RIVISTA GIURIDICA DELL'EDILIZIA
Anno XLVIII Fasc. 3 - 2005

Antonio Leo Tarasco

LA VALORIZZAZIONE DEL PATRIMONIO CULTURALE TRA *PROJECT FINANCING* E GESTIONE DIRETTA: LA DIFFICILE SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE

Estratto

MVLTA PAVCIS AG

Milano • Giuffrè Editore

LA VALORIZZAZIONE DEL PATRIMONIO CULTURALE TRA *PROJECT FINANCING* E GESTIONE DIRETTA: LA DIFFICILE SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE

SOMMARIO: 1. Generalità. — 2. Tipologia dei servizi. — 3. Natura giuridica dell'atto di affidamento a terzi. — 4. Scorporabilità dei servizi aggiuntivi. — 5. Durata e rinnovo dei servizi aggiuntivi. — 6. La gestione dei servizi aggiuntivi. — 6.1. (*Segue*): La concessione di immobili culturali nella legge 30 dicembre 2004 n. 311. — 6.1.1. Rapporti con il *project financing*. — 6.1.2. Rapporti con il d.p.r. n. 283 del 2000. — 6.1.3. Limiti e potenzialità dell'istituto introdotto nella Finanziaria 2005. — 7. Rapporti con l'art. 10, comma 1, lett. *b-bis*), d. legisl. n. 368 del 1998.

1. *Generalità.*

Tra le forme tipiche di partecipazione dei privati alle attività di valorizzazione del patrimonio culturale (pubblico), il Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.legisl. 22 gennaio 2004 n. 42 disciplina, oltre alle sponsorizzazioni (art. 120) e agli accordi con le fondazioni bancarie (art. 121), i servizi aggiuntivi (art. 117).

Il legislatore formalizza già nella *rubrica legis* l'espressione *servizi aggiuntivi* (ormai entrata nel vivo della prassi applicativa e della terminologia dottrinale e giurisprudenziale), sostituendola all'espressione «servizi di assistenza culturale e di ospitalità» recata nell'intestazione dell'art. 112 del t.u. del 1999 (d. legisl. 29 ottobre 1999 n. 490).

Originariamente istituita con il d.l. 14 novembre 1992 n. 433 (c.d. decreto-legge *Ronchey*, dal nome del Ministro proponente), poi convertito con modifiche nella l. 14 gennaio 1993 n. 4, la disciplina dei servizi aggiuntivi è stata oggetto di un importante intervento applicativo nel 1997, con il d. min. 24 marzo 1997 n. 139, recante norme sugli indirizzi, criteri e modalità di istituzione e gestione dei servizi aggiuntivi nei musei e negli altri istituti del Ministero per i beni e le attività culturali (1). Gli interventi normativi succedutisi sono stati coordinati negli artt. 112 e 113 del t.u. del 1999.

L'istituto dei servizi aggiuntivi — lungi dal costituire la soluzione definitiva al problema della gestione dei beni culturali — ha segnato senz'altro l'inizio di una nuova stagione, nel senso dell'*apertura* ai privati (sebbene *imperfetta*) e del tentativo di modernizzare, rendendo *efficiente*, il «servizio culturale» (2).

(1) Sullo schema di regolamento attuativo della l. n. 4 del 1993, poi emanato con d. min. n. 137 del 1997, v. il parere del Cons. Stato, Ad. Plen., 20 marzo 1997 n. 26 inedito.

(2) Secondo T. ALIBRANDI-P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, IV ed., Milano, 2001, 432, l'istituto dei servizi aggiuntivi rappresenta «un diverso approccio all'istituzione culturale, sia dal punto di vista della migliore ospitalità offerta ai fini della fruizione e godimento pubblico, sia quale nuova occasione di rendimento economico derivante dalla gestione dei beni culturali stessi». Sulla legge n. 4 del 1993 v. *ex pluribus* A. RONCHEY, *Introduzione al nuovo museo*, in *L'Italia dei nuovi musei*, Roma, Ministero per i Beni culturali e ambientali, 1994, 5 e ss.; T. ALIBRANDI, *I musei italiani fra pubblico e privato*, in *Foro amm.*, 1995, II, 2879 e ss.

