. 241/90 riguarderebbe, in sostanza, solo gli accordi c.d. eventuali. In questo senso v. M. IMMORBIDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, pp. 144 ss.

³⁰⁴ La prima fattispecie di accordi che consentivano la negoziazione delle norme del piano regolatore con soggetti privati, con conseguente possibilità di derogare ad esso mediante l'introduzione di una variante, è costituita dai Programmi Integrati di Intervento (PPI) (v. P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto Urbanistico*, cit., pp. 187 ss.) introdotti dalla L. n. 179 del 1992. Il PPI, tuttavia, così come il piano di lottizzazione, mantiene la funzione di piano urbanistico attuativo e non si pone a monte, nel momento di esercizio discrezionale della potestà pianificatoria. Anche tali piani sono stati ricondotti alla categoria del partenariato pubblico-privato da TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 15 gennaio 2008, n. 7, in., TAR, 2008, 1, I, p. 34, in virtù di una serie di requisiti: l'impegno economico del privato a fronte di un ritorno economico associato almeno in parte al rischio di gestione, la presenza di negoziati che possono intervenire sia prima della scelta del partner che successivamente.

goria di accordi “preparatori o procedimentali” e sono riconducibili al modello di cui all’art. 11 l. n. 241 del 1990.

Ci si è chiesti se l’art. 13 comma 1 della l. 241/1990 – laddove prevede, riferendosi all’art. 11, che «*le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell’attività della pubblica amministrazione diretta all’emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione*» – impedisca di stipulare accordi “a monte” e dunque di configurare una pianificazione territoriale mediante moduli consensuali. Parte della dottrina³⁰⁵ e della giurisprudenza³⁰⁶, conformemente ad una interpretazione di tipo letterale, affermano che dal combinato disposto degli artt. 11 e 13 della l. 241/1990 si evincerebbe la non ammissibilità di accordi per la determinazione di prescrizioni pianificatorie generali: i moduli consensuali sarebbero pertanto ammessi solo a livello attuativo.

Secondo altra dottrina, invece, con la previsione contenuta nell’art. 13 della l. 241/1990 il legislatore ha voluto non estendere l’automatica applicazione degli istituti generali dell’azione amministrativa all’ordinamento urbanistico senza escludere, tuttavia, che i principi sanciti dalla legge sul procedimento possano riguardare anche tale ordinamento. Pertanto le Regioni, a cui spetta la disciplina di dettaglio, potrebbero prevedere accordi anche nella fase pianificatoria³⁰⁷.

Nell’attività bilaterale tra amministrazione e privati che viene in rilievo non in sede di attuazione ma di pianificazione, in cui il privato riceve volumi edificatori in cambio della cessione gratuita di aree di sua proprietà o della realizzazione di opere di interesse collettivo, può configurarsi una ipotesi di PPP. Si rinvergono infatti i

³⁰⁵ G. PAGLIARI, *Gli accordi urbanistici tra P.A. e Privati*, in *Riv. giur. urb.*, 4, 2008, p. 490.

³⁰⁶ Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 6685/2002, afferma che “l’amministrazione per accordi ex art. 13 l. n. 241/1990 non può avere ad oggetto i poteri di pianificazione e programmazione che rappresentano, per espressa volontà di legge, il punto di primo raccordo tra livello politico e livello amministrativo”. Nello stesso senso TAR Toscana, Firenze, sez. I, sent. n. 383/2009, secondo cui risulta indispensabile una previsione legislativa degli accordi “di pianificazione”, si esclude che la disciplina degli accordi integrativi di provvedimento dell’art. 11 si applichi agli atti di pianificazione e di programmazione e, quindi, agli atti propri della pianificazione urbanistica anche se possono essere le singole leggi di settore, cui lo stesso art. 13 rinvia, a prevedere accordi infraprocedimentali, come avviene per le convenzioni di lottizzazione, e a questi accordi previsti da disposizioni espresse si estendono in via suppletiva le disposizioni dettate in via generale dall’art. 11. Anche Cass. Civ., Sez. Un., sent. n. 1262/2000 afferma che “lo sbarramento dell’art. 13 opera solo con riferimento a, provvedimenti di pianificazione generale programmatica espressione di scelte politiche. In dottrina, G. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., pp. 691-692; G. CUGURRA, *Accordi e pianificazione territoriale e ambientale*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, p. 143.

³⁰⁷ M. DE DONNO, *Il principio di consensualità nel governo del territorio: le convenzioni urbanistiche*, in *Riv. Giur. Pausania.it*, 9 settembre 2010, p. 26.

caratteri dell'apporto economico privato al fine di conseguire obiettivi di interesse collettivo e dell'aleatorietà dell'investimento. Il profilo del rischio sussiste in quanto i soggetti privati si impegnano all'accrescimento infrastrutturale nella prospettiva di ottenere le risorse idonee a realizzare le opere attraverso la trasformazione dei diritti edificatori che il Comune cede come corrispettivo.

9.2. *Perequazione urbanistica: la nuova pianificazione territoriale mediante accordi*

La perequazione urbanistica costituisce uno degli esempi più rilevanti di urbanistica negoziata e tende ad una equa remunerazione della proprietà incisa dagli interventi di trasformazione del territorio. Essa si sostanzia in un'attività di conformazione del territorio volta alla ricerca dell'accordo con i soggetti interessati, confermando le più recenti tendenze evolutive del diritto amministrativo dirette ad incentivare la maggiore partecipazione del privato nel procedimento di scelta pubblica.

Attraverso gli strumenti perequativi, che implicano l'adozione di misure urbanistiche partecipate, il privato contribuisce alla trasformazione urbana, secondo il principio di sussidiarietà orizzontale previsto dall'articolo 118, 4 comma, della Costituzione.

Il contenuto di questi accordi è “in funzione della variazione del piano poiché la diversa conformazione del territorio richiesta comporta nuovi o diversi diritti edificatori e nuovi impegni dei privati non previsti dal piano urbanistico (effetto e consolidamento dell'accordo ratificato dal Consiglio comunale). Si tratta cioè, sempre secondo la più attenta dottrina, di ‘codeterminazione’ degli assetti urbanistici pubblico/privato a monte delle vigenti norme di piano, concordate proprio in funzione della modificazione degli assetti esistenti”³⁰⁸. L'ente pubblico diviene una sorta di “regolatore del mercato” dei diritti edificatori mantenendo un ruolo fondamentale che si traduce sia nel decidere i comparti in cui realizzare tecniche perequative, sia nello scegliere il “modello” di perequazione da realizzare concretamente. Esistono infatti una pluralità di varianti applicative di tali misure: perequazione, compensazione e primarietà edilizia³⁰⁹.

³⁰⁸ Così P. URBANI, *Pianificare per accordi*, cit.

³⁰⁹ Il tratto in comune dei diversi tipi di perequazione consiste nell'attitudine a generare diritti edificatori. L'art. 5, comma 3, del d.l. n. 70/2011 (c.d. d.l. Sviluppo), per garantire la certezza nella circolazione dei diritti edificatori ha inserito nel comma 1 dell'art. 2643 c.c. il n. 2-*bis* che prevede la trascrizione

La perequazione trova la sua *ratio* in una esigenza di giustizia distributiva e consente di attribuire un valore edificatorio anche alle proprietà qualificate come non edificabili dal piano onde eliminare la discriminatorietà intrinseca allo strumento della zonizzazione³¹⁰ delineato dalla legge urbanistica fondamentale n. 1150/1942. Con la tecnica della zonizzazione il territorio viene suddiviso in aree omogenee dal punto di vista naturalistico e strutturale e a ciascuna zona viene riconosciuta una determinata vocazione che si traduce in una diversa possibilità di utilizzo (es. zone con vocazione edificatoria, agricola, industriale, etc.). Le previsioni di zonizzazione sono frutto di un potere discrezionale particolarmente ampio che ha un forte impatto sul valore economico delle aree di riferimento condizionando anche la possibilità di edificare o meno un terreno. Ciò determina inevitabili sperequazioni e iniquità tra privati proprietari di aree collocate nelle diverse zone, taluni avvantaggiati dalle scelte compiute dall'amministrazione in quanto proprietari di fondi interessati da destinazioni edificatorie e altri impoveriti perché destinatari di disposizioni riduttive della capacità edificatoria³¹¹. Pertanto è sorta l'esigenza di individuare strumenti perequativi nella pianificazione che consentono la ripartizione della capacità edificatoria prescindendo dall'edificabilità effettiva delle singole aree interessate dalla trasformazione urbanistica³¹². In particolare si prevede l'attribuzione di diritti edificatori "potenziali" o "virtuali" anche ai proprietari di aree non edificabili. Tuttavia, tali diritti per poter essere esercitati di fatto dovranno essere ceduti ai proprietari di aree edificabili i quali, sebbene titolari dello *ius aedificandi* in astratto, non possono però esercitarlo in concreto perché l'area soggetta a perequazione non raggiunge il limite minimo dell'indice di edificabilità necessario. Ne consegue che tali soggetti, al

zione dei "contratti che trasferiscono i diritti edificatori comunque denominati nelle normative regionali e nei conseguenti strumenti di pianificazione territoriale, nonché nelle convenzioni urbanistiche ad essi relative". Tali diritti si connotano per essere svincolati dal fondo e suscettibili di essere trasferiti e negoziati. Mentre nella perequazione in senso stretto sussiste un collegamento genetico tra diritto e terreno di provenienza, quest'ultimo potrebbe essere assente in caso di compensazione e incentivazione.

³¹⁰ P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 9, afferma che "il carattere più specifico e problematico del diritto urbanistico è costituito dalla sua sostanziale incompatibilità con i principi di uguaglianza dei cittadini e di imparzialità dell'azione della Pubblica Amministrazione. Il suo effetto principale è quello di conformare la proprietà immobiliare e poiché le destinazioni non possono essere le stesse nei vari casi, il diritto urbanistico riveste necessariamente un carattere discriminatorio".

³¹¹ A. POLICE, *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività* in *Riv. giur. edil.*, n. 1/2004; S. VASTA, *Perequazione urbanistica e giustizia distributiva*, in *Riv. giur. urb.*, n. 3/ 2009.

³¹² S. VASTA *Perequazione urbanistica e giustizia distributiva*, cit., p. 356.

fine di raggiungere la capacità edificatoria minima, saranno incentivati ad acquistare diritti edificatori da coloro che sono privi del diritto ad edificare³¹³.

Mediante tale tecnica si consente ai Comuni di disporre di aree pubbliche per servizi senza affrontare onerose procedure espropriative e la conflittualità che ad esse consegue. L'obiettivo è quello di superare il rigido principio della divisione in zone monofunzionali che si rivela spesso elemento di rigidità pianificatoria³¹⁴. Il c.d. comparto perequativo è stato valorizzato quale strumento di partenariato pubblico-privato³¹⁵.

I diritti edificatori vengono utilizzati non solo in funzione di una giustizia redistributiva ma altresì con finalità incentivante o compensativa.

La compensazione urbanistica³¹⁶ si pone come alternativa all'espropriazione: in presenza di un vincolo preordinato all'esproprio il proprietario cede il suo terreno al Comune in cambio di diritti edificatori da utilizzare in un'altra area³¹⁷. La cessione compensativa prevede dunque la corresponsione da parte della p.a. di un corrispettivo non pecuniario, come avverrebbe in caso di procedimento ablatorio o di acquisizione bonaria dell'area, ma in volumetria o aree in permuta.

³¹³ Nella vita dei diritti edificatori gli urbanisti distinguono tre fasi: a) il decollo: fase in cui si creano i diritti edificatori da parte dell'ente comunale in seguito a procedimenti perequativi, compensativi o incentivanti b) il volo: fase in cui i diritti non possono essere ancora esercitati benché siano già stati attribuiti ma possono essere trasferiti a terzi c) l'atterraggio: fase in cui i diritti edificatori vengono esercitati congiungendosi con un fondo considerato edificabile dai piani urbanistici diverso da quello che li ha generati

³¹⁴ P. URBANI *Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio e principio perequativo nella pianificazione urbanistica comunale*, Relazione tenuta al Congresso nazionale dei notai "Urbanistica e attività notarile: nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni", Bari, 11 giugno 2011.

³¹⁵ TAR Puglia, Bari, Sez. II, 20 maggio 2010, n. 1961, precisa che "Dal comparto edificatorio va tenuto distinto quello che nella prassi viene denominato "comparto perequativo", che è svincolato dai limiti del comparto edificatorio, prescinde totalmente, nella fase di formazione, dalla iniziativa pubblica, ed è stato concepito quale istituto finalizzato a valorizzare il partenariato tra pubblico e privato. Nel "comparto perequativo", in particolare, non hanno rilevanza fondamentale i confini: qui l'amministrazione concepisce – sovente attraverso quelle che vengono denominate "schede progetto" – un progetto unitario i cui confini ed il cui contenuto possono tuttavia essere modificati da diverse soluzioni progettuali della proprietà al fine di facilitare l'accordo tra i proprietari".

³¹⁶ G. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009, p. 144, distingue due tipi di compensazione: la compensazione espropriativa e quella urbanistica. La compensazione espropriativa si realizza nell'attribuzione al proprietario espropriato di un indice edificatorio da utilizzare in un altro terreno come indennizzo. La compensazione urbanistica si applica in presenza di vincoli non espropriativi, non soggetti a decadenza quinquennale, ma fortemente limitativi delle capacità edificatorie e quindi del valore immobiliare dell'area. Anche in questo caso, a titolo di indennizzo, vengono riconosciuti ai proprietari indici edificatori da spendere altrove.

³¹⁷ La Corte Costituzionale, con sentenza 20 maggio 1999 n. 179, nonostante l'assenza di specifiche previsioni normative nazionali, ha riconosciuto la legittimità di istituti compensativi che si attuano mediante l'attribuzione di quote di edificabilità da sfruttare in altre zone, come alternativa al pagamento dell'indennizzo espropriativo.

Il fenomeno perequativo, dunque, risponde anche ad una istanza di tipo pragmatico e non solo di natura etico-redistributiva³¹⁸. Venuta meno dal 2005 la tipicità degli accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo, la dottrina³¹⁹ ha ritenuto che gli accordi di compensazione possano trovare lì il loro fondamento legale.

Per quanto concerne la funzione incentivante si rileva che soprattutto nelle premialità edilizie³²⁰ emerge il ruolo della perequazione come peculiare strumento di partenariato pubblico-privato: in tal caso il privato si accolla gli oneri legati alla riqualificazione di aree degradate e alla realizzazione di opere di urbanizzazione ottenendo come corrispettivo diritti edificatori aggiuntivi a quelli riconosciuti in via ordinaria dal piano. Attraverso l'intervento dei privati nella riqualificazione urbanistica ed ambientale degli spazi urbani i Comuni realizzano i fini di interesse generale a loro attribuiti senza sostenere i costi legati alle procedure espropriative. Pertanto, mentre il privato diventa soggetto attivo nel processo di trasformazione del territorio, i Comuni conseguono benefici per la collettività senza ulteriori costi.

Viene in rilievo un contratto di partenariato pubblico-privato con specifica remunerazione in diritti: il corrispettivo dell'intera operazione urbanistica è infatti costituito da un'attribuzione da parte della p.a. di capacità edificatoria. Sussiste

³¹⁸ La perequazione si pone come un'alternativa al vincolo (essa infatti non prevede l'apposizione di un vincolo espropriativo sulle aree destinate ai servizi pubblici) e si fonda su una scelta razionale dei singoli proprietari che ritengono conveniente aderire alle decisioni in ordine ad un certo assetto territoriale. L'elemento consensuale si colloca nel momento conformativo della proprietà privata poiché solo se c'è il consenso il piano perequativo è realizzabile; esso inoltre può essere garantito solo attraverso la realizzazione di sufficienti vantaggi per i privati chiamati ad esprimerlo. Diversamente nella compensazione il vincolo è sempre presente, il momento autoritativo è presupposto del fenomeno che è volto a risolvere gli effetti negativi delle previsioni urbanistiche sfavorevoli: con il loro consenso i privati incisi dal vincolo possono ottenere un vantaggio superiore a quello ritraibile dall'indennizzo pecuniario. In merito alla differenza tra cessione perequativa e compensativa v. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 17 settembre 2009, n. 4671, che ha affermato "la cessione perequativa è prevista dall'art. 11 comma 1 e 2 della L. R. 12/05 ed è alternativa all'espropriazione perché non prevede l'apposizione di un vincolo preespropriativo sulle aree destinate a servizi pubblici ma prevede che tutti i proprietari, sia quelli che possono edificare sulle loro aree sia quelli i cui immobili dovranno realizzare la città pubblica, partecipino alla realizzazione delle infrastrutture pubbliche attraverso l'equa ed uniforme distribuzione di diritti edificatori indipendentemente dalla localizzazione delle aree per attrezzature pubbliche e dei relativi obblighi nei confronti del Comune. La cessione compensativa invece si caratterizza per l'individuazione da parte del pianificatore di aree, destinate alla costruzione della città pubblica, rispetto ai quali l'amministrazione non può rinunciare a priori al vincolo ed alla facoltà imperativa ed unilaterale di acquisizione coattiva delle aree. In queste aree, il Comune appone il vincolo preespropriativo ed entro il termine di cinque anni deve fare ricorso all'espropriazione con la possibilità di ristorare il proprietario mediante attribuzione di 'crediti compensativi' od aree in permuta in luogo dell'usuale indennizzo pecuniario."

³¹⁹ P. URBANI, *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011, p. 152.

³²⁰ R. GAROFOLI- G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1239; in tal senso v. A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)*, in *Riv. giur. urb.*, n. 4/2008, p. 429.

anche il profilo del rischio in quanto il privato si impegna nella prospettiva di ottenere le risorse idonee a realizzare le opere di urbanizzazione e la riqualificazione di aree degradate grazie alla trasformazione, che avverrà in una fase successiva, dei diritti edificatori ceduti dal Comune come corrispettivo.

In assenza di una legge nazionale che disponga in via generale la loro ammissibilità, in dottrina si è discusso della legittimità degli strumenti perequativi introdotti da diverse leggi regionali che prevedono accordi in sede pianificatoria riconducendoli espressamente all'art. 11 della L. 241/90³²¹.

Per quanto concerne il peculiare strumento perequativo si rileva che il Consiglio di Stato³²² ha individuato la copertura normativa nel combinato disposto degli

³²¹ Ad esempio in Emilia Romagna (l. n. 20 del 2000) si è previsto all'art. 18 che: "Gli enti locali possono concludere accordi con soggetti privati per assumere nella pianificazione proposte di progetti e iniziative di rilevante interesse per la comunità locale, al fine di determinare talune previsioni del contenuto discrezionale degli atti di pianificazione territoriale e urbanistica, nel rispetto della legislazione e pianificazione sovraordinata vigente e senza pregiudizio dei diritti dei terzi (...) L'accordo costituisce parte integrante dello strumento di pianificazione cui accede ed è soggetto alle medesime forme di pubblicità e di partecipazione. L'accordo è recepito con la delibera di adozione dello strumento ed è condizionato alla conferma delle sue previsioni nel piano approvato". Anche in Umbria, nella l. n. 11 del 2005 all'art. 12 è stabilito che: "I soggetti privati singoli o associati, durante le fasi di deposito e pubblicazione del p. r.g., parte operativa, possono partecipare alla sua definizione e a quelle delle relative varianti, proponendo i piani attuativi (...) o i programmi urbanistici (...) accompagnati da atti d'obbligo unilaterali relativi agli impegni anche economici dei proponenti in materia di infrastrutture, di dotazioni territoriali e funzionali minime. Qualora il Comune accolga in sede di esame delle osservazioni tali proposte, il loro contenuto si intende adottato anche come piano attuativo o programma urbanistico (...) è comunque fatto salvo quanto stabilito dalle disposizioni in materia di procedure concorsuali di evidenza pubblica". In Veneto, nella l. n. 11 del 2004 all'art. 6 è disposto: "I Comuni, le Province e la Regione, nei limiti delle competenze di cui alla presente legge, possono concludere accordi con soggetti privati per assumere nella pianificazione proposte di progetti ed iniziative di rilevante interesse pubblico. Gli accordi (...) sono finalizzati alla determinazione di alcune previsioni del contenuto discrezionale degli atti di pianificazione territoriale ed urbanistica, nel rispetto della legislazione e della pianificazione sovraordinata, senza pregiudizio dei diritti dei terzi. L'accordo costituisce parte integrante dello strumento di pianificazione cui accede ed è soggetto alle medesime forme di pubblicità e di partecipazione. L'accordo è recepito con il provvedimento di adozione dello strumento di pianificazione ed è condizionato alla conferma delle sue previsioni nel piano approvato".

³²² Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545, relativamente al PRG del Comune di Roma, ha affermato che "Gli istituti perequativi della cessione di aree e del contributo straordinario disciplinati dal piano regolatore generale della città di Roma non violano il principio di legalità e trovano il loro fondamento nel potere pianificatorio e di governo del territorio e nella possibilità di stipulare accordi sostitutivi di provvedimenti. La «copertura» normativa alla previsione degli strumenti consensuali per il perseguimento di finalità perequative (e ciò vale sia per la cessione di aree che per il contributo straordinario) va individuata nel combinato disposto degli art. 1, 1° comma *bis*, e 11 l. n. 241/90, in riferimento al quale si rileva che con la «novella» del 2005 il legislatore ha optato per una piena e assoluta fungibilità dello strumento consensuale rispetto a quello autoritativo, sul presupposto della maggiore idoneità del primo al perseguimento degli obiettivi di pubblico interesse; pertanto, essendo venuta meno la previgente riserva di legge per i casi in cui alle amministrazioni è consentito ricorrere ad accordi in sostituzione di provvedimenti autoritativi, il che non significa introdurre il principio della atipicità degli strumenti consensuali in contrapposizione a quello di tipicità e nominatività dei provvedimenti, atteso che lo strumento convenzionale dovrà pur sempre prendere il posto di un provvedimento autoritativo fra quelli «tipici» disciplinati dalla legge: a garanzia del rispetto di tale

artt. 1 comma 1 *bis* e art. 11 della l. 241/1990. Tuttavia il Supremo Consesso della Giustizia amministrativa ha avuto modo di sottolineare come si ravvisi, comunque, “l’opportunità che lo Stato intervenga a disciplinare in maniera chiara ed esaustiva la perequazione urbanistica, nell’ambito di una legge generale sul governo del territorio, la cui adozione sarebbe auspicabile alla luce dell’inadeguatezza della normativa pregressa a fronte delle profonde innovazioni conosciute negli ultimi decenni dal diritto amministrativo e da quello urbanistico”.

Secondo una parte della dottrina la copertura legislativa statale di questo istituto può invece oggi individuarsi nel d.l. Sviluppo che, riferendosi alla circolazione dei diritti edificatori, espressamente richiama le normative regionali³²³.

limite, lo stesso art. 11 l. n. 241/90 prevede l’obbligo di una previa determinazione amministrativa che anticipi e legittimi il ricorso allo strumento dell’accordo”.

³²³ L’art. 5, comma 3, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con l. 12 luglio 2011, n. 106 (c.d. Decreto Sviluppo) dispone che «per garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori, all’articolo 2643, comma 1, del codice civile, dopo il n. 2), è inserito il seguente: “2-*bis*) i contratti che trasferiscono i diritti edificatori comunque denominati nelle normative regionali e nei conseguenti strumenti di pianificazione territoriale”, nonché nelle convenzioni urbanistiche ad essi relative».

CAPITOLO II

PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO IN AMBITO CULTURALE

1. Introduzione al tema

Il sistema culturale è stato da sempre connotato da un forte dualismo e separazione tra il settore pubblico e quello privato anche in virtù della tradizionale esclusività attribuita, nell'ambito delle attività concernenti i beni culturali, agli strumenti di conservazione affidati alla mano pubblica. Come emerge evidentemente dalla l. 1089/1939 (Tutela delle cose d'interesse artistico o storico; c.d. Legge Bottai), che per prima è intervenuta nel disciplinare la funzione di tutela del patrimonio artistico concentrandosi essenzialmente sui lavori di manutenzione e restauro, il quadro istituzionale generale era caratterizzato dalla totalizzante centralità dell'amministrazione statale detentrici di poteri insieme regolatori, operativi e sanzionatori.

A partire dalla seconda metà del secolo scorso, complice anche l'influenza della Carta Costituzionale³²⁴ e delle fonti normative sovranazionali, iniziano a stemperarsi le resistenze, anche culturali, verso possibili forme di collaborazione con soggetti privati in tale ambito. Tale cambiamento è dovuto soprattutto a ragioni fattuali quali la scarsità di risorse pubbliche e la necessità di colmare insufficienze organizzative e funzionali degli apparati amministrativi. Quest'ultima esigenza diventa più pressante in virtù della mutata realtà sociale che attribuisce alla cultura un compito di primo rilievo nella crescita sociale e intellettuale della persona. Ne consegue una maggiore considerazione dei "fruitori culturali" quali soggetti portatori di interesse meritevoli di tutela in quanto il diritto alla più ampia accessibilità e disponibilità dei beni e dei prodotti delle attività culturali costituisce mezzo di emancipazione che concorre ad agevolare il pieno sviluppo della persona umana sancito dall'art. 3 Cost. Sorge quindi la necessità di introdurre strumenti operativi idonei a far fronte alle richieste della collettività tese ad ottenere una maggiore fruizione dei beni culturali

³²⁴ L. CASINI, *Beni culturali*, voce in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, p. 680, osserva che la vigenza della Costituzione repubblicana ha determinato "l'abbandono di una concezione estetizzante ed elitaria delle cose d'arte, a favore di un processo di democratizzazione del patrimonio del patrimonio storico e artistico della Nazione" a cui è conseguito il superamento della "concezione totalizzante della tutela".

non solo tramite l'acquisizione di ogni valore che contribuisce alla formazione intellettuale e morale dell'individuo ma altresì mediante la possibilità di apportare un contributo attivo alla vita culturale.

A seguito di tale evoluzione divenne inevitabile l'attribuzione di un espresso rilievo giuridico al profilo gestionale e, soprattutto, all'attività di valorizzazione, «*consistente nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso*»³²⁵. Quest'ultima trovò un primo riconoscimento legislativo negli anni Sessanta, con la legge n. 310 del 1964, istitutiva della Commissione Franceschini per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico artistico e del paesaggio, la quale, nella relazione finale, metteva in luce la funzione sociale di tale patrimonio da intendersi “come fattore di sviluppo intellettuale e morale della persona”³²⁶.

In presenza di situazioni organizzative e gestionali insufficienti e data la evidente difficoltà degli apparati pubblici a svolgere tali compiti, anche a causa delle precarie finanze statali, le attività di valorizzazione e gestione vedono l'ingresso di soggetti privati. Ciò avviene in corrispondenza della maggiore considerazione attribuita nell'azione amministrativa non solo al principio dell'efficienza, ma anche a quelli di efficacia, economicità, specializzazione e rispondenza ai risultati, a cui consegue la necessità di semplificare l'apparato pubblicistico, anche mediante esternalizzazioni, e di utilizzare competenze e conoscenze qualificate per adeguare i servizi alle aspettative degli utenti in modo da renderli più funzionali alle dinamiche della concorrenza e del mercato³²⁷. Inoltre, la propensione all'esternalizzazione, costituisce anche il precipitato del mutato rapporto fra settore pubblico e privato in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale nell'ambito dell'azione pubblica.

Accanto alla figura dei privati no profit operanti per la soddisfazione di interessi generali la cui importanza nel funzionamento concreto del sistema di beni culturali è significativamente cresciuta e attestata anche di recente³²⁸, viene in rilievo la figura

³²⁵ Art. 6 D.lgs. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio).

³²⁶ P. DRAGONI, *Processo al museo. Sessant'anni di dibattito sulla valorizzazione museale in Italia*, Firenze, 2010, p. 54.

³²⁷ F. TRIMARCHI, *Sistemi gestionali e forme contrattuali dell'outsourcing nella pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2002.

³²⁸ Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 117, Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106.

del privato-impresa, nella duplice veste di gestore di attività esternalizzate e di sponsor a sostegno dei compiti della amministrazione.

Si evidenzia che la linea seguita dal legislatore in merito al coinvolgimento di soggetti privati ed imprese in ambito culturale non appare uniforme³²⁹. L'attenzione degli ultimi anni su tale fronte si è indirizzata non tanto verso l'incentivazione di forme di esternalizzazione quanto sul "mantenimento pressoché totale della gestione, salvo i casi di sponsorizzazione tecnica di lavori, all'interno di una amministrazione pubblica razionalizzata per specializzazione funzionale e l'apertura, questa sì reale e crescente, all'apporto di risorse esterne a patto però di mantenerne l'esternità della condizione"³³⁰. Quanto affermato emerge in maniera evidente dalla riforma Franceschini³³¹ che, nell'ambito della più complessiva riorganizzazione del MIBACT, con il D.L. n. 83/14 recante "*Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo*", convertito nella l. n. 106/14, ha riconosciuto "alle strutture pubbliche votate per eccellenza alla valorizzazione del patrimonio culturale, e cioè ai musei statali, quei caratteri di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile per la gestione diretta delle attività di valorizzazione"³³².

La linea "intermedia" abbracciata dal legislatore con la menzionata riforma, volta ad attrarre soggetti privati nella veste di finanziatori, si è concretizzata anche con l'introduzione del credito di imposta (c.d. Art bonus) a favore di coloro i quali effettuino erogazioni liberali a sostegno della cultura e dello spettacolo³³³.

³²⁹ M. CAMMELLI, *Ordinamento dei beni culturali: principi e elementi evolutivi*, relazione al Convegno dell'Unione nazionale avvocati amministrativisti "*I beni culturali, tra diritto ed economia e tra centro e periferia*", Ravello 27-29 ottobre 2017 in www.unioneamministrativisti.it, evidenzia che "dall'originaria autosufficienza del Ministero competente si è passati alle improvvise e amplissime aperture (v. l'art. 33 della legge 448/2001) di un sistema ad ampio raggio di concessioni a soggetti non statali della gestione di servizi per la fruizione pubblica e la valorizzazione del patrimonio artistico, per fare ritorno di nuovo alla chiusura operata nel più efficace e tradizionale dei modi: evitando di porre mano al regolamento, necessario per l'attuazione. Con il risultato, ad oggi, che su un versante decisivo come questo della cooperazione pubblico/privato abbiamo un regolamento ma non l'originaria disposizione legislativa del 1998 che lo prevedeva e che è stata abrogata dal Codice nel 2004, mentre disponiamo di una legge più recente (la 448/2001) rimasta però priva di quanto previsto per essere operativa così come sono rimaste sulla carta le soluzioni immaginate dagli artt. 112.5 e 115.3 e 5 del Codice. Stando così le cose, non meraviglia il fatto che del largo coinvolgimento funzionale e operativo di soggetti esterni e di imprese che la migliore letteratura del settore immaginava affidato a forme di cooperazione o a vere e proprie esternalizzazioni, sia rimasto ben poco".

³³⁰ M. CAMMELLI, *Ordinamento dei beni culturali: principi e elementi evolutivi*, cit.

³³¹ Sulla riforma Franceschini v. CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, 2016; CAMMELLI, *Problemi, soluzioni, riforme*, in *Aedon*, n. 2/2016; CASINI, *Il nuovo statuto giuridico dei musei italiani*, in *Aedon*, n. 3/2014.

³³² M. CAMMELLI, *Ordinamento dei beni culturali: principi e elementi evolutivi*, cit.

³³³ Il D.L. 31 maggio 2014, n. 83, convertito con modificazioni nella Legge 29 luglio 2014, n. 106, ha introdotto un credito di imposta per favorire le erogazioni liberali a sostegno della cultura ("*Art - Bonus*").

Più recentemente, sulla stessa linea, si è operato uno snellimento della procedura di sponsorizzazione ad opera di apposite disposizioni dettate dal Codice dei contratti pubblici (artt. 19 e 151 d.lgs. 50/2016) in modo da attrarre risorse private finalizzate alle attività di valorizzazione, conservazione e restauro dei beni culturali³³⁴.

Prima di analizzare l'aspetto relativo alla collaborazione tra pubblica amministrazione e soggetti privati nel settore in esame appare indispensabile soffermarsi sul concetto di bene culturale e sulle principali attività che sono ad esso strettamente connesse.

2. La nozione di bene culturale: cenni sull'evoluzione normativa

La nozione di bene culturale oggi accolta è il frutto di un processo che vede la sua origine nella metà degli anni Sessanta³³⁵ quando venne istituita una Commissione di indagine per la tutela e la valorizzazione delle cose d'interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio, nota come "Commissione Franceschini"³³⁶ dal nome del suo presidente. In particolare, nella sua prima Dichiarazione, la Commissione stabilì che "appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i 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*".

³³⁴ A. SAU, *La disciplina dei contratti pubblici relativi ai beni culturali tra esigenze di semplificazione e profili di specialità*, in *Aedon* n. 1/2017 (Rivista di arti e diritto *on line*).

³³⁵ Fino a quel momento gli oggetti ora rientranti nella categoria di bene culturale venivano considerati "cose d'arte" così come si evince dalla legge n. 1089/1939, che esprimeva una nozione "estetizzante" dei beni culturali, idonea a ricomprendere solo una parte di essi e legata al supporto fisico, al valore materiale del bene. Tale legge, inoltre, concentrava la disciplina esclusivamente sulla conservazione dei beni in esame, sostanziandosi in una tutela impositiva di vincoli e divieti di alienazione ed esportazione. Sulla concezione estetizzante v. M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, Milano, 1976, p. 14 e N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 38.

³³⁶ L'obiettivo della Commissione, così come previsto dall'art. 1 della legge 26 aprile 1964 n. 310 che l'ha istituita, era quello "di condurre una indagine sulle condizioni attuali e sulle esigenze in ordine alla tutela e alla valorizzazione delle cose di interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio e di formulare proposte concrete al fine di perseguire i seguenti obiettivi: 1) revisione delle leggi di tutela (in coordinamento, quando necessario, con quelle urbanistiche) nonché delle strutture e degli ordinamenti amministrativi e contabili); 2) ordinamento del personale, in rapporto alle effettive esigenze; 3) adeguamento dei mezzi finanziari". Per un approfondimento sull'operato della Commissione si veda G. VOLPE, *Manuale di diritto dei beni culturali. Storia e attualità*, Cedam, Padova, 2013.

Con tale definizione è stata superata la c.d. concezione “estetizzante” del bene culturale accolta dalla legge 1089/1939 (c.d. Legge Bottai)³³⁷ la quale si riferiva alle “cose d’arte”³³⁸. Il bene cultura, alla luce di siffatta nuova concezione, viene protetto per ragioni storiche, a prescindere da considerazioni circa il pregio estetico e le qualità artistiche³³⁹ della *res*, ponendo l’attenzione sul “significato di documento del tempo e dell’ambiente in cui è sorta”³⁴⁰.

³³⁷ La legge del 1 giugno 1939, n. 1089, che si riferiva alle “cose d’arte”, all’art. 1 affermava che sono soggette alle norme della presente legge le «cose mobili o immobili che presentano cose di interesse storico, artistico, archeologico o etnografico» e inoltre sono ivi comprese le cose che interessano la paleontologia, la preistoria, la numismatica, nonché manoscritti, carteggi, autografi, documenti, libri, stampe e incisioni aventi rarità, nonché ville parchi giardini di interesse storico ed artistico. Ulteriore legge vigente all’epoca in cui la Commissione Franceschini formulò la nuova nozione di bene culturale era quella che si riferiva alle “bellezze naturali” (legge del 29 giugno 1939, n. 1497) precisando all’art. 1 che «sono soggette a questa legge 1) cose immobili avente caratteri di bellezza naturale, 2) ville, giardini e parchi che si distinguono per la loro non comune bellezza, 3) i complessi di cose immobili ce compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale, 4) bellezze panoramiche considerate quadri naturali». In relazione all’impostazione giuridica tradizionale del tempo v. M.S. GIANNINI, *I beni pubblici. Dispense delle lezioni del Corso di Diritto Amministrativo tenute nell’anno Acc. 1962-63*, Bulzoni, Roma, 1963, pp. 87-89, che sottolinea “Cose d’arte è locuzione ormai entrata nell’uso corrente per indicare cose mobili e immobili che hanno un valore culturale di particolare importanza. La L. 1939/1089, che oggi la disciplina, le chiama «cose d’interesse artistico, storico, archeologico, etnografico»”. Aggiunge inoltre come “Le parole del testo normativo hanno valore puramente esemplificativo, dovendosi considerare comprese nella categoria anche le cose che interessano la musicologia, la filmologia, l’antropologia, ecc.: più semplicemente può dirsi che sono le cose che interessano le arti e la storia, in tutte le loro manifestazioni o oggetti di studio... nel sistema della legge vigente, le cose d’arte, in ordine alla loro appartenenza, sono classificate in tre gruppi: dello Stato, di persone giuridiche (diverse dallo Stato), di privati”. Nello specifico, le cose d’arte dello Stato sono esclusivamente le cose demaniali, ossia di “proprietà collettiva demaniale, in quanto esse sono lasciate al libero godimento della collettività, e non invece riservate allo Stato-ente per i suoi fini aziendali”. Le cose d’arte “di persone giuridiche – non importa se pubbliche o private, ma esclusi, sembra, gli enti pubblici territoriali – e quelle di privati sono invece da ritenere di proprietà divisa”. Si evidenzia che la dicotomica visione della proprietà del bene culturale in pubblica e privata viene superata dallo stesso Giannini nel successivo scritto *I beni culturali*, cit., p. 20, con l’avvento della nuova nozione di bene culturale delineata dalla Commissione Franceschini in cui si propone una configurazione giuridica unitaria del bene culturale a prescindere dalla titolarità. In questo senso “se l’appartenenza dei beni culturali può variare, la funzione è sempre unica, ed unitarie sono le potestà statali di fondo nelle quali si esprime la sostanza della funzione, ossia le potestà di tutela e valorizzazione”.

³³⁸ Secondo G. SEVERINI, *La nozione di bene culturale e le tipologie di beni culturali*, in G. CAIA (a cura di), *Il testo unico sui beni culturali ed ambientali*, Milano, 2000, pp. 1 ss., “utilizzare la dizione beni culturali in luogo di cose d’arte implica una scelta anche ideale. Non si tratta solo di una questione estrinseca e terminologica, perché sotto queste due diverse espressioni, o modi di indicare questo settore, stanno accezioni ben diverse, per non dire opposte, dell’oggetto di questa materia e della ingerenza pubblica nel mondo dei privati. Detto in breve, la nozione tradizionale dell’oggetto in questo ordinamento, incentrata sugli oggetti o le cose d’arte storico-artistico, reputa essenziali le connotazioni della materialità e della normatività (...), all’opposto la nozione dell’oggetto (...) incentrata sul bene culturale, si riferisce ad un’occasionale rappresentazione di un valore immateriale esterno ed espressivo dell’ambiente storico e sociale”.

³³⁹ Sul punto, cfr. A. MIGNOZZI, *La proprietà culturale. Strumenti privatistici di gestione e valorizzazione dei beni culturali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pp. 57 ss.

³⁴⁰ S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *L’amministrazione dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 160 ss.

La definizione racchiusa nella locuzione “testimonianza avente valore di civiltà” stimolò l’interesse di diversi studiosi, in particolare Massimo Severo Giannini³⁴¹ giunse alla conclusione che essa fosse in grado di “aderire ad ogni sorta di cosa”, passata e presente³⁴². L’autore individuò quale elemento qualificante il bene culturale la sua immaterialità in quanto ciò che lo identifica è il valore culturale e non il supporto materiale³⁴³. Secondo Giannini, inoltre, tale bene “è pubblico non in quanto bene di appartenenza, ma in quanto bene di fruizione”³⁴⁴, dunque ulteriore requisito che lo caratterizza, oltre l’immaterialità, è la pubblicità: nonostante la titolarità della cosa possa essere pubblica o privata, ciò che rileva è la funzione che essa deve assolvere.

³⁴¹ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit.

³⁴² M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., p. 8, afferma che “... Si dà del bene culturale una nozione che potrà anche essere empirica per lo scienziato che si occupi di civiltà e di cultura, ma che per il giurista è semplicemente una nozione aperta, il cui contenuto viene dato da teorici di altre discipline, volta per volta, o anche per categorie di oggetti (e difatti nel progetto della Commissione Franceschini è previsto che intere categorie di cose possono essere dichiarate beni culturali) ... In questo modo la nozione di bene culturale come testimonianza materiale avente valore di civiltà può anche essere assunta come nozione giuridicamente valida, restando però certo che è nozione liminale, ossia nozione a cui la normativa giuridica non dà un proprio contenuto, una propria definizione per altri giuridicamente conchiusi, bensì opera mediante rinvio a discipline non giuridiche”.

³⁴³ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., p. 24, delinea la struttura complessa del concetto di bene culturale, rilevando come in esso convivano un valore patrimoniale, insito nella *res* ed oggetto di diritti di proprietà ed un valore culturale immateriale, oggetto di situazioni giuridiche attive del potere pubblico. L’A. afferma che il bene culturale ha come supporto una cosa, però non si identifica con la cosa stessa, bensì, come bene radicato nel valore culturale inerente alla cosa. Egli aggiunge (p. 26 ss.) che “il carattere immateriale del bene culturale è sempre individuabile (...) in quanto bene culturale, la cosa è di per sé testimonianza avente valore di civiltà, mentre in quanto bene patrimoniale può addirittura non esistere... si può constatare come non vi sia corrispondenza univoca tra valore culturale e valore commerciale della cosa”. Inoltre precisa (p. 14) che la Commissione Franceschini ha avuto il merito di allargare la nozione di bene culturale fino ad allora vigente mediante “l’adozione di una nozione che fosse insieme onnicomprensiva e definita, e che sostituisce al criterio estetizzante un più esatto criterio storicistico”. In relazione alla nozione gianniniana si veda da ultimo la ricostruzione operata da G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 1/2014 (Rivista di arti e diritto *on line*). In senso critico alla ricostruzione operata da Giannini T. ALIBRANDI, (voce) *Beni culturali: I) Beni culturali e ambientali*, in *Enc. Giur.*, vol. V, Roma, 1988, pp. 1-5 secondo cui “... per i beni culturali, la cui identità è connessa ad un valore ideale che risulta profondamente penetrato nell’elemento materiale. Nell’opera d’arte, come in ogni altra cosa in cui si riconosce un valore culturale che giustifica la soggezione della cosa allo speciale regime di tutela, il profilo ideale che è oggetto di protezione si è talmente impadronito della materia in cui si esprime da restarne definitivamente prigioniero, così che esso si pone come oggetto di protezione giuridica inscindibilmente dalla cosa che lo racchiude”.

³⁴⁴ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., p. 20, osserva che “se l’appartenenza dei beni culturali può variare, la funzione è sempre unica, ed unitarie sono le potestà statali di fondo nelle quali si esprime la sostanza della funzione, ossia le potestà di tutela e di valorizzazione”. L’A. distingue (p. 32) tra fruizione del bene culturale e la sua fruibilità, in particolare “fruibilità significa obbligo di permettere la fruizione, e quando all’obbligo si è adempiuto, il potere pubblico è in regola; le attività promozionali o gli incentivi alla fruizione sono infatti, giuridicamente, attività volontarie e non invece necessarie, come quelle attinenti alla fruibilità. In questo senso il bene culturale è pubblico”. La fruibilità è dunque un dovere dei pubblici poteri che devono soddisfare un pubblico interesse.

Benché si fosse diffusa nell'uso corrente, l'espressione «bene culturale» trovò riconoscimento legislativo esplicito³⁴⁵ solo con l'istituzione, ad opera del d. l. 14 dicembre 1974, n. 657, conv. dalla l. 29 gennaio 1975, n. 5, del Ministero per i beni culturali e ambientali. Venne successivamente richiamata dalle leggi successive senza però essere accompagnata da alcuna esplicitazione in ordine al suo significato. Per ottenere una definizione normativa bisognerà attendere il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112³⁴⁶ che all'art. 148, comma 1, lett. a) descrive i beni culturali come «*quelli che compongono il patrimonio storico, artistico, monumentale, demoetnoantropologico, archeologico, archivistico e librario e gli altri che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà così individuati in base alla legge*»³⁴⁷. La norma riproduce la nozione elaborata dalla Commissione Franceschini facendole però perdere il connotato della materialità. Dunque il concetto di “cultura”, fino ad allora ristretto al bene artistico-storico, viene esteso a tutte le testimonianze aventi valore di civiltà, anche prive di un supporto reale³⁴⁸, sancendo così il passaggio “da un’accezione di tipo materialistico, legata alle cose *quae tangi possunt*, ad una diversa connotazione, di tipo immateriale, che vede nel bene un valore espressivo di un ambiente storico e sociale”³⁴⁹.

La successiva formalizzazione legale del concetto di bene culturale si rinviene nel Testo Unico per i beni culturali ed ambientali – d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 – che all'art. 2³⁵⁰ riproduce l'elenco delle cose d'arte indicate negli artt. 1 e 2 della legge n. 1089/1939 a

³⁴⁵ M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, ed. II, Giuffrè, Milano, 2012, p. 21, precisa che “il primo ingresso dell’espressione beni culturali nell’ordinamento italiano avvenne con il d.l. 14 dicembre 1974, n. 657, conv. dalla l. 29 gennaio 1975, n. 5, di istituzione del Ministero per i beni culturali e ambientali”.

³⁴⁶ D.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 -Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni e agli enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59.

³⁴⁷ Per un commento sulla definizione contenuta nel d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 v. N. AICARDI, *L’ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, cit., p. 49 e M.P., CHITI, *La nuova nozione di “beni culturali” nel d.l. n. 112/1998: prime note esegetiche*, in *Aedon*, n. 1/1998, (Rivista di arti e diritto *on line*).

³⁴⁸ I beni culturali immateriali si distinguono dai “comuni” beni culturali per la loro intangibilità; essi non consistono in cose mobili o immobili e sono correlati alle dinamiche culturali dei popoli: spettacoli, musiche, folklore, canti, giochi, feste, tradizioni, cibi, mitologie, riti e credenze popolari.

³⁴⁹ In questi termini Cons. St., VI, 17 ottobre 2003, n. 6344. Sull’estensione ai beni culturali immateriali N. AICARDI, *L’ordinamento amministrativo dei beni culturali*, cit., p. 53, afferma che “l’omesso riferimento alla consistenza tangibile dei beni ha l’effetto di includere, nella nozione di cui si tratta, non solo i beni culturali dotati di un supporto materiale... ma anche i c.d. «beni culturali- attività» o beni «immateriali o volatili». Con tali espressioni si intendono beni che, a volte, possono essere tali anche in senso giuridico (...) ma che, più spesso, non sono nemmeno beni in senso giuridico, bensì semplici fenomeni sociali della tradizione popolare o folklorica (costumi, riti, canti, dialetti, cibi, ecc.)”.

³⁵⁰ D.lgs. 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 entrato in vigore l’11 gennaio

cui aggiunge, all'art. 4³⁵¹, la nozione elaborata dalla Commissione Franceschini e successivamente codificata, con le modifiche evidenziate, nel d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112. Attualmente la definizione di bene culturale³⁵² si desume dall'art. 2, comma 2, e dagli art. 10³⁵³ e

2000. L'art. 2, "Patrimonio storico, artistico, demo-etno-antropologico, archeologico, archivistico, librario", stabilisce che: «1. Sono beni culturali disciplinati a norma di questo Titolo: a) le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico, o demo-etnoantropologico; b) le cose immobili che, a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura in genere, rivestono un interesse particolarmente importante; c) le collezioni o serie di oggetti che, per tradizione, fama, e particolari caratteristiche ambientali, rivestono come complesso un eccezionale interesse artistico o storico; d) i beni archivistici; e) i beni librari. 2. Sono comprese tra le cose indicate nel comma 1, lettera a): a) le cose che interessano la paleontologia, la preistoria e le primitive civiltà; b) le cose di interesse numismatico; c) i manoscritti, gli autografi, i carteggi, i documenti notevoli, gli incunaboli, nonché i libri, le stampe, le incisioni aventi carattere di rarità e pregio; d) le carte geografiche e gli spartiti musicali aventi carattere di rarità e di pregio artistico o storico; e) le fotografie con relativi negativi e matrici, aventi carattere di rarità e di pregio artistico o storico; f) le ville, i parchi e i giardini che abbiano interesse artistico o storico; 3. Sono comprese tra le collezioni indicate nel comma 1, lettera c), quali testimonianze di rilevanza storico-culturale, le raccolte librarie appartenenti ai privati, se di eccezionale interesse culturale. 4. Sono beni archivistici: a) gli archivi e i singoli documenti dello Stato; b) gli archivi e i singoli documenti degli enti pubblici; c) gli archivi e i singoli documenti, appartenenti a privati, che rivestono notevole interesse storico. 5. Sono beni librari le raccolte librarie delle biblioteche dello Stato e degli enti pubblici, quelle indicate nel comma 3 e, qualunque sia il loro supporto, i beni indicati al comma 2, lettere c) e d). 6. Non sono soggette alla disciplina di questo Titolo, a norma del comma 1, lettera a), le opere di autori viventi o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni».

³⁵¹ Art. 4 D.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 (Nuove categorie di beni culturali) stabilisce che: «1. Beni non ricompresi nelle categorie elencate agli artt. 2 e 3 sono individuati dalla legge come beni culturali in quanto testimonianza avente valore di civiltà».

³⁵² Sulla definizione di bene culturale, più di recente: Corte Cost., 17 luglio 2013, n. 194, con nota di L. CASINI, «Le parole e le cose»: la nozione giuridica di bene culturale nella legislazione regionale, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2014, pp. 257 ss. Più in generale: M. AINIS, M. FIORILLO, *I beni culturali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 1449 ss.; S. CASSESE, *Il futuro della disciplina dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 7/2012, pp. 781 ss. Per un'analisi approfondita dei risvolti economici del sistema cultura, A.L. TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, Giappichelli, Torino, 2006.

³⁵³ Art. 10 D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, "Beni culturali", stabilisce che «1. Sono beni culturali 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, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico. (comma così modificato dall'art. 2 del d.lgs. n. 62 del 2008). 2. Sono inoltre beni culturali: 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 librarie delle biblioteche dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente e istituto pubblico, ad eccezione delle raccolte che assolvono alle funzioni delle biblioteche indicate all'articolo 47, comma 2, del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616. (lettera così modificata dall'art. 2 del d.lgs. n. 156 del 2006 poi dall'art. 2 del d.lgs. n. 62 del 2008). 3. Sono altresì beni culturali, quando sia intervenuta la dichiarazione prevista dall'articolo 13: a) le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante, appartenenti a soggetti diversi da quelli indicati al comma 1; b) gli archivi e i singoli documenti, appartenenti a privati, che rivestono interesse storico particolarmente importante; c) le raccolte librarie, appartenenti a privati, di eccezionale interesse culturale; d) le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose; (lettera così modificata dall'art. 2 del d.lgs. n. 62 del

11³⁵⁴ del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 e s.m.i., recante il “*Codice dei beni culturali e del paesaggio ai sensi dell’art. 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137*”, conosciuto anche come “Codice Urbani”, che ha abrogato e sostituito il Testo Unico del 1999³⁵⁵.

2008); d-bis) le cose, a chiunque appartenenti, che presentano un interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico eccezionale per l’integrità e la completezza del patrimonio culturale della Nazione; (lettera introdotta dall’art. 1, comma 175, lettera a), legge n. 124 del 2017) e) le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti, che non siano ricomprese fra quelle indicate al comma 2 e che, per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, ovvero per rilevanza artistica, storica, archeologica, numismatica o etnoantropologica, rivestano come complesso un eccezionale interesse. (lettera così modificata dall’art. 2 del d.lgs. n. 156 del 2006 poi dall’art. 2 del d.lgs. n. 62 del 2008) 4. Sono comprese 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; (lettera così modificata dall’art. 2 del d.lgs. n. 156 del 2006 poi dall’art. 2 del d.lgs. n. 62 del 2008) 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. (lettera così modificata dall’art. 2 del d.lgs. n. 156 del 2006) 5. 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 settanta anni, nonché le cose indicate al comma 3, lettera d-bis), che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni. (comma così sostituito dall’art. 1, comma 175, lettera a), legge n. 124 del 2017)».

³⁵⁴ Art. 11 D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, “*Cose oggetto di specifiche disposizioni di tutela*”, stabilisce che: «1. Sono assoggettate alle disposizioni espressamente richiamate le seguenti tipologie di cose: (comma così modificato dall’art. 2 del d.lgs. n. 62 del 2008) a) gli affreschi, gli stemmi, i graffiti, le lapidi, le iscrizioni, i tabernacoli ed altri elementi decorativi di edifici, esposti o non alla pubblica vista, di cui all’articolo 50, comma 1; (lettera così modificata dall’art. 2 del d.lgs. n. 156 del 2006) b) gli studi d’artista, di cui all’articolo 51; c) le aree pubbliche di cui all’articolo 52; d) le opere di pittura, di scultura, di grafica e qualsiasi oggetto d’arte di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre settanta anni, a termini degli articoli 64 e 65; (lettera così modificata dall’art. 1, comma 175, lettera b), legge n. 124 del 2017) e) le opere dell’architettura contemporanea di particolare valore artistico, a termini dell’articolo 37; f) le fotografie, con relativi negativi e matrici, gli esemplari di opere cinematografiche, audiovisive o di sequenze di immagini in movimento, le documentazioni di manifestazioni, sonore o verbali, comunque realizzate, la cui produzione risalga ad oltre venticinque anni, a termini dell’articolo 65, comma 3, lettera c); g) i mezzi di trasporto aventi più di settantacinque anni, a termini degli articoli 65, comma 3, lettera c), e 67, comma 2; h) i beni e gli strumenti di interesse per la storia della scienza e della tecnica aventi più di cinquanta anni, a termini dell’articolo 65, comma 3, lettera c); i) le vestigia individuate dalla vigente normativa in materia di tutela del patrimonio storico della Prima guerra mondiale, di cui all’articolo 50, comma 2. 1-bis. Per le cose di cui al comma 1, resta ferma l’applicabilità delle disposizioni di cui agli articoli 12 e 13, qualora sussistano i presupposti e le condizioni stabiliti dall’articolo 10. (comma introdotto dall’art. 2 del d.lgs. n. 62 del 2008)».

³⁵⁵ Sul Codice in questione si richiamano, a partire dai trattati più recenti: M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit.; M. CAMMELLI (a cura di), con il coordinamento di C. BARBATI e G. SCIULLO, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Il Mulino, Bologna, 2007; G. LEONE, A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, Cedam, Padova, 2006; A.L. MACCARI e V. PIERGIGLI, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, Giuffrè, Milano, 2006; N. ASSINI, G. CORDINI, *I beni culturali e paesaggistici*, Cedam, Padova, 2006; A. ANGIULLI, V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giappichelli, Torino, 2005; G. TROTTA, G. CAIA, N. AICARDI (a cura di),

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. 42/2004 il "patrimonio culturale"³⁵⁶ è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici, in coerenza con quanto sancito dall'art. 9 Cost. che distingue fra il «paesaggio» e il «patrimonio storico e artistico». Il concetto di patrimonio culturale, pertanto, non si riduce alla sommatoria delle diverse categorie di beni culturali, come avveniva nel Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali (d.lgs. 490/1999), ma si estende anche al paesaggio quale «territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni» (art. 131 d.lgs. 42/2004). L'art. 10 del Codice dei beni culturali descrive i beni culturali come quelle cose, mobili o immobili, che presentino carattere di interesse artistico, storico, archeologico e etnoantropologico distinguendo tra beni di appartenenza pubblica e beni di appartenenza privata.

Appare evidente l'impostazione "storicistica" e "materiale"³⁵⁷ abbracciata dal Codice che non viene sconfessata nemmeno dall'introduzione nel corpo di quest'ul-

Codice dei beni culturali e del paesaggio, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2005, 5-6, pp. 1045 ss.; R. TAMIOZZO (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2005; G. CAIA (a cura di), *Il testo unico sui beni culturali e ambientali*, Giuffrè, Milano, 2000. Per un'esposizione sistematica della materia si si rinvia a C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO, *Il diritto dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2006; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, R. SAVOIA, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Jovene, Napoli, 2008; A. CROSSETTI, D. VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, Giappichelli, Torino, 2011.

³⁵⁶ Il patrimonio culturale, ai sensi dell'articolo 2 del Codice dei beni culturali, «è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici. Sono beni culturali 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. Sono beni paesaggistici 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». E ancora, «i beni del patrimonio culturale di appartenenza pubblica sono destinati alla fruizione della collettività, compatibilmente con le esigenze di uso istituzionale e sempre che non vi ostino ragioni di tutela». E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, in E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma Tre Press, Roma, 2017, p. 57, afferma che "Nel concetto di 'patrimonio culturale', infatti, non sono ricomprese solamente le "cose" ma anche ciò che quelle "cose" esprimono, quei valori e quegli interessi di cui esse sono portatrici, dai quali si ricava il carattere profondamente valoriale, e non meramente economico (o meglio, patrimoniale *stricto sensu*), con cui il legislatore ha voluto riempire tale espressione. L'interesse della collettività non si fonda sui beni ma sui valori ad esso inerenti. L'espressione 'patrimonio culturale' deve essere intesa in senso lato e non meramente civilistico, per indicare quel complesso di beni sottoposti alla disciplina speciale dettata dal Codice. La relazione di accompagnamento al Codice precisa che «la nozione culturale, sociale e giuridico di patrimonio culturale della Nazione, assurge al rango di principio unificatore e informatore del settore nella sua interezza». Il 'patrimonio culturale nazionale' costituisce, quindi, un insieme eterogeneo e complesso, ma unitario che contribuisce a consolidare nel tempo il valore identitario della Nazione, senza che rilevi la loro appartenenza a privati, ad un ente pubblico e allo Stato".

³⁵⁷ S. CASSESE, *Il futuro della disciplina dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 782 (lo stesso Autore aveva espresso il medesimo concetto, che mantiene intatta la sua validità, molti anni prima dell'introduzione del Codice dei beni culturali e del paesaggio nell'opera *L'Amministrazione dello*

timo dell'art. 7 *bis*, avvenuta ad opera del decreto legislativo 26 marzo 2008, n. 62 a seguito della ratifica³⁵⁸ delle Convenzioni Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale (2003) e per la protezione e la promozione delle diversità culturali (2005). L'art. 7-*bis* istituisce la categoria delle «espressioni di identità culturale collettiva» tra i beni rientranti tra quelli culturali e stabilisce che «*le espressioni di identità culturale collettiva contemplate nelle Convenzioni Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali, adottate a Parigi, rispettivamente il 3 novembre 2003 ed il 20 ottobre 2005, sono assoggettabili alle disposizioni del presente codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'art. 10*».

La disciplina codicistica non si uniforma a quanto previsto dalle suddette Convenzioni richiedendo, ai fini della protezione beni culturali immateriali, che si estrinsechino in oggetti dotati di una connotazione fisica e tangibile.

3. Tutela, valorizzazione e gestione dei beni culturali

Lo sviluppo e la promozione della cultura si collocano necessariamente al centro degli obiettivi di crescita civile, sociale ed economica del nostro Paese, depositario di un inestimabile³⁵⁹ patrimonio storico e artistico nei confronti del quale vi è un dovere, in primo luogo morale, di tutela, valorizzazione e gestione³⁶⁰. Appare opportuno chiarire l'esatta portata semantica di queste attività poiché la distinzione si ripercuote sulla differente attribuzione delle funzioni, sia legislative che amministrative³⁶¹.

Stato, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 152 ss., in cui aveva affermato che “la ricostruzione dei beni culturali è tutta svolta con l’occhio alle cose che siano beni culturali: al fondo della concezione c’è sempre una cosa oggetto di un diritto patrimoniale”); G. SEVERINI, *Commento agli artt. 1-2*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 27, si riferisce ad “una concezione reale e normativa di bene culturale, ma “non esclusiva di addizioni future di nuove categorie”.

³⁵⁸ Ratifica avvenuta con la legge 27 Settembre 2007, n. 167.

³⁵⁹ Come enumera significativamente l'Eurispes nel 2017, in Italia, avente una superficie che rappresenta solo lo 0,20% dell'intera superficie di terre emerse del pianeta, è concentrato quasi il 70% dei beni culturali presenti al mondo di cui ben 53 sono stati riconosciuti patrimonio mondiale dell'umanità dall'Unesco

³⁶⁰ Un esame completo e aggiornato in C. BARBATI, M. CAMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, il Mulino, Bologna, 2017 e in particolare il cap. III (tutela) di G. SCIULLO e il cap. IV (valorizzazione e gestione) di L. CASINI.

³⁶¹ N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali*, cit., p. 78.

La funzione di tutela, come è noto, è la prima ad essere stata oggetto di interventi legislativi, a partire dalla legge n. 1089 del 1939 (Tutela delle cose d'interesse artistico o storico; c.d. Legge Bottai)³⁶²: il legislatore si pone inizialmente in un'ottica eminentemente conservativa del patrimonio culturale, che si esprime essenzialmente nei lavori di manutenzione e restauro³⁶³. Solo con la L. 310/1964, istitutiva della Commissione Franceschini (Commissione di indagine per la tutela e la valorizzazione delle cose di interesse storico, archeologico e artistico e del paesaggio)³⁶⁴, si

³⁶² C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 54 ss. In realtà si osserva (E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, cit.) che le prime disposizioni di tutela hanno origini ben più antiche "è necessario, infatti, risalire al XV secolo, quando furono emanate le prime bolle papali volte ad evitare il danneggiamento di edifici e lo spoglio di marmi dalle chiese. In seguito, particolare valore storico-giuridico riveste l'Editto del Cardinale Pacca, emanato nel 1820, che può essere considerato il primo vero e proprio provvedimento di salvaguardia, destinato ad incidere profondamente anche sulle legislazioni successive, innanzitutto su quelle degli Stati italiani preunitari. Tale editto si caratterizza per l'introduzione di misure volte da un lato alla conservazione ed al restauro di taluni beni, dall'altro alla individuazione e catalogazione delle 'cose d'arte' presenti nelle chiese. Dopo l'Unità d'Italia, con la legge 12 giugno 1902 n. 185 (c.d. Legge Nasi), si introduce, infine, la prima normativa organica "nazionale" che ha il merito di sancire il principio di inalienabilità di alcuni beni culturali, proibendo, inoltre, l'esportazione di una serie di beni, individuati da un 'catalogo unico' nazionale dei monumenti e delle opere di interesse storico, artistico e archeologico di proprietà statale, istituito dalla stessa legge (evidente il riferimento all'Editto Pacca). Seguirono la ben nota legge 20 giugno 1909, n. 364 (c.d. legge Rosadi) e il suo regolamento applicativo 30 gennaio 1913 n. 363 (tuttora in vigore) e, successivamente, la già citata legge n. 1089/1939 (c.d. legge Bottai), improntate ad una tutela eminentemente statica e conservativa del patrimonio artistico, avendo principalmente a cuore il problema della salvaguardia del patrimonio culturale, che tenevano debitamente conto dei rischi di abbandono e di incuria ben presenti anche all'epoca. Il divieto di modificazione o restauro senza autorizzazione, il diritto di prelazione o di acquisto coattivo nelle ipotesi di circolazione od esportazione, ma anche l'inalienabilità delle cose d'arte appartenenti ad enti pubblici, che rappresentano solo alcuni fra i primi esempi delle modalità di attuazione della disciplina di tutela dei beni culturali, sono nate in quegli anni e sostanzialmente si sono protratte, evolvendosi, sino ai nostri giorni". In senso conforme, cfr. T. ALIBRANDI, P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, ed. IV, Giuffrè, Milano, 2001, p. 3 e M. AINIS -M. FIORILLO. *L'ordinamento della cultura*, Milano, 2003, p. 86.

³⁶³ A. WIZEMANN, F. ALBERTI, *L'assetto organizzativo della fondazione per la gestione dei beni e delle attività culturali*, cit., p. 2, evidenziano come "per decenni sia prevalsa un'impostazione orientata alla tutela dei beni culturali, che se da un lato ha determinato un'indiscussa eccellenza italiana delle competenze in campo di conservazione e restauro, dall'altro ha causato un ripiegamento su se stesso del comparto culturale e una carenza in termini di valorizzazione del patrimonio, parallelamente ad una scarsa o assente attenzione per le esigenze, le percezioni, le preferenze del pubblico". Cfr. S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 7/1998, p. 673.

³⁶⁴ E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, cit., precisa che "Il termine 'valorizzazione' compare compiutamente per la prima volta con la legge 26 aprile 1964 n. 310, istitutiva della Commissione Franceschini. L'enunciato «valorizzazione dei beni culturali» è poi adoperato dal d.l. 14 dicembre 1974, n. 657, di istituzione del Ministero per i beni culturali ambientali (che ha preso questa denominazione con la legge di conversione 20 gennaio 1975, n. 5), e successivamente ricorre anche nel D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616. Solo con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, concernente il 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), nell'ambito del riparto tra Stato, Regioni ed altri enti locali, tale funzione viene poi introdotta nella più recente disciplina di settore. Del concetto di valorizzazione si occupa la lettera e) dell'art. 148 del d.lgs. n. 112/1998 che la definisce come «ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali e a incrementarne la fruizione». Le funzioni definite dall'art. 148, ossia la gestione e la valorizzazione, pur riconoscendo la propedeuticità di entrambe alle finalità di tutela, evidenziano soprattutto i colle-

supera la precedente impostazione e, coerentemente alle indicazioni offerte dalla lettura evolutiva dell'art. 9 Cost.³⁶⁵, si giunge ad un riconoscimento espresso della funzione di valorizzazione la quale, garantendo una adeguata fruizione dei beni in esame, riveste un significativo ruolo nell'assolvere al dovere di promozione della cultura, compito assegnato alla Repubblica dalla suddetta disposizione costituzionale.

Successivamente, con il decreto legge n. 657/1974 di istituzione del Ministero per i beni culturali e per l'ambiente, il termine valorizzazione compare tra i suoi compiti divenendo ufficialmente una delle funzioni della nuova amministrazione dei beni culturali³⁶⁶. In seguito, con la Legge Ronchey n. 4/1992, vennero individuate le attività di valorizzazione essenzialmente nei c. d. servizi aggiuntivi presso musei, biblioteche e archivi di Stato³⁶⁷.

Se si vuole segnare una linea di demarcazione tra le due funzioni in esame, in via di prima approssimazione, si può affermare che la tutela si traduce in un'attività statica in cui ruolo di primo piano riveste la conservazione dei beni culturali³⁶⁸, ossia la salvaguardia sia dell'integrità fisica del bene che della sua sicurezza, e quindi delle condizioni di contesto idonee a preservare il valore culturale³⁶⁹. In ciò si differenzia dalla valorizzazione³⁷⁰ che ricomprende tutte le attività finalizzate a sviluppare e

gamenti funzionali che esistono tra gli interventi di gestione e le attività di valorizzazione, tanto da rendere difficile l'individuazione della linea di confine che separa gli uni dalle altre. Con la successiva riforma del Titolo V, tale funzione, assumendo un connotato più sostanziale, viene affidata alla legislazione concorrente dello Stato e delle Regioni, ai sensi dell'art. 117 Cost.”.

³⁶⁵ Secondo G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, cit., pp. 55 ss., nell'iniziale interpretazione dell'art. 9 Cost. si rinveniva una chiara impostazione pubblicistica che “nel comporre il contrasto tra regime di appartenenza dei beni ed interesse sociale alla tutela e fruizione collettiva si rifà alla consolidata figura delle limitazioni amministrative al diritto di proprietà” e constitui “la principale causa ostativa al superamento di una visione essenzialmente vincolistica dei modi di tutela dei beni di interesse culturale. Infatti le disposizioni di diritto positivo ricercano la salvaguardia dell'interesse pubblico quasi esclusivamente attraverso il ricorso a vincoli, a divieti, ad inibizioni all'uso dei beni, volti a circoscrivere le facoltà che normalmente competono ai titolari del diritto di proprietà”.

³⁶⁶ L'art. 2 del decreto legge n. 657 del 1974 si apriva affermando che «il Ministero provvede alla tutela ed alla valorizzazione del patrimonio culturale del Paese».

³⁶⁷ A. LAZZARO, *Innovazione tecnologica e patrimonio culturale tra diffusione della cultura e regolamentazione*, in *federalismi.it*, 20 dicembre 2017.

³⁶⁸ P.G. FERRI, *Beni culturali e ambientali nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. II, Torino, 1987.

³⁶⁹ T. ALIBRANDI, P.G. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, ed. IV, Giuffrè, Milano, 2001.

³⁷⁰ Sul concetto e la funzione della valorizzazione si vedano i saggi di N. AICARDI, *Recenti sviluppi sulla distinzione tra “tutela” e “valorizzazione” dei beni culturali e sul ruolo del ministero per i Beni e le Attività culturali in materia di valorizzazione del patrimonio culturale di appartenenza statale*, in *Aedon* n. 1/2003; G. SEVERINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. giur. urb.*, n. 3/2013, pp. 238 ss.; M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio di pubblica utilità*, in *Aedon*, n. 2/2007; C. BARBATI, *La valorizzazione: gli artt. 101, 104, 107, 112, 115, 119*, in *Aedon*, n. 3/2008; C. BARBATI, *La valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Aedon* n. 1/2004; L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2001, pp. 651 ss.; ID., *Valorizzazione e fruizione dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2004, pp. 479 ss.; ID., *La*

garantire la fruizione collettiva dei beni culturali³⁷¹ e che consiste in un'azione dinamica perché esposta a quelle trasformazioni indotte dall'evoluzione sociale sulle modalità e preferenze del pubblico nel godimento di tali beni³⁷².

La distinzione tra tutela e valorizzazione trova prima codificazione nel d.lgs. 112/1998³⁷³ che, nel trasferire una parte di funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni e agli altri enti territoriali, ha voluto conferire autonomia normativa al concetto di valorizzazione scorporandolo da quello più ampio di tutela³⁷⁴. L'art. 148, comma 1, descrive alla lett. c) la "tutela" come «ogni attività diretta a riconoscere, conservare e proteggere i beni culturali e ambientali» e alla lett. e) la "valorizzazione" come «ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali e ambientali e ad incrementarne la fruizione».

L'articolo in esame, tuttavia, non fornisce una chiara differenziazione in merito alle finalità ricondotte alle due funzioni³⁷⁵ menzionate (emblematico in tal senso è lo scopo di «conservare i beni culturali» proprio della tutela, difficilmente distinguibile dall'obiettivo di «migliorare le condizioni di conservazione» caratterizzante la valorizzazione³⁷⁶) determinando inevitabili incertezze applicative³⁷⁷. Inoltre prevede una ulteriore funzione, quella di gestione, descritta 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» (art. 148, lett. d), finendo per creare una serie di sovrapposizioni e ripetizioni tra le diverse definizioni illustrate³⁷⁸.

valorizzazione dei beni culturali tra pubblico e privato, in V. PIERGIGLI, A.L. MACCARI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, nonché i volumi di D. VAIANO, *La valorizzazione dei beni culturali*, Giappichelli, Torino, 2011; L. DEGRASSI, *Cultura e istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008; D. AMIRANTE e V. DE FALCO (a cura di), *Tutela e valorizzazione dei beni culturali. Aspetti sovranazionali e comparati*, Giappichelli, Torino, 2005; P. BILANCIA (a cura di), *La valorizzazione dei beni culturali. Modelli giuridici di gestione integrata*, Franco Angeli, Milano, 2006;

³⁷¹ T. ALIBRANDI, P.G. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, cit.

³⁷² L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, cit., p. 651.

³⁷³ d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (*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*).

³⁷⁴ P. CARPENTIERI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali*, in *Urb. e app.*, n. 9/2003, p. 1018.

³⁷⁵ S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 7/1998, pp. 673 ss.

³⁷⁶ D. VAIANO, *La valorizzazione dei beni culturali*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 58 ss.

³⁷⁷ G. SCIULLO, *Beni culturali e principi della delega*, in *Aedon*, n. 1/1998; M.P. CHITI, *La nuova nozione di "beni culturali" nel d.lg. 112/1998: prime note esegetiche*, *ivi*; M. CAMMELLI, *Il decentramento difficile*, *ivi*; e, con posizioni differenti, M. AINIS, *Il decentramento possibile*, *ivi*.

³⁷⁸ S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 7/1998, p. 673, che, riferendosi alle definizioni contenute nell'art. 148 d.lgs. 112/98, afferma "è evidente che, in

Il Testo Unico 490/1999, anche alla luce delle difficoltà di individuare con nettezza e precisione i contenuti delle suddette funzioni, non accolse il binomio tutela/valorizzazione preferendo la più agevole distinzione tra conservazione e valorizzazione.

Successivamente è intervenuta la legge costituzionale n. 3/2001 (*Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*)³⁷⁹ che ha riformato l'art. 117 Cost. prevedendo una divisione della competenza legislativa in materia di beni culturali: la tutela spetta alla potestà esclusiva dello Stato (art. 117, 2 comma) mentre la valorizzazione è attribuita alla potestà concorrente Stato-Regioni (art. 117, 3 comma)³⁸⁰. In tale materia le Regioni dettano quindi la disciplina di dettaglio nel rispetto dei principi fissati dalla legislazione nazionale i quali si rinvencono agli artt. 111 e ss. del decreto legislativo n. 42 del 2004 (Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio).

In merito alla ripartizione delle funzioni amministrative, invece, l'art. 118 Cost., dopo aver previsto il c.d. principio del municipalismo di preferenza (art. 118, comma 1, Cost.) e il criterio secondo il quale il conferimento delle funzioni avviene con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze (art. 118, comma 2, Cost.), stabilisce al penultimo comma che la legge statale disciplina le forme di intesa e coordinamento nella materia di tutela dei beni culturali tra Stato e Regioni e gli altri enti autonomi territoriali³⁸¹.

A seguito della delineata scissione operata dalla riforma costituzionale si è assistito ad un copioso dibattito dottrinale e giurisprudenziale volto a delineare con maggiore precisione la linea di confine tra le attività in esame, in modo da agevolare gli sforzi interpretativi e la risoluzione dei conflitti di competenza tra Stato e Regioni.

Tale operazione ermeneutica si è rivelata particolarmente insidiosa dato lo stretto collegamento sussistente tra le funzioni in parola le quali spesso appaiono

queste definizioni, tra gestione e valorizzazione vi è una notevole sovrapposizione, in quanto ambedue dirette ad assicurare la finalità ultima della fruizione. Dunque, le definizioni sono insoddisfacenti perché circolari”.

³⁷⁹ D. NARDELLA, *I beni culturali tra Stato e Regioni e la Riforma del Titolo V della Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 692. V. anche R. MARZOCCA, *La distinzione tra “tutela e valorizzazione” dei beni culturali, dopo la riforma del titolo V parte II della Costituzione*, pubblicato in www.AmbienteDiritto.it il 21/11/2005.

³⁸⁰ Ne consegue che anche la potestà regolamentare, la quale, in virtù dell'art. 117 comma 6 della Costituzione, spetta allo Stato nelle sole materie di legislazione esclusiva e salvo delega alle Regioni, si dividerà nella tutela attribuita allo Stato e la valorizzazione di competenza delle Regioni.

³⁸¹ M. CECCHETTI, *Ambiente, paesaggio e beni culturali*, in G. CORSO, V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Parte speciale, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 408 ss., dà conto del dibattito sul significato di questa disposizione.

difficilmente separabili nella loro portata concreta³⁸², tanto da condurre alla considerazione secondo cui “ogni attività di valorizzazione non può prescindere da una correlata tutela ed ogni efficace azione di tutela si traduce nella valorizzazione del bene stesso”³⁸³.

La Corte Costituzionale³⁸⁴, in una pronuncia di pochi anni successiva alla riforma del Titolo V del 2001, ha stabilito che la tutela “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 di riconoscere il bene culturale come tale”, la valorizzazione, invece, “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”.

Le nozioni di tutela e valorizzazione si rinvergono anche nel d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), secondo cui la prima «*consiste nell’esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette, sulla base di un’adeguata attività conoscitiva, ad individuare i beni costituenti il patrimonio*

³⁸² C. PRELE, *La valorizzazione dei beni culturali. Brevi considerazioni*, in *www.diritto.it*, luglio 2002, afferma che “Dunque, la tutela è rivolta alla conservazione del bene, la gestione attiene alla fruizione, la valorizzazione è finalizzata alla fruizione ed accresce l’accessibilità dei beni. Occorre peraltro osservare come la distinzione tra le funzioni non abbia contorni netti; al contrario esse risultano così interrelate che il legislatore, nel fornire le definizioni delle singole funzioni, ha usato riferimenti ad altra funzione. In particolare, risultano particolarmente interrelate gestione e valorizzazione: una buona fruizione del bene richiede attività di valorizzazione. La valorizzazione contiene, altresì, elementi propri della tutela, quali il miglioramento della conservazione fisica dei beni e della loro sicurezza, integrità e valore”.

³⁸³ E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, cit. Altra dottrina (G. SCIULLO, *Le funzioni*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 60) coglie elementi di sovrapposizione tra le due funzioni “è indubbia la sovrapposizione di ambiti fra tutela e valorizzazione: la garanzia della conservazione costituisce una finalità immediata della tutela, ma al contempo la promozione e il sostegno degli interventi di conservazione rappresentano ambiti/fini della valorizzazione. Simmetricamente l’assicurare le migliori condizioni di fruizione pubblica è finalità propria della valorizzazione, ma la pubblica fruizione costituisce il fine ultimo della protezione e conservazione, e quindi della tutela”. In senso conforme C. BARBATI, *La valorizzazione del patrimonio culturale (art. 6)*, in *Aedon*, n. 1/2004; L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, cit., pp. 651 ss.; D. MONE, *Il sistema delle fonti dei beni culturali tra giurisprudenza e prospettive di riforma costituzionale con particolare riferimento alla disciplina dei musei*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, pp. 64 ss.

