

Carocci @ editore

jemolo.it

Gli strumenti repressivi di derivazione penalistica hanno ormai perso la propria esclusività nelle politiche di contrasto alla corruzione che oggi, invece, si giocano prevalentemente sul terreno della prevenzione in tutti quei campi della vita sociale in cui viene in rilievo il contatto tra pubblica amministrazione e privati: dai contratti pubblici all'urbanistica, alla sanità, alla gestione del personale.

In tale direzione si svolge anche il tradizionale impegno dell'Istituto "Arturo Carlo Jemolo" che, attraverso un corpo docente di assoluto rilievo, ha tenuto specifiche attività formative in materia, rivolte a pubbliche amministrazioni, enti, liberi professionisti e neolaureati.

Il volume nasce appunto dall'idea dell'Istituto di approfondire e sviluppare il grande patrimonio scientifico maturato durante gli interventi didattici.

A cura di Massimo Nunziata

**Contributi di** V. Antonelli, L. Aureli, F. Bartoccioni, C. Buonauro, C. Callopoli, A. Cancrini, V. Capuzza, F. Casadei, F. Ceschel, P. Clarizia, S. Cogliani, A. Corrado, M. De Rosa, L. Di Donato, F. Di Mascio, A. Falzone, R. Jr. Flacco, F. Freni, D. Galli, G. Giacomelli, A. Hinna, G. Leotta, F. Lombardo, I. Luce, G. Malorni, A. Marchini, L. Marras, A. Nicodemo, G. F. Nicodemo, M. Nunziata, K. Pelagagge, P. Pomanti, E. Raganella, F. Rotundi, G. Ruggiero, M. P. Santoro, A. L. Tarasco, E. Tedeschi, F. Testi, V. Varone

ISBN 978-88-430-8981-9



9 788843 089819

€ 60,00



Collana Giorgio Santacroce  
Quaderni dell'Istituto  
di Studi Giuridici del Lazio  
"Arturo Carlo Jemolo"

7

Massimo Nunziata

Riflessioni in tema di lotta alla corruzione

# Riflessioni in tema di lotta alla corruzione

Rimedi preventivi e repressivi

Prefazione di  
Michele Corradino

A cura di  
Massimo Nunziata

Carocci @ editore

jemolo.it

STUDI GIURIDICI

COLLANA GIORGIO SANTACROCE  
QUADERNI DELL'ISTITUTO REGIONALE  
DI STUDI GIURIDICI DEL LAZIO  
"ARTURO CARLO JEMOLO" / 7

L'Istituto Regionale di Studi Giuridici del Lazio "Arturo Carlo Jemolo", intitolato all'illustre giurista e storico, è stato costituito con legge regionale 11 luglio 1987, n. 40 con lo scopo di facilitare l'adempimento della domanda di giustizia della società laziale, contribuendo alla formazione dei cittadini interessati alla carriera giudiziaria e forense. L'Istituto promuove l'impegno unitario e il confronto di quanti, nella pubblica amministrazione, nelle università, nella magistratura, nel foro e nella società civile, intendono fornire un positivo contributo alla piena attuazione della Costituzione della Repubblica e intraprende ogni iniziativa valida per una formazione culturale pienamente partecipe del processo democratico del Paese. A questo scopo l'Istituto promuove iniziative di studio e di ricerca, organizza convegni, seminari e altre manifestazioni di carattere scientifico e culturale; inoltre, si occupa della raccolta di materiale bibliografico e documentario, della pubblicazione di volumi e periodici e dell'attivazione di corsi di formazione nelle materie giuridiche ed economiche. Le nuove serie di "Quaderni" e "Codici" dell'Istituto Regionale di Studi Giuridici del Lazio "Arturo Carlo Jemolo" nascono con l'obiettivo di dare continuità e sistematicità alle attività editoriali che l'Istituto realizza a supporto dell'attività didattica, e per raccogliere contributi sulla storia e l'attività dell'Istituto.

Già pubblicati:

Collana Giorgio Santacroce – Quaderni dell’Istituto Regionale di Studi Giuridici del Lazio “Arturo Carlo Jemolo”

1. *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, a cura di Gianluigi Pellegrino, Alessandro Sterpa (2014)
2. *Arturo Carlo Jemolo. Un giurista nell’Italia del Novecento*, di Sergio Lariccia (2015)
3. *La tutela dell’ambiente. Un approccio multidisciplinare*, a cura di Fulvio Pastore (2015)
4. *Rapporto sui conflitti e sulla conciliazione 2015*, a cura di Mario Bresciano, Alessandro Sterpa (2015)
5. *Le autonomie territoriali nella riforma costituzionale. Atti del convegno del 23 novembre 2015*, a cura dell’Istituto Regionale di Studi Giuridici del Lazio “Arturo Carlo Jemolo” (2016)
6. *Rapporto sui conflitti e sulla conciliazione 2016*, a cura di Massimiliano Sieni e Nicola Viceconte

Codici dell’Istituto Regionale di Studi Giuridici del Lazio “Arturo Carlo Jemolo”

1. *Codice istituzionale della Regione Lazio* (2014)

I lettori che desiderano  
informazioni sui volumi  
pubblicati dalla casa editrice  
possono rivolgersi direttamente a:

Carocci editore

Corso Vittorio Emanuele II, 229

00186 Roma

telefono 06 42 81 84 17

fax 06 42 74 79 31

Siamo su:

[www.carocci.it](http://www.carocci.it)

[www.facebook.com/carocceditore](https://www.facebook.com/carocceditore)

[www.twitter.com/carocceditore](https://www.twitter.com/carocceditore)

# Riflessioni in tema di lotta alla corruzione

Rimedi preventivi e repressivi

A cura di Massimo Nunziata

Prefazione di Michele Corradino



Carocci editore

Il testo è disponibile sul sito Internet di Carocci editore nella sezione “PressonLine”.

Per contattare il settore didattica dell’Istituto “Arturo Carlo Jemolo”,  
scrivere a [pnecci@regione.lazio.it](mailto:pnecci@regione.lazio.it)

1ª edizione, luglio 2017  
© copyright 2017 by Carocci editore S.p.A., Roma

Impaginazione e servizi editoriali:  
Pagina soc. coop., Bari

Finito di stampare nel luglio 2017  
da Grafiche VD srl, Città di Castello (PG)

ISBN 978-88-430-8981-9

Riproduzione vietata ai sensi di legge  
(art. 171 della legge 22 aprile 1941, n. 633)

Senza regolare autorizzazione,  
è vietato riprodurre questo volume  
anche parzialmente e con qualsiasi mezzo,  
compresa la fotocopia, anche per uso interno  
o didattico.

# Indice

Prefazione. La circolarità della lotta alla corruzione di <i>Michele Corradino</i>	17
Presentazione di <i>Nicola Zingaretti</i>	19
Presentazione di <i>Alessandro Sterpa</i>	21
Presentazione di <i>Pompeo Savarino</i>	23
Introduzione di <i>Massimo Nunziata</i>	25
 Sezione A La prevenzione della corruzione  	
1. Introduzione generale al fenomeno di <i>Giuseppe Leotta</i>	29
2. L'ambito soggettivo di applicazione della normativa anticorruzione di <i>Paolo Clarizia</i>	39
2.1. Un ambito soggettivo a geometria variabile	39
2.2. A volte ritornano: la nozione "formale/statica" di pubbliche amministrazioni e di enti pubblici	42
2.3. Gli enti di diritto privato in controllo pubblico: uno, nessuno e 8.323	45

3.	Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione di <i>Maria Pia Santoro</i>	51
3.1.	Premessa	51
3.2.	La nascita della CIVIT e il suo riconoscimento quale autorità nazionale anticorruzione	52
3.3.	Dalla CIVIT all'ANAC	56
3.4.	Il ruolo dell'ANAC	59
4.	Piani anticorruzione e aggiornamenti di <i>Emiliano Raganella</i>	65
4.1.	Premessa	65
4.2.	Il PNA: oggetto, finalità, procedura di adozione	65
4.3.	PNA e aggiornamenti	67
4.4.	Monitoraggio e analisi dei PTPC: oggetto, finalità, metodologia, risultati	67
	4.4.1. Oggetto / 4.4.2. Finalità / 4.4.3. I risultati emersi dall'analisi effettuata	
4.5.	Aggiornamento PNA 2013-16	73
4.6.	Monitoraggio e analisi dei PTPC di 198 amministrazioni pubbliche	74
4.7.	Il nuovo PNA 2016 e le recenti modifiche legislative	74
4.8.	Il procedimento di approvazione del PNA	77
4.9.	Conclusioni	79
5.	La trasparenza attraverso gli obblighi di pubblicazione di <i>Anna Corrado</i>	81
5.1.	Le tappe della trasparenza in Italia	81
5.2.	Gli obblighi di pubblicazione	84
5.3.	Ambito soggettivo di applicazione della disciplina sulla trasparenza	84
5.4.	La qualità e le caratteristiche dei dati	86
5.5.	La trasparenza assicurata con il collegamento alle banche dati	88
5.6.	Le sezioni di "Amministrazione Trasparente"	90
	5.6.1. Disposizioni generali / 5.6.2. Organizzazione / 5.6.3. Consulenti e Collaboratori / 5.6.4. Personale / 5.6.5. Bandi di concorso / 5.6.6. Performance / 5.6.7. Enti controllati / 5.6.8. Attività e procedimenti / 5.6.9. Provvedimenti / 5.6.10. Controlli sulle imprese / 5.6.11. Bandi di gara e contratti / 5.6.12. Sovvenzioni, contributi, sussidi, vantaggi economici / 5.6.13. Bilanci / 5.6.14. Beni immobili e gestione patrimonio / 5.6.15. Controlli e rilievi sull'amministrazione / 5.6.16. Servizi erogati / 5.6.17. I pagamenti dell'amministrazione / 5.6.18. Opere pubbliche / 5.6.19. Pianificazione e governo del territorio / 5.6.20. Informazioni ambientali / 5.6.21. Strutture sanitarie private accreditate / 5.6.22. Interventi straordinari e di emergenza / 5.6.23. Altri contenuti	
5.7.	Conclusioni	107

6.	L'accesso a dati, documenti e informazioni di <i>Fabrizio Di Mascio</i>	109
6.1.	Introduzione	109
6.2.	Il diritto di accesso degli interessati ai documenti amministrativi	109
6.3.	L'accesso civico ai dati oggetto di pubblicazione online obbligatoria	111
6.4.	L'accesso civico a dati ulteriori a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria: il FOIA all'italiana	113
6.5.	Le sfide dell'attuazione	117
7.	La prevenzione della corruzione nel sistema di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi di <i>Mariastefania De Rosa</i>	121
7.1.	Le fonti della disciplina	121
7.2.	L'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo	124
7.3.	Il sistema di vigilanza e di contestazione delle inconferibilità e incompatibilità. Le sanzioni. Le funzioni del responsabile della prevenzione della corruzione e il ruolo dell'ANAC	127
7.4.	Le lacune del sistema e le proposte di modifica delle norme vigenti	134
8.	La prevenzione della corruzione nella tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. <i>whistleblowing</i> ) di <i>Mariastefania De Rosa</i>	137
8.1.	Le fonti della disciplina	137
8.2.	L'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo	140
8.3.	La protezione del segnalante: il regime dell'anonimato e il divieto di discriminazione	142
8.4.	La creazione di un sistema per la procedura di segnalazione	145
8.5.	Le lacune dell'istituto e il recente disegno di legge	147
9.	Corruzione e performance dell'amministrazione. Il monitoraggio della performance quale strumento di prevenzione della corruzione di <i>Davide Galli e Giorgio Giacomelli</i>	151
9.1.	Introduzione	151
9.2.	Gli elementi costitutivi del fenomeno corruttivo	153
9.3.	Il ciclo di gestione e controllo del rischio	154
9.4.	Il collegamento con la performance: misurazione e trasparenza	157



9.5. Una proposta operativa: i laboratori per lo sviluppo del sistema di misurazione dell'integrità	159
9.6. Le linee operative	161
9.6.1. Misurare la performance per valutare l'integrità / 9.6.2. Il sistema di misurazione dell'integrità: una proposta di attuazione	
10. Gli oneri amministrativi derivanti alle PA dall'attuazione della normativa anticorruzione di <i>Luca Di Donato</i>	167
10.1. Introduzione	167
10.2. Gli obblighi di pianificazione	168
10.3. Gli obblighi in materia di trasparenza	170
10.4. La riforma della disciplina ai sensi del D.Lgs. 97/2016	173
10.5. Conclusioni: una breve analisi dei profili problematici	175
11. Il sistema di gestione del rischio di corruzione tra <i>risk management</i> e <i>change management</i> di <i>Alessandro Hinna, Fabrizio Rotundi e Federico Ceschel</i>	181
11.1. Premessa	181
11.1.1. Sistema di governance e problemi di implementazione: la scelta italiana / 11.1.2. Prevenzione della corruzione, gestione del rischio e sistema delle decisioni	
11.2. Il rischio di corruzione	185
11.2.1. Definizione di rischio di corruzione: "i comportamenti" / 11.2.2. Fattori abilitanti e cause	
11.3. Regole e standard per il <i>risk management</i>	190
11.3.1. <i>Enterprise Risk Management</i> e ISO 31000:2009 / 11.3.2. Le linee guida internazionali / 11.3.3. La configurazione del sistema secondo l'ISO 31000:2009 / 11.3.4. I principi / 11.3.5. Disegno	
11.4. L'organizzazione del sistema di gestione del rischio	211
11.4.1. L'approccio / 11.4.2. Ruoli e funzioni degli attori coinvolti nella prevenzione della corruzione / 11.4.3. Il ruolo attivo e di sostegno dell'OIV	
11.5. Il processo di gestione dei rischi	218
11.5.1. Le fasi del processo di gestione del rischio / 11.5.2. Comunicazione e consultazione / 11.5.3. Definizione del contesto / 11.5.4. Definizione del contesto interno / 11.5.5. Definizione del contesto esterno / 11.5.6. Valutazione dei rischi / 11.5.7. Identificazione e analisi dei rischi / 11.5.8. Ponderazione dei rischi / 11.5.9. Trattamento dei rischi / 11.5.10. Monitoraggio e controllo	
11.6. Per non concludere: l'evoluzione del <i>risk management</i> e la visione <i>risk based thinking</i>	231
11.7. Linee guida e modelli organizzativi nazionali e internazionali	233