Nell'anno 2000, l'introito dei servizi aggiuntivi è stato di 25,3 milioni di euro (circa 50 miliardi di lire), contro gli 8,8 milioni di euro del 1998 e i 39 miliardi di lire 1999. Anche la crescita occupazionale

Con il decreto-legge *Ronchey*, per la prima volta «il pubblico dei musei viene preso in considerazione — a livello legislativo — come soggetto portatore di un diritto di fruizione da garantire, oltretutto, attraverso misure urgenti», come è dimostrato dall'adozione del d.-l. n. 433 del 1992, fonte prescelta per l'introduzione della disciplina sui servizi aggiuntivi. Al provvedimento d'urgenza si deve sia la iniziale distinzione concettuale tra il soggetto proprietario dei beni (lo Stato) e l'erogatore dei servizi connessi alla loro fruizione pubblica, che l'unitaria considerazione della realtà museale, prima di allora concepita in prevalenza come luogo di custodia di eterogenee evidenze storico-artistiche (3).

Quanto alla tipologia dei servizi, il Codice si attiene alla legislazione previgente, sia per quanto concerne la *tipologia* di servizi aggiuntivi che la considerazione come meramente *esemplificativa* e non tassativa dell'elencazione stessa contenuta nell'art. 117. Ove tali servizi vengano gestiti «in forma integrata» con i servizi di pulizia, vigilanza e di biglietteria, si realizzerà la forma del c.d. *global service* (comma 3, art. 117), che — secondo gli esperti del settore — dovrebbe rappresentare il futuro dei sistemi museali. Il *global service* viene visto, infatti, come il vero momento di innovazione della struttura museale e della sua gestione, consentendo di creare nuovi collegamenti tra settore culturale ed imprenditoriale.

Sotto il profilo pratico-applicativo, l'esternalizzazione della totalità di servizi di valorizzazione museale, oltre ad un maggior afflusso di denaro nelle casse dell'istituto, consente di liberare preziose risorse umane: gli organi di governo dell'istituto museale possono dedicarsi — oltre alla necessaria attività di controllo degli stessi servizi affidati a terzi — alla risoluzione di macroproblematiche, evitando di disperdere energie nella minuta gestione quotidiana.

In pratica, l'esternalizzazione di servizi diversi ed ulteriori rispetto a quelli aggiuntivi potrebbe permettere di «migliorare la capacità di comunicazione del museo con i suoi visitatori e con l'esterno» ed accrescere «la partecipazione delle collettività locali alla sua vita ed alle sue iniziative (...)» (4). Ciò che determinerebbe un indiretto quanto benefico aumento delle entrate, attraverso l'incremento delle attività di volontariato, delle donazioni e delle sponsorizzazioni (5).

registra un forte aumento: gli impiegati addetti sono passati dalle 100 alle 900 unità. In particolare, la Galleria Borghese di Roma ha incassato nel 2000 circa 2 milioni di euro, superando così gli incassi derivanti dalla vendita dei biglietti d'ingresso (1 milione e 700 mila euro): i dati relativi al 2000 sono stati diffusi nel corso del Convegno «*Dalla parte del pubblico. Il museo e i suoi servizi*», svoltosi a Roma, nel dicembre 2001, e sono in parte riportati in *Il giornale dell'arte*, n. 206, gennaio 2002, 4.

Secondo stime ferme alla prima metà del 2000, fino a tale data in Italia sono state attivate 55 strutture privatizzate di servizi di accoglienza, di cui 45 dotate di sistemi di prevendita e 15 di punti di ristoro. Tredici musei si sono attrezzati, inoltre, per il servizio di prevendita on-line: i dati sono riportati da G. CALDERONI, *Fruizione pubblica ed uso individuale dei beni culturali*, in G. CAIA (a cura di), *Il testo unico dei beni culturali e ambientali*, Milano, 2000, 191. Per una statistica completa delle attività economiche legate alla cultura, ivi compresi i servizi aggiuntivi, oltre che per utili considerazioni al riguardo, si veda C. BODO-C. SPADA (a cura di), *Rapporto sull'economia della cultura in Italia, 1990-2000*, Bologna, 2004.