³⁸⁴ Corte Cost., sentenza 13 gennaio 2004, n. 9 afferma che la distinzione tra tutela e valorizzazione a seguito della riforma costituzionale del 2001 riflette quanto stabilito nel decreto legislativo n. 112 del 1998 agli artt. 148, 149, 150 e 152. Si richiama quanto espresso in una pronuncia precedente (sentenza 26 marzo 2003, n. 94) in cui la Corte ha sottolineato che “La distinzione tra 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 (“*Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni e 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 ed ambientali a norma dell’art. 1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352*”).

culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione» (art. 3, comma 1) e «l'esercizio delle funzioni di tutela si esplica anche attraverso provvedimenti volti a conformare e regolare diritti e comportamenti inerenti al patrimonio culturale» (comma 2)³⁸⁵, mentre la valorizzazione «consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, anche da parte delle persone diversamente abili, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Essa comprende anche la promozione e il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale (...)» (art. 6, comma 1)³⁸⁶. Sebbene siffatte definizioni assumano contorni maggiormente definiti rispetto a quelle contenute nel d.lgs. 112/1998, l'identità del fine perseguito (la pubblica fruizione) e la circostanza che la valorizzazione comprenda anche la promozione e il sostegno degli interventi di conservazione – interventi che di per sé rientrerebbero nella nozione di tutela – non consente di superare totalmente i conflitti interpretativi relativi alla demarcazione dei due ambiti e conseguentemente il problema del riparto delle competenze.

Il Codice dei beni culturali contiene altresì delle specificazioni in ordine al riparto delle funzioni amministrative che sembrano contraddire quanto disposto dall'art. 118 Cost. il quale, come sopra precisato, a seguito della riforma costituzionale del 2001, ha superato il parallelismo tra funzioni legislative e amministrative. L'art. 4³⁸⁷ del Codice, infatti, stabilisce che, al fine di garantire l'esercizio unitario delle funzioni di tutela, ai sensi dell'art. 118 Cost., esse sono riservate allo Stato e per

³⁸⁵ G. SCIULLO, *La tutela del patrimonio culturale (art. 3)*, in *Aedon*, n. 1/2004 (Rivista di arti e diritto *on line*) definisce la nozione di tutela contenuta nell'art. 3 come "sintetica o riassuntiva" in quanto rimanda alle disposizioni contenute nei vari Capi del Titolo I, della Parte II, del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

³⁸⁶ In ordine alle "difficoltà nel dare un contenuto preciso alla valorizzazione", a causa delle "caratteristiche stesse di questa funzione, la cui nozione è aperta, perché comprensiva di ogni possibile iniziativa diretta ad incrementare la fruizione dei beni culturali, e dinamica, in quanto espressione di un processo di trasformazione delle modalità di godimento dei valori di cui i beni stessi sono portatori", cfr. L. CASINI, *Pubblico e privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 7/2005, p. 787.

³⁸⁷ Art. 4, D.lgs. 42/2004 (*Funzioni dello Stato in materia di tutela del patrimonio culturale*) stabilisce: «1. Al fine di garantire l'esercizio unitario delle funzioni di tutela, ai sensi dell'articolo 118 della Costituzione, le funzioni stesse sono attribuite al Ministero per i beni e le attività culturali, di seguito denominato "Ministero", che le esercita direttamente o ne può conferire l'esercizio alle regioni, tramite forme di intesa e coordinamento ai sensi dell'articolo 5, commi 3 e 4. Sono fatte salve le funzioni già conferite alle regioni ai sensi del comma 6 del medesimo articolo 5. 2. Il Ministero esercita le funzioni di tutela sui beni culturali di appartenenza statale anche se in consegna o in uso ad amministrazioni o soggetti diversi dal Ministero».

esso all'apposito Ministero. In tal modo "si torna ad identificare l'ambito della competenza legislativa e quello della competenza amministrativa, ribadendo la preesistente riserva delle funzioni amministrative in tema di tutela allo Stato"³⁸⁸.

Anche relativamente al riparto delle competenze legislative la distinzione presente nella Costituzione non è stata recepita integralmente dal Codice dei beni culturali: nell'art. 112, comma 6³⁸⁹ e nell'art. 102, comma 4³⁹⁰ è previsto che la valorizzazione segue la nota regola dominicale stabilita dall'art. 152 del d.lgs. 112/1998, così come affermato dalla Corte Costituzionale³⁹¹. Pertanto attribuisce a Stato, regioni ed enti locali il compito di valorizzare "ciascuno nel proprio ambito" il patrimonio culturale. Ne consegue che la materia della valorizzazione apparterrà alla competenza normativa concorrente fra Stato e Regioni, secondo lo schema *ex art.* 117, comma 3, Cost.³⁹², solo qualora non abbia ad oggetto beni la cui titolarità spetta allo Stato. In

³⁸⁸ G. PASTORI, *La cooperazione delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali in materia di tutela del patrimonio culturale (art. 4)*, in *Aedon*, n. 1/2004 (Rivista di arti e diritto *on line*).

³⁸⁹ Art. 112, comma 6, d.lgs. 42/2004 stabilisce che: «In assenza degli accordi di cui al comma 4, ciascun soggetto pubblico è tenuto a garantire la valorizzazione dei beni di cui ha comunque la disponibilità».

³⁹⁰ Art. 102, comma 4, D.lgs. 42/2004 prevede: «Al fine di coordinare, armonizzare ed integrare la fruizione relativamente agli istituti ed ai luoghi della cultura di appartenenza pubblica lo Stato, e per esso il Ministero, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali definiscono accordi nell'ambito e con le procedure dell'articolo 112. In assenza di accordo, ciascun soggetto pubblico è tenuto a garantire la fruizione dei beni di cui ha comunque la disponibilità».

³⁹¹ Corte Cost., 20 gennaio 2004, n. 26 giunge alla conclusione secondo cui "lo Stato può continuare a legiferare sulla valorizzazione dei beni di cui è titolare in base all'assunto che il criterio dominicale, 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". In commento alla sentenza v. D. NARDELLA, *Un nuovo indirizzo giurisprudenziale per superare le difficoltà nell'attuazione del Titolo V in materia di beni culturali*, in *Aedon* n. 2/2004, (Rivista di arti e diritto *online*), il quale afferma che tale criterio, relativamente alla funzione di valorizzazione, "segna un nuovo criterio di riparto a integrazione di quello letteralmente individuato nell'art. 117 Cost." e aggiunge che "sullo sfondo residua però la preoccupazione che siano solo le Regioni a sopportare il costo di una siffatta scelta. Ciò soprattutto in virtù del fatto che un approccio funzionalistico, che parta dalle competenze amministrative per procedere a ritroso nell'individuazione di quelle normative, rischia di emarginare ancor di più il ruolo degli enti territoriali in un quadro di forte centralizzazione della pubblica amministrazione". A.L. TARASCO, *La gestione del patrimonio culturale: profili giuridici, economici e contabili*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 358 ss. precisa che "il criterio dell'appartenenza del bene pure indicato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 26/04 per legittimarne la gestione da parte dei diversi livelli di governo vale unicamente nella dimensione verticale della sussidiarietà (cioè, essenzialmente nei rapporti fra Stato e Regioni) e non in quella orizzontale in cui la regola è rappresentata dal privato, essendo il pubblico l'eccezione, *ex art.* 118, comma 4, Cost."

³⁹² Ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost., infatti, la materia della valorizzazione dei beni culturali e ambientali e quella della promozione e organizzazione delle attività culturali è materia di legislazione concorrente. Nell'ambito, dunque, lo Stato stabilirà i principi generali (cosa che ha fatto con

caso contrario quest'ultimo è competente ad adottare anche norme “di dettaglio” al fine di disciplinare la valorizzazione dei beni culturali. In virtù di tale principio si attenua, pertanto, l'esigenza di individuare e definire le due nozioni al fine di stabilire la relativa competenza tra Stato e Regioni³⁹³.

La nettezza della distinzione sembra sbadirsi nella più recente giurisprudenza costituzionale la quale arriva ad affermare che le attività in parola manifestano un'unitarietà di esigenze che deve tradursi in un concorso di competenze fra Stato e Regioni³⁹⁴ all'insegna del principio della leale cooperazione.

Alla luce delle suddette previsioni contenute nel d.lgs. 42/2004 risulta evidente che “gli spazi riconosciuti in Costituzione alla potestà legislativa (e anche amministrativa) regionale in materia di beni culturali non sono stati valorizzati dalla normativa di attuazione: il legislatore statale ha compiuto delle letture fortemente riduttive dell'autonomia regionale, animato da una profonda sfiducia verso la capacità delle Regioni di legiferare e amministrare questo settore”³⁹⁵.

L'art. 6 del Codice dei beni culturali e del paesaggio sancisce la prevalenza delle esigenze di tutela rispetto alla valorizzazione, dunque in caso di bilanciamento queste ultime soccomberanno in favore alla protezione e conservazione del bene che costituisce “la premessa di ogni altra funzione”³⁹⁶.

l'emanazione del d.lgs. 42/2004) mentre alle Regioni spetterà la potestà legislativa e regolamentare relativamente alla disciplina di dettaglio.

³⁹³ C. BARBATI, *La valorizzazione del patrimonio culturale (art. 6)*, cit.

³⁹⁴ Corte Cost. 140/2015, relativamente ad una fattispecie riguardante attività di artigianato e di commercio tradizionale, nell'ambito di un giudizio di costituzionalità in via principale sui locali storici, afferma che tutela e valorizzazione, allora, esprimono “aree di intervento diversificate [e], rispetto ad esse, è necessario che restino inequivocabilmente attribuiti allo Stato, ai fini della tutela, la disciplina e l'esercizio unitario delle funzioni destinate alla individuazione dei beni costituenti il patrimonio culturale nonché alla loro protezione e conservazione; mentre alle Regioni, ai fini della valorizzazione, spettano la disciplina e l'esercizio delle funzioni dirette alla migliore conoscenza, utilizzazione e fruizione di quel patrimonio (sentenza n. 194 del 2013)”. La linea di demarcazione che permette di distinguere fra tutela e valorizzazione è però assai porosa, tanto che è ben possibile concepire, in fatto di valorizzazione dei beni culturali, “una situazione di concreto concorso della competenza esclusiva dello Stato con quella concorrente dello Stato e delle Regioni”. E pertanto la Corte dichiara l'illegittimità dei commi 1-bis e 1-ter dell'art. 52 del codice dei beni culturali per non avere previsto l'intesa a garanzia della leale collaborazione fra Stato e regioni. Per un commento G. SCIULLO, *Corte costituzionale e nuovi scenari per la disciplina del patrimonio culturale*, in *Aedon*, n. 1/2017.

³⁹⁵ M. PICCHI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali nella giurisprudenza della corte costituzionale. verso un progressivo accentramento delle competenze?* nel *Forum on line di Quad. cost.*, 30.10.2017.

³⁹⁶ In senso contrario F. RIMOLI, *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, in E. BATTELLI et al. (a cura di), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2017, p. 109, il quale giunge ad una considerazione apparentemente sovversiva laddove afferma che qualora la fruizione collettiva, fine ultimo di tutte le attività inerenti ai beni, non sia possibile “non pare potersi ammettere la recessività di ogni altro interesse (o ‘valore’) rispetto a quello della conservazione

L'art. 117 Cost. non compie alcun riferimento alla "gestione" del patrimonio culturale determinando incertezze in ordine alla competenza legislativa riguardante tale materia. Come già ricordato, il primo fondamento positivo si rinviene nel d.lgs. 112/1998 che definisce la "gestione" 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.

L'intersecarsi delle diverse attività menzionate nella prassi applicativa ha condotto ad una diatriba interpretativa che ha visto sorgere diversi orientamenti ermeneutici in merito alla esatta collocazione normativa della gestione. Nello specifico alcuni la riconducono, a seconda dell'oggetto, sia alla tutela che alla valorizzazione; altro indirizzo, invece, la classifica come submateria autonoma rispetto alle altre due funzioni³⁹⁷; infine, l'orientamento, divenuto prevalente, sostiene che la gestione rientri a pieno titolo nell'alveo della valorizzazione³⁹⁸. Siffatta impostazione appare accolta dal d.lgs. 42/2004 in quanto, pur non contenendo una precisa definizione, la inserisce nel Titolo "Principi della valorizzazione dei beni culturali" e, inoltre, si riferisce a quest'ultima quando descrive le diverse forme di gestione nell'art. 115³⁹⁹.

Sull'argomento si è pronunciato anche il Consiglio di Stato⁴⁰⁰ con il parere n. 1794 del 26 agosto 2002 il quale, ribadendo la forte connessione tra le diverse azioni aventi ad oggetto i beni culturali, definisce la gestione quale "attività strumentale,

(almeno della conservazione in loco) del bene stesso. Se, in altri termini, tale conservazione, non traducibile per ragioni oggettive nella suddetta fruizione, impedisce la realizzazione di altre opere la cui funzione è quella di realizzare altri interessi costituzionalmente tutelati (per esempio la protezione dell'ambiente e della salute collettiva, perseguita facilitando la mobilità e riducendo i percorsi veicolari e il conseguente inquinamento con infrastrutture stradali adeguate), le scelte dovrebbero, secondo me, privilegiare questi ultimi. Altrimenti ragionando, il volere (talora il privilegio) di pochi finisce con il prevaricare sulle libertà di tutti, in una sorta di concezione 'paraproprietaria' dei beni cui talora certe soprintendenze (forse comprensibilmente sul piano umano, assai meno su quello funzionale) indulgono".

³⁹⁷ In virtù di tale impostazione l'attività di gestione, non essendo menzionata dall'art. 117 Cost., rientrerebbe nell'area della competenza legislativa esclusiva della Regione.

³⁹⁸ Secondo N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali*, cit., p. 103, "l'attività di gestione dei beni culturali non sembra provvista di una propria autonomia concettuale, dal punto di vista classificatorio, perché si tratta di un'attività meramente strumentale ad assicurare la fruizione pubblica dei beni culturali, la quale costituisce, invece, la principale finalità della valorizzazione".

³⁹⁹ C. BARBATI, *La valorizzazione del patrimonio culturale (art. 6)*, cit., osserva che "Il legislatore ha così recepito l'interpretazione del Consiglio di Stato che, pur sottolineando la connessione innegabile con l'attività di tutela, ha però ricondotto la gestione nell'ambito della valorizzazione per quanto attiene alla ripartizione delle competenze legislative fra Stato e Regioni: Cons. St., Sez. consultiva per gli atti normativi, parere definitivo n. 1794/2002".

⁴⁰⁰ Parere Cons. Stato del 26 agosto 2002, n. 1794/2002, avente ad oggetto lo schema di d.m. regolamento recante disposizioni concernenti la costituzione e la partecipazione a società da parte del Ministero per i beni e le attività culturali a norma dell'articolo 10 del D.Lg. 20 ottobre 1998, n. 368 e successive modificazioni.

finalisticamente neutra, che si connota quindi per essere in un rapporto di propedeuticità sia con la tutela che con la valorizzazione". I giudici di Palazzo Spada sottolineano, inoltre, la necessità di un inquadramento normativo della nozione in esame nell'ambito di uno dei due concetti di tutela e valorizzazione, se non altro al fine di individuare il riparto della competenza sulla materia ai sensi del nuovo testo dell'articolo 117 della Costituzione⁴⁰¹. Tuttavia, prosegue il Consiglio, "non può ignorarsi che la connessione del concetto di gestione con quello di valorizzazione appare prevalere rispetto alla connessione, pure innegabile, con il concetto di tutela"⁴⁰². Anche i giudici amministrativi, pertanto, per quanto concerne la ripartizione delle funzioni legislative tra Stato e Regioni, riconducono la gestione alla attività valorizzatoria.

4. Valorizzazione economica dei beni culturali: bilanciamento tra l'impostazione "purista" e lo sfruttamento incondizionato a fini commerciali

La tutela e la valorizzazione dei beni culturali hanno la precipua funzione di preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e di promuovere lo sviluppo della cultura.

Si evidenzia una riscoperta del profondo legame che unisce cultura e territorio⁴⁰³: la cultura, difatti, non è concepibile se non riferita ad un luogo e i territori si

⁴⁰¹ Consiglio di Stato nel parere definitivo 26 agosto 2002, n. 1794/2002, al punto 3.2. osserva che "La pur condivisibile definizione – da parte del Ministero – dell'attività di gestione dei beni culturali quale "attività strumentale, finalisticamente neutra, che si connota quindi per essere in un rapporto di propedeuticità ... sia con la tutela che con la valorizzazione" non può, però esimersi dalla ricerca di una collocazione, quantomeno prevalente, se non esclusiva, del concetto di "gestione" nell'ambito di uno dei due concetti di "tutela" e "valorizzazione", se non altro al fine di individuare quale sia il riparto della competenza normativa sulla materia ai sensi del nuovo testo dell'art. 117 della Costituzione".

⁴⁰² Consiglio di Stato, parere 1794/2002, punto 3.2.2

⁴⁰³ Il rapporto tra cultura e territorio è stato indagato sempre più attentamente, v. C. PINELLI, *Lo sviluppo dell'economia territoriale attraverso la cultura e il turismo e il coordinamento dei pubblici poteri*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3/4-2013, pp. 777-792, secondo cui il territorio "è sempre meno un dato e sempre più un prodotto degli uomini che lo abitano: la stessa costruzione dei luoghi diventa una costruzione di senso. Il che comporta pure che il futuro della città non sia più scritto nel suo passato, e che la città vada reinventata"; M. TAMMA, *Prodotti culturali e territori: l'immateriale che "vive" nella materialità*, in *Cultura, arte e management: frontiere e connessioni*. Atti del convegno annuale di Sinergie, Università degli Studi di Trento. «Sinergie», n. 82/2010, pp. 27-46; R. GROSSI, *Introduzione*, in R. GROSSI (a cura di), *Creatività e produzione culturale. Un paese tra declino e progresso*. Quinto rapporto annuale Federculture 2008, pp. 15-16, secondo cui "c'è sempre una relazione tra un posto qualsiasi nel mondo e la cultura che vi produce". Si osserva che se "il sapere, le sensibilità e le esperienze che ispirano la cultura non sono realtà astratte e disincantate, esistono delle condizioni concrete e materiali nelle quali nascono e si sviluppano" è pure vero che "la produzione della cultura va contestualizzata. Non può essere considerata un'operazione astratta che nasce dal vuoto"; C. BARBATI, *Territori e attività economiche*, in C. BARBATI, G. ENDRICI (a cura di),

trasformano gradualmente in sistemi produttori di simboli culturali identitari in grado di creare coesione sociale e di mantenere viva la memoria storica di una popolazione⁴⁰⁴.

In virtù dello stretto legame che i progetti culturali intrattengono con il luogo in cui sorgono sono spesso promossi e supportati dagli enti locali con l'ausilio di altri soggetti appartenenti alla comunità di riferimento. In tale ottica risulta fondamentale il coinvolgimento e il contributo attivo di cittadini e imprese che riconoscono la propria identità in un determinato territorio e nel patrimonio che ne è espressione. Per la realizzazione e il successo delle iniziative culturali assumono rilevanza determinante, infatti, le relazioni e lo scambio tra soggetti di diversa natura, competenza e dimensione al fine di mettere in moto un processo di “coproduzione di valori culturali”. Per tale ragione la cultura è stata definita come “vocabolo che racchiude in sé forme espressive diverse, sia di derivazione umanistica sia di natura scientifica, e che implica cooperazione, indagine, ricerca; in una parola: interazione tra più soggetti, pubblici e privati”⁴⁰⁵.

Ci si è chiesti se il principio di sussidiarietà orizzontale espresso dell'art. 118, comma 4, Cost. imponga necessariamente una collaborazione con soggetti privati senza scopo di lucro per lo svolgimento di attività di interesse generale⁴⁰⁶ oppure

Territorialità positiva. Mercato, ambiente e poteri subnazionali, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 13-130; C. BARBATI, *Territori e cultura: quale rapporto?*, in *Aedon*, n. 2/2011 (Rivista di arti e diritto online); C. BARBATI, *Governo del territorio, beni culturali e autonomie: luci e ombre di un rapporto*, in *Aedon*, n. 2/2009; M.A. CABIDDU, *Governare il territorio*, in www.amministrazioneincammino.it, 2008, p. 3, afferma che “il territorio non corrisponda più, necessariamente, all'insieme delle istituzioni e degli interessi localmente situati, né esaurisca il proprio significato nell'essere parte costitutiva degli enti c.d. appunto territoriali. La semantica del termine allude oggi piuttosto, anche nel comune sentire, a una nuova forma di rapporto fra l'individuo e il contesto ambientale che lo circonda e nel quale si svolgono le sue attività, una sorta di identità territoriale, che supera le categorie tradizionali della proprietà e del possesso e fa riferimento a una serie indefinita di interessi, cioè di beni, caratterizzati dall'essere parti di questo legame fondamentale e che si possono raccogliere – con una sintesi verbale che non ha una rispondenza nell'ordinamento positivo in senso stretto – nella nozione di “bene territoriale”.

⁴⁰⁴ Secondo D. D'ORSOGNA, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in D. D'ORSOGNA, P.G. SACCO, M. SCUDERI (a cura di), *Nuove alleanze, Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in Supplemento al n. 80/81 di *Arte e critica*, pp. 6-9, il supporto alla cultura da parte del settore privato diviene elemento fondamentale “quale asset produttivo primario per la costruzione della propria identità di prodotto, della cultura, della qualità, di un profilo di responsabilità sociale realmente ancorato alle aspettative e alle categorie di valore delle comunità locali”.

⁴⁰⁵ E. BELLEZZA e F. FLORIAN, *Le Fondazioni del terzo millennio- Pubblico e privato per il non profit*, cit., p. 35.

⁴⁰⁶ S. FOA, *La gestione dei beni culturali*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 190, aveva osservato che “l'utilizzazione di associazioni, fondazioni o cooperative con determinati vincoli statuari potrebbe costituire la ragione essenziale dello strumento concessorio, specialmente ove si ritenga che solo tali autonomie giuridiche garantiscano la necessaria sensibilità a soddisfare correttamente una particolare domanda di servizio pubblico”.

consenta una iniziativa privata anche di tipo imprenditoriale. La giurisprudenza sul punto, anche alla luce del fatto che i servizi culturali venivano menzionati nel terzo comma dell'art. 113-*bis* del Tuel⁴⁰⁷, rubricato “gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica”, aveva più volte abbracciato una concezione non economicamente produttiva dei beni in questione⁴⁰⁸. Attualmente, invece, sembra ragionare in un’ottica differente, come si evince dalla pronuncia della Corte Cost. 163 del 2012 la quale “ha offerto un’interpretazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale sensibile alle evoluzioni del diritto dell’Unione europea, che porta a ricondurre anche le imprese tra i soggetti organizzati la cui partecipazione allo svolgimento di attività di interesse generale deve essere favorita dai pubblici poteri”⁴⁰⁹. Siffatta lettura applicata al settore in esame ha consentito un allargamento della nozione di patrimonio culturale in senso soggettivo in cui compare anche l’impresa “tra i soggetti che cooperano per l’esercizio di funzioni tradizionali di carattere pubblicistico”⁴¹⁰.

Quanto affermato costituisce il presupposto indefettibile per affrontare il tema legato al partenariato pubblico-privato⁴¹¹ che in tale ambito assume centralità stante la crescente domanda di cultura da parte del pubblico⁴¹² e la carenza di fondi dovuta alla precaria condizione delle finanze statali, inidonee a far fronte ad una effettiva tutela e valorizzazione dei beni culturali.

⁴⁰⁷ L’art. 113-*bis* del TUEL è stato dichiarato illegittimo dalla sentenza della Corte costituzionale 272/2004 siccome recante una disciplina dettagliata ad auto-applicativa in un ambito non riconducibile alla competenza legislativa esclusiva spettante Stato in materia di tutela della concorrenza.

⁴⁰⁸ D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l’Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, in *Aedon* n. 3/2014, osservano che “un primo tempo il Consiglio di Stato (sez. atti normativi), nel parere n. 1440 del 25 agosto 2003, era giunto alla conclusione che ‘le imprese nulla abbiano a che fare con il fenomeno della sussidiarietà orizzontale’, sul presupposto che l’art. 118, comma 4 Cost. rifletterebbe soltanto il ‘fenomeno della cittadinanza societaria’ e cioè l’esistenza ‘di ordinamenti di base muniti di una intrinseca capacità di gestione di interessi con rilievo sociale’”.

⁴⁰⁹ D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l’Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit.

⁴¹⁰ A.O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, in *Aedon* n. 2/2018.

⁴¹¹ G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon*, n. 1-2/2012, afferma che “in tempi di crisi economica e di tagli diffusi alla spesa pubblica, sempre meno le amministrazioni riescono a garantire un’adeguata tutela, conservazione e valorizzazione dei beni culturali e, dunque, il ricorso a nuovi modelli appare necessario”.

⁴¹² Secondo D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l’Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit., “l’incremento della domanda di cultura è dovuto all’innalzamento del livello di istruzione e all’interesse verso il settore di un pubblico più vasto e meno specializzato. Peraltro, il consumatore è apparso particolarmente attento anche all’offerta di servizi come l’accessibilità e la comprensibilità delle opere esposte, il contributo educativo e l’intrattenimento”.

Vi è ormai la convinzione generalizzata dell'incapacità delle amministrazioni, anche a causa di un carente approccio manageriale, di gestire in maniera efficace ed efficiente un patrimonio così vasto e diffuso in maniera capillare in tutto il territorio nazionale⁴¹³. Si avverte, in particolare, la necessità di superare gli schemi tradizionali eccessivamente rigidi mediante il coinvolgimento del privato a livello di *governance* al fine di adottare un modello gestionale aziendalistico in grado di assicurare flessibilità operativa e riduzione dei costi amministrativi e gestionali⁴¹⁴.

⁴¹³ Sulla incapacità dell'intervento pubblico v. Deliberazione 4 agosto 2016, n. 8/2016/G della Corte dei Conti, *"Iniziativa di partenariato pubblico-privato nei processi di valorizzazione dei beni culturali"*, p. 18, in cui si evidenzia che "L'approccio tradizionale, basato sull'intervento pubblico, ha, tuttavia, progressivamente mostrato la sua inidoneità a consentire un effettivo appagamento dei bisogni culturali della collettività, e ciò a causa di una serie di fattori concomitanti. In primo luogo, il progresso economico e sociale ha determinato l'insorgere di interessi culturali in fasce sempre più estese della popolazione, con conseguente moltiplicazione della domanda e, in particolare, di servizi e prodotti culturali. In secondo luogo, è emersa la consapevolezza secondo cui la mano pubblica non è in grado di fare fronte, da sola, alle molteplici esigenze che esprime la società contemporanea; è, quindi, necessario che l'apparato pubblico venga affiancato dal supporto proveniente dal mondo dei privati. In terzo luogo, la sinergia tra operatori pubblici e privati è senz'altro favorita dallo sviluppo di nuove tecnologie, assolutamente impensabili fino a pochi decenni fa, le quali rendono possibili nuove forme di godimento e di fruizione dei beni culturali, secondo modalità innovative rispetto al passato. In questo panorama, caratterizzato dall'affievolimento degli stanziamenti pubblici, si rende, evidentemente, sempre più necessario il ricorso al contributo dei privati, che, nel nostro paese, per tradizione e storia, è sempre stato meno significativo che nel resto dell'Europa".

⁴¹⁴ S. RUSSO, *Le partnership pubblico-privato nella produzione culturale*, in M. RISPOLI, G. BRUNETTI (a cura di), *Economia e management delle aziende di produzione culturale*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 332, ha evidenziato come il ricorso alle partnership pubblico-private è motivato, oltre dalla mancanza di risorse finanziarie, dalla convinzione che spesso "il privato possieda una maggiore capacità e flessibilità organizzativa, insieme con una migliore attitudine a fornire il *know-how* richiesto, per rispondere in maniera più efficace ed efficiente alle aspettative dell'utenza". In relazione ad una possibile gestione di carattere imprenditoriale in campo culturale v. A. WIZEMANN, F. ALBERTI, *L'assetto organizzativo della fondazione per la gestione dei beni e delle attività culturali*, cit., pp. 4 ss., che afferma "Molti sono tuttavia i punti controversi o gli equivoci circa il ripensamento di molte logiche di funzionamento delle organizzazioni culturali in chiave economico-aziendale, e frequenti sono le facili ricette o le interpretazioni semplicistiche, come far coincidere la managerializzazione della cultura con una privatizzazione degli assetti di gestione e delle fonti di finanziamento. Dunque, se non è pensabile trasporre in toto le logiche proprie delle scienze economiche e delle imprese al comparto culturale, caratterizzato da specificità e valori la cui autonomia va rispettata e garantita, è pur vero che ciò non libera dal doversi misurare con le problematiche di un utilizzo efficace e produttivo delle risorse, sfuggendo a qualsiasi logica economica. (...) Sembra dunque possibile affermare che, sebbene ogni singola realtà necessiterebbe di opportune distinzioni e approfondimenti, l'introduzione di logiche imprenditoriali in ambito culturale non possa prescindere da alcuni mutamenti – in parte già in atto – di ordine: - istituzionale: ad esempio, e come verrà meglio illustrato in seguito, attraverso l'individuazione di nuove forme giuridiche – come le istituzioni, le società miste o le fondazioni – e più in generale in un'ottica di maggiore autonomia delle organizzazioni culturali dalla P.A.; - organizzativo: ad esempio tramite nuove modalità sinergiche e cooperative tra istituzioni culturali, come le reti o i sistemi, in grado tra l'altro di produrre significative economie di scala; - professionale: attraverso l'adeguata formazione di manager culturali – in grado di misurarsi con problematiche ed esigenze emergenti dal contesto di riferimento, cogliendo altresì ogni utile opportunità – e che vadano ad affiancarsi alle tradizionali seppur eccellenti figure tecniche e specialistiche. La riflessione circa l'introduzione di 'criteri imprenditoriali' (non necessariamente di origine privatistica) nella gestione di beni e attività culturali potrebbe utilmente sorgere attorno a determinati gruppi di obiettivi: l'individuazione di chiare finalità strategiche e operative; il controllo dei costi e della gestione; la valutazione dei risultati; la conoscenza approfondita dell'ambiente di riferimento e del pubblico

Al fine di una maggiore partecipazione dei privati nella gestione e valorizzazione dei beni culturali occorre prevedere operazioni che consentano di ottenere un ritorno economico a fronte dell'investimento sostenuto. Le imprese sono propense ad investire solo se sussistono reali possibilità di rendimento oppure un effettivo ritorno di immagine (in caso di sponsorizzazione)⁴¹⁵. Inoltre, proporre una *partnership* ad un soggetto privato significa quantomeno accettare il principio che il progetto debba essere concordato e personalizzato, mirando a un rapporto non occasionale ma fatto di condivisione valoriale in cui entrambi i partner traggono vantaggio dall'unione, più o meno temporanea.

Consentendo alle imprese e alle comunità locali di partecipare attivamente alla gestione e valorizzazione del patrimonio culturale si favorisce l'apporto non solo di ingenti risorse economiche ma altresì di idonee competenze tecniche con l'effetto di garantire una risposta adeguata alle esigenze della società in ordine ad una soddisfacente fruizione dei beni culturali. Il ruolo dei privati nel promuovere lo sviluppo della cultura, infatti, non può rimanere confinato ad un mero supporto finanziario (che si concretizza attraverso donazioni "mecenatismo" e/o concludendo contratti di *sponsorship c.d. pura*) ma appare indispensabile un rapporto propositivo e attivo dei cittadini con il patrimonio culturale "che nasca da consapevolezza e corresponsabilità civica, sia cioè nutrito dall'effettivo riconoscimento di valore di quelle «testimonianze aventi valore di civiltà» che sono parte dell'eredità culturale della comunità (...) e del suo territorio"⁴¹⁶.

attuale e potenziale, con tutto ciò che ne deriva in termini di attività di marketing e comunicazione; la correlazione tra risorse impiegate e risultati (fatto non scontato in un regime di dipendenza dai fondi pubblici). Attorno a questi e ad altri temi si sviluppa il dibattito – in sede istituzionale, accademica e professionale – circa l'individuazione delle forme gestionali più adeguate al perseguimento di significativi miglioramenti, con la consapevolezza che il settore culturale non è paragonabile se non limitatamente, ad altri settori produttivi".

⁴¹⁵ Corte dei Conti, delibera n. 8/2016, cit., p. 59.

⁴¹⁶ P. PETRAROIA, *Partenariato tra pubblico e privato nella tutela e nella valorizzazione dei beni culturali*, relazione al Convegno "Individuazione e tutela dei beni culturali. Problemi di etica, diritto ed economia", 7 aprile 2016, in www.istitutolombardo.it, afferma che "rimane tuttavia evidente che l'apporto 'privato' fatica molto a tradursi in vero partenariato con enti pubblici, perché resta comune per lo più confinato a quello 'esterno' di mero fornitore di beni e servizi alla pubblica amministrazione, ovvero di fonte di risorse a vario titolo (sponsor, mecenate, fondazione ex bancaria...), frequentemente fuori da azioni di programmazione per interventi di impatto territoriale; sostanzialmente inattivata resta infatti quella forma di coinvolgimento maggiormente proattivo e più paritario, che invece è evocata proprio nel Codice BCP all'art. 111, laddove affiora la possibilità per enti pubblici e soggetti privati di convergere corresponsabilmente verso la coproduzione di numerose e differenti azioni di valorizzazione, quali ad esempio la «costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, ovvero» la «messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali»: azioni, queste, enunciate certo in termini generali, ma tali da suggerire un più vero partenariato struttu-

Nonostante i potenziali benefici che deriverebbero da un contributo dinamico e intraprendente dei privati nel settore in esame (sia nella forma del finanziamento che della gestione) si osserva che il coinvolgimento di questi appare ancora scarso⁴¹⁷. Le operazioni di *partnership* in tale ambito incontrano due ostacoli, uno di ordine concreto e l'altro avente carattere ideologico-concettuale.

Innanzitutto nel settore dei beni culturali “le difficoltà nell’impiego del partenariato si atteggiavano in modo parzialmente diverso, ma, forse, sono ancora maggiori”, in quanto “in concreto la gestione dei beni culturali è un’attività che allo Stato risulta produttiva di reddito solo con notevoli difficoltà”⁴¹⁸. La scarsa redditività dei beni culturali deriva dal fatto che essi rientrano nelle c.d. “opere fredde” e dunque non in grado di assicurare utili che consentano la copertura degli investimenti e di remunerare il capitale di rischio mediante la loro gestione⁴¹⁹. Ne consegue che, anche

rato, non occasionale soltanto, tra soggetti pubblici e privati in fase sia di progettazione che di attuazione, con la possibilità di interventi legislativi a livello regionale”.

⁴¹⁷ D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit., osservano che “Complessivamente, il 62 per cento dei musei è gestito da enti pubblici (in prevalenza dai comuni, cui competono 1.934 musei e istituti simili). La gestione dei musei e dei parchi archeologici statali è prevalentemente rimessa alle articolazioni centrali e periferiche del ministero per i Beni e le Attività culturali e il turismo (Mibact), le soprintendenze di settore e quelle speciali e, in alcuni casi, ai commissari straordinari”.

⁴¹⁸ G. MANFREDI, *La “Fondazione La Grande Brera”, il partenariato e la panacea di tutti i mali*, cit. le accosta alle opere “fredde”, improduttive di reddito; ID., *Le sponsorizzazioni dei beni culturali e il mercato*, in *Aedon*, n. 1/2014; G.F. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, cit.; A. LEON e V. TUCCINI, *La dimensione economica del patrimonio culturale*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI e G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna 2011, p. 247, rilevano che “Storicamente, infatti, non esistono casi di gestioni di beni culturali che possono dirsi autosostenute. I costi di investimento e di esercizio di un bene culturale, nel lungo periodo (comprensivi dunque dei costi di restauro e manutenzione), non possono essere ripagati tramite i ricavi di esercizio. Esistono alcune situazioni particolari (ad esempio i Musei civici di Venezia [Migale 1995] in cui costi e ricavi di esercizio annuali sono in pareggio, ma che non tengono conto degli ammortamenti e degli investimenti iniziali”. M. CAMMELLI, *Prefazione*, in L. COVATTA (a cura di), *I beni culturali tra tutela, mercato e territorio*, Passigli, Roma, 2012, pp. 7 ss., osserva che da parte delle imprese la partecipazione a operazioni siffatte spesso si giustifica esclusivamente in termini di ritorno di immagine. D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit., evidenziano che “L’intervento pubblico è poi dovuto alla struttura dei costi. Generalmente i costi fissi sono elevati e superano le risorse disponibili; quelli variabili costituiscono una percentuale relativamente bassa del totale. Il costo marginale di un visitatore aggiuntivo di un sito culturale è pressoché nullo (almeno fino a quando essi si mantengono al di sotto di una certa soglia) e, di conseguenza, si sviluppano economie di scala. Inoltre, il capitale è immutabile nella sua composizione (le vendite sono generalmente proibite) e l’investimento culturale, soprattutto quando implica un elevato grado di innovazione, comporta una forte incertezza quanto ai risultati”.

⁴¹⁹ Nella deliberazione n. 8/2016/G della Corte dei Conti, cit., p. 17, si osserva che “Tali ostacoli sono rinvenibili, in particolare, nella scarsa redditività dei beni culturali (rientrando questi nella categoria delle c.d. opere fredde, incapaci di generare un adeguato *cash flow*), essendo essenziale alla praticabilità dell’istituto che l’attività economica finanziata sia di per sé idonea ad assicurare utili in grado di

se si procede all'esternalizzazione della loro gestione, l'amministrazione deve continuare a farsi carico di una parte dei costi⁴²⁰.

D'altra parte, per lungo tempo, è apparso dominante l'orientamento⁴²¹ secondo il quale l'art. 9 della Costituzione consentirebbe solo una tutela di natura conservativa (c.d. concezione purista)⁴²², si ripudiava dunque l'approccio di tipo "aziendalistico" mirante alla valorizzazione anche delle potenzialità economiche del patrimonio culturale. Siffatta concezione si basava su una netta contrapposizione tra cultura ed economia in virtù del postulato che le considera realtà inconciliabili poiché governate da leggi e logiche differenti. Ciò che è soggetto alle leggi economiche e di mercato viene ritenuto "impuro" e si pone in antitesi con il mondo della cultura e della storicità, considerato invece "puro" proprio perché economicamente disinteressato. La rendita della cultura, secondo l'impostazione in esame, non può essere economica, ma morale, di formazione e di conoscenza⁴²³ in quanto in quanto i beni culturali sono

consentire la copertura dei costi e, nel contempo, la gestione proficua dell'attività stessa, secondo regole proprie dell'imprenditoria privata".

⁴²⁰ F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *federalismi.it.*, n. 1/2018, p. 11.

⁴²¹ Secondo F. SANTORO PASSERELLI, *I beni della cultura secondo la costituzione*, in *Studi per il XX anniversario della Assemblea Costituente*, Roma, 1969, pp. 429 ss., il bene culturale è oggetto "da tenere al riparo dal contatto con la vita" e in particolare con il mercato; M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., pp. 21 ss., osserva che "quando in un ordinamento statale positivo esiste la categoria dei beni culturali, è al valore culturale che si fa riferimento, non a quello patrimoniale". Più recentemente A. CAROSELLI, *La gestione dei servizi culturali locali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2005, p. 568, afferma che "le attività ed i servizi culturali, per loro 'natura', difficilmente si prestano ad uno 'sfruttamento' di carattere economico". V. anche J.M. KEYNES, *Art and the State*, in *The Listener*, 26 agosto 1936, trad. it. *L'arte e lo Stato*, in G. PENNELLA, M. TRIMARCHI (a cura di), *Stato e mercato nel settore culturale, Quaderno n. 19, Problemi di Amministrazione Pubblica*, Il Mulino, Bologna, 1993, che rileva: "Lo sfruttamento e l'eventuale distruzione del dono divino dell'uomo di spettacolo che viene fatto prostituire all'obiettivo del guadagno finanziario è uno dei peggiori crimini dell'odierno capitalismo". Il saggio sosteneva il ruolo fondamentale dello Stato per la conservazione dei monumenti nazionali, in quanto espressione della dignità, della bellezza e dello spirito delle generazioni, così come l'importanza degli spettacoli e dell'arte come riconoscimento della dignità del lavoro degli individui e insieme strumento per sentirsi parte di una comunità: "tali attività non possono essere portate a compimento se dipendono dal motivo del profitto e del successo finanziario".

⁴²² Secondo P. CARPENTIERI, *La gestione dei beni culturali e la finanza di progetto*, in G.F. CARTEI e M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, p. 351, le posizioni rigidamente puriste "rischiano di precludere ogni apporto dei privati secondo un approccio statico-conservativo impositivo a priori di una valorizzazione dinamica del patrimonio". Sull'argomento v. anche P. MICHARA, *La finanza di progetto nei beni culturali*, in *Aedon*, n. 1/2008 (Rivista di arti e diritto *on line*) e ID., *Considerazioni sulla partecipazione dei privati nella gestione dei beni culturali di appartenenza pubblica*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici. Tutela, valorizzazione e gestione*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 393 ss.

⁴²³ P.L. SACCO e G. FERILLI, *L'Italia che verrà, quando?*, cit., individuano tre momenti differenti in cui si esplica l'atteggiamento del pensiero economico verso il settore culturale, a questi tre momenti corrispondono altrettanti modelli: la Cultura 1.0, la Cultura 2.0 e la Cultura 3.0, e precisano che "Nel modello della Cultura 1.0 la concezione dominante è quella che assegna alla cultura il ruolo di promozione spirituale e di identificazione sociale dell'individuo. In questo contesto emerge come dimensione preponderante l'aspetto formativo ed educativo dell'esperienza culturale (...) I riferimenti del pensiero economico nei confronti del settore culturale sono di natura eminentemente incidentale, sono

destinati al soddisfacimento di bisogni superiori che migliorano il livello di civiltà di un paese⁴²⁴.

Il rifiuto alle diverse forme di partecipazione privata basate su logiche imprenditoriali e dunque finalizzate al profitto si giustifica nella preoccupazione di evitare una utilizzazione del bene culturale non conforme all'interesse pubblico, aumentando la redditività economica con usi commerciali si rischierebbe di compromettere la natura storico-artistica e la dignità di quel che si vorrebbe valorizzare⁴²⁵.

Siffatto indirizzo trovava un argomento di natura letterale nella previsione, contenuta nel citato articolo 9 della Costituzione, secondo cui la funzione di tutela dei beni culturali è riservata alla Repubblica, la quale «*promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica e tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*». La norma costituzionale, oltre a stabilire uno stretto collegamento tra la tutela del patrimonio culturale e la promozione dello sviluppo del medesimo⁴²⁶, individua una riserva di funzione in capo al soggetto pubblico. Invero il termine Repubblica, inteso come Stato-ordinamento⁴²⁷, ossia ricomprensivo – alla luce dell'art. 114 Cost.⁴²⁸ – tutte le articolazioni territoriali di cui è composto (quindi

casi in cui si sostiene che le categorie dell'analisi economica non possono essere applicate a questo settore, che costituisce un'eccezione al mercato, per quanto in esso vengano prodotti e consumati una serie di beni. L'approccio che prevale è proprio quello del pensiero classico, che distingue tra lavori produttivi e lavori improduttivi, emarginando in maniera decisiva la riflessione sui beni culturali dal campo economico... Il tratto saliente che emerge da questo modello è la dimensione non economica della cultura, il cui ruolo è contemplato e giustificato eminentemente dal punto di vista demo-etno-antropologico. La cultura nel senso più lato del termine sovrasta il concetto di settore economico culturale. Ad essa si assegna, dunque, un ruolo civilizzante, quello di migliorare le condizioni di vita della collettività, in virtù dell'attivazione di processi di coltivazione del senso di appartenenza a tracce identitarie condivise”.

⁴²⁴ D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit.

⁴²⁵ P. MICHARA, *La valorizzazione dei beni culturali tramite accordi*, in *www.giustamm.it*, 2014, afferma che “se vengono consentiti usi altamente commerciali, si aumenta la redditività economica e si diminuisce la «povertà» del bene (circostanze fondamentali affinché quest'ultimo recuperi nel tempo la possibilità di autoconservazione, di uscire da uno stato di minorità), ma si rischia di compromettere – nell'immediato – la natura storico-artistica e la dignità di quel che si vorrebbe valorizzare”.

⁴²⁶ M. CAMELLI, *Pubblico e privato nei beni culturali: condizioni di partenza e punti di arrivo*, in *Aedon* n. 2/2007.

⁴²⁷ Prima della riforma costituzionale del 2001 il termine Repubblica coincideva con la nozione di Stato-Persona e pertanto, in riferimento all'art. 9 Cost., determinava una competenza esclusiva in capo allo Stato relativamente alla tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione con conseguente esclusione degli enti locali in tale materia. A seguito della riforma muta il significato del termine Repubblica e con esso si intende lo Stato-ordinamento, in cui lo Stato, le Regioni, le Province, le Città metropolitane e i Comuni assumono pari dignità costituzionale e lo Stato è considerato uno dei soggetti di cui si compone la Repubblica.

⁴²⁸ L'art. 114 Cost. prevede che «La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato. I Comuni, le province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione».

non solo lo Stato, ma anche le Regioni, le Province e i Comuni), non può essere esteso fino ad includere soggetti privati.

Le resistenze di tipo culturale sono state presto superate⁴²⁹ in virtù della considerazione secondo cui l'utilizzazione economica dei beni culturali finirebbe per agevolare quanto disposto dalla stessa previsione costituzionale, sarebbe infatti il mezzo per consentire la realizzazione del fine in essa sancito, ossia la promozione della cultura⁴³⁰. Si è messo in luce che “nel silenzio dell'art. 9 Cost. sul *modus* attraverso il quale il legislatore ordinario deve perseguire il fine indicato dal Costituente della promozione della cultura, non potrebbe escludersi in via aprioristica un approccio privatistico-aziendale, informato a criteri di economicità, efficacia ed efficienza del patrimonio culturale, quale mezzo per la sua miglior fruizione pubblica e valorizzazione, in quanto, per tal via, si perseguirebbe, anche nel settore culturale, il valore costituzionale del buon andamento, di cui all'art. 97, comma 2 Cost., unitamente al necessario equilibrio del bilancio pubblico (art. 97 comma 1)”⁴³¹.

Roma è la capitale della Repubblica. La Legge dello Stato disciplina il suo ordinamento». Il riferimento alla Repubblica non deve essere inteso come allo Stato-persona o Stato-apparato, ossia al livello di governo centrale o nazionale, cfr. C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 113.

⁴²⁹ TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, cit., pp. 21 ss.; G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, cit., rileva che “Vi è stata, invece, una resistenza rispetto a forme diverse e più estese di partecipazione dei soggetti privati alla gestione del bene culturale, che può essere definita come ‘il complesso di misure (organizzative, procedurali, e per taluni aspetti finanziarie) tramite le quali i soggetti, pubblici e privati, pongono in essere o collaborano all'esercizio, di attività volte alla loro valorizzazione’. Tale resistenza è giustificata dall'esigenza della prevalente attenzione alla tutela e conservazione del bene culturale e della sua utilizzazione in conformità dell'interesse pubblico. Il bene culturale, in buona sostanza, viene tradizionalmente visto come un bene pubblico da tutelare da parte dello stesso soggetto pubblico, insuscettibile di essere trasferito ad un privato che possa esercitarvi sopra un'attività imprenditoriale, con conseguente non applicazione del principio di sussidiarietà, ai sensi dell'art. 118 ultimo comma della Costituzione. Tale modello, tuttavia, può essere considerato in crisi e le argomentazioni che lo fondano non sono più sufficienti. È sempre più evidente che le pubbliche amministrazioni non sono più in grado, considerate anche i vincoli di bilancio, di tutelare e di conservare il patrimonio culturale, sempre più degradato e non valorizzato. D'altra parte, in altri settori dell'ordinamento, quale ad esempio quello della contrattualistica pubblica di lavori servizi e forniture, si sono sviluppati nuovi modelli contrattuali, riconducibili al fenomeno del c.d. partenariato pubblico-privato, che potrebbero essere, con gli opportuni adattamenti e considerando la particolare natura del bene oggetto degli interventi, utilizzati anche nel settore dei beni culturali. Occorrerà, dunque, individuare i limiti entro i quali tali modelli possono essere applicati al settore dei beni culturali. Peraltro, si pone il problema di dovere necessariamente conciliare il perseguimento del profitto da parte dei soggetti privati, attenti alle ragioni dell'efficienza economica, con le ragioni dell'equità, come ad esempio l'esigenza che la cultura rimanga di fruibilità collettiva, che le fasce della popolazione meno abbienti non ne vengano escluse, ovvero che l'utilizzo del bene culturale sia consono e conforme alla natura stessa del bene”.

⁴³⁰ A.L. TARASCO, *Il patrimonio culturale, modelli di gestione e finanza pubblica*, cit., p. 142.

⁴³¹ P. ROSSI, *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti*, in *federalismi.it*, n. 2/2018.

L'esclusiva gestione pubblica del patrimonio culturale, inoltre, si porrebbe in contrasto con il principio costituzionale dell'iniziativa economica privata sancito all'art. 41 Cost.⁴³² poiché pregiudicherebbe l'iniziativa dei cittadini nello svolgimento di attività di interesse generale determinando un ingiustificato *favor* per il pubblico⁴³³.

La dottrina più recente ritiene dunque che le iniziative volte alla produzione di un valore di mercato non si pongano in netta contrapposizione con la tutela e valorizzazione culturale del bene⁴³⁴ in quanto una gestione economicamente redditizia del patrimonio culturale avvantaggerebbe sia la sua conservazione che la fruizione ponendo le risorse generate essere reinvestite in tali attività⁴³⁵. Invero l'attenzione all'utile economico può divenire "opportunità virtuosa di convergenza, generatrice di utilità sui due fronti"⁴³⁶. Tuttavia la valorizzazione piena, ossia in senso anche economico⁴³⁷, non deve essere incompatibile con la natura, il decoro del bene e la sua rilevanza storico-artistica⁴³⁸. Lo Stato deve quindi garantire la concreta preservazione e la fruizione di tali beni da parte della collettività e l'elevata qualità del servizio

⁴³² Art. 41 Cost. sancisce che «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

⁴³³ P. ROSSI, *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti*, cit., precisa che "Né, sotto connesso profilo, avrebbe pregio tutelare il patrimonio culturale assumendo che il citato art. 9 Cost. imponga, in qualche modo, una sorta di riserva a favore di una esclusiva gestione pubblica del patrimonio culturale, atteso che verrebbero pretermessi altri beni costituzionalmente protetti, come l'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., ovvero l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla scorta del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 comma 4 Cost.: per tal via, si determinerebbe un ingiustificato *favor* per il pubblico, del tutto in contrasto con siffatti valori di pari dignità costituzionale, tanto più grave ove si consideri che tale opzione sarebbe sempre meno sostenibile dal fragilissimo equilibrio della finanza pubblica".

⁴³⁴ Alla valorizzazione strettamente «culturale» del bene potrebbe, così, affiancarsi una vera e propria valorizzazione «economica»: entrambe ricadono sul bene culturale, ma la seconda per essere ammissibile deve dimostrarsi in concreto pienamente compatibile e convergente con la prima, nonché con le necessità connesse alla tutela ed alla fruizione del bene stesso (cfr. G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, Atti del Convegno «Incontro tra i Consigli di Stato italiano e francese», Roma, 9 ottobre 2015, in www.giustamm.it).

⁴³⁵ A.L. TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale: risorsa o pregiudizio?*, in *Urb. app.* 2008, pp. 137 ss., sulle orme di F. MERUSI, *Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità nello statuto dei beni culturali*, in *Dir. Amm.*, 2007, p. 5.

⁴³⁶ G. SEVERINI, *L'Immateriale economico nei beni culturali*, cit.

⁴³⁷ A.O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, cit., precisa che "la nozione di valorizzazione economica è stata distinta in due tipologie. In un primo senso, si tratta del 'valore generato e generabile per il bene culturale dall'incrocio tra l'offerta (di fruizione, di conoscenza, di immagine, di valore simbolico e identitario) e domanda turistica, industriale, commerciale e massmediatica, con gli effetti diffusivi sul contesto locale che ne discendono in termini di richiesta aggiuntiva di beni e servizi'; in un secondo senso, il concetto è riferito alla gestione 'economica' del bene e della politica culturale, inteso come maggiore equilibrio tra costi e benefici".

⁴³⁸ Così come stabilito dall'art. 6 del Codice dei beni culturali gli utilizzi devono quindi essere «compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze»

culturale offerto in modo che non venga compromesso a scapito di interessi meramente lucrativi⁴³⁹. Per tale ragione risulta indefettibile “l’adozione di particolari misure di tutela che si realizzano attraverso poteri della pubblica amministrazione⁴⁴⁰ e vincoli per i privati differenziati dai poteri e dai vincoli operanti per le altre categorie di beni, sia pure gravati da limiti connessi al perseguimento di interessi pubblici”⁴⁴¹.

In tale materia, dunque, il principio di sussidiarietà orizzontale incontra ancora alcune reticenze dettate da insuperabili necessità di controllo accentratore che pongono freni al pieno e libero coinvolgimento di soggetti privati spinti da logiche di profitto. Il ruolo di “tutore” dell’amministrazione è imprescindibile data la fisiologica tendenza del privato a sfruttare economicamente il bene senza limiti imposti dalla necessità di perseguire un supremo interesse pubblico⁴⁴². Appare indispensabile un dialogo tra

⁴³⁹ Secondo M. AINIS, M. FIORILLO, *I beni culturali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 2003, p. 1449-1511, spec. 1479, la valorizzazione economica è una specie della valorizzazione culturale strettamente correlata all’incremento della qualità economica del bene mediante l’assicurazione di maggiori entrate finanziarie; “tuttavia ripugnerebbe alla nozione di cultura fatta propria dalla Carta costituzionale un’idea di valorizzazione finalizzata al mero incremento economico del bene. Infatti, la nozione di valorizzazione ammessa da un ordinamento democratico e pluralistico come il nostro è, per così dire, circolare; parte dalla fruizione e a quest’ultima, comunque, deve tornare. Perché l’aumento della domanda di accesso ai beni culturali, lo sviluppo dei servizi aggiuntivi, l’incremento delle sponsorizzazioni, rappresenta sì un profitto, ma vincolato alla maggiore offerta del bene culturale, in altri termini alla più ampia fruizione”. A.O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, cit. osserva che “In caso di eventuale contrasto tra potenziale redditività, tutela e valorizzazione, d’altra parte, il bilanciamento va ricercato in concreto ed è determinato dall’obiettivo della fruizione pubblica. La valorizzazione economica è, dunque, sempre subordinata alla valorizzazione culturale. Il suo fondamento costituzionale è stato rinvenuto nel principio del buon andamento, con l’effetto che la considerazione della dimensione economica prodotta o connessa alla tutela e valorizzazione dei beni culturali non dovrebbe essere più una valutazione opzionale, ma doverosa per i pubblici poteri”. V. anche CdS, VI, 15.4.2015, n. 1928 “la funzione di tutela domina sulla messa in valore e tra le due sussiste una relazione di sovraordinazione gerarchica che assicura la prevalenza della finalità conservativa. Sicché la tutela ha effetto conformativo sulla valorizzazione e questa non può contrastare la concreta preservazione, proporzionata e ragionevole, dei beni.”

⁴⁴⁰ D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l’Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit. affermano che “lo Stato deve comunque garantire l’accessibilità e la fruibilità pubblica del servizio culturale e l’elevata qualità dell’offerta in modo da sfruttare le esternalità positive connesse al settore e innalzare la qualità del capitale umano e sociale”. A talo fine può mantenere un potere *ex ante* nella programmazione della politica culturale ed *ex post* mediante un controllo sulla qualità dell’offerta culturale.

⁴⁴¹ Così Corte Cost., 20 giugno 1995, n. 269, giustificando tale tutela forte sulla base dell’art. 9 Cost.

⁴⁴² G. U. ABBATE, *La privatizzazione dei beni culturali: un primo approccio al problema*, in *diritto.it*, osservano che “non può pretendersi che il privato, sostituendosi al pubblico nell’erogazione di un servizio pubblico, possa da solo ‘responsabilizzarsi’ circa la necessaria sottomissione dei propri interessi alla supremazia dell’interesse pubblico, né può pretendersi da parte dello stesso privato, qualora non agisca per puro mecenatismo, che questi svolga il servizio affidatogli senza cercare di sfruttare ‘economicamente’ la propria attività e i beni su cui tale attività si svolge. È dunque necessario che il processo di privatizzazione (e non potrebbe essere altrimenti nel nostro ordinamento) non consenta la totale esclusione del pubblico ma si identifichi in una partnership solidale in cui al privato

due poli apparentemente antitetici rappresentati dalla conservazione fisica del patrimonio, da una parte, e dal suo sfruttamento incondizionato a fini commerciali, dall'altra, che impone di tener conto che “un'azione sbilanciata sulla conservazione, sganciata da qualsivoglia iniziativa di valorizzazione, finisce per negare al bene stesso la sua capacità espressiva di testimonianza avente valore di civiltà. D'altra parte, uno sfruttamento economico speculativamente irresponsabile del bene fatto oggetto di consumo, finisce per minarne la sopravvivenza, esauendo il suo potenziale valore culturale e sottraendolo nel tempo alla sua principale funzione”⁴⁴³.

Alla luce di quanto previsto dall'art. 9 secondo comma della Costituzione, in base al quale la tutela deve essere necessariamente garantita dalla Repubblica, ogni ipotesi di attività relativa al bene culturale affidata ai privati non potrà che coinvolgere la sola fase della valorizzazione⁴⁴⁴. Ne consegue che anche i contratti di partenariato pubblico-privato relativi a tali beni saranno ammissibili solo qualora abbiano ad oggetto operazioni rientranti nel concetto di valorizzazione⁴⁴⁵.

venga demandato il compito di intervenire a valorizzare il bene culturale e a gestirlo in funzione della sua valorizzazione (che significa migliore fruizione da parte della cittadinanza) sotto lo stretto controllo e vigilanza da parte del soggetto pubblico che sarà, invece, deputato a garantirne la conservazione”. Cfr. G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, cit., secondo cui “l'interesse di base dei soggetti lucrativi è quello del loro utile economico mediante l'utilizzazione dell'altrui immateriale economico: o della sua immagine (es. sponsorizzazione) o per i vantaggi tributari (mecenatismo), o con la gestione indiretta o dei servizi aggiuntivi per il pubblico, o con la concessione di spazi pubblici prestigiosi, o comunque mediante la partecipazione ad attività inerenti la valorizzazione. In questo consiste l'utilità economica privata della valorizzazione del bene culturale pubblico. Se per i beni culturali pubblici la valorizzazione va orientata alla fruizione pubblica, i servizi aggiuntivi che circondano il bene culturale sono per i concessionari fonti di reddito d'impresa e la loro disponibilità è vista come di un bene strumentale d'impresa. Dal loro punto di vista, la valorizzazione è sinonimo di gestione imprenditoriale dei beni culturali”.

⁴⁴³ BARILE S., M. SAVIANO, *Dalla gestione del patrimonio di beni culturali al governo del sistema dei beni culturali*, in G. M. GOLINELLI (a cura di), *Patrimonio culturale e creazione di valore. Verso nuovi percorsi*, Cedam, Padova, 2012, p. 114.

⁴⁴⁴ A.L. TARASCO, *La gestione del patrimonio culturale: profili giuridici, economici e contabili*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Roma Tor Vergata, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 341 ss. osserva che “la valorizzazione risulta l'unica funzione concernente i beni culturali concretamente esternalizzabile all'interno del d.lgs. n. 42/2004 (art. 111 ss.). Infatti, non tutta la gestione del bene culturale è esternalizzabile, ma soltanto la gestione delle attività di valorizzazione”.

⁴⁴⁵ G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, cit., rileva che “Si apre così la strada all'utilizzo dei contratti di partenariato pubblico-privato, con l'applicazione di nuovi modelli e la definizione di nuovi ruoli per il partner pubblico e quello privato, in relazione al bene culturale. L'applicazione di tali modelli al settore dei beni culturali, come si è ricordato, pone seri problemi legati alla necessità, costituzionalmente prevista, della loro tutela diretta da parte dello Stato e alla loro natura di beni comuni, che potrebbe essere contraddetta dal loro assoggettamento alla gestione privata. La gestione privata del bene culturale dovrebbe, quindi, essere limitata alla sola valorizzazione. Tali criticità potrebbero, peraltro, costituire un limite concreto all'interesse dei privati per operazioni di tale natura. Ancora una volta le ragioni dell'efficienza, tradizionalmente di competenza degli economisti, dovranno essere conciliate con quelle dell'equità, compito al quale è chiamato il legislatore”.

Si osserva, inoltre, che la valorizzazione in senso economico non ha come fonte diretta il bene culturale, il quale assume il ruolo di attrattore, ma riguarda l'organizzazione che lo gestisce⁴⁴⁶. Il bene culturale assume pertanto rilievo solo indirettamente⁴⁴⁷ e in via collaterale nei limiti in cui “può essere ritenuto elemento di attrazione di un territorio per gli operatori economici e quindi fattore di ricchezza per i suoi cittadini oltre che per i potenziali fruitori”⁴⁴⁸.

Accanto alla valorizzazione economica intesa come utilità generata o connessa al bene culturale si individua una accezione economica della cultura in senso più ampio che riguarda, invece, le attività imprenditoriali legate in senso lato ad essa⁴⁴⁹. Si determina così una estensione anche dal punto di vista oggettivo della definizione di patrimonio culturale che non comprende esclusivamente le *res* contemplate dal Codice dei beni culturali ma anche altre attività quali principalmente l'industria culturale e creativa, sempre più oggetto di attenzione da parte dell'Unione Europea⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, cit., precisa che “Va considerato che non sono i beni culturali in sé la fonte diretta di economicità, anche se aggregati in museo. Quasi non ha riscontro nell'esperienza la declamata concezione del museo come azienda orientata al mercato. Molto raramente dall'esercizio museale consegue un utile economico, perché i costi solitamente superano i ricavi. L'istituto o luogo della cultura è fattore di economicità solo in senso indiretto e parziale: come contrazione del rapporto tra entrate e uscite indotto da una migliore organizzazione. Ma, a ben vedere, il differenziale raggiungibile genera o un semplice risparmio, o un trasferimento - più o meno palese - in terze mani dell'utile da sfruttamento dell'immateriale economico. L'analogia con l'azienda al massimo può riguardare alcune somiglianze marginali, ma non raggiunge un vero utile di gestione. La realtà è dunque nel senso che una miglior gestione museale può generare un'economia, ma - in termini complessivi - sotto forma di risparmi o di fonti per autofinanziamenti. Vi si può aggiungere la considerazione - che si usa pretermettere - della stima di ammortamenti o remunerazioni del cospicuo costo del capitale iniziale, cioè della raccolta museale. Nei fatti rimane essenziale la necessità di un sostegno pubblico alla gestione, quand'anche esternalizzata. È questo, del resto, il doveroso costo sociale della promozione dello sviluppo della cultura posta tra i principi fondamentali costituzionali (art. 9, primo comma, Cost.). I costi sono esternalizzati sul concedente, gli utili sono acquisiti dal concessionario gestore. È un vantaggio per il gestore, non un vantaggio complessivo”.

⁴⁴⁷ Secondo G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, cit., “Questa nuova e indiretta utilità economica si forma per cerchi concentrici, va dai servizi esercitati collateralmente (c.d. servizi aggiuntivi e strumentali) al vasto indotto nel territorio satellite: produce economie esterne e fa da volano dell'area circostante”.

⁴⁴⁸ E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, cit., p. 38.

⁴⁴⁹ A.O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, cit., individua una prima accezione della dimensione economica della cultura legata alla “qualità intrinseca o proiezione del bene culturale, o ancora come attività che ha come oggetto e ricade sul bene culturale” e una dimensione economica in senso ampio “intesa come potenzialità di crescita economica derivante dalle imprese culturali e creative”. Questa seconda accezione della dimensione economica “comprende, in particolare, il turismo e i servizi connessi, per esempio ricettivi e di trasportistica, le attività economiche preordinate ad amministrare e mantenere il patrimonio storico-artistico, ma anche l'industria culturale (film, video, mass media, software, musica, libri e stampa) e l'industria creativa (architettura, comunicazione e branding, artigianato, design e produzione di stile, performing-art e arti visive)”.

⁴⁵⁰ A.O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, cit.

Anche la digitalizzazione e il progresso tecnologico avvenuto a cavallo tra il XIX e XX secolo, il quale ha consentito una maggiore accessibilità e fruibilità da parte della collettività di molte forme di espressione culturale, vengono considerate cause del definitivo superamento della tesi che ripudia la dimensione economica della cultura⁴⁵¹. Con la nascita delle moderne industrie culturali (editoria, musica, cinema, radio-televisione) l'antitesi tra cultura e mercato viene meno e la prima diviene a tutti gli effetti una componente del sistema economico⁴⁵². La "rivoluzione industriale culturale" vede affiancarsi alla tutela intesa in senso conservativo e statico la nascita del concetto di valorizzazione e la sua evoluzione in senso anche economico.

L'espandersi del momento consensuale costituisce il precipitato logico della rilevanza assunta dal profilo valorizzatorio, come si evince dai numerosi articoli inseriti nel Codice dei Beni Culturali in cui si fa riferimento, dalla fase di programmazione a quella di gestione, ad accordi e intese sia tra soggetti pubblici e privati, che tra diversi enti pubblici⁴⁵³.

Si ritiene quindi ormai superata la vecchia impostazione purista secondo cui il patrimonio culturale deve essere sottratto da implicazioni di carattere economico e patrimoniale⁴⁵⁴ e si afferma che "è ormai pacifico che il settore dei beni culturali

⁴⁵¹ A.O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, cit., osserva che "Alle origini della rinnovata attenzione per la dimensione economica dei beni culturali sono stati identificati diversi fattori. Alcuni hanno a che fare con l'evoluzione della tecnica, che costringe a ridelineare i concetti giuridici. Le innovazioni tecnologiche e la digitalizzazione hanno contribuito in maniera determinante a rompere l'unità di luogo del bene culturale e a scindere la materialità della res dalla sua immagine, in grado di circolare e di diffondersi nel web nei modi e con i fini più diversi". Secondo M. CAMELLI, *L'ordinamento dei beni culturali tra continuità e innovazione*, in *Aedon*, n. 3/2017, "la novità non consiste nella "immaterialità", ma nella "dematerializzazione" come possibilità illimitata di riproduzione svincolata dalla materialità, con una duplice conseguenza: la lesione del bene può essere lesione materiale della res, ma anche uso distorto dell'immagine; una autonoma e crescente valorizzazione economica si aggiunge alla tradizionale valorizzazione culturale. Già l'art. 153, comma 3, lett. e), d.lgs. 112 del 1998, con lungimiranza, poneva in capo allo Stato, alle Regioni e agli enti locali attività volte allo "sviluppo delle nuove espressioni culturali ed artistiche e di quelle meno note, anche in relazione all'impiego di tecnologie in evoluzione".

⁴⁵² Secondo P.L. SACCO e G. FERILLI, *L'Italia che verrà, quando?*, cit., p. 12, "Ne è un esempio la dimensione industriale che assumono le tecniche di stampa o le tecnologie che permettono la nascita dell'industria discografica e cinematografica, della radio e della televisione, permettendo il rapido sviluppo dei settori che oggi conosciamo come industrie culturali...Con l'emergere delle moderne industrie culturali (editoria, musica, cinema, e radio-televisione) si creano invece in breve tempo le condizioni per la nascita di veri e propri settori industriali, in grado di generare profitti sul mercato".

⁴⁵³ P. MICHARA, *La valorizzazione dei beni culturali tramite accordi*, in *www.giustamm.it*, 2014, in relazione al Codice dei Beni Culturali, afferma che "È sufficiente a tal proposito rammentare gli artt. 5, 9, 17, 18, 24, 29, 37, 38, 40, 60, 67, 76, 82, 86, 102, 103, 110, 112, 113, 114, 115, 118, 119, 121, 125, 143, 146, 147, 148, 156. E che dire di tutti gli articoli (si pensi al 111) dove, non essendo citati espressamente gli accordi, si utilizzano verbi quali «concorrere, cooperare, partecipare?»".

⁴⁵⁴ A.L. TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, cit.

possa essere gestito in maniera imprenditoriale, poiché potenzialmente in grado di generare flussi di cassa e di creare occupazione”⁴⁵⁵. L’analisi economica dei beni culturali ha messo in luce come la cultura, nella sua ampia accezione, costituisca una risorsa fondamentale per stimolare lo sviluppo economico e la competitività⁴⁵⁶.

Si è osservato che il potenziale di sviluppo economico del patrimonio culturale in Italia è stato declinato soprattutto sul versante del mercato turistico⁴⁵⁷, concentrandosi sullo sfruttamento di una rendita di posizione legata alla presenza di patrimonio storico-artistico di pregio senza indagare la potenzialità di un suo vantaggio competitivo in altri ambiti⁴⁵⁸. Tali politiche di sviluppo locale “centrate su una concezione stereotipata della città d’arte ne ha determinato una inevitabile progressione svilendone progressivamente l’autenticità, la vitalità culturale, la capacità di innovare”⁴⁵⁹.

Inoltre, come attenta dottrina ha evidenziato, lo sviluppo culturale non può realizzarsi attraverso il rigido trapianto di modelli applicati altrove senza alcuna indagine in ordine al contesto di riferimento il quale potrebbe suggerire un modo di procedere specifico e una elaborazione di un piano che prenda in considerazione le peculiarità del territorio e delle sue risorse⁴⁶⁰. Solo in tal modo è possibile creare sviluppo

⁴⁵⁵ R. DIPACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, cit., p. 20; F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, cit., p. 9 afferma che “è tutta l’area dei servizi culturali ad essere ormai percepita come suscettibile di gestione economica, pur con le peculiarità connesse all’esigenza il più delle volte ineludibile di un sostegno pubblico alla gestione, anche se esternalizzata”.

⁴⁵⁶ Per un’analisi approfondita dei risvolti economici del sistema cultura, A.L. TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, cit.

⁴⁵⁷ P.L. SACCO, G. FERRILLI, *L’Italia che verrà, quando? Per una visione coerente con la natura del nostro paese*, cit., p. 10., osservano criticamente che “è purtroppo grazie alla diffusione di questa logica, apparentemente dettata da considerazioni di razionalità economica ma in realtà rispondente ad una concezione ottusa e strumentale del senso economico della cultura, che si è assistito alla progressiva involuzione di tante città d’arte della cosiddetta Italia minore... che nel tentativo di attrarre flussi turistici di una qualche entità, hanno dato spazio crescente a modesti mercatini di souvenir e pacchetti vacanze spesso di dubbio gusto, che le hanno fatte assomigliare sempre più a repliche dimesse e poco competitive dei classici parchi a tema. È questa la teleologia inevitabile di una strategia di valorizzazione che vuole far sì che il nostro Paese viva di cultura rinunciando però allo stesso tempo, direi, programmaticamente, a “vivere la cultura”, a fare cioè dell’accesso culturale, in primis dei suoi residenti, il dato fondamentale del modello di sviluppo locale e prima ancora del modello di cittadinanza attiva”.

⁴⁵⁸ P.L. SACCO, G. FERRILLI, *L’Italia che verrà, quando?*, cit., p. 10.

⁴⁵⁹ P.L. SACCO, G. FERILLI, *L’Italia che verrà, quando?*, cit. Cfr. F. RIMOLI, *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, cit., p. 108, secondo cui investire sulla cultura “non può significare solo uno sfruttamento intensivo dei siti culturali come attrazioni turistiche, ma deve essere anche una scommessa sulle capacità creative e innovative degli artisti viventi di un Paese che in quest’ambito ha sempre saputo meravigliare il mondo”.

⁴⁶⁰ D. D’ORSOGNA, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, cit., p. 6, afferma che “lo sviluppo su base culturale non è una ricetta pronta per l’uso, da applicare in modo meccanico e indifferenziato in qualsiasi contesto, e che, al contrario, nell’elaborazione di un piano di sviluppo, ogni territorio è un caso a sé, è “una situazione problematica” site specific, perché gli attori particolari, le risorse e la

attraverso la cultura e attrarre capitali, idee, forze umane e capacità imprenditoriali in grado di porre in essere una efficace valorizzazione economica. Sarebbe opportuno, pertanto, entrare in una logica di “investimento, rischio, sperimentazione, sapendo che la cultura ha un senso, anche economico, soltanto quando è viva, capace di esplorare nuovi territori, indurre il cambiamento, liberare nuove energie”⁴⁶¹.

Il nesso tra patrimonio culturale e crescita socio economica delle collettività come dato ormai acquisito si evince dal fatto che i beni culturali vengono richiamati nel quadro del Piano strategico del turismo 2017-2022 in cui la valorizzazione del “patrimonio culturale, ambientale e paesaggistico” è ritenuta strumento idoneo per “l’ampliamento e l’arricchimento delle destinazioni e dell’offerta turistica”, in una “visione omogenea in tema di turismo e cultura”⁴⁶².

Anche a livello europeo si trovano conferme in tal senso⁴⁶³ come dimostra la decisione n. 864 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017 che ha proclamato il 2018 “L’anno europeo del patrimonio culturale” e in cui quest’ultimo viene considerato “fonte di crescita e di occupazione”, evidenziandone così la sua dimensione economica.

tradizione culturale richiedono una indagine situazionale e determinano volta per volta un modo di procedere specifico, unico”.

⁴⁶¹ P.L. SACCO, G. FERILLI, *L'Italia che verrà, quando?*, cit., p. 10, evidenziano altresì come “il futuro del patrimonio culturale, come possibile piattaforma di sviluppo passa da strade molto diverse da quelle abitualmente evocate nei tanti, forse troppi dibattiti dedicati al tema: la produzione e l’imprenditorialità creativa, la capacità di connettersi alle grandi reti internazionali, la capacità di attirare investimenti”.

⁴⁶² G. SCIULLO, *I beni culturali quali risorsa collettiva da tutelare - una spesa, un investimento*, in *Aedon* n. 3/2017, precisa che “In effetti nella versione del Piano presentata dal Mibact nel giugno di quest’anno si trovano affermazioni quali: ‘La cultura e il paesaggio, dunque oltre a connotare fortemente la nostra immagine nel mondo, costituiscono gli asset più promettenti del nostro portafoglio di prodotti turistici’ e ‘Il Piano propone un modello di sviluppo sostenibile [del turismo] che [fa] leva sulla territorialità e la diversità del patrimonio paesaggistico e culturale”.

⁴⁶³ A.O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, cit., mette in luce come “il nesso tra patrimonio culturale e dimensione economica non appare sin dalle origini connaturato alle azioni dell’Unione, bensì frutto di un nuovo approccio verso cui la Commissione europea si è spinta in modo netto dal 2014. Si è osservato che a partire dal 1992, con il Trattato di Maastricht e l’introduzione della cittadinanza europea, le azioni dell’Unione in materia culturale apparivano strumentali alla costruzione di un *demos* europeo. Dal 2014, invece, la tutela e la promozione del patrimonio europeo diventano marcatamente funzionali allo sviluppo economico. In particolare, l’Unione ha fatto ricorso negli anni a diversi programmi (Caleidoscopio, Cultura 2000, Cultura 2007, tutti ora assorbiti dal programma Europa Creativa, istituito con regolamento 1295/2013/UE e con operatività dal 1° gennaio 2014 al 31 dicembre 2020) e ai fondi strutturali, strumenti finanziari gestiti dalla Commissione europea per progetti che perseguono la coesione economica, sociale e territoriale, e che costituiscono il principale strumento delle politiche europee di investimento. A titolo di esempio, nell’ambito del programma Europa creativa, nel periodo 2014-2010 sono stati stanziati attraverso il fondo di coesione circa sei miliardi di euro per i settori culturali e creativi e il patrimonio culturale. Altri finanziamenti, per 4,4 miliardi, sono passati tra il 2007 e il 2013 per i programmi di sviluppo regionale e rurale. Entro i bandi di Horizon 2020 nel periodo 2018-2019 saranno messi a disposizione cento milioni di euro per la ricerca in materia di patrimonio culturale”.

I beni culturali sono stati qualificati elementi di sviluppo e di progresso sotto il profilo della crescita economica anche in ambito internazionale, in particolare nella Dichiarazione di Firenze del 30 marzo 2017, costituente il risultato della prima riunione dei ministri della cultura dei Paesi del G7, si afferma che il patrimonio culturale, inteso “in tutte le sue forme, materiale e immateriale, mobile e immobile” rappresenta “uno strumento importante per la crescita e lo sviluppo sostenibile della società, anche in termini di prosperità economica”, è “al contempo motore e oggetto delle più avanzate tecnologie, nonché uno dei principali ambiti in cui misurare le potenzialità e le opportunità offerte dall’era digitale”⁴⁶⁴.