12.	L'impatto della disciplina anticorruzione sul procedimento amministrativo di <i>Carlo Buonauro</i>	237
12.1.	Premessa	237
12.2.	I rapporti tra normativa di contrasto alla corruzione e disciplina generale del procedimento amministrativo	238
12.3.	Il doppio binario di intersezione tra legge 190/2012 e legge 241/1990	240
12.4.	Il rapporto di simpateticità tra i due testi normativi	242

## Sezione B

### La repressione della corruzione

13.	Nuovi strumenti di diritto penale alla luce delle riforme in tema di anticorruzione di <i>Pietro Pomanti</i>	249
13.1.	I recenti interventi normativi	249
13.2.	Gli ultimi strumenti penalistici: la legge 69/2015	254
13.3.	Il bene giuridico di riferimento nei delitti contro la PA	260
13.4.	La concussione esplicita e l'induzione indebita <i>ex art. 319 quater c.p.</i>	262
14.	I delitti di corruzione: il nuovo assetto normativo e giurisprudenziale di <i>Andrea Marchini</i>	271
14.1.	La sistematica dei delitti di corruzione	271
14.2.	La corruzione per l'esercizio della funzione <i>ex art. 318 c.p.</i>	277
14.3.	La corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio <i>ex art. 319 c.p.</i>	280
14.4.	La corruzione in atti giudiziari <i>ex art. 319 ter c.p.</i>	283
15.	L'obbligo di denuncia del danno erariale da parte del pubblico dipendente: un utile presidio anticorruzione di <i>Federico Freni</i>	285
15.1.	Premessa	285
15.2.	Il nuovo codice di giustizia contabile cui al D.Lgs. 174/2016	286
15.3.	Attività istruttoria, garanzie difensive e obbligo di denuncia: i presupposti storici	287
15.4.	Notizia di danno e obbligo di denuncia nel nuovo assetto normativo	289
15.5.	L'obbligo di denuncia del danno erariale: un utile presidio anticorruzione	291

Sezione C  
Le applicazioni settoriali

Sezione C.1  
Contratti pubblici

16.	Concorrenza e trasparenza come misura dell'anticorruzione nella nuova disciplina degli appalti pubblici di <i>Arturo Cancrini</i>	295
16.1.	Promozione della concorrenza	296
16.2.	Lo sviluppo della trasparenza	303
17.	Lotta alla corruzione e flessibilità dell'attività contrattuale della PA di <i>Massimo Nunziata</i>	309
17.1.	Contratti pubblici e lotta alla corruzione	309
17.2.	L'occasione da non perdere: la nuova disciplina dei contratti pubblici	312
17.3.	Discrezionalità, contratti pubblici e lotta alla corruzione	316
17.4.	L'approccio del nuovo codice dei contratti pubblici: prevenzione della corruzione in uno scenario concorrenziale	319
17.5.	I nuovi strumenti	323
18.	L'attività di regolazione dell'ANAC nel codice dei contratti pubblici di <i>Maria Pia Santoro</i>	327
18.1.	Premessa	327
18.2.	La funzione di regolazione dell'ANAC: un confronto tra nuova e vecchia disciplina	328
18.3.	L'esercizio del potere di regolazione dell'ANAC tra discrezionalità e vincoli	329
18.4.	Gli atti di regolazione	335
	18.4.1. Linee guida attuative del nuovo codice dell'ANAC: la posizione della dottrina / 18.4.2. Linee guida attuative del nuovo codice dell'ANAC: la ricostruzione del Consiglio di Stato	
18.5.	Gli strumenti di regolazione come atti di <i>soft law</i> : critica	340
19.	Governance, qualificazione e responsabilità degli organi delle stazioni appaltanti di <i>Francesco Lombardo</i>	343
19.1.	I contratti di appalto pubblici	343

19.2. Le procedure dell'evidenza pubblica	344
19.3. La programmazione e la progettazione	346
19.4. La governance interna della stazione appaltante	348
19.5. La "posizione di garanzia" del RUP e la delega di funzioni a essa sottesa	350
19.6. La responsabilità dei soggetti diversi dal RUP di cui questi si avvale	351
19.7. La qualificazione delle stazioni appaltanti e i suoi riflessi giuscontabilistici	354
19.8. La colpa professionale e gli organi della stazione appaltante	355
19.9. Conclusioni	358
20. La nomina, gli adempimenti delle commissioni di gara e il sistema delle incompatibilità di <i>Andrea Falzone</i>	359
20.1. Nomina e composizione della commissione	359
20.2. L'albo nazionale obbligatorio presso l'ANAC	361
20.3. Il sistema delle incompatibilità	362
20.4. Gli adempimenti	363
21. Riduzione degli oneri di partecipazione alla gara, soccorso istruttorio e tassatività delle cause di esclusione di <i>Laura Marras, Antonio Nicodemo e Giovanni F. Nicodemo</i>	367
21.1. Riduzione degli oneri di partecipazione alla gara	367
21.1.1. Premessa / 21.1.2. La semplificazione auspicata nelle direttive europee e l'attuazione nel nuovo codice / 21.1.3. Il documento di gara unico europeo (DGUE) / 21.1.4. Strumenti informatici e banche dati: il regime transitorio di utilizzo del sistema AVCpass e le prospettive future	
21.2. Soccorso istruttorio	373
21.2.1. Soccorso istruttorio a pagamento e (non) obbligatorietà della sanzione in caso di rinuncia alla partecipazione	
21.3. Motivi di esclusione e tassatività delle cause di esclusione	380
22. La disciplina antimafia e i contratti pubblici di <i>Veronica Varone</i>	387
22.1. Introduzione: il difficile rapporto tra normativa antimafia e contrattualistica pubblica tra interferenze e incongruenze	387
22.2. Il coordinamento alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici	390
22.2.1. Selezione del contraente / 22.2.2. Esecuzione del contratto	

22.3. <i>Focus</i> sulla documentazione antimafia	393
22.3.1. La comunicazione antimafia / 22.3.2. L'informazione antimafia	
22.4. <i>Focus</i> sul commissariamento	398
23. Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione di <i>Gianpaolo Ruggiero</i>	401
23.1. Finalità, natura e tipologia delle misure	401
23.2. Presupposti per l'applicazione delle misure nell'ambito della prevenzione della corruzione e procedimento di irrogazione	405
23.3. Presupposti e procedimento per l'irrogazione delle misure in caso di informativa antimafia interdittiva	408
23.4. La durata delle misure e loro revoca	412
23.5. I requisiti e il compenso degli amministratori	413
23.6. L'accantonamento dell'utile d'impresa	415
23.7. L'applicazione delle misure agli accordi contrattuali	417
24. I patti d'integrità di <i>Lorenzo Aureli</i>	421
24.1. La diffusione dei patti d'integrità	421
24.2. La copertura normativa dei patti d'integrità	423
24.3. I patti d'integrità e la Corte di giustizia europea	424
24.4. I protocolli di legalità di nuova generazione	426
24.5. La struttura del patto d'integrità	427
24.6. La violazione del patto d'integrità: la vicenda Expo 2015	429
24.6.1. La decisione del Consiglio di Stato n. 143/2015 / 24.6.2. La sentenza del TAR Lombardia n. 974/2015	
25. Profili problematici in tema di esecuzione del contratto di <i>Filippo Casadei e Giorgia Malorni</i>	433
25.1. Il quadro di riferimento	433
25.2. Momenti a rischio corruzione nella fase di esecuzione del contratto	438
25.3. Misure di prevenzione	441
26. Le comunicazioni della PA all'ANAC nella fase esecutiva degli appalti: dalla trasparenza all'anticorruzione di <i>Claudio Callopoli</i>	445

26.1. L'impatto del nuovo codice degli appalti pubblici	445
26.2. Gli articoli del nuovo codice che prevedono obblighi informativi in fase esecutiva	447
26.3. Conclusioni: dalla trasparenza all'anticorruzione	449

## Sezione C.2

## Gestione e valorizzazione del patrimonio pubblico

27. La sponsorizzazione e il partenariato per la valorizzazione del patrimonio pubblico di <i>Solveig Cogliani e Esper Tedeschi</i>	453
27.1. Uno sguardo al passato	455
27.1.1. Il significato delle parole / 27.1.2. La natura giuridica del contratto di sponsorizzazione / 27.1.3. Pubblica amministrazione e contratti di sponsorizzazione / 27.1.4. La sponsorizzazione "culturale" / 27.1.5. Il caso Colosseo	
27.2. E uno al futuro: la sponsorizzazione libera	459
28. Concessioni d'uso dei beni pubblici e politiche di prevenzione della corruzione di <i>Antonio Leo Tarasco</i>	463
28.1. Beni pubblici e anticorruzione: quale legame?	463
28.2. La tripartizione tradizionale dei beni pubblici	464
28.2.1. Demanio / 28.2.2. Il patrimonio disponibile / 28.2.3. Il patrimonio indisponibile	
28.3. Usi e valorizzazione dei beni demaniali: le concessioni	467
28.4. La disciplina delle concessioni pubbliche tra diritto positivo ed elaborazione giurisprudenziale	469
28.4.1. Profili giurisdizionali	
28.5. Concessioni di beni culturali pubblici e redditività	473
28.5.1. Finalità della concessione dei beni del patrimonio culturale pubblico / 28.5.2. Tipologie di concessioni d'uso dei beni del patrimonio culturale / 28.5.3. Il problema della determinazione del canone del c.d. uso individuale (duraturo o precario) / 28.5.4. Le concessioni degli immobili culturali inutilizzati	
28.6. Le concessioni dei beni culturali nel quadro del fenomeno della valorizzazione del patrimonio pubblico attraverso l'ausilio di terzi soggetti	485

Sezione C.3  
Sanità

29.	Le misure di prevenzione della corruzione nei servizi sanitari di <i>Vincenzo Antonelli</i>	489
29.1.	La corruzione in sanità	489
29.2.	L'applicazione della legge 190/2012 agli enti del SSN 29.2.1. Il rinvio all'art. 1 del D.Lgs. 165/2001 / 29.2.2. Le intese in sede di Conferenza unificata / 29.2.3. Il principio di imparzialità e i livelli essenziali di prestazioni	492
29.3.	La disciplina della trasparenza in ambito sanitario 29.3.1. La trasparenza come partecipazione / 29.3.2. La trasparenza dell'organizzazione / 29.3.3. La trasparenza per l'anticorruzione / 29.3.4. La legge di stabilità per il 2016 / 29.3.5. Il <i>Primo Rapporto sullo stato di attuazione delle azioni adottate dalla sanità pubblica in materia di trasparenza ed integrità</i>	496
29.4.	La disciplina del conferimento degli incarichi in sanità: inconfiribilità e incompatibilità 29.4.1. L'inconfiribilità secondo il D.Lgs. 235/2012 / 29.4.2. L'inconfiribilità e l'incompatibilità degli incarichi nel D.Lgs. 39/2013 / 29.4.3. L'intesa in Conferenza unificata del 24 luglio 2013 / 29.4.4. Gli indirizzi dell'ANAC	502
29.5.	Le misure di prevenzione della corruzione in sanità 29.5.1. La pianificazione / 29.5.2. I destinatari / 29.5.3. L'Aggiornamento 2015 del PNA / 29.5.4. I contratti pubblici / 29.5.5. Gli incarichi e le nomine / 29.5.6. La gestione delle entrate, delle spese e del patrimonio / 29.5.7. La vigilanza, i controlli, le ispezioni e le sanzioni / 29.5.8. L'attività libero-professionale <i>intramoenia</i> / 29.5.9. I rapporti contrattuali tra aziende sanitarie e privati accreditati / 29.5.10. I farmaci, i dispositivi sanitari e le altre tecnologie / 29.5.11. Il decesso intraospedaliero / 29.5.12. Il coordinamento degli strumenti di programmazione / 29.5.13. Il <i>Rapporto sullo stato di attuazione e la qualità dei piani triennali di prevenzione della corruzione</i>	506
29.6.	Il nuovo PNA 29.6.1. Il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza / 29.6.2. I PTPC / 29.6.3. Gli obblighi di trasparenza / 29.6.4. Il conferimento e la rotazione degli incarichi / 29.6.5. Il sistema delle 3 A / 29.6.6. Le sperimentazioni cliniche e l'utilizzo di nuove tecnologie	518
29.7.	Le misure anticorruzione e il D.Lgs. 231/2001 29.7.1. Le misure anticorruzione e i soggetti di diritto privato operanti nell'ambito del SSN / 29.7.2. Il commissariamento e la tracciabilità dei flussi finanziari	523
29.8.	Trasparenza e gruppi di pressione in sanità 29.8.1. La prospettiva patologica / 29.8.2. Il momento fisiologico	529
29.9.	Alcune considerazioni di sintesi	534
30.	La determinazione dei prezzi di riferimento nel settore sanitario: il caso dei prodotti farmaceutici di <i>Rocco Jr. Flacco</i>	537