(3) In questo senso, V. CESAREO GRILLO, *Presentazione*, in L. SOLIMA-A. BOLLO, *I musei e le imprese. Indagine sui servizi di accoglienza nei musei statali italiani*, Napoli, 2002, 11 e ss., 12. Gli ultimi dati disponibili segnalano che al settembre del 2002 sono state censite 139 strutture a disposizione dei visitatori, di cui 98 librerie/negozi dell'arte, 24 punti di ristoro e 17 servizi bibliotecari/archivistici.

(4) P.A. VALENTINO, *Dai servizi aggiuntivi al global service*, in *Notiziario del Ministero per i beni e per le attività culturali* a cura dell'Ufficio studi, n. 71-73, gennaio-dicembre 2003, 131 e ss., 132. Per un'analisi ed un bilancio dell'esperienza dei servizi aggiuntivi museali in Italia, cfr. L. SOLIMA-A. BOLLO (a cura di), *I musei e le imprese*, cit.

(5) Cfr. L. DI CICCO, *Il sistema Musei Capitolini*, in *Notiziario del Ministero per i beni e per le attività culturali* a cura dell'ufficio studi, n. 71-73, gennaio-dicembre 2003, 135 e ss.

Un'esperienza concreta è quella del sistema dei musei capitolini a Roma, comprendenti il Palazzo dei conservatori, Palazzo nuovo, Palazzo senatorio, *Tabularium*, Tempio di Giove, Galleria di congiunzione, Palazzo Clementino-affarelli e la Centrale Montemartini. In tale sistema museale, è stato fornito in concessione a terzi il *global service* inclusivo oltre che dei classici servizi aggiuntivi (accoglienza, caf-

2. *Tipologia dei servizi.*

Nonostante che siano elencati (esemplificativamente) nel comma 2 dell'art. 117 del d.legisl. n. 42 del 2004, i servizi aggiuntivi appaiono di difficile qualificazione per almeno due motivi.

Quanto alla natura giuridica dell'attività svolta, a dispetto della loro formale collocazione all'interno del Capo II dedicato alla valorizzazione, non ogni attività indicata dalle lett. *a)* e *g)* è espressione di valorizzazione, secondo la definizione che di questa fornisce l'art. 6 Codice: taluni, come i servizi di vigilanza e manutenzione (comma 3), possono riconnettersi alla *tutela*, posto che garantiscono la conservazione dei beni ospitati presso gli istituti e luoghi della cultura; altri sembrano espressione del servizio di pubblica fruizione (di cui all'art. 102 e ss.), giacché consentono l'utilizzazione pubblica del bene, precedendo logicamente la valorizzazione: si pensi al servizio di biglietteria (comma 3), ai servizi di informazione, guida e assistenza didattica (lett. *e*)); solo in parte, infine, i servizi aggiuntivi si pongono in connessione con la valorizzazione, intervenendo su beni già conservati e resi fruibili, e indirizzandosi a «promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurarne le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica», secondo la definizione dell'art. 6, comma 1 del Codice: è il caso del servizio editoriale e di vendita (lett. *a*)), del servizio per la fornitura di riproduzione e il recapito del prestito bibliotecario (lett. *b*)), dell'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali o di iniziative promozionali (lett. *g*)).

La distinzione testè operata appare gravida di conseguenze considerata la (deprecata) contrapposizione operata nell'art. 117 Cost. tra funzioni di tutela e valorizzazione devolute, rispettivamente, l'una alla potestà legislativa esclusiva statale (comma 2, lett. *s*)) e l'altra alla potestà legislativa regionale concorrente (comma 3).

L'eterogeneità oggettuale si riverbera pure sulla natura giuridica dell'atto di affidamento a terzi dei servizi aggiuntivi, come si specificherà meglio appresso.

3. *Natura giuridica dell'atto di affidamento a terzi.*

Il comma 3 dell'abrogato art. 113 del t.u. del 1999 ricollegava i servizi *de quibus* ai comuni appalti di servizi che un soggetto esterno rendeva all'amministrazione pubblica, *sub specie* di museo o altro istituto di cultura. Il riferimento a tale struttura contrattuale è stato soppresso nell'art. 117 Codice, che invece rinvia alle forme di gestione dell'art. 115 Codice.