5. Ruolo del privato nella gestione dei beni culturali alla luce del d.lgs. 42/2004

L’iniziativa privata nel settore culturale è stata da parecchi anni incentivata dal legislatore nazionale sia per sopperire alla carenza di finanziamenti statali che a causa delle inefficienze delle gestioni pubbliche.

La normativa in tema di esternalizzazione della gestione dei servizi culturali rivela le surriferite contrapposizioni ideologiche sull’opportunità di introdurre in un ambito così sensibile obiettivi di massimizzazione del profitto fisiologicamente perseguiti da soggetti imprenditoriali. Si è osservato che le discipline in esame “riflettono compromessi politici faticosi e instabili, che hanno lasciato ampia traccia anche nei lavori preparatori del Codice dei beni culturali e dei relativi decreti correttivi. Per questo motivo, tali disposizioni hanno subito nel tempo ‘vari mutamenti’ e risultano talvolta caratterizzate da ‘una certa oscurità di formulazione’”⁴⁶⁵.

L’importanza del PPP è stata avvertita per la prima volta nel 1993 nella c.d. “Legge Ronchey”⁴⁶⁶ con cui la cultura iniziò ad essere subordinata ad una logica di

⁴⁶⁴ Il testo della Dichiarazione è reperibile sul sito del Mibact www.beniculturali.it.

⁴⁶⁵ D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l’Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit.

⁴⁶⁶ Decreto Legge 14 novembre 1992, n. 433, conv. in legge 14 gennaio 1993 n. 4, c.d. “legge Ronchey”, dal nome del Ministro per i Beni Culturali, Alberto Ronchey e recante “*Misure urgenti per il funzionamento dei musei, biblioteche e archivi*”, ha introdotto la gestione privata dei servizi aggiuntivi nei musei italiani tramite concessione da parte dei sovrintendenti o dei singoli direttori dei musei. I servizi aggiuntivi sono stati individuati in: • Servizio editoriale e di vendita riguardante le riproduzioni di beni culturali e la realizzazione di cataloghi ed altro materiale informativo; • Servizi riguardanti i beni librari e archivistici per la fornitura di riproduzioni e il recapito nell’ambito del prestito bibliotecario; • Servizi di caffetteria, di ristorante, di guardaroba e di vendita di altri beni correlati all’informazione museale e dei meccanismi effettivi di gestione. Prima di tale legge, vi erano limitati casi di concessione d’uso a soggetti privati di aree per sfruttamento commerciale all’interno di luoghi di cultura

mercato tramite la risorsa rappresentata dai servizi aggiuntivi nei musei⁴⁶⁷, consistenti in prestazioni ulteriori rispetto all'offerta culturale. Si era prevista la possibilità che tali servizi potessero essere esternalizzati da parte dei sovrintendenti o dei singoli direttori dei musei tramite lo strumento concessorio, basato sull'affidamento con gara di un contratto di durata quadriennale⁴⁶⁸. L'intervento dei privati nella gestione dei servizi aggiuntivi è stato successivamente ampliato dall'art. 47-*quater*, decreto legislativo 23 febbraio 1995, n. 41, convertito in legge 22 marzo 1995, per quanto concerne il numero e la natura dei servizi⁴⁶⁹ e il novero dei possibili concessionari, estesi a fondazioni culturali o bancarie, società o consorzi privati.

Con l'emanazione del Testo Unico dei beni culturali (d.lgs. 490/1999) è stata utilizzata la locuzione "servizi di assistenza culturale e di ospitalità" per identificare i servizi in esame con la previsione che alcuni di essi, come i servizi di biglietteria, pulizia e vigilanza, potessero essere concessi in un unico affidamento insieme alle altre attività prestazionali (la logica del *global service*).

La disciplina dei servizi aggiuntivi ha trovato successivamente collocazione normativa nel Codice dei Beni Culturali in cui si assiste ad un mutamento di locuzione per definirli: l'art. 117⁴⁷⁰, infatti, come modificato dalla novella del 2008, si riferi-

(ma si trattava di ipotesi residuali, non integrate nel processo di valorizzazione). Per un commento alla legge Ronchey v. P. VOLONTÈ, *Le imprese sociali e i beni culturali*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 63, secondo cui tale legge, oltre a riferirsi solo agli istituti dipendenti dall'allora Ministero per i beni culturali e ambientali, "dà una definizione molto stretta di servizi aggiuntivi, comprendente esclusivamente tre categorie: servizio editoriale e di vendita di cataloghi e riproduzioni; servizio di fotocopie e consegna a domicilio; servizio di ristorazione, guardaroba e vendita di gadget. Attraverso tale elencazione si finisce per escludere una serie di potenziali servizi aggiuntivi meno tradizionali (si pensi per esempio al servizio di nursery per il pubblico) ma non per questo inutili o inattuabili".

⁴⁶⁷ G. PIPERATA, *Natura e funzione dei servizi aggiuntivi nei luoghi di cultura*, in *Aedon*, n. 1/2010 (Rivista di arti e diritto *on line*), ricostruisce in modo completo la storia dei servizi in questione.

⁴⁶⁸ B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Cedam, Padova, 2008, p. 102, afferma che "l'introduzione da parte della Legge Ronchey della possibilità di concedere ai privati i servizi aggiuntivi e soprattutto l'ampliamento di questi ultimi operato dal d.m. del 1997, nella direzione di una significativa partecipazione privata ai servizi per la fruizione dei beni culturali, ha fatto emergere la gestione come una funzione autonoma distinta dalla tutela".

⁴⁶⁹ Sono state cioè: a) incluse altre attività facenti parte, concettualmente, del nucleo originario (ad esempio i servizi di informazione, di guida e assistenza didattica e di fornitura di sussidi catalografici, audiovisivi ed informatici, di utilizzazione commerciale delle riproduzioni, di gestione dei punti vendita, dei centri di incontro e di ristoro, delle diapoteche, delle raccolte discografiche e biblioteche museali, di organizzazione delle mostre e delle altre iniziative promozionali); b) introdotte anche alcune attività di supporto e strumentali (ad esempio, i servizi di pulizia, di vigilanza, di gestione dei biglietti di ingresso). Cfr. S. SETTIS, *Italia S.P.A. L'assalto del patrimonio culturale*, Einaudi, Torino, 2007, p. 104, che precisa: "Si aggiungevano 'servizi' [...] come la guida e l'assistenza didattica, la 'fornitura di sussidi catalografici, audiovisivi e informatici', l'organizzazione di mostre: cioè attività che in molti musei e in molti Paesi, essendo strettamente collegate con le attività conoscitive e di tutela, vengono esercitate in prima persona dallo staff interno".

⁴⁷⁰ Art. 117 d.lgs. 42/2004, "Servizi per il pubblico" (Rubrica così sostituita dall'art. 2, comma 1, lett. zzz), d.lgs. 26 marzo 2008, n. 62.), stabilisce che: «1. Negli istituti e nei luoghi della cultura indicati

sce a “servizi per il pubblico”⁴⁷¹. Inoltre essi sono stati ancorati al sistema della valorizzazione dei beni culturali⁴⁷² con l’intento di consentirne un idoneo utilizzo al fine di promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e di assicurare le migliori condizioni di fruizione pubblica del patrimonio stesso⁴⁷³. Per quanto riguarda la gestione l’art. 117, comma 4, si limita a rinviare a quanto stabilito dall’art. 115 dello stesso Codice, ossia la norma relativa alle forme di gestione dell’attività di valorizzazione⁴⁷⁴.

all’articolo 101 possono essere istituiti servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico. 2. Rientrano tra i servizi di cui al comma 1: 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. 3. I servizi di cui al comma 1 possono essere gestiti in forma integrata con i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria. 4. La gestione dei servizi medesimi è attuata nelle forme previste dall’articolo 115. 5. I canoni di concessione dei servizi sono incassati e ripartiti ai sensi dell’articolo 110».

⁴⁷¹ Si registra un contrasto interpretativo in ordine alla natura esemplificativa, prevalentemente sostenuta dalla dottrina (A.L. TARASCO, *sub art. 117*, in ID. E G. LEONE (a cura di) *Commentario al Codice dei Beni culturali e del Paesaggio*, Padova, 2006, p. 740; C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, p. 217; BELLOMIA, *sub art. 117*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano 2012, pp. 880 ss.) o tassativa, a volte affermata dalla giurisprudenza (v. sentenza del Tar Emilia Romagna-Parma, sez. I, n. 618 del 4 dicembre 2007, confermata in appello dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4639 del 23 luglio 2009, secondo cui “l’esplicita previsione dei c.d. ‘servizi aggiuntivi’” da parte dell’art. 117 del Codice, “escludendo implicitamente ogni altra modalità di impiego, identifica in modo tassativo le ulteriori attività compatibili con la natura del bene”), dell’elenco contenuto nell’art. 117.

⁴⁷² P. MICHARA, *La valorizzazione dei beni culturali tramite accordi*, cit., sostiene che “I servizi in questione potrebbero insomma essere considerati, stante il carattere non esaustivo e non tassativo dell’elencazione di cui all’art. 117, come un *quid minoris* rispetto alla valorizzazione. Quando l’attività «trascolora», si avvicina alla materialità del bene, è meramente ausiliaria (si pensi alle pulizie), perde il carattere di funzione, è assimilabile a un mero servizio, si rivolge direttamente alla mera corporeità dell’oggetto (il bene) o del soggetto (il pubblico fruitore), ecco che il termine ormai aulico ed onnicomprensivo di valorizzazione cede al più prosaico sostantivo di servizio aggiuntivo o per il pubblico”.

⁴⁷³ G. PIPERATA, *La nuova disciplina dei servizi aggiuntivi dei musei statali*, in *Aedon*, n. 2/2008 (Rivista di arti e diritto on line).

⁴⁷⁴ D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l’Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit. affermano che “Al riguardo, occorre notare che, in forza di tale rinvio, sembra che anche in relazione ai servizi di assistenza culturale e di ospitalità il ricorso alla gestione indiretta sia subordinato alla verifica che tale soluzione sia idonea ad “assicurare un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali” coinvolti. Tuttavia, è stato osservato che l’elenco di cui all’art. 117 comprende una serie di attività molto diverse l’una dall’altra, le quali – per un verso – non sembrano tutte riconducibili alla definizione di “valorizzazione” di cui all’art. 111 del Codice, e – per altro verso – sembrano presupporre appalti di servizi, autorizzazioni all’esercizio di attività commerciali, concessioni in uso di beni demaniali, e solo talvolta vere e proprie concessioni di servizio pubblico”. Vedi anche A.L. TARASCO *sub art. 117*, in *Commentario al Codice dei Beni culturali e del Paesaggio*, cit., p. 742; G. PIPERATA,

Inoltre il Codice dei Beni Culturali (d.lgs. 42/2004) si interessa più specificamente, riconoscendola espressamente, alla partecipazione dei soggetti privati nelle attività relative ai beni culturali. Per quanto concerne la sola attività di valorizzazione⁴⁷⁵, non essendo essa prerogativa dello Stato conformemente a quanto previsto dall'art. 9 Cost., viene stabilito che i beni culturali possono essere oggetto di collaborazione pubblico-privata⁴⁷⁶. Emblematica in tal senso è la disposizione contenuta nell'art. 6, comma 3, secondo cui «*La Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale*»⁴⁷⁷. Tale valorizzazione⁴⁷⁸, anche attraverso l'apporto privato, dovrà comunque essere attuata «*in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze*» (art. 6, comma 2, d.lgs. 42/2004).

L'art. 111, comma 1 dello stesso Codice chiarisce, inoltre, che siffatta attività si consegue mediante «*la 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 indicate all'articolo 6*», precisando altresì che ad esse possono concorrere, cooperare o partecipare anche i soggetti privati. Specifica rilevanza viene riconosciuta alla

Servizi per il pubblico e sponsorizzazioni di beni culturali: gli artt. 117 e 120, in *Aedon*, n. 3/2008; C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in *Diritto e gestione dei beni culturali*, cit., p. 218.

⁴⁷⁵ Una posizione minoritaria ritiene che anche la funzione di tutela possa essere oggetto di *outsourcing*, cfr. A. IACOPINO, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 210. Per quanto riguarda l'esternalizzazione della funzione di valorizzazione v. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, cit., p. 11 che, basandosi sull'art. 115 del codice secondo cui «le attività di valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica sono gestite in forma diretta o indiretta» precisa «L'affidamento delle attività di valorizzazione è in effetti riferito alla gestione e non alla titolarità dell'attività, che resta imputata all'amministrazione cui appartiene il bene (se pubblico) o cui è attribuito, in concreto, l'esercizio delle altre funzioni di tutela del bene (se privato): significativo al riguardo è che la disposizione parli di gestione della valorizzazione e non della generica gestione del bene finalizzata alla valorizzazione del bene culturale. La formulazione adoperata dal legislatore si riflette anche sul piano pratico e applicativo. In sostanza, la conservazione della titolarità in capo all'amministrazione indica la persistenza di una responsabilità del soggetto pubblico nell'organizzazione del servizio in maniera da garantirne la fruizione da parte degli utenti nel rispetto dei principi europei».

⁴⁷⁶ G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, cit.

⁴⁷⁷ Secondo P. CARPENTIERI, *Commento all'art. 6*, in R. TAMIOZZO (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio. Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 17, il comma 3 dell'art. 6 si configura quale inequivoca ipotesi di enunciazione in tema di valorizzazione dei beni culturali del principio di «sussidiarietà» orizzontale.

⁴⁷⁸ Ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 42/2004 la valorizzazione consiste «nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Essa comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale».

valorizzazione privata anche ai commi 3 e 4 del medesimo art. 111 quando precisa che, mentre «*La valorizzazione ad iniziativa pubblica si conforma ai principi di libertà di partecipazione, pluralità dei soggetti, continuità di esercizio, parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione*», quella «*ad iniziativa privata è attività socialmente utile e ne è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale*».

Per soddisfare il fine della solidarietà sociale “pubblico e privato dovrebbero concorrere e cooperare (da qui la rilevanza dinamica degli accordi e dei contratti) al fine di rendere utilizzabili, fruibili, quindi «utili», i beni culturali, considerati beni comuni”⁴⁷⁹.

Alla luce del dettato normativo si evince una ormai acquisita consapevolezza in ordine al significativo ruolo della *partnership* privata al fine di promuovere il patrimonio artistico e culturale. Nel Codice del 2004 emerge una sorta di inversione di tendenza rispetto al passato in virtù di una maggiore considerazione del valore economico dei beni culturali⁴⁸⁰ e della loro valorizzazione ad opera dei privati in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale⁴⁸¹.

La collaborazione tra privati e pubblico nell’esercizio della funzione di valorizzazione sembra essere paritaria e si estende dalla fase di programmazione a quella esecutiva. Proprio in quest’ultimo livello, rappresentato dalla gestione del patrimonio di appartenenza pubblica, si esplicano in maggior misura tali forme di partecipazione e interazione. L’intenzione è quella di adottare “sinergie e sviluppare le strategie integrate per un approccio più olistico alla cultura affinché la *governance* culturale diventi più aperta, più partecipativa, più efficace e più coerente”⁴⁸².

⁴⁷⁹ P. MICHARA, *La valorizzazione dei beni culturali tramite accordi*, in *www.giustamm.it*, 2014.

⁴⁸⁰ Secondo S. GALLETI, *Le fondazioni e le attività museali*, in *Gazzetta ambientale*, n. 4/2005, pp. 127-146, il Codice dei beni culturali è ispirato a principi di natura sostanzialmente finanziaria, quali “il miglioramento degli interventi concernenti i beni e le attività culturali anche allo scopo di conseguire l’ottimizzazione delle risorse assegnate e l’incremento delle entrate, nonché l’assenza di nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato”.

⁴⁸¹ G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazioni in atto e tendenze*, in *Aedon*, n. 3/2004 si riferisce ad un metodo di cooperazione “che è prima di tutto cooperazione interistituzionale fra i soggetti componenti la Repubblica (secondo il principio di leale collaborazione sancito dall’attuale testo costituzionale) e si allarga e si estende poi agli altri enti pubblici e ai soggetti privati, nell’esercizio dell’autonoma capacità di iniziativa per fini sociali che essi possono dispiegare”. Deve rilevarsi che la dottrina non è concorde nel ritenere pienamente recepito nel Codice il principio di sussidiarietà; secondo parte di essa, infatti, l’art. 6 opererebbe un semplice richiamo al principio di cooperazione; cfr. G. LEONE, A.L. TARASCO, *Valorizzazione del patrimonio culturale. Commento all’art. 6*, in G. LEONE, A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Cedam, Padova, 2006.

⁴⁸² A. CRISMANI, *Cultura e sistema museale: le regole del gioco*, in D. D’ORSOGNA, P.G. SACCO, M. SCUDERI (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l’arte*, in *Supplemento al n. 79/2014 di Arte e critica*, p. 60.

Si osserva come il concetto di gestione venga spesso utilizzato come mero strumento della valorizzazione⁴⁸³, in particolare le forme in cui si svolge l'attività gestoria sono definite come "soluzioni organizzative, procedimentali ed economiche cui le amministrazioni possono ricorrere per l'esercizio delle attività di loro competenza in materia di beni culturali, diverse da quelle riconducibili al nucleo tipico della tutela come funzione pubblicistica, a carattere autoritativo"⁴⁸⁴. Secondo differente indirizzo, invece, la gestione può essere intesa in senso più ampio, non ricomprendente solo la valorizzazione, che costituisce l'unica attività esternalizzabile, ma anche la tutela e la fruizione⁴⁸⁵.

Appare innanzitutto opportuno compiere una differenziazione in merito all'oggetto dell'attività di gestione che può riguardare sia il c.d. servizio culturale⁴⁸⁶, ossia il servizio pubblico di valorizzazione del bene culturale⁴⁸⁷, sia i servizi accesso-

⁴⁸³ P. MICHARA, *La valorizzazione dei beni culturali tramite accordi*, cit.

⁴⁸⁴ C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di) *Il diritto dei beni culturali*, cit., pp. 173-196. Cfr. S. D'ANTONIO, *La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, p. 110, secondo cui "sembra utile soffermarsi sulla locuzione 'forme di gestione', con la quale si indica il complesso degli strumenti giuridici attraverso i quali l'ente locale provvede ad organizzare il servizio, facendosi direttamente carico delle relative attività ovvero affidandole in tutto o in parte ad altri soggetti, al fine di assicurare l'erogazione del servizio all'utenza secondo parametri che ne garantiscano il più possibile la rispondenza ai bisogni della collettività".

⁴⁸⁵ G.U. ABBATE, *La privatizzazione dei beni culturali: un primo approccio al problema*, in *diritto.it* precisa che "non tutta la 'gestione del bene culturale' è esternalizzabile, ma soltanto la gestione delle attività di valorizzazione. Resterebbero, così, fuori dall'area dell'esternalizzazione sia la tutela che la fruizione, che sono chiamate a svolgere una 'funzione di controllo' sull'attività di valorizzazione. La prima in quanto affidataria di un ruolo che il Codice (ma già prima la Costituzione) le assegna come misura di attuazione delle altre funzioni; la seconda in quanto finalità e vincolo al tempo stesso". D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, in *Aedon* n. 3/2014, sembrano porsi sulla stessa linea quando affermano che "A rigore, però, i privati sono coinvolti ai sensi del Codice nella 'gestione' dei beni culturali, categoria non del tutto sovrapponibile a nessuna delle due menzionate dalla Costituzione: talune attività rientranti nella gestione presentano infatti addentellati con la tutela, in quanto strumentali alla conservazione dei beni che ne sono oggetto".

⁴⁸⁶ Si rileva, tuttavia, che la locuzione "servizi culturali" non è utilizzata nel codice dei beni culturali se non per i c.d. servizi aggiuntivi o per il pubblico di cui si occupa l'art. 117 del codice.

⁴⁸⁷ A. CAROSELLI, *La gestione dei servizi culturali locali*, cit., p. 569, sottolinea che la nozione di servizio culturale in realtà è più estesa rispetto all'attività di valorizzazione in quanto "l'ampia previsione contenuta nell'art. 6 ed il tenore dell'art. 117 (che elenca i servizi aggiuntivi) inducono a ritenere come il codice dei beni culturali e del paesaggio abbia accolto una nozione ampia di servizio culturale, in grado di abbracciare le diverse espressioni dell'attività di fruizione, tra cui deve annoverarsi la stessa attività di conservazione. In tale nozione è destinata a confluire l'attività di valorizzazione prevista nell'art. 111". In merito al collegamento tra la nozione di servizio e attività di valorizzazione F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, cit., afferma che "Per ragionare di servizio pubblico con riguardo ai beni culturali è comunque necessario guardare al rilievo progressivamente attribuito, accanto alla tutela dei beni, all'attività di valorizzazione del patrimonio culturale (art. 111 co. 3 del Codice), anzi alla sua doppia valorizzazione (principalmente culturale, ma anche economica). È dunque con riguardo alla valorizzazione, ed in considerazione dell'allargamento della platea dei fruitori e della configurazione del diritto alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale, che si apre la strada a questa (nuova) qualificazione quale servizio pubblico, espressamente

ri e strumentali non aventi carattere culturale (es. vendita cataloghi e servizi editoriali, accoglienza, ristorazione, vendita di riproduzioni). Questi ultimi, prima definiti aggiuntivi e ora denominati dall'art. 117 d.lgs. 42/2004 più generalmente come "servizi per il pubblico", sono svolti con metodo economico e si distinguono dal servizio di valorizzazione rispetto al quale svolgono un ruolo ausiliario.

Per quanto concerne i servizi c.d. culturali possono essere considerati servizi pubblici⁴⁸⁸ aventi rilevanza economica se organizzati in modo da utilizzare i beni come uno strumento finanziario⁴⁸⁹. La qualificazione come servizio pubblico si giustifica nella considerazione dell'allargamento della platea di fruitori e della configurazione del diritto alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale⁴⁹⁰. Si rileva, tuttavia, che nel d.lgs. 42/2004 un riferimento esplicito al servizio pubblico è presente solo all'art. 101, co. 3, dove è stabilito che gli istituti e i luoghi della cultura «sono destinati alla pubblica fruizione ed espletano un servizio pubblico». Da tale disposizione si evince l'utilizzo di una nozione di servizio pubblico di

operata nella prima bozza del Codice ma poi omessa nella stesura finale. Nondimeno il Codice dispone che la valorizzazione debba svolgersi in conformità ai principi comunitari che presiedono all'erogazione dei servizi pubblici: libertà di prestazione, pluralità dei soggetti, continuità di esercizio, parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione", precisando altresì che "Del resto, anche con riguardo all'attività di valorizzazione dei beni culturali a iniziativa pubblica, si devono registrare classificazioni divergenti, che lo riconducono talvolta al servizio (M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità pubblica*, cit.), ma anche, e pure da ultimo, alla funzione (L. CASINI, *Valorizzazione e gestione*, cit., p. 195 ss.). E dunque bisogna sciogliere questo primo nodo: la valorizzazione-fruizione è funzione o servizio?"

⁴⁸⁸ Diversamente dagli altri servizi pubblici, il servizio culturale non utilizza il bene come strumento, ma piuttosto è un modo di essere del bene stesso, in quanto orientato allo sviluppo della cultura e quindi della fruizione da parte degli utenti il bene resta al centro della scena ma è preso in considerazione non più solo come valore da preservare ma come una risorsa e un servizio da rendere, con quel che consegue in termini di finalizzazione della disciplina (SCIULLO, *Tutela*, in C. BARBATI, M. CAMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 149).

⁴⁸⁹ G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, cit. Cfr. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit. secondo cui "La rilevanza economica dei singoli servizi locali non può essere valutata 'a priori come attributo riguardante la natura dell'attività', ma rappresenta una 'conseguenza del modello gestionale scelto dall'amministrazione per la loro organizzazione'. Gli enti locali, nell'esercizio della propria autonomia organizzativa, sono dunque liberi di scegliere se organizzare o meno l'erogazione dei servizi culturali di propria competenza secondo un modello gestionale che implica il coinvolgimento di soggetti imprenditoriali. Come ricordato, peraltro, l'attuale versione dell'art. 115, comma 4, del Codice dei beni culturali – diversamente dal passato – dispone oggi che la scelta tra gestione diretta e indiretta sia effettuata dagli enti locali alla stregua del medesimo criterio stabilito per Stato e regioni". G. PIPERATA, I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali, in *Aedon*, n. 3/2003, osserva che "la rilevanza economica del servizio pubblico locale deriverebbe dalla decisione dell'ente di procedere alla gestione dello stesso secondo modalità in astratto idonee a garantire le entrate necessarie per coprire quantomeno i costi di produzione. Viceversa, la rilevanza economica andrebbe esclusa per quei servizi per i quali l'amministrazione intende assicurare la copertura dei costi ricorrendo alla fiscalità generale ovvero applicando prezzi politici".

⁴⁹⁰ F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, cit., p. 2.

tipo soggettivo⁴⁹¹ in quanto il riferimento è solo ai beni che appartengono al soggetto pubblico la cui gestione può essere affidata ai privati tramite lo strumento concessorio, se invece i soggetti titolari sono privati essi «*espletano un servizio privato di utilità sociale*» (art. 101 c. 4)⁴⁹².

Le attività di valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica sono gestite in forma diretta o indiretta (art. 115 d.lgs. 42/2004).

La gestione diretta viene svolta mediante strutture organizzative interne all'amministrazione, dotate di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria, contabile e provviste di idoneo personale tecnico, anche in forma consortile pubblica⁴⁹³. Quella indiretta, invece, si attua mediante esternalizzazioni delle attività di valorizzazione a soggetti terzi: ai sensi dell'art. 115, comma 3, del d.lgs. 42/2004 tale gestione deve essere «*attuata tramite concessione a terzi delle attività di valorizzazione, anche in forma congiunta e integrata da parte delle amministrazioni cui i beni pertengono o dei soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, qualora siano conferitari dei beni ai sensi del comma 7, mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti*»⁴⁹⁴. Si riscontra un restringimento, a seguito del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156 n. 62/2008, rispetto alla vecchia formulazione dell'art. 115 che prevedeva l'alternatività tra lo strumento concessorio e l'affidamento diretto ad istituzioni, fondazioni, associazioni,

⁴⁹¹ L.CASINI, *Valorizzazione e gestione*, cit., p. 217.

⁴⁹² A tal proposito F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, cit., precisa “Una visione forse semplicistica alla luce delle acquisite consapevolezza in ordine alla centralità, ai fini della determinazione del regime applicabile, non dell'appartenenza dei beni ma della loro destinazione. Ma tant'è: in questo campo di servizio pubblico si può parlare solo per la gestione dei beni culturali pubblici. Per quelli privati non sono escluse misure regolatorie finalizzate alla loro fruizione pubblica, ma la concessione è fuori campo e la classificazione (servizio privato di utilità sociale) è meno impegnativa, le misure possibili meno penetranti”. In senso contrario A. IACOPINO, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali*, cit., pp. 140 ss., secondo cui l'ambito oggettivo di applicazione della disposizione è “limitato” ai beni culturali di appartenenza pubblica. Tuttavia, alla luce della doverosità generalizzata della funzione di valorizzazione e della indifferenza dello statuto proprietario dei beni culturali con la conseguente qualificazione in termini di servizio pubblico delle attività di valorizzazione, esse si possano estendere a tutti i beni culturali, a prescindere dall'appartenenza.

⁴⁹³ C. BARBATI, *Le forme di gestione*, cit., p. 202, precisa che si tratta di “forma gestionale alla quale ricorrere nel caso in cui il servizio o l'attività da rendere abbiano dimensioni limitate, tali da renderne inidonea una gestione secondo logiche diverse, economicamente rilevanti”.

⁴⁹⁴ Recentemente il Consiglio di Stato (sent. 5773 del 7 dicembre 2017) ha ribadito che l'affidamento in concessione è un obbligo ineludibile per l'amministrazione nel caso in cui si opti per la gestione esternalizzata e che non è possibile accorpate l'esecuzione dell'attività di valorizzazione ai servizi strumentali affidati in appalto, atteso che in tal modo verrebbe completamente snaturato il modello proposto dal Codice dei beni culturali e del paesaggio.

consorzi e società di capitali o altri soggetti costituiti o partecipati in maniera prevalente dall'amministrazione pubblica⁴⁹⁵.

Con il termine esternalizzazione si fa riferimento a tutti gli strumenti attraverso cui le amministrazioni pubbliche si rivolgono a soggetti esterni avvalendosi del loro apporto organizzativo, conoscitivo e finanziario al fine di erogare le proprie attività e i propri servizi⁴⁹⁶. L'esternalizzazione dell'attività di valorizzazione riguarda esclusivamente la gestione e non la titolarità della attività la quale rimane pubblica⁴⁹⁷. Inoltre, in tali ipotesi, rimangono fermi i poteri di vigilanza e controllo dell'apparato pubblico "così da assicurare costantemente che il coinvolgimento dei privati non pregiudichi gli imperativi di corretta conservazione (tutela) e di fruizione collettiva (prodromica allo sviluppo della cultura) riconducibili all'art. 9 Cost."⁴⁹⁸.

La scelta discrezionale tra le forme di gestione diretta o indiretta avviene attraverso una valutazione comparativa, sia in termini di «sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia», sia «sulla base di obiettivi previamente definiti»⁴⁹⁹. Sarà pertanto necessario redigere lo studio di fattibilità onde analizzare le differenti alternative per realizzare il progetto e confrontare i costi, benefici e rischi ad esse connessi. Il provvedimento che opta per una determinata forma di gestione dovrà essere motivato sulla base delle analisi comparative compiute mettendo in luce come la

⁴⁹⁵ G. SCIULLO, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d.lgs. n. 156/2006?*, in *Aedon*, n. 2/2006 osserva che "il decreto correttivo ha operato una scelta netta: salvo che nei casi di gestione da parte dell'ente titolare del bene culturale con strutture interne o in forma consortile pubblica, è stato sancito il ricorso a procedure di evidenza pubblica ai fini dell'affidamento delle attività di cui all'art. 115 (e conseguentemente dei servizi di cui all'art. 117). Si tratta di una scelta sicuramente in linea con i valori ispiratori dell'ordinamento comunitario e al tempo stesso rispettosa di quel principio di concorsualità sempre più di frequente applicato dal giudice amministrativo. Come tale essa va salutata con favore, perché scongiura il pericolo che dietro la spesso invocata 'eccezione culturale' possa annidarsi l'opacità delle scelte amministrative".

⁴⁹⁶ C. BARBATI, *Le forme di gestione*, cit., p. 203.

⁴⁹⁷ F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, cit., p. 11, riferendosi alla titolarità afferma che essa "resta imputata all'amministrazione cui appartiene il bene (se pubblico) o cui è attribuito, in concreto, l'esercizio delle altre funzioni di tutela del bene (se privato): significativo al riguardo è che la disposizione parli di gestione della valorizzazione e non della generica gestione del bene finalizzata alla valorizzazione del bene culturale. La formulazione adoperata dal legislatore si riflette anche sul piano pratico e applicativo. In sostanza, la conservazione della titolarità in capo all'amministrazione indica la persistenza di una responsabilità del soggetto pubblico nell'organizzazione del servizio in maniera da garantirne la fruizione da parte degli utenti nel rispetto dei principi europei".

⁴⁹⁸ D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit.

⁴⁹⁹ Art. 115, comma 4, d.lgs. 42/2004, 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. 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».

soluzione adottata sia la più idonea a assicurare un adeguato livello di valorizzazione e di fruizione pubblica in ossequio a quanto stabilito dal comma 4 dell'art. 115 D.lgs. 42/2004.

Sebbene le intenzioni del Governo, come precisate nella *Nota illustrativa* dello schema di decreto correttivo n. 62/2008⁵⁰⁰, fossero quelle di subordinare l'esternalizzazione all'ipotesi che "il perseguimento dell'interesse pubblico alla migliore valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica non risulti praticabile o conveniente attraverso la gestione diretta, per le ragioni più varie, che possono andare dalla carenza di risorse alla opportunità di affidarsi agli strumenti ed alle logiche di tipo privatistico"⁵⁰¹, la gestione indiretta potrebbe divenire il modello gestionale prioritario a causa del limite all'autoproduzione costituito dalla mancanza di risorse proprie da parte delle amministrazioni che costringe a rivolgersi al mercato per assolvere al dovere di valorizzazione. Tuttavia, dare per scontato che il saldo attivo tra costi e benefici nel modello incentrato sulla esternalizzazione sia migliore rispetto a quello della gestione dei servizi mediante la propria organizzazione appare frutto di una eccessiva semplificazione dovuta a carenze conoscitive⁵⁰². Invero rivolgersi a soggetti terzi, pur consentendo di realizzare un progetto potenzialmente competitivo in relazione al rapporto qualità/prezzo, non sempre rappresenta una "soluzione miracolo"⁵⁰³. E ciò spesso non accade a causa della debolezza strutturale e organizzativa delle pubbliche amministrazioni, non in grado di esternalizzare in maniera efficace sia per l'incapacità di formulare un adeguato regolamento contrattuale sia per il carente controllo della fase gestionale.

Le concessioni sono regolate 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*

⁵⁰⁰ In <http://documenti.camera.it/Leg15/Dossier/Testi/CU0005.htm>.

⁵⁰¹ L'architettura dell'art. 115 del Codice e l'esame dei lavori preparatori hanno indotto la prevalente dottrina (*Ex multis*, P. CARPENTIERI, *Art. 115*, in R. TAMIOZZO (a cura di) *Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, Giuffrè, Milano 2005, p. 514; C. BARBATI, *Le forme di gestione*, cit., p. 204) a ritenere che la gestione diretta costituisca la regola e il coinvolgimento dei privati un'eccezione la cui scelta soggiace all'onere di un'adeguata motivazione da parte dell'amministrazione.

⁵⁰² F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, cit., p. 20 osserva che "Il coinvolgimento dei privati, anche attraverso le varie forme di partenariato, e l'affermazione di logiche aziendalistiche possono essere importanti e forse anche essenziali per lo sviluppo del settore in tempi di risorse pubbliche limitate. Ma a certe condizioni, e con una buona dose di pragmatismo, l'opposto cioè rispetto alle posizioni ideologizzate che spesso animano il dibattito".

⁵⁰³ Libro Verde relativo ai Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (2004), par. 1.1.5

dei servizi da erogare, nonché le professionalità degli addetti» (art. 115, comma 5, d.lgs. 42/2004). Inoltre, «nel contratto di servizio sono indicati i servizi essenziali che devono essere comunque garantiti per la pubblica fruizione del bene».

L'inadempimento da parte del concessionario degli obblighi derivanti dalla concessione e dal contratto di servizio determina, su richiesta delle amministrazioni cui i beni appartengono, la risoluzione⁵⁰⁴ del rapporto concessorio e la cessazione, salvo indennizzo, degli effetti del conferimento in uso dei beni stessi (art. 115, comma 6).

Il modello concessorio, che vede coinvolto il privato anche per quanto concerne l'assunzione di rischi, viene ritenuto dal legislatore del 2004 lo schema principale ed ordinario nelle attività di valorizzazione⁵⁰⁵, relegando l'affidamento tramite appalto ai servizi strumentali di pulizia, vigilanza e biglietteria, i quali però possono essere anche integrati con la gestione concessoria e svolti nell'ambito di questa.

Nel 2008 un decreto ministeriale del Mibac recante “*Modalità di affidamento a privati e di gestione integrata dei servizi aggiuntivi presso istituti e luoghi della cultura*”⁵⁰⁶, che indicava le procedure alternativamente percorribili per affidare la concessione, faceva riferimento alla classica procedura aperta, laddove il progetto di valorizzazione fosse stato chiaro e si cercasse esclusivamente un partner per metterlo in atto, ma anche al dialogo competitivo e alla finanza di progetto, procedure di carattere interattivo dove con maggiore evidenza emerge l'importanza della sinergia tra pubblico e privato anche nell'ideazione del modello di valorizzazione del bene culturale⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit. precisano che “Malgrado il riferimento letterale alla ‘risoluzione’ (che potrebbe evocare l’art. 1453 cod. civ.), la norma sembra tipizzare una speciale figura di revoca incidente su rapporti negoziali (secondo il modello generale dell’art. 21-*quinquies*, legge 7 agosto 1990, n. 241 ss. mm.), avente presupposti ed effetti peculiari. Tra i più vistosi, appaiono la possibilità di determinare la cessazione del rapporto senza necessità di verificare se l’inadempimento contrattuale superi in concreto la soglia di cui all’art. 1455 cod. civ.; e l’esclusione dell’indennizzo (altrimenti dovuto ex art. 21-*quinquies* cit., comma 1-*bis*) per la conseguente cessazione del conferimento in uso dei beni. Se si accoglie tale ricostruzione, il riferimento testuale alla ‘richiesta delle amministrazioni’ sembra – più correttamente – da interpretarsi come relativo all’esercizio da parte delle amministrazioni delle pretese conseguenti alla revoca (concernenti, ad esempio, obblighi di rilascio/restituzione)”.

⁵⁰⁵ F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, cit., p. 19 afferma che “La concessione a terzi rappresenta l’unico strumento di gestione indiretta, rispetto alla quale il Codice, a seguito della modifica operata dal d.lgs. n. 156 del 2006, ha fornito una disciplina più puntuale del rapporto con i concessionari desumibile dal combinato disposto dei co. 5, 6 e 8 dell’art. 115”.

⁵⁰⁶ Decreto del Ministero per i beni e le attività culturali 29/01/2008 recante “*Modalità di affidamento a privati e di gestione integrata dei servizi aggiuntivi presso istituti e luoghi della cultura*”.

⁵⁰⁷ Il provvedimento specifica che la seconda e la terza alternativa possono essere esperite laddove il progetto di valorizzazione si presenti complesso tanto dal punto di vista organizzativo che da quello finanziario.

Si rileva che l'art. 115, comma 3, del D.lgs. 42/2004 non menziona i soggetti misti tra i possibili affidatari della gestione delle attività di valorizzazione, mentre tali soggetti vengono espressamente in rilievo nell'ambito della programmazione strategica. Ai sensi dell'art. 112, comma 5 e 8, è ammessa la possibilità per i privati proprietari di beni culturali suscettibili di essere oggetto di valorizzazione e per le persone giuridiche private senza fine di lucro di partecipare ad appositi soggetti giuridici costituiti da Stato, Regioni e altri enti pubblici territoriali cui affidare l'elaborazione e sviluppo dei piani strategici di sviluppo culturale nonché dei programmi relativi ai beni culturali di pertinenza pubblica. In relazione ai privati che abbiano partecipato alla costituzione dei soggetti misti per la pianificazione strategica l'ultimo inciso dell'art. 115 comma 3 pone il divieto di essere individuati come concessionari nella successiva fase a valle costituita dalla concreta gestione.

Ci si chiede se, considerata la non menzione dei soggetti misti tra i possibili affidatari, si debba escludere l'ammissibilità dei partenariati pubblico-privati "istituzionali" quali soggetti a cui affidare la gestione dell'attività di valorizzazione. Tale conclusione sembrerebbe avvalorata dal fatto che la previgente formulazione dell'art. 115, comma 3, come sopra evidenziato, prevedeva espressamente *«l'affidamento diretto ad istituzioni, fondazioni, associazioni, consorzi e società di capitali o altri soggetti costituiti o partecipati in maniera prevalente dall'amministrazione pubblica»*.

Tuttavia, siffatta interpretazione rigidamente pro-concorrenziale non appare condivisibile: si ritiene che unica condizione imprescindibile affinché gli organismi pubblico-privati rientrino fra i terzi cui le attività di valorizzazione possono essere conferite sia l'individuazione del socio privato attraverso procedure ad evidenza pubblica⁵⁰⁸. Per quanto riguarda gli organismi misti creati ai fini della programmazione l'unica ragione del divieto di essere affidatari della concreta gestione (che peraltro si riferisce letteralmente solo ai privati partecipanti alla costituzione dei soggetti misti per la pianificazione strategica e non anche al soggetto misto costituito) è quella di evitare di accordare un vantaggio competitivo ad un privato scelto senza gara in vista della programmazione. Ciò si verificherebbe se il soggetto misto

⁵⁰⁸ G. SCIULLO, *Valorizzazione, gestione e fondazione nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d.lgs. 156/2006?*, cit.

fosse affidatario diretto in un secondo momento anche della gestione dei relativi servizi⁵⁰⁹.

Si osserva che “in virtù della primazia del diritto europeo, dunque, la mancata menzione di soggettività miste (società o fondazioni che siano) non solo non appare d’ostacolo a che esse vengano impiegate come strumenti di gestione indiretta della valorizzazione (in alternativa alla concessione o, meglio, quale specie dello stesso genere concessorio, che è pur sempre la forma di partenariato più antica), ma neppure dovrebbe impedire l’affidamento diretto del servizio in loro favore, se costituite mediante procedure ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato”⁵¹⁰. Ne consegue che sarebbe sufficiente, per consentire al soggetto misto creato ai fini della pianificazione di svolgere in seguito anche compiti operativi, costituirlo già nella fase a monte mediante selezione concorsuale del soggetto privato con la gara c.d. a doppio oggetto, ossia avente ad oggetto, al tempo stesso, la qualità del socio e l’attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

⁵⁰⁹ Sul punto v. F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, cit., p. 14-15, precisa che “ci sono valide ragioni per reputare soluzione pratica ed economica, allo scopo di evitare una eccessiva segmentazione della filiera programmazione strategica-programmazione operativa-gestione nella valorizzazione dei beni culturali, l’utilizzazione delle medesime formazioni miste impegnate nella fase della programmazione anche per la fase “a valle” della concreta gestione delle attività, il che è quello che verosimilmente accade con le fondazioni a partecipazione mista operanti in questo settore. Per sostenere la possibilità per entità di carattere misto costituite per l’elaborazione e lo sviluppo di piani strategici di sviluppo culturale -esplorata in verità più per le fondazioni che per le società- di risultare concessionarie delle attività di valorizzazione, non basta però, a mio parere, invocare l’opportunità della collaborazione pubblico-privato in entrambe le fasi, ma occorre guardare alle differenti logiche che ispirano i due momenti della elaborazione e sviluppo di piani di valorizzazione e della gestione dei servizi. Nella prima fase, siamo in presenza di attività giuridica, non di attività materiali, contraddistinta per di più da tratti di autoritatività, che la rendono contigua più alla logica della funzione che a quella del servizio. Si spiega così anche la mancata espressa previsione da parte del legislatore nel corpo dell’art. 112 delle modalità che l’ente pubblico deve seguire ai fini della “scelta dei partner privati chiamati a partecipare a detti soggetti”, “autorizzando l’interpretazione che non sia richiesto l’impiego di meccanismi di evidenza pubblica”. La prospettiva di una scelta “libera” su questo punto non desta particolari perplessità poiché si tratta di avvalersi di competenze tecniche esterne per svolgere una funzione che resta integralmente in capo all’amministrazione pubblica e si esprime con attività giuridiche e non economiche. Problemi diversi sono sollevati piuttosto dall’eventuale elusione delle regole dell’evidenza pubblica nel secondo momento -gestione delle attività di valorizzazione-che è quello in cui senz’altro si assegna un’utilità economica e quindi si rischia di accordare un vantaggio competitivo nell’eleggere l’opzione della gestione indiretta. Questa pare la più plausibile ragione del divieto dettato dall’ultimo periodo dell’art. 115, c. 3, del Codice. D’altra parte, per le ragioni prima ricordate, non sembra ragionevole escludere in assoluto la possibilità dei privati che prendono parte alla pianificazione strategica di prendere parte alla gestione dei servizi di valorizzazione. Per superare l’ostacolo che la lettera della norma sembra porre, allora, più che sottolineare la differenza tra “privati partecipanti” al soggetto costituito ex art. 112, c. 5 e “soggetti partecipati” per i quali la preclusione non opererebbe, occorre concepire la fase “a monte”, cioè la costituzione del soggetto misto ai sensi dell’art. 112, c. 5, quando esiste la prospettiva di un’integrazione tra i due passaggi, garantendo la selezione concorsuale di un soggetto privato che svolgerà nella compagine mista anche i compiti operativi, secondo la nota formula della “gara a doppio oggetto”.

⁵¹⁰ F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, cit., p. 14.

Alla luce delle esposte osservazioni non sarebbe ragionevole nemmeno escludere in assoluto la possibilità per privati facenti parte dei soggetti misti per la pianificazione strategica di essere affidatari della gestione, se scelti mediante procedura concorrenziale avente ad oggetto anche la possibilità di prendere parte alla successiva gestione dei servizi di valorizzazione.

Inoltre, secondo una certa interpretazione, sebbene la disposizione in esame faccia specifico riferimento all'istituto della concessione quale unica forma di gestione indiretta ciò non varrebbe ad escludere la possibilità di utilizzo di altre forme di partenariato in quanto “ la ratio della norma non dovrebbe essere quella di individuare nuove tipologie, nuovi strumenti formali, bensì essenzialmente quella di fissare degli obiettivi sostanziali (minimi ed elevati allo stesso tempo) e cioè: qualità della progettazione, professionalità di chi opera, selettività, apertura alla concorrenza, trasparenza, imparzialità”⁵¹¹. Per concessione si dovrebbe quindi intendere, in generale, ogni forma di affidamento a terzi: gli strumenti di partenariato pubblico-privato si pongono, in tale ottica, come valida alternativa alla gestione diretta dei beni culturali.

Per poter qualificare un contratto che affida la gestione dell'attività di valorizzazione al privato come strumento di partenariato è necessario che vengano rispettati determinati parametri, tra cui viene in rilievo la complessità delle operazioni (derivante dal numero e dalla differenziazione delle attività e delle funzioni, dall'estensione spaziale e temporale delle stesse)⁵¹² e l'allocazione del rischio operativo in capo all'affidatario. Prestazioni plurime e di lunga durata (funzionali al recupero dell'investimento) unitamente alla allocazione delle sopravvenienze sul soggetto

⁵¹¹P. MICHIARA, *La valorizzazione dei beni culturali tramite accordi*, in *www.giustamm.it*, 2014, p. 31, evidenzia che “Una diversa conclusione sarebbe del resto smentita dalla circostanza che, da ultimo, anche lo stesso Codice dei contratti pubblici cita espressamente la finanza di progetto tra le forme utilizzabili per recuperare i beni culturali” (L'art. 197, comma 3, d.lgs. 163 del 2006 prevedeva infatti espressamente che la disciplina relativa alla finanza di progetto si applichi anche all'affidamento di lavori e servizi relativi ai beni culturali, nonché alle concessioni di cui agli articoli 115 e 117 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42) “Per concessione si dovrebbe quindi intendere, in generale, ogni forma di affidamento a terzi”.

⁵¹² Sul punto, per quanto concerne espressamente i beni culturali, si veda Cons. Stato, sez. VI, 26 giugno 2012, n. 3764 che qualifica quale concessione di servizi il rapporto avente contenuto complesso, comprensivo di «vendita dei biglietti per l'ingresso ai musei sopra indicati e di una serie di ulteriori prestazioni, quali la prenotazione e la prevendita, l'accoglienza, l'informazione ed orientamento, il marketing, il noleggio audio guide, le visite guidate, la progettazione e realizzazione di eventi, mostre, gestione del sito internet, assistenza didattica ecc. (cosiddetti “servizi aggiuntivi”, ora disciplinati dall'art. 117 del d.lgs. n. 42/2004)»

privato costituiscono le principali caratteristiche che differenziano il partenariato rispetto all'appalto di valorizzazione⁵¹³.

Per quanto concerne, invece, l'affidamento *in house* dell'attività di valorizzazione si ritiene che debba più correttamente inquadrarsi nell'ambito della "gestione diretta" la quale può realizzarsi, ai sensi del comma 2 dell'art. 115 d.lgs. 42/2004, anche «*in forma consortile pubblica*»⁵¹⁴. Invero l'*in house*, come già precisato, costituisce una forma di autoproduzione del servizio e non di affidamento diretto in deroga alle regole di evidenza pubblica. A seguito della disciplina introdotta con il nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 5 e art. 4, co. 2 lett. d), e dal Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (art. 16 del d.lgs. n. 175 del 2016), come integrato dal d.lgs. n. 100 del 2017, è possibile l'affidamento diretto della gestione del servizio ad una società nonostante non abbia partecipazione totalmente pubblica. L'apertura alla partecipazione privata deve essere estesa anche al settore dei beni culturali nei limiti previsti dalla disciplina generale⁵¹⁵.

Il contratto di servizio e la disciplina del rapporto stabilita per la concessione deve applicarsi anche alle ipotesi di affidamento ad organismi misti e anche al caso dell'*in house*⁵¹⁶.

⁵¹³ P. MICHIARA, *La valorizzazione dei beni culturali tramite accordi*, cit., p. 32, osserva che "In altre parole: se il pubblico (dopo aver costruito la procedura in modo autonomo, fermi restando i citati principi di cui all'art. 30) affida al privato un contratto complesso di valorizzazione, con allocazione dei rischi previamente e discrezionalmente ripartiti, fermo restando il rispetto delle decisioni Eurostat, si potrebbe comunque indifferentemente parlare – tanto ai sensi del Codice dei contratti, quanto ai sensi del Codice dei beni culturali – di partenariato o di concessione di valorizzazione. Nel caso invece in cui il contratto di valorizzazione non rispetti i parametri di cui sopra, non si potrebbe parlare (almeno a parere di chi scrive) né di partenariato né di concessione di valorizzazione, bensì di mero appalto (peraltro non vietato) di valorizzazione. Si pensi all'ipotesi in cui il pubblico affidi a terzi il servizio delle visite guidate, con pagamento da parte dell'ente delle prestazioni, senza assunzione del rischio da parte dell'affidatario".

⁵¹⁴ G. SCIULLO, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d.lgs. n. 156/2006?*, cit.

⁵¹⁵ F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, cit., p. 18, afferma che "la eventuale presenza privata, cui un qualche ruolo comunque viene riconosciuto, rende meno scontata la completa identificazione con l'ente pubblico e perciò, ferme le deroghe espressamente dettate in tema di autonomia gestionale e di sottoposizione alla giurisdizione contabile, la configurabilità di questo modello in termini di autoproduzione verace. Con la conseguenza, tra le altre, che anche in queste ipotesi il contratto di servizio riveste una importanza centrale per la corretta impostazione del rapporto tra titolare e gestore".

⁵¹⁶ F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, cit., p. 19, precisa che "La disciplina del rapporto dettata espressamente per la concessione va estesa anche alle altre ipotesi cooperative che si è visto essere praticabili. In particolare il contratto di servizio, in quanto strumento essenziale per definire in termini obbligatori per il gestore il programma di servizio pubblico già delineato in sede di programmazione strategica, deve essere stipulato anche nel caso di affidamenti a organismi misti, nei quali è nella sostanza per l'effetto traslativo della legittimazione e svolgere in servizio pur sempre rinvenibile una matrice concessoria, ed anche nel caso dell'*in house*".

Il decreto legge 351/2001 recante “*Disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare*”, conosciuto per la cartolarizzazione del patrimonio pubblico, nel 2006 (ad opera del comma 259 dell’art. 1, L. 27 dicembre 2006, n. 296) si è arricchito di una norma, l’art. 3 *bis*, rubricato “Valorizzazione e utilizzazione a fini economici dei beni immobili tramite concessione o locazione”. Tale articolo, successivamente modificato dal D.L. n. 95/2012, ha introdotto la c.d. concessione di valorizzazione, specificando la sua utilizzabilità anche nell’ambito dei beni culturali. La concessione di valorizzazione è una forma di partenariato pubblico-privato che consente all’amministrazione la possibilità concedere beni immobili di proprietà dello Stato a privati, a titolo oneroso, ai fini della riqualificazione e riconversione tramite interventi di recupero, restauro, ristrutturazione anche con l’introduzione di nuove destinazioni d’uso finalizzate allo svolgimento di attività economiche o attività di servizio per i cittadini.

6. Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato in ambito culturale: le fondazioni di partecipazione

Tra i possibili assetti gestionali in cui viene in rilievo il modello della collaborazione pubblico-privata emerge la figura della fondazione di partecipazione⁵¹⁷ che, grazie alla sua atipicità e flessibilità organizzativa, ha avuto un largo impiego nelle iniziative di valorizzazione del patrimonio culturale. Siffatto modello è infatti in grado di assicurare una economica ed efficiente gestione dei beni e dei servizi culturali⁵¹⁸

⁵¹⁷ A. WIZEMANN, F. ALBERTI, *L’assetto organizzativo della fondazione per la gestione dei beni e delle attività culturali*, cit., p. 12-13, osservano che “La gestione imprenditoriale in campo culturale, mediante l’adozione del modello della fondazione di partecipazione, si caratterizza principalmente per i seguenti elementi (che possono essere presenti anche solo in parte): - presenza degli Enti Pubblici territoriali sia in veste di fondatori, sia mediante propri rappresentanti nel Consiglio di Gestione oppure in un organo di vigilanza interna, detto Organo di Sorveglianza, che controlli la continua aderenza dell’operato della Fondazione alla legge, allo statuto ed al pubblico interesse; - presenza di fondatori (privati, aziende o soggetti finanziatori) che contribuiscano in modo significativo a dotare la fondazione dei mezzi necessari per raggiungere i propri scopi, oltre ad apportare capacità imprenditoriali e organizzative; - presenza di partecipanti i quali, mediante il versamento di somme di denaro una tantum o annuali, ovvero mediante la prestazione di lavoro volontario od ancora mediante la donazione di beni materiali od immateriali, contribuiscano in modo determinante alla sopravvivenza dell’Ente ad al perseguimento delle sue finalità; - riunione di tutte queste componenti nel Consiglio di Indirizzo, organo preposto alle funzioni decisionali riguardanti gli atti essenziali alla vita dell’ente”.

⁵¹⁸ L. ZAN, *La trasformazione delle organizzazioni culturali in fondazione: la prospettiva manageriale*, in *Aedon*, n. 2/2003 (Rivista di arti e diritto *on line*); A. WIZEMANN, F. G. ALBERTI, *L’assetto organizzativo della fondazione per la gestione dei beni e delle attività culturali*, cit. affermano che “Più che ad altre tipologie di istituzioni, sembra nella fase attuale che alle fondazioni sia delegato il

che, le organizzazioni pubbliche, poiché paralizzate da un eccesso di regole e da rigidità organizzativa, spesso non sono in grado di offrire⁵¹⁹.

Si è osservato come “l’utilizzo di forme giuridiche private non coincida di fatto con una progressiva privatizzazione del settore culturale, bensì con il semplice utilizzo da parte della pubblica amministrazione di strumenti di diritto privato volti alla soddisfazione di interessi e bisogni collettivi”⁵²⁰.

La fondazione di partecipazione è caratterizzata principalmente per l’idoneità a realizzare un’equilibrata sintesi dell’elemento personale, tipico delle associazioni, e dell’elemento patrimoniale, proprio delle fondazioni⁵²¹. Come illustrato nel paragrafo ad esse dedicato, tali figure possono avere composizione mista (pubblico-privata) e costituire un’ipotesi di cooperazione tra soggetti istituzionali e entità private al fine di svolgere attività non lucrative in ambito culturale⁵²². In questo caso rientrano nell’ambito del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato alla condizione che, come già evidenziato, il socio pubblico non abbia penetranti poteri di indirizzo e controllo. Per ritenere la fondazione culturale⁵²³ una forma di cooperazione istituzionalizzata, inoltre, deve essere in possesso dei requisiti che caratterizzano le operazioni di PPP quali: durata relativamente lunga della collaborazione; privato che partecipa alle diverse fasi quali progettazione, realizzazione, finanziamento; ripartizione di

compito di creare nuove forme di partenariato pubblico private finalizzate, da un lato, a contenere la spesa pubblica, dall’altro a perseguire obiettivi di managerializzazione, anche tramite l’introduzione di innovazioni gestionali e di offerta dei servizi culturali”.

⁵¹⁹ L. ZAN, *La trasformazione delle organizzazioni culturali in fondazione: la prospettiva manageriale*, cit. In merito alle criticità del modello fondazionale A. WIZEMANN, F. ALBERTI, *L’assetto organizzativo della fondazione per la gestione dei beni e delle attività culturali*, cit., precisano che “Non possono tuttavia sottacersi i limiti del modello fondazionale, individuabili nell’elevata rigidità originata dal fatto che lo scopo della fondazione ha carattere perpetuo e nella eventualità che la fondazione, in virtù della propria autonomia, prescindendo dalle regole di evidenza pubblica (a differenza degli Enti Pubblici) e si deresponsabilizzi con riferimento ai finanziamenti dei servizi culturali. Accanto a ciò, un altro fattore di complessità è costituito dalla numerosità ed eterogeneità degli *stakeholder*, che se da un lato contribuisce a creare un’ampia rete relazionale, dall’altro complica la gestione dei processi decisionali. Correlato a questo punto è la mancanza di una snellezza e fluidità organizzativa, dovuta al fatto che la fondazione è governata da un complesso sistema di organi, di difficile coordinamento”.

⁵²⁰ A. WIZEMANN, F. ALBERTI, *L’assetto organizzativo della fondazione per la gestione dei beni e delle attività culturali*, cit., p. 8; S. FOÀ, *Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal ministero per i Beni e le Attività culturali*, in *Aedon*, n. 1/2002 (Rivista di arti e diritto *on line*).

⁵²¹ E. BELLEZZA, *Le fondazioni di partecipazione quali modelli di gestione dei musei*, paper presentato al Convegno *L’Azienda Museo: dalla Conservazione di Valori alla Creazione di Valori*, Firenze, 6-7 novembre 2003.

⁵²² A. WIZEMANN, F. ALBERTI, *L’assetto organizzativo della fondazione per la gestione dei beni e delle attività culturali*, cit.

⁵²³ Per un’analisi approfondita dell’uso del modello fondazionale nel settore culturale si rinvia a E. MITZMAN, *Le fondazioni della pubblica amministrazione nel settore della cultura: una prospettiva di diritto comparato*, in B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell’amministrazione tradizionale*, Padova, 2012.

rischi tra partner pubblico e privato in modo da trasferire a quest'ultimo rischi che solitamente sono a carico del settore pubblico. Ne consegue che i privati partecipanti alla costituzione/gestione delle fondazioni di partecipazione non si limitano ad offrire un apporto di natura finanziaria in via occasionale ed episodica ma danno vita ad una effettiva cogestione di eventi e strutture⁵²⁴.

Il primo "spunto ispiratore" riguardante le fondazioni culturali si rinviene nella delega conferita al Governo dall'art. 11, comma 1, lett. a) e b) della legge 15 marzo 1997 n. 59, avente ad oggetto la razionalizzazione dell'ordinamento dei Ministeri, nonché il riordino degli "enti pubblici nazionali operanti in settori diversi dalla assistenza e previdenza, le istituzioni di diritto privato e le società per azioni, controllate direttamente o indirettamente dallo Stato, che operano, anche all'estero, nella promozione e nel sostegno pubblico al sistema produttivo nazionale"⁵²⁵. La delega è stata esercitata con l'emanazione del d.lgs. 20 ottobre 1998 n. 368, recante "*l'Istituzione del Ministero per i beni e le attività culturali, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59*", che, all'art. 10⁵²⁶ (lett. b) (successivamente modificato dall'art.

⁵²⁴ E. BELLEZZA, *Le fondazioni di partecipazione quali modelli di gestione dei musei*, cit.

⁵²⁵ T. PONTELLO, *Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato: le fondazioni per la gestione di beni e servizi culturali e le società di capitali ad oggetto culturale*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, Società miste, Fondazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p. 322.

⁵²⁶ Art. 10 d.lgs. 20 ottobre 1998 n. 368, "*Accordi e forme associative*", (dapprima modificato con legge 27 dicembre 2002 n. 289 e successivamente abrogato con d.lgs. 24 marzo 2006 n. 156, recante "*Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione ai beni culturali*") prevedeva: «1. Il Ministero ai fini del più efficace esercizio delle sue funzioni e, in particolare, per la valorizzazione dei beni culturali e ambientali può: a. stipulare accordi con amministrazioni pubbliche e con soggetti privati; b. costituire o partecipare ad associazioni, fondazioni o società, secondo modalità e criteri definiti con regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 [4]; b-bis. dare in concessione a 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 decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, secondo modalità, criteri e garanzie definiti con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400. Il suddetto regolamento dovrà stabilire, tra l'altro: le procedure di affidamento dei servizi che dovranno avvenire mediante licitazione privata, con i criteri concorrenti dell'offerta economica più vantaggiosa e della proposta di offerta di servizi qualitativamente più favorevole dal punto di vista della crescita culturale degli utenti e della tutela e valorizzazione dei beni, e comunque nel rispetto della normativa nazionale ed europea; i rispettivi compiti dello Stato e dei concessionari riguardo alle questioni relative ai restauri e all'ordinaria manutenzione dei beni oggetto del servizio, ferma restando la riserva statale sulla tutela dei beni; i criteri, le regole e le garanzie per il reclutamento del personale, le professionalità necessarie rispetto ai diversi compiti, i livelli retributivi minimi per il personale, a prescindere dal contratto di impiego; i parametri di offerta al pubblico e di gestione dei siti culturali. Tali parametri dovranno attenersi ai principi stabiliti dall'articolo 2, comma 1 dello Statuto dell'*International Council of Museums*. Con lo stesso regolamento sono fissati i meccanismi per la determinazione della durata della concessione per un periodo non inferiore a cinque anni e del canone complessivo da corrispondere allo Stato per tutta la durata stabilita, da versare anticipatamente all'atto della stipulazione della relativa convenzione nella misura di almeno il 50 per cento; la stessa convenzione deve prevedere che, all'atto della cessazione per

22 della legge finanziaria per il 2002) ha riconosciuto per la prima volta al Mibac (e successivamente agli enti locali) la possibilità di costituire o partecipare ad associazioni, fondazioni o società per la gestione del patrimonio culturale secondo modalità e criteri definiti con regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1998, n. 400. Con riferimento alla figura giuridica delle fondazioni, rivelatosi lo strumento più utilizzato nella gestione e valorizzazione di beni e servizi di carattere culturale⁵²⁷, il regolamento è stato adottato il 27 novembre 2001⁵²⁸.

Nonostante l'art. 1 del suddetto decreto ministeriale attribuisca espressamente al modello di fondazione costituito o partecipato dal Ministero una personalità giuridica di diritto privato, alla luce della loro organizzazione strutturale e funzionale, deve più correttamente rinvenirsi una personalità giuridica di diritto pubblico⁵²⁹. Invero, in virtù dei penetranti poteri di vigilanza⁵³⁰ attribuiti al Ministero per i beni e

qualsiasi causa della concessione, i beni culturali conferiti in gestione dal ministero ritornino nella disponibilità di quest'ultimo. La presentazione, da parte dei soggetti concorrenti, di progetti di gestione e valorizzazione complessi e plurimi che includano accanto a beni e siti di maggiore rilevanza anche beni e siti cosiddetti 'minori' collocati in centri urbani con popolazione uguale o inferiore a 30mila abitanti, verrà considerato titolo di preferenza a condizione che sia sempre e comunque salvaguardata l'autonomia scientifica e di immagine individuale propria del museo minore. 2. Al patrimonio delle associazioni, delle fondazioni e delle società il Ministero può partecipare anche con il conferimento in uso di beni culturali che ha in consegna. L'atto costitutivo e lo statuto delle associazioni, delle fondazioni e delle società debbono prevedere che, in caso di estinzione o di scioglimento, i beni culturali ad esse conferiti in uso dal Ministero ritornano nella disponibilità di quest'ultimo. 3. Il Ministro presenta annualmente alle camere una relazione sulle iniziative adottate ai sensi del comma 1».

⁵²⁷ A. WIZEMANN, F.G. ALBERT, *L'assetto organizzativo della fondazione per la gestione dei beni e delle attività culturali*, cit., p. 7 affermano che "Da più parti è stato sostenuto che, tra gli strumenti giuridici annoverati dall'art. 10 del d.lgs. 368/98, il più funzionale all'attività di gestione dei beni culturali sia la fondazione e che, viceversa, la società di capitali si addica ad attività di carattere imprenditoriale finalizzate ad acquisire risorse finanziarie e l'associazione sia prevalentemente utilizzabile per l'esternalizzazione di attività strumentali rispetto alla gestione del bene o per l'erogazione di attività di promozione culturale"; cfr. S. FOÀ, *Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal ministero per i Beni e le Attività culturali*, in *Aedon*, n. 1/2002.

⁵²⁸ D.M. del Ministero per i beni e le attività culturali del 27 novembre 2001, n. 491, "Regolamento recante disposizioni concernenti la costituzione e la partecipazione a fondazioni da parte del Ministero per i beni e le attività culturali a norma dell'articolo 10 del decreto legislativo 20 ottobre 1998, n. 368 e successive modificazioni". All'art. 1 viene ribadito che il Ministero può costituire fondazioni aventi personalità giuridica di diritto privato ovvero parteciparvi "allo scopo di perseguire il più efficace esercizio delle proprie funzioni e, in particolare, della gestione e valorizzazione dei beni culturali e della promozione delle attività culturali". Sul punto S. FOÀ, *Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal ministero per i Beni e le Attività culturali*, cit.

⁵²⁹ Così, fra i tanti, S. FOÀ, *Il regolamento*, cit. e G. MORBIDELLI, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, in *giustamm.it*, n. 1/2006.

⁵³⁰ Art. 13 D.M. n. 491/2001 stabilisce: «1. Il Ministero esercita la vigilanza sulle fondazioni oggetto del presente regolamento. In particolare: a) approva le modificazioni statutarie, con provvedimento da emanarsi entro sessanta giorni dal ricevimento della relativa documentazione; decorso tale termine le modificazioni si intendono approvate. Qualora siano formulate osservazioni il termine è interrotto e ricomincia a decorrere dalla data di ricevimento della risposta da parte della fondazione interessata; b) adotta atti di indirizzo di carattere generale aventi ad oggetto, tra l'altro: 1) i criteri ed i requisiti relativi alla partecipazione di soggetti privati alla fondazione; 2) i requisiti di professionalità e onorabilità, le ipotesi di incompatibilità e le cause che determinano la sospensione temporanea dalla carica

le attività culturali, che si traducono in atti di indirizzo dell'attività, potere di sospensione e addirittura di scioglimento degli organi della fondazione⁵³¹, risulta evidente la "disparità tra il ruolo del ministero fondatore ed il ruolo dei fondatori privati"⁵³². Ne consegue l'inconfigurabilità di una ipotesi di partenariato istituzionalizzato stante

dei componenti degli organi delle fondazioni, nonché la disciplina del conflitto di interessi; 3) i parametri di adeguatezza delle spese di funzionamento in base a criteri di efficienza e di sana e prudente gestione; c) può effettuare ispezioni e chiedere la comunicazione di dati e notizie ovvero l'esibizione dei documenti; d) esercita il potere di annullamento previsto dall'articolo 25 del codice civile; e) può disporre, anche limitatamente a determinate tipologie o categorie di fondazioni di maggiore rilevanza, che i bilanci siano sottoposti a revisione e certificazione ai sensi delle disposizioni di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; f) può sospendere temporaneamente gli organi di amministrazione e di controllo e nominare un commissario per il compimento di atti specifici necessari per il rispetto delle norme di legge, dello statuto e delle disposizioni ed atti di indirizzo di carattere generale emanati dallo stesso Ministero, al fine di assicurare il regolare andamento dell'attività della fondazione; g) può disporre, su indicazione dell'organo di controllo o del comitato scientifico, la revoca della concessione d'uso dei beni culturali conferiti».

⁵³¹ Art. 14 D.M. n. 491/2001 stabilisce: «1. Il Ministero può disporre lo scioglimento degli organi della fondazione quando risultino gravi e ripetute irregolarità nella gestione, ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative e statutarie, che regolano l'attività della fondazione. 2. Con il decreto di scioglimento vengono nominati uno o più commissari straordinari ed un comitato di sorveglianza composto di tre membri. I commissari straordinari esercitano tutti i poteri degli organi disciolti e la loro attività è controllata dal comitato di sorveglianza. 3. I commissari straordinari provvedono a rimuovere le irregolarità riscontrate e promuovono le soluzioni utili al perseguimento dei fini istituzionali ed al ripristino dell'ordinario funzionamento degli organi. Possono proporre la liquidazione della fondazione, ove si verificano le situazioni previste nel comma 6. 4. Ai commissari straordinari spetta l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti dei disciolti organi della Fondazione, sentito il comitato di sorveglianza e con l'autorizzazione del Ministero. 5. Le funzioni degli organi con funzioni di indirizzo sono sospese per tutta la durata della gestione commissariale. 6. Il Ministero dispone l'estinzione della fondazione, in caso di impossibilità di raggiungimento dei fini statuari e negli altri casi previsti dallo statuto».

⁵³² S. FOÀ, *I raccordi fra Ministero e privati*, in *Aedon*, n. 1/2005 (Rivista di arti e diritto *on line*), evidenzia che "oltre al ruolo di fondatore ed al ruolo di autorità governativa preposta dal codice civile al controllo sulle fondazioni di diritto privato, al Ministero sono riconosciuti veri e propri poteri di gestione dell'attività della fondazione, tra i quali l'adozione di atti a contenuto generale che individuano le modalità di partecipazione dei privati, i requisiti soggettivi dei membri degli organi della fondazione e le relative cause di incompatibilità, le ipotesi di conflitto di interessi, e la definizione dei parametri "di sana e prudente gestione". Ciò conferma che la fiducia riposta in Italia nel modello della fondazione mista o di partecipazione è subordinata al riconoscimento di un effettivo ruolo di gestione dell'ente pubblico fondatore, che conferisce beni culturali al patrimonio dell'ente e seleziona i privati che garantiscano, soprattutto sotto il profilo finanziario, il raggiungimento dei risultati di gestione stabiliti". Cfr. A. WIZEMANN, F. ALBERTI, *L'assetto organizzativo della fondazione per la gestione dei beni e delle attività culturali*, cit., che osservano: "Con particolare riferimento alle fondazioni create/partecipate dal Ministero secondo la recente legislazione, ulteriori elementi di criticità sono riconducibili al fatto che il regolamento ministeriale assegna allo Stato un ruolo molto forte (Chirieleison, 2002): il Ministero preserva un ampio potere di gestione e una vasta attività di vigilanza, inoltre allo Stato spetta il compito di individuare i criteri ed i requisiti necessari per la scelta della partecipazione dei soggetti privati alla fondazione, lasciando al Ministero il potere di dare il suo consenso all'ingresso di nuovi partecipanti. Ciò comporta notevoli problemi dal punto di vista del bilanciamento dei poteri all'interno dei vari organi costituenti la fondazione. Una ulteriore criticità è ricollegabile al fatto che il regolamento ministeriale emanato nel 2001 prevede che le fondazioni seguano la strada dell'autofinanziamento, non essendo previsti contributi pubblici. Questo rimarca la primaria necessità del reperimento di fondi dai soggetti privati ma, vista la natura centralista degli organi di governo, ciò potrebbe scoraggiare le imprese a legarsi strutturalmente alla fondazione".

l'assenza di una cooperazione paritaria tra il settore pubblico e quello privato in seno a tale entità.

Si evidenzia che qualora l'ente pubblico mantenga un controllo così incisivo e penetrante l'iniziativa privata non sarà incentivata ad offrire un apporto di natura finanziaria, di esperienza e conoscenza. Tale interesse sorgerà solo se il privato sia effettivamente e attivamente coinvolto in maniera strutturale nei progetti culturali.

Anche il testo originario del Codice dei beni culturali e del paesaggio all'art. 115 conteneva un riferimento espresso a tale istituto nella previsione dell'affidamento diretto a fondazioni «*costituite o partecipate, in misura prevalente, dall'amministrazione cui i beni pertengono*»⁵³³. La menzione delle fondazioni miste, che avevano assunto un ruolo di primo piano nelle forme di collaborazione tra pubblico e privato nel settore della valorizzazione dei beni culturali⁵³⁴, è venuto meno con la riscrittura dell'art. 115 ad opera dell'art. 2, comma 1, d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156 il quale, come già evidenziato, ha previsto come unica forma di gestione indiretta la concessione a terzi mediante una loro selezione con procedure ad evidenza pubblica⁵³⁵.

Siffatta estromissione, tuttavia, non ha comportato il venir meno del ruolo delle fondazioni nell'attività di valorizzazione dei beni culturali.

Innanzitutto il ruolo dei soggetti in questione viene in rilievo nella programmazione strategica (elaborazione e sviluppo dei piani strategici di sviluppo culturale nonché dei programmi relativi ai beni culturali di pertinenza pubblica) ai sensi dell'art. 112 comma 5⁵³⁶, in quanto pacificamente rientranti nella categoria "apposito soggetto giuridico" a cui la disposizione menzionata fa riferimento senza specificare la forma giuridica che tali soggetti possono assumere.

⁵³³ Ai sensi della versione originaria dell'art. 115 la gestione indiretta poteva avvenire tramite «a) affidamento diretto a istituzioni, fondazioni, associazioni, consorzi, società di capitali o altri soggetti, costituiti o partecipati, in misura prevalente, dall'amministrazione pubblica cui i beni pertengono; b) concessione a terzi, in base ai criteri indicati ai commi 4 e 5».

⁵³⁴ Si pensi alla Fondazione Museo delle Antichità Egizie di Torino, di cui fanno parte la Regione Piemonte, la Provincia di Torino, la Città di Torino, la Compagnia di San Paolo e la Fondazione CRT a cui il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, nel 2004, ha conferito in uso per trent'anni i beni del Museo.

⁵³⁵ C. BARBATI, *Commento all'art. 115*, in M. CAMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, II edizione, Bologna, 2007, pp. 457 e ss.; G. SCIULLO, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d.lgs. n. 156/2006?*, cit.

⁵³⁶ Art. 112 comma 5, D.lgs. 42/2004, stabilisce: «Lo Stato, per il tramite del Ministero e delle altre amministrazioni statali eventualmente competenti, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali possono costituire, nel rispetto delle vigenti disposizioni, appositi soggetti giuridici cui affidare l'elaborazione e lo sviluppo dei piani di cui al comma 4».

L'art. 115, comma 3, prevede che le amministrazioni cui i beni pertengono o i soggetti costituiti a norma dell'art. 112, comma 5, (e quindi anche le fondazioni), qualora siano conferitari del bene, possono affidare la loro gestione a terzi mediante concessione sulla base di una valutazione comparativa di specifici progetti. La fondazione, pertanto, "passerebbe dall'essere soggetto affidatario della gestione dell'attività di valorizzazione a soggetto affidante della medesima"⁵³⁷. Ci si chiede se, sebbene l'art. 115 comma 3 si riferisca esclusivamente alla possibilità, per i soggetti costituiti a norma dell'art. 112, comma 5 (e dunque anche la fondazione mista), di dare in concessione a terzi la gestione, questi possano scegliere di gestire direttamente le attività di valorizzazione dei beni conferiti⁵³⁸. La dottrina⁵³⁹ si è mostrata prevalentemente a favore di tale impostazione abbracciando una interpretazione estensiva dell'art. 115 comma 2 che, nel disciplinare le ipotesi di gestione diretta, non si riferisce ai soggetti in esame. Si è ritenuto, dunque, che i soggetti costituiti ai sensi dell'art. 112 comma 5 (e dunque anche le fondazioni di partecipazione) possano provvedere in proprio alla valorizzazione in quanto, in caso contrario, si avrebbe "un conferimento in uso con divieto d'uso, non esplicitato dalla norma e perciò in contrasto con il principio di segno opposto desumibile dall'art. 113, comma 3, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 che vuole indicati tali casi"⁵⁴⁰. Mancando, pertan-

⁵³⁷ T. PONTELLO, *Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato: le fondazioni per la gestione di beni e servizi culturali e le società di capitali ad oggetto culturale*, cit., p. 328.

⁵³⁸ T. PONTELLO, *Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato: le fondazioni per la gestione di beni e servizi culturali e le società di capitali ad oggetto culturale*, cit., precisa che "si deve peraltro chiedere se tale limitazione delle ipotesi di gestione indiretta dei servizi *de quibus* non comporti la previsione, tra le forme di gestione diretta, anche di quelle caratterizzate dall'attività dei sopraindicati appositi soggetti giuridici, cosicché, se da una parte sono diminuite le cause di gestione da parte di soggetti esterni (quali le fondazioni) in qualità di soggetti affidatari, sono verosimilmente destinate ad aumentare le ipotesi di gestione – in questo caso diretta – da parte dei medesimi enti in qualità di soggetti costituiti ai sensi e per gli effetti del citato art. 112, comma 5, Codice beni culturali".

⁵³⁹ A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, cit.; G. SCIULLO, *Novità sul partenariato pubblico-privato nella valorizzazione dei beni culturali*, cit.; P.G. RINALDI, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi di valorizzazione dei beni culturali dopo il d.lgs. n. 156/2006. Una rilettura critica*, in L. DEGRASSI (a cura di), *Cultura e istituzioni, La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 229 ss.