30.1. Introduzione	537
30.2. Il prezzo di riferimento come nozione a doppia valenza nella disciplina del mercato farmaceutico	538
30.3. Il prezzo di riferimento dei farmaci nel sistema dell'assistenza territoriale	539
30.3.1. Il ruolo dei farmaci generici nel contenimento della spesa sanitaria	
30.4. Il nodo della comparabilità tra prodotti farmaceutici: equivalenza farmaceutica ed equivalenza terapeutica. Cenni	543
30.5. I prezzi di riferimento negli acquisti in sanità	546
30.5.1. L'incidenza delle norme sul tetto di spesa farmaceutica ospedaliera / 30.5.2. L'individuazione degli indici di riferimento e il ruolo dei principi attivi	
30.6. L'indicazione dei prezzi di riferimento tra semplificazione e riduzione di tutela	550
30.7. Conclusioni	552
31. L'Health Technology Assessment di <i>Filippo Bartoccioni e Katy Pelagagge</i>	553
31.1. Definizione e nascita dell'HTA	553
31.2. La classificazione dell'HTA	554
31.3. Come viene sviluppato l'HTA	556
31.4. L'HTA come strumento utile per l'anticorruzione	558
32. La mappatura delle procedure e dei processi all'interno dei sistemi aziendali di <i>Filippo Bartoccioni e Katy Pelagagge</i>	561

## Sezione C.4

## Società pubbliche e Ordini professionali

33. Società pubbliche e anticorruzione alla luce delle recenti riforme di <i>Francesco Testi</i>	573
33.1. Società pubbliche e inquadramento normativo	573
33.2. Considerazioni critiche alla luce dei rischi di corruzione	574
33.3. I rapporti tra D.Lgs. 231/2001 e legge 190/2012: fondamento sostanziale e finalità	577
33.4. Gli obblighi in tema di anticorruzione e trasparenza per le società a partecipazione pubblica minoritaria e per le società quotate	578



33.5. Gli obblighi in tema di anticorruzione e trasparenza per le società a controllo pubblico: il piano di prevenzione della corruzione della società	580
34. La disciplina in materia di prevenzione della corruzione per gli Ordini e i collegi professionali di <i>Vittorio Capuzza</i>	585
34.1. Un primo inquadramento	585
34.2. RPC/RT (ora RPCT): competenze e difficoltà applicative	586
34.3. Applicabilità degli obblighi agli Ordini professionali. Modifiche della visuale interpretativa	589
34.4. Problematiche potenziali relative agli Ordini professionali	592

### Sezione C.5

#### Il personale della pubblica amministrazione

35. Il personale della PA, concorsi e progressioni di carriera di <i>Iolanda Luce</i>	599
35.1. Premessa	599
35.2. Concorsi e prove selettive per l'assunzione di personale e progressioni di carriera: legge 190/2012, art. 1, comma 16°, lett. <i>d</i>	600
35.3. La nozione di concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera e gli obblighi di trasparenza	603
35.4. Conclusioni	607
Gli autori	609

# Concessioni d'uso dei beni pubblici e politiche di prevenzione della corruzione

di *Antonio Leo Tarasco*

## 28.1

### Beni pubblici e anticorruzione: quale legame?

Il concetto di concessione d'uso di beni pubblici racchiude in sé quello di esclusività dell'uso degli stessi beni in favore di singoli soggetti e, correlativamente, di esclusione della restante parte dei consociati dall'uso di quei beni<sup>1</sup>.

La ricerca dell'utile cui è finalizzato l'utilizzo esclusivo dei beni pubblici ovvero la creazione di una situazione di privilegio nel concessionario (unico soggetto legittimato a goderne) rende l'istituto concessorio di particolare interesse per individui, imprese o semplici associazioni che ambiscono a considerazioni giuridiche di particolare favore così da conseguire guadagni mediante elusione delle procedure concorrenziali e competitive. Tali considerazioni di ordine generale sono confermate e, anzi, aggravate, nel settore del patrimonio culturale in cui l'uso dei beni culturali da parte di terzi è scarsamente procedimentalizzato<sup>2</sup> e la peculiarità dell'oggetto – il bene culturale e la sua valorizzazione – più che offrire ragionevoli specificità nel procedimento concessorio può costituire il paravento dietro il quale si nascondono affidamenti *intuitu personae*, proroghe *ad libitum*, condizioni giuridico-economiche non prefissate *ex ante* e altre patologie amministrative<sup>3</sup>.

È segno evidente della delicatezza di tale ambito di attività amministrativa l'avvenuta inclusione delle concessioni in uso e delle locazioni di immobili pubblici

1. F. Fracchia, *s.v. Concessione amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. I, Giuffrè, Milano 2007, pp. 250-76, spec. p. 254: «Tutte le concessioni accrescono la sfera soggettiva del destinatario attribuendogli una situazione privilegiata».

2. TAR Toscana, 22 ottobre 2013, n. 1473, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

3. Un caso emblematico è quello riguardante l'affidamento a titolo gratuito del Giardino di Boboli di Firenze effettuato dalla Soprintendenza dell'ex Polo museale speciale fiorentino in favore dell'associazione Multipromo, a dispetto del carattere pienamente lucrativo della gestione dello stesso Giardino da parte dell'associazione: l'affidamento gratuito è stato censurato dapprima in sede di giurisdizione amministrativa (con la sentenza di annullamento del TAR Toscana, 14 maggio 2013, n. 1437) e poi per i risvolti in tema di danno erariale (Corte dei conti, sez. giurisd. Toscana, 7 aprile 2016, n. 96) con la condanna del dirigente dell'ex Polo museale speciale fiorentino al pagamento di euro 170.944,40.

di interesse culturale, anche a fini economici, tra le aree a rischio di corruzione classificate con un livello medio-alto nelle amministrazioni che perseguono specificamente interessi nel settore del patrimonio culturale<sup>4</sup>. Al fine di affrontare tali problematiche è necessario svolgere premesse di ordine generale sui beni pubblici e sui relativi procedimenti di concessione.

## 28.2

### La tripartizione tradizionale dei beni pubblici

#### 28.2.1. DEMANIO

Come noto, il R.D. 23 maggio 1924, n. 827, recante il *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato* (art. 6), distingue i beni patrimoniali dello Stato in mobili e immobili, nonché in disponibili e non disponibili, mentre è nel codice civile (artt. 822-823 c.c.) che tali categorie tipologiche ricevono una disciplina e descrizione contenutistica essenziale<sup>5</sup>. Il codice civile non usa la locuzione “bene culturale” coniata, come noto, solo nel 1954 in sede internazionale e utilizzata nel linguaggio giuridico (prenormativo) solo con la Commissione Franceschini degli anni Sessanta<sup>6</sup>. Viceversa, è l'art. 53 codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (di seguito codice) che introduce il concetto di “demanio culturale” che sostituisce – sul piano terminologico – il demanio storico-artistico nel quale sono ricompresi i beni culturali aventi natura demaniale e indicati nell'art. 822, comma 2° c.c.

In particolare, il secondo comma dell'art. 822 c.c. riconduce al demanio (c.d. eventuale o accidentale) «gli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia; le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche». Essi sono dunque esclusivamente beni immobili e universalità di mobili. Tali beni, per effetto del loro carattere demaniale, sono

4. Si veda, ad esempio, il D.M. 26 febbraio 2006, n. 101 recante il *Piano triennale di prevenzione della corruzione 2016-2018* del MIBACT, che assegna alle concessioni d'uso un punteggio pari a 3,98, superiore rispetto agli acquisti di beni e servizi (2,99) e alle procedure di gestione di contratti e appalti (3,95), sebbene inferiore rispetto all'autorizzazione all'alienazione degli immobili del demanio culturale (4,45); analoga inclusione riceveva la fattispecie in esame nel D.M. 1° aprile 2014, recante l'adozione del *Piano triennale di prevenzione della corruzione 2014-2016*.

5. In argomento, sia consentito rinviare a A. Police, A. L. Tarasco, *Articolo 822 codice civile. Demanio pubblico*, in A. Jannarelli, F. Macario (a cura di), *Commentario del Codice civile diretto da Enrico Gabrielli. Della Proprietà*, vol. I: *Artt. 810-868 c.c.*, UTET, Torino 2012, pp. 97-128. Se il demanio è descritto nell'art. 822 c.c., i beni del patrimonio indisponibile sono individuati nell'art. 826, comma 2° c.c. e disciplinati nel successivo art. 828, comma 2° c.c., secondo cui «i beni che fanno parte del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano».

6. Legge 26 aprile 1964, n. 310, recante *Costituzione di una commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*.

inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore dei terzi se non nei modi previsti dalla legislazione speciale sui beni culturali (e dettata in via generale dal codice) tra cui, *in primis*, l'istituto concessorio<sup>7</sup>. L'inalienabilità dei beni del demanio culturale è ristretta unicamente all'elenco dei beni individuati nell'art. 54 del codice e che costituisce la risultante della combinazione delle disposizioni del codice civile con quelle successivamente emanate dal codice del 2004<sup>8</sup>.

Come accennato, la disciplina essenziale del demanio – che si ritiene applicabile analogicamente anche ai beni del patrimonio indisponibile – è contenuta nell'art. 823 c.c. e consiste, in primo luogo, nel divieto di alienazione, a qualsiasi titolo (gratuito o oneroso) nonché nell'iusucapibilità e inespropriabilità. In ragione della peculiarità della categoria, l'ordinamento accorda all'ente pubblico (anche territoriale) la speciale tutela amministrativa che consente di tutelare la proprietà demaniale prescindendo dal ricorso all'autorità giudiziaria; tutela amministrativa, questa, che si pone in termini alternativi rispetto alla tutela ordinaria della proprietà demaniale<sup>9</sup> e che non è esperibile – si ritiene – allorché l'attore sia non l'ente pubblico ma un concessionario privato.

7. Secondo la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2013, n. 3924) soltanto l'attribuzione a privati dell'utilizzazione di beni del demanio o del patrimonio indisponibile dello Stato o dei comuni, quale che sia la terminologia adottata nella convenzione e ancorché presenti elementi privatistici, è (sempre) riconducibile, ove non risulti diversamente, alla figura della concessione-contratto, atteso che il godimento dei beni pubblici, stante la loro destinazione alla diretta realizzazione di interessi pubblici, può essere legittimamente attribuito a un soggetto diverso dall'ente titolare del bene – entro certi limiti e per alcune utilità – solo mediante concessione amministrativa. È il caso di soggiungere, circa la natura e la funzione del demanio, che a giudizio della dottrina la «demanialità si correla strettamente sin dal suo sorgere non più (in modo generico) ad un interesse, ma specificamente ad una funzione pubblica e con essa sta e cade»: V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici e di interesse pubblico*, in L. Mazzaroli et al. (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, Monduzzi, Bologna 2005, p. 181. A ciò si aggiunga che l'uso dei beni pubblici è strettamente correlato alla realizzazione delle libertà costituzionali: si pensi alla indispensabilità dell'uso delle strade pubbliche per la realizzazione della libertà di circolazione *ex* art. 16 Cost. ovvero alla essenzialità dell'accesso al patrimonio culturale per la realizzazione del fine (supremo) della promozione culturale di cui all'art. 9 Cost. Indipendentemente dalla tesi che si voglia accogliere in ordine al fondamento della categoria giuridica (sovranità dello Stato, proprietà speciale pubblica ovvero proprietà privata di un ente pubblico), certamente lo scopo della demanialità consiste nella destinazione dei beni a una funzione pubblica e quindi a un servizio (per il) pubblico: «l'uso pubblico» dei beni pubblici «diviene servizio pubblico»; cfr. G. Ingresso, *s.v. Demanio (diritto moderno)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. V, UTET, Torino 1957, p. 430.

8. In tema di in/alienabilità dei beni del demanio culturale, per gli approfondimenti relativi ai trasferimenti tra enti pubblici per effetto della disciplina del federalismo demaniale, in attuazione dell'art. 119, comma 6° Cost., si rinvia al D.Lgs. 28 maggio 2010, n. 85 e, in particolare, all'art. 5, comma 5°; all'art. 56 *bis*; al D.L. 21 giugno 2013, n. 69 convertito, con modificazioni, in legge 9 agosto 2013, n. 98; nonché al protocollo di intesa tra MIBACT e Agenzia del demanio del 9 febbraio 2011 e alla successiva circolare MIBACT 18 maggio 2011, n. 18, recante *Iter procedurale, linee guida e schemi-tipo*.

9. Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 2004, n. 628, in "Foro amministrativo-Consiglio di Stato", 2, 2004, p. 394. Ovviamente, il principio non vale quando la contesa in ordine ai beni demaniali sorga tra più enti pubblici nel qual caso può essere esperita solo la tutela ordinaria: Cass. pen., sez. unite, 1° febbraio 2005, n. 1864, in "Giornale di diritto amministrativo", 4, 2005, p. 411.

## 28.2.2. IL PATRIMONIO DISPONIBILE

All'opposto del demanio si trova la categoria residuale del patrimonio disponibile (art. 828, comma 1° c.c.) in cui confluiscono tutti i beni non rientranti né nel demanio né nel patrimonio indisponibile e sottoposti integralmente alla sola disciplina civilistica.

Correlativamente alla ordinarietà del regime giuridico sostanziale dei beni del patrimonio disponibile sta anche l'ordinarietà della disciplina che presiede al loro affidamento a terzi: in luogo del provvedimento (di concessione) seguito dal contratto di fissazione delle condizioni un contratto (di locazione)<sup>10</sup>. Ciò si precisa per dire che il regime giuridico del bene influisce sulle modalità dell'affidamento dell'uso del bene pubblico, oltre che sui mezzi a difesa della proprietà, atteso che non è possibile – per i beni del patrimonio disponibile – avvalersi dell'autotutela amministrativa<sup>11</sup>: quanto ai beni culturali, vi possono rientrare le cose rinvenute nel sottosuolo (in principio, afferenti al patrimonio indisponibile) di cui sia stata accertata l'assenza dell'interesse culturale mediante il procedimento di cui all'art. 12 del codice.