L'eliminazione del riferimento agli appalti di servizi e, nel contempo, il rinvio alle forme di gestione delle attività di valorizzazione *ex* art. 115, sembrerebbe determinare l'assoggettabilità dei servizi aggiuntivi ai principi generali di cui all'art. 111 del Codice, e cioè «libertà di partecipazione, pluralità dei soggetti, continuità di esercizio, parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione» (comma 3).

Il complesso di tali elementi potrebbe indurre a ritenere che i servizi aggiuntivi, lungi, ormai, dalla configurabilità come appalti di servizi resi alla P.A., siano piuttosto qualificabili come un servizio pubblico, considerato, inoltre, che per essi il rapporto tra il terzo affidatario o concessionario e gli istituti e luoghi di cultura deve essere regolato con con-

fetteria, servizio editoriale, librario e di oggettistica, didattica e visite guidate) anche del servizio di biglietteria, guardiania e sicurezza, pulizia e manutenzione ordinaria, promozione, comunicazione e *marketing;* in pratica, tutto ciò che occorre per la valorizzazione sistema museale.

A Londra, in Gran Bretagna, poi, presso la *Tate Gallery*, è stato del tutto soppresso il costo del biglietto d'ingresso, con l'effetto, paradossale ma reale, di incrementare i ricavi complessivi del museo, dovuto essenzialmente alla crescita dei visitatori e, di conseguenza, alla maggiore attenzione di *sponsor* privati e di erogazioni liberali.

tratto di servizio, alla stregua di quanto stabilito dal comma 8 dell'art. 115 del Codice per la generalità delle attività di valorizzazione, richiamato dal comma 4 dell'art. 117 c.c. (6).

Contro questa interpretazione, però, potrebbe rilevarsi che il legislatore del 2004 ha espressamente qualificato come servizio pubblico solo quello espletato dagli istituti e luoghi della cultura appartenenti a soggetti pubblici e che sono destinati alla pubblica fruizione (art. 101, comma 3 del Codice). Ciò che invece non è stato precisato — *expressis verbis* — né per i servizi aggiuntivi né per le attività di valorizzazione in genere, ad iniziativa pubblica o privata (cfr. art. 111, commi 3 e 4).

Tale obiezione, a ben guardare, potrebbe non risultare determinante, visto che soltanto all'attività di valorizzazione ad iniziativa privata è stata riconosciuta la qualifica *limitativa* di mero servizio di *pubblica utilità* (comma 4 dell'art. 111 c.c.); invece, per la valorizzazione ad iniziativa pubblica tale limitazione non vale, applicandosi a questa i principi caratteristici del pubblico servizio (continuità di esercizio, trasparenza di gestione, parità di trattamento, economicità, pluralità dei soggetti, menzionati dall'art. 111, comma 3).

È pur vero, però, che secondo l'art. 111 del Codice, se da un lato si applicano alle attività di valorizzazione ad iniziativa pubblica, come detto, i principi caratteristici del pubblico servizio, dall'altro non si qualifica espressamente come tale la corrispondente attività, contrariamente a quanto disposto nella formulazione contenuta nello schema originario approvato dal Governo. Le osservazioni formulate dalla Conferenza unificata nella seduta del 10 dicembre 2003 sono state recepite dal Governo ed hanno suggerito, invece, la soppressione della espressa qualificazione delle attività di valorizzazione ad iniziativa pubblica come «servizio pubblico» (cfr. lo schema dell'originario art. 117, poi divenuto art. 111 nella versione definitiva del Codice).

Tuttavia, l'eliminazione dell'inciso «servizio pubblico» potrebbe essere interpretata, alternativamente, oltre che come inconfigurabilità delle attività di valorizzazione ad iniziativa pubblica come servizio pubblico (in base al brocardo *ubi lex non dixit non voluit*), come *ininfluente* sulle ricadute definitorie delle attività *de quibus*, visto che, nella sostanza, le attività di valorizzazione vengono assoggettate ad un regime analogo a quello sui servizi pubblici, almeno per quanto concerne i criteri ispiratori fondamentali.

A seconda del ragionamento che si segue, derivano importanti conseguenze definitorie non solo sulle forme di gestione delle generali attività di valorizzazione (art. 115) ma altresì sugli specifici servizi aggiuntivi, le cui modalità di gestione devono svolgersi secondo le forme previste, appunto, per le attività di valorizzazione.