⁵⁴⁰ G. SCIULLO, *Novità sul partenariato pubblico-privato nella valorizzazione dei beni culturali*, cit., ID., *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d.lgs. 156/2006?*, cit., che, oltre alla considerazione riportata, rileva: "la tesi secondo cui la fondazione conferitaria dei beni non possa provvedere in proprio alle attività di valorizzazione dei beni stessi incontrerebbe i seguenti rilievi: - L'affidare in concessione un servizio (come del resto un bene), piuttosto che gestirlo direttamente, costituisce in genere una scelta discrezionale e nel campo specifico delle attività di valorizzazione dei beni culturali comporta una 'valutazione comparativa in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia, sulla base di obiettivi previamente definiti' (art. 115, comma 4). In questo caso si tratterebbe di una scelta 'necessitata', anche in presenza di esiti contrari della valutazione operata. - Il conferimento in uso comporta per il conferitario appunto la possibilità dell'uso del bene, comprensivo concettualmente anche della gestione delle attività inerenti al bene. In

to, un divieto in ordine alla possibilità di gestire direttamente il bene conferito rientra nella scelta discrezionale della fondazione decidere di procedere alla sua esternalizzazione ovvero provvedere in proprio alla attività di valorizzazione.

Inoltre le fondazioni in esame possono essere individuate come concessionari dell'attività di gestione quali soggetti terzi *ex art.* 115 co. 3, dunque non mediante affidamento diretto ma previa gara. Esse possono quindi essere impiegate come strumento di gestione indiretta della valorizzazione.

Come già sottolineato in generale per i soggetti conferitari costituiti per l'elaborazione dei piani strategici di sviluppo culturale *ex art.* 112, comma 5, anche per la fondazione partecipata da soggetti privati, ove sia chiamata a svolgere anche ruoli gestionali dei beni culturali ad essa conferiti, unica condizione richiesta è che il partner sia stato previamente scelto mediante una procedura ad evidenza pubblica. La presenza di un soggetto privato, invero, non consente l'affidamento diretto ad una entità distinta poiché questa non può essere considerata, essendo assente il requisito del "controllo analogo", come una *longa manus*, mero organo dell'amministrazione. Sebbene nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici sia stato ammesso l'affidamento *in house* nonostante una presenza pubblica non totalitaria, ciò è possibile nei limiti stringenti già esaminati. La procedura ad evidenza pubblica dovrà verificare, secondo la nota locuzione "gara a doppio oggetto", anche la sussistenza di requisiti operativi nel partner "d'opera".

Nell'exkursus normativo che ha riguardato le fondazioni di partecipazione nel settore culturale si è riscontrata una battuta d'arresto nel loro utilizzo con l'intervento delle riforme Monti, note come "*Spending Review*". In particolare il decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, recante "*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*", successivamente convertito con modifiche

questo caso si avrebbe un conferimento con 'divieto d'uso' (nel senso appena detto), non esplicitato dalla norma e perciò in contrasto con il principio di segno opposto desumibile dall'art. 113, comma 3, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (d'ora in avanti Tuel), che vuole indicati tali casi. - Risulterebbe incomprensibile la ratio della previsione del conferimento. Vero è che solo nel caso del conferimento il beneficiario può procedere ad affidare in concessione a terzi le attività di valorizzazione. Tuttavia tale obiettivo non avrebbe richiesto la previsione del conferimento, giacché sarebbe risultato sufficiente prevedere che gli enti pubblici potessero assegnare al soggetto costituito il compito di espletare la gara per la scelta del concessionario. - Da ultimo, la fondazione, in quanto entità di diritto privato, è in una posizione di autonomia civilisticamente intesa. Quando sia conferitaria del bene culturale, incontra limiti nell'attività volta alla sua valorizzazione – attività che è espressione di tale autonomia – solo se questi si desumono univocamente dalle disposizioni normative. In questo caso manca un divieto non solo esplicito, ma anche inequivocabilmente desumibile dal sistema, in ordine alla possibilità di procedere alla valorizzazione del bene".

e integrazioni nella legge 7 agosto 2012, n. 135, all'art. 9 comma 6 vietava per il futuro agli enti locali «di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino uno o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'art. 118 della Costituzione». Il divieto in esame è stato esteso, stante l'ampia portata della locuzione “organismi comunque denominati”, anche alle fondazioni di partecipazione, così come chiarito da diverse sezioni regionali della Corte dei Conti.

L'interpretazione rigida abbracciata dalla magistratura contabile è venuta meno con la legge 27 dicembre 2013 n. 147, recante “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2014)”, la quale ha abrogato gli articoli del decreto 95/2012⁵⁴¹ che avevano posto in dubbio la legittimità di una prassi consolidata nel corso degli anni, soprattutto nel settore culturale⁵⁴².

7. Beni culturali e mecenatismo, le nuove frontiere del *crowdfunding*

Oltre a modelli gestionali no profit, il settore culturale conosce anche soggetti finanziatori privi di una finalità di lucro⁵⁴³ ma con la volontà di soddisfare interessi sociali ritenuti meritevoli attraverso erogazioni liberali, dando vita ad un fenomeno conosciuto come “mecenatismo culturale”⁵⁴⁴, spesso incentivato mediante politiche di esenzioni e agevolazioni fiscali. Tra queste viene in rilievo il d.l. n. 83/2014, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2014, n. 106, recante “Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio

⁵⁴¹ La legge 27 dicembre 2013 n. 147 all'art. 1, comma 562, statuisce «Al decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, sono apportate le seguenti modificazioni: a) i commi 1, 2, 3, 3 *sexies*, 9, 10 e 11 dell'articolo 4 e i commi da 1 a 7 dell'articolo 9 sono abrogati (...)»

⁵⁴² G. ROMANO, *La mannaia della “spending review” sulle fondazioni culturali: tanto rumore per nulla*, in D. D'ORSOGNA, P.G. SACCO, M. SCUDERI (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in Supplemento al n. 79/2014 di *Arte e critica*, p. 46.

⁵⁴³ E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, cit., p. 17, afferma che “Volendo offrire uno sguardo d'insieme, è oggi possibile ripartire i soggetti privati in due grandi categorie: quelli che agiscono per un fine di lucro e quelli hanno un interesse non economico (anche se non necessariamente altruistico o filantropico). I primi sono caratterizzati da un atteggiamento ‘acquisitivo’, i secondi (es., i soggetti del “terzo settore”) da un atteggiamento ‘dativo’ di risorse verso il pubblico”. Sul ruolo del volontariato nell'ambito dei beni culturali si vedano G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Volontariato e non profit sector nel quadro del sistema giuridico istituzionale italiano con specifico riguardo al settore culturale*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), “*Ars et Labor*”. *Materiali per una didattica del diritto dei beni culturali*, Napoli, 1997, pp. 113 ss.; G. DI CECCO, *Il “terzo settore” per i beni culturali alla (tenue) luce della disciplina dell'impresa sociale*, in *Aedon*, n. 2/2006, (Rivista di arti e diritto *on line*).

⁵⁴⁴ M.V. DE GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Cedam, Padova, 1988.

del turismo”, che all’art. 1⁵⁴⁵ introduce il c.d. *Art Bonus*, consistente in un credito di imposta da ripartire in tre anni (del 65% per i primi due; del 50% per il terzo) per

⁵⁴⁵ Art. 1 del d. l. n. 83/2014, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2014, n. 106, “*ART-BONUS-Credito di imposta per favorire le erogazioni liberali a sostegno della cultura*” stabilisce: «1. Per le erogazioni liberali in denaro effettuate nei periodi d’imposta successivi a quello in corso al 31 dicembre 2013, per interventi di manutenzione, protezione e restauro di beni culturali pubblici, per il sostegno degli istituti e dei luoghi della cultura di appartenenza pubblica, delle fondazioni lirico-sinfoniche e dei teatri di tradizione, delle istituzioni concertistico-orchestrali, dei teatri nazionali, dei teatri di rilevante interesse culturale, dei festival, delle imprese e dei centri di produzione teatrale e di danza, nonché dei circuiti di distribuzione e per la realizzazione di nuove strutture, il restauro e il potenziamento di quelle esistenti di enti o istituzioni pubbliche che, senza scopo di lucro, svolgono esclusivamente attività nello spettacolo, non si applicano le disposizioni di cui agli articoli 15, comma 1, lettere h) e i), e 100, comma 2, lettere f) e g), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, e spetta un credito d’imposta, nella misura del 65 per cento delle erogazioni effettuate. (così modificato dall’art. 1, comma 11, legge n. 190 del 2014 - Legge di stabilità 2015 e dall’art. 1, comma 318, legge n. 208 del 2015 - Legge di stabilità 2016 e dall’art. 5 comma 1, legge n. 175 del 2017 - Disposizioni in materia di spettacolo e deleghe al Governo per il riordino della materia). 2. Il credito d’imposta spettante ai sensi del comma 1 è riconosciuto alle persone fisiche e agli enti non commerciali nei limiti del 15 per cento del reddito imponibile, ai soggetti titolari di reddito d’impresa nei limiti del 5 per mille dei ricavi annui. Il credito d’imposta spettante ai sensi del comma 1 è altresì riconosciuto qualora le erogazioni liberali in denaro effettuate per interventi di manutenzione, protezione e restauro di beni culturali pubblici siano destinate ai soggetti concessionari o affidatari dei beni oggetto di tali interventi. Il credito d’imposta è ripartito in tre quote annuali di pari importo. Si applicano le disposizioni di cui agli articoli 40, comma 9, e 42, comma 9, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214. 3. Ferma restando la ripartizione in tre quote annuali di pari importo, per i soggetti titolari di reddito d’impresa il credito di imposta è utilizzabile tramite compensazione ai sensi dell’articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, e successive modificazioni, e non rileva ai fini delle imposte sui redditi e dell’imposta regionale sulle attività produttive. 4. Al credito d’imposta di cui al presente articolo non si applicano i limiti di cui all’articolo 1, comma 53, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e di cui all’articolo 34 della legge 23 dicembre 2000, n. 388. 5. I soggetti beneficiari delle erogazioni liberali di cui al comma 1, ivi inclusi i soggetti concessionari o affidatari di beni culturali pubblici destinatari di erogazioni liberali in denaro effettuate per la realizzazione di interventi di manutenzione, protezione e restauro dei beni stessi, comunicano mensilmente al Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo l’ammontare delle erogazioni liberali ricevute nel mese di riferimento; provvedono altresì a dare pubblica comunicazione di tale ammontare, nonché della destinazione e dell’utilizzo delle erogazioni stesse, tramite il proprio sito web istituzionale, nell’ambito di una pagina dedicata e facilmente individuabile, e in un apposito portale, gestito dal medesimo Ministero, in cui ai soggetti destinatari delle erogazioni liberali sono associate tutte le informazioni relative allo stato di conservazione del bene, gli interventi di ristrutturazione o riqualificazione eventualmente in atto, i fondi pubblici assegnati per l’anno in corso, l’ente responsabile del bene, nonché le informazioni relative alla fruizione. Sono fatte salve le disposizioni del Codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196. Il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo provvede all’attuazione del presente comma nell’ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato. 6. L’articolo 12 del decreto-legge 8 agosto 2013, n. 91, convertito con modificazioni dalla legge 7 ottobre 2013, n. 112 è abrogato. Con il regolamento di organizzazione del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, di cui all’articolo 14, comma 3, del presente decreto, si individuano, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e nel rispetto delle dotazioni organiche definite in attuazione del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, apposite strutture dedicate a favorire le erogazioni liberali da parte dei privati e la raccolta di fondi tra il pubblico, anche attraverso il portale di cui al comma 5. 7. Ai maggiori oneri derivanti dalla concessione del credito d’imposta di cui al presente articolo, valutati in 2,7 milioni di euro per l’anno 2015, in 11,9 milioni di euro per l’anno 2016, in 18,2 milioni di euro per l’anno 2017, in 14,6 milioni di euro per l’anno 2018 e in 5,2 milioni di euro per l’anno 2019, si provvede ai sensi dell’articolo 17». Per un commento al decreto legge A. CRISMANI, “*Art-Bonus: strumento partecipativo alla gestione del bene pubblico*”, in *Federalismi.it*, n. 19/2014.

attrarre erogazioni liberali destinate ad interventi di manutenzione, protezione e restauro di beni culturali pubblici e per il sostegno di istituti e luoghi della cultura pubblici. Questo credito di imposta è riconosciuto alle persone fisiche e agli enti non commerciali nei limiti del 15% del reddito imponibile; ai soggetti titolari di reddito d'impresa nei limiti del 5 % dei ricavi annui. Il credito d'imposta è riconosciuto anche per le erogazioni liberali destinate ai soggetti concessionari o affidatari dei beni oggetto di tali interventi.

La forma di partecipazione alla valorizzazione culturale da parte di privati o imprese che si esprime con un mero finanziamento non rientra nell'istituto del partenariato. Non viene infatti in rilievo una condivisione di risorse e competenze al fine di realizzare un progetto comune. Non esiste, inoltre, alcuna contropartita economica diretta a favore di colui che compie la dazione unilaterale: l'eventuale beneficio economico rappresentato dal ritorno positivo di immagine che può scaturire dalla diffusione pubblica dell'atto non assume la veste di corrispettivo e dunque non consente di fare rientrare l'operazione in un contratto bilaterale⁵⁴⁶. In ciò essenzialmente si differenzia dalla sponsorizzazione⁵⁴⁷ che verrà analizzata nel successivo paragrafo.

Accanto al mecenatismo classico si inseriscono in tale categoria, in quanto non implicanti relazioni sinallagmatiche, le più recenti forme di finanziamento di massa, come il *fundraising*⁵⁴⁸ e il *crowdfunding*.

⁵⁴⁶ G. SEVERINI, *Il patrimonio*, cit., p. 331. Sui criteri discretivi tra mecenatismo e sponsorizzazioni cfr., tra gli altri, M. BIANCA, *Sponsorizzazione*, in *Dig. Disc. Priv.*, XV, Torino, 1998; G. VIDIRI, *Il contatto di sponsorizzazione: natura e disciplina*, in *Giust. Civ.*, 2001, p. 3; v. anche M.V. DE GIORGI, *Sponsorizzazioni e mecenatismo*, cit.; M. GIUA, *Il punto su mecenatismo e sponsorizzazioni culturali*, in *Corr. Trib.*, 2001, p. 415 e ss.; R. CHIEPPA, *Erogazioni liberali e sponsorizzazioni: quali modalità di intervento delle Fondazioni nel settore pubblico*, *Aedon*, n. 1/2010; V. GASTALDO, *La valorizzazione dei beni culturali tra mecenatismo e sponsorizzazioni*, in *Dir. econ.*, n. 2/2016, p. 609. Sul punto v. anche Cass. civ. sez. III, 21 maggio 1998, n. 5086, che precisa "Rispetto alla sponsorizzazione, l'accordo di patrocinio si distingue per il fatto che il soggetto, pubblico o privato, il quale consente che l'attività di altri si svolga sotto il suo patrocinio, non è un imprenditore commerciale, sicché quand'anche egli si impegni a finanziare in qualche misura l'attività, tale obbligazione non trova corrispettivo nel vantaggio atteso dalla pubblicizzazione della sua figura di patrocinatore. Il contratto, dunque, si attegga piuttosto come una donazione modale, che come un contratto a prestazioni corrispettive".

⁵⁴⁷ I due strumenti appena descritti si caratterizzano, però, per il tenere ben distinti i ruoli e i compiti tra soggetti pubblici e privati, con il primo che mantiene il compito di 'gestione' del bene culturale mentre il secondo si limita a finanziarne le attività.

⁵⁴⁸ Secondo T.A.R. Lazio, Roma, 18 giugno 2013, n. 6094 (caso del complesso monumentale del Vittoriano) "il *fund raising*, ovvero l'attività di raccolta di fondi e di incentivi economici, ha assunto un ruolo sempre più rilevante nella c.d. economia sostenibile dei singoli Paesi, soprattutto da quando è in atto un periodo di seria crisi che ha investito la maggior parte della popolazione mondiale e degli Stati del globo. Infatti, fino ad oggi il *fund raising* è stato inteso per lo più come correttivo dell'economia pubblica e del mercato laddove questi sistemi non erano in grado di coprire tutte le esigenze di benessere di una comunità garantendo equità. Ora il quadro, a parere degli esperti, è

Quest'ultimo consiste in una forma alternativa di finanziamento attuata mediante la raccolta di risorse economiche attraverso la pubblicizzazione di progetti su piattaforme web in modo che i potenziali interessati possano contribuire con somme, anche esigue, alla loro realizzazione⁵⁴⁹. Essa si basa sulla logica che si può chiedere poco a tanti piuttosto che tanto a pochi per realizzare progetti di budget anche elevato.

Si tratta dunque di campagne rivolte al pubblico (ossia alla folla, *crowd*) che consentono un contatto diretto tra chiunque –individuo, azienda, ente pubblico, organizzazione non profit – voglia promuovere un progetto e i soggetti finanziatori. Questi ultimi possono ricevere in cambio una controprestazione, ad esempio una indennità per il capitale versato sotto forma di interessi (c.d. «*crowdlending*») o una partecipazione societaria (c.d. «*crowdinvesting*»), oppure agire sulla base di motivazioni puramente altruistiche o sociali⁵⁵⁰.

Il *crowdfunding* prevede l'operare congiunto di tre parti: innanzitutto il soggetto promotore che propone il progetto, dall'altra i soggetti sostenitori disposti a finanziare la sua realizzazione e, infine, un'infrastruttura digitale, la piattaforma di *crowdfunding*, che consente l'intermediazione tra i primi due. Il meccanismo di funzionamento della maggior parte delle piattaforme attualmente esistenti consiste nella presentazione, da parte di un ente o un individuo, di un progetto adeguatamente descritto con l'indicazione dell'importo necessario per la sua realizzazione e dell'arco temporale in cui i fondi verranno raccolti. Vengono inoltre precisate le motivazioni per cui si ritiene che possa essere utile e dunque degno di essere finanziato. Inoltre, alcune piattaforme offrono servizi aggiuntivi di consulenza e supporto nelle attività di *project management*, promozione e comunicazione.

radicalmente cambiato: ad essere in gioco è la sostenibilità di tutto il sistema di welfare e il *fund raising* è chiamato ad assumere un ruolo di assoluto rilievo in una economia pubblica che non può solo basarsi sul prelievo fiscale ma anche, se non soprattutto, su scambi volontari e investimenti sociali”.

⁵⁴⁹ U. PIATTELLI *Il crowdfunding in Italia: una regolamentazione all'avanguardia o un'occasione mancata?*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 1, lo definisce come “un processo di raccolta di fondi (nelle sue diverse modalità) di tipo collettivo, realizzato tramite portali online, attraverso il quale molte persone (appunto una folla) elargiscono contribuzioni di diversa entità al fine di favorire lo sviluppo di un progetto, di una iniziativa che, per qualche ragione, ritengono opportuno sostenere, spesso prescindendo da un ritorno economico”.

⁵⁵⁰ Il fenomeno del *crowdfunding* si suddivide in diverse categorie: il *donation based crowdfunding*, diretto a raccogliere fondi per iniziative non a scopo di lucro e senza un diritto di rimborso o un premio a favore degli investitori; il *reward based crowdfunding*, che prevede per contro un “compenso” in senso lato per i finanziatori (ad esempio una copia di un'opera d'ingegno); il *crowdfunding social lending*, riguardante un prestito e che spesso si colloca nel contesto del microcredito; l'*equity based crowdfunding*, volto a consentire la sottoscrizione, tramite il finanziamento, di partecipazioni in società.

Siffatta tecnica di raccolta fondi sta assumendo crescente rilevanza nel settore culturale considerato che i canali più convenzionali di finanziamento si rivelano difficilmente accessibili per soggetti operanti in mercati di nicchia e per progetti di forte ancoraggio locale. Il *crowdfunding* in ambito culturale è stato inizialmente utilizzato prevalentemente da enti privati e individui, in particolare artisti e creativi che, in quanto esordienti che si affacciano sul mercato, faticano a trovare le risorse necessarie per finanziare le loro produzioni, come la realizzazione di album musicali, produzioni cinematografiche o la pubblicazione di libri.

Tale forma di finanziamento partecipativa non si limita a raccogliere fondi privati per progetti culturali; gli interessati, infatti, grazie anche la possibile interazione con i soggetti promotori, possono assistere attivamente allo sviluppo del progetto con conseguente maggiore sensibilizzazione, conoscenza e consapevolezza verso quest'ultimo. Si tratta di una non trascurabile ricaduta sociale e culturale e, per tale ragione, il *crowdfunding* si presenta come un valido strumento in grado di stimolare e incentivare il finanziamento privato della cultura.

Più recentemente anche le pubbliche amministrazioni hanno fatto ricorso a tale modello al fine di sostenere la costruzione o manutenzione di opere pubbliche. L'ente pubblico quale promotore di campagne di *crowdfunding* si rinviene specialmente nelle iniziative che hanno ad oggetto progetti relativi ad una determinata collettività (c.d. *crowdfunding* civico) e che si rivolgono ai cittadini facendo leva sul loro senso di consapevolezza civica e di appartenenza alla comunità in cui vivono⁵⁵¹. In tale ottica il *crowdfunding* può essere considerato come strumento di governo partecipativo⁵⁵² poiché tramite esso i cittadini possono influenzare l'effettiva riuscita delle iniziative proposte.

In campo culturale, considerati i sempre più stringenti vincoli di bilancio, tale metodo di "finanziamento della folla" costituisce una valida alternativa o strumento di integrazione dei pochi fondi destinati alla tutela e valorizzazione del patrimonio storico-artistico⁵⁵³ e si dirige soprattutto a favore del restauro di monumenti celebri o

⁵⁵¹ La prima iniziativa in Italia in cui una pubblica amministrazione si è avvalsa del *crowdfunding* per raccogliere fondi necessari al restauro di un bene pubblico riguarda il portico di San Luca a Bologna, soggetto a cedimenti strutturali che hanno dato luogo a crepe di media ed elevata entità. Il progetto è stato promosso dal Comune di Bologna e dal Comitato per il Restauro del Portico di San Luca, realizzato con la collaborazione tecnica dell'associazione GINGER, specializzata in questa tipologia di raccolta fondi.

⁵⁵² A. BAROLLO, D. CASTRATARO, *Il crowdfunding civico: una proposta*, pubblicazione online (2013).

⁵⁵³ Tra le istituzioni artistiche di maggior prestigio a livello mondiale, il Museo del Louvre è stata una delle prime a riconoscere e a saper sfruttare le potenzialità del *crowdfunding*.

dell'acquisizione di opere d'arte di grande valore. L'amministrazione locale, in tal modo, favorisce la crescita culturale della comunità e, al contempo, rilancia lo sviluppo economico e l'occupazione per la capacità di attrarre maggiori flussi turistici. Il finanziamento da parte dei cittadini del restauro o di altri interventi che hanno ad oggetto beni culturali del luogo in cui vivono aumenta, altresì, il loro legame al territorio e al patrimonio storico-artistico che lo rappresenta. Inoltre, tramite tale forma di finanziamento, è possibile valutare la misura dell'interesse dei fruitori nei confronti di determinati prodotti culturali: l'adesione dei sostenitori è difatti indice della percezione del loro valore da parte del pubblico.

Tuttavia, il modello in esame, parimenti alle forme più tradizionali di mecenatismo, non può essere inquadrato nella categoria del partenariato in quanto il ruolo dei soggetti finanziatori non si estende alla fase progettuale e non implica alcun potere decisionale in ordine all'iniziativa proposta se non indirettamente, ossia nel senso di stabilire quali opere e progetti siano meritevoli di realizzazione. L'individuazione di una strategia comune per raggiungere obiettivi condivisi si rivela concretamente inattuabile in un meccanismo collaborativo caratterizzato da una molteplicità indefinita di adesioni che non consente una costante interazione tra le parti.

Per esigenze di completezza un breve accenno merita la regolazione normativa del fenomeno, introdotta con il D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, poi convertito in L. 17 dicembre 2012, n. 221 (c.d. Decreto Crescita 2.0), che riguarda esclusivamente *l'equity crowdfunding* rivolto, nella formulazione originaria, alle start up innovative⁵⁵⁴ che assumano la forma giuridica di società di capitali, ossia un numero estremamente esiguo rispetto al restante numero delle piccole medie imprese⁵⁵⁵. Mediante *l'equity crowdfunding* si consente una sorta di investimento di massa: al centro della

⁵⁵⁴ Ossia quelle società: a) aventi quale oggetto sociale esclusivo o prevalente lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico e b) costituite da non più di sessanta mesi.

⁵⁵⁵ In senso critico relativamente al ristretto ambito di applicazione dell'*equity crowdfunding* S. SECCHI, *Una legge per il crowdfunding*, in D. D'ORSOGNA, P.G. SACCO, M. SCUDERI (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in Supplemento al n. 79/2014 di *Arte e critica*, p. 81, che osserva "La regolamentazione del fenomeno non è di carattere generale, ma riguarda solo le start up, e tra queste solo quelle qualificabili come "start up innovative": società di capitali o cooperative di nuova costituzione che non sono quotate su un mercato di capitali o su un sistema multilaterale di negoziazione e che operano in settori innovativi e tecnologici, anche a vocazione sociale, individuate sulla base di particolari requisiti stabiliti dalla legge e iscritte in una sezione speciale del registro delle imprese (...). La nuova disciplina, peraltro, ha un campo di applicazione molto ristretto: la percentuale, considerate le circa 1300 start up innovative esistenti, è oggi di circa lo 0.03% del totale delle PMI. La legge sembra aver voluto quindi ritagliare un ambito applicativo limitato quale banco di prova per una eventuale futura regolamentazione generale del fenomeno".

campagna vi è una società e gli investitori possono sottoscrivere una partecipazione al capitale sociale divenendone contestualmente soci. Essi ricevono in cambio una quota di azioni proporzionata alla somma versata e, dunque, una serie di diritti patrimoniali e amministrativi ad essa collegati. Il 26 giugno 2013 è stato emanato dalla Consob con delibera n. 18592 un “*Regolamento sulla raccolta di capitali di rischio tramite portali on-line*”, con cui si sono introdotte delle regole di comportamento, ispirate alla trasparenza, destinate ai gestori dei portali *on line* che raccolgono il capitale di rischio delle imprese emittenti.

L’ambito di applicazione di questa normativa è stato progressivamente ampliato. Una prima apertura è avvenuta con il D.L. 3/2015 (c.d. “Decreto *Investment Compact*”) che ha aggiunto le PMI innovative, gli organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR) e le società che investono prevalentemente in *start-up* innovative e in PMI innovative. Con l’emanazione della “Legge di stabilità 2017” (legge 11 dicembre 2016, n. 232), infine, è stata estesa a tutte le piccole e medie imprese, anche in forma di s.r.l. e indipendentemente dall’innovatività dell’oggetto sociale, la possibilità di beneficiare dello strumento in esame e dunque raccogliere capitali di rischio tramite portali di *equity-crowdfunding*⁵⁵⁶. Tale ampliamento dimostra l’intenzione del legislatore di garantire un accesso più agevole alla raccolta di capitali rispetto al canale di finanziamento bancario⁵⁵⁷.

Al di là della normativa specifica avente ad oggetto *l’equity crowdfunding*, in relazione alla quale l’Italia gode del primato europeo essendo il primo paese ad essersi dotato di una legislazione in materia, il fenomeno in generale risulta privo di una regolamentazione e, pertanto, lo si fa rientrare nell’ambito di applicazione di discipline già esistenti (appello al pubblico risparmio, servizi di pagamento, etc.).

⁵⁵⁶ Tutte le imprese con meno di 250 dipendenti e fatturato annuo non superiore ad Euro 50.000.000 (oppure il cui totale di bilancio non sia superiore ad Euro 43.000.000), potranno usufruire delle potenzialità concesse dall’*equity-crowdfunding*.

⁵⁵⁷ L. FRIGOLINI, *Il ruolo delle SIM e l’importanza di un unico sostegno multidisciplinare allo startupper*, 2013, rileva che un intervento limitato alla regolamentazione normativa del fenomeno non appare sufficiente a garantire lo sviluppo e il successo di siffatta forma di finanziamento, occorrendo altresì una filiera di supporto multidisciplinare “che aiuti lo *startupper* ad accedere a tale strumento di mercato con modalità unitaria e chiavi in mano senza la necessità di doversi industriare a fare tutto da solo; una filiera che dia assicurazione all’imprenditore garantendo tutti gli *step* del processo ad un costo chiaro, trasparente e sostenibile. Solo così si accrescerà anche la *reputation* degli operatori di filiera che con ciò diventeranno sempre più indispensabili per chi si avvicinerà a questo nuovo strumento innovativo”.

8. Partenariato pubblico-privato contrattuale in ambito culturale: il contratto di sponsorizzazione

Anche la sponsorizzazione culturale, definita e regolamentata dall'art. 120 del d.lgs. 42/2004, pur non dando luogo a forme di gestione dei luoghi della cultura da parte di soggetti privati⁵⁵⁸, costituisce uno strumento importante per gli enti pubblici che devono confrontarsi con l'esiguità delle risorse disponibili e con la vastità del patrimonio culturale da tutelare⁵⁵⁹.

Con il contratto⁵⁶⁰ in esame il soggetto che ha la disponibilità di un bene o di un'attività, lo *sponsee*, si obbliga a fronte di una prestazione, finanziaria o tecnica, dello sponsor, a consentire a quest'ultimo di associare il proprio nome, marchio, immagine o prodotto al bene o attività sponsorizzati che, in virtù del loro ruolo, notorietà o prestigio, sono in grado di determinare un adeguato ritorno pubblicitario⁵⁶¹.

La sponsorizzazione non rientra tra i contratti tipici disciplinati dal codice civile ma è stato previsto, in via di specialità, in diversi ambiti nella legislazione di settore. Il crescente utilizzo di tale strumento, principalmente in ambito sportivo e radiotelevisivo, ha condotto la dottrina e la giurisprudenza ad elaborarne i tratti caratterizzanti che si sono enucleati nell'onerosità, corrispettività e atipicità. Quest'ultimo requisito, in particolare, ha consentito una significativa flessibilità e capacità di adattamento dello strumento in esame ai più differenti e svariati contesti, tra cui quello pubblicistico. In tale ambito si assiste alla conclusione di accordi di sponsorizzazione dal carattere fortemente atipico, con valenza accessoria rispetto ad altro

⁵⁵⁸ D. MESSINEO, R. OCCHILUPO *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit.

⁵⁵⁹ M. CAMMELLI, *Pluralismo e cooperazione*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e Gestione dei Beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 176.

⁵⁶⁰ Sulla nozione di sponsorizzazione V. AMATO, *Sponsorizzazione*, in *Enc. Giur.*, vol. XXX, Milano, 1993; M. BIANCA, *Sponsorizzazione*, in *Dig. Disc. priv.*, vol. XV, Torino, 1998, p. 134; ID., *I contratti di sponsorizzazione*, Rimini, 1990; M. GIACOBBE, *Atipicità del contratto e sponsorizzazione*, in *Riv. Dir. civ.*, 1991, II, p. 399; I. MAGNI, *Il contratto di sponsorizzazione*, in P. CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Torino, 2003, p. 79; G. VERDE, *Il contratto di sponsorizzazione*, Napoli, 1989; R. CHIEPPA, *I contratti di sponsorizzazione* in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Giuffrè, Milano, 2008, p. 463 ss.; C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Utet Giuridica, Torino, 2007.

⁵⁶¹ Si veda l'ampia definizione offerta dalla sentenza della Corte di cassazione, sez. III, n. 12801 del 29 maggio 2006, secondo cui "il contratto di sponsorizzazione comprende una serie di ipotesi nelle quali un soggetto detto sponsorizzato si obbliga dietro corrispettivo a consentire ad altri l'uso della propria immagine pubblica ed il proprio nome per promuovere un marchio o un prodotto specificamente marcato".

contratto, al punto da renderli difficilmente identificabili⁵⁶². Spesso, infatti, la sponsorizzazione viene inserita all'interno di operazioni economiche complesse caratterizzate dalla combinazione di diverse cause negoziali. In particolare la giurisprudenza amministrativa si è occupata del collegamento tra un appalto di servizi di tesoreria e la clausola di sponsorizzazione inserita nel bando di gara relativo alla sua aggiudicazione⁵⁶³.

L'impiego della sponsorizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni è strettamente legato al tema, già esaminato, inerente all'utilizzo di un modello contrattuale atipico al fine di perseguire interessi pubblici che ha come presupposto il riconoscimento di una piena autonomia negoziale alla p.a.⁵⁶⁴. Come evidenziato, siffatta capacità di diritto privato che consente alla p.a. di stipulare contratti anche atipici, come la sponsorizzazione, incontra il limite del fine istituzionale dell'ente⁵⁶⁵.

Lo strumento della sponsorizzazione può essere visto come un valido supporto per numerose attività pubbliche e dunque un'opportunità di sviluppo e crescita. Le amministrazioni possono utilizzare il contratto in esame⁵⁶⁶ per ottenere i finanziamenti necessari a realizzare un'opera pubblica o erogare un servizio invece che

⁵⁶² F. MASTRAGOSTINO, *Sponsorizzazioni e pubbliche amministrazioni: caratteri generali e fattori di specialità*, in *Aedon*, n. 1/2010 (Rivista di arte e diritto *on line*), mette in evidenza come la sponsorizzazione nella maggior parte dei casi si presenta come contratto o accordo accessorio ad altro contratto con la connessa difficoltà di identificare la prestazione oggetto di tale contratto. V. anche R. CHIEPPA, *I contratti di sponsorizzazione*, cit., p. 460.

⁵⁶³ R. DIPACE, *Le sponsorizzazioni dei beni culturali*, cit., p. 52-53, rileva che "La giurisprudenza si è occupata dell'inserimento di clausole di sponsorizzazione in bandi riguardanti l'aggiudicazione di servizi di tesoreria da parte di amministrazioni locali, considerandolo legittimo. Questa conclusione, però, è stata raggiunta dopo un ampio dibattito che ha posto in evidenza posizioni fortemente contrarie. Il servizio di tesoreria è disciplinato dagli artt. 208, 209 e 210 del 53 d.lgs. 267/2000. In particolare, l'art. 209, definisce il servizio di tesoreria nell'ambito delle operazioni complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria dell'ente locale e la norma di cui all'art. 210 prescrive che il contratto debba essere affidato con procedure ad evidenza pubblica. Le modalità di affidamento possono, invece, essere definite nei regolamenti di contabilità delle singole amministrazioni (Cons. Stato, sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073, in Cons. Stato, I, 2626). Questo indirizzo è stato confermato dalla adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la decisione 18 giugno 2002, n. 6, in *Urb. app.*, 2002, p. 1321".

⁵⁶⁴ A.D. MAZZILLI, G. MARI, R. CHIEPPA, *I contratti di sponsorizzazione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2008, p. 466, affermano come la titubanza "nel riconoscere piena capacità di diritto privato alle pubbliche amministrazioni e nell'ammettere l'utilizzo anche di contratti atipici" abbia determinato l'emersione tardiva a livello legislativo delle sponsorizzazioni in ambito pubblicistico.

⁵⁶⁵ A tal proposito, con specifico riguardo al contratto di sponsorizzazione, v. le pronunce del Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 4 novembre 1995 n. 336, 28 aprile 1997, n. 35 e 16 settembre 1998, n. 495 in cui si afferma l'illegittimità degli accordi di sponsorizzazione in cui "vengano alterati il ruolo e l'immagine dell'ente stesso".

⁵⁶⁶ In relazione alla possibilità di utilizzo di tale contratto da parte delle pubbliche amministrazioni v. R. DIPACE, *Il contratto di sponsorizzazione e suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 3898 e M. RENNA, *Le sponsorizzazioni*, cit., p. 523.

ricorrere all'appalto, rappresentando la sponsorizzazione una alternativa preferibile soprattutto alla luce della contrazione delle risorse pubbliche a disposizione⁵⁶⁷.

Essa in alcuni casi rientra fra i contratti di partenariato in quanto il privato, a differenza dell'appalto in cui si occupa esclusivamente della fase esecutiva ed eventualmente progettuale, può essere coinvolto nelle varie fasi degli interventi pubblici da realizzare (progettazione, finanziamento, realizzazione e gestione)⁵⁶⁸. In tal senso si distingue tra: sponsorizzazione "tecnica", forma di partenariato in cui lo sponsor si obbliga a progettare e realizzare parte o tutto l'intervento e le prestazioni possono consistere sia nei lavori che nei servizi e forniture strumentali o autonomi ai primi; sponsorizzazione "pura", in cui lo sponsor si limita a finanziare l'intervento, anche mediante accollo delle obbligazioni di pagamento dei corrispettivi dell'appalto dovuti dall'amministrazione⁵⁶⁹; sponsorizzazione "mista", che consiste in una combinazione tra le prime due, ad esempio lo sponsor può curare la sola progettazione ed erogare il finanziamento per le lavorazioni previste.

Poiché l'interesse di un soggetto di associare il proprio prodotto o iniziativa imprenditoriale ad un determinato bene deriva dalla notorietà e prestigio di quest'ultimo, siffatto contratto rappresenta uno strumento particolarmente utile nel settore culturale in virtù della visibilità dei beni che possono essere oggetto delle relative operazioni e che, dunque, consentono una efficace diffusione promozionale del segno o del nome dello sponsor presso il pubblico. Tale negozio, applicato al settore dei beni culturali, consente di soddisfare interessi differenti ma confluenti verso una direzione condivisa: da un lato, quello dello Stato che ha bisogno di fonti alternative di finanziamento e di nuove forme di sviluppo tecnologico al fine di assicurare promozione, tutela e valorizzazione delle opere d'arte e di cultura;

⁵⁶⁷ F. MASTRAGOSTINO, *Sponsorizzazioni e pubbliche amministrazioni: caratteri generali e fattori di specialità*, in *Aedon*, n. 1/2010.

⁵⁶⁸ R. DIPACE, *Le sponsorizzazioni di beni culturali*, in D. D'ORSOGNA, P.G. SACCO, M. SCUDERI (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in Supplemento al n. 79/2014 di *Arte e critica*, p. 47, precisa che "Proprio il contratto di sponsorizzazione può configurarsi come contratto con il quale il soggetto privato può essere coinvolto nelle varie fasi degli interventi pubblici da realizzare. Infatti, nella prassi applicativa lo schema negoziale della sponsorizzazione viene utilizzato in modo molto flessibile e anche per questa ragione ha acquisito una sempre maggiore importanza quale strumento alternativo al provvedimento amministrativo per attuare le finalità istituzionali dei soggetti pubblici".

⁵⁶⁹ In tal caso il contratto di appalto, a valle della sponsorizzazione, assumerà una configurazione trilaterale, in cui lo sponsor assumerà anche nei confronti dell'appaltatore l'obbligazione di pagamento del corrispettivo dell'appalto, con contestuale accettazione, da parte dell'impresa, di tale modalità di pagamento.

dall'altro, quello di aziende private che, contribuendo a detta cura, ottengono visibilità economica e pubblicitaria (oltre a considerevoli sgravi fiscali)⁵⁷⁰.

La prima norma che ha introdotto l'utilizzo del contratto in esame in ambito pubblicistico non riguarda l'ambito culturale e si rinviene nell'art. 8, comma 12, della L. n. 223/1990⁵⁷¹ che disciplina il sistema radiotelevisivo pubblico e privato e autorizza solo le imprese pubbliche a stipulare sponsorizzazioni. Successivamente, nell'art. 43, comma 1, della L. n. 449/97, legge finanziaria per il 2008, che disponeva in ordine a “*Contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione, convenzioni con soggetti pubblici o privati, contributi dell'utenza per i servizi pubblici non essenziali e misure di incentivazione della produttività*”, il legislatore, pur senza una previa definizione in merito alla natura e ai caratteri della sponsorizzazione pubblica, ha regolamentato il fenomeno in via generale. Con la disposizione menzionata, avente come obiettivo l'incentivo al risparmio di spesa e la ricerca di nuove forme di collaborazione fra pubblico e privato nella gestione dell'attività amministrativa, si è prevista la possibilità di ricorrere alla sponsorizzazione solo agli enti statali⁵⁷², facoltà poi estesa anche agli enti locali con l'art. 119 del d.lgs. 267/2000⁵⁷³. Quest'ultima

⁵⁷⁰ Corte Conti, delibera 4 agosto n. 8/2016/G, cit.

⁵⁷¹ La L. 223 del 1990 (“*Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato*”) all'art. 8, comma 12 definisce la sponsorizzazione nel modo seguente: «per sponsorizzazione si intende ogni contributo di un'impresa pubblica o privata, non impegnata in attività televisive o radiofoniche o di produzione di opere audiovisive o radiofoniche, al finanziamento di programmi, allo scopo di promuovere il suo nome, il suo marchio, la sua immagine, le sue attività o i suoi prodotti».

⁵⁷² Precisamente l'art. 43 della L. 449/1997 ha previsto che «al fine di favorire l'innovazione dell'organizzazione amministrativa e di realizzare maggiori economie, nonché una migliore qualità dei servizi prestati, le pubbliche amministrazioni possono stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione con soggetti privati ed associazioni, senza fini di lucro, costituite con atto notarile». Al secondo comma vengono stabiliti i presupposti indefettibili a cui si condiziona il ricorso: «Le iniziative di cui al comma 1 devono essere dirette al perseguimento di interessi pubblici, devono escludere forme di conflitto di interesse tra l'attività pubblica e quella privata e devono comportare risparmi di spesa rispetto agli stanziamenti disposti. Per le sole amministrazioni dello Stato una quota dei risparmi così ottenuti, pari al 5 per cento, è destinata ad incrementare gli stanziamenti diretti alla retribuzione di risultato dei dirigenti appartenenti al centro di responsabilità che ha operato il risparmio; una quota pari al 65 per cento resta nelle disponibilità di bilancio della amministrazione. Tali quote sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate, per le predette finalità, con decreti del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. La rimanente somma costituisce economia di bilancio. La presente disposizione non si applica nei casi in cui le sponsorizzazioni e gli accordi di collaborazione sono diretti a finanziare interventi, servizi o attività non inseriti nei programmi di spesa ordinari. Continuano, inoltre, ad applicarsi le particolari disposizioni in tema di sponsorizzazioni ed accordi con i privati relative alle amministrazioni dei beni culturali ed ambientali e dello spettacolo, nonché ogni altra disposizione speciale in materia».

⁵⁷³ L'art. 119 del D.lgs. 267/2000 ha stabilito che: «in applicazione dell'articolo 43 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, al fine di favorire una migliore qualità dei servizi prestati, i comuni, le province e gli altri enti locali indicati nel presente testo unico, possono stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione, nonché convenzioni con soggetti pubblici o privati diretti a fornire consulenze o servizi aggiuntivi».

previsione, formulata con la medesima ampiezza della norma generale, ha consentito anche a livello locale di intraprendere cooperazioni con i privati al fine di migliorare la qualità dei servizi offerti e, contestualmente, contrarre sensibilmente i costi pubblici.

Il modello sponsorizzativo così introdotto evidenzia un chiaro *favor* del legislatore verso questo tipo di apporto privato all'azione amministrativa potendo riguardare, essendo gli obiettivi indicati dal menzionato art. 43 assolutamente generici, ogni tipo di attività pubblica purché appetibile per lo sponsor⁵⁷⁴. Per l'ammissibilità di un accordo di sponsorizzazione stipulato da un'amministrazione la suddetta previsione si limita a richiedere: il perseguimento del fine pubblico, l'assenza di contrasto fra lo sponsor e i fini istituzionali della p.a. sponsorizzata e, infine, il risparmio di spesa. Inoltre, la disposizione in esame non escludeva la possibilità di stipulare accordi in cui la p.a. ricoprisse il ruolo di sponsor⁵⁷⁵ ove i vantaggi, anche se non immediatamente percepibili finanziariamente come avviene in caso di accordi passivi, si tradussero in una "buona gestione amministrativa" improntata al criterio di efficienza. Tuttavia, la previsione generalizzata di utilizzo di tale modulo privatistico da parte delle pubbliche amministrazioni è stata circoscritta ad opera dell'art. 6 comma 9 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito nella legge 30 luglio 2010, n. 122, che, per ragioni legate alla *spending review*, ha espressamente escluso la facoltà per il soggetto pubblico di assumere la veste di sponsor⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ G. SAPORITO, *La sponsorizzazione di attività pubbliche e la atipicità dei contratti della P.A.*, in www.giustamm.it, n. 2/2002.

⁵⁷⁵ V. GIOMI, *La complessa figura delle sponsorizzazioni nel settore pubblico: problemi e criticità connesse ad un faticoso equilibrio fra le prestazioni*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 308, afferma che "Non sembra, al contrario, condivisibile, almeno fino all'esplicito divieto introdotto nel 2010, l'interpretazione che attribuisce alla norma una funzione 'ad escludendum' volta a ridurre la possibilità che la pubblica amministrazione possa divenire sponsor, ponendo in essere contratti passivi: se, infatti, non si può dubitare sul fatto che l'art. 43, nel disporre limiti e condizioni per il perfezionamento di contratti sponsorizzativi da parte delle pubbliche amministrazioni, si riferisca soltanto alle sponsorizzazioni passive, con altrettanta certezza non si può escludere che gli stessi risultati in termini di cura dell'interesse pubblico e di risparmio di spesa possa essere raggiunto anche nel caso delle sponsorizzazioni attive".

⁵⁷⁶ Art. 6, comma 9, d. l. 31 maggio 2010 n. 78, conv. dalla legge 30 luglio 2010 n. 122 ha stabilito che a decorrere dall'anno 2011 le amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della P.A., come individuato dall'istituto nazionale di statistica ai sensi del comma 3 dell'art. 1 legge 31 dicembre 2009 n. 196, incluse le autorità indipendenti, non possono effettuare spese per sponsorizzazioni. La previsione in esame ha condotto il TAR Sardegna, 9 marzo 2016, n. 687 a sanzionare con la nullità l'accordo di sponsorizzazione tra Cagliari Calcio e l'Agenzia Sardegna Promozione in quanto "traducendosi in una serie di prestazioni da parte della società sportiva volte all'enfaticizzazione dell'immagine dell'ente Regione Sardegna, attraverso la diffusione del logo e della denominazione dell'ente, appare rientrare pienamente nella nozione di contratto di sponsorizzazione". Per un com-

La normativa delineata lasciava insoluti una serie di problemi che presto si affacciarono nelle esperienze applicative riguardanti il contratto di sponsorizzazione determinando un grave stato di incertezza per gli operatori amministrativi. L'organo di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP)⁵⁷⁷, a seguito delle molteplici richieste presentate al fine di ottenere chiarezza soprattutto in merito alla disciplina applicabile dalla pubblica amministrazione per la scelta dello sponsor, precisò che, trattandosi di contratto attivo e dunque non implicante alcun esborso economico per la p.a., non si dovesse osservare la normativa nazionale e comunitaria sui lavori pubblici, pur rimanendo salva la necessità di rispettare le regole previste per la qualificazione dei soggetti esecutori delle opere pubbliche. Inoltre l'Autorità chiarì che l'oggetto della sponsorizzazione potesse estendersi anche alle attività di progettazione, ristrutturazione ed esecuzione di opere pubbliche da parte dello sponsor.

Solo con il d.lgs. 42/2004⁵⁷⁸ la sponsorizzazione ha trovato espresso riconoscimento e una generale regolamentazione nel settore dei beni culturali. Prima di quel momento gli interventi dei privati a sostegno del patrimonio culturale pubblico venivano posti in essere "al di fuori di una precisa cornice normativa di riferimento e attraverso formule di volta in volta riconducibili ad istituti giuridici differenti"⁵⁷⁹. Con l'espressa codificazione della sponsorizzazione in tale ambito vengono messi a tacere i dubbi in ordine alla sua compatibilità con la particolare natura del bene culturale, bisognoso di particolare protezione e potenzialmente pregiudicato da questo modello di collaborazione pubblico-privata⁵⁸⁰.

mento alla disposizione F. LAUDANTE, *Divieto per le pubbliche amministrazioni di effettuare spese per sponsorizzazioni- Brevi note sull'ambito di applicazione dell'art. 6, 9° comma, d.l. 78/2010, conv. dalla legge 122/2010*, in *Nuova rass.*, 2011, p. 705.

⁵⁷⁷ Determinazione n. 24 del 5 dicembre 2001 dell'organo di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP), pubblicata in G.U., Serie Generale, n. 8 del 10 gennaio 2002, che si pronunciò sulla possibilità per una amministrazione comunale di affidare ad un'associazione appositamente costituita fra soggetti privati ed avente come unico obiettivo la progettazione, esecuzione, direzione lavori e collaudo degli interventi di ristrutturazione e adeguamento alle vigenti normative in materia di contenimento dei consumi energetici, eliminazione barriere architettoniche, nonché in materia di sicurezza, di un immobile di proprietà del comune, adibito a teatro, per un importo di lavori pari a circa 18 miliardi.

⁵⁷⁸ Il d.lgs. 42/2004 è stato emanato in attuazione della l. 137/2002 che all'art. 10 contiene la delega per la codificazione in materia di beni culturali ed ambientali.

⁵⁷⁹ G. PIPERATA, *Sponsorizzazione ed interventi di restauro sui beni culturali*, in *Aedon*, n. 1/2005 (Rivista di arti e diritto on line).

⁵⁸⁰ G. PIPERATA, *La valorizzazione economica dei beni culturali: il caso dei musei e delle collezioni*, in *Aedon*, n. 2/2014 (Rivista di arti e diritto on line). Secondo G.D. COMPORTI, *Sul finanziamento delle attività culturali. Sponsorizzazione ed erogazioni liberali*, in *Aedon*, n. 2/2015, viene meno il dogma dell'"incompatibilità tra la natura pubblica di determinati beni, e forme differenziate di uso, valorizzazione e gestione degli stessi".

Nella sua prima formulazione⁵⁸¹, l'art. 120 del d.lgs. 42/2004, inserito nel Titolo II, dedicato alla fruizione ed alla valorizzazione dei beni culturali, riconosceva il ruolo di sponsor di una iniziativa o intervento pubblico solo al privato e quello di *sponsee* al Ministero, Regioni ed enti locali. Dunque le amministrazioni pubbliche non potevano mai assumere la veste di sponsor per un'iniziativa pubblica o privata e, se non rientranti in quelle menzionate, nemmeno quella di *sponsee*. Inoltre, la versione originaria dell'art. 120 del Codice Urbani si riferiva esclusivamente alle sponsorizzazioni c.d. tecniche, in quanto il contributo dei soggetti privati indirizzato «*alla progettazione o all'attuazione di iniziative del Ministero delle Regioni e degli altri enti pubblici territoriali*» consisteva nel prestare “beni e servizi”. Le sponsorizzazioni c.d. pure, basate su un apporto meramente finanziario, non venivano prese in considerazione dalla disciplina in materia di beni culturali.

Su entrambi i fronti delineati è intervenuto il decreto correttivo n. 62/2008 che, oltre ad estendere l'ambito soggettivo ammettendo le sponsorizzazioni attive (ossia quei contratti passivi in cui il ruolo di sponsor viene assunto da soggetti pubblici) mediante l'eliminazione del riferimento che circoscriveva tale possibilità solo ai soggetti privati⁵⁸², ha anche ampliato l'ambito oggettivo legittimando le sponsorizzazioni di tipo meramente finanziario⁵⁸³. La norma, oggi prevede che l'apporto dello sponsor può manifestarsi in “ogni contributo, *anche in beni e servizi*, erogato per la progettazione o l'attuazione di iniziative in ordine alla tutela ovvero alla valorizzazione del patrimonio culturale”, e dunque anche nella forma del finanziamento, eventualmente mediante accollo delle obbligazioni di pagamento che l'amministrazione ha assunto nei confronti di terzi. Secondo un diverso indirizzo, invece, la disposizione in esame si riferisce esclusivamente all'erogazione di un contributo finanziario da parte del soggetto privato e non anche allo svolgimento di altre attività⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ Nella sua versione originaria, l'art. 120 del d.lgs. 42/2004 definiva sponsorizzazione di beni culturali ogni forma di contributo di beni e servizi da parte di soggetti privati alla progettazione o all'attuazione di iniziative del Ministero delle Regioni e degli altri enti pubblici territoriali.

⁵⁸² E aprendo, per tal via, pure alle persone giuridiche costituite o partecipate da Stato, Regioni o Enti locali, nonché ad associazioni e consorzi istituiti da soggetti pubblici e privati, in tal senso M. VERNELLI, *Le sponsorizzazioni dei beni culturali*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 8/2005, p. 890.

⁵⁸³ La nuova formulazione si riferisce ad «ogni contributo *anche in beni o servizi*, erogato per la progettazione o l'attuazione di iniziative in ordine alla tutela ovvero alla valorizzazione del patrimonio culturale, con lo scopo di promuovere il nome, il marchio, l'immagine, l'attività o il prodotto dell'attività del soggetto erogante».

⁵⁸⁴ Come afferma l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici in una delibera del 2012 “lo sponsor si impegna nei confronti della stazione appaltante esclusivamente al riconoscimento di un contributo (in cambio del diritto di sfruttare spazi per fini pubblicitari) e non anche allo svolgimento di altre attività”.

L'interpretazione maggiormente accreditata ritiene che l'art. 120⁵⁸⁵, a seguito delle modifiche intervenute, ricomprenda ogni rapporto di *sponsorship*⁵⁸⁶ in cui un soggetto (*sponsee*), in cambio di un corrispettivo *finanziario o tecnico*, si obbliga ad associare all'attività relativa a beni culturali il nome, l'attività, il marchio od altro segno distintivo del soggetto sponsor.

Nonostante le peculiarità del contesto il legislatore non ha introdotto requisiti caratterizzanti la sponsorizzazione culturale, ne consegue che i parametri a cui fare riferimento per l'esame dei suoi elementi sono quelli utilizzati dalla dottrina e giurisprudenza civilistica⁵⁸⁷.

Con lo strumento giuridico in esame è possibile ottenere una simultanea valorizzazione: quella dell'immagine pubblica dello sponsor e quella del patrimonio culturale oggetto di sponsorizzazione. Si osserva, infatti, che il contributo dello sponsor deve essere necessariamente strumentale alla progettazione e/o realizzazione di un'iniziativa di tutela e/o di valorizzazione di beni culturali. Inoltre il comma 2 dell'art. 120 del Codice precisa che siffatta associazione non deve contrastare «*con il carattere artistico o storico, l'aspetto e il decoro del bene culturale da tutelare o valorizzare*». A tal fine il comma 1, ultima parte, della medesima disposizione stabilisce che al Ministero spetti il controllo sulla «*verifica della compatibilità di dette iniziative con le esigenze della tutela*».

⁵⁸⁵ Art. 120 d.lgs. 42/2004, “*Sponsorizzazione di beni culturali*”, stabilisce: «1. È sponsorizzazione di beni culturali ogni contributo, anche in beni o servizi, erogato per la progettazione o l'attuazione di iniziative in ordine alla tutela ovvero alla valorizzazione del patrimonio culturale, con lo scopo di promuovere il nome, il marchio, l'immagine, l'attività o il prodotto dell'attività del soggetto erogante. Possono essere oggetto di sponsorizzazione iniziative del Ministero, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali nonché di altri soggetti pubblici o di persone giuridiche private senza fine di lucro, ovvero iniziative di soggetti privati su beni culturali di loro proprietà. La verifica della compatibilità di dette iniziative con le esigenze della tutela è effettuata dal Ministero in conformità alle disposizioni del presente codice (comma così sostituito dall'articolo 2 del d.lgs. n. 62 del 2008) 2. La promozione di cui al comma 1 avviene attraverso l'associazione del nome, del marchio, dell'immagine, dell'attività o del prodotto all'iniziativa oggetto del contributo, in forme compatibili con il carattere artistico o storico, l'aspetto e il decoro del bene culturale da tutelare o valorizzare, da stabilirsi con il contratto di sponsorizzazione. 3. Con il contratto di sponsorizzazione sono altresì definite le modalità di erogazione del contributo nonché le forme del controllo, da parte del soggetto erogante, sulla realizzazione dell'iniziativa cui il contributo si riferisce».

⁵⁸⁶ PIPERATA, *Commento all'art. 120*, in M. CAMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 484.

⁵⁸⁷ V. GIOMI, *La complessa figura delle sponsorizzazioni nel settore pubblico: problemi e criticità connesse ad un faticoso equilibrio fra le prestazioni*, cit., p. 329, afferma che “Ciò induce a ritenere che non avendo il legislatore provveduto a tipicizzare la sponsorizzazione, i parametri utilizzati per esaminare gli elementi del contratto di sponsorizzazione impiegato nell'ambito dei beni culturali, primo fra tutti il rispetto dell'equilibrio del sinallagma contrattuale connesso alla corrispettività delle prestazioni che, a loro volta, devono essere suscettibili di valutazione economica ed erogate a titolo oneroso, debbano essere gli stessi di quelli impiegati per un esame condotto con riferimento ad una qualunque sponsorizzazione posta in essere in ambito privatistico”.

Il beneficio costituito dalla diffusione promozionale dell'immagine e del marchio dello sponsor, con conseguente riscontro a livello economico, non rientra tra i risultati garantiti dalla prestazione dello *sponsee*, il quale si impegna esclusivamente ad una prestazione di *facere* o *non facere* e, dunque, ad una obbligazione di mezzi e non di risultato ex 1174 c.c.⁵⁸⁸. Si tratta comunque di un contratto oneroso⁵⁸⁹ a prestazioni corrispettive⁵⁹⁰ in quanto, come sopra evidenziato, l'assenza della natura sinallagmatica farebbe qualificare la dazione in denaro dello sponsor come erogazione liberale⁵⁹¹ o altra forma di finanziamento connessa alla promozione pubblicitaria⁵⁹². Il corrispettivo a favore dello sponsor consiste nel diritto di associare il proprio nome, prodotto o attività all'iniziativa di tutela o valorizzazione del patrimonio culturale sfruttando il loro "accreditamento" positivo, d'altra parte lo *sponsee* beneficia di una contropartita tecnica o finanziaria.

È stato osservato che le sponsorizzazioni rappresentano nuove forme di propaganda pubblicitaria⁵⁹³ per un determinato prodotto, marchio o azienda: lo *sponsee*, in virtù della sua popolarità o pregio, funge da mezzo di comunicazione in quanto pone in essere una serie di comportamenti aventi l'obiettivo di accrescere la notorietà dello sponsor e, dunque, la domanda di beni e servizi da esso offerti. L'impresa sceglie la

⁵⁸⁸ A. BARBIERO, *Strumenti per la gestione delle sponsorizzazioni negli enti locali*, Milano, 2004, pp. 74 ss.

⁵⁸⁹ In senso contrario v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, p. 1251, che definisce contratto gratuito modale la sponsorizzazione tecnica ove lo sponsor fornisce gratuitamente allo *sponsee* materiale o strumenti per svolgere la propria attività, viceversa verrebbe in rilievo in contratto atipico oneroso qualora lo sponsor si limiti a versare una somma di denaro per diffondere la propria immagine. Secondo la dottrina maggioritaria, tuttavia, anche nel primo caso il contratto di sponsorizzazione è a titolo oneroso in quanto sussiste sempre un vantaggio del soggetto sponsor a fronte della prestazione del soggetto sponsorizzato che si obbliga a reclamizzare la sua immagine.

⁵⁹⁰ In tal senso per tutti, F. MASTRAGOSTINO, *Sponsorizzazioni e pubbliche amministrazioni: caratteri generali e fattori di specialità*, in *Aedon*, n. 1/2010 (Rivista di arti e diritto *on line*). Contra M. BASILE, *Rapporti fra soggetti pubblici e privati ai fini di valorizzazione dei beni culturali*, in *Ec. e dir. del terz.*, n. 2/2004, p. 266, secondo cui il Codice Urbani enfatizza il profilo collaborativo del rapporto e non attribuisce natura sinallagmatica alle prestazioni delle parti.

⁵⁹¹ Qualora sia l'amministrazione ad erogare somme a titolo di liberalità viene in rilievo il problema relativo alla sua capacità di compiere donazioni. Mentre la dottrina tradizionale negava tale possibilità in virtù dell'incompatibilità tra *animus donandi* e la funzione sociale che gli enti pubblici devono svolgere (B. BIONDI, *Le donazioni degli enti pubblici. Limiti e forma*, in *Giur.it*, I, 2, 1960, p. 97), quella più recente (F.P. PUGLIESE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, vol. IX, Roma, 1988, p. 989) così come la giurisprudenza, ammette la generale capacità delle amministrazioni a porre in essere donazioni qualora l'atto di liberalità sia finalizzato al perseguimento di un pubblico interesse, salvo espresso divieto di legge. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 420, sostiene la libertà di porre in essere donazioni a patto che nella deliberazione a contrarre venga indicato il motivo di interesse pubblico per il quale la pubblica amministrazione intende stipulare il negozio di donazione.

⁵⁹² P. ROSSI, *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli Appalti*, cit.

⁵⁹³ M. FUSI, *I vent'anni dell'autodisciplina pubblicitaria italiana*, in *Riv. dir. ind.*, 1986, I, p. 179.

propria strategia d'intervento in ambito culturale tra il non intervento, il mecenatismo, la sponsorizzazione e la pubblicità. La sponsorizzazione costituisce per le aziende una modalità alternativa per comunicare con i propri clienti che, considerata l'eccessiva presenza delle inserzioni pubblicitarie nei mezzi di comunicazione di massa, spesso si rivela più vantaggiosa perché in grado di garantire maggiore visibilità e, contestualmente, conferire prestigio all'immagine aziendale.

La costruzione di una reputazione "virtuosa", dato il richiamo che i beni culturali hanno presso il pubblico, costituisce la motivazione principale della sponsorizzazione culturale. Il profilo reputazionale, in virtù dell'associazione tra la propria immagine, il proprio marchio o, in casi molto particolari, un singolo prodotto con i valori connessi al progetto finanziato, distingue tale modello dalla mera pubblicità⁵⁹⁴. Sul punto la Corte di Cassazione ha affermato che "la sponsorizzazione, pur potendo essere ricondotta al concetto ampio di pubblicità, nondimeno, come specifica forma contrattuale creata dall'autonomia privata, se ne distingue. In relazione ad un evento (sportivo, culturale, mondano, ecc.) si ha mera pubblicità se l'attività promozionale è rispetto all'evento stesso in rapporto di semplice occasionalità, mentre si ha sponsorizzazione se fra la promozione di un nome o di un marchio e l'avvenimento viene stabilito uno specifico abbinamento"⁵⁹⁵. Si è inoltre precisato che la pubblicità ha essenzialmente un effetto diretto sulle vendite, mentre la sponsorizzazione entra nella funzione di produzione come fattore che aumenta la produttività attraverso il sostegno indiretto al nome d'impresa⁵⁹⁶.

8.1 *La procedura di scelta dello sponsor: art. 199-bis del previgente codice Appalti*

Per quanto concerne la procedura di scelta delle imprese private interessate a contribuire mediante sponsorizzazione alla tutela del patrimonio culturale il Codice Urbani non prevedeva alcuna disposizione. Tale lacuna venne in parte colmata

⁵⁹⁴ F. DI CESARE, *La gestione delle relazioni tra attori nell'industria culturale*, in M. RISPOLI, G. BRUNETTI, (a cura di), *Economia e management delle aziende di produzione culturale*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 175-202; G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon*, n. 1-2/2012.

⁵⁹⁵ Cass. 19 gennaio 1996, n. 428, in *Foro it.*, 1996, I, c. 498.

⁵⁹⁶ Sulla differenza tra sponsorizzazione e contratto pubblicitario V. FALCE, *I contratti di sponsorizzazione*, in A.M. GAMBINO (a cura di), *I contratti di pubblicità e di sponsorizzazione*, Giappichelli, Torino, pp. 47 ss.

dall'art. 2 del d.lgs. 30/2004 il quale esclude, per le sponsorizzazioni aventi ad oggetto il restauro di beni storico artistici vincolati, l'applicazione della normativa sugli appalti pubblici, ad eccezione delle disposizioni sulla qualificazione dei progettisti e dei soggetti esecutori. Successivamente, con l'emanazione del d.lgs. n. 163/2006, venne espressamente abrogato, ai sensi dell'art. 256, l'art. 2 del d.lgs. 30/2004 e si preferì una regolamentazione unitaria delle sponsorizzazioni tecniche passive (in cui la P.A. riveste la qualifica di *sponsee*)⁵⁹⁷. All'art. 26⁵⁹⁸ comma 1 del d.lgs. n. 163/2006 venne stabilito che «*ai contratti di sponsorizzazione e ai contratti a questi assimilabili*⁵⁹⁹, *quando i lavori, i servizi, le forniture*⁶⁰⁰ *sono acquisiti o realizzati a*

⁵⁹⁷ Prima dell'emanazione del d.lgs. 163/2006 si faceva riferimento a quanto disposto dal R.D. 23 maggio 1924, n. 827, Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato. In base ai principi e le regole in esso stabiliti la sponsorizzazione poteva essere stipulata a seguito di una selezione trasparente dello sponsor, che garantisca il rispetto dei principi di legalità, buon andamento e trasparenza dell'azione amministrativa. Poiché, come chiarito anche dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, con delibera 8 febbraio 2012, n., il codice dei contratti pubblici all'art. 26 fa riferimento alla sponsorizzazione tecnica, si desume che la sponsorizzazione di mero finanziamento, essendo un contratto attivo per la pubblica amministrazione, è sottoposta alle disposizioni sulla contabilità di Stato. Sul punto la stessa autorità, nel parere dell'11 marzo 2013, rif. AG/1-10 afferma "dal punto di vista della disciplina pubblicistica applicabile, occorre in primo luogo considerare la distinzione tra contratti attivi, che importano un'entrata, e contratti passivi, che comportano una spesa per lo Stato. Tale distinzione, evidentemente non giuridica ma finanziaria, è rilevante ai fini della disciplina applicabile, la quale sarà – nel caso dei contratti attivi- quella del R.D. 23 maggio 1924, n. 827, Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, in quanto non abrogata, e – nel caso dei contratti passivi- quella del codice dei contratti pubblici (cfr. art. 1, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163)".

⁵⁹⁸ Art. 26 d.lgs. 163/2006, "Contratti di sponsorizzazione", ora abrogato dal 19-04-2016 (art. 217 d.lgs. 50-2016), prevedeva: «1. Ai contratti di sponsorizzazione e ai contratti a questi assimilabili, di cui siano parte un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore e uno sponsor che non sia un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore, aventi ad oggetto i lavori di cui all'allegato I, nonché gli interventi di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici sottoposti a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ovvero i servizi di cui all'allegato II, ovvero le forniture disciplinate dal presente codice, quando i lavori, i servizi, le forniture sono acquisiti o realizzati a cura e a spese dello sponsor per importi superiori a quarantamila euro, si applicano i principi del Trattato per la scelta dello sponsor nonché le disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto. 2. L'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore beneficiario delle opere, dei lavori, dei servizi, delle forniture, impartisce le prescrizioni opportune in ordine alla progettazione, nonché alla direzione ed esecuzione del contratto. 2-bis. Ai contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi e forniture aventi ad oggetto beni culturali si applicano altresì le disposizioni dell'articolo 199-bis del presente codice».

⁵⁹⁹ Tale specificazione implica che le procedure semplificate previste in tale norma possano trovare applicazione anche per i c.d. accordi di collaborazione tecnica previsti dall'art. 43 l. 449/1997 e dall'art. 119 d.lgs. 267/2000.

⁶⁰⁰ M. RENNA, *Le sponsorizzazioni*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, cit., p. 523, precisa che l'art. 26 "conferma in via generale e definitiva che, oltre alle sponsorizzazioni consistenti nel pagamento alle amministrazioni pubbliche di somme di denaro destinate a determinate attività (sponsorizzazioni pure), sono possibili oggi anche sponsorizzazioni delle amministrazioni effettuate direttamente attraverso la realizzazione di lavori, la prestazione di servizi o la fornitura di beni da parte degli sponsor (si tratta delle c.d. sponsorizzazioni tecniche)"; A. FANTIN, *La sponsorizzazione dei beni culturali: nuovi orizzonti del partenariato pubblico-privato*, in *Il Capitale culturale, Studies on the*

cura e a spese dello sponsor, si applicano i principi del Trattato per la scelta dello sponsor nonché le disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto»⁶⁰¹. Il successivo comma 2 dell'art. 26 disponeva, altresì, che l'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore beneficiario delle opere, dei lavori, dei servizi, delle forniture, dovesse impartire «le prescrizioni opportune in ordine alla progettazione, nonché alla direzione ed esecuzione del contratto»⁶⁰².

Si chiariva quindi che la procedura volta alla stipula del contratto di sponsorizzazione passiva, determinando questa un'entrata per l'amministrazione, non era assoggettata alla dettagliata disciplina del Codice Appalti ma, come stabilito dal successivo art. 27⁶⁰³,

Value of Cultural Heritage, vol. 2, 2011, p. 8, afferma che “Non meno importante al fine di delineare il possibile oggetto del contratto è la precisazione contenuta nell'art. 26, comma 1. Emerge infatti che la prestazione dello sponsor, può consistere oggi non solo nella dazione di somme di denaro ma anche in prestazioni di dare e fare e più precisamente in «lavori, servizi, forniture [...] acquisiti o realizzati a cura e a spese dello sponsor». Il fatto che il legislatore abbia inteso disciplinare i contratti di sponsorizzazione passivi c.d. tecnici, faceva sorgere il problema immediatamente successivo riguardante l'applicazione degli artt. 26 e 27 anche a quelli puri, ossia quelli in cui la controprestazione dello sponsor consiste nella dazione di una somma di denaro”. Sul punto parte della dottrina (S. GATTO COSTANTINO, *Art. 26*, in S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 290) ha ritenuto che l'art. 26 fosse una norma speciale e pertanto non applicabile analogicamente, mentre l'orientamento prevalente ha sostenuto che “un'interpretazione meramente letterale condurrebbe all'illogica conseguenza di pretendere per le sponsorizzazioni “pure” procedure più gravose rispetto a quelle richieste per le sponsorizzazioni in cui lo sponsor si obbliga alla realizzazione di forniture, lavori e servizi” (cfr. A. FANTIN, *La sponsorizzazione dei beni culturali: nuovi orizzonti del partenariato pubblico-privato*, cit., p. 10 e M. RENNA, *Le sponsorizzazioni*, cit., p. 533).

⁶⁰¹ Sul punto Cons. Stato, Sez. VI, 12 novembre 2013, n. 5378, osserva che “Anche al contratto di sponsorizzazione, ex art. 26 e 27 d.l. n. 163/2006, risultano inevitabilmente applicabili gli art. 42 (capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi) e 43 (norme di garanzia della qualità), il che implica un onere di verifica anteriore all'aggiudicazione e coincidente complessivamente con un onere di assoluta trasparenza, ove si dispongano precisi requisiti d'idoneità tecnica e capacità professionale; in definitiva, ai sensi dell'art. 26, codice degli appalti, anche l'applicazione dei soli principi generali risulta compatibile con una discrezionale previsione (ragionevolmente legittima), ad opera della stazione appaltante, di un'idoneità tecnico-professionale comprovabile mediante una scheda descrittiva atta a sostituire la c.d. verifica codicistica documentale ex art. 42 e 43, codice degli appalti”. Per il commento alla sentenza v. S. USAI, *Il contratto di sponsorizzazione pubblica*, in *Urb. e app.*, 2014, p. 296.

⁶⁰² S. FANTIN, *La sponsorizzazione dei beni culturali: nuovi orizzonti del partenariato pubblico-privato*, cit., p. 9, precisa che “Tale disposizione, che chiude la norma, appare invero di non poca rilevanza dal momento che delinea, ora, anche il ruolo effettivo che possono assumere le parti contrattuali nell'esecuzione del contratto di sponsorizzazione. Più precisamente l'art. 26, comma 2 – riprendendo quanto già previsto dall'art. 2, comma 2 del d.lgs. 30 del 2004, alle sponsorizzazioni aventi ad oggetto il restauro di beni culturali – estende oggi, a tutte le ipotesi di sponsorizzazioni tecniche in cui sia parte la P.A., la possibilità per lo sponsor sia di realizzare la progettazione dell'opera sia di dirigerne l'esecuzione, mantenendo – di converso – in capo alla pubblica amministrazione, in qualità di *sponsee*, il potere di controllo sull'operato del privato”.

⁶⁰³ L'art. 27, comma 1, ultima parte, stabiliva, infatti, una procedura semplificata che impone all'ente promotore, prima dell'affidamento, di inviare un invito ad almeno cinque concorrenti, al fine di garantire quei principi comunitari di economicità, efficacia, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

sottoposta ai principi di derivazione comunitaria⁶⁰⁴ (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità) che costituiscono il minimo di regole pro-concorrenziali applicabili ogniqualvolta si attribuisce un vantaggio economico ad imprese operanti nel mercato, nello specifico un positivo ritorno di immagine⁶⁰⁵. Ne conseguiva che l'amministrazione, qualora intendesse concludere un contratto di sponsorizzazione a cura e spese dello sponsor, sebbene non sottoposta alle rigide procedure ad evidenza pubblica al fine di individuare il proprio contraente, doveva porre in essere una procedura di confronto concorrenziale semplificata e informale ma anche trasparente e pubblica, rispettando, altresì, le disposizioni in materia di requisiti soggettivi dei progettisti e degli esecutori del contratto. Qualora il costo del lavoro, servizio o fornitura fosse, invece, in parte a carico dell'amministrazione venivano in rilievo le norme relative all'aggiudicazione degli appalti.

Per quanto concerne la sponsorizzazione culturale, al fine di tutelare il mercato da scelte contrattuali arbitrarie e per evitare che la collaborazione con gli operatori economici privati si traducesse in qualche lesione dell'interesse pubblico, con il decreto legge n. 5/2012, recante “*Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo*” – convertito con modificazioni dalla legge 4 aprile 2012, n. 35 (c.d.

⁶⁰⁴ R. DIPACE, *Le sponsorizzazioni di beni culturali*, cit., p. 48, rileva che “nel caso di sponsorizzazione, la scelta trasparente ed imparziale si impone con forza, visto che l'amministrazione lega la propria immagine ad un imprenditore privato... In primo luogo, viene in rilievo il principio di parità di trattamento, che, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, si sostanzia in quello di eguaglianza e di non discriminazione, sancendo il divieto di trattare situazioni analoghe in modo diverso, salvo che la diversità di trattamento sia giustificata. Strettamente connesso a tale principio è quello di trasparenza, da garantirsi, sempre secondo la giurisprudenza, con ogni mezzo appropriato, anche tramite forme di pubblicazione dei bandi di gara a livello comunitario. Ciò significa che devono essere fornite tutte le informazioni necessarie affinché i potenziali concorrenti possano decidere se partecipare o meno alla procedura. In particolare, devono essere resi noti i criteri di scelta e di attribuzione dei punteggi, l'oggetto del contratto e le prestazioni richieste. Rileva, poi, il principio di proporzionalità, in base al quale, ai fini della selezione dei candidati, una amministrazione appaltante non può esigere capacità tecniche o finanziarie del tutto sproporzionate rispetto all'obiettivo da raggiungere, il quale coincide con l'oggetto del contratto. Infine, il principio del mutuo riconoscimento comporta che la stazione appaltante sia tenuta ad accettare le specifiche tecniche, i controlli, le certificazioni, le qualifiche ed i titoli acquisiti da un candidato in un altro stato membro. Una volta rispettati tali principi, l'ente appaltante è libero di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata, in funzione delle caratteristiche del contratto da aggiudicare”.

⁶⁰⁵ In merito alla scelta di sottoporre i contratti di sponsorizzazione esclusivamente all'osservanza dei principi del Trattato sull'Unione Europea v. M. CAMELLI, *Pluralismo e cooperazione*, cit., p. 190 e M. RENNA, *Le sponsorizzazioni*, cit., p. 524, secondo cui tale scelta appare comprensibile e condivisibile in virtù della considerazione che i contratti di sponsorizzazione “sono comunque rilevanti sotto il profilo della concorrenza, poiché dagli stessi possono derivare per le imprese sponsorizzatrici utilità e vantaggi significativi, in termini di pubblicità e di ritorno di immagine e di mercato”. Inoltre, prosegue l'A., “in qualsiasi rapporto di sponsorizzazione non può che rivestire importanza, ovviamente, anche l'*intuitus personae*, sia per gli sponsorizzatori che per i soggetti sponsorizzati [...] sicché è comprensibile che il legislatore sottragga i contratti in esame all'applicazione di vere e proprie formali procedure di gara”.