## 28.2.3. IL PATRIMONIO INDISPONIBILE

Diversamente, per i beni del patrimonio indisponibile la scarna disciplina si ricava anzitutto dall'art. 9 del R.D. 827/1924, secondo cui «si considerano non disponibili quei beni che per la loro destinazione ad un servizio pubblico o governativo ovvero per disposizioni di legge non possono essere alienati o comunque tolti dal patrimonio dello Stato. Gli altri beni patrimoniali si classificano fra i disponibili» (art. 9). Specifica il concetto dell'indisponibilità l'art. 828, comma 2° c.c.: essi «non possono essere sottratti alla loro destinazione se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano».

Il combinato disposto dell'art. 828, comma 2° c.c., e dell'art. 9 del R.D. 827/1924, consente di dedurre che «la destinazione pubblica impressa al bene – che per la disciplina contabile determina l'inalienabilità – non impedisce, secondo il codice civile, che il medesimo possa formare oggetto di negozi giuridici privati, compresi quelli traslativi della proprietà, purché ciò non comporti il venir meno del colle-

10. Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2008, n. 510, in "Foro amministrativo-Consiglio di Stato", 2, 2008, p. 410; Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6265, in "Foro amministrativo-Consiglio di Stato", 12, I, 2007, p. 3437.

11. In tal caso, infatti, l'amministrazione è tenuta ad avvalersi dei mezzi ordinari di tutela previsti dal codice civile con l'obbligo di motivare, in modo specifico e articolato, le ragioni della scelta della sua pretesa. Tuttavia, anche quando l'amministrazione, ai sensi dell'art. 823, comma 2° c.c., ritenga di esercitare il potere di autotutela possessoria, «adottando un'ordinanza di rilascio di un bene demaniale occupato, occorre che l'occupazione sia abusiva» (Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4554).

gamento funzionale con un interesse pubblicisticamente qualificato»<sup>12</sup>; il vincolo dell'incomerciabilità «non sembra, dunque, dover essere declinato in termini di assolutezza, come per i beni demaniali, ma è limitato a quei fatti giuridici che siano incompatibili con la destinazione pubblica»<sup>13</sup>. Da ciò consegue pure – come per i beni demaniali – l'inespropriabilità, inusucapibilità e impossibilità di costituire diritti in favore dei terzi. La categoria mutua parimenti dal demanio la tipologia dei mezzi a difesa della proprietà che, in via giurisprudenziale, si ritiene sia quella amministrativa (cioè l'autotutela) e non quella ordinariamente prevista per i beni comunemente sottoposti alla disciplina del codice civile.

I beni culturali rientrano nel patrimonio indisponibile, con ogni conseguenza sopra veduta, limitatamente alle «cose d'interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo» (art. 828, comma 1° c.c.). Se è vero che tali cose, una volta estratte dal sottosuolo (in modo intenzionale o fortuito) sono assistite dalle garanzie della indisponibilità del patrimonio *ex art.* 826 c.c., successivamente esse possono (e devono) essere altresì sottoposte al procedimento di verifica dell'interesse culturale di cui all'art. 12 del codice al fine di accertare in concreto l'interesse culturale che il codice civile presume nelle cose rinvenute<sup>14</sup>, in modo da addivenire e assistere, se del caso, alla *trasmutazione* delle cose in beni culturali veri e propri ovvero alla loro riduzione in mere cose, prive di interesse, e dunque in beni del patrimonio disponibile.

Ove abbiano rilevanza culturale, «gli edifici destinati a sede di uffici pubblici, con i loro arredi, e gli altri beni destinati a un pubblico servizio» che – a tacer d'altro – dovrebbero far parte del patrimonio indisponibile ai sensi della medesima disposizione codicistica – sono invece assorbiti nella superiore categoria del demanio (culturale) *ex art.* 822, comma 2° c.c., ove siano anche «immobili riconosciuti» di interesse culturale.

### 28.3

#### Usi e valorizzazione dei beni demaniali: le concessioni

Da tali notazioni di carattere generale sulla natura giuridica del demanio e, in particolare, del demanio culturale, si ricava che – in alternativa alla gestione diretta da parte dell'ente pubblico – l'unica altra modalità ammessa per l'utilizzazione dei

12. L. Mercati, *Articolo 828 codice civile. Condizione giuridica dei beni patrimoniali*, in Jannarelli, Macario (a cura di), *Commentario del Codice civile. Della Proprietà*, vol. 1, cit., p. 224.

13. *Ibid.*

14. In tal senso, tra gli altri, A. Giusti, *Art. 826. Patrimonio dello Stato, delle province, dei comuni*, in Jannarelli, Macario (a cura di), *Commentario del Codice civile. Della proprietà*, vol. 1, cit., p. 203, nonché in precedenza, N. Aicardi, *Individuazione dei beni culturali di appartenenza pubblica e di enti privati non lucrativi*, in "Foro amministrativo", 2005, p. 2229.

beni del demanio e (eventualmente anche) del patrimonio indisponibile (ove per i beni di quest'ultimo non intervenga un atto di alienazione) sia il provvedimento concessorio con il quale si coniuga il mantenimento della proprietà pubblica con il trasferimento temporaneo delle facoltà di uso e godimento del bene.

Come noto, la concessione «non designa un atto amministrativo tipico ma piuttosto un *genus*, cioè una categoria di atti, con caratteristiche strutturali e funzioni diverse, aventi solo in comune alcuni elementi ed effetti. Vi rientrano quei provvedimenti con cui l'amministrazione conferisce a determinati soggetti nuove posizioni giuridiche attive, mediante le quali viene ampliata la loro sfera giuridica»<sup>15</sup>. Tale nozione, tuttavia, nella sua genericità, è «priva di utilità» comprendendo «atti che creano rapporti di contenuto eterogeneo e realizzano funzioni diverse»<sup>16</sup>.

In ogni caso, può certamente affermarsi che, con tale tipologia di provvedimento amministrativo, la pubblica amministrazione «provvede indirettamente alla gestione di determinate attività agevolando e stimolando lo sviluppo dell'attività individuale con l'attribuzione esclusiva ai singoli di date facoltà»<sup>17</sup>. In altri termini, «[i] concessionario non subentra nella titolarità del diritto o potere del concedente ma acquista solo facoltà particolari»<sup>18</sup>; grazie alla concessione si realizza «l'attribuzione di facoltà e poteri concernenti beni e attività»<sup>19</sup>.

Accedendo alla tradizionale (e criticata) distinzione tra concessioni costitutive e traslative, le concessioni di uso dei beni (pubblici) culturali sono riconducibili al tipo delle concessioni traslative, consistendo nel trasferimento dell'esercizio di un potere (e non del potere *tout court* né tantomeno del bene pubblico) già esistente ma di pertinenza del soggetto pubblico che «si spoglia dei suoi poteri (salvi i poteri di direttiva e di controllo, e salvo il potere, notevolmente condizionato, di revoca)»<sup>20</sup>; in altri termini, le concessioni di uso dei beni pubblici presentano una «natura alienativa»<sup>21</sup> del potere di uso del bene e non della proprietà dello stesso.

Proprio tale caratteristica contribuisce a illuminare la causa giuridica del provvedimento concessorio di un bene (culturale) pubblico che consiste in una «sostituzione del privato all'amministrazione in una dimensione pubblica di

15. E. Silvestri, *s.v. Concessione amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Giuffrè, Milano 1961, p. 370.

16. *Ibid.*

17. *Ivi*, pp. 370-1.

18. *Ivi*, p. 371.

19. *Ibid.*

20. A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Jovene, Napoli 1989 (15<sup>a</sup> ed.), p. 622. Diversamente, le concessioni costitutive si sostanziano nella costituzione di una nuova situazione giuridica in capo al concessionario e «non si risolvono nell'attribuzione di facoltà o potestà inerenti a diritti di cui l'amministrazione si priva» (*ivi*, p. 623.). Alcuni esempi sono la concessione di onorificenze, di cittadinanza, il mutamento di nomi e cognomi, la parificazione di istituti di istruzione.

21. M. S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2000 (2<sup>a</sup> ed. aggiornata a cura di A. Mirabelli Centurione), p. 346.



privilegio»<sup>22</sup>. La privilegiata esclusività del rapporto giuridico con il bene che deriva dal provvedimento concessorio impone una procedimentalizzazione che almeno consenta, in linea di principio, a chiunque di poter godere dell'uso esclusivo del bene. Attraverso il procedimento amministrativo finalizzato all'emanazione del provvedimento di concessione di un bene (culturale) pubblico, in altri termini, alla generalità dell'uso del bene pubblico (naturale attributo della demanialità) si sostituisce la garanzia di partecipazione di chiunque al procedimento finalizzato all'uso esclusivo del bene. La necessaria procedimentalizzazione è imposta dalla natura demaniale del bene pubblico; la sua assenza o la sua patologia, con conseguente violazione del principio di *par condicio* tra i potenziali interessati all'uso del bene culturale pubblico, potrebbe essere determinata da mera ignoranza giuridica ovvero da consapevole volontà di violazione delle norme al fine di favorire taluno.

#### 28.4

### La disciplina delle concessioni pubbliche tra diritto positivo ed elaborazione giurisprudenziale

Nell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 16 aprile 2006, n. 163, all'aggiudicazione dei contratti di concessione si applicavano esclusivamente i principi vigenti in materia di appalti pubblici; il vecchio codice non disciplinava espressamente le *concessioni* di lavori, servizi e forniture ma unicamente i *contratti* di lavori, servizi e forniture. In particolare, essendo escluse le concessioni di servizi dall'applicazione del codice del 2006 (art. 30), ai provvedimenti concessori, inclusi quelli riguardanti la traslazione dell'uso dei beni pubblici, si ritenevano applicabili per concorde opinione giurisprudenziale i «principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità», grazie all'interpretazione analogica dell'art. 27 del D.Lgs. 163/2006 che si riferiva ai «contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice».

Al contrario, nel vigente D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (recante *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE 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 per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*) il campo di disciplina si allarga, appunto, anche alle concessioni che qui ricevono una puntuale disciplina. Ciò risulta chiarito fin dall'art. 1, comma 1°, secondo cui «il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto

22. F. Fracchia, *Concessioni, contratti e beni pubblici*, in A. Police (a cura di), *I beni pubblici. Tutela, valorizzazione e gestione*, Giuffrè, Milano 2008, p. 498.



l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione»; conseguentemente, i contratti normati dal D.Lgs. 50/2016 sono (art. 3, comma 1°) non solo i contratti di appalto ma anche i «contratti di concessione» aventi per oggetto «l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti».

In nessun caso, però, sono sottoposti espressamente alla disciplina del D.Lgs. 50/2016 i contratti che accedono ai provvedimenti concessori di uso dei beni pubblici, per quanto nel nuovo codice si registri un passo in avanti nella direzione dell'estensione dell'oggetto della sua disciplina<sup>23</sup>. Ciò non toglie, nel contempo, che possono certamente tenersi per fermi i principi giurisprudenziali elaborati per le concessioni d'uso sotto la vigenza del precedente codice dei contratti del 2006 e consistenti nell'obbligo del rispetto dei principi di evidenza pubblica, trasparenza, parità di trattamento tra tutti gli operatori economici.

Atteso il carattere altamente discrezionale del provvedimento concessorio del bene culturale e la necessità di definirne volta per volta il contenuto in relazione alla specificità del bene e delle sue modalità di utilizzazione, e secondo la peculiarità della generale disciplina prevista dagli artt. 106-107 e dall'art. 57 *bis* del D.Lgs. 42/2004, non risulta applicabile alla fattispecie l'istituto della segnalazione certificata di inizio attività (c.d. SCIA) di cui all'art. 19, legge 241/1990, di recente interessato dalla riforma introdotta dal D.Lgs. 30 giugno 2016, n. 126, emanato in attuazione della legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge Madia).

La necessità di un provvedimento espresso di concessione dell'uso che rispetti la speciale normativa di cui al codice dei beni culturali e del paesaggio determina, *a fortiori*, anche l'impossibilità di un rinnovo tacito della concessione essendo il relativo atto «rimesso a valutazioni discrezionali dell'Amministrazione, circa l'opportunità e la convenienza sottostanti all'instaurazione del rapporto, che può scaturire solo da formale rilascio di titolo abilitativo per il godimento di un bene di proprietà pubblica». Pertanto, a meno che il rinnovo tacito del titolo sia testualmente previsto nell'atto di concessione, esso «non può in linea di principio essere riconosciuto dopo la scadenza dello stesso, anche se sussiste un obbligo dell'Amministrazione di emettere provvedimento motivato, in presenza di istanze di proroga (ammissibili solo prima della scadenza della concessione), o di rinnovo, ovvero di rilascio di nuova concessione»<sup>24</sup>. Analoghe considerazioni valgono nell'ipotesi in cui, dopo

23. Parallelamente all'estensione dell'oggetto del codice dei contratti pubblici, anche la nuova disciplina della conferenza dei servizi si occupa delle concessioni, sebbene limitatamente alle concessioni di lavori e servizi pubblici (art. 14 della legge 7 agosto 1990, n. 241, modificato dall'art. 1 del D.Lgs. 30 giugno 2016, n. 127, recante *Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124*).

24. Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2014, n. 2933, in "Foro amministrativo-Consiglio di Stato", 6, 2014, p. 1764, nonché, in precedenza, Cons. Stato, sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 626, in "Foro amministrativo-Consiglio di Stato", 2, 2103, p. 491. Sempre secondo Cons. Stato, sez. VI, n. 2933/2014, sulla scia di sez. VI, 6 agosto 2013, n. 4098, in "Foro amministrativo-Consiglio di Stato", 7-8, 2013, p. 2178;

la scadenza del titolo concessorio, si continuano a versare i canoni senza un formale provvedimento di rinnovo che segua a una regolare procedura di evidenza pubblica<sup>25</sup> ovvero nel caso di subentro del terzo nella concessione demaniale, sia nella

sez. V, 21 novembre 2011, n. 6132, in “Foro amministrativo-Consiglio di Stato”, 11, 2011, p. 3439, l'indizione di procedura comparativa anche per il rinnovo «deve considerarsi rispondente ai principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, par condicio, imparzialità e trasparenza». Ancor più esplicito è TAR Lombardia, Milano, sez. III, 4 giugno 2015, n. 1310 secondo cui la concessionaria di un bene pubblico non è titolare (indipendentemente dalla durata del rapporto di concessione) di alcuna aspettativa al rinnovo di un rapporto, il cui diniego, nei limiti della ragionevolezza dell'agire amministrativo, è parificabile al rigetto di un'ordinaria istanza di concessione e non necessita di ulteriore motivazione. Ne deriva che l'ente locale, qualora ritenga di recuperare un'area pubblica per darle una destinazione ritenuta più adeguata alle sue caratteristiche, è libero di non procedere al rinnovo della precedente concessione di suolo pubblico e non deve rendere particolari giustificazioni in ordine alla scelta così operata. In sintesi, l'amministrazione può decidere, alla scadenza del rapporto di concessione di un bene pubblico, se procedere o meno al rinnovo della concessione medesima (fermo restando, nel primo caso, il doveroso rispetto dei principi dell'evidenza pubblica) e può optare per non rinnovarla ad alcuno (nel caso di specie, la scelta dell'amministrazione di chiudere parte dell'area di sua proprietà – scaduta la concessione dell'area stessa – mediante l'apposizione di una sbarra di chiusura del parcheggio, rientrava tra i poteri dell'amministrazione in qualità di proprietaria e non richiedeva motivazione particolare).

25. Stessi principi vengono espressi da TAR Lombardia, Milano, sez. I, 16 settembre 2015, n. 1977 (in “Foro amministrativo”, 2015, p. 2326) che sottolinea il rapporto tra le procedure competitive finalizzate all'assegnazione di un bene pubblico suscettibile di sfruttamento economico e la necessità di assicurare il principio di concorrenza così da evitare la formazione di barriere all'ingresso al mercato e determinare una lesione alla parità di trattamento, al principio di non discriminazione e alla trasparenza tra gli operatori economici. In particolare, secondo il TAR Lombardia, «non vi sono margini di tutela dell'affidamento dei precedenti concessionari, attraverso proroghe legali o amministrative, salvo casi eccezionali in cui si debba ripristinare la durata di un rapporto concessorio illegittimamente abbreviato rispetto alla sua scadenza naturale, ovvero per il tempo strettamente necessario alla definizione delle procedure per la stipula dei nuovi contratti». Sull'inesistenza di un “diritto di insistenza” sulle concessioni delle aree demaniali in capo al titolare della concessione in scadenza o attigua a quella da assegnare, Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2889 e TAR Liguria, sez. II, 19 luglio 2013, n. 1087. Ovviamente, come ricordato da Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2016, n. 889, la necessità della gara pubblica per il rinnovo della concessione non vieta che la nuova concessione sia affidata al precedente concessionario né tale “pericolo” giustifica l'affidamento diretto in favore di altro soggetto, diverso dal precedente concessionario: «La concorrenza di derivazione comunitaria deve essere assicurata ex ante, non necessariamente ex post, essendo certamente in linea con i principi di derivazione comunitaria che sia uno stesso operatore a risultare aggiudicatario “a valle”, sulla base di criteri fondati sul merito competitivo delle offerte che presenta, di tutte le gare che l'Amministrazione ha comunque l'obbligo di indire “a monte”. Non si può, in altri termini, giustificare l'affidamento diretto di vantaggi competitivi ed economicamente rilevanti (quali certamente sono quelli che derivano dal rilascio di una concessione demaniale avente ad oggetto beni suscettibili di utilizzazione economica) invocando la preoccupazione che l'esito della gara potrebbe legittimamente concludersi in senso favorevole a chi ha già ottenuto, sempre legittimamente, altri vantaggi o altre concessioni». Il problema della legittimità della normativa nazionale che consenta la reiterata proroga del termine di scadenza di concessioni di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale di rilevanza economica, la cui durata viene incrementata per legge per almeno 11 anni, così conservando in via esclusiva il diritto allo sfruttamento a fini economici del bene in capo al medesimo concessionario, nonostante l'intervenuta scadenza del termine di efficacia previsto dalla concessione già rilasciatagli, con conseguente preclusione per gli operatori economici interessati di ogni possibilità di ottenere l'assegnazione del

forma del subcontratto che nella successione nel rapporto concessorio (il terzo succede nella concessione-contratto sostituendo l'originario concessionario)<sup>26</sup>.

Il principio dell'evidenza pubblica non viene rispettato comunque allorquando l'amministrazione dei beni culturali si limiti a pubblicare nel proprio sito internet l'avviso pubblico con la previsione di un breve spazio temporale per la presentazione delle offerte (solo dieci giorni) e senza alcuna fissazione di criteri per la valutazione delle stesse offerte<sup>27</sup>.

#### 28.4.1. PROFILI GIURISDIZIONALI

In punto di giurisdizione, si ricorda che l'art. 133 del codice processo amministrativo (D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104) devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tra l'altro, «le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche»<sup>28</sup>. Tale principio è valevole unicamente nel caso delle concessioni-contratto e, dunque, unicamente per i beni del demanio e del patrimonio indisponibile il cui godimento-utilizzazione da parte di terzi avvenga attraverso le concessioni. Qualora, invece, si tratti di beni del patrimonio disponibile dello Stato, dei comuni o di un ente, il cui godimento sia stato concesso a terzi dietro un corrispettivo (nella specie: canone locatizio), indipendentemente dal *nomen iuris* che le parti abbiano dato al rapporto, si verte nello schema civilistico della locazione e le controversie da esso insorgenti spettano alla giurisdizione ordinaria; inoltre, in tali casi, appare inesprimibile l'autotutela amministrativa essendo ammissibile solo l'ordinaria iniziativa giudiziaria<sup>29</sup>.

bene all'esito di procedure ad evidenza pubblica, è stato posto da Cons. Stato, sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3936 che ha sollevato alla Corte di giustizia dell'Unione Europea la relativa questione pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 del TFUE (*ex art. 234 del TCE*).

26. Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2651; TAR Veneto, Venezia, sez. II, 14 dicembre 2006, n. 17/2007.

27. Il caso oggetto del giudizio del TAR Toscana, 22 ottobre 2013, n. 1473 riguarda la concessione degli spazi relativi al Prato delle Colonne, nel Giardino di Boboli e al Cortile dell'Ammannati in Palazzo Pitti, a Firenze, per gli spettacoli della stagione estiva 2010.

28. Ne deriva (Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2012, n. 6297) che rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia inerente all'accertamento dei profili di inadempimento relativi a un atto convenzionale e delle relative conseguenze in punto di risoluzione del contratto per inadempimento.

29. Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2013, n. 3924. Una questione particolarmente delicata, che negli ultimi anni ha animato il dibattito dottrinario e giurisprudenziale, riguarda le procedure di affidamento, la durata e i canoni delle concessioni di banchine e porti. In attuazione dell'art. 18, legge 28 gennaio 1994, n. 84, recante il *Riordino della legislazione in materia portuale*, è stato predisposto dal Governo uno schema di decreto sul quale si è espresso il Consiglio di Stato in sede consultiva (Cons. Stato, sez. consultiva atti normativi, parere 27 giugno 2016, n. 1505, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)). In

## 28.5

## Concessioni di beni culturali pubblici e redditività

L'interesse verso la tematica della concessione del bene culturale pubblico in una logica di prevenzione della corruzione sta anzitutto nell'avvertita esigenza di garantire la correttezza del procedimento di concessione esclusiva del bene culturale pubblico così da evitare che l'affidamento a terzi dell'uso sia l'occasione per la produzione di vantaggi ingiustificati per imprese o enti (apparentemente) *non profit*: ciò vale sia nel caso di affidamenti prolungati nel tempo (che implicino una gestione complessiva del bene da parte del concessionario) che di utilizzazioni del bene culturale per breve durata (come in occasione di eventi pubblicitari o mondani).

Il tema si lega, però, anche a un profilo ulteriore delle concessioni di uso dei beni (culturali) pubblici, quello della redditività derivante dal loro utilizzo: ove il procedimento amministrativo finalizzato alla traslazione del potere di uso del bene (culturale) pubblico non sia adeguatamente trasparente e non garantisca adeguatamente i terzi aspiranti, anche l'adeguata remuneratività dell'amministrazione concedente potrebbe essere gravemente minata in considerazione del fatto che la più ampia partecipazione procedimentale ha anche lo scopo di assicurare all'ente pubblico le migliori condizioni economiche che possono derivare solo dalla molteplicità delle offerte degli aspiranti concessionari<sup>30</sup>.

La valutazione dei profili economici legati alle concessioni dei beni culturali e, in generale, dei beni pubblici, può farsi risalire già all'art. 3, comma 1° del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, atteso che il contratto che accede al provvedimento concessorio è un contratto attivo e come tale soggetto – in base alla predetta disposizione del regolamento di contabilità pubblica – al principio della evidenza pubblica<sup>31</sup>. Su ciò la giurisprudenza è ampiamente concorde<sup>32</sup> essendo chiaro che la concessione

estrema sintesi, dopo aver ricostruito il quadro normativo di riferimento, il Consiglio di Stato ha evidenziato che, sebbene il decreto persegua la finalità di accrescere la pubblicità e la trasparenza, nonché di «uniformare un regime fino ad ora troppo rimesso alle scelte discrezionali delle autorità competenti», tuttavia, il risultato raggiunto non risulta pienamente soddisfacente (i punti critici continuano a riguardare la durata delle concessioni, i limiti minimi dei canoni, la riserva di spazi operativi per le imprese portuali non concessionarie di aree che costituisce una regola *antitrust*, volta a evitare posizioni dominanti discorsive).

30. In tema, sia consentito rinviare a A. L. Tarasco, *Il patrimonio culturale. Modelli di gestione e finanza pubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, in part. pp. 183 ss.

31. Come noto, ai sensi dell'art. 3, R.D. 2440/1923, «i contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata».

32. Secondo il TAR Basilicata, sez. I, 2 ottobre 2013, n. 578, una volta che l'amministrazione abbia deciso di concedere i beni pubblici a un soggetto privato, ai sensi dell'art. 3, comma 1° del R.D. 2440/1923 e in applicazione dei principi di trasparenza, eguaglianza e non discriminazione, deve indire un procedimento di evidenza pubblica, per darli in concessione al migliore offerente, sia perché

di un bene pubblico di rilevanza economica – tale essendo anche il bene culturale che unisce valore culturale e simultaneamente attitudine alla produzione di valore economico – determina occasioni di guadagno per i soggetti operanti sul libero mercato, rilevabile nei confronti dei consumatori finali con l'attività di scambio di beni e servizi derivanti dall'impiego della risorsa oggetto di concessione. Pertanto, «la concessione per lo sfruttamento di un bene demaniale assegnato e utilizzato per la produzione di beni e servizi di rilevanza economica è soggetta alla necessità di prevederne l'attribuzione mediante procedure concorsuali trasparenti e non discriminatorie, che non solo garantiscono la parità di trattamento dei concorrenti nonché la libertà di stabilimento, ma che anche comportano il più conveniente impiego delle risorse pubbliche disponibili». Principio, questo, valevole anche per il rinnovo delle concessioni<sup>33</sup>.

In considerazione del fatto che tali principi sono stati formati con riguardo alla generalità dei beni pubblici demaniali, essi risultano pienamente applicabili anche ai beni culturali (pubblici), atteso che non sussistono, *in parte qua*, ragioni di specialità dei beni del demanio culturale; piuttosto, per i beni del patrimonio culturale pubblico può porsi unicamente la questione dell'applicabilità del prin-

da tale concessione il Comune ricava un'entrata, sia perché la concessione di un bene pubblico costituisce un'occasione di guadagno per il soggetto privato che utilizza tale bene. Anche secondo Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2016, n. 889, «i principi di derivazione comunitaria a tutela della concorrenza (imparzialità, trasparenza, parità di trattamento, imparzialità) sono applicabili anche alle concessioni di beni pubblici fungendo da parametro di interpretazione e limitazione del diritto di insistenza di cui all'articolo 36 cod. nav. L'indifferenza comunitaria al nomen della fattispecie, e quindi alla sua riqualificazione interna in termini pubblicistici o privatistici, fa sì che la sottoposizione ai principi di evidenza trovi il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione». Riprende il medesimo concetto TAR Liguria, sez. I, 24 aprile 2013, n. 718, che sottolinea come – atteso che la concessione di un'area demaniale marittima fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato – si impone conseguenzialmente una procedura competitiva ispirata ai principi di trasparenza e non discriminazione; il relativo principio di trasparenza viene già vulnerato con l'avvio di una procedura non pubblicizzata di rinnovo. Analogamente, TAR Liguria, sez. II, 14 dicembre 2011, n. 1832, secondo cui l'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini della individuazione del soggetto contraente anche relativamente alla materia delle concessioni di beni pubblici (siano essi del demanio ovvero del patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni o dei Comuni) si impone particolarmente laddove il rilascio della concessione di un bene demaniale costituisca il mezzo per affidare a terzi attività suscettibili di sfruttamento economico.