Semplifica Italia) –, venne introdotto nel previgente Codice dei contratti pubblici l'art. 199 *bis*⁶⁰⁶. Quest'ultima disposizione, unitamente al decreto ministeriale 19 dicembre 2012⁶⁰⁷, dettava prescrizioni dettagliate e puntuali, iper-regolamentando

⁶⁰⁶ Art. 199-*bis* d.lgs. 163/2006, “*Disciplina delle procedure per la selezione di sponsor*”, ora abrogato dal 19-04-2016 (art. 217 d.lgs. 50-2016), prevedeva: «1. Al fine di assicurare il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, di cui all'articolo 27, le amministrazioni aggiudicatrici competenti per la realizzazione degli interventi relativi ai beni culturali integrano il programma triennale dei lavori di cui all'articolo 128 con un apposito allegato che indica i lavori, i servizi e le forniture in relazione ai quali intendono ricercare sponsor per il finanziamento o la realizzazione degli interventi. A tal fine provvedono a predisporre i relativi studi di fattibilità, anche semplificati, o i progetti preliminari. In tale allegato possono essere altresì inseriti gli interventi per i quali siano pervenute dichiarazioni spontanee di interesse alla sponsorizzazione. La ricerca dello sponsor avviene mediante bando pubblicato sul sito istituzionale dell'amministrazione procedente per almeno trenta giorni. Di detta pubblicazione è dato avviso su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, nonché per contratti di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 28, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea. L'avviso contiene una sommaria descrizione di ciascun intervento, con l'indicazione del valore di massima e dei tempi di realizzazione, con la richiesta di offerte in aumento sull'importo del finanziamento minimo indicato. Nell'avviso è altresì specificato se si intende acquisire una sponsorizzazione di puro finanziamento, anche mediante accollo, da parte dello sponsor, delle obbligazioni di pagamento dei corrispettivi dell'appalto dovuti dall'amministrazione, ovvero una sponsorizzazione tecnica, consistente in una forma di partenariato estesa alla progettazione e alla realizzazione di parte o di tutto l'intervento a cura e a spese dello sponsor. Nel bando, in caso di sponsorizzazione tecnica, sono indicati gli elementi e i criteri di valutazione delle offerte. Nel bando e negli avvisi è stabilito il termine, non inferiore a sessanta giorni, entro il quale i soggetti interessati possono far pervenire offerte impegnative di sponsorizzazione. Le offerte pervenute sono esaminate direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice o, in caso di interventi il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto sia superiore a un milione di euro e nei casi di particolare complessità, mediante una commissione giudicatrice. L'amministrazione procede a stilare la graduatoria delle offerte e può indire una successiva fase finalizzata all'acquisizione di ulteriori offerte migliorative, stabilendo il termine ultimo per i rilanci. L'amministrazione procede, quindi, alla stipula del contratto di sponsorizzazione con il soggetto che ha offerto il finanziamento maggiore, in caso di sponsorizzazione pura, o ha proposto l'offerta realizzativa giudicata migliore, in caso di sponsorizzazione tecnica. 2. Nel caso in cui non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, ovvero tutte le offerte presentate siano irregolari ovvero inammissibili, in ordine a quanto disposto dal presente codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte, o non siano rispondenti ai requisiti formali della procedura, la stazione appaltante può, nei successivi sei mesi, ricercare di propria iniziativa lo sponsor con cui negoziare il contratto di sponsorizzazione, ferme restando la natura e le condizioni essenziali delle prestazioni richieste nella sollecitazione pubblica. I progetti per i quali non sono pervenute offerte utili, ai sensi del precedente periodo, possono essere nuovamente pubblicati nell'allegato del programma triennale dei lavori dell'anno successivo. 3. Restano fermi i presupposti e i requisiti di compatibilità stabiliti dall'articolo 120 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni, recante il codice dei beni culturali e del paesaggio, nonché i requisiti di partecipazione di ordine generale dei partecipanti stabiliti nell'articolo 38 del presente codice, nonché, per i soggetti incaricati di tutta o di parte della realizzazione degli interventi, i requisiti di idoneità professionale, di qualificazione per eseguire lavori pubblici, di capacità economica e finanziaria, tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi, di cui agli articoli 39, 40 41 e 42, oltre ai requisiti speciali e ulteriori di cui all'articolo 201 del presente codice».

⁶⁰⁷ Il d.m. 67128/2012, recante “*Approvazione delle norme tecniche e linee guida in materia di sponsorizzazione di beni culturali e di fattispecie analoghe o collegate*”, individua le ragioni del “crescente interesse sia da parte della pubblica amministrazione, sia da parte degli operatori economici” nella circostanza che “la prima [vi] rinviene... una modalità duttile e agevolmente percorribile per il reperimento di risorse, o anche di beni e servizi, da destinare al perseguimento dei propri scopi istituzionali; i secondi dimostrano di ritenere particolarmente appetibile il vantaggio promozionale che può essere tratto dall'accostamento dell'azienda o dei suoi prodotti al prestigioso patrimonio culturale nazionale”.

ogni particolare delle operazioni in discorso e aggravandole proceduralmente al punto tale da renderne poco agevole l'utilizzo.

Tale normativa è stata introdotta nel Codice dei Contratti pubblici a seguito della sponsorizzazione dei lavori di restauro del Colosseo⁶⁰⁸ che ha visto come protagonisti il Commissario delegato per la realizzazione degli interventi urgenti nelle aree archeologiche di Roma e Ostia Antica e la società Tod's Spa. La nota vicenda ebbe inizio quando, il 4 agosto 2010, venne pubblicato l'avviso di ricerca di uno sponsor, ai sensi dell'art. 26 del d.lgs. 163/2006, per il completamento della progettazione e della direzione dei lavori di restauro del Colosseo che stabiliva come corrispettivo il diritto di sfruttare la sua immagine per la durata dei lavori prevista nel Piano degli Interventi. La procedura finalizzata all'affidamento della sponsorizzazione tecnica ebbe esito negativo perché le due offerte pervenute (da parte di Ryanair.com e Tod's Spa) vennero ritenute non appropriate in quanto non rispettose delle modalità di presentazione indicate nell'avviso. Il Commissario delegato decise allora di ricorrere ad una procedura negoziata ai sensi dell'art. 57 del Codice al fine di acquisire il mero finanziamento degli interventi e invitò i due operatori che avevano presentato l'offerta in relazione alla sponsorizzazione tecnica. La trattativa si concluse con un accordo tra il Commissario delegato e Tod's spa che offrì un capitale di 25 milioni.

Le principali critiche che sono state indirizzate alla procedura descritta, in particolare dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato con la delibera n. 14 dicembre 2011⁶⁰⁹, riguardano la difformità dell'oggetto contenuto nell'avviso pubblico iniziale, che faceva riferimento ad una sponsorizzazione tecnica, e quello indicato nella seconda fase di ricerca dello sponsor, poi trasfuso nell'accordo stipulato, concernente una sponsorizzazione pura. Ulteriore profilo anomalo riguardava il corrispettivo spettante allo sponsor che, mentre nella prima fase era limitato ai diritti di sfruttamento dell'immagine del Colosseo per la durata dei lavori di restaurazione, nell'accordo con la Tod's spa veniva esteso ai due anni successivi dall'ultimazione dei lavori con la possibilità di trasferire tale diritto ad una associazione debitamente costituita dalla stessa impresa per ulteriori 15 anni. Inoltre, si osservava, che i tempi

⁶⁰⁸ M. SELO, *L'utilizzo dell'istituto giuridico della sponsorizzazione in materia di beni culturali. Scavi archeologici di Ercolano e Anfiteatro Flavio di Roma, due casi a confronto*, in *Aedon*, n. 3/2014 (Rivista di arti e diritto *on line*).

⁶⁰⁹ AGCM, delibera n. 14 dicembre 2011, in *www.agcm.it*.

eccessivamente ristretti (48 ore) tra le due procedure non sarebbero stati sufficienti per consentire un effettivo confronto competitivo tra i soggetti convocati.

Anche il Tar Lazio e il Consiglio di Stato erano stati chiamati a pronunciarsi sia sulle modalità di affidamento che sul merito della questione (come l'insufficienza della somma conferita dallo sponsor), senza tuttavia statuire nulla in ordine a quanto richiesto per l'ostacolo rappresentato dal difetto di legittimazione attiva delle associazioni che si erano schierate contro la sponsorizzazione in esame⁶¹⁰.

Le principali criticità manifestatesi, oltre alla questione relativa alla procedura di selezione del contraente privato, riguardavano la totale assenza di parametri al fine di misurare quantitativamente, nel modo più certo possibile, il vantaggio economico derivante allo sponsor dall'abbinamento della sua immagine con un bene culturale o un'attività ad esso legata. Nel caso della sponsorizzazione del Colosseo era infatti emerso come "l'adeguatezza del prezzo costituisse, in realtà, il vero nodo critico di tutto il rapporto sponsorizzativo"⁶¹¹. L'indeterminatezza del valore da assegnare al ritorno di immagine allo sponsor non consente di stabilire correttamente la sua controprestazione (come contributo finanziario o realizzazione di attività) e, di conseguenza, tutti gli elementi strutturali che compongono il contratto, quali la durata del rapporto, l'oggetto, così come la controprestazione dell'amministrazione⁶¹².

Tale aspetto rimase irrisolto anche con l'introduzione dell'art. 199 *bis* alla luce della oggettiva difficoltà di individuare a priori criteri generali per calcolare il corri-

⁶¹⁰ Il difetto di legittimazione attiva del Codacons è stato acclarato da Cons. Stato, sez. VI, sent. 4034/2013 e Tar Lazio-Roma, sez. I, sent. 6028/2012.

⁶¹¹ V. GIOMI, *La complessa figura delle sponsorizzazioni nel settore pubblico: problemi e criticità connesse ad un faticoso equilibrio fra le prestazioni*, cit., p. 353; F. MERUSI, *Art. 26, Contratti di sponsorizzazione*, in G. MORBIDELLI, G. FERRARI (diretto da), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, EGEA, Milano, 2013, p. 357, afferma come la vera questione fosse "se il prezzo della sponsorizzazione dovesse essere rapportato all'utilità pubblicitaria secondo i criteri di calcolo elaborati nell'ambito degli studi di finanza aziendale e ormai correntemente praticati nelle sponsorizzazioni fra i privati contraenti oppure alla valutazione soggettiva del contraente pubblico".

⁶¹² V. GIOMI, *La complessa figura delle sponsorizzazioni nel settore pubblico*, cit., p. 331, osserva che "Sarà proprio l'utilizzo dell'immagine pubblica e, quindi, il peso economico di essa, a condizionare e determinare, da un lato, le prestazioni dello *sponsor*, vale a dire il corrispettivo da esso versato per la pubblicizzazione del proprio marchio, in termini di contributo finanziario o realizzazione di attività, la durata del rapporto, l'oggetto e la modalità di svolgimento della veicolazione pubblicitaria e dall'altro, le controprestazioni dell'amministrazione sponsorizzata, atte a favorire la diffusione pubblicitaria del marchio dello sponsor, senza che esse trasformino l'obbligazione di mezzi in una obbligazione di risultato.... Il problema prospettato, seppur di minore evidenza rispetto alla necessaria previsione di regole che disciplinino una legittima selezione dello sponsor cui associare l'immagine pubblica o che delimitino l'oggetto delle sponsorizzazioni pubbliche, assume, però, la massima importanza, in considerazione degli effetti che potrebbe rischiare di generare sulla intera tenuta del rapporto contrattuale, dal momento che riguarda in modo diretto proprio gli elementi strutturali che compongono il contratto stesso".

spettivo connesso allo sfruttamento dell'immagine pubblica, essendo tale beneficio dipendente da una serie di variabili, come ad esempio la posizione di mercato del privato e la sua capacità commerciale di sfruttare l'associazione al bene o attività pubblica. Pertanto si è lasciata alla ampia libertà alle parti e l'attenzione del legislatore si è concentrata sugli aspetti procedurali.

L'analisi della disciplina introdotta con l'art. 199 *bis*⁶¹³, connotata da un appesantimento burocratico⁶¹⁴ ed elaborata con l'intento di garantire la selezione concorrenziale tra le imprese sponsor nel rispetto dell'imparzialità e del buon andamento dell'attività amministrativa, può offrire una risposta alla scarsa attrattività per l'investimento privato che ha caratterizzato lo strumento in esame⁶¹⁵.

Ai sensi di tale disposizione le amministrazioni procedenti erano obbligate ad inserire nel programma triennale dei lavori di cui all'art. 128 del Codice dei contratti un apposito allegato che individuasse gli interventi relativi ai beni culturali per il cui finanziamento o realizzazione intendevano ricercare sponsor⁶¹⁶. In tale allegato potevano essere anche inseriti gli interventi per i quali fossero pervenute dichiarazioni spontanee di interesse alla sponsorizzazione. A tal fine le stesse amministrazioni provvedevano a predisporre studi di fattibilità, anche semplificati, o progetti preliminari. Siffatta programmazione⁶¹⁷ aveva un duplice fine: innanzitutto evitare "l'episo-

⁶¹³ Per un commento all'art. 199-*bis* v. P. CARPENTIERI, *Art. 199-bis, disciplina delle procedure per la selezione dello sponsor*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 2070.

⁶¹⁴ Corte Conti, delibera 4 agosto n. 8/2016/G, concernente le "Iniziative di partenariato pubblico-privato nei processi di valorizzazione dei beni culturali", cit., osserva che "La distinzione tra la sponsorizzazione 'pura' e quella 'tecnica', operata dall'art. 199-*bis* del d.lgs. n. 163/2006, che dettaglia quella già prevista in termini generali dall'art. 26, scompare nel momento della ricerca dello sponsor, poiché entrambe le tipologie contrattuali – pur essendo oltremodo differenti, come esposto – sono assoggettate alla onerosa procedura di selezione dettata dalla norma più recente. Se per la sponsorizzazione 'tecnica' tale procedura può trovare giustificazione nella circostanza che la valutazione comparativa fra i diversi partecipanti al confronto e fra le proposte dagli stessi avanzate riveste profili di delicatezza e importanza, per la sponsorizzazione 'pura' la complessità degli adempimenti procedurali può risolversi nella lesione dei principi di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa. Infatti, come in precedenza rilevato, detta tipologia contrattuale si traduce in un ricavo per l'amministrazione consistente nel corrispettivo in denaro, tant'è che la normativa precedente l'ha sottratta all'applicazione del codice dei contratti pubblici. La complessità degli adempimenti previsti dalle regole da ultimo introdotte è tale, dunque, da non incentivare il ricorso alle operazioni in esame".

⁶¹⁵ Corte Conti, delibera n. 8/2016, cit.; in dottrina v. P. CARPENTIERI, *Sponsorizzazioni e mecenatismo nei beni culturali*, in *www.giustamm.it*, 28 maggio 2014 e S. CASCIU, *Il tema delle sponsorizzazioni/erogazioni liberali visto dalla parte delle Soprintendenze: difficoltà, equivoci, burocrazia, mentalità*, in *Aedon*, n. 2/2013 (Rivista di arti e diritto *on line*).

⁶¹⁶ Sul punto v. le criticità espresse dalla Corte dei Conti, delibera 8/2016/G, cit., secondo cui "Non è immediatamente chiaro, infatti, se l'arco temporale coperto dall'allegato *ex art.* 199-*bis* sia triennale, come il programma dei lavori, ovvero annuale, in analogia con il programma per l'acquisizione di beni e servizi".

⁶¹⁷ R. DIPACE, *Le sponsorizzazioni di beni culturali*, cit. osserva che "la programmazione consiste in atti attraverso i quali la pubblica amministrazione individua per un determinato periodo di tempo gli

dicità, la frammentarietà e la casualità degli interventi, recuperando le sponsorizzazioni entro un quadro conoscitivo e programmatico razionale di gestione degli interventi, anche al fine di poter coniugare l’apporto privato con le eventuali disponibilità pubbliche, a vantaggio della stessa pianificazione di bilancio dell’ente” e, inoltre, “consentire l’opportuna diversificazione e graduazione delle tipologie di finanziamento in relazione all’urgenza e alla tipologia degli interventi”⁶¹⁸.

La ricerca dello sponsor doveva avvenire tramite bandi pubblicati, per almeno trenta giorni, oltre che sul sito istituzionale della p.a. precedente, anche nelle ulteriori forme previste dallo stesso art. 199-*bis*, comma 1. Tali bandi dovevano in ogni caso contenere la sommaria descrizione di ciascun intervento, l’indicazione del valore di massima e dei tempi di realizzazione, la richiesta di offerte in aumento sull’importo del finanziamento minimo indicato. Nel caso di sponsorizzazione tecnica il bando aveva un contenuto più complesso comprendente gli elementi e i criteri di valutazione delle offerte (in particolare, in ordine ai contenuti progettuali e alle modalità di selezione dell’appaltatore) che dovevano essere esaminate dalla p.a. aggiudicatrice o, qualora l’intervento avesse un valore stimato al netto dell’imposta sul valore aggiunto superiore a un milione di euro, mediante una commissione *ad hoc*. In seguito la p.a. stilava la graduatoria delle offerte e poteva indire una fase successiva al fine di acquisire ulteriori offerte migliorative. L’art. 199-*bis* stabiliva, inoltre, che l’amministrazione doveva procedere alla stipula del contratto con il soggetto che avesse presentato l’offerta realizzativa giudicata migliore. Il criterio di aggiudicazione era quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa che impone di valutare sia il

interventi infrastrutturali destinati a soddisfare i bisogni della collettività di riferimento (...) Gli obiettivi generali che si pone la programmazione sono molteplici. Innanzitutto viene in rilievo la razionalizzazione delle scelte e la corretta allocazione delle risorse; poi il favorire l’apertura alla concorrenza tra operatori privati anche nella delicata fase della scelta strategica delle opere da realizzare. All’obiettivo della razionalizzazione delle scelte strategiche si è affiancato quello della corretta allocazione delle risorse finanziarie, divenuto primario in funzione della ormai cronica situazione deficitaria delle casse pubbliche. Inoltre, l’intento è stato quello di scardinare il fenomeno della programmazione rovesciata in virtù del quale si capovolgeva il rapporto tra opere e finanziamento, per cui la scelta dell’opera da realizzare era conseguenziale alla disponibilità di specifici finanziamenti, in un’ottica di scelte estemporanee e, spesso, non volte alla soddisfazione delle esigenze della collettività. Tali obiettivi generali sono gli stessi che hanno giustificato la previsione della programmazione degli interventi di sponsorizzazione. È l’amministrazione che decide in via preventiva sulla base di studi di fattibilità o di progetti preliminari quali beni sponsorizzare”. Sulla programmazione delle sponsorizzazioni culturali v. anche G.D. COMPORTI, *Sponsorizzazioni ed erogazioni liberali*, in *Aedon*, n. 2/ 2015 (Rivista di arti e diritto *on line*).

⁶¹⁸ Corte dei conti, Delibera n. 8/2016, cit., osserva che “Il risultato atteso è, quindi, quello di individuare, nel quadro della programmazione generale degli interventi, quali di essi, per contingenze finanziarie ed operative, in quel momento, necessitino di un aiuto da parte dello sponsor privato e con quale priorità; di sollecitare, poi, il mercato ad avanzare le opportune proposte”.

profilo tecnico-qualitativo che quello economico, premiando il migliore rapporto qualità-prezzo. In caso di sponsorizzazione pura, invece, la p.a. doveva scegliere lo sponsor che avesse offerto il finanziamento maggiore.

L'art. 199 *bis* distingueva, dunque, tra sponsorizzazione “di puro finanziamento” e sponsorizzazione “tecnica”, anche sotto il profilo dell'iter procedurale necessario per la scelta dello sponsor. La previsione esplicita della sponsorizzazione tecnica da parte del legislatore del 2012 secondo alcuni sarebbe “sintomatico della cennata tendenza ad ampliare progressivamente l'apertura del mondo della cultura all'apporto delle imprese” in quanto “il corrispettivo pagato dallo sponsor per vedere associati il proprio nome e la propria immagine al bene culturale in questione consiste nell'esecuzione di un appalto pubblico”⁶¹⁹.

La norma in esame, al comma 2, si preoccupava anche di regolare l'ipotesi in cui non fosse stata presentata alcuna offerta ovvero fossero state presentate offerte inappropriate, irregolari o inammissibili: in tal caso la p.a. poteva, nei sei mesi successivi, ricercare uno sponsor d'ufficio. Era necessario, però, che nella successiva fase di negoziazione diretta rimanessero ferme la natura e le condizioni essenziali delle prestazioni richieste nel bando con conseguente divieto di stipula di una sponsorizzazione pura dopo la richiesta, nella sollecitazione pubblica, di una sponsorizzazione tecnica. Tale specifica disposizione, che appare riferirsi alla vicenda riguardante la sponsorizzazione del Colosseo in cui tale vincolo non era stato rispettato, non precludeva, tuttavia, eventuali modifiche di previsioni eccessivamente onerose o complesse causa dell'infruttuoso esito della gara⁶²⁰. Se l'esito di questa ulteriore fase fosse stato negativo, l'amministrazione avrebbe potuto discrezionalmente abbando-

⁶¹⁹ D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit., precisano che “La previsione esplicita di tale fattispecie da parte del legislatore del 2012 ha consentito di superare i dubbi circa l'ammissibilità di questa figura contrattuale, talvolta adottati in passato sul presupposto che la capacità di diritto privato delle amministrazioni non avrebbe carattere generale, ma sarebbe limitata agli strumenti negoziali positivamente indicati dalla legge”.

⁶²⁰ R. DIPACE, *Le sponsorizzazioni dei beni culturali*, cit., p. 50, evidenzia che “La norma, infatti, lascia spazi di elasticità per una sua applicazione ragionevole: il principio dell'identità della prestazione e del tipo di contratto (tra gara e fase successiva di negoziazione diretta) non può essere interpretato in termini così rigidi da precludere (contraddittoriamente) ogni spazio agli esiti fisiologici della negoziazione, che deve e può condurre a quegli aggiustamenti ragionevoli che possano rendere l'operazione fattibile, eliminando per l'appunto quelle previsioni di bando irrealistiche, eccessivamente onerose o complesse, di difficile attuazione che avevano contribuito a causare l'esito negativo della gara. Entro questi limiti e secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza, dunque, deve ritenersi consentito, a termini di questa nuova disposizione, la conclusione di un contratto analogo a quello prefigurato nell'avviso pubblico, purché rispettoso della natura e delle condizioni essenziali di quello ipotizzato dal bando”.

nare il progetto oppure reinserire nell'allegato del programma triennale dei lavori dell'esercizio successivo una nuova richiesta di sponsorizzazione.

La disciplina in esame risultava applicabile solo alle sponsorizzazioni di importo superiore ai 40.000 euro, ai sensi dall'art. 26 del d.lgs. 163/2006 come modificato dall'art. 20 del d.l. n. 5 del 2012⁶²¹. Al di sotto di tale soglia era possibile procedere all'affidamento diretto in base all'art. 125 del Codice Appalti.

Le successive linee guida applicative dell'art. 199-*bis* emanate con il D.M. 19 dicembre 2012, n. 67128⁶²² qualificano la sponsorizzazione come “peculiare rapporto di partenariato pubblico-privato che si caratterizza per l'associazione del nome, del marchio, dell'immagine o del prodotto di un'impresa a un bene o a un'iniziativa culturale” ed “efficace strumento di conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale” mediante l'apporto di soggetti privati⁶²³. Per quanto riguarda la fase della programmazione e l'inserimento nel programma triennale degli interventi oggetto di sponsorizzazione le prescrizioni in parola evidenziano che “lo scopo è quello di superare l'approccio episodico, consentendo di pianificare il coordinamento tra la disponibilità pubblica e l'apporto privato e di concentrare la prima su quegli interventi più delicati, più urgenti, meno ripetitivi e meno appetibili in termini di visibilità

⁶²¹ Secondo D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit., “L'applicazione dell'art. 199-*bis* sembra comunque subordinata alla circostanza che ‘i lavori, i servizi, le forniture... acquisiti o realizzati a cura e a spese dello sponsor’ siano di ‘importi superiori a quarantamila euro’, secondo quanto previsto dall'art. 26, comma 1 del Codice degli appalti: in tal senso depono la circostanza che, giusta il comma 2-*bis* della medesima disposizione, ‘ai contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi e forniture aventi ad oggetto beni culturali... le disposizioni dell'articolo 199-*bis*...’ si applicano in aggiunta alle restanti prescrizioni dell'art. 26 medesimo (lo si deduce inequivocabilmente dall'uso dell'avverbio “altresì”)”.

⁶²² Recante “*Approvazione delle norme tecniche e linee guida in materia di sponsorizzazioni di beni culturali e di fattispecie analoghe o collegate*”, ai sensi dell'art. 61, comma 1, decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito con modificazioni in legge 4 aprile 2012, n. 35. Per un approfondimento sulle Linee guida in dottrina cfr. F. DI MAURO, *Le norme tecniche e linee guida applicative delle disposizioni in materia di sponsorizzazioni di beni culturali: i tratti essenziali*, in *Aedon*, n. 3/2012 (Rivista di arti e diritto *on line*).

⁶²³ Il d.m. 19 dicembre 2012 opera una divisione fra: “la sponsorizzazione tecnica, consistente in una forma di partenariato estesa alla progettazione e alla realizzazione di parte o di tutto l'intervento a cura e a spese dello sponsor delle prestazioni richieste (oltre a lavori, le prestazioni rese dallo sponsor possono consistere anche in servizi e forniture strumentali ai primi – ad esempio: servizi di installazione e montaggio di attrezzature e impianti, forniture degli arredi da collocare nei locali – o in servizi e forniture autonome, ad esempio servizi necessari all'organizzazione di mostre all'interno di istituti della cultura pubblici; la sponsorizzazione pura, in cui lo sponsor si impegna unicamente a finanziare, anche mediante accollo, le obbligazioni di pagamento dei corrispettivi dell'appalto dovuti dall'amministrazione; la sponsorizzazione mista (ossia risultante dalla combinazione delle prime due) in cui lo sponsor può – per esempio – curare direttamente e fornire la sola progettazione, limitandosi ad erogare il finanziamento per le lavorazioni previste”.

per lo sponsor privato”, realizzando al contempo una “idonea pubblicità ai progetti per i quali l’amministrazione competente auspica il supporto dello sponsor”.

Le linee guida mettono in luce l’esistenza di un mercato in cui il valore rappresentato dal ritorno pubblicitario e di immagine a favore di un’impresa, conseguente all’associazione del suo nome o marchio al restauro di importanti monumenti, è contendibile. Pertanto si ritiene opportuno regolare un confronto concorrenziale nel duplice interesse, “da un lato, dell’amministrazione, che può legittimamente puntare a incrementare l’apporto economico dello sponsor, e, dall’altro lato, delle stesse imprese private, per evitare a priori contenziosi e poter confidare su un quadro certo di regole applicabili”. Inoltre le linee guida in esame sottolineano l’importanza di predeterminare il contratto di sponsorizzazione “al fine di rendere possibile per i candidati sponsor un apprezzamento informato e ragionato del valore economico della controprestazione, in termini di promozione della loro immagine aziendale, tale da consentire la presentazione di un’offerta congrua, nonché al fine di prevenire contenziosi in sede di esecuzione del contratto, è importante che la stazione appaltante fornisca, sin dall’avviso pubblico (mediante rinvio al documento all’uopo pubblicato sul sito *web*), una descrizione, la più chiara e precisa possibile, della controprestazione pubblicitaria consentita ed offerta”.

8.2. *La nuova regolazione della sponsorship pubblico-privata dei beni culturali nel d.lgs. 50/2016*

La Corte dei Conti nella relazione elaborata nel 2016, concernente le “Iniziative di partenariato pubblico-privato nei processi di valorizzazione dei beni culturali”, ha messo in luce lo scarso numero di esperienze applicative riguardanti la sponsorizzazione nel quadriennio 2012-2015, pari ad una media di circa cinque interventi all’anno⁶²⁴. Si è rilevato che gli interventi sono stati occasionali, anche a causa

⁶²⁴ Corte Conti, delibera n. 8/2016, cit., osserva come “Nel quadriennio in considerazione (2012-2015), gli interventi complessivamente realizzati ammontano ad un totale di diciannove, per una media di circa cinque interventi annui. Le regioni interessate risultano in numero di otto (Lombardia, Lazio, Emilia-Romagna, Umbria, Toscana, Sardegna, Marche e Piemonte), con una prevalenza della Regione Umbria che ha realizzato cinque interventi, seguita dalle regioni Emilia-Romagna che ne ha realizzati quattro, la Toscana tre, la Lombardia due, la Sardegna, il Lazio e le Marche, uno ciascuna. Il valore totale degli interventi di sponsorizzazione ammonta a circa euro 26.000.000, di cui 25.000.000 ascrivibili ai lavori di restauro del Colosseo (...). In generale, gli accordi stipulati risultano essere in numero fortemente esiguo e riguardano prevalentemente le regioni del Centro-Nord, mentre se ne riscontra una totale assenza in quelle del Sud. Ciò desta viva perplessità, proprio in considerazione che le note esigenze di drastica riduzione della spesa pubblica, nell’attuale contingenza della finanza,

dell'assenza di una adeguata programmazione pianificata, e frutto soprattutto di proposte non organizzate di operatori privati.

La relazione ha evidenziato che, nonostante le note esigenze di drastica riduzione della spesa pubblica dovrebbero spingere verso una sua maggiore utilizzazione, la diffusione dello strumento in esame è stato ostacolato dall'eccessiva complicazione procedurale spesso disincentivante per i potenziali sponsor. Si è affermata, inoltre, la necessità di integrare la disciplina legislativa con un modello contrattuale di sponsorizzazione dei beni culturali dotato di un contenuto minimo ed inderogabile che favorirebbe l'applicazione pratica dell'istituto evitando al contempo il rischio di "strumentalizzazioni" del bene culturale⁶²⁵. Secondo la Corte dei Conti altro profilo critico rimasto irrisolto dalla disciplina introdotta con l'art. 199 *bis* riguarda la determinazione del valore che acquisisce l'impresa con il ritorno di immagine derivante dall'abbinamento del suo nome, marchio, immagine o prodotto ad un bene o iniziativa culturale. L'assenza di strumenti che consentano alle amministrazioni di compiere analisi economiche al fine di verificare tale valore, e conseguentemente di quantificare la prestazione dello sponsor, le pone in una inevitabile posizione di debolezza contrattuale⁶²⁶ aggravata da uno stato di necessità finanziaria⁶²⁷. Invero, pur di con-

dovrebbero incentivare, da parte dei responsabili del settore, il ricorso a tali forme di investimento, in quanto potenzialmente vantaggiose sul piano economico in relazione alle finalità di tutela e valorizzazione del patrimonio storico-artistico. Le sponsorizzazioni, oltre che poche rispetto alle necessità esistenti, sono state occasionali e per lo più frutto delle proposte di operatori privati".

⁶²⁵ L'esame della normativa, sia legislativa che regolamentare, anche sotto il profilo fiscale, nonché delle pattuizioni contrattuali, ha consentito di rilevare alcune criticità, ricollegabili alla disciplina estremamente scarna degli impegni negoziali assunti dallo sponsor. A tale ultimo proposito, il rischio che si è evidenziato è quello che si affermino forme surrettizie di privatizzazione del patrimonio culturale, così inibendo lo sviluppo di un autentico mecenatismo culturale in Italia.

⁶²⁶ In relazione alla differente forza contrattuale tra privato e p.a. S. VALAGUZZA, *Le sponsorizzazioni pubbliche: le insidie della rottura del binomio tra soggetto e oggetto pubblico e la rilevanza del diritto europeo*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 1392, afferma che la parte debole del rapporto è il soggetto pubblico che, non avendo adeguati mezzi propri, necessita dell'apporto economico o tecnologico del privato. Dalla posizione di debolezza in cui verte l'amministrazione deriva un rischio di disequilibrio sinallagmatico che può incidere sulla stessa stabilità del contratto. L'A. prospetta il ricorso al rimedio rescissorio ogniqualvolta vi sia un pericolo di eccessivo divario fra i due contraenti. Cfr. V. GIOMI, *La complessa figura delle sponsorizzazioni nel settore pubblico: problemi e criticità connesse ad un faticoso equilibrio fra le prestazioni*, cit., p. 319, secondo cui "dietro ed oltre il problema classificatorio, si intravedono, dunque le reali difficoltà connesse ad un rapporto sinallagmatico già in origine basato su un disequilibrio oggettivo, stante la differente 'forza contrattuale' con la quale si avvicinano al contratto la pubblica amministrazione ed il privato: la prima, già operante con risorse scarse e, comunque, costretta a chiedere l'ausilio dei privati nel soddisfacimento dei bisogni pubblici, purché detta scelta si risolva in una occasione di ulteriore risparmio di spesa; i secondi, forti della posizione acquisita in un mercato concorrenziale e non vincolati nella scelta di offrirsi in qualità di sponsor in cambio di un rientro d'immagine qualificato, se non da logiche di marketing e raramente da logiche di bisogno".

⁶²⁷ Corte dei conti, delibera n. 8/2016, cit., precisa che "le sponsorizzazioni nel settore dei beni culturali evidenziano, anzitutto, la carenza dei contenuti contrattuali, in particolare sotto il profilo della

seguire un risparmio di spesa, le amministrazioni sono spinte a stipulare accordi sponsorizzativi sproporzionati sotto il profilo dell'equilibrio contrattuale chiedendo una somma di denaro pari al costo dei lavori di restauro da realizzare che spesso è notevolmente inferiore al valore acquisito dall'impresa sponsor⁶²⁸.

Preso atto delle criticità operative manifestatesi nell'applicazione della procedura eccessivamente complessa introdotta dall'art. 199-bis del previgente d.lgs. 163/2006, la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11⁶²⁹ per la riforma del Codice degli appalti ha previsto rilevanti modifiche della disciplina dei contratti relativi ai beni culturali individuando dei parametri ispirati alla semplificazione, innovazione e specialità⁶³⁰. All'art. 1, comma 1, lett. o) ha previsto il «*riordino e semplificazione della normativa specifica in materia di contratti relativi a beni culturali, ivi inclusi*

valutazione economica della controprestazione offerta dall'amministrazione, che rappresenta elemento fondamentale ai fini della determinazione della prestazione dello sponsor, sia essa pecuniaria ovvero di dare o di *facere*; in secondo luogo, una posizione di debolezza a contrattare dell'amministrazione, che non è dotata degli strumenti per verificare e ottimizzare il valore derivante dall'abbinamento del nome, del marchio, dell'immagine o del prodotto di un'impresa a un bene o a un'iniziativa culturale”.

⁶²⁸ Secondo la Corte dei conti, delibera n. 8/2016, cit., esempio emblematico dell'incapacità di valorizzare e valutare il valore derivante allo sponsor dall'abbinamento ad un bene o iniziativa culturale è costituito dall'esperienza della sponsorizzazione dei restauri del Colosseo “nella quale sollevano perplessità la quantità e la durata dei diritti (in prevalenza diritti d'uso di immagini, spazi e informazioni) concessi allo sponsor e alla istituenda associazione ‘Amici del Colosseo’, di diretta emanazione dello stesso. Sul punto, l'originario avviso pubblico aveva espressamente previsto che i diritti d'uso fossero concessi per la durata dei lavori e non per periodi ulteriori. Diversamente, nel contratto stipulato si stabilisce, per un verso, che i diritti dello sponsor si protraggono per i due anni successivi alla conclusione dei lavori – allo stato completati in minima parte – senza che ciò comporti corrispettivi aggiuntivi al contributo e, per l'altro, che quelli concessi all'associazione avranno una durata di quindici anni a partire dalla data della sua costituzione (di cui non si ha notizia) eventualmente prorogabili: con il risultato che, a fronte di una esclusiva sicuramente ultraventennale, il corrispettivo pagato dallo sponsor ammonta a euro 1.250.000 ad anno (importo che si ottiene dividendo la somma di 25.000.000 euro, che corrisponde al finanziamento totale offerto dallo sponsor, per il tempo di durata dei diritti concessi all'associazione)”. Aspetto messo in luce anche dalle linee guida ministeriali (d.m. 19 dicembre 2012) secondo cui la “valutazione economica della controprestazione offerta allo sponsor, che deve orientare la stazione appaltante nello stabilire quale sia la soglia minima da indicare nell'avviso pubblico, che costituisce l'importo base della procedura selettiva”, il quale non può e non deve essere automaticamente identificato nel valore dei lavori, dei servizi e delle forniture richiesti e da eseguire o acquistare, ma deve tenere conto soprattutto del valore di ritorno pubblicitario e di immagine (in senso lato) ritraibile dall'abbinamento del nome o del marchio d'impresa agli interventi da realizzare, che è, in sintesi, il valore che l'impresa candidata intende acquistare con la sua offerta”. “Ciò consente di evitare sia – in caso di sopravvalutazione – il rischio che le procedure selettive vadano deserte, sia – nell'ipotesi opposta di sottostima – l'attribuzione al contraente privato di prestazioni di lavoro superiori rispetto al corrispettivo ottenuto dall'amministrazione”.

⁶²⁹ Legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, recante “*Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia dei trasporti e dei servizi postali, nonché il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”

⁶³⁰ P. ROSSI, *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti*, cit.

quelli di sponsorizzazione, anche tenendo conto della particolare natura di quei beni e delle peculiarità delle tipologie degli interventi, prevedendo altresì modalità innovative per le procedure di appalto relative a lavori, servizi e forniture e di concessione di servizi, comunque nel rispetto delle disposizioni di tutela previste dal codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti». Il d.lgs. 50/2016, in attuazione del criterio direttivo contenuto nella legge delega, ha semplificato in modo significativo le procedure relative alla scelta dello sponsor per interventi di tutela e valorizzazione dei beni culturali. L'obiettivo è quello di rendere l'istituto maggiormente appetibile e fruibile sia per le pubbliche amministrazioni che per i potenziali sponsor, in risposta alla evidente difficoltà di attirare mezzi e risorse privati divenuti essenziali a causa della contrazione delle risorse pubbliche disponibili.

L'art. 145⁶³¹ del d.lgs. 50/2016 individua l'ambito applicativo del capo III, relativo ai contratti nel settore dei beni culturali, operando un richiamo ai contratti disciplinati dal Codice Urbani ed estendendolo all'esecuzione degli scavi archeologici, anche subacquei. Lo stesso articolo rinvia alla disciplina degli appalti pubblici, ove non espressamente derogata.

Le norme che si occupano di sponsorizzazione nel d.lgs. n. 50/2016 sono l'art. 19, inserito nel Titolo II, dedicato ai contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice, e l'art. 115, inserito nel Capo III dedicato agli appalti nel settore dei beni culturali. A differenza del previgente Codice, ove la collocazione della disciplina in due norme distinte corrispondeva alla volontà di regolare diversamente i contratti di sponsorizzazione in generale (art. 26-27 d.lgs. 163/2006) e quelli aventi ad oggetto i beni culturali (art. 199-bis), nell'attuale Codice dei contratti pubblici si assiste ad una *reductio ad unum*. La principale novità consiste infatti nel venir meno di un regime procedurale differenziato e ad intensità crescente in base all'ambito operativo e l'introduzione di una regolazione unitaria del fenomeno sponsorizzativo. Dunque l'art. 151 del d.lgs. 50/2016, specificamente rivolto alle sponsorizzazioni nel settore culturale, a differenza dell'art. 199 bis del d.lgs. 163/2006, non

⁶³¹ Art. 145 D.lgs. 50/2016 “Disciplina comune applicabile ai contratti nel settore dei beni culturali” prevede: «1. Le disposizioni del presente capo dettano la disciplina relativa a contratti pubblici concernenti i beni culturali tutelati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, recante Codice dei beni culturali e del paesaggio. 2. Le disposizioni del presente capo si applicano, altresì, all'esecuzione di scavi archeologici, anche subacquei. 3. Per quanto non diversamente disposto nel presente capo, trovano applicazione le pertinenti disposizioni del presente codice».

rappresenta una norma specializzante sotto il profilo procedurale⁶³². L'art. 151⁶³³, comma 1, infatti, sancisce l'applicabilità della normativa contenuta nell'art. 19, che disciplina la sponsorizzazione in generale, anche ai contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi e forniture relativi a beni culturali.

L'art. 19⁶³⁴ conferma la soglia dei 40.000 euro al di sotto della quale non è richiesta alcuna formalità nella scelta dello sponsor, mentre non riproduce l'obbligo di inserimento degli interventi da sponsorizzare nel programma triennale dei lavori pubblici. La disposizione in esame, inoltre, non distingue più tra i diversi tipi di sponsorizzazione (tecnica e pura) in relazione alla procedura di affidamento del contratto e, nell'evidente obiettivo di favorire il ricorso a tale istituto, prevede un procedimento semplificato in base al quale la p.a. *sponsee* deve pubblicare per almeno trenta giorni sul sito istituzionale un avviso con cui si rende nota l'intenzione di ricercare uno sponsor o il ricevimento di una proposta di *sponsorship*. In caso di sponsorizzazione tecnica resta ferma la necessaria verifica del possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dall'art. 80 del Codice e dei requisiti di qualificazione

⁶³² V. GIOMI, *La complessa natura delle sponsorizzazioni nel settore pubblico*, cit., p. 345.

⁶³³ Art. 151 D.lgs. 50/2016, "*Sponsorizzazioni e forme speciali di partenariato*", stabilisce: «1. La disciplina di cui all'articolo 19 del presente codice si applica ai contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi o forniture relativi a beni culturali di cui al presente capo, nonché ai contratti di sponsorizzazione finalizzati al sostegno degli istituti e dei luoghi della cultura, di cui all'articolo 101 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni, recante Codice dei beni culturali e del paesaggio, delle fondazioni lirico-sinfoniche e dei teatri di tradizione. 2. L'amministrazione preposta alla tutela dei beni culturali impartisce opportune prescrizioni in ordine alla progettazione, all'esecuzione delle opere e/o forniture e alla direzione dei lavori e collaudo degli stessi. 3. Per assicurare la fruizione del patrimonio culturale della Nazione e favorire altresì la ricerca scientifica applicata alla tutela, il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo può attivare forme speciali di partenariato con enti e organismi pubblici e con soggetti privati, dirette a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili, attraverso procedure semplificate di individuazione del partner privato analoghe o ulteriori rispetto a quelle previste dal comma 1».

⁶³⁴ Art. 19 D.lgs. 50/2016, "*Contratti di sponsorizzazione*", stabilisce: «1. L'affidamento di contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi o forniture per importi superiori a quarantamila euro, mediante dazione di danaro o accollo del debito, o altre modalità di assunzione del pagamento dei corrispettivi dovuti, è soggetto esclusivamente alla previa pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante, per almeno trenta giorni, di apposito avviso, con il quale si rende nota la ricerca di sponsor per specifici interventi, ovvero si comunica l'avvenuto ricevimento di una proposta di sponsorizzazione, indicando sinteticamente il contenuto del contratto proposto. Trascorso il periodo di pubblicazione dell'avviso, il contratto può essere liberamente negoziato, purché nel rispetto dei principi di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse, fermo restando il rispetto dell'articolo 80. 2. Nel caso in cui lo sponsor intenda realizzare i lavori, prestare i servizi o le forniture direttamente a sua cura e spese, resta ferma la necessità di verificare il possesso dei requisiti degli esecutori, nel rispetto dei principi e dei limiti europei in materia e non trovano applicazione le disposizioni nazionali e regionali in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ad eccezione di quelle sulla qualificazione dei progettisti e degli esecutori. La stazione appaltante impartisce opportune prescrizioni in ordine alla progettazione, all'esecuzione delle opere o forniture e alla direzione dei lavori e collaudo degli stessi».

dei progettisti e degli esecutori richiesti dalla disciplina speciale dei lavori sui beni culturali, così come l'obbligo per la stazione appaltante di impartire le prescrizioni che ritiene opportune in merito alla progettazione e all'esecuzione delle opere o forniture e alla direzione e collaudo dei lavori (art. 19, comma 2).

Dalla nuova disciplina, ridotta a poche e scarse disposizioni, si evince la necessità di rispettare regole minime di trasparenza che si traducono essenzialmente nella pubblicazione ufficiale dell'eventuale offerta di sponsorizzazione ricevuta o della intenzione di ricerca di sponsor. Ciò che rileva è dunque che vi sia una adeguata informazione in funzione di consentire la partecipazione a tutti i soggetti interessati.

Al fine di incoraggiare e favorire il ricorso all'istituto in esame da parte degli uffici ministeriali è stata emanata la circolare 9 giugno 2016 "*Sponsorizzazione di beni culturali – articolo 120 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 – articoli 19 e 151 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*"⁶³⁵ avente l'obiettivo di fornire i primi indirizzi applicativi utili. Con la circolare in esame si è provveduto al coordinamento della nuova disciplina con la sponsorizzazione prevista nel Codice dei beni culturali e a fornire una serie di disposizioni di dettaglio riguardanti tutte le fasi procedurali di ricerca e scelta dello sponsor, tra cui assumono particolare rilievo quelle relative alle modalità di valutazione delle offerte pervenute.

Si è stabilito che la proposta di sponsorizzazione non determina automaticamente l'obbligo di pubblicazione dell'avviso sul sito del Ministero in quanto è necessario un previo esame in ordine alla sua ammissibilità e convenienza in relazione all'interesse pubblico "con un approccio aperto e favorevole a definire in senso positivo tale vaglio". In caso di sponsorizzazione culturale l'amministrazione dovrà accertare anche la compatibilità della proposta con le esigenze di tutela e valorizzazione del bene culturale, giudizio che rientra nell'ambito della sua discrezionalità tecnica.

⁶³⁵ Nella circolare si prendono in considerazione i profili concernenti la semplificazione delle procedure, la valutazione preliminare della proposta di sponsorizzazione e il *favor* per l'accoglimento, la pubblicazione dell'avviso sul sito istituzionale (del quale viene fornito un modello), la ricerca di sponsor di iniziativa ministeriale, la scelta dello sponsor, la stipula del contratto di sponsorizzazione, la disciplina di cui all'articolo 151 in tema di sponsorizzazione di beni culturali e di partenariato pubblico-privato nel campo dei beni culturali, fornendo alcuni cenni riguardo al regime contabile. Vengono inoltre evidenziate quali parti (consistenti in sostanza nelle nozioni di carattere generale) delle citate Linee guida conservano validità ed efficacia anche a seguito dell'introduzione della nuova procedura semplificata.

Si osserva che la valutazione concernente l'adeguatezza dell'operazione relativamente alla soddisfazione dell'interesse pubblico si baserà inevitabilmente su criteri giuridici e non economici non essendo possibile stabilire con sufficiente certezza, come sopra evidenziato, il valore dell'accredito pubblico derivante allo sponsor dall'associazione dell'immagine dell'amministrazione. L'accettazione si baserà, pertanto, sulla sussistenza dei requisiti di ragionevolezza e non manifesta inammissibilità. La difficoltà di apprezzare la sostenibilità economica della proposta non consente di compiere in modo completo l'indagine in merito alla al corretto perseguimento dell'interesse pubblico, potendo quest'ultimo essere pregiudicato da offerte non proporzionate al vantaggio corrisposto dall'amministrazione. I casi di legittimo diniego, quindi, sono limitati ai vizi giuridici e non sono estendibili ad una eventuale inopportunità economica della proposta, stante l'impossibilità di una sua determinazione oggettiva

Prima di dichiarare inammissibile la proposta, in una logica di soccorso istruttorio di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) della legge n. 241/1990 e s.m.i., la p.a. dovrà sollecitare la presentazione di eventuali chiarimenti o integrazioni al fine di rendere l'offerta in grado di soddisfare l'esigenza di tutela o valorizzazione del bene culturale oggetto dell'intervento e, dunque, procedibile. In ogni caso la valutazione in ordine a tale esigenza deve essere preceduta da un confronto dialettico tra amministrazione e sponsor in modo da favorire tale forma di collaborazione che, se respinta con un rifiuto "non congruamente motivato su solide ed inattaccabili ragioni oggettive", può far sorgere una responsabilità amministrativo-contabile per il funzionario. Il riferimento a "ragioni oggettive" fa sì che il rifiuto di una proposta ritenuta non adeguata rispetto al valore economico dell'immagine pubblica a cui lo sponsor chiede di associarsi non scongiurerebbe il rischio di responsabilità del funzionario.

Se nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione dell'avviso non pervengono altre proposte concorrenti l'amministrazione potrà procedere alla negoziazione del contratto di sponsorizzazione con lo sponsor proponente. La possibile negoziazione non può comunque incidere sugli elementi essenziali indicati nell'avviso pubblicato che dovranno rimanere inalterati pena la violazione dei principi di trasparenza, pubblicità, parità di trattamento ed imparzialità. Se, invece, vengano presentate offerte migliorative di quella iniziale, si dovrà porre in essere un confronto concorrenziale.

Nel caso in cui siano le amministrazioni a prendere l'iniziativa al fine di ricercare lo sponsor, la circolare precisa che "appare opportuno che l'amministrazione oltre a considerare il costo specifico dell'intervento da sponsorizzare, tenga conto anche del valore del ritorno pubblicitario offerto come controprestazione. Tale valutazione, necessariamente legata alle caratteristiche del bene da sponsorizzare (conoscibilità, posizione, fruizione, etc.), è lasciata alla discrezionalità tecnico-amministrativa dell'amministrazione, che potrà far riferimento anche a procedure analoghe svolte in precedenza". Dunque, il problema relativo l'individuazione di criteri tecnici idonei a determinare il valore economico dell'accredito pubblico si presenta non solo nella fase di accettazione delle proposte, onde rifiutare legittimamente quelle economicamente squilibrate, ma anche nel momento in cui la pubblica amministrazione decida di ricorrere alla sponsorizzazione, specialmente avente ad oggetto beni culturali.

Tuttavia, anche nella recente normativa la corretta "monetizzazione" dell'immagine pubblica, nonostante l'indubbia rilevanza della questione, evidenziata anche dalla Corte dei Conti nella deliberazione 4 agosto 2016 che la reputa una delle ragioni dello scarso utilizzo della sponsorizzazione nel settore beni culturali, non è stata affrontata dal legislatore. Si tratta di una lacuna di non poco momento poiché si ripercuote anche sull'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alla scelta di ricorrere alla forma di partenariato in esame e sulle connesse eventuali responsabilità amministrativo-contabili dei funzionari che gestiscono i procedimenti di sponsorizzazione⁶³⁶. L'inadeguata valutazione del valore economico e l'attribuzione al privato di una utilità eccessiva rispetto al corrispettivo pagato, inoltre, determina un disequilibrio del sinallagma che si riverbera sulla intera tenuta del vincolo contrattuale⁶³⁷.

Si è osservato che "una migliore regolamentazione volta a rendere più certi, per la parte pubblica, gli elementi strutturali del contratto di sponsorizzazione, potrebbe,

⁶³⁶ V. GIOMI, *La complessa natura delle sponsorizzazioni nel settore pubblico*, cit., p. 321

⁶³⁷ V. GIOMI, *La complessa natura delle sponsorizzazioni nel settore pubblico*, cit., p. 355; cfr. R. CAVALLO PERIN, G. RACCA, *Caratteri ed elementi essenziali nelle sponsorizzazioni con le pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, n. 4/2013, p. 583, che evidenzia l'importanza della correttezza del sinallagma contrattuale ai fini del mantenimento dell'intero rapporto negoziale, tale correttezza tuttavia è subordinata alla certezza sul valore dell'accredito. Secondo l'A. "la valutazione dell'equilibrio contrattuale tra le prestazioni può risultare complessa e richiede specifiche analisi economiche per le quali ancora le amministrazioni pubbliche, a differenza dei privati, non risultano strutturate".

altresì, contribuire a scongiurare rischi di una distorsione, sul piano etico, dei rapporti fra la pubblica amministrazione stessa e lo sponsor prescelto, a rafforzare la fiducia e fungere da spinta propulsiva per gli stessi imprenditori presenti sul mercato, magari ancora titubanti nel proporsi ed infine, ma non per questo meno importante, a rinsaldare il legame fra le sponsorizzazioni e la cura dell'interesse pubblico, fugando ogni dubbio sulla necessaria strumentalità a quest'ultimo dell'intervento del privato"⁶³⁸.

9. Le forme speciali di partenariato ai sensi dell'art. 151, comma 3, d.lgs. 50/2016

Il d.lgs. 50/2016⁶³⁹ segna all'art. 151, comma 3, una apertura al partenariato in ambito culturale ove menziona espressamente la possibilità di ricorrere, oltre che alle sponsorizzazioni, anche a forme speciali di partenariato attivabili da parte del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo per assicurare la fruizione del patrimonio culturale della Nazione e favorire altresì la ricerca scientifica applicata alla tutela. I partenariati "speciali" possono essere attivati con enti e organismi pubblici e con soggetti privati e sono diretti a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili⁶⁴⁰.

Il comma 3 dell'art. 151 rimanda alle «*procedure semplificate di individuazione del partner privato analoghe o ulteriori rispetto a quelle previste dal comma 1*». Il comma 1, a sua volta, richiama la disciplina dell'art. 19 del Codice dei contratti che, come sottolineato, prevede una disciplina decisamente semplificata per la scelta dello sponsor. Alla luce di tale previsione ci si chiede se in ambito culturale si possano applicare le disposizioni della parte III del Codice, con riferimento alle concessioni, finanza di progetto e gli altri contratti di PPP, oppure se il rinvio del menzionato comma 3 alla procedura prevista per la sponsorizzazione imponga come unica forma di PPP in tale settore quella "speciale" indicata dall'art. 151 comma 3.

⁶³⁸ V. GIOMI, *La complessa natura delle sponsorizzazioni nel settore pubblico*, cit.

⁶³⁹ Nella legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 è stato previsto, tra i principi e criteri direttivi, anche il riassetto, in chiave semplificativa, della disciplina dei contratti relativi a beni culturali "tenendo conto della particolare natura di quei beni e delle peculiarità delle tipologie degli interventi", introducendo, al contempo, "modalità innovative per le procedure di appalto relative a lavori, servizi e forniture e di concessione di servizi", ancorché nel rispetto delle disposizioni di tutela previste dal codice dei beni culturali e del paesaggio (art. 1, comma 1, lett. o).

⁶⁴⁰ Cfr. MIBACT, Circolare 9 giugno 2016 "Sponsorizzazione di beni culturali - articolo 120 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 - articoli 19 e 151 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", in www.ministerobeniculturali.it

Al fine di corroborare siffatta ultima impostazione si evidenzia l'abrogazione dell'art. 197 del precedente Codice appalti che al comma 3 prevedeva: «*la disciplina del promotore finanziario e della società di progetto si applichi anche all'affidamento di lavori e servizi relativi ai beni culturali, nonché alle concessioni di cui agli artt. 115 e 117 del d.lgs. n. 42/2004*». L'esplicito riferimento alla finanza di progetto, inoltre, poiché presuppone la realizzazione di lavori pubblici con l'utilizzo di "risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti" e che l'affidatario successivamente ritragga la propria remunerazione dalla gestione dell'opera, è stato un argomento utilizzato per sostenere l'indirizzo interpretativo secondo cui è possibile gestire i beni culturali a fini di lucro⁶⁴¹. Siffatta impostazione è stata abbracciata anche dal Consiglio di Stato secondo cui sarebbe "contraddittorio pensare che la legislazione in materia di beni culturali, da un lato, preveda l'istituto del *project financing* e, dall'altro, escluda, tuttavia, la possibilità di dare provvisoriamente in gestione al concessionario parte della struttura realizzata", in quanto "al contrario, proprio la previsione del *project financing* dimostra che la fruizione pubblica può essere compatibile con la gestione privata di una parte (minoritaria) del bene culturale"⁶⁴².

Il rinvio contenuto nell'art. 197 del previgente Codice alla finanza di progetto e alla concessione non è stato riproposto nel d.lgs. 50/2016, motivo per cui un certo indirizzo ritiene, anche alla luce della sparizione dei suddetti riferimenti nel nuovo

⁶⁴¹ D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit., osservano che "Nel complesso, sembra allora che, in caso di ricorso alla finanza di progetto con riferimento alle concessioni di cui agli artt. 115 e 177 del Codice dei beni culturali, il legislatore prefiguri la possibile erogazione delle prestazioni museali anche in forma imprenditoriale da parte di soggetti privati o almeno la possibilità di gestire a fini di lucro talune porzioni dei beni (immobili) culturali che hanno formato oggetto degli interventi di conservazione e recupero posti in essere dal promotore/aggiudicatario. Correlativamente, nell'ottica del legislatore l'obiettivo della fruizione collettiva non sembra escludere sempre e comunque la possibilità che taluni privati sfruttino economicamente determinate porzioni di un bene culturale". Nel senso che l'art. 197, comma 3, permette di superare i dubbi manifestati circa l'effettiva e concreta possibilità di utilizzare il *project financing* anche alle "attività di manutenzione e restauro dei beni culturali" cfr. L. DEL PRETE, *Contratti relativi a beni culturali*, in V. ITALIA (a cura di), *Appalti, contratti, convenzioni*, Milano 2008, p. 697.

⁶⁴² Cons. Stato, Sez. IV, 11 luglio 2008, n. 3507. Cfr. Id., Sez. IV, 23 luglio 2009, n. 4639. Tali pronunce ribattono quanto affermato nelle sentenze TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, 4 dicembre 2007, n. 618 e TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, 3 giugno 2008, n. 304 in cui il giudice aveva giudicato "illegittimo e inammissibile" un progetto di *project financing* che, nell'ambito della riqualificazione dell'Ospedale Vecchio di Parma, destinasse il 44% della superficie ad attività di tipo alberghiero e commerciale, in quanto tale impiego del bene non rispondeva "né alla funzione di servizio pubblico prescritta per i complessi monumentali né alla tipologia dei servizi aggiuntivi di cui all'art. 117 del Codice dei beni culturali e del paesaggio". Anche l'Autorità di vigilanza sui Contratti Pubblici, nella Deliberazione n. 37 del 22 aprile 2009, ribadendo il principio affermato dal Consiglio di Stato nelle sentenze n. 3507 del 2008 e 4639 del 2009.

regolamento sui lavori nei beni culturali, DM 154/17, che sia stata posta una “pietra tombale su tutte le forme di PPP diverse dalle forme speciali di partenariato”⁶⁴³.

Secondo un differente e prevalente orientamento, invece, l’operatività degli altri contratti di PPP (incluso il *project financing*) nel settore dei beni culturali sarebbe ammesso in virtù dell’art. 145 d.lgs. 50/2016 secondo cui «*per quanto non diversamente disposto nel presente capo, trovano applicazione le pertinenti disposizioni del presente codice*». Ne consegue che le disposizioni della parte III del Codice in materia di concessioni e quelle della parte IV in materia di partenariati pubblico-privato, la cui operatività non è stata espressamente esclusa, devono trovare applicazione per l’affidamento della gestione esternalizzata e integrata dell’attività di valorizzazione ai sensi del Codice dei beni culturali. È stato osservato che “a prescindere dall’intervenuta riforma della materia dei contratti pubblici, difatti, restano valide le indicazioni del DM 29/01/2008 circa la possibilità di affidare la gestione integrata in regime di concessione dei servizi di valorizzazione dei beni culturali mediante procedure tradizionali, attraverso il dialogo competitivo o, ancora, facendo ricorso alla finanza di progetto”⁶⁴⁴.

Con l’art. 151 comma 3 del d.lgs. 50/2016 si intende garantire un fondamento normativo alle ipotesi atipiche di partenariato diffuse nella prassi e nello stesso tempo incentivare, grazie al tenore aperto ed inclusivo della disposizione, forme innova-

⁶⁴³ A. BRUNO, *Confutazioni e soluzioni per l’applicazione del D.lgs. 228/11 al settore dei beni culturali*, in *diritto.it*, precisa che “A corroborare questa interpretazione sta ora anche il DM 154 del 2017 recante il nuovo regolamento sugli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Il vecchio DPR 207/2010 al comma 7 art. 242, infatti, sui ‘progetti preliminari per i lavori riguardanti i beni del patrimonio culturale’ richiama espressamente ‘l’articolo 153 del codice in attuazione dell’articolo 197, comma 3, del codice’, relativi appunto alla finanza di progetto nel vecchio codice di cui D.lgs. 163/06. Ed ancora il comma 8 dello stesso art. 242 sui ‘progetti preliminari per i lavori riguardanti i beni del patrimonio culturale’ faceva altro riferimento alle ‘concessioni affidate secondo le procedure previste dall’articolo 153 del codice in attuazione dell’articolo 197, comma 3, del codice’. Orbene tali riferimenti alla finanza di progetto ed alle concessioni nel nuovo regolamento sui lavori nei beni culturali, DM 154/17, sono del tutto spariti. È un caso che siano spariti gli espressi riferimenti alla finanza di progetto e alle (quasi) gemelle concessioni per i lavori tanto nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici quanto nel nuovo Regolamento sugli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati? No, non è un caso. Ma non basta. Ancora, nella documentazione elencata dall’art. 14 e ss. del dm 154/17 per i lavori sui beni culturali non risultano da nessuna parte i piani economico-finanziari, previsti dall’art. 183 per l’avvio della finanza di progetto e della concessione ex-art. 165 comma 3, nonché dall’art. 4 comma 4 del d.lgs. 228/11. Al di là del preciso dato normativo, è a questo punto lecito chiedersi, mancando piani economico-finanziari nella documentazione prevista dal regolamento per i lavori nei beni culturali, quale banca finanzierebbe mai lavori da realizzarsi con concessioni o finanza di progetto? La mancanza dello strumento del *business plan* nella documentazione per i lavori del settore crea insormontabili problemi operativi. Sembra, dunque, messa la pietra tombale su tutte le forme di PPP diverse dalle forme speciali di partenariato”.

⁶⁴⁴ P. CONIO, *Beni culturali, perché scegliere strumenti di partnership pubblico-privato*, in *Patrimoni PA net*, 2017.

tive di collaborazione tra p.a. e privato nella valorizzazione del patrimonio culturale⁶⁴⁵. Si consente in tal modo alla p.a. “di ricorrere non solo alle ormai note sponsorizzazioni ed erogazioni liberali, ma anche a forme diverse ed ulteriori, quali ad esempio, campagne di *crowdfunding* ovvero di raccolta di finanziamento privato collettivo tramite web per poter sostenere gli interventi pubblici di tutela, conservazione, gestione e valorizzazione del patrimonio culturale”⁶⁴⁶.

10. Partecipazione dei privati mediante accordi nella programmazione degli interventi tesi alla valorizzazione del patrimonio culturale

Il modello improntato al principio di consensualità nell’ambito dei beni culturali emerge anche nel riferimento contenuto nell’art. 112, comma 4, del d.lgs. 42/2004, così come modificato dalla l. n. 156/2006, alla figura dell’accordo tra enti pubblici territoriali⁶⁴⁷. In particolare si prevede la possibilità per lo Stato, le regioni e

⁶⁴⁵ MIBACT, nella Circolare 9 giugno 2016, afferma che “la nuova disposizione in esame risponde a una diffusa esigenza, emersa più volte, anche di recente, nella pratica, di assicurare massima elasticità e adattabilità alle peculiari esperienze concrete all’‘abito’ giuridico che deve rivestire quelle molto speciali forme di cooperazione di medio e lungo periodo che si instaurano tra pubblico e privato nel campo dei beni culturali. La pratica ha dato vita a figure ‘ibride’, di difficile collocazione giuridica, spesso cumulando insieme una pluralità di tipi e di cause negoziali e di fini economico-sociali, che vanno dalla collaborazione scientifica alla cooperazione in azioni e manifestazioni di valorizzazione del patrimonio, in Italia e all’estero (...), dal concorso in attività prodromiche alla (o integrative della) tutela, quali la ricerca sulle tecnologie e le scienze applicate al restauro, la catalogazione, la redazione di inventari, alla ricerca archeologica, anche nelle forme della concessione di cui all’articolo 89 del codice, dalla collaborazione nell’attuazione delle misure di valorizzazione e di gestione delle *buffer zone* annesse ai siti dichiarati Unesco agli stessi interventi di gestione e apertura alla pubblica fruizione di tali siti: una pluralità dinamica e mutevole di forme di partenariato, che possono comportare anche la concessione in gestione di istituti e luoghi della cultura poco valorizzati e l’instaurazione di forme di collaborazione con soggetti del volontariato e del terzo settore che, senza fini di lucro, applicano i principi di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118, ultimo comma, carta costituzionale. Si tratta di rapporti spesso di durata, che vanno al di là del mero partenariato di tipo contrattuale, ma non pervengono ancora a una forma di vera e propria istituzionalizzazione, come accade nel caso in cui si dia luogo alla creazione di soggetti fondazionali o associativi appositi per la gestione di siti culturali, ma reclamano uno specifico riconoscimento e una più sicura base giuridica, che potrebbe essere offerta da questa apposita disposizione contenuta nel comma 3 dell’art. 151 del nuovo codice dei contratti (...) La previsione dell’art. 151, comma 3, costituisce dunque una norma ‘aperta’ che potrà man mano riempirsi di contenuti applicativi specifici sulla base dell’esperienza e delle buone pratiche che potranno essere avviate e sperimentate nella concreta operatività degli uffici”.

⁶⁴⁶ P. ROSSI, *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti*, cit., p. 22.

⁶⁴⁷ Art. 112 comma 4, d.lgs. 42/2004, stabilisce che «Lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali stipulano accordi per definire strategie ed obiettivi comuni di valorizzazione, nonché per elaborare i conseguenti piani strategici di sviluppo culturale e i programmi, relativamente ai beni culturali di pertinenza pubblica. Gli accordi possono essere conclusi su base regionale o subregionale, in rapporto ad ambiti territoriali definiti, e promuovono altresì l’integrazione, nel processo di valorizzazione concordato, delle infrastrutture e dei settori produttivi collegati. Gli accordi medesimi possono riguardare anche beni di proprietà privata, previo consenso degli interessati. Lo Stato stipula gli

gli altri enti locali di stipulare «*accordi per definire strategie ed obiettivi comuni di valorizzazione, nonché per elaborare i conseguenti piani strategici di sviluppo culturale*». La disposizione in esame prevede espressamente la possibilità che gli accordi strategici vengano stipulati anche con riferimento a beni privati, con il preventivo consenso dei relativi proprietari. Dunque, salvo l'ipotesi residuale rappresentata dal comma 6 dello stesso articolo, la pianificazione è predisposta attraverso moduli consensuali tra i diversi enti territoriali che devono identificare gli obiettivi, i piani strategici di sviluppo culturale (in particolare l'oggetto, i soggetti coinvolti e i rispettivi ruoli, i tempi di realizzazione) e i programmi di valorizzazione, questi ultimi aventi un contenuto dettagliato anche in relazione alla forma di gestione prescelta (diretta o indiretta). È nella fase di programmazione che si decide sulle utilizzazioni possibili del bene, non incompatibili con la sua natura e tali da consentire una valorizzazione piena, anche dal punto di vista economico⁶⁴⁸.

La forma consensuale nel definire obiettivi e piani⁶⁴⁹ diventa pertanto la regola e sostituisce l'agire unilaterale sulla base del presupposto che un percorso di valorizzazione concordato aumenti il successo delle iniziative intraprese, se non altro per la fisiologica conseguenza della riduzione del contenzioso⁶⁵⁰.

accordi per il tramite del Ministero, che opera direttamente ovvero d'intesa con le altre amministrazioni statali eventualmente competenti».

⁶⁴⁸ P. MICHARA, *La valorizzazione dei beni culturali tramite accordi*, cit., rileva che “Si tratta infatti di precisare, già dalla fase della programmazione, fra tutte le possibili macro aree di utilizzo, quella (in astratto) non incompatibile con la natura del bene culturale e comunque idonea a consentirne una valorizzazione piena (in senso anche economico). L'uso può essere tanto più specifico quanto più ci si avvicini a una programmazione concreta e di dettaglio, susseguente a dei più generali piani strategici di valorizzazione. Ne deriva, in relazione al contenuto e ferme le negazioni e i divieti evidenziati, come vi sia quindi un'ampia gamma di possibilità decisionali in relazione all'*an, quando, quid, quomodo* degli usi. Fermi restando infatti alcuni utilizzi assolutamente vietati in quanto illeciti, si tratta per il resto di combinare e organizzare, nello spazio e nel tempo, le svariate possibilità di destinazione, a partire dalle più redditizie, in modo che le stesse soddisfino le esigenze della valorizzazione senza peraltro ricadere nei divieti di legge”.

⁶⁴⁹ Sull'istituto della programmazione negoziata e i beni in questione si rinvia a M. RENNA, *Al via la concertazione in materia di beni culturali: l'accordo di programma quadro tra ministero e regione Lombardia*, in *Aedon*, n. 2/1999, *Rivista di arti e diritto on line* e L. ZANETTI, *Gli accordi di programma quadro in materia di beni e attività culturali*, in *Aedon*, n. 4/2000.

⁶⁵⁰ P. MICHARA, *La valorizzazione dei beni culturali tramite accordi*, cit., afferma che “La prospettiva definita irenista ha in realtà uno scopo comprensibile, stante l'elevato numero di fallimenti di iniziative decretato, nell'ambito della valorizzazione, proprio per non avere previamente condiviso, con tutti i soggetti interessati, il percorso da seguire. Si tratta insomma di un precetto (il consenso come norma) che non deve essere considerato con sufficienza, avendo in realtà anche una sua evidente praticità, consistente nell'anticipare la «guerra». È meglio del resto, ragionando in termini di costi in generale e di transazione in particolare, prevenire i problemi, magari arrivando anche alla decisione di non iniziare alcun tipo di progetto, piuttosto che sperare in un componimento delle tensioni in corso d'opera (le difficoltà col tempo spesso si ingigantiscono, diventano irrisolvibili)”.

I privati possono partecipare e collaborare già nella fase di programmazione nella definizione degli obiettivi della valorizzazione. La elaborazione e lo sviluppo di tali piani sono infatti affidabili anche a «*soggetti giuridici*» appositamente costituiti (art. 112, co. 5), a cui «*possono partecipare privati proprietari di beni culturali suscettibili di essere oggetto di valorizzazione, nonché persone giuridiche private senza fine di lucro, anche quando non dispongano di beni culturali che siano oggetto della valorizzazione, a condizione che l'intervento in tale settore di attività sia per esse previsto dalla legge o dallo statuto*» (art. 112, co. 8). Ne deriva, pertanto, l'esclusione di soggetti aventi fini di lucro dalla programmazione degli interventi tesi alla valorizzazione del patrimonio culturale, e, più in generale, dall'elaborazione e sviluppo dei piani strategici di sviluppo culturale⁶⁵¹. La *ratio* di tale previsione deve rinvenirsi nell'esigenza di “non contaminare le scelte attuative dell'interesse pubblico allo sviluppo della cultura con la considerazione di interessi economici privati”⁶⁵².

Qualora nelle attività di programmazione siano coinvolti «*soggetti giuridici*» appositamente costituiti ai sensi dell'art. 112, comma 5, verrebbe in rilievo un accordo di stampo pubblicitario, senza la necessità di porre in essere una procedura ad evidenza pubblica. Diversamente, colui che gestisce deve essere selezionato attraverso procedure competitive. Come già evidenziato non è pertanto ammissibile che l'organismo creato ai fini della pianificazione possa essere affidatario diretto dell'espletamento di servizi, questa deve ritenersi l'unica ragione del divieto per i privati che partecipano ai soggetti indicati dall'art. 112, comma 5, di essere affidatari della concreta gestione (art. 115, comma 3). In sostanza si vuole evitare di accordare un vantaggio competitivo ad un privato scelto senza gara in vista della pianificazione strategica. Tali accordi, infatti, non possono essere utilizzati per eludere i principi di evidenza pubblica e della trasparenza che impongono “la terzietà e la separatezza tra chi gestisce i servizi e chi fa parte invece della *governance* dell'organismo ad hoc creato o della cabina di regia dello strumento consensuale”⁶⁵³.

⁶⁵¹ In senso critico v. D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit., che osservano “l'esclusione delle persone aventi fini di lucro dalla programmazione degli interventi tesi alla valorizzazione del patrimonio culturale, e, più in generale, delle iniziative di sviluppo culturale, stabilita *per tabulas* dall'art. 112, comma 8 del Codice dei beni culturali” costituisce un ostacolo regolamentare all'afflusso di capitali privati”.

⁶⁵² D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit.

⁶⁵³ P. MICHIARA, *La valorizzazione dei beni culturali tramite accordi*, cit.

A prescindere da quelli in parola, gli enti territoriali possono stipulare accordi, pure con i «privati interessati», anche ad un diverso scopo: quello di *«regolare servizi strumentali comuni destinati alla fruizione e alla valorizzazione di beni culturali»*. Con gli accordi di questa seconda specie *«possono essere anche istituite forme consortili non imprenditoriali per la gestione di uffici comuni»*. Inoltre, sempre al medesimo fine, gli enti territoriali, ogni altro ente pubblico ed i soggetti costituiti ai sensi del comma 5 possono stipulare *«ulteriori accordi con le associazioni culturali o di volontariato, dotate di adeguati requisiti, che abbiano per statuto finalità di promozione e diffusione della conoscenza dei beni culturali»* (art. 112 co. 9⁶⁵⁴, così come modificato dall'art. 2, co. 1, lett. uuu, d.lgs. 62/2008).

⁶⁵⁴ Art. 112, comma 9, D.lgs. 42/2004 stabilisce che «Anche indipendentemente dagli accordi di cui al comma 4, possono essere stipulati accordi tra lo Stato, per il tramite del Ministero e delle altre amministrazioni statali eventualmente competenti, le regioni, gli altri enti pubblici territoriali e i privati interessati, per regolare servizi strumentali comuni destinati alla fruizione e alla valorizzazione di beni culturali. Con gli accordi medesimi possono essere anche istituite forme consortili non imprenditoriali per la gestione di uffici comuni. Per le stesse finalità di cui al primo periodo, ulteriori accordi possono essere stipulati dal Ministero, dalle regioni, dagli altri enti pubblici territoriali, da ogni altro ente pubblico nonché dai soggetti costituiti ai sensi del comma 5, con le associazioni culturali o di volontariato, dotate di adeguati requisiti, che abbiano per statuto finalità di promozione e diffusione della conoscenza dei beni culturali. All'attuazione del presente comma si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica».

CAPITOLO III

PATRIMONIO CULTURALE IMMATERIALE E PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

1. Beni culturali immateriali: profili generali

Le diverse dimensioni e sfaccettature della realtà culturale ne fanno un sistema complesso ricomprendente “un ambito molto vasto e generico dove l’attributo culturale è correntemente utilizzato per qualificare in modo soggettivo e discrezionale prodotti, attività, comportamenti sia individuali che sociali, senza però essere precisamente ed univocamente definito e codificato”⁶⁵⁵.

Di fronte alla innegabile difficoltà di individuare categorie di analisi certe in modo da ridurre ad unità⁶⁵⁶ il concetto di cultura, il giurista⁶⁵⁷ mostra una tendenziale cautela onde evitare di cadere nei due eccessi opposti; da una parte quello di limitare “in modo inaccettabile le molte dimensioni dalle quali è composto il concetto di arte, di bello, di storico e di valore ad esso collegato”⁶⁵⁸ e dall’altra quello di incorrere nel rischio del c.d. panculturalismo⁶⁵⁹, ossia identificare la cultura in ogni pratica e manifestazione che contraddistingue la vita dell’uomo in società.

⁶⁵⁵ A. CRISMANI, *Cultura e sistema museale: le regole del gioco*, in D. D’ORSOGNA, P.G. SACCO, M. SCUDERI (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l’arte*, in Supplemento al n. 79/2014 di *Arte e critica*, p. 60.

⁶⁵⁶ A. CRISMANI, *Cultura e sistema museale: le regole del gioco*, cit., p. 60, che cita A.L. TARASCO, *La gestione dei beni culturali degli enti locali: profili di diritto dell’economia*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2006, 7-8, pp. 2382 ss., evidenzia che “Solitamente si predica l’unità del concetto di cultura. In realtà non sono ancora sufficientemente sviluppati gli strumenti per conoscerla unitariamente sotto il profilo giuridico, statistico, economico e strutturale. Non esiste un’unità di conoscenza e di organizzazione. Al contrario vi è una molteplicità di enti e di competenze amministrative, afferenti a diversi centri di responsabilità politico-amministrativa”.

⁶⁵⁷ IBIDEM, che richiama G. CERRINA FERRONI, *Profili giuridici della gestione dei musei nelle esperienze del Regno Unito, Francia, Germania e Spagna*, in *www.giustamm.it*, 2009, secondo cui “il giurista è, infatti, abituato a confrontarsi con categorie di analisi certe e tutto ciò che non assume connotati di giuridicità, oppure li perde, diventa per il giurista fonte di sostanziale disinteresse e terra di incursione di analisi non giuridiche o di analisi giuridiche compiute da non giuristi”.

⁶⁵⁸ A.L. TARASCO, *La gestione dei beni culturali degli enti locali: profili di diritto dell’economia*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 7-8, 2006, pp. 2382 ss.

⁶⁵⁹ Sul rischio del “panculturalismo” G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 2014 (Rivista di arti e diritto *on line*) e F. RIGANO, *Tutela dei valori costituzionali e vincoli di destinazione d’uso dei beni materiali*, in *Giur. cost.*, 1990. In relazione alla dilatazione del settore culturale v. anche A. CRISMANI, *Cultura e sistema museale: le regole del gioco*, cit., p. 60, che afferma “la cultura è stata dilatata in modo tanto ampio da contenere praticamente tutto, fino quasi a coincidere con “tempo libero”.

Si deve in primo luogo alle scienze antropologiche l'allargamento in senso dinamico e multiforme del termine in esame fino a comprendere "i modi di vita creati e trasmessi da una generazione all'altra tra i membri di una particolare società"⁶⁶⁰. Lo stretto collegamento tra cultura e civiltà, tuttavia, reca con sé il rischio di una eterogeneità in grado di ripercuotersi, svilendola, sulla nozione stessa di bene culturale⁶⁶¹.

Comunemente si afferma che "cultura" non è un concetto ristretto al bene artistico-storico ma si estende a tutte le testimonianze aventi valore di civiltà, anche prive di substrato materiale⁶⁶². I beni culturali immateriali si distinguono dai "comuni" beni culturali per la loro intangibilità. Essi non consistono in cose mobili o immobili e sono correlati alle dinamiche culturali dei popoli: spettacoli, musiche, folklore, canti, giochi, feste, tradizioni, cibi, mitologie, riti e credenze popolari. Essi vengono definiti anche "volatili"⁶⁶³ poiché non sono né legati né immedesimati in una res e il loro "valore ideale estrinsecato è trascendente, cioè non si compenetra nell'elemento materiale, e perciò stesso è riproducibile ed indistruttibile"⁶⁶⁴.