33. TAR Campania, Napoli, sez. VII, 13 luglio 2015, n. 3673. Analogamente, Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6029, secondo cui anche la concessione di beni pubblici suscettibili di sfruttamento economico da parte di privati deve avvenire previo esperimento di procedure ad evidenza pubblica. Ovviamente, come ricordato da Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2839, la rilevanza economica di un bene pubblico va intesa «come possibilità che dalla gestione del servizio si ricavi un profitto e come contendibilità sul mercato del servizio. Ciò implica che la rilevanza economica del servizio non può essere discettata solo in astratto, ma necessita anche di una verifica caso per caso, avuto riguardo anche al contesto sociale ed economico e alla dimensione del servizio: un medesimo servizio può avere rilevanza economica in un dato comune e non in un altro».

cipio di evidenza pubblica nella scelta del concessionario alle diverse tipologie concessorie (cfr. *infra*).

#### 28.5.1. FINALITÀ DELLA CONCESSIONE DEI BENI DEL PATRIMONIO CULTURALE PUBBLICO

Attraverso l'istituto concessorio e il connesso trasferimento delle facoltà di godimento e utilizzazione di beni demaniali culturali da parte di terzi soggetti privati si concretizza quell'indifferenza del soggetto gestore del patrimonio pubblico di cui parla la più avvertita dottrina: come è stato condivisibilmente affermato, proprietà soggettivamente pubblica e pubblica destinazione sono ormai poste non come elementi necessariamente congiunti ma in combinazione funzionale con l'utilizzazione economica dei beni da parte di terzi soggetti privati<sup>34</sup>. In tal modo è possibile conciliare utilizzazione economica da parte di privati, destinazione alla pubblica fruizione e mantenimento della proprietà pubblica del demanio culturale: l'insieme di tali concetti descrive, quindi, non concetti antitetici ma tra di loro funzionali e orientati sia alla migliore fruizione per il pubblico che alla massima redditività per l'amministrazione titolare di quei beni (sia esso il MIBACT o altre amministrazioni consegnatarie).

#### 28.5.2. TIPOLOGIE DI CONCESSIONI D'USO DEI BENI DEL PATRIMONIO CULTURALE

Le fattispecie normative riguardanti le concessioni pubbliche dei beni culturali sono ridotte: tra queste, talune hanno ricevuto cattiva applicazione e altre, relativamente recenti, non ne hanno ricevuta alcuna. È appena il caso di precisare che tali fattispecie risultano applicabili non solo al MIBACT ma a ogni amministrazione consegnataria di beni culturali, pur se con le peculiarità previste dalle singole norme. In sintesi, le principali fattispecie consistono:

1. nella fruizione individuale di cui agli articoli 106 e 107 del D.Lgs. 42/2004<sup>35</sup>;
2. nelle concessioni d'uso dei beni culturali di cui al combinato disposto degli articoli 55, 56 e 57 *bis* del D.Lgs. 42/2004<sup>36</sup>;

34. Sul punto, cfr. Mercati, *Articolo 828 codice civile*, cit., p. 232.

35. La normativa sulla fruizione individuale era sconosciuta all'impianto originario della legge 1° giugno 1939, n. 1089, notoriamente costruito attorno alle esigenze di tutela. Il Capo VI di questa (artt. 51-53), dedicato alle riproduzioni e al godimento pubblico, e corrispondente all'attuale Titolo del codice dedicato alla fruizione pubblica (artt. 101-110) si limitava unicamente a: 1. vietare la riproduzione di calchi tratti dagli originali; 2. consentire al pubblico la visita delle cose d'arte sulla base del regolamento attuativo (mai adottato); 3. prevedere la facoltà del ministero (per l'Educazione nazionale) di imporre ai proprietari di cose "di eccezionale interesse" la visita del pubblico per scopi culturali. Sul tema, sia consentito rinviare a A. L. Tarasco, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 91-100.

36. Anche se inserita nel Titolo I dedicato alla *Tutela*, la disciplina dell'alienazione e delle con-



3. nelle concessioni d'uso degli immobili del demanio culturale dello Stato, per l'utilizzo dei quali attualmente non è corrisposto alcun canone e che richiedono interventi di restauro, ai sensi del combinato disposto dell'art. 1, commi 303°, 304° e 305° della legge 30 dicembre 2004, n. 311 e del D.M. 6 ottobre 2015.

Per quanto concerne la fruizione individuale, le differenti modalità di uso individuale dei beni culturali consistono: 1. nell'uso individuale, *ex art.* 106 del codice; 2. nella riproduzione nonché nell'uso strumentale e precario, entrambi previsti dall'art. 107 del codice.

In estrema sintesi può affermarsi che mentre l'art. 106 del codice disciplina la fattispecie di concessione d'uso prolungato nel tempo, per esigenze non strettamente temporanee, l'art. 107 disciplina simultaneamente sia la riproduzione che «l'uso strumentale e precario» dei beni culturali, cioè l'uso dei beni culturali concesso per finalità eminentemente transitorie (mostre, singoli concerti, spettacoli di danza, letture di poesie o ambientazioni di spot pubblicitari o set cinematografici)<sup>37</sup>.

La differenza strutturale tra le due fattispecie giustifica la previsione soltanto nel caso della concessione in uso individuale di cui all'art. 106 del codice dell'intervento di un provvedimento autorizzatorio del ministero anche per le concessioni in uso di beni culturali in consegna a Regioni e altri enti pubblici territoriali; cosa che si spiega solo nella misura in cui l'uso da concedere non sia di breve durata poiché nel caso opposto, in sede di decisione dell'*an* e del *quomodo* della concessione in uso del bene, l'art. 107 del codice – non prescrivendo analoga autorizzazione – pienamente consente che possa agire in autonomia il singolo ente pubblico territoriale indipendentemente dall'intervento ministeriale<sup>38</sup>.

cessioni d'uso dei beni culturali di cui agli artt. 55-57 *bis* del codice dei beni culturali e del paesaggio può essere considerata, invece, una modalità di valorizzazione, con conseguente collocabilità, *de iure condendo*, non nel Titolo I del codice ma nel Titolo II, *Fruizione e valorizzazione*, della stessa Parte II: in argomento, Tarasco, *Il patrimonio culturale*, cit., p. 233, dove viene pure affrontato il tema della riconducibilità al generale istituto delle concessioni d'uso dei c.d. prestiti dei beni culturali in occasione di mostre o esposizioni.

37. Secondo C. Ventimiglia, *Sub articolo 107*, in M. A. Sandulli, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano 2012 (2ª ed.), p. 830, la precarietà dell'uso «può considerarsi quale connotato essenziale della strumentalità, in quanto limite espresso imposto alla strumentalità, in funzione di garanzia della destinazione del bene».

38. Tale interpretazione circa la differenza tra le due fattispecie viene accolta anche nell'autonomia Regione siciliana (Dipartimento dei Beni culturali e dell'Identità siciliana, circolare 13 luglio 2011, n. 15) secondo cui «dall'uso individuale disciplinato dall'art. 106 si distingue per la sua precarietà, appunto, l'uso strumentale e precario disciplinato dall'art. 107, che prevede una certa minore stabilità della concessione». In senso parzialmente diverso è l'interpretazione dell'Ufficio legislativo del MIBACT (nota prot. 16 giugno 2009, n. 13014) che ponendo a confronto le fattispecie di concessione d'uso di cui agli artt. 106 e 57 *bis* del codice, ritiene che «l'articolo 106 trova applicazione ogni qualvolta la concessione in uso richiesta non rappresenti una cesura temporale significativa nella persistenza della titolarità dei poteri dominicali in capo all'amministrazione consegnataria», al contrario, invece, di quanto sarebbe implicitamente presupposto dall'art. 57 *bis* dello stesso codice nel cui alveo potrebbero ricadere fattispecie provvedimentali anche di lunga durata in considerazione del differente «profilo teleologico della finalizzazione della concessione del bene

Sul piano della prevenzione della corruzione, comuni sono i problemi posti dalle fattispecie di fruizione individuale di cui agli articoli 106 e 107 del codice: essi sono legati sia al procedimento con cui si individua il concessionario dell'uso del bene che alla predeterminazione (e pubblicità) del canone cui è soggetto lo stesso uso. Esaminiamo partitamente le questioni.

Per quanto concerne il procedimento finalizzato alla concessione in uso individuale di cui all'art. 106 del codice, si può fare piena e integrale applicazione dei principi generali sopra esaminati in materia di necessità della procedura di evidenza pubblica e del rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, concorrenza e parità di trattamento di tutti gli operatori interessati; si esclude, dunque, l'ammissibilità di affidamenti *intuitu personae*.

Una speciale applicazione di tali principi è contenuta nel D.M. 6 ottobre 2015, recante *Concessione in uso a privati di beni immobili del demanio culturale dello Stato*, applicabile unicamente ai beni immobili del demanio culturale dello Stato. Tale regolamento ministeriale contiene la disciplina di dettaglio dell'art. 1, commi 303°, 304° e 305° della legge 311/2004 (che è invece applicabile a tutti i beni culturali dello Stato, delle regioni e degli enti locali) che, a sua volta, si pone in termini di specialità rispetto alla generale previsione dello stesso art. 106 del codice (anche se con identico ambito applicativo soggettivo: Stato, Regioni e altri enti pubblici territoriali).

L'art. 3 del regolamento del 2015 – nel disciplinare puntualmente la proce-

alla valorizzazione ed all'utilizzazione, anche a fini economici, del bene medesimo, secondo quanto previsto, come specificato dalla disposizione in esame, "dalla normativa vigente" (articolo 57 bis, comma 1)». Ciò si ricaverebbe anche dalla normativa (implicitamente) richiamata nell'art. 57 bis: infatti, ai sensi dell'art. 3 bis, comma 1° del D.L. 25 settembre 2001, n. 351, la concessione in uso (o la locazione) degli immobili «presuppone una durata assai più lunga [fino a cinquant'anni] rispetto alla fattispecie prevista dall'articolo 106, proprio in considerazione dei tempi di realizzazione e dell'impegno finanziario che gli obiettivi di valorizzazione richiedono [...]. Essa, pertanto, una volta accordata, determina indubbiamente una cesura temporale significativa nelle potestà dominicali dell'amministrazione concedente sul bene concesso». È appena il caso di osservare come il parere dell'Ufficio legislativo reiteri un'antica quanto distruttiva contrapposizione tra finalità culturali e finalità economiche cui sarebbero preordinate norme differenti, e trascura, invece, il fatto che la normativa vigente e, specificamente, quella codicistica, è sul punto assolutamente neutra, non ponendo limiti agli scopi di utilizzazione, fatte salve le garanzie di conservazione e offerta alla pubblica fruizione. La criticabilità dell'impostazione dell'Ufficio legislativo, nel parere reso nel 2009, si ricava anche ponendo mente alla *ratio* dell'introduzione della normativa in materia di concessione dei beni culturali di cui all'art. 106 del codice (risalente alla legge 14 gennaio 1993, n. 4 e al connesso D.M. 31 gennaio 1994, n. 171) che consiste nell'ampliare le possibilità di gestione di beni che, per il fatto di non essere alienabili, risultano solo gestibili da parte di terzi mediante l'istituto concessorio: come ricordato dallo stesso ministro dei Beni culturali dell'epoca, Antonio Paolucci, all'indomani dell'entrata in vigore di quella normativa, «l'unica, imprescindibile condizione al rilascio della concessione è la tutela dell'integrità fisica e culturale dei beni: fatta salva tale esigenza, discrezionalmente valutata dal Capo d'Istituto, è pertanto ammessa qualunque forma, anche commerciale, di utilizzazione dei beni stessi, tenendo ovviamente conto delle norme sul diritto d'autore» (circolare 7 giugno 1995, n. 50).



dura di scelta del concessionario e i criteri di aggiudicazione – stabilisce che «la scelta del concessionario avviene attraverso procedure di selezione, in cui sia garantito il rispetto della parità di trattamento tra i partecipanti». Il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa qui individuato dal legislatore regolamentare presuppone, ovviamente, una pluralità di richieste che giustificano la valutazione contestuale sia del profilo economico che del profilo qualitativo dell'offerta. Tale esigenza viene in rilievo unicamente nel caso della concessione d'uso prolungato di cui all'art. 106 e non, invece, nel caso di concessione strumentale e precaria (*ex art. 107 del codice*) in cui la brevità dell'utilizzo del bene da parte di terzi e la sporadicità del suo uso da parte del medesimo soggetto tollerano che il procedimento concessorio sia attivato su richiesta del terzo aspirante concessionario e non per effetto dell'indizione di un procedimento di evidenza pubblica da parte dell'amministrazione consegnataria. La garanzia di legalità del procedimento *ex art. 107 del codice* può essere recuperata prevalentemente nell'applicazione oggettiva di tariffe e condizioni giuridico-economiche predeterminate e rese pubbliche *ex ante*. In linea teorica, un procedimento di evidenza pubblica per selezionare l'aspirante concessionario del bene culturale per singoli e limitati eventi (*art. 107 del codice*) può essere necessario solo nel caso di pluralità di richieste contestuali, per lo stesso bene e per lo stesso spazio temporale: ferme restando le condizioni di utilizzo e di conservazione del bene, in caso di pluralità di richieste di utilizzo "precario" del bene l'interesse dell'amministrazione assume carattere spiccatamente economico potendo quest'ultima determinarsi a concedere l'uso in favore del soggetto che offra il pagamento del canone più alto; a tanto dovrebbe essere finalizzato l'eventuale procedimento di evidenza pubblica indetto *ex art. 107* che dovrebbe ragionevolmente porre come base di partenza del criterio di scelta del concessionario un canone di base predeterminato *ex ante* e contenuto in appositi tariffari o altri atti amministrativi generali.