Benché l'art. 9 della Costituzione, non specificando cosa intende per patrimonio storico e artistico, sia compatibile con una interpretazione ampia che include

⁶⁶⁰ M. ABBAGNANO, *Cultura*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1961, p. 201. Sulla nozione di cultura in chiave antropologica e il suo invernarsi nelle fonti internazionali, sovranazionali e costituzionali, v. D. FERRI, *La dimensione prescrittiva della cultura. Un'analisi comparata tra significante e significato*, in DPCE, 1, 2009, pp. 12 ss.

⁶⁶¹ G. SCIULLO, *I beni culturali quali risorsa collettiva da tutelare - una spesa, un investimento*, in *Aedon* n. 3/2017, (Rivista di arti e diritto *on line*).

⁶⁶² A. O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, cit., ha elencato le diverse definizioni di bene immateriale che la dottrina ha individuato, distinguendo tra immaterialità intrinseca ed estrinseca alla *res*: "L'immaterialità intrinseca risale alla tesi di Giannini sul valore immateriale del bene, che sovrasta e domina la res e che con essa pure si compenetra. È immaterialità estrinseca, invece, quella della disciplina delle sponsorizzazioni *ex art.* 120 Codice e di alcune disposizioni del Codice dei contratti pubblici. Essa attiene non alla res in sé, ma al valore-culturale identitario che da essa promana verso l'esterno. Una terza nozione attiene alla dematerializzazione della res che consegue alla riproduzione della sua immagine e alla sua pubblicazione attraverso strumenti mediatici, cui si è già accennato. Anche in questo caso si ha una forma di immaterialità estrinseca, che pone diversi interrogativi: la necessità di autorizzazione per la riproduzione, la identificazione dei destinatari della fruizione, la titolarità dei diritti e i limiti di utilizzazione economica. Una quarta forma di bene immateriale è il marchio che l'art. 19, comma 3, Codice della proprietà industriale consente di registrare allo Stato, alle Regioni e agli enti locali per gli 'elementi grafici distintivi tratti dal patrimonio culturale, storico, architettonico o ambientale del relativo territorio'. Infine, un'ultima declinazione di bene culturale immateriale è stata definita come 'la percezione che nasce da una rete di beni culturali immateriali, identificabili in una città, in un territorio, in un borgo antico o meglio nella espressione «sublimata» di tali entità fisiche', una visione dunque 'impressionistica' che interseca beni culturali e beni che non sono culturali".

⁶⁶³ A. CIRESE *I beni demologici in Italia e la loro museografia*, in P. CLEMENTE (a cura di), *Graffiti di museografia antropologica italiana*, Siena, 1996, pp. 249-262.

⁶⁶⁴ S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, in *Aedon* n. 1/2014 (Rivista di arti e diritto *on line*). Cfr. M. ARE, *Beni immateriali*, voce in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, pp. 251 ss.

anche i beni intangibili⁶⁶⁵ e nonostante lungimirante dottrina avesse individuato l'immaterialità come requisito caratterizzante il bene culturale⁶⁶⁶, l'impostazione dottrinale prevalente ha ritenuto la realtà presupposto imprescindibile per la sua protezione⁶⁶⁷.

Anche la legislazione in materia ha abbracciato questo principio come si evince chiaramente dall'analisi delle diverse normative succedutesi dalla nota l. 1089/1939 (c.d. Legge Bottai) fino a giungere al Codice dei beni culturali e del paesaggio del 2004 che, all'art. 2 comma 2, stabilisce «*sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli artt. 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà*».

Il tentativo compiuto dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112⁶⁶⁸ di svincolare la nozione di bene culturale dal concetto di “*res qui tangi potest*”, mediante la sua estensione a tutte le testimonianze aventi valore di civiltà anche prive di substrato materiale, rimase quindi isolato.

⁶⁶⁵ F. RIMOLI, *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, in E. BATTELLI et al. (a cura di), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2017, p. 105. Cfr. F. RIGANO, *Tutela dei valori costituzionali e vincoli di destinazione d'uso dei beni materiali*, cit., p. 668, secondo cui l'art. 9 Cost. tutela il “bene-strumento di cultura” nel duplice senso di “bene risultato e testimonianza della creatività umana nel passato e di bene servente al rinnovarsi della medesima creatività del presente”, dunque sia le *res* del patrimonio storico-artistico che le produzioni contemporanee dell'arte e dell'ingegno. F.S. MARINI, *La tutela costituzionale dei beni culturali*, cit., pp. 25-26, ha diversificato il parametro costituzionale, rinvenendo l'oggetto della tutela dei beni culturali come *res* nell'art. 9, comma 2, Cost., e l'oggetto della tutela di beni immateriali come le opere dell'ingegno o le invenzioni industriali nell'art. 9, comma 1, Cost., da cui la legittima diversità delle rispettive discipline.

⁶⁶⁶ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., p. 24, ha messo in luce come il bene culturale “non è bene materiale, ma inerisce ad una o più entità materiali, ma giuridicamente è da questa distinta, nel senso che esse sono supporto fisico, ma non bene giuridico”. L'intuizione di Giannini è stata da spunto per S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *L'amministrazione dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 160 ss., spec. pp. 177 e 179, il quale si riferisce al bene culturale-attività. Sul punto M. AINIS, M. FIORILLO, *I beni culturali*, cit., p. 1467 e F. RIMOLI, *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, cit., p. 105.

⁶⁶⁷ T. ALIBRANDI, P.G. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, ed. IV, Giuffrè, Milano, 2001, p. 47, afferma che “nell'opera d'arte, come in ogni altra cosa in cui si riconosce un valore culturale che giustifica la soggezione della cosa alla speciale ragione di tutela, il profilo ideale che è oggetto di protezione si è talmente immedesimato nella materia in cui si esprime da restarne definitivamente prigioniero, così che esso si pone come oggetto di protezione giuridica inscindibile dalla cosa che lo racchiude”.

⁶⁶⁸ L'art. 148, lett. a), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, abrogato dall'art. 184 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali), affermava che: «sono beni culturali quelli che compongono il patrimonio storico, artistico, monumentale, demo-etnoantropologico, archeologico, archivistico e librario e gli altri che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà così individuato in base alla legge».

In ambito internazionale⁶⁶⁹ il patrimonio culturale intangibile è stato oggetto di riconoscimento con l'adozione in sede UNESCO della *Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale*⁶⁷⁰ e della Convenzione sulla protezio-

⁶⁶⁹ A.L. TARASCO, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, in *Foro amministrativo – Consiglio di Stato*, fasc. 7-8/2008, p. 2261 ss., evidenzia che ancor prima della Convenzione del 2003 l'Unesco ha curato molti programmi, rapporti ed azioni sul fronte della tutela del patrimonio culturale immateriale. In particolare si ricorda “l’*Unesco Collection of Traditional Music of the World*, che promuove la salvaguardia della tradizione musicale mondiale, in collaborazione con l’*International Council for Traditional Music* (I.C.T.M.); il *Masterpieces of Oral and Intangible Heritage* (Unesco, 2001-2003); il *Terzo Rapporto sulla Cultura Immateriale*, pubblicato in seguito al Forum internazionale di Istanbul, nel 2002; la *Recommendation on the Safeguarding the Traditional Culture and Folklore* (Unesco, 1989); l’*International Centre for the Preservation and Restoration of Cultural Property* (ICCROM), fondato dall’Unesco nel 1959, che realizza progetti per la salvaguardia di collezioni e luoghi legati al patrimonio culturale immateriale; l’*European Centre for Traditional Culture*, poi, istituito con il supporto dell’Unesco, salvaguarda specificamente la cultura tradizionale dei popoli dell’Europa centro-orientale; la redazione dell’*Atlante del lingue del mondo in pericolo di estinzione* (Unesco, 2001)”. Per una ricostruzione precisa delle tappe che hanno condotto al definitivo riconoscimento del patrimonio culturale immateriale v. M. CERQUETTI, *Dal materiale all’immateriale. Verso un approccio sostenibile alla gestione nel contesto globale*, in *Il capitale culturale, Studies on the Value of Cultural Heritage*, Supplementi 02, 2015, pp. 251-252, che rileva “sebbene le prime istanze di cambiamento vengano espresse già negli anni ’80, bisogna attendere gli anni ’90 per una svolta. Tra il 1982 e il 1984 viene costituita una sezione per il “patrimonio non fisico” e avviato il relativo programma di studio e documentazione, mentre nel 1982, in occasione della Conferenza mondiale sulle politiche culturali, la nozione di patrimonio viene estesa alla tradizione culturale e si fornisce una prima definizione di patrimonio immateriale. Tuttavia, le Raccomandazioni sulla salvaguardia della cultura tradizionale e popolare (1985), adottate nel 1989 dalla XXV sessione della Conferenza Generale, si rivelano un insuccesso. Finalmente, nel 1993, la sezione per il patrimonio non-fisico viene rinominata sezione per il patrimonio immateriale (*Section of Intangible Cultural Heritage*) e, oltre al programma *Safeguarding and Promotion of the Intangible Cultural Heritage*, viene istituito quello dei tesori umani viventi, con la proposta di una relativa lista. È del 1995 il rapporto *Our creative diversity*, redatto dalla commissione mondiale sulla cultura e sullo sviluppo, che in esergo reca la frase “Quando in Africa muore un vecchio, è una biblioteca che brucia”, e del 1997 l’approvazione da parte della Conferenza generale della proclamazione dei capolavori del patrimonio orale e immateriale (*Masterpieces of Oral and Intangible Heritage*), tra i quali, per l’Italia, negli anni successivi saranno inclusi il teatro dei pupi siciliani (2008), il canto a tenore dei pastori sardi (2008), la dieta mediterranea (2010), l’arte dei liutai cremonesi (2012), le grandi macchine a spalla (2013) e la vite ad alberello di Pantelleria (2014). Infine, nel 1999, in occasione della Conferenza di Washington sulla salvaguardia della cultura tradizionale, organizzata dalla sezione per il patrimonio immateriale dell’UNESCO e dal Center for Folklife and Cultural Heritage della Smithsonian Institution, all’espansione della definizione di folklore – fino a comprendere conoscenze, valori, relazioni sociali alla base di pratiche tradizionali – si accompagnano le proposte di eliminazione del termine e di introduzione del concetto di “comunità tradizionale”, con l’obiettivo di considerare le espressioni culturali come processi, nella loro interezza e complessità, e non come oggetti. Dopo il rapporto mondiale sulla cultura *Cultural diversity, conflict and pluralism* (2000) e la decisione della XXI Conferenza generale di studiare un nuovo strumento normativo internazionale per la salvaguardia del patrimonio immateriale (2001), si arriva così nel 2003 all’approvazione della Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, che entra in vigore il 30 aprile 2006, dopo la quarantesima ratifica. Da notare che tra i primi Paesi solo 6 sono europei (in ordine di ratifica: Lettonia, Lituania, Bielorussia, Croazia, Islanda, Romania). L’Europa, almeno inizialmente, è rappresentata principalmente dai Paesi dell’est, e non dai Paesi con il maggior peso economico e politico”.

⁶⁷⁰ La Convenzione sulla salvaguardia del patrimonio culturale immateriale è stata approvata il 17 ottobre 2003 dalla Conferenza generale dell’Unesco, entrata in vigore il 30 aprile 2006 e ratificata dall’Italia con legge 27 settembre 2007, n. 167.

ne e promozione delle diversità delle espressioni culturali⁶⁷¹, adottate a Parigi rispettivamente il 17 ottobre 2003 ed il 20 ottobre 2005. Tali documenti segnano il passaggio definitivo dalla nozione di cultura basata sul criterio dell'eccellenza, che aveva caratterizzato i primi programmi UNESCO, ad una concezione più ampia e di matrice antropologica⁶⁷² secondo cui per "patrimonio culturale immateriale" si intendono *«le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale. Questo patrimonio culturale immateriale, trasmesso di generazione in generazione, è costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia e dà loro un senso d'identità e di continuità, promuovendo in tal modo il rispetto per la diversità culturale e la creatività umana»*⁶⁷³.

A seguito della ratifica delle menzionate convenzioni Unesco è stato introdotto nel Codice dei beni culturali, con il decreto legislativo 26 marzo 2008, n. 62⁶⁷⁴, l'art. 7-bis secondo cui *«le espressioni di identità culturale collettiva contemplate nelle Convenzioni Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali, adottate a Parigi, rispettivamente il 3 novembre 2003 ed il 20 ottobre 2005, sono assoggettabili alle disposizioni del presente codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'art. 10»*. In tal modo la disciplina codicistica non recepisce le Convenzioni Unesco⁶⁷⁵ ma anzi le contraddice

⁶⁷¹ La Convenzione sulla protezione e promozione delle diversità delle espressioni culturali è stata adottata a Parigi il 20 ottobre 2005 nella 33° sessione della Conferenza Generale dell'Unesco e ratificata in Italia con legge 19 febbraio 2007, n. 19.

⁶⁷² M. CERQUETTI, *Dal materiale all'immateriale. Verso un approccio sostenibile alla gestione nel contesto globale*, in *Il capitale culturale, Studies on the Value of Cultural Heritage*, Supplementi 02, 2015, p. 250.

⁶⁷³ Art. 2, paragrafo 1, della *Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale*, cit. Al paragrafo successivo si specificano i settori in cui il patrimonio culturale si manifesta: «a) tradizioni ed espressioni orali, ivi compreso il linguaggio, in quanto veicolo del patrimonio culturale immateriale; b) le arti dello spettacolo; c) le consuetudini sociali, gli eventi rituali e festivi; d) le cognizioni e le prassi relative alla natura e all'universo; e) l'artigianato tradizionale».

⁶⁷⁴ Nell'Relazione illustrativa del d.lgs. n. 62/2008 si precisa che le Convenzioni Unesco hanno imposto "una ridefinizione di settori disciplinari contigui ma non perfettamente coincidenti, al fine di evitare interpretazioni fuorvianti sia degli obblighi assunti in via pattizia con altri Stati, sia, e per converso, dei confini fra la tradizionale tutela relativa alle 'cose' di interesse storico ed artistico e la salvaguardia afferente a manifestazioni e valori della cultura immateriale".

⁶⁷⁵ A.L. TARASCO, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, cit., parla di "una sostanziale elusione della normativa internazionale" giungendo alla "conseguenza paradossale che pur dopo la ratifica

poiché richiede, ai fini della protezione beni culturali immateriali, che si estrinsechino in oggetti dotati di una connotazione fisica e tangibile. Quelli volatili, dunque, non vengono contemplati “attesa la [loro] evanescenza e comunque la “precarietà” [...]”⁶⁷⁶.

Si è mantenuta una impostazione “storicistica” e “materiale”⁶⁷⁷, anche dovuta al fatto che il d.lgs. 42/2004, sia quando fornisce una definizione di beni culturali (utilizzando il termine “cose” in luogo di “beni”) che quando individua gli strumenti di tutela, si riferisce a quelli *quae tangi possunt* (artt. 2, 10 e 11). Le misure di tipo statico e vincolistico indicate (come la dichiarazione di bene culturale, l’immodificabilità senza autorizzazione, la prelazione, l’espropriazione, i limiti all’esportazione, la tutela penale, ecc..) presuppongono infatti la materialità del bene.

La tutela circoscritta alla “coseità” delineata dal Codice dei beni culturali ha determinato come principale conseguenza la difficoltà di individuare forme di protezione adeguate ai beni intangibili, non essendo evidentemente ad essi estendibile *in toto* la disciplina a cui sono assoggettati i beni aventi un supporto reale⁶⁷⁸. In tale

delle Convenzioni Unesco, i beni immateriali non appaiono protetti nel Codice del (comune) patrimonio culturale”.

⁶⁷⁶ G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 1/2014 (Rivista di arti e diritto *on line*).

⁶⁷⁷ S. CASSESE, *Il futuro della disciplina dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 7/2012, p. 782 (lo stesso Autore aveva espresso il medesimo concetto, ossia che “la ricostruzione dei beni culturali è tutta svolta con l’occhio alle cose che siano beni culturali: al fondo della concezione c’è sempre una cosa oggetto di un diritto patrimoniale”, molti anni prima dell’introduzione del Codice dei beni culturali e del paesaggio nell’opera *L’Amministrazione dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 152 ss.); G. SEVERINI, *Commento agli artt. 1-2*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 27, si riferisce ad “una concezione reale e normativa di bene culturale” ma “non esclusiva di addizioni future di nuove categorie”.

⁶⁷⁸ G. SEVERINI, *Commento agli artt. 1 e 2*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del Paesaggio*, cit., pp. 26 ss.; ID., *L’immateriale economico nei beni culturali*, in *Aedon*, n. 3/2015, osserva che “Gli istituti della tutela, dall’attitudine essenzialmente ablatoria e restrittiva del diritto di proprietà o del commercio, non paiono applicabili a quei temi, specie se si considerano l’incidenza dei principi costituzionali sulle libertà – anzitutto quella di espressione – e il naturale potenziale di trasformazione culturale e sociale. D’altra parte, si tratta di oggetti (se così si può dire) non solo non materiali, ma anche non esclusivi e non rivali, perciò adespoti: sicché non vi si adattano quegli istituti che presuppongono oggetti unici, materiali, in proprietà”. Cfr. A.L. TARASCO, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, cit., pp. 2261 ss. secondo cui “La scelta legislativa è stata sempre giustificata con l’impossibilità di estendere gli strumenti di tutela dei beni culturali materiali a quelli che non sono dotati di un tale substrato ed, in generale, nella “irrazionalità e pervasività dell’applicazione della legislazione vincolistica, anche penale, a espressioni umane immateriali”. Secondo A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?*, in *Aedon*, n. 1/2014, (Rivista di arti e diritto *on line*), “L’inapplicabilità della disciplina codicistica ai beni culturali immateriali, giusto il tenore dell’art. 2, comma 2, induce a chiedersi se si possa prevedere una qualche forma di tutela per questa categoria di beni. Un dato incontrovertibile infatti è che le misure tipiche della tutela, quali: la prelazione, l’espropriazione, i limiti all’esportazione e la stessa tutela penale, presupponendo l’esistenza di un supporto, non possano estendersi ai beni intangibili”. Sulla necessità di prevedere una pluralità di

prospettiva è stato auspicato un sistema di tutela a cerchi concentrici ove il cerchio più esteso ricomprende tutte le manifestazioni della cultura nella accezione antropologica del termine, mentre in quello più ristretto sono contenuti i beni culturali a cui si riferisce la disciplina nazionale⁶⁷⁹. Elemento appartenente ad entrambi è il valore immateriale che “consente di affermare l’esistenza di uno statuto giuridico minimo, comune, discendente dalla nozione di bene culturale”⁶⁸⁰.

Si potrebbe giungere alla conclusione che, poiché l’attività di tutela coincide sostanzialmente con azioni finalizzate alla conservazione della corporeità dei beni onde impedire il loro deterioramento fisico e garantire la loro tendenziale immutabilità, quelli intangibili possono essere destinatari esclusivamente della funzione di valorizzazione e di promozione della conoscenza “affinché le tradizioni si tramandino e non cadano nell’oblio”⁶⁸¹. Si osserva, tuttavia, che è possibile rintracciare un limitato ambito applicativo anche alla funzione di tutela consistente nell’identificazione e riconoscimento del bene immateriale. Catalogare e iscrivere quest’ultimo in appositi registri⁶⁸² costituisce il necessario presupposto per la successiva attività di valorizzazione e “tale esigenza si fa sempre più pressante, specie in un’epoca di fenomeni di globalizzazione e di trasformazione sociale, atteso che il patrimonio culturale immateriale rappresenta un fattore principale delle diversità culturali e di garanzia di uno sviluppo duraturo, la cui protezione ne impedisce il deterioramento”⁶⁸³.

regimi giuridici corrispondenti alle diverse nozioni di beni culturali v. anche G. SCIULLO, *I beni culturali quali risorsa collettiva da tutelare, - una spesa, un investimento*, in *Aedon*, n. 3/ 2017, (Rivista di arti e diritto *on line*).

⁶⁷⁹ C. VITALE, *La fruizione dei beni culturali tra ordinamento internazionale ed europeo*, in L. CASINI *La globalizzazione dei beni culturali* (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2010, p. 176.

⁶⁸⁰ A. BARTOLINI, *L’immaterialità dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 1/2014 (Rivista di arti e diritto *on line*).

⁶⁸¹ A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?*, cit.

⁶⁸² G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, cit.

⁶⁸³ A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?*, cit., afferma che “per i beni immateriali è indispensabile una tutela ‘dinamica’, che si armonizzi con il continuo divenire, che è l’essenza del fenomeno che si vuol preservare. Di qui il continuo aggiornamento della relativa catalogazione e l’attenzione a riconoscere nuovi fenomeni tradizionali emergenti o prima sconosciuti. E se ‘dichiarare’ un bene immateriale potrebbe significare cristallizzarne la memoria e quindi tarparli le ali, l’ometterne la loro individuazione farebbe incorrere nel più grave rischio di sottrarre alla memoria importanti tradizioni legate alla storia dei popoli (...) l’attività di tutela del Mibac dovrebbe connotarsi per una forma *sui generis* di catalogazione, diversa da quella utilizzata per i beni materiali. Infatti, nello scegliere l’entità da ricondurre nell’ambito dei beni intangibili, pensiamo ad esempio ad un prodotto alimentare, il ministero non dovrebbe soffermarsi sulle caratteristiche organolettiche del bene (queste si di competenza del ministero dell’Agricoltura), ma valutare l’immedesimazione in esso della cultura, della storia di un popolo e del suo territorio, che il bene stesso ha assorbito e che in esso si è stratificato nei secoli”.

Anche l'art. 2, paragrafo 3, della Convenzione Unesco del 17 ottobre 2003 sembra avvalorare quanto appena affermato quando definisce la nozione di “salvaguardia”⁶⁸⁴ del patrimonio culturale immateriale. La disposizione citata si riferisce alle «*misure volte a garantire la vitalità del patrimonio culturale immateriale, ivi compresa l'identificazione, la documentazione, la ricerca, la preservazione, la protezione, la promozione, la valorizzazione, la trasmissione, in particolare attraverso un'educazione formale e informale, come pure il ravvivamento dei vari aspetti di tale patrimonio culturale*»: le prime azioni elencate (l'opera di “identificazione, documentazione, ricerca, preservazione, protezione”) sono evidentemente riconducibili alla funzione di tutela.

È innegabile, tuttavia, che la valorizzazione assuma carattere preminente per i beni intangibili ancor di più rispetto a quanto accada in relazione a quelli materiali poiché la loro costante riproduzione e la diffusione della loro conoscenza rappresenta un proposito imprescindibile se si vuole garantire la loro sopravvivenza⁶⁸⁵. Si rileva, inoltre, che solo attraverso la valorizzazione sotto il profilo della diffusione della conoscenza “è possibile promuovere la diversità delle espressioni culturali e la trasmissione intergenerazionale delle stesse, obiettivo principale della convenzione di Parigi del 20 ottobre 2005”⁶⁸⁶. Si impone quindi un approccio dinamico alla cultura che deve tradursi in interventi di circolazione, ricreazione e comunicazione, ossia misure volte a “garantire la vitalità”, il “ravvivamento” dei “vari aspetti”, la “trasmissione” del patrimonio culturale immateriale⁶⁸⁷ il quale si presenta perennemente in movimento.

Problema di non immediata risoluzione appare quello relativo al riparto delle competenze in materia di valorizzazione dei beni in esame per la difficoltà di stabili-

⁶⁸⁴ BALDIN, *I beni culturali immateriali e la partecipazione della società nella loro salvaguardia: dalle convenzioni internazionali alla normativa in Italia e Spagna*, in DPCE online, 2018, consultabile su <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/553>, evidenza che “Dato che le risorse volatili, più che alle misure di protezione caratteristiche dei beni materiali, si prestano a forme di *traditio* della memoria, nella Convenzione ci si allontana dalla logica della tutela, intesa nel suo nucleo essenziale quale conservazione del patrimonio, e si accoglie in sua vece il concetto di salvaguardia, per evidenziare la natura dinamica e vitale di un complesso di pratiche in continuo divenire che necessitano di contesti propizi per la loro trasmissione”.

⁶⁸⁵ M. AINIS, M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, Milano, 2008, pp. 1067 ss.

⁶⁸⁶ S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, in *Aedon* 1/2014, (Rivista di arti e diritto *on line*).

⁶⁸⁷ Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, art. 2., § 3.

re la loro appartenenza onde applicare il criterio stabilito dall'art. 102, comma 2, del d.lgs. n. 42 del 2004.

2. Lacuna normativa e tentativi di salvaguardia del patrimonio immateriale

Nonostante la rilevanza delle summenzionate attività ai fini di una adeguata salvaguardia e promozione delle espressioni culturali immateriali, a livello nazionale non si è avvertita la necessità di introdurre una specifica disciplina organica al riguardo⁶⁸⁸. Non si rinviene una normativa statale che sancisca i principi fondamentali in tema di patrimonio immateriale, lasciando in tal modo alle Regioni⁶⁸⁹ carta bianca in materia. Si osserva, inoltre, che a parte le poche eccezioni rappresentate dalla Sicilia⁶⁹⁰ e la Lombardia⁶⁹¹ (le quali hanno istituito un proprio Registro delle eredità immateriali seguendo la Convenzione Unesco) e le regioni Liguria⁶⁹², Toscana⁶⁹³ e Basilicata⁶⁹⁴, il resto degli enti territoriali si è concentrato prevalentemente su singoli beni immateriali, tra cui spiccano con prevalenza i dialetti e le lingue minoritarie.

Di fronte alla chiusura operata dalla disciplina contenuta nel Codice dei beni culturali sono emersi tentativi volti ad estendere l'area della culturalità al fine di salvaguardare locali dove per lunga tradizione si svolgono attività commerciali tipiche. Per forzare le strette maglie della normativa di settore l'amministrazione ha talvolta utilizzato quell'interesse c.d. relazionale tra il locale e *«la storia politica,*

⁶⁸⁸ A.L. TARASCO, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, cit., pp. 2261 ss., definisce gli interventi normativi in materia pochi, isolati e tra loro sconnessi. A titolo di esempio cita la legge 15 dicembre 1999, n. 482, recante “*Norme di tutela delle minoranze linguistiche storiche*” (poi attuata dal D.P.R. 2 maggio 2001 n. 345) che – in attuazione dell'articolo 6 della Costituzione – tutela la lingua e la cultura “delle popolazioni albanesi, catalane, germaniche, greche, slovene e croate e di quelle parlanti il francese, il franco-provenzale, il friulano, il ladino, l'occitano e il sardo” in cui “La tutela si sviluppa essenzialmente attraverso il riconoscimento dell'obbligo di utilizzo della lingua protetta nei programmi scolastici delle aree locali interessate, nelle istituzioni pubbliche locali, nella toponomastica così come nel riconoscimento del diritto al ripristino dei nomi originari”.

⁶⁸⁹ C. TUBERTINI, *La disciplina delle attività culturali nella legislazione regionale: un “nuovo” bilancio*, in *Aedon*, n. 1/2007 (Rivista di arti e diritto *on line*), S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, cit.

⁶⁹⁰ Decreto assessoriale della Sicilia, 26 luglio 2005, n. 77. Il R.E.I. (“*Registro delle Eredità Immateriali della Sicilia*”) contempla quattro libri: il “Libro dei Saperi”, il “Libro delle Celebrazioni”, il “Libro delle Espressioni” ed infine il “Libro dei Tesori umani viventi”.

⁶⁹¹ Legge regionale della Lombardia, 23 ottobre 2008, n. 27. Il R.E.I.L. (“*Registro delle Eredità Immateriali Lombarde*”) si articola in cinque settori: “Registro dell'Oralità”, “Registro delle Arti e dello Spettacolo”, “Registro delle Ritualità”, “Registro dei Saperi Naturalistici”, “Registro dei Saperi Tecnici”.

⁶⁹² Legge regionale della Liguria, 2 maggio 1990, n. 32.

⁶⁹³ Legge regionale della Toscana, 25 febbraio 2010, n. 21.

⁶⁹⁴ Legge regionale della Basilicata, 11 agosto 2015, n. 27.

militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere» previsto dall'art. 10, comma 3, lett. d), d.lgs. 42/2004. Tuttavia la giurisprudenza costituzionale e amministrativa si è opposta fermamente alla loro salvaguardia alla luce del fatto che in tali casi, oltre a non rinvenirsi un interesse storico artistico intrinseco dell'immobile, tutelato ai sensi dell'art. 10, comma 3, lett. a) d.lgs. 42/2004, spesso non veniva in rilievo nemmeno il suddetto interesse culturale relazionale. A tal proposito si ricordano le motivazioni addotte dalla Corte Cost. nella sent. 118/1990⁶⁹⁵, in riferimento al decreto di vincolo dell'“Antico Caffè Genovese” di Cagliari, che risultano sorprendentemente attuali nonostante sia passato quasi un trentennio dalla pronuncia in esame: “il vincolo non può assolutamente riguardare l'attività culturale in sé e per sé, cioè, considerata separatamente dal bene, la quale attività, invece, deve essere libera secondo i precetti costituzionali (artt. 2, 9 e 33)”⁶⁹⁶.

In assenza di strumenti giuridici nazionali sono intervenute le Regioni, in particolare la Regione Lazio con la legge 6 dicembre 2001, n. 31, recante “*Tutela e valorizzazione dei locali storici*”. Tale normativa, che assicurava finanziamenti in favore di locali storici tradizionali, è stata impugnata dal Ministero dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo perché ritenuta lesiva delle competenze statali in materia di tutela ex art. 117, comma 2, Cost. e venne successivamente dichiarata incostituzionale⁶⁹⁷.

Con la medesima intenzione che aveva mosso l'iniziativa regionale, con il d.l. 8 agosto 2013, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 ottobre 2013, n.

⁶⁹⁵ Corte cost. 9 marzo 1990, n. 118, in *Giur. Cost.*, 1990, 660, con nota di F. RIGANO, *Tutela dei valori culturali e vincoli di destinazione d'uso dei beni materiali*, pp. 665 ss.

⁶⁹⁶ P.F. UNGARI, *La sponsorizzazione dei beni culturali*, cit., afferma che “Quelli che definiamo beni culturali immateriali sono di regola attività, incentivabili ma non tutelabili” non essendo ammissibile che “le manifestazioni culturali siano costrette nel solco della tradizione e che la loro rappresentazione sia vietata se non rispetta un testo, uno spartito, una qualsiasi forma ritenuta necessaria e immodificabile” e riporta in via esemplificativa un significativo esempio in tal senso, la Corsa dei Ceri di Gubbio, precisando che “nessun potere pubblico potrebbe imporre alla comunità eugubina ed alle sue organizzazioni storiche di continuare a realizzare la manifestazione contro la loro volontà, e se a qualcuno venisse in mente di organizzare la corsa con modalità diverse, rendendola più ‘competitiva’, magari con la possibilità che i ceri di San Giorgio e Sant'Antonio sorpassino all'ingresso in basilica quello di Sant'Ubaldo, è più che probabile che l'iniziativa fallirebbe miseramente dal punto di vista sociale e dell'appeal mediatico, ma altrimenti sarebbe problematico trovare un potere pubblico in grado di inibire una simile eretica evoluzione”.

⁶⁹⁷ Corte costituzionale, sentenza 28 marzo 2003, n. 94, commentata, tra gli altri, da S. CAVALIERI, *Oscillazioni in senso centralistico della giurisprudenza costituzionale in tema di altri beni culturali diversi da quelli identificati tali ai sensi della normativa statale*; in *Aedon*, n. 1/2003, (Rivista di arti e diritto *on line*).

112, è stato introdotto nell'art. 52 del Codice dei beni culturali il nuovo comma 1-bis al fine di consentire l'individuazione dei «*locali, a chiunque appartenenti, nei quali si svolgono attività di artigianato tradizionale e altre attività commerciali tradizionali, riconosciute quali espressione dell'identità culturale collettiva ai sensi delle convenzioni UNESCO di cui al medesimo articolo 7-bis*», con lo scopo di «*assicurarne apposite forme di promozione e salvaguardia, nel rispetto della libertà di iniziativa economica di cui all'articolo 41 della Costituzione*». Anche il d.l. n. 91/2013 è stato impugnato davanti alla Corte costituzionale dalle Regioni per violazione del principio di leale collaborazione e dichiarato costituzionalmente illegittimo⁶⁹⁸. Sulla vicenda si è osservato che “paradossalmente, un'analogia formulazione legislativa è stata allo stesso modo impugnata sia dalle Regioni (quando a normare è stato il legislatore statale) che dal Governo (quando la normativa è stata prodotta dalle regioni). Anche se entrambi i soggetti intendevano tutelare lo stesso fenomeno, entrambi hanno cercato di demolire il prodotto dell'altro legislatore”⁶⁹⁹.

La questione della tutela delle attività di artigianato tradizionale e altre attività commerciali tradizionali svolte all'interno dei locali storici rimane dunque aperta.

Recentemente si è intravista una timida apertura e riconoscimento legislativo nei confronti del patrimonio immateriale nella Legge n. 44 dell'8 marzo 2017⁷⁰⁰, la quale ha esteso il campo di applicazione della Legge n. 77 del 2006 “*Misure speciali di tutela e fruizione dei siti e degli elementi italiani di interesse culturale, paesaggistico e ambientale, inseriti nella «lista del patrimonio mondiale», posti sotto la tutela dell'UNESCO*” agli elementi del patrimonio immateriale di cui alla Convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale adottata a Parigi il 17 ottobre 2003. Nell'originaria formulazione della legge del 2006 tali strumenti erano rivolti esclusivamente ai siti iscritti nella lista prevista dalla Convenzione sulla protezione del Patrimonio Mondiale culturale e naturale del 1972. La nuova normativa, oltre a prevedere il sostegno di investimenti volti alla riqualificazione e alla valorizzazione dei siti e degli elementi immateriali italiani UNESCO mediante lo stanziamento di ulteriori 800 mila euro, aggiunge alle misure di sostegno già contemplate

⁶⁹⁸ Corte costituzionale, sentenza 9 luglio 2015, n. 140, annotata da G. Sciuillo, Corte costituzionale e nuovi scenari per la disciplina del patrimonio culturale, in *Aedon*, n. 1/2017, (Rivista di arti e diritto *on line*).

⁶⁹⁹ A.L. TARASCO, *Ai confini del patrimonio culturale tra luoghi comuni e processi di produzione della cultura*, cit.

⁷⁰⁰ Legge 8 marzo 2017, n. 44, Modifiche alla legge 20 febbraio 2006, n. 77, concernenti la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale immateriale. (GU n. 81 del 6-4-2017).

dalla legge del 2006 anche la promozione, tutela e valorizzazione dei siti materiali e delle rappresentazioni del patrimonio culturale immateriale italiano dell'UNESCO, la diffusione della sua conoscenza e riqualificazione, anche attraverso il sostegno in ambito scolastico di viaggi di studio e attività culturali.

Si è osservato che l'assenza di una disciplina riguardante le dinamiche culturali si traduce in una omissione nella salvaguardia e promozione di quei processi culturali "che rappresentano, poi, il fluido vivo che partorisce i beni culturali materiali"⁷⁰¹ tutelati e valorizzati nel d.lgs. n. 42/2004. Anche questi ultimi sono infatti il frutto di un fenomeno, quello culturale, che si manifesta come un'attività sempre *in fieri* dando vita ad un patrimonio che è "fattore di ricchezza presente, ma soprattutto di ricchezza futura, poiché la sua conoscenza non si esaurisce in un mero godimento estetico attuale, ma incentiva e orienta alla creazione di nuova cultura, di nuova arte, e dunque di nuovo patrimonio, materiale e immateriale"⁷⁰².

La recente normativa sulle imprese culturali e creative (art. 1, comma 57, legge di Stabilità per l'anno 2018)⁷⁰³ sembra in parte prendere atto di questa esigenza sostenendo in maniera indiretta il processo culturale mediante la promozione dell'apporto creativo dei soggetti privati⁷⁰⁴. In particolare il secondo periodo dello stesso art. 1, comma 57, definisce le imprese culturali e creative come «*le imprese o i soggetti che svolgono attività stabile e continuativa (...) che hanno quale oggetto sociale, in via esclusiva o prevalente, l'ideazione, la creazione, la produzione, lo sviluppo, la diffusione, la conservazione, la ricerca e la valorizzazione o la gestione di prodotti culturali, intesi quali beni, servizi e opere dell'ingegno inerenti alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, alle arti applicate, allo spettacolo dal vivo, alla cinematografia e all'audiovisivo, agli archivi, alle biblioteche e ai musei nonché al patrimonio culturale e ai processi di innovazione ad esso collegati*». Tale definizione sembra evidenziare la raggiunta consapevolezza, da parte del legislatore,

⁷⁰¹ A.L. TARASCO, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, cit., osserva che "il legislatore del Codice del 2004 ha omesso di salvaguardare e promuovere i processi culturali che generano, poi, quelle stesse evidenze materiali tutelati e valorizzati nel d.lgs. n. 42/2004... manca, cioè, un'attenzione al *logos* della cultura (λογος, l'atto del dire, del dialogare) piuttosto che al solo *rema* (ρεμα, il già detto, il singolo dialogo, secondo il pensiero greco)".

⁷⁰² F. RIMOLI, *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, cit.

⁷⁰³ Legge 27 dicembre 2017, n. 205, recante "*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*".

⁷⁰⁴ A.L. TARASCO, *Ai confini del patrimonio culturale tra luoghi comuni e processi di produzione della cultura*, in *Aedon* n. 1/2018.

della necessità di tutelare non solo il patrimonio culturale esistente ma di incentivare la produzione di nuove forme espressive⁷⁰⁵.

Tale apertura legislativa non ha però inciso sulla tradizionale nozione materiale di bene e patrimonio culturale accolta dall'ordinamento nazionale. A favore dell'ampliamento di quest'ultima fino a ricomprendere ogni forma di produzione culturale indipendentemente dalla presenza di un substrato materiale vengono in rilievo le continue pressioni che giungono dal versante internazionale ed europeo. Oltre alle menzionate Convenzioni UNESCO e la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa (COE) sul valore del patrimonio culturale per la società, adottata a Faro il 27 ottobre 2005, firmata ma non ancora ratificata dall'Italia, più recentemente si segnala la Dichiarazione di Firenze del 30 marzo 2017, costituente il risultato della prima riunione dei ministri della cultura dei Paesi del G7. Il testo si apre con la seguente affermazione dei ministri partecipanti: “Ribadiamo la nostra convinzione che il patrimonio culturale in tutte le sue forme, *materiale e immateriale*, mobile e immobile... a) contribuisce a preservare l'identità e la memoria dei popoli e favorisce il dialogo e lo scambio interculturale tra tutte le Nazioni, alimentando la tolleranza, la mutua comprensione, il riconoscimento e il rispetto delle diversità; b) è uno strumento importante per la crescita e lo sviluppo sostenibile della società, anche in termini di prosperità economica; c) è al contempo motore e oggetto delle più avanzate tecnologie, nonché uno dei principali ambiti in cui misurare le potenzialità e le opportunità offerte dall'era digitale”.

In questo senso si pone anche la decisione n. 864 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017, che ha proclamato il 2018 “*L'anno europeo del patrimonio culturale*”, ove è espressamente stabilito che quest'ultimo “abbraccia un ampio spettro di risorse ereditate dal passato, *in tutte le forme e gli aspetti-materiali, immateriali e digitali* (prodotti originariamente in formato digitale e digitalizzati), inclusi i monumenti, i siti, i paesaggi, le competenze, le prassi, le conoscenze e le espressioni della creatività umana...”⁷⁰⁶.

In virtù delle esposte considerazioni si ritiene che con estrema fatica il concetto di immaterialità potrà rimanere privo di appiglio normativo, anche alla luce del fatto

⁷⁰⁵ A.L. TARASCO, *Ai confini del patrimonio culturale tra luoghi comuni e processi di produzione della cultura*, cit.

⁷⁰⁶ Considerando n. 7 della Decisione (UE) 2017/864 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017 relativa all'“Anno europeo del patrimonio culturale (2018)”.

che il mancato adeguamento alle Convenzioni Unesco fa sorgere dubbi di costituzionalità della normativa nazionale in quanto contrastante con l'art. 117, comma 1, Cost., il quale richiama espressamente le disposizioni internazionali facendole divenire norma interposta alla stregua della quale valutare la compatibilità costituzionale delle norme interne⁷⁰⁷. Nonostante siano state presentate diverse proposte di legge, l'ultima il 12 maggio 2017, recante “*Disposizioni concernenti la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale*”⁷⁰⁸, ancora oggi l'assenza sul piano normativo viene colmata unicamente dalle leggi di esecuzione delle convenzioni internazionali.

Appare non più procrastinabile la presa d'atto di un rinnovato approccio dinamico alla cultura il quale determina lo spostamento dell'attenzione “dal patrimonio come documento al patrimonio vivente, dalla documentazione alla trasmissione, dai prodotti ai processi, dagli oggetti ai soggetti, e, finalmente, dall'eccezionalità alla rappresentatività”⁷⁰⁹. Siffatta consapevolezza non può non estendersi al significativo ruolo, nella protezione e valorizzazione dei beni intangibili, di tutte le parti sociali il cui coinvolgimento può costituire il punto di partenza per elaborare una disciplina organica, capace di fornire criteri sicuri di individuazione dei suoi elementi e di indicare tempi e modi per la loro salvaguardia. Il contributo dei singoli e delle formazioni sociali non può essere sottovalutato in ossequio al legame tra territorio e cultura, già evidenziato in relazione ai beni materiali, che si mostra indissolubile per quanto concerne quelli immateriali poiché nel territorio tali risorse si incontrano e “prendono vita come eventi o come performance, al di fuori delle quali non sono osservabili in alcun modo”⁷¹⁰. Proprio perché tali beni sono connotati dal dato antropico-territoriale in quanto luogo che li genera, che ne conserva il ricordo e nel quale

⁷⁰⁷ Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348 e 349.

⁷⁰⁸ Proposta di legge d'iniziativa dei deputati Narduolo, Manzi, Rampi, Malisani “*Disposizioni concernenti la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale*”, presentata il 12 maggio 2017, in cui si evidenzia che “Purtroppo, a differenza che per il patrimonio culturale materiale, per quello immateriale manca ancora in Italia una disciplina unitaria, capace di fornire criteri sicuri di riconoscimento dei suoi elementi e di indicare tempi e modi per la loro salvaguardia. Nella perdurante assenza di una legislazione statale ad hoc (non essendo sufficienti le sole leggi di esecuzione delle convenzioni internazionali per l'eccessiva genericità dei loro contenuti), le regioni si sono mosse in ordine sparso, dando luogo a un quadro normativo estremamente composito e fortemente disorganico. Il presente progetto di legge intende colmare questa grave lacuna del nostro ordinamento, adeguandolo ai principi del diritto internazionale ed europeo, orientando la legislazione statale e regionale del settore e rispondendo a fondamentali esigenze della comunità nazionale”.

⁷⁰⁹ M. CERQUETTI, *Dal materiale all'immateriale. Verso un approccio sostenibile alla gestione nel contesto globale*, cit., p. 253.

⁷¹⁰ R. TUCCI, *Il patrimonio demotnoantropologico immateriale fra territorio, documentazione e catalogazione*, in ICCD, *Strutturazione dei dati delle schede di catalogo. Scheda BDI*, vol. 2, Roma, 2006, p. 22.

prendono forma e si manifestano, la partecipazione di tutte le parti sociali dovrà essere attentamente considerata in un processo normativo teso al loro definitivo riconoscimento⁷¹¹.

3. Partecipazione culturale con particolare riferimento al patrimonio immateriale alla luce delle Convenzioni internazionali

La partecipazione dei singoli e delle formazioni sociali ai beni, attività e valori della cultura rappresenta un diritto fondamentale del cittadino⁷¹²: il diritto alla più ampia fruizione dei beni e dei prodotti delle attività culturali costituisce mezzo di emancipazione dei singoli che concorre ad agevolare il pieno sviluppo della persona umana sancito dall'art. 3 Cost.⁷¹³. Invero, secondo una recente e innovativa lettura, il principio di eguaglianza sostanziale, laddove affida alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono «*l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale*», può essere soddisfatto solo garantendo anche una effettiva partecipazione culturale⁷¹⁴ dei cittadini in quanto

⁷¹¹ S. BALDIN, *I beni culturali immateriali e la partecipazione della società nella loro salvaguardia: dalle convenzioni internazionali alla normativa in Italia e Spagna*, cit., osserva che “Per sua natura, il patrimonio culturale immateriale richiede forme di salvaguardia e di valorizzazione *ad hoc*, tali da configurare come presupposto imprescindibile il coinvolgimento della società in questo processo che trasforma il ricordo in memoria collettiva, il senso di appartenenza civica in identità. Risulta di tutta evidenza il fatto che le azioni poste in essere dalle comunità debbano passare attraverso le sinergie con gli enti pubblici”. R. TUCCI, *Il patrimonio demotnoantropologico immateriale fra territorio, documentazione e catalogazione*, cit., pp. 188-189 afferma che il patrimonio culturale immateriale “concerne il territorio nelle sue molte articolazioni: dalle amministrazioni comunali alle associazioni, ai singoli cittadini, che lo vedono come elemento identitario e al tempo stesso come un possibile motore di sviluppo”.

⁷¹² Cfr. M. CARCIONE, *Dal riconoscimento dei diritti culturali nell'ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale*, in *Aedon*, n. 2/2013, pp. 53 ss. Si osserva che nella *Declaration of ICOMOS marking the 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, resa a Stoccolma nel 1998, si afferma che il diritto all'eredità culturale è parte integrante dei diritti umani.

⁷¹³ L'art. 3, comma 2, della Costituzione fissa il principio dell'eguaglianza sostanziale e dispone che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, che impediscono o sono di ostacolo alla piena partecipazione all'organizzazione sociale ed economica del Paese.

⁷¹⁴ Il diritto di partecipare alla vita culturale è enunciato all'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 secondo cui «ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico e ai suoi benefici» e all'art. 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966. Tale partecipazione trova un ulteriore fondamento nella Raccomandazione dell'Unesco sulla partecipazione ed il contributo delle persone alla vita culturale, del 1976 che al par. 2, lett. b, e il par. 3, lett. c, della Parte I la definisce come «opportunità offerta a tutti, individui e gruppi, di esprimere se stessi liberamente, comunicare, agire, impegnarsi in attività creative per dare pieno sviluppo alla propria personalità, per condurre una vita armoniosa e per contribuire al progresso culturale della società» e presuppone «il coinvolgimento delle diverse parti sociali nelle decisioni relative alle attività culturali e nella loro valutazione». La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità cultu-

tramite essa è possibile incrementare le condizioni di vita, la crescita personale e il benessere psico-fisico della persona. Si è dimostrato, infatti, che la cultura è una risorsa in grado di produrre non solo “benessere economico” ma anche “benessere sociale”⁷¹⁵: la sua fruizione determina un arricchimento degli individui e la loro piena inclusione nella società grazie alla costruzione di una identità consapevole e al rafforzamento del senso di appartenenza ad una data comunità. È stato osservato che gli effetti della partecipazione attiva si manifestano, in particolare, “in termini di coesione e integrazione sociale, di capacità di apprendimento e propensione *al lifelong learning*, nonché in termini di salute⁷¹⁶ e di benessere psicologico soggettivo in misura abbastanza rilevante da impattare positivamente perfino sui sistemi di *welfare*”⁷¹⁷.

rale all’art. 1, lett. a, asserisce che «il diritto all’eredità culturale è inerente al diritto a partecipare alla vita culturale, così come definito nella Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo». Per la prima volta il diritto al patrimonio culturale è espressamente riconosciuto come parte del diritto a partecipare alla vita culturale di una comunità e nasce dalla volontà di mettere in evidenza il contributo del patrimonio culturale alla costruzione di una società democratica e pacifica, al suo sviluppo sostenibile e alla promozione della diversità culturale.

⁷¹⁵ O. CHESSA, *Cultura e costituzione*, in *Nuove Alleanze, Diritto ed economia per la cultura e l’arte*, cit., p. 23, pone in luce il rapporto tra l’art. 9 e 33 Cost. e l’art. 3, comma 2 Cost. In particolare parla di “*welfare della cultura*”, secondo cui “è scientificamente dimostrato e dimostrabile che la partecipazione culturale cresce in maniera proporzionale con il benessere psicofisico della persona. Politica culturale e politica di welfare possono convergere”; Nei medesimi termini D. D’ORSOGNA, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in *Nuove Alleanze, Diritto ed economia per la cultura e l’arte*, cit., p. 6, precisa “Sono disponibili analisi economiche approfondite sulle diverse componenti della cultura e sulle sue ricadute economiche sia, classicamente intese, in termini di contributo all’innalzamento del PIL sia, in una visione più aggiornata, in termini di miglioramento delle condizioni di vita e di benessere delle persone”. Cfr. P.L. SACCO, G. FERILLI, *L’Italia che verrà, quando? Per una visione coerente con la natura del nostro paese*, in D. D’ORSOGNA, P.L. SACCO, M. SCUDERI (a cura di), *Nuove Alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l’arte*, Roma, 2015, pp. 10 ss.

⁷¹⁶ E. GROSSI, *Evidenze cliniche dei rapporti tra cultura e salute*, in *Economia della cultura*, n. 2/2017, pp. 175 ss., espone i benefici effetti sulla salute umana delle diverse attività culturali, “in grado di prevenire malattie croniche anche gravi, assicurare maggiore longevità e attenuare gli effetti negativi dello stress cronico sullo stato generale di salute”, In senso critico A.L. TARASCO, *Ai confini del patrimonio culturale tra luoghi comuni e processi di produzione della cultura*, cit., secondo cui “Pur non volendo negare i legami tra salute ed attività culturali, intuibili e sperabili, è evidente come i risultati della dimostrazione della tesi dipendono dalla definizione dei due concetti posti in dialettica: salute e cultura. Non intendendo affrontare il primo dei termini in questione, per il secondo può osservarsi che il presupposto definitorio da cui si parte è una nozione latissima di cultura che abbraccia non solo i beni e le attività culturali ma finanche lo sport e l’*entertainment*, cioè lo svago (...) Pur non volendo in alcun modo contestare nel merito le evidenze scientifiche di tali filoni di studi, è però evidente che se è vero che l’organismo umano non è fatto ad immagine e somiglianza dell’organizzazione amministrativa, una categoria così dilatata anche se genericamente posta sotto la cornice rassicurante e unificante della ‘cultura’, si presta a spiegare solo l’ovvio, e cioè che le attività non impegnate, ricreative, di diletto, producono effetti positivi sulla salute”.

⁷¹⁷ Secondo S. BALDIN, *I beni culturali immateriali e la partecipazione della società nella loro salvaguardia: dalle convenzioni internazionali alla normativa in Italia e Spagna*, cit., l’idea che la partecipazione attiva possa impattare positivamente perfino sui sistemi di welfare ha ispirato “l’enucleazione di un modello di *welfare* culturale che vede come protagonisti, su un piano paritario, istituzioni, privati, fondazioni e terzo settore con l’obiettivo di definire politiche atte a concepire i processi

Siffatta partecipazione non deve essere limitata al mero diritto ad avere accesso alla cultura, bensì deve estendersi al diritto di contribuire mediante “creazione di espressioni culturali e dunque a prendere parte allo sviluppo della società cui si appartiene, nonché alla definizione, elaborazione e implementazione delle politiche e delle decisioni che influiscono sull’esercizio dei diritti culturali”⁷¹⁸. Pertanto il diritto di partecipazione culturale si garantisce non solo attraverso l’acquisizione di ogni valore che contribuisce alla formazione intellettuale dell’individuo ma anche mediante la possibilità da parte di quest’ultimo di apportare un contributo attivo alle azioni di valorizzazione, produzione e diffusione del patrimonio in esame.

Il principio di eguaglianza sostanziale sancito dall’art 3 Cost. comma 2 riveste un ruolo di primo piano nell’interpretazione dell’art. 9 della Costituzione, norma su cui si regge l’intero sistema normativo in materia, che sancisce «*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*».

Appare innanzitutto opportuno precisare che le vecchie letture riduttive, secondo cui l’art. 9 Cost. consiste in una dichiarazione di tipo etico-politico inidonea a produrre norme giuridiche vincolanti, sono state superate dalla c.d. operazione ermeneutica per valori. La dottrina oggi dominante sostiene, in base alla lettura combinata dei due commi della norma in esame, che l’obbligo di tutela sia strettamente collegato alla funzione promozionale della cultura costituendone il necessario antecedente logico e giuridico⁷¹⁹. Diversamente dalle tradizionali interpretazioni si ritiene dunque la tutela quale funzione di “mezzo” rispetto al “fine” della promozione della cultura⁷²⁰. Sia il profilo statico (tutela) che dinamico (promozione) contenuti nell’art. 9

culturali come parti integranti dei servizi socioassistenziali e sanitari che forniscono alle persone cure e l’accompagnamento necessari per superare criticità legate alla salute, all’invecchiamento, alla disabilità, all’integrazione sociale e a tutte le problematiche a cui si associa il riconoscimento di un dovere di tutela sociale. Sul legame tra salute e attività culturali v. A. LAMPIS, *Verso un’idea di welfare allargato. Il welfare culturale nelle iniziative della Provincia Autonoma di Bolzano*, in *Economia della cultura*, n. 1/2017, pp. 131 ss.

⁷¹⁸ S. BALDIN, *I beni culturali immateriali e la partecipazione della società nella loro salvaguardia: dalle convenzioni internazionali alla normativa in Italia e Spagna*, cit., evidenzia che “La partecipazione è intesa come il diritto di ognuno ad agire liberamente, a scegliere la propria identità, a identificarsi o meno in una o più comunità culturali, a esprimersi nel linguaggio scelto e a cercare e sviluppare contenuti culturali”.

⁷¹⁹ A.L. TARASCO, *Ai confini del patrimonio culturale tra luoghi comuni e processi di produzione della cultura*, cit.

⁷²⁰ M.A. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, ora in *Scritti Giuridici*, II, Napoli, 1990, p. 282 ss., originariamente in *Riv. Giur. ed.*, 1967, p. 69, osserva che “in un ordinamento che vuole essere democratico non soltanto in senso formale...e perciò appunto si propone il perfezionamento della personalità di tutti i consociati e il progresso materiale e spirituale della società nella sua

Cost., espressivo di un valore e di un principio estetico e culturale⁷²¹, sono a loro volta strumentali allo sviluppo della persona umana e della comunità. I beni di interesse storico e artistico devono essere salvaguardati attraverso entrambe le forme indicate perché costituiscono uno strumento di crescita sociale e culturale del Paese⁷²². L'interpretazione evolutiva della disposizione in esame alla luce dell'art. 3 Cost. consente di affermare la funzione sociale del patrimonio culturale quale mezzo di accrescimento e sviluppo della personalità degli individui⁷²³.

Tale funzione sociale e di promozione della personalità umana può essere adempiuta solo garantendo l'interesse della collettività ad una maggiore accessibilità e disponibilità dei beni culturali mediante una loro effettiva fruizione⁷²⁴. Quest'ultima è un proposito che unisce la apparente scissione tra la preservazione dell'integrità fisica del bene e la sua valorizzazione. Invero anche la tutela, concretizzantesi nella individuazione, conservazione e protezione, ha come fine ultimo la conoscenza e il godimento collettivi, come emerge chiaramente dall'art. 3, comma 1, del Codice dei

integrità (artt. 1-4 Cost.), gli obiettivi dello sviluppo della cultura, del gusto estetico, della ricerca scientifica e tecnica (avuti di mira dall'art. 9) si collocano manifestamente come strumentali, e rispetto ad essi, la tutela, ad opera dei pubblici poteri. Del patrimonio paesistico, artistico e storico del Paese si rivela, a propria volta, come mezzo al fine". Nei medesimi termini MERUSI, *Articolo 9*, in *Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, pp. 434 ss. Per molto tempo l'interpretazione data dall'art. 9 della Costituzione considerava i due commi disgiunti: il primo dovrebbe individuare la funzione promozionale della Repubblica, atta a sviluppare cultura e ricerca, mentre il secondo comma evidenzerebbe la funzione conservativa volta a preservare l'integrità del paesaggio e del patrimonio storico-artistico. In realtà da tempo la dottrina è concorde su una lettura unitaria dell'articolo in cui l'esigenza di assicurare il progresso culturale è assicurata mediante la valorizzazione del patrimonio culturale nazionale in tutte le sue componenti materiali e immateriali (comma 2) e il libero accesso alle diverse forme di espressione della cultura e la loro effettiva fruizione da parte di tutti (comma 1). Cfr. R. BIFULCO; A. CELOTTO; M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet giuridica, Torino, 2006 e V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008.

⁷²¹ Il valore estetico-culturale è stato elevato a valore costituzionale primario dalla nostra Corte costituzionale fin dalla metà degli anni Ottanta (v. sentenze nn. 151,152,153/86, e più di recente nn. 182 e 183/06).

⁷²² F. MERUSI, *Articolo 9*, cit., p. 452.

⁷²³ G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Le Regioni*, 1987, p. 62.

⁷²⁴ G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, cit., p. 56. In senso contrario F. RIMOLI, *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, cit., p. 109, il quale giunge ad una considerazione apparentemente sovversiva laddove afferma che qualora la fruizione collettiva, fine ultimo di tutte le attività inerenti ai beni, non sia possibile "non pare potersi ammettere la recessività di ogni altro interesse (o 'valore') rispetto a quello della conservazione (almeno della conservazione in loco) del bene stesso. Se, in altri termini, tale conservazione, non traducibile per ragioni oggettive nella suddetta fruizione, impedisce la realizzazione di altre opere la cui funzione è quella di realizzare altri interessi costituzionalmente tutelati (per esempio la protezione dell'ambiente e della salute collettiva, perseguita facilitando la mobilità e riducendo i percorsi veicolari e il conseguente inquinamento con infrastrutture stradali adeguate), le scelte dovrebbero, secondo me, privilegiare questi ultimi. Altrimenti ragionando, il volere (talora il privilegio) di pochi finisce con il prevaricare sulle libertà di tutti, in una sorta di concezione 'paraproprietaria' dei beni cui talora certe soprintendenze (forse comprensibilmente sul piano umano, assai meno su quello funzionale) indulgono".

beni culturali e ambientali⁷²⁵. Siffatta finalità emerge più distintamente nelle politiche di valorizzazione portate avanti negli ultimi anni in cui appare chiaro l'intento di assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione di tali beni ad ogni tipo di pubblico in modo da realizzare pienamente l'idea di eguaglianza tra cittadini. Dunque sia la tutela che la valorizzazione appaiono "complementariamente indirizzate al perseguimento di un unico obiettivo, quello costituzionalmente garantito dello sviluppo della cultura (art. 9, primo comma, Cost.)⁷²⁶ e della formazione personale e culturale dell'individuo (artt. 2 e 33 Cost.)"⁷²⁷. Lo sviluppo e la diffusione dei beni culturali consentono inoltre di garantire l'ulteriore valore costituzionale di solidarietà sociale, da intendersi come condivisione di opportunità tra consociati, sancito dall'art. 2 Cost.⁷²⁸.

Proprio per incentivare una maggiore partecipazione culturale nell'ottica di garantire crescita sociale e progresso culturale della società si rende necessario, ai sensi dell'art. 9 Cost., l'intervento pubblico sulla cultura. Quanto affermato è stato puntualmente chiarito dalla Corte Costituzionale la quale ha precisato che "lo Stato deve curare la formazione culturale dei consociati alla quale concorre ogni valore idoneo a sollecitare e ad arricchire la loro sensibilità come persone, nonché il perfezionamento della loro personalità ed il progresso anche spirituale oltre che materiale. In particolare, lo Stato, nel porsi gli obiettivi della promozione e dello sviluppo della cultura, deve provvedere alla tutela dei beni che sono testimonianza materiale di essa ed assumono rilievo strumentale per il raggiungimento dei suddetti obiettivi sia per il loro valore culturale intrinseco sia per il riferimento alla storia della civiltà e del

⁷²⁵ Art. 3, comma 1, D.lgs. 42/2004 stabilisce che «La tutela consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette, sulla base di un'adeguata attività conoscitiva, ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione».

⁷²⁶ E sancito anche dall'art. 1, comma 2, Codice 2004 secondo cui «la tutela e valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura».

⁷²⁷ G. U. ABBATE, *La privatizzazione dei beni culturali: un primo approccio al problema*, in www.diritto.it

⁷²⁸ A. LAZZARO, *Innovazione tecnologica e patrimonio culturale tra diffusione della cultura e regolamentazione*, cit., evidenzia che "La solidarietà costituisce un valore insopprimibile e fondante della nostra convivenza civile, pertanto i pubblici poteri sono vincolati a tutta una serie di fini sociali come tutelare la famiglia, la salute, impartire l'istruzione per tutti, rendere effettivo il diritto allo studio, tutelare il lavoro, l'assistenza ai cittadini inabili, prevedere forme di previdenza, garantire l'ambiente in cui vivono i cittadini, promuovere lo sviluppo della cultura, della ricerca scientifica, tutelare il paesaggio e il patrimonio storico e artistico. Tutti obiettivi fondamentali per la realizzazione della crescita economico-sociale".

costume anche locale; deve, inoltre, assicurare alla collettività il godimento dei valori culturali espressi da essa”⁷²⁹.

L'intervento dello Stato, tuttavia, incontra il limite contenuto nell'art. 33 Cost. il quale sancisce la libertà della ricerca scientifica, della produzione artistica e del loro insegnamento. È possibile il bilanciamento tra le due norme costituzionali ancora una volta grazie al principio di eguaglianza sostanziale⁷³⁰, alla luce del quale si può ragionevolmente affermare che il compito dello Stato non debba limitarsi a garantire le condizioni per poter esercitare efficacemente le suddette libertà ma altresì sostenere, anche economicamente, le espressioni culturali deboli⁷³¹. Inoltre, in virtù della funzione sociale summenzionata, quasi di “*welfare* della cultura”, si potrebbe richiedere un impegno più pregnante dello Stato non rivolto alla semplice gestione del patrimonio culturale esistente, ma “indirizzato alla creazione di attività culturali che danno impulso alla crescita sociale, ed alla continua ricerca di modelli di azione e nuove soluzioni per soddisfare al meglio questa fondamentale esigenza sociale”⁷³².

Come evidenziato, la partecipazione alla vita culturale dei singoli e delle formazioni sociali deve esprimersi anche mediante un loro ruolo attivo all'attività di valorizzazione, produzione e diffusione dei beni culturali, finalità che si possono conseguire “soltanto attraverso la predisposizione di un'organizzazione stabile di risorse finanziarie o strumentali, di competenze specialistiche e ad una sinergia pubblico-privato, volta a preservare la memoria ed i saperi identitari di un popolo”⁷³³. In relazione ai beni immateriali, come già sottolineato, siffatta partecipazione assume un significato ancor più rilevante in quanto la componente sociale e territoriale diventa essenziale sia nell'attività di riconoscimento e identificazione del patrimonio

⁷²⁹ Così Corte Cost., 6 marzo 1990, n. 118.

⁷³⁰ Secondo la lettura tradizionale l'art. 3 comma 2, letto in combinato disposto con l'art. 9 Cost., imporrebbe sia di garantire l'esercizio delle libertà della ricerca scientifica e della produzione artistica, eventualmente eliminando gli ostacoli alla loro piena realizzazione, ma anche sostenendo le espressioni culturali più deboli sotto il profilo economico-finanziario.

⁷³¹ F. RIMOLI, *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, cit., osserva che “i poteri pubblici devono, ispirando il loro agire alla più ampia dimensione di neutralità attiva che compendia i tre cardini degli ordinamenti occidentali, ossia democrazia, pluralismo e laicità *lato sensu* intesa, apprestare il maggior numero possibile di strumenti di sostegno e luoghi di confronto per le diverse concezioni estetiche, storiche, e culturali *tout court*, promuovendone uno sviluppo libero e aiutando le forme più deboli senza però mai generare in alcun modo una “cultura di Stato”.

⁷³² A. LAZZARO, *Innovazione tecnologica e patrimonio culturale tra diffusione della cultura e regolamentazione*, in *federalismi.it*, 20 dicembre 2017.

⁷³³ A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?*, cit.

culturale⁷³⁴, sia nel porre in essere le condizioni che assicurino la costante ricreazione di ciò che viene ritenuto rappresentativo. Tali obiettivi, infatti, non appaiono certamente conseguibili qualora le singole istituzioni operino separatamente ognuna nel rispetto delle proprie funzioni e competenze. Si rende dunque indispensabile una rete costituita da relazioni e confronti in modo da consentire all'apparato pubblico di operare insieme e contestualmente ai soggetti privati sui territori di competenza per poter salvaguardare il proprio contesto antropologico e culturale.

Anche la summenzionata funzione sociale e personalista del patrimonio culturale appare particolarmente significativa in relazione a quello immateriale, considerato dalla Convenzione Unesco del 2003 quale “fattore per riavvicinare gli esseri umani e assicurare gli scambi e l'intesa fra loro” e dunque strumento di coesione sociale. La trasmissione e riproduzione di pratiche sociali e culturali, infatti, garantiscono e alimentano un senso di continuità e identità⁷³⁵ al punto che tale patrimonio viene considerato mezzo “per accrescere la conoscenza e comprensione del sé e dell'altro, in una logica di comunione delle più alte acquisizioni della propria civiltà”⁷³⁶.

L'esigenza di un coinvolgimento delle diverse parti sociali nel senso di un approccio collaborativo paritario nelle decisioni relative alle attività culturali e nella loro valutazione⁷³⁷ è stato avvertito a livello internazionale ed europeo, come dimostrano molteplici disposizioni in tal senso.

⁷³⁴ C. BORTOLOTTI, *Partecipazione e patrimonio culturale immateriale*, in *Identificazione partecipativa del patrimonio immateriale*, a cura di ASPACI (Associazione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale) Editore Regione Lombardia, 2011, p. 83, afferma che “Il patrimonio immateriale è quindi inteso come l'insieme di elementi riconosciuti come parte del loro patrimonio culturale da comunità e gruppi”. Diversamente dalle definizioni precedentemente utilizzate si introduce “una definizione soggettiva del patrimonio culturale, fondata cioè sui valori identitari che esso riveste per delle collettività. Se lo statuto patrimoniale è sempre attribuito da un processo istituzionale e governativo, il valore patrimoniale di un elemento (tangibile o intangibile) non è più stabilito dai detentori di un sapere tecnico-scientifico ma dal gruppo che lo produce o lo riproduce e in base a logiche e categorie emiche. Il patrimonio non è quindi più inteso soltanto come un insieme degli elementi selezionati sulla base di criteri e procedure codificate che hanno l'ambizione di essere oggettivi e scientifici (Heinich 2009) ma diviene l'espressione autoreferenziale di un'appartenenza”.

⁷³⁵ A.L. TARASCO, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, cit., che afferma, in relazione al patrimonio intangibile, che “è costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia e dà loro un senso d'identità e di continuità, promuovendo in tal modo il rispetto per la diversità culturale e la creatività umana” (art. 2, comma 1, Convenzione Unesco 2003)

⁷³⁶ A.L. TARASCO *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, cit.

⁷³⁷ Par. 2, lett. b, e par. 3, lett. c, della Parte I della Raccomandazione dell'Unesco sulla partecipazione ed il contributo delle persone alla vita culturale, del 1976.

Già nella Raccomandazione dell'Unesco sulla partecipazione e il contributo delle persone alla vita culturale del 1976 si invitavano gli Stati membri ad incoraggiare “la cooperazione culturale tra regioni e comunità, promuovere la decentralizzazione delle attività culturali e coinvolgere la popolazione locale, soprattutto nelle aree svantaggiate e periferiche, nella progettazione culturale”⁷³⁸.

Successivamente la Convenzione Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale del 2003⁷³⁹ considera le comunità locali parti attive sia nell'attività di individuazione e definizione dei vari elementi del patrimonio culturale immateriale presente sul territorio⁷⁴⁰ (art. 11 lett. b⁷⁴¹), sia nell'effettiva gestione dello stesso (art. 15⁷⁴²). Comunità, gruppi ed individui vengono riconosciuti come

⁷³⁸ Par. 6, Parte III, della Raccomandazione Unesco.

⁷³⁹ C. BORTOLETTO, *Partecipazione e patrimonio culturale immateriale*, cit., pp. 82-83, evidenzia che “l'approccio partecipativo è una delle basi della creazione di questa Convenzione. Un'analisi della sua genesi permette infatti di riconoscere in questo principio il motivo fondamentale per cui la creazione di una Convenzione internazionale per la difesa delle espressioni culturali, che saranno poi definite con il termine PCI, è stata ritenuta opportuna (...) la Convenzione di Faro e la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale si fondano proprio sulla condivisione delle responsabilità tra poteri pubblici, che mantengono un ruolo importante ma non esclusivo, e la società civile, spesso rappresentata dal mondo associativo. Il coinvolgimento della società civile nelle diverse tappe del processo di patrimonializzazione, fino ad ora espressa nelle forme spontanee di un associazionismo altamente localizzato, assume quindi una nuova dimensione, legittimata da dei dispositivi giuridici internazionali. Questo nuovo approccio non implica soltanto la partecipazione degli attori sociali negli interventi di salvaguardia relativi a elementi patrimoniali già selezionati da operatori esterni ma comporta un cambiamento radicale di prospettiva: la partecipazione della società civile è intesa come essenziale anche nelle fasi di attribuzione del valore patrimoniale a determinati elementi ed è quindi centrale altresì nella loro identificazione e selezione. I criteri di attribuzione di questo valore funzionali alla selezione patrimoniale non sono più soltanto quelli codificati nella pratica scientifica ma si estendono fino a includere anche quelli individuati dagli attori sociali”.

⁷⁴⁰ S. BALDIN, *I beni culturali immateriali e la partecipazione della società nella loro salvaguardia: dalle convenzioni internazionali alla normativa in Italia e Spagna*, cit., precisa che “In base alla tipologia di attori interessati e al loro ruolo nel processo di identificazione, gli inventari sono stati distinti in partecipati, dove gli attori locali svolgono il ruolo di informatori dei tecnici, i quali mettono poi il loro lavoro a disposizione dei primi in un'ottica di restituzione; in inventari partecipativi, in cui la popolazione è direttamente responsabile del riconoscimento degli elementi del patrimonio; e in altre due tipologie poste in essere soltanto dagli esperti, ossia gli inventari tecnocratici, compilati da professionisti in un'ottica di sviluppo economico e turistico, e gli inventari scientifici, stesi da accademici e specialisti dei beni culturali in un'ottica di conoscenza e di studio. Nella maggior parte dei casi, si è notato che le comunità partecipano solo mediante un processo guidato dall'alto, seguendo un approccio *top-down* che evidenzia la necessità di individuare un metodo partecipativo differente, in cui il coinvolgimento collettivo possa trovare reale ed effettiva consistenza”.

⁷⁴¹ Art 11 lett. b) della Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale stabilisce che «ciascun Stato contraente fra le misure di salvaguardia di cui all'articolo 2, paragrafo 3, individuerà e definirà i vari elementi del patrimonio culturale immateriale presente sul suo territorio, con la partecipazione di comunità, gruppi e organizzazioni non governative rilevanti».

⁷⁴² Art. 15 della Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, rubricato “*Partecipazione delle comunità, dei gruppi e degli individui*”, prevede che «Nell'ambito delle sue attività di salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, ciascuno Stato contraente farà ogni sforzo per garantire la più ampia partecipazione di comunità, gruppi e, ove appropriato, individui che creano, mantengono e trasmettono tale patrimonio culturale, al fine di coinvolgerli attivamente nella sua gestione».

protagonisti in tutte le fasi del processo di salvaguardia, dall' identificazione del patrimonio culturale immateriale fin al momento operativo di *governance*.

Anche la Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali del 2005 abbraccia siffatta impostazione quando stabilisce che «*Le Parti contraenti riconoscono il ruolo fondamentale della società civile nella protezione e nella promozione della diversità delle espressioni culturali. Le Parti contraenti incoraggiano la partecipazione attiva della società civile nei loro sforzi volti a conseguire gli obiettivi della presente Convenzione*» (art. 11).

Nella Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società, sottoscritta a Faro nel 2005 ed entrata in vigore nel 2011⁷⁴³ emerge in maniera ancora più evidente il rilievo attribuito alle comunità locali nella produzione, diffusione e conservazione dei beni culturali immateriali secondo uno sviluppo su base culturale che parte dal basso (c.d. *bottom up*), ove continuamente si ricreano le dinamiche che consentono la manifestazione e costante riproduzione dell'eredità che si intende tramandare. La Convenzione del Consiglio d'Europa focalizza l'attenzione, come emerge dal preambolo⁷⁴⁴, sulla persona e i valori umani piuttosto che sull'individuazione, catalogazione e protezione del patrimonio immateriale. Si passa dalla definizione oggettiva del patrimonio culturale ad una di tipo soggettivo, fondata su valori identitari, in cui ogni individuo viene coinvolto nel processo di definizione e gestione dell'eredità culturale e tale coinvolgimento viene considerato “come un dato essenziale del processo di patrimonializzazione”⁷⁴⁵. In

⁷⁴³ Il 23 febbraio 2013 l'Italia ha sottoscritto, ma non ratificato, la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale e la società, anche chiamata *Convenzione di Faro*.

⁷⁴⁴ Che, per ciò che qui rileva, così recita «Gli Stati membri del Consiglio d'Europa, firmatari della presente Convenzione, ritenendo che uno degli obiettivi del Consiglio d'Europa è di realizzare una unione più stretta fra i suoi membri, allo scopo di salvaguardare e promuovere quegli ideali e principi, fondati sul rispetto dei diritti dell'uomo, della democrazia e dello stato di diritto, che costituiscono il loro patrimonio comune; riconoscendo la necessità di mettere la persona e i valori umani al centro di un'idea allargata e interdisciplinare di patrimonio culturale; rimarcando il valore ed il potenziale del patrimonio culturale adeguatamente gestito come risorsa sia per lo sviluppo durevole che per la qualità della vita, in una società in costante evoluzione; riconoscendo che ogni persona ha il diritto, nel rispetto dei diritti e delle libertà altrui, ad interessarsi al patrimonio culturale di propria scelta, in quanto parte del diritto di partecipare liberamente alla vita culturale, diritto custodito nella Dichiarazione universale delle Nazioni Unite dei diritti dell'uomo (1948) e garantito dal Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (1966); convinti della necessità di coinvolgere ogni individuo nel processo continuo di definizione e di gestione del patrimonio culturale (...)».

⁷⁴⁵ S. BALDIN, *I beni culturali immateriali e la partecipazione della società nella loro salvaguardia: dalle convenzioni internazionali alla normativa in Italia e Spagna*, p. 8, prosegue affermando: “Ciò in quanto non sono le caratteristiche intrinseche degli oggetti, dei luoghi o delle pratiche ad avere valore di per sé, bensì è il processo di attribuzione di valore che ne fa rappresentazioni significative per un gruppo sociale”; C. BORTOLOTTI, *Partecipazione e patrimonio culturale immateriale*, cit., p. 83,

tale ottica, accanto alla definizione di patrimonio culturale⁷⁴⁶, la Convenzione all'art. 2, lett. b indica le “comunità d'eredità”, intese come un «*insieme di persone che attribuisce valore ad aspetti specifici dell'eredità culturale, e che desidera, nel quadro di un'azione pubblica, sostenerli e trasmetterli alle generazioni future*».

Le menzionate Convenzioni hanno quindi mutato l'approccio tradizionale verso i beni culturali non solo per l'esplicito riferimento alla immaterialità ma anche per la centralità attribuita alle comunità nel processo di riconoscimento e valorizzazione. Ne consegue che aspetti della tutela (a cominciare dalla individuazione) dovrebbero essere attribuiti a soggetti che ne sarebbero esclusi in base alla riserva allo Stato sancita dall'art. 117 Cost. In particolare le Convenzioni internazionali sembrano determinare un rovesciamento del “processo di attribuzione di valore” attribuendo alle parti sociali un diritto al riconoscimento, alla rappresentazione e alla trasmissione delle loro tradizioni, conoscenze ed esperienze storiche. Il patrimonio identitario viene considerato come un diritto e una risorsa la cui responsabilità è affidata ai cittadini prima ancora che alle istituzioni. Per quanto concerne i beni immateriali, pertanto, la cultura della partecipazione assume un ruolo talmente dirompente da determinare la rottura del rapporto gerarchico e introdurre un paradigma collaborativo che sembra quasi invertire il rapporto tra autorità e libertà.

Si osserva che la partecipazione culturale nell'ambito dei patrimoni immateriali non è stata adeguatamente recepita nelle leggi regionali che solo raramente e in modo disomogeneo si sono fatte interpreti delle istanze provenienti dalle comunità. Spesso le normative emanate appaiono, inoltre, prive di progetti articolati e continuativi di valorizzazione, risentendo dell'ambiguità derivante dall'assenza nel Codice dei beni culturali di riferimenti al patrimonio immateriale.