La concessione in uso individuale di un bene culturale deve avere sempre carattere oneroso salvo che speciali esigenze di valorizzazione giustifichino un affidamento gratuito motivato, appunto, da esigenze di promozione del bene o del sito culturale. Il principio dell'onerosità si desume dal comma 2° dell'art. 106 che considera evidentemente la determinazione del canone elemento coesenziale del provvedimento concessorio. D'altro canto, le ipotesi di gratuità della concessione d'uso (e della riproduzione di cui all'art. 107) costituiscono un *numerus clausus* e sono indicate tassativamente nei commi 3° e 3° *bis* dell'art. 108 del codice; al di là di tali ipotesi e in assenza di previsioni normative speciali, non appare lecito, in linea di principio, procedere a concessioni a titolo gratuito.

I principi di trasparenza e pubblicità<sup>39</sup> impongono che i dati concernenti i

39. D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, recante *Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*.

provvedimenti concessori e i relativi canoni siano pubblicati negli spazi istituzionali dell'amministrazione (sito web) in modo da rendere intellegibili i beneficiari e i criteri seguiti nell'affidamento dell'uso del bene, così da escludere anche il solo sospetto di *pacta sceleris* tra amministrazione concedente e terzi.

28.5.3. IL PROBLEMA DELLA DETERMINAZIONE DEL CANONE  
DEL C.D. USO INDIVIDUALE (DURATURO O PRECARIO)

Problema di non agevole soluzione è la determinazione del canone di concessione d'uso: la tematica rileva sia sul piano generale della conveniente redditività del patrimonio culturale che su quello della prevenzione della corruzione (canoni bassi o addirittura pari a zero potrebbero nascondere accordi illeciti tra amministrazione concedente e terzi concessionari)<sup>40</sup>.

L'art. 106 del codice dedicato all'uso individuale dei beni culturali riproduce con modificazioni l'art. 114 T.U. del 1999, a sua volta derivante dall'art. 4, comma 5° *ter*, D.L. 14 novembre 1992, n. 433, convertito dalla legge 14 gennaio 1993, n. 4 (c.d. D.L. Ronchey); l'istituto dell'uso strumental-precario e della riproduzione dei beni culturali (oggi disciplinato dall'art. 107 del codice) è stato invece introdotto per la prima volta non dal c.d. decreto Ronchey del 1992, ma dagli artt. 3 ss., legge 30 marzo 1965, n. 340, poi abrogata dall'art. 166, T.U. del 1999, ad eccezione dell'art. 2; alla disciplina delle concessioni d'uso strumentali e precarie erano dedicati anche gli articoli 17-21 del D.M. 31 gennaio 1994, n. 171 prima dell'abrogazione disposta dall'articolo 12, comma 1°, D.M. 24 marzo 1997, n. 139.

Le disposizioni primarie di settore, per quanto si riferiscano anche ai beni culturali in consegna a enti diversi da quelli statali, non possono non essere lette, almeno per i beni in consegna al MIBACT, in combinato disposto con le disposizioni organizzative cui quest'ultimo soggiace e rappresentate dal D.P.C.M. 29 agosto 2014, n. 171, da ultimo modificato con D.M. 23 gennaio 2016, n. 44; per quel che qui interessa, deve evidenziarsi che l'art. 9, comma 1°, lett. *b* del D.M. 44/2016, nel determinare la cessazione di efficacia dell'art. 39, comma 2°, lett. *m* dello stesso D.P.C.M. n. 171/2014, ha soppresso il potere delle Commissioni regionali per il patrimonio culturale di «concede[re] l'uso dei beni culturali in consegna al Ministero».

Di conseguenza, tale potere è stato nuovamente "localizzato" in favore dei direttori dei poli museali regionali e dei direttori degli istituti e musei dotati di autonomia speciale ai quali l'art. 7 dello stesso D.M. 44/2016 ha affidato la generale funzione di amministrazione e controllo dei beni dati loro in consegna, ivi incluso il potere di concedere l'uso dei beni culturali a essi affidati; incomprensibilmente, analogo potere viene conferito altresì alle soprintendenze archeologia, belle arti e paesaggio «per i beni culturali in consegna al Ministero» che, deve ritenersi, siano

40. Sul punto, si veda specificamente Tarasco, *Il patrimonio culturale*, cit., in part. pp. 192 ss.

diversi da quelli affidati alle cure dei poli museali regionali e dei musei dotati di autonomia speciale ai beni culturali (art. 4, comma 1°, lett. *t* del D.M. 44/2016). Per le concessioni di riproduzione di beni archivistici e bibliografici, invece, la competenza è frammentata tra gli archivi di Stato (per i beni archivistici loro affidati in consegna: art. 37, D.P.C.M. n. 171/2014), le biblioteche (per i beni librari affidati loro in consegna: art. 38, D.P.C.M. n. 171/2014) e le soprintendenze archivistiche e bibliografiche (quali uffici a cui sono attribuite, in via generale, la tutela e la valorizzazione di beni archivistici e librari: art. 36, D.P.C.M. n. 171/2014 e art. 5 del D.M. 23 gennaio 2016, n. 44).

Il potere di concessione d'uso viene interpretato nella concreta prassi amministrativa ministeriale come comprensivo del potere di determinazione dei canoni d'uso: dunque, il provvedimento concessorio trasferisce il potere d'uso e determina il canone di godimento.

Giova osservare che per la disciplina dei canoni di concessione in uso duraturo (art. 106 del codice), almeno il MIBACT (su cui si è allineata anche la posizione della Regione siciliana)<sup>41</sup> non ha ancora fissato i criteri di determinazione dei corrispettivi minimi, secondo quanto disposto dal comma 6° dell'art. 108 del codice, che affida a un provvedimento delle singole amministrazioni concedenti il compito di fissare gli importi minimi dei canoni e dei corrispettivi per l'uso e la riproduzione, sulla base dei quali, poi, determinare il canone dovuto e adottare il conseguente provvedimento (art. 106, comma 2° del codice); in tal senso, infatti, è stato inno-

41. Secondo la circolare 13 luglio 2011, n. 15 della Regione siciliana, «nel caso che la richiesta di concessione preveda la chiusura temporanea alla pubblica fruizione sarà dovuto un rimborso per il mancato guadagno proveniente dalla vendita dei biglietti di ingresso. Il lavoro straordinario del personale del comparto regionale è soggetto al preventivo rimborso, ove non ricada nella fattispecie prevista dall'art. 7 della l.r. 10/99 e s.m.i.». Quanto al criterio per la determinazione del canone, secondo la medesima circolare del 2011, sia nel caso dell'art. 106 che dell'art. 107, «incide certamente il beneficio economico che ne trae il richiedente e, comunque, il canone di concessione è sempre dovuto nei casi di utilizzo economico (cfr. art. 15 della l.r. 28/12/2004, n. 17). In merito ai canoni di concessione, premesso che non vi è alcuna pretesa tutelata al rilascio del consenso, l'autorizzazione viene concessa dall'ente in qualità di proprietario o di consegnatario del bene e, pertanto, se ne può negare o concedere il consenso ad insindacabile apprezzamento, nelle more dell'emissione dei provvedimenti assessoriali di determinazione dei canoni minimi, continuano ad essere applicate le tariffe di cui al D.M. 8 aprile 2004 tab. VII, tenuto conto di quanto disposto in merito con assessoriale prot. n. 165 del 10.02.2005 e con dipartimentale prot. n. 49341 del 15.05.2008». Per le fattispecie di esenzione, la Regione siciliana ritiene applicabili i casi di gratuità; dalla lettura dell'art. 108 del codice ricava che «i casi di esonero si riferiscono esclusivamente alle riproduzioni dei beni e non anche alle concessioni d'uso strumentale e precario, come, peraltro, già chiarito con dipartimentale prot. n. 113665 del 28.11.2007». L'unica eccezione potrebbe verificarsi «nel caso di utilizzo diretto dei beni culturali, fattispecie che si concretizza nel caso di iniziative di carattere culturale, artistico e scientifico che l'Amministrazione realizza anche attraverso le istituzioni pubbliche individuate dall'art. 19 della l.r.n. 9/02, ovvero nel caso di indirizio politico-amministrativo dell'Assessore dei Beni Culturali e dell'I.S.». Come si vede, la Regione siciliana ritiene applicabile ancora il vetusto tariffario del 1994 per quanto si sia data cura di emanare istruzioni chiare ai propri uffici in ordine ai criteri di determinazione dei canoni e di individuazione dei casi di gratuità.

vato dal codice il precedente comma 7° dell'art. 108 del T.U. del 1999, che affidava, invece, a un decreto ministeriale il compito di fissare i tariffari minimi inderogabili da parte dei singoli istituti e luoghi della cultura.

Per quanto concerne, invece, la riproduzione e l'uso strumentale-precaro dei beni culturali, *ex art.* 107 del codice (riprese fotografiche e cinematografiche, stampe e pubblicazioni varie, concessioni d'uso degli spazi museali, di cortili e giardini), il tariffario in vigore è ancora contenuto nel D.M. 8 aprile 1994 (di seguito, anche "tariffario del 1994"), nonostante che il D.M. 24 marzo 1997, n. 139 emanato in attuazione della legge Ronchey 4/1993 ne prevedesse solo la transitoria vigenza in attesa dell'adozione di nuovi minimi stabiliti con regolamento. Tale tariffario, con riferimento alla riproduzione digitale di beni culturali, è stato integrato da un *Tariffario prodotti digitali*, allegato alla circolare 17 giugno 2005, n. 21, emanata dalla Direzione generale per gli archivi del MIBACT<sup>42</sup>.

Come detto, le tariffe contenute nel D.M. del 1994 sono state generate per avere carattere provvisorio, dovendo disciplinare le fattispecie di concessione d'uso e di riproduzione dei beni culturali fino all'emanazione del decreto ministeriale previsto dall'art. 8, comma 6° del D.M. 139/1997 che avrebbe dovuto fissare «gli importi minimi dei canoni e dei corrispettivi per l'uso e per la riproduzione dei beni [...]. Fino all'adozione del provvedimento restano in vigore i canoni, le tariffe e i corrispettivi stabiliti dal tariffario adottato con il decreto ministeriale 8 aprile 1994, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 104 del 6 maggio 1994». Tale previsione, mai espressamente abrogata, è poi confluita nel D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, recante il *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali*, che all'art. 115 identicamente prevedeva che «con decreto del Ministro sono fissati gli importi minimi dei canoni e dei corrispettivi per l'uso e la riproduzione dei beni». Con l'abrogazione del testo unico a decorrere dal 1° maggio 2004 per effetto dell'entrata in vigore del codice (artt. 183 e 184 dello stesso D.Lgs. 42/2004), il codificatore del 2004 ha analogamente previsto all'art. 108, comma 6°, che «gli importi minimi dei canoni e dei corrispettivi per l'uso e la riproduzione dei beni sono fissati con provvedimento dell'amministrazione concedente»<sup>43</sup>, così evidentemente ponendo le basi affinché ciascuna amministrazione detentrica di beni culturali disciplini gli aspetti economici legati alle concessioni d'uso e di

42. «Il DM 8 aprile 1994 non contempla parecchie fattispecie relative alle tecnologie di riproduzione digitali. Gli istituti dipendenti si sono perciò avvalsi della facoltà di concludere accordi specifici caso per caso a norma dell'art. 9 del decreto sopra richiamato. Per assicurare uniformità di indirizzo in tutto il territorio nazionale, nelle more del provvedimento di cui all'art. 108 comma 6 del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, sono state elaborate le accluse indicazioni tariffarie» (ministero per i Beni e le Attività culturali, circolare 17 giugno 2005, n. 21).

43. Prima della modifica apportata con D.L. 69/2013 (convertito, con modificazioni, dalla legge 98/2013), l'art. 106, comma 2° del codice attribuiva la competenza a definire canoni/corrispettivi al "soprintendente" invece che al "ministero".

riproduzione dei beni culturali, anche se differente dal MIBACT: si pensi a enti pubblici non statali e agli enti pubblici territoriali<sup>44</sup>.

La lacunosità del tariffario del 1994 è ampiamente nota da parte del legislatore ministeriale che ha piena consapevolezza che «il DM 8 aprile 1994 non contempla parecchie fattispecie relative alle tecnologie di riproduzione digitali. Gli istituti dipendenti si sono perciò avvalsi della facoltà di concludere accordi specifici caso per caso a norma dell'art. 9 del decreto sopra richiamato»<sup>45</sup> attraverso fughe in avanti non disciplinate uniformemente sull'intero territorio nazionale, nella perdurante assenza del provvedimento di cui all'art. 108, comma 6° del D.Lgs. 42/2004.

Il tariffario del 1994, nonostante i diversi tentativi di riforma susseguitisi negli anni, costituisce ad oggi l'unico provvedimento adottato a livello ministeriale per la disciplina economica della materia, per quanto ampiamente caduto in desuetudine. Ciò non toglie, chiaramente, che oltre al MIBACT, anche le altre amministrazioni consegnatarie di beni culturali possano adottare un proprio tariffario atteso che tale profilo risulta certamente rientrante nella piena potestà regolatoria di ciascuna amministrazione consegnataria di beni culturali.

Risalendo agli anni Novanta, quando ancora la moneta legale era la lira, i contenuti economici del tariffario del MIBACT del 1994 appaiono assolutamente inadeguati<sup>46</sup>. Ciò si desume anche dal fatto che quest'ultimo reca dei "prezzi fissi", mentre la normativa primaria (sia testo unico che codice, che in fondo non fanno altro che riprodurre la disposizione dell'art. 8 del D.M. 139/1997) fa riferimento a "importi minimi" stabiliti con provvedimento amministrativo sulla base dei quali l'autorità che ha in consegna il bene determina in concreto il canone e il corrispettivo che, pertanto, può anche essere superiore a quegli importi. Al contrario, il tariffario del 1994 non riconosce all'amministrazione alcuna valutazione tecnico-discrezionale, come pure vorrebbe la normativa primaria. La rigidità e la vetustà del regolamento ministeriale hanno trovato un rimedio nella sua sostanziale desuetudine: l'amministrazione statale del patrimonio culturale, infatti, nella prassi operativa non solo non applica quei canoni ma pratica condizioni economiche

44. Sull'identità e continuità della disposizione dell'art. 115 del T.U. del 1999 e dell'art. 108, comma 6° del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, la dottrina è concorde: si veda, ad esempio, D. Vaiano, *Sub articoli 106-108*, in G. Leone, A. L. Tarasco (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, CEDAM, Padova 2006, pp. 684-5; C. Ventimiglia, *Sub art. 106-108*, in M. A. Sandulli, *Codice dei beni culturali*, cit., pp. 832-4.

45. Ministero per i Beni e le Attività culturali, circolare 17 giugno 2005, n. 21.

46. Al riguardo, nella deliberazione 12 dicembre 2005, n. 22/2005/G relativa all'indagine sulla gestione dei servizi aggiuntivi, la Corte dei conti ha giudicato "urgente" un intervento del MIBACT con una nuova disciplina, che nell'aggiornare le "tariffe", tenga conto anche dei moderni strumenti digitali comunemente utilizzati per la riproduzione dei beni culturali; tali tecniche, per quanto diffuse, sono ovviamente ignorate dal regolamento del 1994, benché la circolare prima citata del Dipartimento per i Beni archivistici e librari (17 giugno 2005, n. 21) abbia cercato di colmare la lacuna in sede di elaborazione di linee-guida non aventi carattere normativo.

assolutamente eterogenee; ciascun ufficio opera in modo autonomo e in senso nettamente diverso dagli altri suoi omologhi.

In disparte le riflessioni intorno alla possibilità di continuare a considerare formalmente vigente il regolamento del 1994 laddove la prassi amministrativa assolutamente costante lo disattende da un ventennio (con conseguente configurabilità in un'ipotesi di desuetudine normativa), va detto che l'autonomia e l'eterogeneità della regolamentazione dei profili economici delle concessioni di riproduzione e di uso strumentale e precario ha importanti impatti sia sul tema della convenienza economica delle condizioni concretamente praticate che sulla verifica della trasparenza dell'operato dell'amministrazione. Tralasciando il primo profilo, bisogna evidenziare che l'assenza di un unico tariffario nazionale – se consente maggiore flessibilità nella valutazione delle peculiarità del patrimonio culturale diffuso – offre astrattamente il fianco a possibili favoritismi ed episodi di corruzione: a seconda della convenienza personale del dirigente dell'ufficio consegnatario del bene culturale richiesto da un terzo, la tariffa formalmente richiesta potrebbe essere molto alta (se lo scopo è disincentivare la concessione a terzi), molto bassa oppure addirittura a costo zero (se lo scopo è “favorire” conoscenti). Da ciò deriva in linea di principio l'obbligo della preventiva pubblicazione delle condizioni economiche che l'ufficio consegnatario del bene intende praticare, qualunque sia il suo contenuto concreto (e, dunque, a prescindere dall'adeguatezza del canone rispetto alle valutazioni del mercato). La violazione di tale elementare principio attiva astrattamente diverse aree di illecito: a parte i profili di possibile danno erariale derivanti dalla richiesta di canoni inadeguati o, peggio, irrisori, l'assenza di tariffari pubblici potrebbe consentire l'applicazione di canoni concessori differenti pur in presenza delle medesime condizioni (ad esempio: concessione dell'uso dello stesso bene nelle stesse circostanze); il che potrebbe tradire ingiustificati vantaggi per il dirigente pubblico concedente o per i terzi concessionari con ogni possibile conseguenza sul piano penale (potendosi astrattamente profilare ipotesi di abuso d'ufficio, corruzione o concussione).

#### 28.5.4. LE CONCESSIONI DEGLI IMMOBILI CULTURALI INUTILIZZATI

Se le concessioni di riproduzione e di uso dei beni culturali sono riconducibili, come visto, alla disciplina precodificistica, relativamente recente è la “nuova” fattispecie di cui all'art. 1, commi 303°-305° della legge 311/2004 (legge finanziaria 2005).

Con valenza generale per tutti gli immobili culturali, siano essi appartenenti allo Stato, alle Regioni o agli enti locali, «per l'uso dei quali attualmente non è corrisposto alcun canone e che richiedono interventi di restauro», il comma 303° dell'art. 1 della legge 311/2004 prevede la possibilità (invero, già ricavabile dal sistema generale, anche extracodicistico) di conferimento «in concessione a soggetti privati con pagamento di un canone fissato dai competenti organi». Al trasferimento del potere di uso del bene immobile culturale fa da pendant l'impegno del



concessionario «a realizzare a proprie spese gli interventi di restauro e conservazione indicati dal predetto ufficio»<sup>47</sup>.

Per quel che rileva maggiormente nella tematica della prevenzione della corruzione in esame, occorre ribadire che anche tale previsione normativa impone (art. 1, comma 305°) l'individuazione del concessionario «mediante procedimento ad evidenza pubblica». La nuova fattispecie consistente essenzialmente in una concessione di uso/gestione e restauro e, dunque, essenzialmente in un caso di finanza di progetto applicato ai beni culturali, non è mai stata applicata dalla sua entrata in vigore. Soltanto nel 2015 il legislatore ha "riscoperto" la norma dettando con il D.M. 6 ottobre 2015 le condizioni per la *Concessione in uso a privati di beni immobili del demanio culturale dello Stato* che, in teoria, ben avrebbero potuto essere dettate esclusivamente nel bando di gara finalizzato alla concessione.

Tardivamente scoprendo la necessità di attuare l'art. 118, ultimo comma Cost. (principio di sussidiarietà orizzontale) nonché gli articoli 6, comma 3°, e 111, comma 4° del codice<sup>48</sup>, il legislatore regolamentare ha assai ridotto l'ampio ambito applicativo della norma primaria dapprima limitando l'oggetto della concessione esclusivamente ai beni immobili dello Stato (e non delle regioni ed enti locali) e poi prevedendo l'affidabilità della gestione di tali immobili esclusivamente in favore di enti *non profit*, laddove la norma primaria non conteneva tale limitante distinzione. In tal modo, il legislatore regolamentare intende coinvolgere unicamente gli enti del c.d. terzo settore che, senza fini di lucro, operano nel settore dei beni e delle attività culturali. A parte la criticabile opzione ideologica derivante dalla esclusione – per via regolamentare – delle imprese tradizionali *for profit*, la scelta appare viepiù criticabile sul piano pratico, essendo assai difficile reperire sul mercato *non profit* un'impresa che possa soddisfare le complesse e ambiziose richieste dell'amministrazione che spaziano dal restauro del bene al programma di valorizzazione pubblica che indichi la qualità e i tipi di servizi al pubblico; il tutto in modo tale da garantire la più ampia fruizione pubblica con il maggior beneficio economico per l'amministrazione e il minor costo per il visitatore: una combinazione di condizioni e fattori, questa, che se è già difficilmente reperibile presso imprese private *for profit* diventa inimmaginabile per un'impresa che normalmente non è orientata al lucro<sup>49</sup>.

47. Il comma 304° dello stesso art. 1 della legge 311/2004, prosegue precisando che «dal canone di concessione vengono detratte le spese sostenute dal concessionario per il restauro entro il limite massimo del canone stesso. Il concessionario è obbligato a rendere fruibile il bene da parte del pubblico con le modalità e i tempi stabiliti nell'atto di concessione o in apposita convenzione unita all'atto stesso».

48. I quali dispongono, rispettivamente, che «la Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale» e che «la valorizzazione ad iniziativa privata è attività socialmente utile e ne è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale».

49. Precisamente, secondo l'art. 3, comma 5° del D.M. 6 ottobre 2015, l'aggiudicazione dell'ente *non profit* avverrà secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa tenendo conto:

## 28.6

Le concessioni dei beni culturali nel quadro del fenomeno  
della valorizzazione del patrimonio pubblico  
attraverso l'ausilio di terzi soggetti

Le concessioni a terzi dei beni del demanio culturale s'inscrivono in una tendenza normativa ben consolidata tendente a produrre l'effetto della valorizzazione attraverso il virtuoso coinvolgimento di terzi soggetti privati. Basti citare la normativa essenziale rappresentata anzitutto dal D.P.R. 13 settembre 2005, n. 296, recante il *Regolamento concernente i criteri e le modalità di concessione in uso e in locazione dei beni immobili appartenenti allo Stato*, che disciplina le ipotesi di concessione o locazione a titolo oneroso (artt. 1-8), gratuito (art. 10) ovvero a canone agevolato (artt. 11-12).

In particolare, secondo l'art. 3 *bis*, comma 1° del D.L. 25 settembre 2001, n. 351, limitatamente ai beni statali, «i beni immobili di proprietà dello Stato [...] possono essere concessi o locati a privati, a titolo oneroso, ai fini della riqualificazione e riconversione dei medesimi beni 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, ferme restando le disposizioni contenute nel codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni».

Il legame con la tematica della prevenzione della corruzione può individuarsi nel comma 4° dello stesso art. 3 *bis* che ribadisce il principio generale secondo cui «le concessioni e le locazioni di cui al presente articolo sono assegnate con procedure ad evidenza pubblica, per un periodo di tempo commisurato al raggiungi-

«a) del progetto di restauro e di conservazione programmata, presentato da ciascun partecipante alla procedura, indicante le misure e gli interventi necessari ad assicurare la conservazione del bene che il proponente si obbliga a realizzare, il preventivo delle spese da sostenere, la tempistica della realizzazione degli interventi, mediante uno specifico crono-programma, le eventuali fonti di finanziamento disponibili; b) del programma, presentato da ciascun partecipante alla procedura, indicante le modalità di fruizione pubblica del bene, anche in rapporto con la situazione conseguente alle precedenti destinazioni d'uso; c) del progetto di valorizzazione del bene, con l'indicazione dei servizi di accoglienza di cui all'art. 117 del codice che si intendono realizzare e delle possibili sinergie che si possono costituire mediante collegamento con altri siti culturali e con i circuiti di turismo culturale e di eccellenza del territorio di riferimento, anche nel quadro di possibili accordi da stipularsi ai sensi dell'art. 112 del codice, con altri enti pubblici e privati; d) del prezzo dell'eventuale biglietto che il proponente intende istituire, con assunzione dell'obbligo di destinazione integrale dei proventi della bigliettazione agli interventi di conservazione programmata e di gestione del bene, ferme restando le vigenti disposizioni in materia di determinazione del prezzo dei biglietti per l'accesso agli istituti ed ai luoghi della cultura ai sensi dell'art. 103 del codice, del decreto ministeriale 11 dicembre 1997 n. 507 e del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 agosto 2014, n. 171; e) dell'ammontare del canone proposto da ciascun partecipante, tenuto conto delle indicazioni di cui all'art. 4; f) di un piano economico-finanziario, asseverato da primario istituto creditizio, che dimostri la sostenibilità economico-finanziaria della gestione».



mento dell'equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa e comunque non eccedente i cinquanta anni». Si conferma ancora una volta la necessità di procedure trasparenti che garantiscano la più aperta partecipazione delle imprese ed enti *non profit* interessati.

Grazie all'estensione operata dall'art. 58, comma 6° del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, la procedura di cui all'art. 3 *bis* del D.L. 351/2001 è divenuta applicabile anche ai beni degli enti locali<sup>50</sup>. Infatti, è proprio l'art. 58 del D.L. 112/2008 che detta per gli enti territoriali la normativa corrispondente a quella recata – per i beni immobili dello Stato – nel D.P.R. 13 settembre 2005, n. 296: per la migliore valorizzazione dei beni pubblici, il D.L. 112/2008, però, non prevede unicamente la soluzione concessoria (come nel D.P.R. 296/2005) ponendo altresì accanto alla *valorizzazione* anche l'alternativa della *dismissione* che si realizza attraverso un piano di alienazione<sup>51</sup>.

50. «La procedura prevista dall'articolo 3 *bis* del decreto-legge 25 settembre 2001 n. 351 [...] per la valorizzazione dei beni dello Stato si estende ai beni immobili inclusi negli elenchi di cui al comma 1. In tal caso, la procedura prevista al comma 2 dell' articolo 3 *bis* del citato decreto-legge n. 351 del 2001 si applica solo per i soggetti diversi dai Comuni e l'iniziativa è rimessa all'Ente proprietario dei beni da valorizzare. I bandi previsti dal comma 5 dell'articolo 3 *bis* del citato decreto-legge n. 351 del 2001 sono predisposti dall'Ente proprietario dei beni da valorizzare» (D.L. 112/2008, art. 58, comma 6°).

51. «Per procedere al riordino, gestione e valorizzazione del patrimonio immobiliare di Regioni, Province, Comuni e altri Enti locali, nonché di società o Enti a totale partecipazione dei predetti enti, ciascuno di essi, con delibera dell'organo di Governo individua, redigendo apposito elenco, sulla base e nei limiti della documentazione esistente presso i propri archivi e uffici, i singoli beni immobili ricadenti nel territorio di competenza, non strumentali all'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, suscettibili di valorizzazione ovvero di dismissione. Viene così redatto il piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari allegato al bilancio di previsione nel quale, previa intesa, sono inseriti immobili di proprietà dello Stato individuati dal Ministero dell'economia e delle finanze-Agenzia del demanio tra quelli che insistono nel relativo territorio» (D.L. 112/2008, art. 58, comma 1°).