Anche alla luce della crescente pressione delle fonti sovranazionali, caratterizzate da imperativi partecipativi nella salvaguardia del patrimonio identitario, si intende analizzare più specificamente la possibilità di forme di gestione partecipata di

evidenzia che “il valore patrimoniale di un elemento (tangibile o intangibile) non è più stabilito dai detentori di un sapere tecnico-scientifico ma dal gruppo che lo produce e riproduce in base a logiche e categorie emiche. Il patrimonio non è quindi più inteso soltanto come un insieme di elementi selezionati sulla base di criteri e procedure codificate che hanno l'ambizione di essere oggettivi e scientifici”.

⁷⁴⁶ Con riguardo alla nozione di *cultural heritage*, l'art. 2, lett. a, Conv. rinvia a «un insieme di risorse ereditate dal passato che le popolazioni identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione. Essa comprende tutti gli aspetti dell'ambiente che sono il risultato dell'interazione nel corso del tempo fra le popolazioni e i luoghi».

tale patrimonio mediante la costruzione di collaborazioni e relazioni tra pubblico e privato, profit e no profit. L'inefficienza e inefficacia della logica gestionale pubblica si riscontra anche in relazione ai beni immateriali a causa dell'oggettiva complessità di amministrare un patrimonio culturale così diffuso, ricco, complesso e presente in maniera capillare in tutto il territorio. Le risorse del patrimonio identitario richiedono, pertanto, una *governance* collaborativa in cui il settore pubblico e quello privato conferiscono il proprio apporto, in termini di denaro, professionalità o servizi.

L'indagine sulla possibile *partnership pubblico-privata* in tale settore e l'eventuale apertura della gestione a soggetti imprenditoriali, come già evidenziato nel precedente capitolo, richiede inevitabilmente di analizzare le criticità poste dalla c.d. "valorizzazione economica"⁷⁴⁷ del patrimonio culturale e la sua compatibilità con la dimensione personalista e di emancipazione sociale, "che rappresenta la radice e vera essenza della cultura nelle tradizioni costituzionali comuni"⁷⁴⁸.

Per quanto concerne i beni culturali immateriali, inoltre, la potenziale valorizzazione in senso economico, consistente nell'ottimizzazione dei profitti derivanti dalla loro fruizione, fa sorgere i peculiari risvolti problematici "dell'etichettatura, dell'estetizzazione, della spettacolarizzazione, della turisticizzazione e infine della mercificazione di certe espressioni culturali tradizionali"⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ A. CRISMANI, *Cultura e sistema museale: le regole del gioco*, p. 60, nell'individuare i possibili approcci alla *governance* culturale, oltre a quello di ricercare un metodo di definizione delle politiche culturali, specifica l'obiettivo consistente "nel promuovere le sinergie e sviluppare le strategie integrate per un approccio più olistico alla cultura affinché la *governance* culturale diventi più aperta, più partecipativa, più efficace e più coerente". Prosegue affermando che "Siccome la politica culturale assume un carattere orizzontale e trasversale in diversi settori e livelli di governo, necessariamente vanno potenziate le sinergie tra (...) soggetti pubblici e privati favorendo modelli di partenariato pubblico-privato, stimolando la partecipazione della società civile mediante un dialogo e una consultazione". Tale obiettivo implica un approccio alla cultura "come fattore produttivo di ricchezza, settore d'investimento, ma anche di finanziamento e di occupazione lavorativa al fine di favorire un sistema di *governance*".

⁷⁴⁸ A.O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, cit., evidenzia che "Il punto è che "l'interesse culturale come tale non è patrimoniale" e che la cultura, o meglio i beni culturali come strumento di cultura, sono tutelati dall'art. 9 Cost. in quanto beni personalistici e sociali. Ancora, che gli articoli 41 e 42 Cost. condizionano l'iniziativa economica privata e la proprietà all'utilità e funzione sociale".

⁷⁴⁹ M. CERQUETTI, *Dal materiale all'immateriale. Verso un approccio sostenibile alla gestione nel contesto globale*, cit., p. 255.

4. Dalla partecipazione culturale a forme di gestione partecipata. L'immateriale economico e sua potenziale valorizzazione

Come già osservato, i beni culturali intangibili possono essere tramandati alle generazioni future solo attraverso interventi che ne migliorino ed incentivino la conoscenza, ne incrementino la fruibilità e prevedano misure di sostegno e di promozione ad esse deputati⁷⁵⁰. L'efficace realizzazione di tali politiche di valorizzazione "culturale", che a loro volta potrebbero rappresentare un elemento di potenzialità per il territorio in termini di riscontri economici, turistici⁷⁵¹ ed occupazionali⁷⁵², è però inscindibilmente legata alla presenza di adeguate risorse economiche. Stante la carenza di fondi dovuta alla precaria condizione delle finanze statali, inidonee a far fronte alle suddette esigenze⁷⁵³, assume centralità il tema legato allo sfruttamento economico dei beni culturali intangibili.

⁷⁵⁰ A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?*, cit.

⁷⁵¹ V. in senso critico R. TUCCI, *Il patrimonio demoetnoantropologico immateriale fra territorio, documentazione e catalogazione*, cit., che osserva "Il territorio sta affrontando la materia del patrimonio culturale immateriale in velocità, per non perdere un treno in corsa, a volte in mancanza di un vero progetto culturale. In molti casi ci si limita a riconvertire sotto il cappello del patrimonio culturale immateriale attività pre-esistenti soprattutto di carattere turistico promozionale che vengono rinominate e offerte al mercato dei tour operator come qualcosa di nuovo (...) l'inserimento di elementi delle culture popolari in itinerari turistici rappresenta un sentiero già percorso, almeno a partire dagli anni sessanta del Novecento. Resta da verificare se effettivamente un turismo costruito sui patrimoni culturali immateriali possa avere la capacità di attivare sviluppo economico per le località. Ovviamente i patrimoni presi in considerazione ai fini turistici sono quelli più vistosi, che hanno in sé elementi spettacolari, come determinate feste o determinate musiche di tradizione orale, per lo più già note per essere state oggetto della ricerca antropologica ed etnomusicologica. D'altra parte sembra evidente che lo sviluppo economico non può riguardare solo il turismo e che forse occorre guardare oltre. Non si tratta di avere atteggiamenti moralistici: si tratta di valutare quanto le popolazioni locali ci guadagnano o ci perdono e se è possibile per loro uno sviluppo che sia anche progresso, per riprendere un tema caro a Pier Paolo Pasolini".

⁷⁵² La Direzione Generale per la Valorizzazione del Patrimonio Culturale, in www.beniculturali.it, afferma che "il coinvolgimento delle comunità locali innalza (...) la sensibilizzazione verso il patrimonio culturale, intesa come capacità dei cittadini di riconoscere la loro identità in quel patrimonio, di riconoscerlo come proprio e, di conseguenza, di cooperare per la sua conservazione. L'offerta integrata delle risorse può, pertanto, generare impatti economici diretti, con l'esternalizzazione di attività e servizi legati alla sua gestione, come pure impatti indiretti. Questi ultimi derivano non solo dalle più note ricadute sull'industria turistica, ma anche dal fatto che il sistema che si sviluppa intorno al patrimonio accresce l'aspetto di competitività di un territorio, rendendolo capace di attrarre più di altri risorse umane e finanziarie, incrementando i flussi turistici, come pure l'insediamento di attività produttive non necessariamente appartenenti al settore culturale".

⁷⁵³ F. RIMOLI, *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, cit., mette in luce i problemi finanziari riguardanti le attività culturali: "per lo spettacolo i finanziamenti del Fondo unico di cui alla legge n. 163/85 sono sempre insufficienti, e per sostenere la creazione artistica resta solo qualche vecchia (seppur ritoccata) legge promozionale, come la n. 717 del 1949 (c.d. legge del 2%, in parte aggiornata); ma il tutto è lasciato di fatto, in una prospettiva un po' troppo romantica, o più prosaicamente negligente, al talento e all'intraprendenza individuali nella ricerca di committenza, ossia soprattutto al mercato o al mecenatismo privato, con esiti però per quanto detto non prevedibili e soprattutto non funzionali alla tutela e alla promozione delle espressioni deboli".

Si ricorda che in relazione alla valorizzazione dell'aspetto economicistico della cultura si stagliano due indirizzi agli antipodi: si passa dalla impostazione racchiusa nella nota metafora petrolifera⁷⁵⁴, che vede il patrimonio culturale una fruttuosa risorsa da mettere a reddito, a quella opposta che rifiuta categoricamente qualsiasi implicazione e logica imprenditoriale riferita alla cultura⁷⁵⁵. Quest'ultima appare oggi superata e il patrimonio storico artistico assume un ruolo da protagonista nei processi di sviluppo economico e sociale in quanto "identifica uno degli elementi ritenuti caratterizzanti del nostro sistema di offerta culturale e, quindi, si pone come un potenziale fattore di vantaggio competitivo non soltanto sul versante del mercato turistico ma anche su quello della produzione culturale vera e propria"⁷⁵⁶.

La valorizzazione dell'aspetto economico è necessariamente subordinata a quella culturale e dunque può realizzarsi "non nel senso che l'attività culturale diventi funzionale alla gestione economica e alla produzione di reddito, bensì nel senso che la produzione di reddito da parte dei beni culturali consente maggiori entrate e che maggiori entrate possono assicurare migliore tutela e fruizione più ampia dei beni culturali"⁷⁵⁷. In tal modo il potenziale contrasto tra le due forme di valorizzazione si risolve con l'opportunità di convergere verso un medesimo risultato virtuoso.

⁷⁵⁴ In senso critico v. C. CALIANDRO, P.L. SACCO, *Italia Reloaded. Ripartire con la cultura*, il Mulino, Bologna, 2011. Cfr. P.L. SACCO, G. FERILLI, *L'Italia che verrà, quando? Per una visione coerente con la natura del nostro paese*, in *Nuove Alleanze, Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, cit., p. 10, secondo cui "bisogna allora liberarsi di tutte le consolatorie ma totalmente fuorvianti metafore "petrolifere" che ancora affliggono il ragionamento sul potenziale di sviluppo del nostro patrimonio culturale, inducendo a pensare in modo del tutto inappropriato che la valorizzazione economica della cultura sia una scommessa sicura che richiede soltanto di sapere, appunto, estrarre con perizia una rendita bell'e pronta".

⁷⁵⁵ M. AINIS, M. FIORILLO, *I beni culturali*, cit., p. 1460, hanno osservato, in tal senso, che "l'art. 9 e l'art. 33, comma 1, Cost. hanno introdotto nei fini valori della Carta costituzionale il valore estetico-culturale come valore diverso e conflittuale rispetto ai valori dell'industria e del profitto dominanti nelle società contemporanee, con lo scopo di assicurare il progresso della società civile e la più ampia creazione e distribuzione dei fattori culturali ai consociati".

⁷⁵⁶ P.L. SACCO, G. FERILLI, *L'Italia che verrà, quando? Per una visione coerente con la natura del nostro paese*, cit., pp. 10-17, affermano che "Il concetto di patrimonio culturale è tuttavia complesso e pone non pochi problemi metodologici. Per cui, al di là del suo forte potere evocativo e al di là di una collezione di casi che rientrano sicuramente nella fattispecie, comunque la si definisca, è a volte difficile intendersi sulle condizioni che concorrono a definire cosa sia esattamente il patrimonio culturale di un Paese. La questione non è puramente terminologica, e nemmeno meramente teorica: essa riguarda infatti la relazione che esiste tra l'identità storica e simbolica del Paese e i suoi processi di sviluppo economico e sociale. Parlare di valorizzazione del patrimonio implica in particolare che lo sviluppo socio-economico possa e in un certo senso debba muoversi lungo una traiettoria evolutiva nella quale la cultura non può che giocare un ruolo di primissimo piano, una grande opportunità, certamente, ma anche, allo stesso tempo, una grande responsabilità".

⁷⁵⁷ S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, cit., p. 673.

La valorizzazione economica del patrimonio culturale può concretizzarsi nella “*mise en valeur*” (mediante vendita o gestione) della componente materiale ma può riguardare anche il valore immateriale, appartenente sia ai beni materiali che a quelli intangibili, come avviene ad esempio in caso di sponsorizzazione ove il marchio dell’impresa sponsor è valorizzato dall’associazione al valore identitario del bene culturale. In realtà è proprio il valore-culturale identitario espresso dalla *res* ad avere maggiore rilevanza economica poiché in grado di generare attrazione e dunque una maggiore fruizione pubblica con effetti (diretti e indiretti) sull’occupazione e sul comparto turistico. Si è anche affermato che “il bene culturale ha una sua capacità economica in quanto non cosa-merce, ma ... in quanto "bene di fruizione pubblica”, non importa se di titolarità pubblica o privata⁷⁵⁸.

Il tema della valorizzazione economica dei beni culturali immateriali è stato risvegliato anche dalle Convenzioni Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali, adottate rispettivamente il 3 novembre 2003 e il 20 ottobre 2005. Quest’ultima introduce all’art. 2 n. 5, tra i principi fondamentali, quello della complementarità degli aspetti economici e culturali dello sviluppo stabilendo che essi assumono pari importanza e che gli individui e i popoli hanno il diritto fondamentale di parteciparvi e di usufruirne.

Nella Convenzione quadro del Consiglio d’Europa sul valore dell’eredità culturale per la società⁷⁵⁹, ancora non ratificata dall’Italia, l’aspetto economico assume peculiare rilievo come si evince in primo luogo dalla stessa definizione di “cultural heritage”, contenuta nell’art. 2, lett. a), come “un insieme di risorse”, presupponendo in tal modo un loro utilizzo e sfruttamento anche a fini di lucro. Più chiaramente in tal senso si pone l’art. 10 della stessa Convenzione secondo cui «*Per utilizzare pienamente il potenziale dell’eredità culturale come fattore nello sviluppo economico sostenibile, le Parti si impegnano: a) ad accrescere la consapevolezza del potenziale economico dell’eredità culturale e a utilizzarlo; b) a considerare il carattere specifico e gli interessi dell’eredità culturale nel pianificare le politiche economiche; e c) ad accertarsi che queste politiche rispettino l’integrità dell’eredità culturale senza comprometterne i valori intrinseci*».

⁷⁵⁸ G. SEVERINI, *L’immateriale economico dei beni culturali*, cit., per il quale la valorizzazione in senso economico non riguarda in realtà il bene culturale in sé, ma l’organizzazione che lo gestisce.

⁷⁵⁹ Convenzione quadro del Consiglio d’Europa sul valore dell’eredità culturale per la società, sottoscritta a Faro nel 2005.

Il profilo relativo alla messa in valore del patrimonio immateriale viene in rilievo anche nella menzionata Decisione (UE) 2017/864 del Parlamento europeo e del Consiglio con cui l'Unione Europea ha comunicato l'approvazione dell'iniziativa "2018 Anno europeo del patrimonio culturale"⁷⁶⁰, i cui obiettivi principali sono: promuovere la diversità culturale, il dialogo interculturale e la coesione sociale; evidenziare il contributo economico offerto dal patrimonio culturale ai settori culturale e creativo, compreso per le piccole e medie imprese, e allo sviluppo locale e regionale; sottolineare il ruolo del patrimonio culturale nelle relazioni esterne dell'UE, inclusa la prevenzione dei conflitti, la riconciliazione postbellica e la ricostruzione del patrimonio culturale distrutto. Al considerando n. 5, in particolare, si evidenzia la rilevanza che il patrimonio culturale riveste per la società europea anche dal punto di vista economico e si precisa che la scelta strategica per il ventunesimo secolo è rappresentata dalla sua gestione sostenibile. Si afferma, inoltre, come attualmente il contributo del patrimonio culturale in termini di creazione di valore, competenze, occupazione e qualità della vita sia sottovalutato.

Soprattutto a livello internazionale ed europeo⁷⁶¹, dunque, si è posta maggiore attenzione sulle potenzialità economiche del settore culturale, potenzialità che riguardano, come si desume dalle disposizioni citate, anche il patrimonio identitario.

⁷⁶⁰ A.O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, cit., precisa che "Si tratta di una delle numerose iniziative della Commissione europea volte a sostenere la cultura. La sua presentazione tradisce un *fil rouge* ricorrente negli atti e documenti dell'Unione europea che attengono più in generale alla dimensione sociale. Nella breve brochure dell'evento si sottolinea che il patrimonio culturale europeo è 'fonte di crescita e di occupazione', è 'determinante per gli scambi dell'Europa con il resto del mondo'. Nell'indicare le ragioni della sua importanza per l'Europa, si mettono in primo piano (solo) i seguenti fattori: '300.000 persone sono impiegate nel settore del patrimonio culturale dell'UE; 7,8 milioni di posti di lavoro nell'UE sono indirettamente collegati al patrimonio culturale (ad esempio, interpretazione e sicurezza); i servizi ecosistemici forniti dalla rete Natura 2000 hanno un valore stimato di circa 200-300 miliardi di euro l'anno; per ciascun posto di lavoro diretto il settore del patrimonio culturale produce fino a 26,7 posti di lavoro indiretti, ad esempio nei settori dell'edilizia e del turismo. A titolo comparativo nel settore automobilistico questo rapporto è di 6,3 posti di lavoro indiretti per ciascun posto di lavoro diretto'. Il patrimonio culturale europeo è, così, declinato in termini di lavoro, occupazione e crescita economica".

⁷⁶¹ A.O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, cit., afferma che "vi è una crescente tendenza del diritto europeo, specie attraverso forme di soft law, a privilegiare e incentivare una lettura del patrimonio culturale in senso ampio indirizzata allo sviluppo economico, come volano di crescita e occupazione". Tuttavia "Se la dimensione economicistica avesse l'effetto di piegare le politiche pubbliche destinate alla cultura al solo fine dello sviluppo economico, entrerebbe in contrasto con i principi costituzionali italiani e, si crede, con le stesse tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri". Ma le azioni europee non considerano la dimensione culturale come mero motore di sviluppo economico. Invero "guardando ai principi che guidano l'impiego dei fondi strutturali europei e alle finalità 'di sistema' cui essi rispondono, merita innanzitutto ricordare che essi mirano non allo sviluppo economico in quanto tale, bensì alla coesione sociale. Crescita e occupazione in altre parole, sono (o meglio dovrebbero essere, stando alla stessa denominazione dei fondi) mezzi, e non obiettivi in sé. La finalità di fondo dovrebbe essere quella di rimediare a condizioni di svantaggio sociale".

Le suddette Convenzioni, oltre alla volontà di preservare le espressioni intangibili di una comunità, hanno quindi incentivato desideri di profitto e attività affaristiche da esercitare nell'ambito delle tradizioni culturali. In alcuni casi tali documenti consolidano tendenze già in atto poste in essere dalle Regioni⁷⁶² che, come sopra sottolineato, hanno cercato di colmare le lacune dell'ordinamento nazionale nella materia in esame, istituendo leggi specifiche. Alcune normative regionali, ben prima e a prescindere dalla adozione delle Convenzioni indicate, hanno promosso attività di valorizzazione economica del patrimonio culturale immateriale, in particolare la Regione Lombardia ha messo in luce la capacità di quest'ultimo di attrarre investimenti mediante la predisposizione di programmi specifici di sviluppo locale che tengano conto delle specifiche risorse endogene e delle loro potenzialità.

4.1. *Segnali di apertura verso la valorizzazione economica dei beni immateriali nella legislazione nazionale: la registrazione del marchio*

In ambito nazionale una particolare attenzione al valore economico immateriale nell'ottica di una maggiore crescita dell'economia locale emerge in primo luogo nella legislazione sui marchi⁷⁶³. Dal diritto industriale provengono segni inequivocabili dell'emancipazione del valore immateriale del bene culturale⁷⁶⁴, nello specifico l'art. 19 comma 3 del d.lgs. n. 30 del 10 febbraio 2005, come modificato dal d.lgs. 13 agosto 2010 n. 131, stabilisce che «*anche le amministrazioni dello Stato, delle regioni, delle province e dei comuni possono ottenere registrazioni di marchio, anche aventi ad oggetto elementi grafici distintivi tratti dal patrimonio culturale, storico, architettonico o ambientale del relativo territorio*». Le Amministrazioni possono dunque creare marchi che traggono spunto da un bene culturale o paesaggistico del proprio territorio, realizzandone una elaborazione grafica che possa essere lecitamente depositata e registrata. Si precisa che il marchio “non è un bene culturale immate-

⁷⁶² A. GARLANDINI, *Ecomusei e musei per la valorizzazione del patrimonio culturale immateriale. Nuovi istituti culturali per nuove missioni*, in C. GRASSEN (a cura di), *Ecomuseologie Pratiche e interpretazioni del patrimonio locale*, Quaderni del CE.R.CO., vol. 6, Guaraldi, Rimini, 2010, p. 25, precisa che tali tendenze regionali si manifestano “In primo luogo, attraverso la promozione delle attività territoriali dei musei, in particolare, ma non solo, di quelli di etnografia ed antropologia culturale. In secondo luogo, attraverso lo sviluppo di innovative forme di documentazione dei beni e delle tradizioni locali. In terzo luogo, attraverso lo sviluppo degli ecomusei”.

⁷⁶³ G. CAFORIO *La tutela delle tipicità appartenenti alla pubblica amministrazione*, in *Aedon*. n. 1/2014; S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, cit.

⁷⁶⁴ A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali*, cit.

riale, ma è un bene immateriale rappresentativo di beni culturali, materiali od immateriali”⁷⁶⁵.

La disposizione in esame sembra abbracciare tutte le testimonianze di civiltà compreso il patrimonio immateriale contemplato dalla Convenzione Unesco⁷⁶⁶. Si pensi a tal proposito alla Regione Umbria che ha come proprio segno distintivo uno dei più importanti patrimoni immateriali espressivi dell’identità e della storia regionale, i Ceri di Gubbio. Tutto ciò che è identificativo di un territorio (ed in Italia non vi è area geografica che non abbia peculiarità territoriali, storiche o ambientali di valore) può essere tradotto in simboli la cui registrazione consente la protezione e lo sfruttamento economico da parte dell’ente pubblico mediante la concessione di licenze su detti marchi e attraverso attività di *merchandising*⁷⁶⁷. Poiché tali beni appartengono alla collettività, nel momento in cui un imprenditore intende appropriarsene, in modo anche non esclusivo, sfruttandoli commercialmente, deve essere sottoposto al pagamento di una *royalty*, di un contributo che deve ricadere a vantaggio della comunità. La norma summenzionata prevede infatti che la destinazione delle somme ricavate deve essere diretta al finanziamento delle attività istituzionali o alla copertura degli eventuali disavanzi pregressi dell’ente.

Alcune amministrazioni territoriali hanno realizzato dei veri e propri marchi collettivi⁷⁶⁸ per identificare produzioni locali e garantirne la conformità a regole di produzione e/o commercializzazione, l’origine o il fatto che vengano sottoposti a

⁷⁶⁵ S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, cit., ritiene che tale precisazione possa contribuire a superare il dubbio di compatibilità del diritto di esclusiva derivante dalla registrazione del marchio con la regola della fruibilità collettiva del bene culturale.

⁷⁶⁶ A. BARTOLINI, *L’immateralità dei beni culturali*, cit.

⁷⁶⁷ S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, cit., evidenzia che “La registrazione, da parte delle Amministrazioni, del marchio avente ad oggetto elementi grafici distintivi tratti dal patrimonio culturale, consente uno sfruttamento dello stesso (per meglio dire, della sua componente immateriale) a fini commerciali (anche mediante concessione di licenze e per attività di *merchandising*), a condizione che i proventi siano destinati al finanziamento delle attività istituzionali od alla copertura di eventuali disavanzi pregressi dell’ente”.

⁷⁶⁸ G. CAFORIO, *La tutela delle tipicità appartenenti alla pubblica amministrazione*, cit., precisa che “Il marchio collettivo svolge una funzione diversa da quella tipica del marchio d’impresa: il primo, infatti, non serve a contraddistinguere il prodotto di un imprenditore, ma è uno strumento collettivo di identificazione, che ha la finalità di garantire l’origine, la qualità o la natura di un prodotto o di un servizio. I marchi collettivi sono soggetti ad una disciplina specifica che si differenzia da quella dei marchi individuali, sia sotto il profilo dei soggetti cui è attribuita la titolarità, che in relazione ai presupposti cui è legati il riconoscimento, sia rispetto alla disciplina applicativa ed agli strumenti attuativi. Per marchio collettivo, secondo la definizione dell’art. 2570 cod. civ. e art. 11 del Codice della proprietà industriale, si intende il marchio la cui registrazione viene richiesta non già da un singolo imprenditore che lo utilizza per contraddistinguere i prodotti provenienti dalla propria azienda, bensì da ‘soggetti che svolgono la funzione di garantire l’origine, la natura o la qualità di determinati prodotti e servizi’, al fine di ‘concederne l’uso, secondo le norme dei rispettivi regolamenti, a produttori e commercianti”.

controlli specifici. Il marchio collettivo di un bene culturale immateriale assolve a particolari finalità, prevalentemente legate allo sviluppo ed alla valorizzazione di determinate attività produttive. Un esempio significativo in questo senso si rinviene nella registrazione del marchio collettivo che riproduce le maschere caratterizzanti il particolare carnevale del centro Sardegna, le cui celebrazioni hanno origini antichissime e rimandano al profondo rapporto tra uomo e natura. Ci si riferisce ai *Mamuthones* e *Issohadores* di Mamoiada e ai *Boes*, *Merdules* e *sa Filonzana* di Ottana. Tale marchio verrà dato in concessione dal Comune agli artigiani locali che intarsiano le maschere, valorizzando così la propria storia e le proprie tradizioni e facendole nel contempo diventare una fonte di reddito.

Poiché uno degli elementi che connota i beni immateriali è rappresentato dallo stretto collegamento con il territorio in cui sono sorti e tramandati si potrebbe sfruttare economicamente anche il marchio geografico o territoriale⁷⁶⁹: il nome di un comune, di una provincia, di una regione o di un luogo particolare, una volta registrati, possono essere ceduti ad un produttore o un'impresa a fini commerciali. Il marchio territoriale si registra per comunicare ai consumatori un messaggio: il prodotto che si realizza in questo territorio ha un'alta qualità e deve avere un prezzo adeguato⁷⁷⁰. Un esempio concernente la Regione Sardegna si rinviene nel Marchio collettivo geografico (MCG) promosso dall'Assessorato regionale del Turismo, Artigianato e Commercio in collaborazione con il Sistema delle Camere di commercio della Sardegna che si propone di valorizzare e tutelare le lavorazioni tradizionali, assicurando il riconoscimento della loro origine. L'obiettivo perseguito dalla concessione in uso del marchio è valorizzare la qualità delle lavorazioni artigianali e il valore intrinseco delle opere attraverso un chiaro riconoscimento dell'origine, distinguendo i manufatti sardi dai prodotti industriali che imitano le lavorazioni artigianali dell'Isola.

⁷⁶⁹ Il comma 4 dell'art. 11 del Codice di proprietà industriale chiarisce: «In deroga all'articolo 13, comma 1, un marchio collettivo può consistere in segni o indicazioni che nel commercio possono servire per designare la provenienza geografica dei prodotti o servizi. In tal caso, peraltro, l'Ufficio italiano brevetti e marchi può rifiutare, con provvedimento motivato, la registrazione quando i marchi richiesti possono creare situazioni di ingiustificato privilegio o comunque recare pregiudizio allo sviluppo di altre analoghe iniziative nella regione. L'Ufficio italiano brevetti e marchi ha facoltà di chiedere al riguardo l'avviso delle amministrazioni pubbliche, categorie e organi interessati o competenti. L'avvenuta registrazione del marchio collettivo costituito da nome geografico non autorizza il titolare a vietare a terzi l'uso nel commercio del nome stesso, purché quest'uso sia conforme ai principi della correttezza professionale».

⁷⁷⁰ P.F. UNGARI, *La sponsorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 1/2014.

L'utilizzazione dei nomi geografici o dei simboli legati al territorio consente agli enti pubblici territoriali di monetizzare la fama legata a quella specifica area geografica e nello stesso tempo di promuovere le attività e le iniziative che ad essa appartengono. Il marchio relativo a beni immateriali potrebbe quindi costituire uno strumento idoneo ad innescare circoli virtuosi sia per le casse degli enti, sia per le attività economiche locali. Invero, la componente immateriale – ossia le tradizioni, i saperi e le pratiche di un territorio – costituisce un fattore determinante nei processi produttivi delle imprese locali e si traduce in un valore aggiunto dei beni e servizi da esse offerti. Questi ultimi sono in grado di differenziarsi sul mercato in quanto estrinsecazione di una determinata conoscenza e creatività legate ad un peculiare luogo che spesso è anche garanzia di qualità.

Nell'ottica della competitività di una determinata località la cultura immateriale assume quindi un ruolo determinante poiché “vive nella materialità, nel senso che si crea, si sedimenta, si rigenera, nelle persone, nelle relazioni, negli artefatti, nelle istituzioni, e anche nelle organizzazioni di produzione e nei prodotti. [...] La produzione culturale (densa di contenuti simbolici ed estetici, di emozioni, di esperienze) vive di supporti e strutture fisiche, di risorse umane, di organizzazione, di investimenti; in “luoghi” caratterizzati da una storia, da una posizione geografica, da una vita sociale particolari”⁷⁷¹. È dunque innegabile il valore attribuibile al patrimonio identitario il quale è in grado di suscitare interesse da più parti (soggetti profit e no profit).

5. Partenariato pubblico-privato e beni culturali immateriali

Le azioni di *partnership* pubblico-private aventi ad oggetto beni culturali immateriali assumono rilevanza in quanto l'apporto delle comunità patrimoniali (secondo la terminologia adottata dalla Convenzione di Faro sul valore del patrimonio culturale per la società) e delle imprese private, in termini di competenze tecniche, manageriali e di risorse finanziarie, svolge un ruolo trainante e si traduce nell'effetto costituito dall'innalzamento della qualità dei servizi offerti. Per la effettiva riuscita di tali operazioni sarà imprescindibile la elaborazione di strategie di sviluppo territoria-

⁷⁷¹ M. TAMMA, *Prodotti culturali e territori: l'immateriale che “vive” nella materialità*, cit., p. 31.

le condivise, l'individuazione delle risorse da utilizzare e una chiara divisione delle responsabilità.

Il punto di convergenza tra i differenti interessi pubblici e privati è rappresentato dalla salvaguardia del patrimonio in esame, funzione su cui è incentrata la Convenzione Unesco del 2003: tali iniziative devono avere come obiettivo comune la tutela e la valorizzazione culturale del bene immateriale. In ciò le operazioni di partenariato, benché anch'esse potenzialmente produttive di introiti economici per le casse pubbliche, si differenziano dalla registrazione del marchio nella cui disciplina la tutela del valore culturale del bene assume rilevanza solo indirettamente in quanto la protezione riguarda in primo luogo "l'appetibilità commerciale di un'attività produttiva, essenzialmente legata al turismo, alla filiera agroalimentare o all'artigianato, che presuppone una tradizione, una qualità distintiva, questa sì avente carattere culturale ma che non costituisce l'oggetto della salvaguardia"⁷⁷².

Si rileva, inoltre, che le azioni di partenariato, poiché indirizzate alla valorizzazione, avente come obiettivi la promozione della conoscenza ed una maggiore fruizione del bene⁷⁷³, hanno una finalità c.d. "inclusiva", tendente alla realizzazione di una maggiore partecipazione possibile al patrimonio culturale. Anche in relazione a tale profilo si differenziano dalla registrazione del marchio che implica, invece, un'esclusione dall'utilizzazione di connotati distintivi positivi⁷⁷⁴.

Nella Convenzione Unesco sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali si rinviene un esplicito riferimento al partenariato pubblico-privato all'art. 15, ai sensi del quale: «*Le Parti contraenti promuovono lo svilup-*

⁷⁷² P.F. UNGARI, *La sponsorizzazione dei beni culturali*, cit., afferma che "Quale che sia la situazione geografica e il tipo di componente culturale che dà luogo al marchio, mi sembra che l'ente esponenziale agisca come qualsiasi titolare di un marchio industriale, per curare un interesse economico, presupponendo che del marchio si giovino, quali produttori o lavoratori, imprese e cittadini appartenenti alle collettività di riferimento. Se interviene per inibire o conformare l'utilizzazione abusiva o impropria da parte di terzi, o per ricondurre i consorziati che utilizzano quel marchio all'interno delle regole del disciplinare, lo fa mediante strumenti che non sono pubblicitari. Soprattutto, lo fa per proteggere il mercato, e solo occasionalmente per una finalità di interesse culturale".

⁷⁷³ S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, cit., ritiene condivisibile l'affermazione di G. SCIULLO, *Le funzioni*, cit., p. 62, secondo cui "la fruizione resta, sul piano sistematico, solo un aspetto della valorizzazione, più esattamente una finalità che questa deve perseguire e uno degli ambiti della disciplina relativa a detta funzione".

⁷⁷⁴ P.F. UNGARI, *La sponsorizzazione dei beni culturali*, cit., mette in luce come "La difesa del marchio comporta un'esclusione dall'utilizzazione di connotati distintivi positivi. Al contrario, il bene culturale assolve ad una finalità inclusiva, renderlo fruibile nelle forme più articolate possibili al maggior numero di persone possibile. In un certo senso appartiene a tutti e da tutti, nel rispetto della disponibilità e delle esigenze del proprietario, deve poter essere ammirato, conosciuto, studiato, consumato (non in senso materiale, evidentemente), nelle forme sempre più penetranti e per certi versi anche preoccupanti, che tecnologia e costume sociale ci propongono".

po dei partenariati tra il settore pubblico e privato e le organizzazioni senza scopo di lucro così come al loro interno, al fine di cooperare con i Paesi in via di sviluppo e rafforzare la loro capacità di proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali. In risposta ai bisogni concreti dei Paesi in via di sviluppo, questi partenariati innovatori porranno l'accento sullo sviluppo delle infrastrutture, delle risorse umane e delle politiche nonché sugli scambi d'attività, di beni e di servizi culturali».

Anche nella Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società, all'art. 11⁷⁷⁵, relativo alla gestione dell'eredità culturale, si incentiva una *governance* multilivello da parte delle autorità pubbliche, individui, imprese, organizzazioni no profit, incoraggiando anche le loro iniziative volontarie. In tale ottica si promuove, altresì, lo sviluppo di un quadro giuridico, finanziario e professionale che permetta l'azione congiunta tra istituzioni e parti sociali.

A livello europeo si può rinvenire un fondamento di tali forme collaborative nella decisione che ha proclamato l'iniziativa “2018 Anno europeo del patrimonio culturale”, in particolare al considerando n. 16 si chiarisce che «*Al fine di poter sfruttare a pieno il potenziale del patrimonio culturale per le società e le economie europee, la salvaguardia, il rafforzamento e la gestione del patrimonio culturale richiedono un'efficace governance partecipativa (vale a dire multilivello e fra diversi portatori di interessi) e una cooperazione intersettoriale rafforzata, come affermato dal Consiglio nelle conclusioni del 25 novembre 2014. Una tale governance e cooperazione coinvolge tutti i portatori di interessi, comprese le autorità pubbliche, il settore del patrimonio culturale, gli attori privati e le organizzazioni della società civile, come le ONG, e le organizzazioni nel settore del volontariato».*

In ambito nazionale, la lacuna riguardante la disciplina relativa ai beni immateriali si traduce inevitabilmente nell'assenza di disposizioni specifiche concernenti la loro valorizzazione mediante collaborazione tra settore pubblico e privato. Si osserva, tuttavia, come tale possibilità cooperativa possa desumersi innanzitutto dall'art.

⁷⁷⁵ Articolo 11, *Organizzazione delle responsabilità pubbliche in materia di eredità culturale*, stabilisce che «Nella gestione dell'eredità culturale, le Parti si impegnano a: 1. promuovere un approccio integrato e bene informato da parte delle istituzioni pubbliche in tutti i settori e a tutti i livelli; 2. sviluppare un quadro giuridico, finanziario e professionale che permetta l'azione congiunta di autorità pubbliche, esperti, proprietari, investitori, imprese, organizzazioni non governative e società civile; 3. sviluppare metodi innovativi affinché le autorità pubbliche cooperino con altri attori; 4. rispettare e incoraggiare iniziative volontarie che integrino i ruoli delle autorità pubbliche; 5. incoraggiare organizzazioni non governative interessate alla conservazione dell'eredità ad agire nell'interesse pubblico».

118, c. 4, Cost. il quale consacra il principio di sussidiarietà orizzontale secondo cui lo Stato e gli altri enti pubblici *«favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale»*. Come già osservato, secondo la lettura abbracciata dalla Corte Costituzionale⁷⁷⁶, siffatto principio non si limita a promuovere la partecipazione della società civile e lo svolgimento di attività di interesse generale da parte di soggetti no profit ma apre l'iniziativa privata anche al mondo delle imprese, ponendosi così in linea con le evoluzioni del diritto dell'Unione europea. Quanto affermato ha evidenti ricadute sull'interpretazione dell'art. 6, comma 3, del d.lgs. 42/2004, secondo cui *«la Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale»*. Tale disposizione, la cui applicazione è estendibile anche ai beni intangibili, incentiva il partenariato e, in virtù della concezione ampia di sussidiarietà orizzontale oggi accolta, la partecipazione anche dei soggetti imprenditoriali alla gestione dei beni culturali.

Anche l'art. 111⁷⁷⁷ del d.lgs. 42/2004 secondo cui *«la valorizzazione ad iniziativa privata è attività socialmente utile e ne è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale»*, e l'art. 115, che disciplina le forme di gestione, possono essere senza difficoltà essere estesi anche ai beni intangibili. In particolare l'art. 115, comma 3, come modificato dai decreti legislativi correttivi 24 marzo 2006, n. 156 e 26 marzo 2008, n. 62, il quale stabilisce che le attività di valorizzazione dei beni culturali di apparte-

⁷⁷⁶ Corte costituzionale, nella sentenza 163 del 2012, pronunciandosi sulla legittimità del “progetto strategico” previsto dall'art. 30, comma 1, decreto legge 6 giugno 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, ha offerto un'interpretazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale sensibile alle evoluzioni del diritto dell'Unione europea. Secondo la Corte “la previsione del ‘concorso delle imprese e gli enti titolari di reti e impianti di comunicazione elettronica fissa o mobile’ ed il riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale e di partenariato pubblico-privato costituiscono mera attuazione della indicazione comunitaria secondo la quale i programmi operativi degli Stati membri devono definire un ‘insieme equilibrato di interventi destinati a incentivare e a completare gli interventi del settore privato’ ed incoraggiare gli investimenti privati ‘attraverso un appropriato coordinamento della pianificazione e delle norme in materia di condivisione delle infrastrutture fisiche e attraverso misure finanziarie mirate a ridurre i rischi e promuovere la creazione di nuove infrastrutture aperte’ (Comunicazione della Commissione Ue del 2010 su ‘La banda larga in Europa’)”.

⁷⁷⁷ Art. 111 D.lgs. 42/2004 stabilisce che «1. 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 indicate all'articolo 6. A tali attività possono concorrere, cooperare o partecipare soggetti privati. 2. La valorizzazione è ad iniziativa pubblica o privata. 3. La valorizzazione ad iniziativa pubblica si conforma ai principi di libertà di partecipazione, pluralità dei soggetti, continuità di esercizio, parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione. 4. La valorizzazione ad iniziativa privata è attività socialmente utile e ne è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale».

nenza pubblica possono essere gestite in forma diretta, attraverso proprie strutture interne, oppure indiretta «tramite concessione a terzi delle attività di valorizzazione, anche in forma congiunta e integrata, da parte delle amministrazioni cui i beni pertengono... mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti», può essere esteso, senza eccezionale sforzo interpretativo, anche alle ipotesi di gestione del servizio di valorizzazione concernente i beni immateriali. Non si ravvisa, infatti, alcuna difficoltà applicativa a differenza di quanto avviene per le norme che riguardano la tutela intesa in senso vincolistico e conservativo.

Secondo una certa lettura, inoltre, anche la valorizzazione dei beni culturali ex art. 117 Cost. può intendersi come una modalità indiretta di apertura “all’intervento di una pluralità di soggetti pubblici, comprensivi di tutti i livelli di governo, e privati, sia for profit sia no profit”⁷⁷⁸ e, considerando che la formulazione dell’art. 9 della Cost. è compatibile con una interpretazione ampia che include anche i beni intangibili, siffatta considerazione può essere allargata anche a questi ultimi.

5.1. Sponsorizzazione e beni culturali immateriali

Per quanto concerne il legame tra sponsorizzazione e il tema dell’immaterialità⁷⁷⁹ viene in rilievo il ruolo della prima nell’ambito delle manifestazioni artistiche e culturali ed in particolare dei festival delle tradizioni native e delle fiere dei prodotti tipici. È possibile conferire un valore commerciale ai beni immateriali in cui si sostanziano tali eventi e sfruttarli economicamente in quanto i saperi e le pratiche tradizionalmente condivise dalla comunità locali, il cibo, i manufatti artigianali e l’arte locale sono in grado di attrarre turismo e dunque potenziale clientela per le imprese sponsor. In tale ottica si rileva che, generalmente, un’impresa decide di perseguire una strategia di sponsorizzazione di questo tipo al fine di associare la propria immagine ad un mondo ricco di significati, valori ed emozioni, accreditandosi in questo modo agli occhi del suo pubblico. Invero, attraverso i suddetti eventi

⁷⁷⁸ S. BALDIN, *I beni culturali immateriali e la partecipazione della società nella loro salvaguardia: dalle convenzioni internazionali alla normativa in Italia e Spagna*, cit., che richiama C. BARBATI, *Governo del territorio, beni culturali e autonomie: luci e ombre di un rapporto*, in *Aedon*, n. 3/2009.

⁷⁷⁹ S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, cit.; G. MANFREDI, *Le sponsorizzazioni dei beni culturali e il mercato*, in *Aedon*, n. 1/ 2014; P.F. UNGARI, *La sponsorizzazione dei beni culturali*, cit.

culturali, le imprese possono entrare in contatto o rafforzare le relazioni già esistenti con le comunità locali e i potenziali clienti. In alcuni casi, inoltre, la sponsorizzazione può fornire una via per accedere, in maniera indiretta, ad una esposizione pubblicitaria più credibile mediante la quale è possibile differenziarsi dai propri concorrenti.

Le amministrazioni, dal loro canto, mirano ad ottenere risorse per il finanziamento degli eventi oppure prestazioni di servizi o forniture finalizzati alla loro effettiva riuscita. Spesso, infatti, la realizzazione di eventi socio-culturali richiede non solo ingenti sforzi finanziari ma anche organizzativi che possono essere soddisfatti mediante forme di sponsorizzazione tecnica. Soprattutto nella realizzazione di grandi eventi si richiedono “doti di efficienza e puntualità che le autorità pubbliche faticano ad acquisire e mantenere e che trovano migliore espressione in ambito privato, di guisa che un diverso coinvolgimento anche operativo delle imprese può, a certe condizioni, aiutare in tal senso”⁷⁸⁰.

Anche in relazione ai beni culturali immateriali si pone il problema della prescrizione di compatibilità stabilita dall’art. 120 del Codice dei beni culturali secondo cui la sponsorizzazione deve svolgersi «*in forme compatibili con il carattere artistico o storico, l’aspetto e il decoro del bene culturale da tutelare o valorizzare*». Siffatta disposizione, infatti, non si riferisce alla tutela della *res* in quanto tale bensì al suo valore culturale immateriale⁷⁸¹, potenzialmente pregiudicato dall’accostamento di un determinato marchio o prodotto ad una certa iniziativa. La valutazione di compatibilità risulta indefettibile anche in relazione alle operazioni di valorizzazione che riguardano i beni intangibili in quanto non si deve salvaguardare solo il bene culturale in senso materiale ma anche la valenza identitaria e rappresentativa della comunità locale. In tal senso si è affermato che “L’immaterialità, d’altronde, è connaturata ai beni culturali, anche perché immateriale e intangibile è, al fondo, il motivo più alto

⁷⁸⁰ M. CAPANTINI, *I partenariati pubblico privati nell’organizzazione di grandi eventi, Esperienze europee* in M.P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009.

⁷⁸¹ M.L. MADDALENA, *Il contributo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali e tutela del “valore culturale” come bene immateriale*, in *Gazzetta amministrativa*, n. 3/ 4 -2015, p. 71; cfr. P.F. UNGARI, *La sponsorizzazione dei beni culturali*, cit., secondo cui “Se poi consideriamo il parametro di questa valutazione di compatibilità, ‘il carattere artistico o storico, l’aspetto o il decoro del bene culturale da tutelare o valorizzare’, sembra ancora più chiara l’estensione della portata applicativa della norma: i lemmi, tipici delle prime normative del settore, esprimono la radice dell’interesse culturale che giustifica la stessa qualificazione della cosa come bene culturale. E richiedono una valutazione che va oltre la conservazione del supporto materico del bene, ciò che costituisce l’aspetto più scontato, per riguardare direttamente l’immagine del bene, nella sua più evidente portata estetico-percettiva, ma anche il suo significato identitario, magari in un contesto allargato e riferito al paesaggio, all’ambiente che il bene è in grado di evocare o riassumere”.

che spinge a proteggerli e a favorirne la conoscenza”⁷⁸². La possibilità di associare una tradizione ad una campagna di *marketing*, dunque, richiede necessariamente un penetrante controllo onde evitare che “l'utilizzazione da parte dello sponsor trasmodi in una forma di appropriazione ideale, sottraendo ad un bene, che per definizione appartiene a tutti, valore identitario”⁷⁸³.

In sostanza, per ledere un bene culturale non è necessario che esso assuma connotati tangibili in quanto il bene immateriale può essere pregiudicato autonomamente, come dimostra il caso della recente e ormai celebre pubblicità dell'immagine del David di Michelangelo che imbraccia un potente fucile da guerra⁷⁸⁴. Tale vicenda dimostra in maniera evidente che anche la riproduzione fotografica dell'immagine di un bene culturale materiale, senza “turbare” in alcun modo la statua originale, si può porre in contrasto con il “decoro” del bene e con il divieto di attività commerciali incompatibili con le esigenze di tutela.

L'azione e la strumentazione del Mibact, improntata alla tutela della materialità che costituisce il presupposto per proteggere il bene culturale nel nostro ordinamento, appare inadeguata quando sia in gioco, come avviene nel caso delle sponsorizzazioni, la tutela non della *res* ma del suo valore immateriale⁷⁸⁵.

6. Ecomusei: esempio di pratica partecipata di valorizzazione del patrimonio culturale immateriale

Nella ricerca e sperimentazione di nuove forme di gestione partecipata del patrimonio immateriale mediante forme di collaborazione tra pubblico e privato si inseriscono gli ecomusei.

⁷⁸² L. CASINI, *Noli me tangere*, cit.

⁷⁸³ P.F. UNGARI, *La sponsorizzazione dei beni culturali*, cit.

⁷⁸⁴ L. CASINI, *Noli me tangere*, in *Aedon*, n. 1/2014, evidenzia come “la vicenda del David mette in pieno risalto l'elemento caratterizzante dei beni culturali, così come identificato già negli anni Settanta da Massimo Severo Giannini, ossia la loro immaterialità: elemento che va riferito al valore culturale inscindibilmente connesso alla cosa che ne reca la testimonianza... Proprio l'episodio del David mostra come questo assetto sia oggi messo a dura prova da diversi fattori, quali la diffusione di nuove tecnologie, la possibilità di riprodurre opere in modo sempre più fedele all'originale, la evoluzione delle modalità della loro fruizione (basti citare il *Google Art Project*, che offre una *street view* di oltre 300 musei del mondo, di cui 15 italiani, come i Musei Capitolini e gli Uffizi), la crescita dell'importanza economica dei beni culturali e la sempre maggior richiesta di un uso anche commerciale del valore da questi racchiuso”.

⁷⁸⁵ A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 1/2014.

La capacità di valorizzare *assets* immateriali costituisce il tratto distintivo e il valore aggiunto dell'ecomuseo⁷⁸⁶, mentre si riscontra un utilizzo meno frequente di tale istituto in relazione a beni materiali. Il fenomeno ecomuseale può essere attualmente considerato come l'esempio più riuscito, nel solco della sussidiarietà orizzontale, di condivisione e integrazione di competenze tra partner di diversa natura nella realizzazione di progetti che hanno come obiettivi la salvaguardia e valorizzazione delle tradizioni socioculturali locali. La partecipazione attiva della popolazione garantisce una efficace promozione della sua crescita culturale a cui segue il consolidamento di un sentimento di identità e appartenenza ad un determinato territorio. Siffatta forma di partecipazione si riflette, inoltre, in una maggiore coesione sociale⁷⁸⁷ e in un miglioramento del benessere sociale dei cittadini.

La logica ecomuseale sembra rispondere pienamente ai principi su cui si basa la Convenzione di Faro del 2005 in cui assume centralità il valore della persona, dello sviluppo umano, della qualità della vita e della costruzione di una società pacifica e democratica a cui è funzionale il diritto di prendere parte alla vita culturale. L'approccio *bottom-up*, ossia mediante ampio coinvolgimento della popolazione locale, indicato dalla Convenzione sembra pienamente accolto dall'istituto in esame. In tale ottica l'ecomuseo può essere considerato come una forma di partecipazione collettiva alla conservazione di memorie storiche in cui la società locale assume un ruolo di primo piano sia dal punto di vista progettuale che gestionale e, per tale ragione, viene spesso definito come un "patto con il quale una comunità si impegna a

⁷⁸⁶ PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO, ASSESSORATO ALLA CULTURA (a cura di), *Gli ecomusei nella Provincia Autonoma di Trento*, pubblicato nella collana Documenti di lavoro di Trentino Cultura, 2004, p. 14, osserva che "Pare che la dimensione dell'immaterialità costituisca uno dei fattori distintivi dell'ecomuseo: infatti l'ecomuseo si pone come soggetto capace di valorizzare *assets* soprattutto immateriali, siano essi tradizioni, memoria, studi scientifici, relazioni, azioni, processi, modelli sociali e di governance.... Mentre, almeno nell'esperienza italiana la proprietà delle strutture materiali (collezioni, ma anche beni immobili) resta in capo agli Enti che partecipano all'azione ecomuseale". Cfr. M. CERQUETTI, *Dal materiale e all'immateriale. Verso un approccio sostenibile alla gestione nel contesto globale*, cit., p. 260, che afferma "il patrimonio culturale su cui si innestano molti progetti ecomuseali ha una rilevanza di carattere demotnoantropologico riconducibile proprio alle «espressioni di identità culturale collettiva», richiamate in Italia all'art. 7-bis del Codice, da cui derivano sia testimonianze materiali aventi valore di civiltà sia produzioni locali contemporanee".

⁷⁸⁷ G. D'AMIA, *La partecipazione dei cittadini e delle associazioni*, in *Rapporto sullo stato delle politiche per il paesaggio*, CLAN Group, Roma, 2018, p. 480, precisa che "Gli ecomusei italiani, a prescindere che siano essi istituiti da Enti pubblici o da Associazioni culturali di cittadini, contribuiscono a rafforzare il senso di appartenenza di una comunità al proprio territorio, aspirando a promuovere una maggiore coesione sociale".

prendersi cura di un territorio”⁷⁸⁸. Il termine “patto” evoca una condivisione valoriale e di obiettivi che è alla base di ogni operazione di *partnership* pubblico privata.

Ostacolo preliminare che si incontra nell’affrontare il tema in esame riguarda l’elaborazione di un dato definitorio che consenta di ricomprendere l’estrema varietà e dinamicità delle esperienze applicative ricondotte a siffatto fenomeno⁷⁸⁹. Invero in alcuni casi si presenta come una organizzazione duratura e stabile, mentre altre volte è connotato da caratteri di occasionalità con l’unico fine di intercettare risorse⁷⁹⁰. Siffatta difficoltà nell’individuare una definizione univoca è dovuta anche al fatto che a livello nazionale non si rinviene una normativa specifica riguardante l’istituzione e il riconoscimento degli ecomusei. Così come è avvenuto per la disciplina e valorizzazione del patrimonio immateriale si è quindi demandata all’iniziativa delle Regioni l’elaborazione di differenti modelli e nozioni dando vita ad una situazione variegata e complessa⁷⁹¹. D’altra parte, l’assenza di una legge nazionale relativa al sistema ecomuseale ha consentito di dar vita ad uno strumento dinamico modulato in base ai differenti contesti locali e capace di sfruttare al meglio le potenzialità dei territori in cui opera.

⁷⁸⁸ Cfr. M. MAGGI, V. FALLETTI, *Gli ecomusei. Che cosa sono, cosa possono diventare*, Allemandi, 2001, pp. 3-8, forniscono una definizione da cui si evince come la partecipazione (vera) dei cittadini sia alla base del successo di questo percorso. Il termine patto si rinviene nella prima definizione italiana di ecomuseo riportata dalla Dichiarazione di Intenti approvata dai partecipanti all’incontro *Reti lunghe: gli ecomusei e l’Europa*, tenutosi a Trento dal 5 all’8 maggio 2004, secondo cui “l’ecomuseo è un processo dinamico con il quale le comunità conservano, interpretano e valorizzano il proprio patrimonio in funzione dello sviluppo sostenibile. Un ecomuseo è basato su un patto con la comunità”. Definizione da cui hanno preso spunto diverse leggi regionali tra cui la L.R. n. 16 del 2 luglio 2014 (All. 5) che definisce l’ecomuseo come “una forma museale, mirante a conservare, comunicare e rinnovare l’identità culturale di una comunità. Esso costituisce un patto con il quale una comunità si impegna a prendersi cura di un territorio e si attua attraverso un progetto condiviso e integrato di tutela, valorizzazione, manutenzione e produzione di cultura di un territorio geograficamente, socialmente ed economicamente omogeneo, connotato da peculiarità storiche, culturali, materiali ed immateriali, paesistiche ed ambientali”.

⁷⁸⁹ Secondo G. D’AMIA, *Gli ecomusei in Italia: una realtà in evoluzione*, *Territorio* 82/2017, pp. 87-103, il nome “eco-museo” è un termine accattivante che si presta a interpretazioni (e distorsioni) molteplici, anche molto distanti dalle definizioni formulate dall’ecomuseologia. M. CERQUETTI, *Dal materiale all’immateriale. Verso un approccio sostenibile alla gestione nel contesto globale*, cit., p. 261, evidenzia che “Dagli anni Settanta ad oggi a livello internazionale sotto l’etichetta ecomuseale sono state così sperimentate formule molto diverse, con tentativi di distinzione e definizione che, in mancanza di adeguati riferimenti normativi o scientifici, risultano più vicini a sovrastrutture continuamente modificabili piuttosto che a categorie utili alla conoscenza, comprensione e gestione del fenomeno”. Per una sintesi dei filoni storici e culturali degli ecomusei in tutta Europa, M. MAGGI, *Ecomusei. Guida europea*, Allemandi, Torino, 2003.

⁷⁹⁰ G. D’AMIA, *La partecipazione dei cittadini e delle associazioni*, cit., p. 479.

⁷⁹¹ G. D’AMIA, *La partecipazione dei cittadini e delle associazioni*, cit., osserva che “Le forti diversità tra gli eco-musei italiani – per obiettivi, tematiche trattate, modalità di istituzione (bottom-up o top-down) o di partecipazione delle associazioni locali e della popolazione alle attività culturali promosse – è andata col tempo accresendosi”.

Occorre innanzitutto precisare che con il suffisso “eco” si richiama una struttura a basso impatto ambientale da intendersi non in senso ristretto, ossia rispettosa delle condizioni fisico-biologiche che consentono la vita, ma in senso più ampio, come coerente con quel complesso di condizioni sociali e culturali di un determinato territorio, con la storia della popolazione che ci vive e con i segni materiali e immateriali lasciati da coloro che lo hanno abitato in passato. Dunque conservare e costruire in maniera ecologica il proprio patrimonio significa inserirlo in una rete di valori, rapporti e relazioni costituiti in primo luogo da individui e da vissuti locali.

Esso supera il concetto tradizionale di museo detto “sotto vetro”, quale mero contenitore di oggetti⁷⁹² e si presenta come uno spazio aperto di cultura che garantisce non più solo esigenze di conservazione e contemplazione ma anche di partecipazione e condivisione da parte della comunità. Pertanto non costituisce una struttura permanente⁷⁹³ ma si configura piuttosto come un “processo”⁷⁹⁴ la cui dinamicità dipende dalla comunità che lo anima.

È proprio l’eterogeneità e mutevolezza della cultura “fenomeno evanescente senza perimetrazioni certe” che “ha influito sul settore museale rendendolo a sua volta disaggregato e difficilmente riconducibile ad unità”⁷⁹⁵. Il superamento della staticità organizzativa e gestionale a favore di forme più efficienti e flessibili ha interessato anche l’istituzione museale tradizionale la quale ha mutato ruolo, funzioni e significato⁷⁹⁶. Tale mutamento si è manifestato mediante un maggior coinvolgi-

⁷⁹² A. CRISMANI, *Cultura e sistema museale: le regole del gioco*, cit., p. 62, afferma che “Nella letteratura giuridica nazionale, per indicare i musei il legislatore ha spesso fatto ricorso al termine più generico di “istituti d’antichità e d’arte”, con un riferimento lessicale che ben evidenzia implicitamente come, nel nostro Paese, tali istituzioni siano state storicamente identificate con gli enti deputati a preservare ed esporre beni di specifico interesse storico e/o artistico, se no addirittura con le strutture fisiche atte a contenere il patrimonio oggetto di tutela”.

⁷⁹³ Il Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42/2004) all’art. 101 definisce i musei come “strutture permanenti che acquisiscono, catalogano, conservano, ordinano ed espongono beni culturali per finalità di educazione e di studio” e li annovera, insieme alle biblioteche, aree archeologiche, ai parchi archeologici e ai complessi monumentali tra “gli istituti e luoghi della cultura” che, qualora appartengano a soggetti pubblici, sono destinati alla pubblica fruizione ed espletano un servizio pubblico, mentre se appartengono a soggetti privati e sono aperti al pubblico espletano un servizio privato di utilità sociale.

⁷⁹⁴ La visione degli ecomusei come un processo con cui le comunità locali reinterpretano il patrimonio culturale come strumento di sviluppo locale si deve a de Varine.

⁷⁹⁵ A. CRISMANI, *Cultura e sistema museale: le regole del gioco*, cit., p. 61, smentisce l’immaginario collettivo in cui i musei “sono lo spazio in cui gli oggetti e i beni conservati ed esposti sono l’espressione valida e certificata di un patrimonio il cui valore culturale è accertato, codificato, condiviso, e proprio in virtù di questo preservato ed esibito”.

⁷⁹⁶ A. CRISMANI, *Cultura e sistema museale: le regole del gioco*, cit., p. 61.

mento dei privati, prevalentemente *no profit*, nella loro gestione⁷⁹⁷ e attraverso una differenziazione dell'offerta non più finalizzata alla mera funzione educativa e conoscitiva ma altresì all'intrattenimento e alla socializzazione⁷⁹⁸. In particolare l'evoluzione normativa ha condotto ad identificare il museo non più quale "contenitore di oggetti di antichità e d'arte" bensì quale soggetto giuridico avente come funzione principale la valorizzazione e la più ampia fruizione delle espressioni materiali che, a prescindere dalla loro natura, costituiscono testimonianza avente valore di civiltà⁷⁹⁹. Si riscontrano, peraltro, esempi e tentativi di protezione della cultura immateriale e delle diversità etniche posti in essere da istituzioni museali statali, quali il "Museo preistorico etnografico Luigi Pigorini"⁸⁰⁰ e il "Museo nazionale delle arti e

⁷⁹⁷ D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit., precisa che "l'utilizzo di forme di gestione eterogenee caratterizzate da assetti decisionali e organizzativi flessibili in relazione alla dimensione e all'importanza del sito culturale e alle finalità che si intendevano perseguire. Si è, in particolare, registrato il maggior ricorso a forme di gestione 'ibride' caratterizzate da un maggior coinvolgimento dei privati, per la maggior parte *no profit*. In alcuni casi si sono anche sviluppate forme di coinvolgimento attivo (nella gestione e nel finanziamento) della popolazione dei comuni che ospitano i siti culturali.

⁷⁹⁸ D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit., evidenzia che "L'attrazione della domanda è stata prevalentemente determinata da una generale ridefinizione della missione tradizionale del museo e dal suo ripensamento come luogo di socializzazione e sede di eventi di varia natura. Non senza contrasti nei paesi europei, l'offerta museale è stata profondamente modificata al fine di renderla più accessibile e attraente al pubblico (superando così un precedente approccio di tipo più 'elitario'). Le tradizionali funzioni conoscitiva ed educativa sono state affiancate a una funzione di intrattenimento e di coinvolgimento attivo del visitatore; in molti casi, la ri-definizione della missione del museo ha generato effetti indiretti e positivi anche sotto il profilo della riqualificazione urbana. La nuova formulazione della missione museale è passata attraverso da un lato, l'offerta di una serie di attività connesse a quella tradizionale (la visita della collezione permanente), come i servizi di bar, ristorazione, caffetteria, i servizi editoriali, la commercializzazione di prodotti derivati, guide e audio-guide, i servizi per attrarre le famiglie (come l'intrattenimento per bambini), e dall'altro, l'allestimento di mostre temporanee". Nei medesimi termini A. CRISMANI, *Cultura e sistema museale: le regole del gioco*, cit., p. 61, secondo cui "Negli ultimi anni la spinta a superare la tradizionale staticità dell'istituzione museale si è fortemente accentuata, producendo non poche innovazioni che hanno riguardato le forme organizzative (di tipo pubblicistico o privatistico o misto) e gestionali – a conduzione pubblica e a conduzione privata –, le politiche tariffarie, gli orari di apertura, le modalità di promozione e comunicazione al pubblico e, non ultimo, gli stessi contenuti dei servizi proposti, tanto che i musei da contenitori di beni tendono a diventare luoghi di eventi-spazi che propongono, ospitano o offrono location a esposizioni temporanee, percorsi tematici, seminari, attività culturali e altre manifestazioni di varia natura che, nell'intento di ampliare il pubblico di riferimento, sono dedicate alle diverse espressioni del *loisir*, del tempo libero, dello svago e del divertimento, come le discoteche e gli *happy hour* serali".

⁷⁹⁹ A. CRISMANI, *Cultura e sistema museale: le regole del gioco*, cit., p. 62.

⁸⁰⁰ Il Museo nazionale Preistorico-Etnografico Luigi Pigorini, nasce nel 1875 come Regio Museo di Paleontologia ed Etnografia, nel palazzo del Collegio Romano di Roma, sede del Seminario della Compagnia di Gesù. Esso accoglie una sezione di etnografia, dedicata alle culture indigene extraeuropee, con allestimenti espositivi distinti per aree geografiche (Africa, Asia, America ed Oceania) ed una sezione di preistoria, che partendo dal percorso evolutivo della specie umana, secondo le teorie evoluzionistiche di Darwin, illustra le successive tappe di sviluppo della vita dell'uomo.

tradizioni popolari”⁸⁰¹, che vengono considerati “gli antesignani di ciò che la Convenzione sulla diversità culturale e sulla protezione del patrimonio culturale immateriale Unesco intendono tutelare e valorizzare”⁸⁰².

Ciò che caratterizza in maniera peculiare gli ecomusei rispetto alle istituzioni tradizionali è il legame del patrimonio oggetto di valorizzazione con il territorio e la popolazione, tanto da poterli definire “musei del territorio o del patrimonio territoriale”⁸⁰³. A differenza dei musei tradizionali⁸⁰⁴ che salvaguardano il patrimonio immateriale in maniera statica mediante la conservazione di oggetti e reperti che sono espressione di saperi, culture e identità di un determinato territorio, gli ecomusei mirano alla salvaguardia e valorizzazione delle tradizioni socioculturali locali attra-

⁸⁰¹ Regio museo di etnografia italiana, grazie al D.P.R. n. 1673 del 1° novembre 1956 è diventato Museo nazionale delle arti e tradizioni popolari. Esso nasce con lo scopo di raccogliere ed ordinare sistematicamente i documenti, raccolti su tutto il territorio nazionale, delle molteplici manifestazioni dell’identità nazionale, siano esse di indole intellettuale, morale od artistica. Svolge anche compiti di definizione degli standard per l’inventariazione e la catalogazione del patrimonio etnoantropologico. Il patrimonio attualmente conservato non distingue affatto tra cultura materiale ed immateriale, conservando indifferentemente espressioni culturali tangibili o meno. Infatti, considerata la sua *mission*, consistente nella tutela e valorizzazione di tutto quanto contribuisce a delineare l’identità culturale italiana, anche in rapporto alle identità straniere, il Museo rivolge la propria attenzione alle espressioni culturali locali e tradizionali, alle manifestazioni festive, cerimoniali, devozionali, musicali e audiovisive, all’artigianato, analogamente a quanto sostenuto nella Convenzione Unesco del 2003, che nel concetto di patrimonio culturale immateriale ricomprende proprio “tradizioni ed espressioni orali, linguaggio, arti dello spettacolo, consuetudini sociali, riti, cognizioni e prassi relative alla natura e all’universo, artigianato tradizionale (art. 2, comma 2).

⁸⁰² A.L. TARASCO, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, cit., afferma che “Sarebbe sufficiente partire da qui per capire che la protezione e valorizzazione della cultura immateriale e delle diversità etniche ha in Italia radici antiche, essendo appieno già inserita nell’organizzazione della tutela del patrimonio culturale italiano, a dispetto di quanto il legislatore, storici dell’arte e giuristi di impronta conservatrice intenderebbero (apoditticamente) dimostrare”.

⁸⁰³ C. DA RE, *La comunità e il suo paesaggio: l’azione degli ecomusei per lo sviluppo sostenibile Le iniziative di salvaguardia del paesaggio biellese*, cit., evidenzia che “In tal senso gli ecomusei devono rappresentare il prodotto di una negoziazione tra le diverse componenti della comunità e non la semplice esposizione dello spazio antropizzato, così come esso si presenta all’occhio del visitatore esterno, pena la perdita di significato. Ma il fenomeno dell’ecomuseo è legato anche a una sempre maggiore consapevolezza delle comunità in relazione alla tutela del proprio territorio inteso come la testimonianza della loro storia, per riaffermare la propria identità a dispetto della cultura che cominciava a farsi ‘globale’”.

⁸⁰⁴ La funzione decisiva dei musei nella salvaguardia del patrimonio immateriale ha trovato un significativo riconoscimento nella XXI Assemblea generale di ICOM (L’International Council of Museums ICOM è l’organizzazione internazionale dei musei e dei professionisti museali) avente come argomento “Musei e patrimonio culturale immateriale” svoltasi a Seul dall’1 all’8 ottobre 2004, che ha approvato una risoluzione, denominata Dichiarazione ICOM di Seul sul patrimonio immateriale, che fa propria la Convenzione UNESCO. L’Assemblea generale di ICOM ha approvato una nuova versione del Codice di deontologia per i musei che aggiorna la definizione di museo, evidenziando gli aspetti immateriali del patrimonio culturale. La nuova definizione è la seguente: “Il museo è una un’istituzione permanente, senza scopo di lucro, al servizio della società e del suo sviluppo. È aperto al pubblico e compie ricerche che riguardano le testimonianze materiali e immateriali dell’umanità e del suo ambiente; le acquisisce, le conserva, le comunica e, soprattutto, le espone a fini di studio, educazione e diletto”.

verso la realizzazione di dinamiche sociali, culturali, ambientali ed economiche. Da ciò deriva la flessibilità dell'ecomuseo che gli consente di essere interprete dei cambiamenti e di rispondere a quell'esigenza di proteggere i processi culturali la cui centralità appare innegabile ai fini della promozione della cultura e a cui il legislatore non ha saputo direttamente far fronte, imbrigliato in una nozione di bene culturale quale *res qui tangi possunt*.

La patria d'origine è la Francia degli anni settanta del XX secolo, in cui nacque il movimento culturale della "Nuova Museologia"⁸⁰⁵ grazie all'impegno di molti studiosi tra cui Hugues De Varine e Georges Henri Rivière. A quest'ultimo si deve la prima celebre definizione di ecomuseo che può essere considerato come "specchio in cui la comunità si guarda, per riconoscersi e cercare la spiegazione del territorio al quale è legata..., specchio che la comunità porge ai suoi ospiti affinché la comprendano meglio, nel rispetto del suo lavoro, dei suoi comportamenti, della sua intimità".

In Italia bisogna attendere il 1990 per l'istituzione del primo ecomuseo italiano⁸⁰⁶ "l'Ecomuseo della Montagna Pistoiese" e da tale data il fenomeno si è diffuso in maniera significativa⁸⁰⁷ contestualmente all'emanazione di specifiche leggi regionali volte a disciplinarlo. Il Piemonte è stata la prima regione italiana a legiferare in materia (legge regionale 14 marzo 1995, n. 31 "Istituzione di Ecomusei in Piemon-

⁸⁰⁵ Il movimento culturale della Nuova Museologia si sviluppa in seguito alle riflessioni critiche avanzate da alcuni studiosi, in particolare Hugues de Varine e G.H. Rivière considerati padri fondatori degli ecomusei, che hanno posto l'accento sulla vocazione sociale dei musei, considerati non come un fine ma come un mezzo, e sul loro carattere interdisciplinare. L'obiettivo principale è l'analisi della realtà storico-sociale che ha come soggetto l'uomo.

⁸⁰⁶ C. DA RE, *La comunità e il suo paesaggio: l'azione degli ecomusei per lo sviluppo sostenibile Le iniziative di salvaguardia del paesaggio biellese*, in L. ZAGATO, M. VECCO (a cura di), *Citizens of Europe*, 2015, p. 265-266, precisa che "A partire dalla fine dell'Ottocento, comunque, vi sono testimonianze di forme museali aventi un significato analogo a quello che hanno oggi gli ecomusei. Si tratta dei musei del Risorgimento e di Storia Patria che sorsero in tutta Italia per volere delle classi dirigenti, allo scopo di celebrare gli eroi nazionali, l'impegno delle comunità locali nelle battaglie per l'indipendenza ma, soprattutto, nel tentativo di comunicare, attraverso la conservazione degli oggetti del ricordo, un'identità nazionale. All'inizio degli anni Settanta del Novecento anche nel nostro Paese si diffondono i musei di arti e tradizioni popolari, nati come risposta alla paura di perdere definitivamente i valori della società agricola tradizionale visto che in quegli anni la forte spinta all'industrializzazione e all'urbanizzazione stava determinando un progressivo abbandono delle campagne e dei lavori manuali. Nonostante questo, però, l'Italia resta ai margini del dibattito promosso dalla Nuova Museologia almeno fino agli anni Novanta del Novecento, in quanto la tutela e la valorizzazione hanno interessato quasi esclusivamente il patrimonio culturale tangibile del Paese".

⁸⁰⁷ Il primo censimento degli ecomusei italiani, condotto da Maurizio Maggi, IRES Piemonte, ne contò 57 distribuiti per la maggior parte in Piemonte (Maggi M., 2002, *Ecomusei. Guida europea*, Torino: Allemandi), mentre il secondo redatto da Raffaella Riva ne contò 193 (Riva R., 2008, *Il metaprogetto dell'eco-museo*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli). Attualmente se ne contano 209 attivi sul territorio nazionale italiano.

te”⁸⁰⁸) con una normativa che costituì il riferimento per le successive iniziative regionali volte alla creazione e all’organizzazione di ecomusei sul proprio territorio⁸⁰⁹. Le discipline legislative più recenti si mostrano maggiormente sensibili ai temi della partecipazione della comunità locale e della sostenibilità rispetto a quelle risalenti agli anni Novanta aventi come obiettivo un generale riconoscimento del patrimonio culturale di un determinato territorio⁸¹⁰.

La diffusione e il successo riscontrato in molte realtà locali hanno determinato la nascita di forme di coordinamento regionale e nazionale. La rete degli Ecomusei italiani ha promosso un progetto di legge al fine di stabilire i principi che governano l’azione pubblica in tale materia, coordinare le diverse istituzioni (Stato, Regioni e Province autonome) e incentivare l’intervento di enti privati. Gli ecomusei italiani, inoltre, hanno elaborato un Manifesto o Documento strategico o Agenda 2016/2017, documento con cui si definiscono “processi partecipati di riconoscimento, cura e gestione del patrimonio culturale locale al fine di favorire uno sviluppo sociale, ambientale ed economico sostenibile. Gli ecomusei sono identità progettuali che si propongono di mettere in relazione usi, tecniche, colture, produzioni, risorse di un ambito territoriale omogeneo con i beni culturali che vi sono contenuti. Gli ecomusei sono percorsi di crescita culturale delle comunità locali, creativi e inclusivi, fondati sulla partecipazione attiva degli abitanti e la collaborazione di enti e associazioni”. Questi sono gli obiettivi principali frutto di nuove sensibilità ed esigenze le quali muovono anche dalla accresciuta consapevolezza in ordine al valore strategico delle specificità culturali locali nel favorire lo sviluppo socio economico del territorio. Ciò può avvenire “attraverso la valorizzazione e la messa in rete delle dinamiche culturali locali, la creazione di sinergie con il comparto turistico ed economico, l’attenzione all’ambiente e la promozione delle logiche della sostenibilità”⁸¹¹.

⁸⁰⁸ Tale legge è stata recentemente sostituita dalla Legge regionale n. 13 il 3 agosto 2018 "*Riconoscimento degli ecomusei del Piemonte*".

⁸⁰⁹ Il Piemonte fu seguito dalla Provincia autonoma di Trento (L.P. 13/2000), la Sardegna (L.R. 14/2006), il Friuli Venezia Giulia (L.R. 10/2006), la Lombardia (L.R. 13/007), il Molise (L.R. 11/2008), la Puglia (L.R. 15/2011), la Sicilia (L.R. 16/2014) e il Lazio (L.R. 3/2017). Si osserva che altre proposte di legge sono attualmente in discussione.

⁸¹⁰ M. CERQUETTI, *Dal materiale all’immateriale. Verso un approccio sostenibile alla gestione nel contesto glociale*, cit., p. 262, evidenzia che “L’obiettivo principale di tali leggi è stato quello di gestire i finanziamenti agli ecomusei, con una serie di lacune ancora da colmare. Il rischio è che la costituzione degli ecomusei in alcuni casi sia solo un pretesto per avere accesso ai finanziamenti al fine di poter realizzare attività pre-esistenti e che trovano la ragion d’essere anche al di fuori degli ecomusei”.

⁸¹¹ PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO, ASSESSORATO ALLA CULTURA (a cura di), *Gli ecomusei nella Provincia Autonoma di Trento*, cit.

L'originalità e la sopravvivenza dell'istituzione si poggia “su tre pilastri più o meno uguali: l'istituzione locale amministrativa e politica, la comunità e le sue strutture attive, un gruppo di professionisti e volontari formati e responsabili. L'organizzazione dei rapporti tra questi tre poli dipenderà evidentemente dalle personalità presenti e ci sarà sempre un “portatore” più forte e dinamico degli altri, ma questo non dovrà mai imporsi sugli altri poli come detentore di una verità unica e di un potere esclusivo”⁸¹². In sostanza, deve esserci un rapporto di parità decisionale e operativa fra tutti i rappresentanti della comunità locale.

Anche per la strategia ecomuseale, come avviene in relazione ai progetti di partenariato, è necessario avvalersi di studi di fattibilità onde valutare se essa sia la più adeguata alla valorizzazione del patrimonio e allo sviluppo del territorio rispetto ad altre iniziative in tal senso⁸¹³.

È necessario interrogarsi su come gli elementi innovativi di tale fenomeno, che si esprimono essenzialmente nella condivisione delle scelte riguardanti progetti di sviluppo del territorio, si riflettano nelle forme di gestione dell'istituto.

6.1 Ecomuseo e modelli di gestione ispirati al partenariato pubblico-privato, in particolare la fondazione di partecipazione

L'ecomuseo esprime anche la consapevolezza di sperimentare formule organizzativo-gestionali coerenti con gli aspetti e le finalità che lo connotano. La configurazione dell'attività dell'ecomuseo come servizio pubblico si giustifica, così come osservato in relazione al servizio pubblico di valorizzazione del bene culturale, nella considerazione dell'allargamento della platea di fruitori e della configurazione del diritto alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale⁸¹⁴. Benché sia frequentemente considerato quale servizio privo di rilevanza economica si è osservato che tale qualificazione non può essere effettuata “a priori come attributo

⁸¹² H. DE VARINE, *Ecomusei e Comunità. Il patrimonio immateriale del territorio e della comunità: contesto, ispirazione e risorsa dello sviluppo locale*, in C. GRASSEN (a cura di) *Ecomuseologie Pratiche e interpretazioni del patrimonio locale*, Quaderni del CE.R.CO., vol. 6, Guaraldi, Rimini, 2010, pp. 49-50.

⁸¹³ M. CERQUETTI, *Dal materiale all'immateriale. Verso un approccio sostenibile alla gestione nel contesto globale*, cit., p. 264.

⁸¹⁴ F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, cit., p. 2.

riguardante la natura dell'attività", ma rappresenta una "conseguenza del modello gestionale scelto dall'amministrazione per la loro organizzazione"⁸¹⁵.

Nelle differenti leggi regionali che disciplinano il fenomeno ecomuseale viene frequentemente stabilito che alla gestione provvedono gli enti locali, in forma singola o associata, nel cui ambito ricade l'ecomuseo oppure le associazioni o fondazioni culturali appositamente costituite che abbiano come oggetto statutario le finalità indicate dalle relative leggi⁸¹⁶. L'ente territoriale può scegliere tra la gestione diretta dell'attività ecomuseale⁸¹⁷, in prima persona o attraverso una propria articolazione strutturale, oppure provvedere all'erogazione del servizio attraverso un soggetto esterno alla propria struttura o, ancora, preferire l'esercizio dell'attività mediante figure in grado di assicurare una fattiva cooperazione tra pubblico e privato. In quest'ultimo caso l'ente locale affida il servizio a una società, fondazione o associazione costituita o partecipata dall'ente locale insieme ad altri soggetti pubblici e privati.

Il modello rappresentato dall'esternalizzazione, in cui il privato si sostituisce al soggetto pubblico nella gestione del servizio, potrebbe rappresentare, in un'ottica costi/benefici delle prestazioni erogate, la scelta gestionale preferibile. Invero, come osservato in relazione al servizio culturale di valorizzazione dei beni culturali, la precarietà di risorse finanziarie e la carenza di capacità manageriali della pubblica amministrazione induce quest'ultima, al fine di sopperire a siffatte esigenze di natura

⁸¹⁵ D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit., osservano che "Gli enti locali, nell'esercizio della propria autonomia organizzativa, sono dunque liberi di scegliere se organizzare o meno l'erogazione dei servizi culturali di propria competenza secondo un modello gestionale che implica il coinvolgimento di soggetti imprenditoriali". Cfr. G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, cit., e G. PIPERATA, *I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali*, cit., secondo cui "la rilevanza economica del servizio pubblico locale deriverebbe dalla decisione dell'ente di procedere alla gestione dello stesso secondo modalità in astratto idonee a garantire le entrate necessarie per coprire quantomeno i costi di produzione. Viceversa, la rilevanza economica andrebbe esclusa per quei servizi per i quali l'amministrazione intende assicurare la copertura dei costi ricorrendo alla fiscalità generale ovvero applicando prezzi politici".

⁸¹⁶ V. legge della regione Lombardia (L.R. 3 luglio 2007, n. 56) del Friuli Venezia Giulia (L.R. 20 giugno 2006, n. 10), del Molise (L.R. 28 aprile 2008, n. 11), dell'Umbria (L.R. 14 dicembre 2007, n. 34), del Veneto (L.R. 10 agosto 2012, n. 67), della Sicilia (L.R. 2 luglio 2014, n. 16).

⁸¹⁷ Secondo R. GROSSI, *Gli strumenti degli enti locali per i servizi culturali*, in *Modelli di gestione dei servizi culturali negli enti locali*, Quaderni Federculture, 1998, la gestione diretta è una modalità organizzativa che pone in luce evidenti limiti in relazione alle esigenze, sempre più avvertite, di realizzare una adeguata valorizzazione dell'attività e dei servizi culturali degli enti locali, secondo moderni criteri di economicità ed imprenditorialità. Tale forma, pertanto, va considerata ormai residuale e va riferita preferibilmente alle modeste dimensioni del servizio o quando non occorra una struttura organizzativa propria ed autonoma o ancora nei casi in cui per ragioni diverse sia opportuno mantenere la gestione all'interno dell'amministrazione centralizzata dell'ente locale.

economica-efficientistica, a rinunciare alla gestione operativa diretta⁸¹⁸. Tuttavia, nella specifica attività ecomuseale, la propensione alla totale esternalizzazione incontra l'ostacolo costituito dalla ratio di tale fenomeno e dallo spirito che lo caratterizza, ossia la programmazione delle attività condivisa da tutte le componenti economico-sociali del territorio⁸¹⁹. Pertanto, pur non sussistendo vincoli specifici che indirizzino verso la scelta di un modello piuttosto che di un altro, a parte le indicazioni fornite dall'art. 115, d.lgs. 42/2004, secondo cui la scelta tra le forme di gestione è attuata «*previa valutazione comparativa, in termini di efficacia ed efficienza, degli obiettivi che si intendono perseguire e dei relativi mezzi, metodi e tempi*», si ritiene che una *governance* partecipata potrebbe costituire il modello più idoneo a far fronte alle criticità incontrate dalle diverse formule rappresentate dalla netta separazione tra pubblico e privato mediante esternalizzazione e dalla gestione diretta⁸²⁰. La realizzazione di una *partnership* pubblico-privata consentirebbe all'ente pubblico di intervenire direttamente non riservandosi una mera funzione di controllo e, al contempo, di coinvolgere i soggetti privati dotati di capacità economiche, gestionali e imprenditoriali. È stato osservato che nel reperimento delle risorse finanziarie, strumentali e umane “senza nulla togliere alla partecipazione della comunità, infatti, è indubbio

⁸¹⁸ F. TRIMARCHI, *Sistemi gestionali e forme contrattuali dell'outsourcing nella pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2002, definisce l'esternalizzazione come una tecnica gestionale-organizzativa della quale si servono le aziende per semplificare o ridurre la loro struttura organizzativa e per adeguarla alle esigenze del mercato, affermando che le esigenze che, di norma, vengono indicate come tipiche dell'esternalizzazione sono di natura economico-efficientistica e tendono al miglioramento della qualità dei servizi attraverso la riduzione dei costi, la semplificazione delle strutture organizzative e burocratiche, l'utilizzo di competenze e specializzazioni già collaudate, salvo precisare che a questo strumento che riceve evidenti stimoli dalle dinamiche della concorrenza e del mercato si ricorre anche per adeguare i servizi alle aspettative degli utenti, in presenza di situazioni organizzative e gestionali insufficienti.

⁸¹⁹ PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO, ASSESSORATO ALLA CULTURA (a cura di), *Gli ecomusei nella Provincia Autonoma di Trento*, cit., evidenzia che “nel caso degli ecomusei si è di fronte non solo ad un insieme di servizi dai forti elementi innovativi, ma anche ad uno strumento di condivisione (cd. elemento pattizio) di un progetto di sviluppo del territorio, fra tutti i rappresentanti della comunità locale. In tal senso è da ritenere che il modello dell'esternalizzazione, funzionale a risolvere esigenze di natura economico-efficientistica, di miglioramento della qualità dei servizi attraverso la riduzione dei costi e la semplificazione delle strutture organizzative e burocratiche, non rappresenti sempre e necessariamente la soluzione ottimale specialmente per la fase di progettazione/ideazione dell'attività degli ecomusei; quell'attività, in altri termini, che fino ad oggi è stata condivisa dai soggetti rappresentativi delle realtà sociali del territorio (cd. leadership degli ecomusei)”.

⁸²⁰ PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO, ASSESSORATO ALLA CULTURA (a cura di), *Gli ecomusei nella Provincia Autonoma di Trento*, cit., in riferimento alla forma di collaborazione tra pubblico e privato, precisa che “attraverso tale modello l'ente locale è in grado di migliorare il livello di efficienza dell'organizzazione del servizio, considerato che l'affidamento ha come destinatarie strutture di diritto privato, molto più flessibili e sicuramente più idonee a gestire attività culturali la cui natura è molto spesso anche di tipo economica”.

che molte delle attività da porre in essere, ancorché poggianti su istanze di tipo *bottom up*, necessitino di specifiche competenze professionali di cui dotarsi”⁸²¹.

Per poter essere ricondotto al fenomeno del partenariato pubblico-privato l’ecomuseo non può essere inteso come una estemporanea “pratica partecipata” lasciata prevalentemente all’iniziativa di gruppi di volontari, ma deve identificarsi con un’iniziativa di sviluppo locale condivisa da partner pubblici e privati adeguatamente organizzata, supportata e sostenibile nel lungo periodo. Solo in tal modo è possibile garantire una maggiore efficienza e qualità dei servizi erogati. Inoltre una *governance* multilivello che comprende attori pubblici e privati appare maggiormente compatibile con il principio della partecipazione attiva della società civile nella tutela, gestione e sviluppo del patrimonio comune propugnata dalle Convenzioni internazionali.

Tra le differenti forme che l’ecomuseo può assumere viene in rilievo la fondazione di partecipazione, modello no profit generalmente utilizzato in ambito culturale in quanto, come già evidenziato, garantisce una efficiente gestione dei beni e dei servizi culturali grazie alla coniugazione della stabilità tipica delle fondazioni e la duttilità che caratterizza la struttura personalistica propria delle associazioni. La fondazione in esame possiede una struttura patrimoniale aperta alla partecipazione di soggetti diversi dai fondatori che possono iscriversi apportando denaro, beni materiali, immateriali, professionalità o servizi, incrementando così il fondo di gestione per sostenere gli eventi culturali. Tale istituto consente quindi di creare una sorta di azionariato diffuso culturale. L’atipicità di tale modello, la cui articolazione organizzativa garantisce la partecipazione dei fondatori/conferenti agli organi di indirizzo, amministrazione e controllo, rende possibile un adeguamento della sua struttura allo scopo prefissato e “rappresenta uno degli strumenti più adatti per consentire ad un ente pubblico di perseguire scopi di pubblica utilità usufruendo anche dell’apporto dei privati”⁸²².

⁸²¹ M. CERQUETTI, *Dal materiale all’immateriale. Verso un approccio sostenibile alla gestione nel contesto globale*, cit., p. 262, evidenzia che “In questo quadro il ruolo delle risorse umane è essenziale, e insufficiente e inadeguato l’esclusivo ricorso al volontariato, come dimostra tra le molte esperienze italiane il caso dell’ecomuseo urbano di Torino. Nato dalla necessità di coordinare le molteplici iniziative sorte dal basso, valorizzando i materiali raccolti dalle associazioni cittadine, l’attuale crisi e il declino dell’ecomuseo urbano è riconducibile al «tappo istituzionale», dipendente dalla mancanza di soldi e di personale: come sostiene Jallà, al pari di «ogni altro tipo di museo e di organizzazione il fattore determinante è il capitale umano, le persone. Il volontariato non basta: oltre agli “attori patrimoniali” ci vogliono degli “agenti” qualificati (de Varine, 2005): degli “animatori” esperti»”.

⁸²² G. ROMANO, *La mannaia della “spending review” sulle fondazioni culturali: tanto rumore per nulla*, cit., p. 46.

Si osserva che la forma delle fondazioni partecipate, a seconda dei casi, da soggetti pubblici e/o privati *no profit* è stata adottata, dal 2004, anche da alcuni musei statali (tra i primi esempi si rinvengono La Triennale di Milano e La Biennale di Venezia) in modo da assicurarne una gestione più efficiente e per consentirne l'auto-finanziamento⁸²³.

In relazione all'ecomuseo si osserva che la fondazione di partecipazione costituisce uno strumento gestionale in grado di soddisfare le esigenze di valorizzazione del patrimonio immateriale in quanto consente di sviluppare progetti a base locale mediante l'apporto di una managerialità privata sotto il controllo della parte pubblica. Quest'ultima assolve, inoltre, alla funzione di indirizzo e coordinamento, mediante l'individuazione di criteri tecnico-scientifici di funzionamento, e di garante della tutela e della qualità degli interventi di valorizzazione. La mediazione tra amministrazione e privato no-profit si manifesta attraverso gli organi direttivi della fondazione in cui sono rappresentate le varie categorie di partecipanti onde attuare una gestione del patrimonio culturale pubblico.

Pur essendo un istituto non lucrativo la fondazione può anche svolgere attività di impresa in via strumentale ed accessoria agli scopi istituzionali della fondazione e procurarsi le risorse per retribuire il lavoro e garantire standard di fruizione adeguati. È stata evidenziata la necessità che l'ecomuseo "assuma un ruolo attivo nel generare indotti e flussi economici da poter re-investire in attività culturali, formative e produttive, per essere economicamente sostenibile e quindi autosufficiente".

Ulteriore passaggio è quello di indagare la possibilità di abbandonare forme no profit di gestione a favore di una logica imprenditoriale, nello specifico identificare l'ecomuseo in un'impresa culturale⁸²⁴ in un'ottica di valorizzazione economica ormai accolta dal nuovo approccio economico alla cultura.

⁸²³ D. MESSINEO, R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, cit., afferma che "Dagli inizi della decade scorsa, il legislatore italiano ha fatto un uso sempre più ricorrente del modello fondazionale per la gestione dei musei statali. Risale al 2004 la trasformazione (da museo statale a fondazione) del Museo Egizio di Torino, a cui è seguita (solo per citare alcuni casi particolarmente significativi) quella della Triennale di Milano, della Biennale di Venezia e della Quadriennale di Roma. L'ultima trasformazione è stata prevista nel c.d. decreto crescita (d. l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni in l. n. 134 del 2012) con la costituzione della Fondazione La Grande Brera".

⁸²⁴ Secondo R. RIVA, *Il metaprogetto dell'ecomuseo*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2008, p. 355, riferirsi all'"impresa culturale" quale forma di gestione "può portare a fraintendimenti in merito all'asservimento dell'ecomuseo, e quindi del patrimonio culturale collettivo della comunità, a mere logiche di mercato, di redditività e di lucro".

Come evidenziato nel precedente capitolo la valorizzazione economica dei beni culturali deve sottostare ad esigenze di tutela, valorizzazione culturale e fruizione pubblica. La finalità primaria rappresentata da una redditività in termini di educazione culturale e senso di appartenenza, tuttavia, non può oscurare completamente il potenziale indotto economico che la cultura è in grado di generare. Quanto affermato vale indiscutibilmente anche per i beni culturali immateriali che concorrono alla differenziazione competitiva di un determinato territorio. Anche per quanto concerne gli ecomusei, sebbene la valorizzazione economica possa rappresentare solo un “obiettivo collaterale del processo di valorizzazione socioculturale e ambientale...ciò non significa assolutamente che si debba negare la sfera economica dell’attività ecomuseale: soltanto che la dimensione promozionale/turistica non può strutturalmente rappresentare l’attività dominante dell’ecomuseo, ma deve essere collocata in un rapporto equilibrato rispetto agli obiettivi prevalenti”⁸²⁵.

La forma imprenditoriale dell’ecomuseo potrebbe rappresentare un segno di apertura nella gestione del patrimonio culturale nei confronti del privato-impresa. Ciò non esclude che nell’ecomuseo colui che assume il ruolo di “imprenditore” del proprio patrimonio collettivo sia in primo luogo la comunità stessa che, attraverso alcuni suoi rappresentanti, introduce “innovazione nel processo di sviluppo sostenibile, attraverso la partecipazione, il rafforzamento dell’identità culturale e il radicamento del senso di appartenenza al sistema locale”⁸²⁶.

⁸²⁵ PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO, ASSESSORATO ALLA CULTURA (a cura di), *Gli ecomusei nella Provincia Autonoma di Trento*, pubblicato nella collana Documenti di lavoro di Trentino Cultura, p. 15, osserva che “In altre parole, si dovrebbe evitare di pensare all’ecomuseo come una variante o un duplicato di altre realtà deputate alla promozione del turismo (in Trentino tipicamente le Aziende di Promozione Turistica), e ciò può avvenire soltanto attraverso un richiamo continuo alla missione: dal livello di definizione strategica sino alla gestione operativa e alla comunicazione”.

⁸²⁶ R. RIVA, *Il metaprogetto dell’ecomuseo*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2008, p. 358.

CONCLUSIONI

Nonostante la componente immateriale del patrimonio culturale nazionale non sia meno rilevante di quella materiale, sia dal punto di vista quantitativo che da quello qualitativo (inteso quale valore culturale, sociale ed economico), ancora non è sorta l'esigenza di normare quell'insieme di espressioni prive di un substrato tangibile. Invero la lettera e lo spirito delle Convenzioni Unesco (Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale del 2003 e Convenzione sulla protezione e promozione delle diversità delle espressioni culturali del 2005) risultano apertamente contraddette dall'art. 7-*bis* del Codice dei beni culturali e del paesaggio il quale, riferendosi unicamente alle evidenze materiali della cultura prodotta dall'uomo, non fa altro che ribadire la concezione cosificata di bene contenuta negli artt. 2 e 10 dello stesso Codice.

Se è vero che risulterebbe impossibile individuare delle forme di tutela di tipo vincolistico in relazione al patrimonio intangibile, le quali costringerebbero la collettività a ripetere e perpetuare le tradizioni secondo copioni identici impedendo qualsiasi evoluzione dei processi culturali e dunque il rispetto della Costituzione, in particolare dell'art. 9, comma primo, che garantisce la promozione della cultura e dell'articolo 21, comma primo, che garantisce la libertà di manifestazione del pensiero in tutte le sue espressioni, appare non più procrastinabile un intervento normativo volto ad introdurre una disciplina organica, capace di fornire criteri sicuri di riconoscimento dei suoi elementi e di indicare tempi e modi per la loro salvaguardia.

Ciò appare indispensabile anche alla luce delle ormai molteplici iniziative internazionali ed europee che, oltre ad estendere la nozione di patrimonio culturale in senso oggettivo ponendo l'attenzione sulla necessità di riconoscere, preservare e valorizzare la componente immateriale, hanno allargato anche la nozione c.d. soggettiva. In tale ottica le fonti sovranazionali incoraggiano il coinvolgimento di tutti i soggetti pubblici e privati interessati e la partecipazione ampia e attiva delle comunità locali nella presa delle decisioni, progettazione e applicazione delle politiche culturali.

Il mancato adeguamento alle Convenzioni Unesco fa sorgere innanzitutto dubbi di compatibilità della normativa nazionale con l'art. 117, comma 1 Cost., il quale richiama espressamente le disposizioni internazionali facendole divenire norma interposta alla stregua della quale valutare la legittimità costituzionale delle norme interne. Inoltre la mancata conformità alle disposizioni pattizie internazionali, in particolare per ciò che concerne la partecipazione culturale, si traduce in un non adeguato assolvimento a quella funzione sociale e personalistica svolta dal patrimonio culturale, ai sensi dell'art. 3 e 9 Cost. Come sottolineato, una maggiore accessibilità e disponibilità di tale patrimonio consente, infatti, un accrescimento della conoscenza, sensibilità, senso di appartenenza, libertà e uguaglianza dei cittadini e si riflette in una maggiore coesione sociale. E tale lacuna appare ancor più significativa in relazione al patrimonio identitario che viene considerato come un diritto e una risorsa la cui responsabilità è affidata ai cittadini prima ancora che alle istituzioni. Infatti la componente sociale e territoriale diventa essenziale sia nell'attività di riconoscimento e identificazione del patrimonio culturale immateriale, sia nel porre in essere le condizioni che assicurino la costante ricreazione di ciò che viene ritenuto rappresentativo.

L'incompletezza e la lacunosità della normativa italiana sul patrimonio culturale intangibile non può non ripercuotersi su una corretta valorizzazione e gestione dei beni immateriali tramite forme di *partnership* pubblico-private che, considerata l'esiguità delle finanze statali, si pone sempre più come fattore indispensabile per assolvere a tali funzioni. La necessità di attrarre soggetti privati, anche imprenditoriali, risulta determinante a causa delle carenze gestionali della pubblica amministrazione e all'oggettiva complessità di amministrare un patrimonio culturale così diffuso, ricco, complesso e presente in maniera capillare in tutto il territorio. Le risorse del patrimonio culturale, anche immateriale, richiedono quindi una *governance* partecipativa multilivello in cui tutte le parti sociali conferiscono il proprio apporto, in termini di denaro, professionalità o servizi.

Attualmente la disciplina riguardante la valorizzazione del patrimonio culturale immateriale mediante la partecipazione dei soggetti privati si basa sulle leggi di esecuzione delle convenzioni internazionali che, data l'eccessiva genericità dei loro contenuti, non consentono di superare perplessità e incertezze applicative. Ciò si ripercuote inevitabilmente sull'efficace e proficuo utilizzo di strumenti di partenaria-

to pubblico- privato in relazione a tali beni. Invero, benché diverse disposizioni contenute nel Codice dei Beni culturali, tra cui quelle relative alla gestione, possano essere senza difficoltà estese anche ai beni intangibili, l'assenza di una disciplina *ad hoc* non consente di avere sicuri criteri di riferimento. Si tratta, infatti, di estensioni che muovono da operazioni interpretative e dunque scontano la fisiologica incertezza ad esse collegate.

L'assenza di principi fondamentali in materia, inoltre, accentua il rischio che il bene immateriale venga svenduto e svilito in un'ottica prettamente commerciale. Nonostante siano innegabili le difficoltà di attribuire un valore economico a tali beni, riscontrandosi i medesimi problemi analizzati in merito al patrimonio materiale per quanto concerne l'individuazione di criteri tecnici idonei a determinare il vantaggio economico derivante allo sponsor dall'abbinamento della sua immagine con un bene culturale, risultano imprescindibili attività di monitoraggio volte a valutare l'adeguatezza delle iniziative di investimento privato aventi ad oggetto i beni intangibili onde evitare i rischi "dell'etichettatura, dell'estetizzazione, della spettacolarizzazione, della turisticizzazione e infine della mercificazione di certe espressioni culturali tradizionali".

L'intervento disorganico delle Regioni ha incrementato l'incertezza in materia dando vita ad un quadro estremamente frammentato e privo di idonee linee guida per gli operatori pubblici e privati che si accingono a realizzare forme collaborative aventi ad oggetto siffatti beni. La partecipazione culturale nell'ambito del patrimonio immateriale, intesa in senso ampio come possibilità da parte dei singoli e delle formazioni sociali di apportare un contributo attivo alle azioni di valorizzazione, produzione e diffusione del patrimonio, non è stata adeguatamente recepita nelle leggi regionali che solo raramente e in modo disomogeneo si sono fatte interpreti delle istanze provenienti dalle comunità.

Un esempio di pratica partecipata per valorizzare il patrimonio culturale immateriale che diverse Regioni hanno deciso di normare, dando vita all'elaborazione di differenti tipi e nozioni, è il fenomeno degli ecomusei. Si tratta del modello più riuscito, nel solco della sussidiarietà orizzontale, di condivisione e integrazione di competenze tra partner di diversa natura nella realizzazione di progetti che hanno come obiettivi la salvaguardia e valorizzazione delle tradizioni socioculturali locali. Nell'analisi degli schemi di gestione più confacenti alle peculiarità del fenomeno

ecomuseale viene in rilievo il ricorso a forme di partenariato che potrebbero far fronte ad esigenze di natura economico-efficientistica (non garantite dalla gestione diretta) senza porsi in contrasto con la ratio degli ecomusei che si esprime nella condivisione fra tutti i componenti della comunità locale delle scelte riguardanti progetti di sviluppo del territorio.

In particolare l'istituto della fondazione di partecipazione, in virtù della flessibilità e atipicità che la caratterizza, rende possibile un adeguamento della sua struttura allo scopo prefissato e rappresenta uno degli strumenti più adatti per consentire ad un ente pubblico di perseguire scopi di pubblica utilità usufruendo anche dell'apporto dei privati. Solo facendo leva sui principi della responsabilità, della partecipazione congiunta e della coesione sociale l'ecomuseo può diventare uno strumento strategico per la promozione della cultura e della società locali.

BIBLIOGRAFIA

- ABBATE G. U., *La privatizzazione dei beni culturali: un primo approccio al problema*, in *diritto.it*, 2010;
- AICARDI N., *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Giappichelli, Torino, 2002;
- AICARDI N., *Recenti sviluppi sulla distinzione tra "tutela" e "valorizzazione" dei beni culturali e sul ruolo del ministero per i Beni e le Attività culturali in materia di valorizzazione del patrimonio culturale di appartenenza statale*, in *Aedon*, n. 1/2003, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- AINIS M., FIORILLO M., *I beni culturali*, in CASSESE S. (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, II, Giuffrè, Milano, 2003;
- AINIS M., FIORILLO M., *L'ordinamento della cultura, Manuale di legislazione dei beni culturali*, Giuffrè, Milano, 2003;
- AINIS M., FIORILLO M., *L'ordinamento della cultura, Manuale di legislazione dei beni culturali*, Giuffrè, Milano, 2008;
- ALBANESE A., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2002;
- ALIBRANDI T., (voce) *Beni culturali: I) Beni culturali e ambientali*, in *Enc. Giur.*, vol. V, Roma, 1988;
- ALIBRANDI T., FERRI P.G., *I beni culturali e ambientali*, ed. IV, Giuffrè, Milano, 2001;
- ALLEGRETTI U., *L'amministrazione in una prospettiva di revisione costituzionale*, in *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, Padova, 1996;
- AMATO V., *Sponsorizzazione*, in *Enc. Giur.*, vol. XXX, Roma, 1993;
- AMIRANTE D., DE FALCO V. (a cura di), *Tutela e valorizzazione dei beni culturali. Aspetti sovranazionali e comparati*, Giappichelli, Torino, 2005;
- AMORTH A., *Osservazioni e limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Archivio di diritto pubblico*, III, Padova, 1938;
- ANGIULLI A.M., CAPUTI JAMBRENGHI V. (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giappichelli, Torino, 2005;
- ANTONIAZZI S., *Le società miste di gestione di servizi pubblici locali e la diffusione di un modello europeo*, in *www.ilmerito.org.*, 2017;

- ARE M., *Beni immateriali*, voce in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959;
- ARENA G., *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, vol. I, Cedam, Padova, 1998;
- ARENA G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Jovene, Napoli, 2005;
- ASSINI N., CORDINI G., *I beni culturali e paesaggistici*, Cedam, Padova, 2006;
- BALDIN S., *I beni culturali immateriali e la partecipazione della società nella loro salvaguardia: dalle convenzioni internazionali alla normativa in Italia e Spagna*, in DPCE online, 2018, consultabile su <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/553>;
- BARBATI C., *Pubblico e privato per i beni culturali, ovvero delle "difficili sussidiarietà"*, in *Aedon*, n. 3/2001, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- BARBATI C., *Le forme di gestione*, in BARBATI C., CAMMELLI M., SCIULLO G. (a cura di) *Il diritto dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2003;
- BARBATI C., *La valorizzazione del patrimonio culturale (art.6)*, in *Aedon*, n.1/2004 (Rivista di arti e diritto *on line*);
- BARBATI C., *Territori e attività economiche*, in BARBATI C., ENDRICI G. (a cura di) *Territorialità positiva. Mercato, ambiente e poteri subnazionali*, Il Mulino, Bologna, 2005;
- BARBATI C., CAMMELLI M., SCIULLO G., *Il diritto dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2006;
- BARBATI C., *Commento all'art. 115*, in CAMMELLI M. (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, II ed., Il Mulino, Bologna, 2007;
- BARBATI C., *La valorizzazione: gli artt. 101, 104, 107, 112, 115, 119*, in *Aedon*, n. 3/2008, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- BARBATI C., *Governo del territorio, beni culturali e autonomie: luci e ombre di un rapporto*, in *Aedon*, n. 2/2009, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- BARBATI C., *Territori e cultura: quale rapporto?*, in *Aedon*, n. 2/2011, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- BARBATI C., CAMMELLI M., SCIULLO G. (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2011;
- BARBATI C., *Le forme di gestione*, in BARBATI C., CAMMELLI M., SCIULLO G. (a cura di) *Diritto e gestione dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2011;
- BARBATI C., CAMMELLI M., CASINI L., PIPERATA G., SCIULLO G., *Diritto del patrimonio culturale*, il Mulino, Bologna, 2017;

BARBIERO A., *Strumenti per la gestione delle sponsorizzazioni negli enti locali*, Halley Editrice, Milano, 2004;

BARILE S., SAVIANO M., *Dalla gestione del patrimonio di beni culturali al governo del sistema dei beni culturali*, in GOLINELLI G.M. (a cura di), *Patrimonio culturale e creazione di valore. Verso nuovi percorsi*, Cedam, Padova, 2012;

BARTOLINI A., *I diritti edificatori in funzione premiale (le cd. premialità edilizie)*, in *Riv. giur. urb.*, n. 4/2008;

BARTOLINI A., *L'immaterialità dei beni culturali*, in *Aedon* n. 1/2014 (Rivista di arti e diritto *on line*);

BASILE M., *Rapporti fra soggetti pubblici e privati ai fini di valorizzazione dei beni culturali*, in *Ec. e dir. del terz.*, n. 2/2004;

BASSI F., *Autorità e consenso*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992;

BATTELLI E., *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, in BATTELLI E., CORTESE B., GEMMA A., MASSARO A. (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma TrE-Press, Roma, 2017;

BELLEZZA E., FLORIAN F., *Le fondazioni del terzo millennio: pubblico e privato per il non profit*, Passigli editore, Firenze, 1998;

BELLEZZA E., *Le fondazioni di partecipazione quali modelli di gestione dei musei*, paper presentato al Convegno *L'Azienda Museo: dalla Conservazione di Valori alla Creazione di Valori*, Firenze, 6-7 novembre 2003;

BELLOMIA S., *sub art. 117*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2012;

BENVENUTI F., *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Giuffrè, Milano, 1995;

BERTI G., *Il principio contrattuale nell'azione amministrativa*, in *Scritti in onore di Giannini*, II, Giuffrè, Milano, 1988;

BETTINI R., *Il principio di efficienza in scienza dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1968;

BIANCA M., *Sponsorizzazione*, in *Dig. Disc. priv.*, Sez. comm., vol. XV, Torino, 1998;

BIANCA M., *I contratti di sponsorizzazione*, Maggioli Editore, Rimini, 1990;

BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, Utet giuridica, Torino, 2006;

BILANCIA P. (a cura di), *La valorizzazione dei beni culturali. Modelli giuridici di gestione integrata*, Franco Angeli, Milano, 2006;

- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014;
- BIONDI B., *Le donazioni degli enti pubblici. Limiti e forma*, in *Giur.it*, I, 2, 1960;
- BONFANTI V., *Il partenariato pubblico-privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2016;
- BORTOLOTTO C., *Partecipazione e patrimonio culturale immateriale*, in ASPACI (Associazione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale) (a cura di), *Identificazione partecipativa del patrimonio immateriale*, Editore Regione Lombardia, 2011;
- BRUNO A., *Confutazioni e soluzioni per l'applicazione del D.lgs. 228/11 al settore dei beni culturali*, in *diritto.it*, 2017;
- BUSCEMA S., BUSCEMA A., *I contratti della Pubblica Amministrazione*, in SANTANIELLO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1994;
- CABIDDU M.A., *Governare il territorio*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2008;
- CAFAGNO M., BOTTO A., FIDONE G., BOTTINO G., PICOZZA E., *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2013;
- CAFAGNO M., MANGANARO F., *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, vol. V, Firenze University Press, Firenze, 2016;
- CAFORIO G., *La tutela delle tipicità appartenenti alla pubblica amministrazione*, in *Aedon* n. 1/2014, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- CAIA G. (a cura di), *Il testo unico sui beni culturali e ambientali (DL 29 ottobre 1999, n. 490) Analisi sistematica e lezioni*, Giuffrè, Milano, 2000;
- CALEGARI A., *Sul ruolo dei soggetti pubblici e privati nel procedimento di formazione del p.r.g.*, in *Riv. Giur. Urb.*, n. 4/2005;
- CALIANDRO C., SACCO P.L., *Italia Reloaded. Ripartire con la cultura*, il Mulino, Bologna, 2011;
- CAMMELLI M., *Il decentramento difficile*, in *Aedon*, n.1/1998, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- CAMMELLI M. (a cura di), con il coordinamento di BARBATI C., SCIULLO G., *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Il Mulino, Bologna, 2007;
- CAMMELLI M., *Pubblico e privato nei beni culturali: condizioni di partenza e punti di arrivo*, in *Aedon*, n. 2/2007, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- CAMMELLI M., *L'ordinamento dei beni culturali tra continuità e innovazione*, in *Aedon*, n. 3/2017, (Rivista di arti e diritto *on line*);

CAMMELLI M., *Pluralismo e cooperazione*, in BARBATI C., CAMMELLI M., SCIULLO G. (a cura di), *Diritto e Gestione dei Beni culturali*, Bologna, Il Mulino, 2011;

CAMMELLI M., *Prefazione*, in COVATTA L. (a cura di), *I beni culturali tra tutela, mercato e territorio*, Passigli, Roma, 2012;

CAMMELLI M., *Qualche appunto in tema di imprese culturali*, in *Aedon*, n. 2/2017, (Rivista di arti e diritto *on line*);

CAMMELLI M., *Ordinamento dei beni culturali: principi e elementi evolutivi*, relazione al Convegno dell'Unione nazionale avvocati amministrativisti "I beni culturali, tra diritto ed economia e tra centro e periferia", Ravello 27-29 ottobre 2017, in www.unioneamministrativisti.it;

CAPANTINI M., *I partenariati pubblico privati nell'organizzazione di grandi eventi, Esperienze europee*, in CHITI M.P. (a cura di) *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009;

CARCIONE M., *Dal riconoscimento dei diritti culturali nell'ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale*, in *Aedon*, n.2/2013, (Rivista di arti e diritto *on line*);

CAROSELLI A., *La gestione dei servizi culturali locali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2005;

CARPENTIERI P., *Tutela e valorizzazione dei beni culturali*, in *Urb. e app.*, n. 9/2003;

CARPENTIERI P., *Commento all'art. 6*, in TAMIOZZO R. (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio. Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*, Giuffrè, Milano, 2005;

CARPENTIERI P., *Commento all'art. 115*, in TAMIOZZO R. (a cura di), *Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, Milano Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*, Giuffrè, Milano, 2005;

CARPENTIERI P., *La gestione dei beni culturali e la finanza di progetto*, in CARTEI G.F., RICCHI M. (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010;

CARPENTIERI P., *Art. 199-bis, disciplina delle procedure per la selezione dello sponsor*, in GAROFOLI R., FERRARI G., *Codice degli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2012;

CARPENTIERI P., *Sponsorizzazioni e mecenatismo nei beni culturali*, in www.giustamm.it, 2014;

CARTEI G.F., *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in www.giustamm.it, n. 7/2010;

CARTEI G.F., *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urb. e app.*, 8/2011;

CARTEI G.F., RICCHI M. (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato - Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015;

CARZANIGA A., *Aspetti generali del partenariato tra pubblico e privato*, in SPINELLI D., VECCHIA P.L., *Opere pubbliche: le nuove modalità di realizzazione*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007;

CASCIU S., *Il tema delle sponsorizzazioni/erogazioni liberali visto dalla parte delle Soprintendenze: difficoltà, equivoci, burocrazia, mentalità*, in *Aedon*, n. 2/2013, (Rivista di arti e diritto *on line*);

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, XII ediz., Giuffrè, Milano, 2010;

CASINI L., *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 3/2001;

CASINI L., *Valorizzazione e fruizione dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2004;

CASINI L., *Pubblico e privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 7/2005;

CASINI L., *La valorizzazione dei beni culturali tra pubblico e privato*, in PIERGIGLI V., MACCARI A.L. (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, Giuffrè, Milano, 2006;

CASINI L., *Noli me tangere*, in *Aedon*, n. 1/2014, (Rivista di arti e diritto *on line*);

CASINI L., «*Le parole e le cose*»: *la nozione giuridica di bene culturale nella legislazione regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2014;

CASINI L., *Valorizzazione e gestione*, in BARBATI C., CAMMELLI M., CASINI L., PIPERATA G., SCIULLO G., *Diritto del patrimonio culturale*, Il Mulino, Bologna, 2017;

CASSESE S., *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *L'amministrazione dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1976;

CASSESE S., *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, n. 2/1985;

CASSESE S., *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, V, n. 10/1995;

CASSESE S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996;

CASSESE S., *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 7/1998;

CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 2000;

CASSESE S., *Il futuro della disciplina dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 7/2012;

CATALANO G., *Le società miste di sperimentazione gestionale alla luce della sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen., 03/03/2008 n. 1*, in www.amministrazione-incammino.it, 2008;

CAVALIERI S., *Oscillazioni in senso centralistico della giurisprudenza costituzionale in tema di altri beni culturali diversi da quelli identificati tali ai sensi della normativa statale*, in *Aedon*, n. 1/2003, (Rivista di arti e diritto *on line*);

CAVALLO B., *Provvedimenti e atti amministrativi*, in SANTANIELLO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, III, Cedam, Padova, 1993;

CAVALLO B., *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedurali e sostanziali*, in *Contratto e impr.*, n. 2/2006;

CAVALLO PERIN R., RACCA G., *Caratteri ed elementi essenziali nelle sponsorizzazioni con le pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, n. 4/2013;

CECCHETTI M., *Ambiente, paesaggio e beni culturali*, in CORSO G., LOPILATO V. (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte speciale*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2006;

CERQUETTI M., *Dal materiale all'immateriale. Verso un approccio sostenibile alla gestione nel contesto locale*, in *Il capitale culturale, Studies on the Value of Cultural Heritage*, Supplementi 02, 2015;

CERULLI IRELLI V., *“Ente pubblico”: problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in CERULLI IRELLI V., MORBIDELLI G. (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1994;

CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1997;

CERULLI IRELLI V., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, n. 2/2003;

CERULLI IRELLI V., *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008;

CERULLI IRELLI V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011;

CERULLI IRELLI V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica alla L.n. 241/90*, in www.giustamm.it, 2005;

CERUTI M., *Le concessioni riscoprono le proprie origini nel rischio operativo: riflessioni su presente, passato e futuro dell'istituto*, in *App. e contr.*, n. 11/ 2016;

CHESSA O., *Cultura e costituzione*, in D'ORSOGNA D., SACCO P.G., SCUDERI M. (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in Supplemento al n. 79/2014 di *Arte e critica*;

CHIEPPA R., LOPILATO V., *Studi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007;

CHIEPPA R., *I contratti di sponsorizzazione* in SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R. (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Giuffrè, Milano, 2008;

CHIEPPA R., *Erogazioni liberali e sponsorizzazioni: quali modalità di intervento delle Fondazioni nel settore pubblico*, in *Aedon*, n. 1/2010, (Rivista di arti e diritto *on line*);

CHIEPPA R., *Le sponsorizzazioni nell'attività della p.a.*, in www.neldiritto.it;

CHIRULLI P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione, Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Cedam, Padova, 2005;

CHITI M.P., *La nuova nozione di "beni culturali" nel d.l. n. 112/1198: prime note esegetiche*, in *Aedon*, n. 1/1998, (Rivista di arti e diritto *on line*);

CHITI M.P., *Partenariato pubblico-privato*, in CLARICH M., FONDERICO G. (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007;

CHITI M.P. (a cura di), *Il partenariato Pubblico-Privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009;

CHITI M.P., *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in ID. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, Società miste, Fondazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009;

CHITI M.P., voce *Partenariato pubblico-privato*, in *Il Diritto Enc. Giur.*, vol. X, Giuffrè, Milano, 2007;

CHITI M.P., *Il Partenariato Pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, in CARTEI G.F., RICCHI M. (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015;

CHITI M.P., *Il Partenariato Pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Riv. It. di dir. pubbl. com.*, 2016;

CHITI M.P., *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Fondazione italiana per il notariato*, *on line* su www.fondazione-notariato.it;

CIRESE A., *I beni demologici in Italia e la loro museografia*, in CLEMENTE P. (a cura di), *Graffiti di museografia antropologica italiana*, Protagon, Siena, 1996;

CIVITARESE S.M., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1997;

CLEMENTE DI SAN LUCA G., *Volontariato e non profit sector nel quadro del sistema giuridico istituzionale italiano con specifico riguardo al settore culturale*, in CLEMENTE DI SAN LUCA G. (a cura di), "Ars et Labor". *Materiali per una didattica del diritto dei beni culturali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1997;

CLEMENTE DI SAN LUCA G., SAVOIA R., *Manuale di diritto dei beni culturali*, Jovene, Napoli, 2008;

CODAZZI E., *Le "nuove" Società in house: controllo c.d. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, Atti dell'VIII Convegno Annuale dell'Associazione dei Professori Universitari di Diritto Commerciale "Orizzonti del Diritto Commerciale", Roma 17-18 febbraio 2017;

COMPORITI G.D., *Sul finanziamento delle attività culturali. Sponsorizzazione ed erogazioni liberali*, in *Aedon*, n. 2/2015, (Rivista di arti e diritto *on line*);

COMPORITI G.D., *Sponsorizzazioni ed erogazioni liberali*, in *Aedon*, n.2/ 2015, (Rivista di arti e diritto *on line*);

CONIO P., *Beni culturali, perché scegliere strumenti di partnership pubblico-privato*, in www.patrimonipenet.it, 2017;

CONIO P., LEONE L., *Dossier/7. I paletti della Corte dei Conti europea rischiano di affossare il Ppp*, in *Edilizia e Territorio*, Quotidiano del Sole 24 Ore, 2018;

CONIO P., LEONE L., *Dossier Ppp/8. Nelle Linee guida il contenuto minimo dei contratti. Ruolo chiave del Rup*, in *Edilizia e Territorio*, Quotidiano del Sole 24 Ore, 2018;

CONIO P., LEONE L., *Dossier Ppp/9. Nelle Linee guida il flusso informativo per il monitoraggio sui rischi*, in *Edilizia e Territorio*, Quotidiano del Sole 24 Ore, 2018;

CONTESSA C., DE SALVO N., *La procedura del dialogo competitivo fra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, in *Urb. App.*, 2006;

CORAGGIO G., *Merito amministrativo*, in *Enc. del dir.*, XXVI, Milano, 1976;

CORI R., PARADISI I., *I contratti di concessione e il Partenariato pubblico-privato dopo il correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in *Appalti&Contratti*, n. 6/2017;

COZZI A.O., *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, in *Aedon* n. 2/2018, (Rivista di arti e diritto *on line*);

COZZIO M., *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, in CAFAGNO M., BOTTO A., FIDONE G., BOTTINO G. (a cura di), *Negoziazioni pubbliche (scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati)*, Giuffrè, Milano, 2013;

CRISAFULLI V., PALADIN L. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008;

- CRISMANI A., “*Art-Bonus: strumento partecipativo alla gestione del bene pubblico*”, in *Federalismi.it*, n. 19/2014;
- CRISMANI A., *Cultura e sistema museale: le regole del gioco*, in D’ORSOGNA D., SACCO P.G., SCUDERI M. (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l’arte*, in Supplemento al n. 79/2014 di *Arte e critica*;
- CROSETTI A., VAIANO D., *Beni culturali e paesaggistici*, Giappichelli, Torino, 2011;
- CUGURRA G., *Accordi e pianificazione territoriale e ambientale*, in *Riv. giur. urb.*, 2000;
- D’AMIA G., *La partecipazione dei cittadini e delle associazioni*, in *Rapporto sullo stato delle politiche per il paesaggio*, CLAN Group, Roma, 2018;
- D’ANTONIO S., *La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in MANGIAMELI S. (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2008;
- DA RE C., *La comunità e il suo paesaggio: l’azione degli ecomusei per lo sviluppo sostenibile Le iniziative di salvaguardia del paesaggio biellese*, in L. ZAGATO, M. VECCO (a cura di), *Citizens of Europe*, 2015;
- D’ATENA A., *Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana*, in *Riv. It. Dir. pubbl. Com.*, n. 2/1997;
- D’ATENA A., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, n.1/2001;
- D’ATENA A., *L’Italia verso il federalismo*, Giuffrè, Milano, 2001;
- DE CARLI P., *Sussidiarietà e governo economico*, Giuffrè, Milano, 2002;
- COZZI A. O., *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, in *Aedon*, n. 2/2018, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- D’ANTONIO S., *La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in MANGIAMELI S. (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2008;
- DE DONNO M., *Il principio di consensualità nel governo del territorio: le convenzioni urbanistiche*, in *Riv. Giur. Pausania.it*, 9 settembre 2010;
- DE GIORGI M.V., *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Cedam, Padova, 1988;
- DEGRASSI L., *Cultura e istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008;
- DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, n.5/2016;
- DE PRETIS D., *L’attività contrattuale della p.a. e l’articolo 1 “bis” della legge n.241 del 1990: l’attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in MASTRAGOSTINO F., *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bononia University Press, Bologna, 2008;

DE VARINE H., *Ecomusei e Comunità. Il patrimonio immateriale del territorio e della comunità: contesto, ispirazione e risorsa dello sviluppo locale*, in GRASSEN C. (a cura di) *Ecomuseologie Pratiche e interpretazioni del patrimonio locale*, Quaderni del CE.R.CO., vol. 6, Guaraldi, Rimini, 2010;

DI CECCO G., *Il “terzo settore” per i beni culturali alla (tenue) luce della disciplina dell’impresa sociale*, in *Aedon*, n. 2/2006, (Rivista di arti e diritto *on line*);

CERQUETTI M., *Dal materiale all’immateriale. Verso un approccio sostenibile alla gestione nel contesto globale*, in *Il capitale culturale, Studies on the Value of Cultural Heritage*, Supplementi 02, 2015;

D’AMIA G., *Gli ecomusei in Italia: una realtà in evoluzione*, in *Territorio*, n. 82/2017;

D’AMIA G., *La partecipazione dei cittadini e delle associazioni*, in *Rapporto sullo stato delle politiche per il paesaggio*, CLAN Group, Roma, 2018;

DE GIORGI M.V., *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Cedam, Padova, 1988;

DEL PRETE L., *Contratti relativi a beni culturali*, in ITALIA V. (a cura di), *Appalti, contratti, convenzioni*, Giuffrè, Milano, 2008;

DI CECCO G., *Il “terzo settore” per i beni culturali alla (tenue) luce della disciplina dell’impresa sociale*, in *Aedon*, n. 2/2006, (Rivista di arti e diritto *on line*);

DI CESARE F., *La gestione delle relazioni tra attori nell’industria culturale*, in RISPOLI M., BRUNETTI G. (a cura di), *Economia e management delle aziende di produzione culturale*, Il Mulino, Bologna, 2009;

DI CRISTINA F., *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il partenariato pubblico-privato quale “archetipo generale”*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2016;

DI GIOVANNI A., *Il contratto di partenariato pubblico-privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Giappichelli, Torino, 2012;

DI MAURO F., *Le norme tecniche e linee guida applicative delle disposizioni in materia di sponsorizzazioni di beni culturali: i tratti essenziali*, in *Aedon*, n. 3/2012, (Rivista di arti e diritto *on line*);

DIPACE R., *Il contratto di sponsorizzazione e suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, in *Foro amm. TAR*, n.12/2004;

DIPACE R., *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, Giuffrè, Milano, 2006;

DIPACE R., *I contratti alternativi all’appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, in *www.giustamm.it*, n. 10/2008;

DIPACE R., *Le sponsorizzazioni di beni culturali*, in D’ORSOGNA D., SACCO P.G., SCUDERI M. (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l’arte*, in Supplemento al n. 79/2014 di *Arte e critica*;

DI SAN LUCA G.C., *Volontariato, non-profit e beni culturali*, in *federalismi.it*, 17 maggio 2017;

D'ORSOGNA D., *Buona amministrazione e sussidiarietà*, in *Diritto e Storia*, n. 9-2010. Relazione tenuta al Convegno su “*La buona amministrazione tra affermazioni di principio e diritti fondamentali*” (Gubbio, 19 e 20 ottobre 2007), organizzato dalla università degli Studi di Perugia e dalla Scuola Eugubina di Pubblica Amministrazione, reperibile al sito www.dirittoestoria.it;

D'ORSOGNA D., *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in D'ORSOGNA D., SACCO P.G., SCUDERI M. (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in Supplemento al n. 79/2014 di *Arte e critica*;

DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Giuffrè, Milano, 1996;

DUGATO M., *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio di pubblica utilità*, in *Aedon*, n. 2/2007, (Rivista di arti e diritto *on line*);

DUGATO M., *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011;

DURET P., *Sussidiarietà orizzontale radici e suggestioni di un concetto*, in *Jus*, n.1/2000;

FABI F., LOIERO R., PROFITI F., *Il partenariato pubblico-privato nell'ordinamento giuridico nazionale, comunitario ed internazionale*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2015;

FABI F., *Analisi ed inquadramento giuridico delle principali figure di PPP nazionale* in *Il Partenariato pubblico-privato nell'ordinamento giuridico nazionale, comunitario ed internazionale*, DIKE Giuridica Editrice, Roma, 2015;

FALCE V., *I contratti di sponsorizzazione*, in GAMBINO A.M. (a cura di), *I contratti di pubblicità e di sponsorizzazione*, Giappichelli, Torino, 2012;

FALCON G.D., *Convenzioni ed accordi amministrativi (voce)*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 1988;

FANTIN A., *La sponsorizzazione dei beni culturali: nuovi orizzonti del partenariato pubblico-privato*, in *Il Capitale culturale, Studies on the Value of Cultural Heritage*, vol. 2, 2011;

FANTINI S., *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, in www.giustamm.it, 2012;

FANTINI S., *Art. 11, l.n. 241 del 1990*, in BARTOLINI A., FANTINI S., FERRARI G. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Nel Diritto Editore, Roma, 2010;

- FANTINI S., *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, in *Aedon*, n.1/2014, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- FERRANTE G., MARASCO P., *Equilibrio Economico Finanziario e valutazione di congruità del contributo pubblico*, in CARTEI G.F., RICCHI M. (a cura di), *Finanza di Progetto: temi e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010;
- FERRARA R., (voce) *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. Disc. Pub.*, VIII, Utet, Torino, 1993;
- FERRARO V., *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, n. 3-4/ 2014;
- FERRI D., *La dimensione prescrittiva della cultura. Un'analisi comparata tra significante e significato*, in *Dir. Pubbl. comp. eur.*, n.1/2009;
- FERRI P.G., *Beni culturali e ambientali nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. II, Utet, Torino, 1987;
- FIDONE G., *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon*, n.1-2/2012, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- FIDONE G., *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23 UE*, in *Riv. It. dir.pubbl. com.*, 2015;
- FIORITTO A., *L'amministrazione negoziale: modelli di partenariato e problemi di applicazione*, in *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, Giappichelli, Torino, 2015;
- FOÀ S., *La gestione dei beni culturali*, Giappichelli, Torino, 2001;
- FOÀ S., *Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal ministero per i Beni e le Attività culturali*, in *Aedon*, n. 1/2002, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- FOÀ S., *I raccordi fra Ministero e privati*, in *Aedon*, n.1/2005, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- FRANCHINI C. (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Utet, Torino, 2007;
- FUSARO A., voce *Fondazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., vol. VIII, Utet, Torino, 1992;
- GALLETTI S., *Le fondazioni e le attività museali*, in *Gazzetta ambiente*, n. 4/2005;
- GARLANDINI A., *Ecomusei e musei per la valorizzazione del patrimonio culturale immateriale. Nuovi istituti culturali per nuove missioni*, in GRASSEN C. (a cura di) *Ecomuseologie Pratiche e interpretazioni del patrimonio locale*, Quaderni del CE.R.CO., vol. 6, Guaraldi, Rimini, 2010;

GAROFOLI R., *La privatizzazione degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 1998;

GAROFOLI R., *Sistemi di realizzazione delle opere pubbliche e strumenti di finanziamento: dall'appalto al partenariato pubblico-privato*, Relazione tenuta al Convegno "Appalto pubblico: chance di sviluppo efficiente", tenutosi a Ravello il 14 e 15 ottobre 2011;

GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, V edizione, Nel Diritto Editore, Roma, 2012;

GASTALDO V., *La valorizzazione dei beni culturali tra mecenatismo e sponsorizzazioni*, in *Dir. econ.*, n. 2/2016;

GATTO COSTANTINO S., *Art. 26*, in BACCARINI S., CHINÈ G., PROIETTI R. (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011;

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996;

GIACOBBE M., *Atipicità del contratto e sponsorizzazione*, in *Riv. Dir. civ.*, II, 1991;

GIANNINI M.S., (Voce), *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959;

GIANNINI M.S., *I beni pubblici. Dispense delle lezioni del Corso di Diritto Amministrativo tenute nell'anno Acc. 1962-63*, Bulzoni, Roma, 1963;

GIANNINI M.S., *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, Giuffrè, Milano, 1967;

GIANNINI M.S., *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro avvocature*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1974;

GIANNINI M.S., *I beni culturali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1976;

GIANNINI M.S., *Il pubblico potere: stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1986;

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1993;

GIOMI V., *La complessa figura delle sponsorizzazioni nel settore pubblico: problemi e criticità connesse ad un faticoso equilibrio fra le prestazioni*, in FIORITTO A. (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, Giappichelli, Torino, 2017;

GIUA M., *Il punto su mecenatismo e sponsorizzazioni culturali*, in *Corr. Trib.*, 2001;

GOISIS F., *La concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche*, in VILLATA R. (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, II, Cedam, Padova, 2014;

- GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003;
- GRECO G., *Commento all'art. 11*, in ITALIA V. (coordinato da), *L'azione amministrativa, commento alla l. 7 agosto 1990, n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35*, Giuffrè, Milano, 2005;
- GRECO G., *La direttiva in materia di concessioni*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2015;
- GROSSI R., *Introduzione*, in R. GROSSI (a cura di), *Creatività e produzione culturale. Un paese tra declino e progresso*. Quinto rapporto annuale Federculture, 2008;
- GROSSI E., *Evidenze cliniche dei rapporti tra cultura e salute*, in *Econ. cultura*, n. 2/2017;
- GUALDANI A., *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?*, in *Aedon*, n. 1/2014, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- IACOPINO A., *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017;
- IBBA C., MORANDI F., *La fondazione di partecipazione per la gestione di prodotti e servizi turistici*, in *Riv. It. di Dir. Tur.*, n. 2/2011;
- IMMORBIDINO M., *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997;
- KEYNES J.M., *Art and the State*, in *The Listener*, 26 agosto 1936, trad. it. *L'arte e lo Stato*, in *Stato e mercato nel settore culturale*, (a cura di) PENNELLA G., TRIMARCHI M., *Quaderno n. 19, Problemi di Amministrazione Pubblica*, Il Mulino, Bologna, 1993;
- LAMPIS A., *Verso un'idea di welfare allargato. Il welfare culturale nelle iniziative della Provincia Autonoma di Bolzano*, in *Ec. cultura*, n. 1/2017;
- LAUDANTE F., *Divieto per le pubbliche amministrazioni di effettuare spese per sponsorizzazioni- Brevi note sull'ambito di applicazione dell'art. 6, 9° comma, d.l. 78/2010, conv. dalla legge 122/2010*, in *Nuova rass.*, 2011;
- LAZZARO A., *Innovazione tecnologica e patrimonio culturale tra diffusione della cultura e regolamentazione*, in *federalismi.it*, 2017;
- LEDDA F., *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro Amm.*, 1997;
- LEON A., TUCCINI V., *La dimensione economica del patrimonio culturale*, in BARBATI C., M. CAMMELLI, SCIULLO G. (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna 2011;

LEONE G., TARASCO A.L., *Valorizzazione del patrimonio culturale. Commento all'art. 6*, in LEONE G., TARASCO A.L. (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Cedam, Padova, 2006;

LEONE G. e TARASCO A.L. (a cura di), *Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, Cedam, Padova, 2006;

LEVSTIK S., *La proposta di Direttiva sulle concessioni: una prima analisi ricognitiva* in CAFAGNO M., BOTTO A., FIDONE G., BOTTINO G. (a cura di), *Negoziazioni pubbliche (scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati)*, Giuffrè, Milano, 2013;

LIBERATI E. B., *Consenso e funzioni nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Giuffrè, Milano 1996;

LIGUORI F., *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *federalismi.it*, n.1/2018;

MACCARI A.L., PIERGIGLI V. (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, Giuffrè, Milano, 2006;

MADDALENA M.L., *Il contributo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali e tutela del "valore culturale" come bene immateriale*, in *Gazz. amm.*, n. 3- 4 /2015;

MAGGI M., FALLETTI V., *Gli ecomusei. Che cosa sono, cosa possono diventare*, Allemandi, Torino, 2001;

MAGGI M., *Ecomusei. Guida europea*, Allemandi, Torino, 2003;

MAGNI I., *Il contratto di sponsorizzazione*, in CENDON P. (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Utet, Torino, 2003;

MANFREDI G., *Accordi e azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2001;

MANFREDI G., *La "Fondazione La Grande Brera", il partenariato e la panacea di tutti i mali*, in *Aedon*, n. 2/2014, (Rivista di arti e diritto *on line*);

MANFREDI G., *Le sponsorizzazioni dei beni culturali e il mercato*, in *Aedon*, n. 1/2014, (Rivista di arti e diritto *on line*);

MANFREDI G., *I modelli organizzativi nell'amministrazione dei beni culturali tra mito e realtà*, in *giustamm.it*, n.2/2017;

MANGANI R., *Il contratto di disponibilità: una nuova forma di partenariato pubblico-privato. Prime riflessioni a seguito del decreto "liberalizzazioni"*, in *www. giustamm.it*, n. 2/2012;

MANGANI R., *Dossier Linee guida Ppp/6. Ecco i «rischi minori», spetta alla Pa decidere a chi vanno*, in *Edilizia e Territorio*, Quotidiano del Sole 24 Ore, 2018;

MARCOLUNGO C., *Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato*, in CHITI M.P. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009;

- MARINI F.S., *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Giuffrè, Milano, 2002;
- MARRAMA R., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza*, in Atti del XXXV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 21-23 settembre 1989, Giuffrè, Milano, 1991;
- MARRAMA R., *L'esercizio della funzione di organizzazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Monduzzi, Bologna, 1998;
- MARZOCCA R., *La distinzione tra "tutela e valorizzazione" dei beni culturali, dopo la riforma del titolo V parte II della Costituzione*, in www.AmbienteDiritto.it, 2005;
- MARZUOLI C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995;
- MASSA PINTO I., *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*, Jovene, Napoli, 2003;
- MASSERA A., *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, Pisa, 2011;
- MASTRAGOSTINO F., *Sponsorizzazioni e pubbliche amministrazioni: caratteri generali e fattori di specialità*, in *Aedon*, n. 1/2010, (Rivista di arti e diritto on line);
- MASTRAGOSTINO F., *Premessa*, in Id. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011;
- MASUCCI A., *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Jovene, Napoli 1988;
- MATTARELLA V., *Diritto Amministrativo Generale, L'attività*, in CASSESE S. (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, tomo I, II ed., Giuffrè, Milano, 2003;
- MAZZARELLI V., *Urbanistica e pianificazione territoriale*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, Giuffrè, Milano 2003;
- MAZZILLI A.D., MARI G., CHIEPPA R., *I contratti di sponsorizzazione*, SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R. (diretto da), in *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2008;
- MENGOLI G., *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano, 2009;
- MERUSI F., *Articolo 9*, in *Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1975;
- MERUSI F., *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*, 2004;
- MERUSI F., *Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità nello statuto dei beni culturali*, in *Dir. Amm.*, 2007;

- MERUSI F., *Art. 26, Contratti di sponsorizzazione*, in MORBIDELLI G., FERRARI G. (diretto da), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, EGEA, Milano, 2013;
- MESSINEO D., OCCHILUPO R., *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, in *Aedon*, 3/2014, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- MICHIARA P., *La valorizzazione dei beni culturali tramite accordi*, in www.giustamm.it, 2014;
- MICHIARA P., *La finanza di progetto nei beni culturali*, in *Aedon*, n. 1/2008, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- MICHIARA P., *Considerazioni sulla partecipazione dei privati nella gestione dei beni culturali di appartenenza pubblica*, in POLICE A. (a cura di) *I beni pubblici. Tutela, valorizzazione e gestione*, Giuffrè, Milano, 2008;
- MIGNOZZI A., *La proprietà culturale. Strumenti privatistici di gestione e valorizzazione dei beni culturali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007;
- MITZMAN E., *Le fondazioni della pubblica amministrazione nel settore della cultura: una prospettiva di diritto comparato*, in MARCHETTI B. (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Cedam, Padova, 2012.
- MONE D., *Il sistema delle fonti dei beni culturali tra giurisprudenza e prospettive di riforma costituzionale con particolare riferimento alla disciplina dei musei*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016;
- MONTEDORO G., *Leasing pubblico e capacità generale di diritto privato della p.a.*, in www.giustamm.it, 2004;
- MORBIDELLI G., *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, in giustamm.it, n. 1/2006;
- MORBIDELLI G., *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 1/2014, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003;
- NAPOLITANO G., *Soggetti privati «enti pubblici»?», in *Dir. amm.*, n. 4/2003;*
- NAPOLITANO G., *Cultura e ricerca per rilanciare lo sviluppo del nostro Paese*, Discorso del Capo dello Stato agli Stati generali della cultura, novembre 2012, in www.ilsole24ore.com;
- NARDELLA D., *I beni culturali tra Stato e Regioni e la Riforma del Titolo V della Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2002;

NARDELLA D., *Un nuovo indirizzo giurisprudenziale per superare le difficoltà nell'attuazione del Titolo V in materia di beni culturali*, in *Aedon*, n. 2/2004, (Rivista di arti e diritto *on line*);

PAGLIARI G., *Gli accordi urbanistici tra P.A. e Privati*, in *Riv. giur. urb.*, n. 4/2008;

PASTORI G., *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazioni in atto e tendenze*, in *Aedon*, n.3/2004, (Rivista di arti e diritto *on line*);

PASTORI G., *La cooperazione delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali in materia di tutela del patrimonio culturale (art.4)*, in *Aedon*, n. 1/2004 (Rivista di arti e diritto *on line*);

PECORARO G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale ex art. 118 u.c. Cost. e il Partenariato Pubblico-privato nel settore delle opere pubbliche*, in *Dir. Amm.*, 2005;

PERFETTI L., MONTAGNA C., *Sponsorizzazioni culturali, tutto ancora da fare*, Intervista in *Il Sole 24 Ore*, 2016;

PERICU G., *L'attività consensuale della Pubblica Amministrazione*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2003;

PETRAROIA P., *Partenariato tra pubblico e privato nella tutela e nella valorizzazione dei beni culturali*, relazione al Convegno "Individuazione e tutela dei beni culturali. Problemi di etica, diritto ed economia", 7 aprile 2016, reperibile in www.istituto-lombardo.it

PIATTELLI U., *Il crowdfunding in Italia: una regolamentazione all'avanguardia o un'occasione mancata?*, Giappichelli, Torino, 2013;

PINELLI C., *Lo sviluppo dell'economia territoriale attraverso la cultura e il turismo e il coordinamento dei pubblici poteri*, in *Ist. federalismo*, n.3/4-2013;

PICCHI M., *Tutela e valorizzazione dei beni culturali nella giurisprudenza della corte costituzionale. verso un progressivo accentramento delle competenze?*, nel *Forum on line* di *Quad. cost.*, 2017;

PICOZZA E., *Diritto dell'economia: disciplina pubblica*, in PICOZZA E., GABRIELLI E. (a cura di), *Trattato di diritto dell'economia*, vol. II, Cedam, Padova, 2005;

PICOZZA E., *Introduzione al diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2006;

PIPERATA G., *I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali*, in *Aedon*, n. 3/2003, (Rivista di arti e diritto *on line*);

PIPERATA G., *Commento all'art. 120*, in CAMMELLI M. (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Il Mulino, Bologna, 2004;

PIPERATA G., *Sponsorizzazione ed interventi di restauro sui beni culturali*, *Aedon*, n. 1/2005, (Rivista di arti e diritto *on line*);

- PIPERATA G., *Servizi per il pubblico e sponsorizzazioni di beni culturali: gli artt. 117 e 120*, in *Aedon*, n. 3/2008, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- PIPERATA G., *La nuova disciplina dei servizi aggiuntivi dei musei statali*, in *Aedon*, n. 2/2008, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- PIPERATA G., *Natura e funzione dei servizi aggiuntivi nei luoghi di cultura*, in *Aedon*, n. 1/2010, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- PIPERATA G., *La valorizzazione economica dei beni culturali: il caso dei musei e delle collezioni*, in *Aedon*, n. 2/2014, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- PIPERATA G., *La trasformazione delle società a partecipazione pubblica. Dalla società in house alla società a partecipazione mista*, in DUGATO M., MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bononia University Press, Bologna, 2014.;
- POLI V., *Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni*, in *www.giustamm.it*, 2002;
- POLICE A., *Le fondazioni di partecipazione*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico- privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011;
- POLICE A., *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. edil.*, n. 1/ 2004;
- PONTELLO T., *Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato: le fondazioni per la gestione di beni e servizi culturali e le società di capitali ad oggetto culturale*, in CHITI M.P. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, Società miste, Fondazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009;
- PONZANELLI G., *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 2006;
- PORTUESE P., *La contrattualistica atipica degli enti locali: problematiche giuridiche e fiscali*, in *Azienditalia*, n. 7/2016;
- PRELE C., *La valorizzazione dei beni culturali. Brevi considerazioni*, in *www.diritto.it*, luglio 2002;
- PUGLIESE F.P., *Il procedimento amministrativo tra autorità e "contrattazione"*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1971;
- PUGLIESE F.P., *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, vol. IX, Roma, 1988;
- RAGANELLI B., *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico-privato: un quadro generale*, in *www. giustamm.it*, 2010;

RAGANELLI B., *Pubblico, Privato e Concessioni in Europa: alcuni limiti della disciplina*, in CAFAGNO M., BOTTO A., FIDONE G., BOTTINO G. (a cura di), *Negoziazioni pubbliche (scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati)*, Giuffrè, Milano, 2013;

RAGANELLI B., *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, in www.amministrazioneincammino.it, 2017;

RANGONE C., *La proposta di direttiva concessioni: un passo in avanti, ma insufficiente*, intervento al Convegno organizzato da IGI, *Nuovi scenari comunitari: direttive-appalti e meccanismi di finanziamento innovativi*, Roma 22 marzo 2012;

REALFONZO U., *Le concessioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it, n. 4/2016;

RENNI M., *Al via la concertazione in materia di beni culturali: l'accordo di programma quadro tra ministero e regione Lombardia*, in *Aedon*, n. 2/1999, (Rivista di arti e diritto *on line*);

RENNI M., *Le sponsorizzazioni*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011;

RENNI M., SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012;

RESCIGNO G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2002;

RICCHI M., *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, n. 7/2014;

RICCHI M., *I contratti di concessione 2 €*, in CARTEI G.F., RICCHI M. (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-privato, Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015;

RICCHI M., *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico-privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. 50/2016*, in www.giustamm.it;

RICCI M., *Il Partenariato pubblico-privato nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in Italiappalti.it, 2016;

RIGANO F., *Tutela dei valori costituzionali e vincoli di destinazione d'uso dei beni materiali*, in *Giur. cost.*, 1990;

RIMOLI F., *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, in BATTELLI E. et al. (a cura di), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma Tre Press, Roma, 2017;

RINALDI P.G., *Pubblico e privato nella gestione dei servizi di valorizzazione dei beni culturali dopo il d.lgs. n. 156/2006. Una rilettura critica*, in DEGRASSI L. (a cura di), *Cultura e istituzioni, La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008;

RIVA R., *Il metaprogetto dell'ecomuseo*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2008;

ROLLA G., *Beni culturali e funzione sociale*, in *Le Regioni*, n. 1-2/1987;

ROMANO A., *La concessione di un pubblico servizio*, in PERICU G., ROMANO A., SPAGNUOLO VIGORITA V. (a cura di), *La concessione di un pubblico servizio*, Giuffrè, Milano, 1995;

ROMANO G., *La mannaia della "spending review" sulle fondazioni culturali: tanto rumore per nulla*, in D'ORSOGNA D., SACCO P.G., SCUDERI M. (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in Supplemento al n. 79/2014 di *Arte e critica*;

ROPPO V., *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, in *Pol. Dir.*, n. 4/1997;

ROSSI P., *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti*, in *federalismi.it*, n. 2/2018;

ROVERSI MONACO F.A. (a cura di), *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Atti del Convegno per il 40° della Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'amministrazione (Bologna, 1995), Maggioli, Rimini, 1997;

RUSSO S., *Le partnership pubblico-privato nella produzione culturale*, in RISPOLI M., BRUNETTI G. (a cura di), *Economia e management delle aziende di produzione culturale*, Il Mulino, Bologna, 2009;

SACCO P.L., FERILLI G., *L'Italia che verrà, quando? Per una visione coerente con la natura del nostro paese*, in D'ORSOGNA D., SACCO P.G., SCUDERI M. (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in Supplemento al n. 79/2014 di *Arte e critica*;

SANDULLI M.A., *Manuale di diritto amministrativo*, vol. II, XV ed., Jovene, Napoli, 1989;

SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, ed. II, Giuffrè, Milano, 2012;

SANTI G., *Il Partenariato contrattuale. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle direttive europee e del d.l. 90 del 2014*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2014;

SANTORO PASSARELLI F., *I beni della cultura secondo la costituzione*, in *Studi per il XX anniversario della Assemblea Costituente*, vol. II, Vallecchi, Firenze, 1969;

SAPORITO G., *La sponsorizzazione di attività pubbliche e la atipicità dei contratti della p.a.*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2002;

SAU A., *La disciplina dei contratti pubblici relativi ai beni culturali tra esigenze di semplificazione e profili di specialità*, in *Aedon*, n. 1/2017, (Rivista di arti e diritto *on line*);

SCIULLO G., *Beni culturali e principi della delega*, in *Aedon*, n. 1/1998, (Rivista di arti e diritto *on line*);

SCIULLO G., *La tutela del patrimonio culturale (art.3)*, in *Aedon*, n. 1/2004, (Rivista di arti e diritto *on line*);

SCIULLO G., *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d.lgs. n. 156/2006?*, in *Aedon*, n.2/2006, (Rivista di arti e diritto *on line*);

SCIULLO G., *Novità sul partenariato pubblico-privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 2/2009, (Rivista di arti e diritto *on line*);

SCIULLO G., *Le funzioni*, in BARBATI C., CAMMELLI M., SCIULLO G. (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2011;

SCIULLO G., *I beni culturali quali risorsa collettiva da tutelare - una spesa, un investimento*, in *Aedon*, n. 3/2017, (Rivista di arti e diritto *on line*);

SCIULLO G., *Corte costituzionale e nuovi scenari per la disciplina del patrimonio culturale*, in *Aedon*, n. 1/2017, (Rivista di arti e diritto *on line*);

SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995;

SCOCA F.G., *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2002;

SCOCA F.G., (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002;

SCOTTI E., *Servizi pubblici locali*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg., Utet, Torino, 2012;

SECCHI S., *Una legge per il crowdfunding*, in D'ORSOGNA D., SACCO P.G., SCUDERI M. (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in Supplemento al n. 79/2014 di *Arte e critica*;

SELO M., *L'utilizzo dell'istituto giuridico della sponsorizzazione in materia di beni culturali. Scavi archeologici di Ercolano e Anfiteatro Flavio di Roma, due casi a confronto*, in *Aedon*, n. 3/2014, (Rivista di arti e diritto *on line*);

SEPE O., *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1975;

SEPE O., *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1954;

- SESSA V., *Il partenariato pubblico-privato*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2016;
- SETTIS S., *Italia S.p.a. L'assalto del patrimonio culturale*, Einaudi, Torino, 2007;
- SEVERINI G., *La nozione di bene culturale e le tipologie di beni culturali*, in CAIA G. (a cura di), *Il testo unico sui beni culturali ed ambientali*, Giuffrè, Milano, 2000;
- SEVERINI G., *Commento agli artt.1-2*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2012;
- SEVERINI G., *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. giur. urb.*, n. 3/2013;
- SEVERINI G., *L'immateriale economico nei beni culturali*, in *Aedon*, n. 3/2015, (Rivista di arti e diritto *on line*);
- SEVERINI G., *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, Atti del Convegno «*Incontro tra i Consigli di Stato italiano e francese*», Roma, 9 ottobre 2015, in *www.giustamm.it*;
- SEVERINI G., *L'immateriale economico nei beni culturali*, in MORBIDELLI G., BARTOLINI A. (a cura di), *L'immateriale economico nei beni culturali*, Giappichelli, Torino, 2016;
- STELLA RICHTER P., *I principi del diritto urbanistico*, II, Giuffrè, Milano, 2006;
- STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè, Milano, 1992;
- TAMBURI G., *Come applicare il project financing alle opere «calde» e alle opere «fredde»*, in DRAETTA U. (a cura di), *Il project financing. Caratteristiche e modelli contrattuali*, EGEA, Milano, 1997;
- TAMIOZZO R. (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2005;
- TAMMA M., *Prodotti culturali e territori: l'immateriale che "vive" nella materialità*, in *Cultura, arte e management: frontiere e connessioni*. Atti del convegno annuale di Sinergie, Università degli Studi di Trento, «Sinergie», n. 82/2010;
- TARASCO A.L., *La gestione dei beni culturali degli enti locali: profili di diritto dell'economia*, in *Foro amm.- C.d.S.*, n.7-8/2006;
- TARASCO A.L., *sub art. 117*, in ID., LEONE G. (a cura di), *Commentario al Codice dei Beni culturali e del Paesaggio*, Cedam, Padova, 2006;
- TARASCO A.L., *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, Giappichelli, Torino, 2006;
- TARASCO A.L., *La gestione del patrimonio culturale: profili giuridici, economici e contabili*, in POLICE A. (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Giuffrè, Milano, 2008;

TARASCO A.L., *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più solo) italiana*, in *Foro amm.-C.d.S.*, n. 7-8/2008;

TARASCO A. L., *La redditività del patrimonio culturale: risorsa o pregiudizio?*, in *Urb. app.*, n.2/2008;

TARASCO A.L., *Il patrimonio culturale, modelli di gestione e finanza pubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017;

TARASCO A.L., *Ai confini del patrimonio culturale tra luoghi comuni e processi di produzione della cultura*, in *Aedon*, n. 1/2018, (Rivista di arti e diritto *on line*);

TASSONE A.R., *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in *Dir. Amm.*, n.3/2005;

TONOLETTI B., *Beni pubblici e concessioni*, Cedam, Padova, 2008;

TUBERTINI C., *La disciplina delle attività culturali nella legislazione regionale: un "nuovo" bilancio*, in *Aedon*, n.1/2007, (Rivista di arti e diritto *on line*);

TUCCI R., *Il patrimonio demoetnoantropologico immateriale fra territorio, documentazione e catalogazione*, in ICCD, *Strutturazione dei dati delle schede di catalogo. Scheda BDI*, vol. 2, Roma, 2006;

TRIMARCHI BANFI F., *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/1998;

TRIMARCHI F., *Sistemi gestionali e forme contrattuali dell'outsourcing nella pubblica amministrazione*, in *Dir.econ.*, n. 1/2002;

TROTTA G., CAIA G., AICARDI N. (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, n. 5-6/2005;

UNGARI P.F., *La sponsorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, n.1/2014, (Rivista di arti e diritto *on line*);

URBANI P., CIVITARESE MATTEUCCI S. (a cura di), *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica. Nuovi moduli convenzionali*, Giappichelli, Torino, 1995;

URBANI P., *L'urbanistica consensuale, la disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000;

URBANI P., CIVITARESE MATTEUCCI S., *Diritto urbanistico, organizzazione e rapporti*, Giappichelli, Torino, 2004;

URBANI P., *Pianificare per accordi*, in *Riv. Giur. Ed.*, n. 4/2005;

URBANI P., *Dell'urbanistica consensuale*, in *Riv. giur. urb.*, n. 2/2005;

URBANI P., *Urbanistica consensuale, “pregiudizio” del giudice penale e trasparenza dell’azione amministrativa*, in *Riv. Giur. Ed.*, n. 2/2009;

URBANI P., *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011;

URBANI P., *Disciplina regionale concorrente in materia di governo del territorio e principio perequativo nella pianificazione urbanistica comunale*, Relazione tenuta al Congresso nazionale dei notai “*Urbanistica e attività notarile: nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*”, Bari, 11 giugno 2011;

USAI S., *Il contratto di sponsorizzazione pubblica*, in *Urb. e app.*, 2014;

VAIANO D., *La valorizzazione dei beni culturali*, Giappichelli, Torino, 2011;

VALAGUZZA S., *Le sponsorizzazioni pubbliche: le insidie della rottura del binomio tra soggetto e oggetto pubblico e la rilevanza del diritto europeo*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2015;

VASTA S., *Gli accordi, la revoca e la giurisdizione esclusiva. Una lettura (tra le righe) della sentenza 5 luglio 2004, n. 204 della Corte Costituzionale*, in *Foro amm.-C.d.S.*, n. 10/2004;

VASTA S., *Perequazione urbanistica e giustizia distributiva*, in *Riv. giur. Urb.*, n. 3/2009;

VERDE G., *Il contratto di sponsorizzazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1989;

VERONELLI M., *Le sponsorizzazioni dei beni culturali*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 8/2005;

VIDIRI G., *Il contratto di sponsorizzazione: natura e disciplina*, in *Giust. Civ.*, II, 2001;

VILLATA R., *Pubblici servizi*, Giuffrè, Milano, 1999;

VITALE C., *La fruizione dei beni culturali tra ordinamento internazionale ed europeo*, in CASINI L. (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2010;

VITTORIA D., *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive di tecnica fondazionale*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1975;

VOLONTÈ P., *Le imprese sociali e i beni culturali*, Franco Angeli, Milano, 2001;

VOLPE C., *In house providing. Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e Legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele*, in www.giustamm.it, 2008;

VOLPE G., *Manuale di diritto dei beni culturali. Storia e attualità*, Cedam, Padova, 2013;

WIZEMANN A., ALBERTI F.G., *L'assetto organizzativo della fondazione per la gestione dei beni e delle attività culturali*, in *Liuc Papers*, n. 175/2005- *Management ed economia della cultura*, 2005;

ZAN L., *La trasformazione delle organizzazioni culturali in fondazione: la prospettiva manageriale*, in *Aedon*, n. 2/2003, (Rivista di arti e diritto *on line*);

ZANETTI L., *Gli accordi di programma quadro in materia di beni e attività culturali*, in *Aedon*, n. 4/2000, (Rivista di arti e diritto *on line*);

ZANOBINI G., *Corso di Diritto amministrativo*, IV, Giuffrè, Milano 1958;

ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Jovene, Napoli, 1995.