In realtà, l'accertamento della natura giuridica della gestione dei servizi aggiuntivi non può prescindere dall'esame dei singoli servizi aggiuntivi di volta in volta presi in considerazione dall'art. 117 Codice.

In quest'ottica, le tipologie astrattamente configurabili oscillano tra l'appalto di servizi, l'autorizzazione all'esercizio dell'attività commerciale e la concessione di servizio pubblico, dipendendo, nella sostanza, dallo specifico servizio affidato: nel caso dello svolgimento di un'attività commerciale, come per i servizi di caffetteria, ristorazione e guardaroba (lett. *f*)), è più correttamente configurabile *un provvedimento autorizzatorio*; nella riproduzione dei beni culturali (lett. *a*)) sembra ravvisarsi una *concessione in uso* del bene demaniale; diversamente, ad esempio, la gestione esternalizzata delle raccolte discografiche, diapoteche e biblioteche museali (lett. *c*)) appare integrare la *concessione di un servizio pubblico* vero e proprio.

(6) *Contra*, S. Foà, *Licitazione privata per la concessione dei servizi aggiuntivi museali e inesistenza di riserva di attività a favore dell'Istituto poligrafico dello Stato*, in *Foro amm.-CDS*, 2003, 3851 e ss., 3853 (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 12 novembre 2003 n. 7249, *ivi*, 3847), che considerando applicabile ai servizi aggiuntivi la generale previsione di cui all'art. 115 Codice, ritiene che il rapporto che si instauri tra il concessionario e l'amministrazione sia da inquadrare in termini di appalto di servizi, ad eccezione dei casi in cui venga devoluta al privato l'intera gestione e valorizzazione del bene.

4. *Scorporabilità dei servizi aggiuntivi.*

Il dato normativo per cui l'affidamento dei servizi aggiuntivi deve svolgersi secondo le modalità di cui all'art. 115 (comma 4, art. 117 Codice) non esclude la configurabilità di un affidamento modulare delle attività di valorizzazione e dei servizi aggiuntivi così come tra i diversi servizi aggiuntivi. Per quanto le forme di gestione indicate nell'art. 115 debbano considerarsi come un *modus procedendi* unitario nella scelta delle modalità di gestione tanto delle attività di valorizzazione quanto dei servizi aggiuntivi, ciò non implica pure che la specifica scelta gestoria adottata per le generali attività di valorizzazione debba vincolare l'amministrazione pure per i servizi aggiuntivi. Di conseguenza, l'eventuale opzione amministrativa di gestire le attività di valorizzazione in forma diretta non esclude che i servizi aggiuntivi (che delle prime rappresentano solo una parte), possano essere esternalizzati, in tutto o in parte, attraverso l'affidamento diretto o la concessione a terzi (rispettivamente, lett. *a*) e *b*), comma 3, art. 115), o viceversa (7). La ragione di tale scorporabiltà può essere individuata sia nella diversità strutturale dei servizi aggiuntivi rispetto alle generali attività di valorizzazione (8) che nella giuridica impossibilità per lo Stato di comprimere la libertà di scelta dell'ente pubblico territoriale che, diversamente, sarebbe costretto a gestire direttamente od esternalizzare in blocco sia la valorizzazione che i servizi aggiuntivi. Ciò che non troverebbe fondamento costituzionale nelle lett. *m*) e *p*) dell'art. 117, comma 2, Cost.

Non ultima, altra ragione che milita in favore della possibilità di segmentare i diversi servizi aggiuntivi e le varie attività di valorizzazione, così da pervenire ad un affidamento separato di essi, può essere ricercata nell'esigenza di attuare il principio della concorrenza tra i diversi gestori dei servizi e delle attività, che così «insisterebbero» nel medesimo istituto culturale, a tutto vantaggio della concorrenza e, dunque, del servizio di pubblica fruizione; ma tale profilo è completamente trascurato nel Codice.

5. *Durata e rinnovo dei servizi aggiuntivi.*

Quanto alla disciplina dei servizi aggiuntivi, come già accennato, il Codice rinvia alle forme di gestione della valorizzazione (art. 115) senza null'altro aggiungere. Esso né riproduce né modifica le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'art. 113, t.u. del 1999, che disciplinavano, rispettivamente, il potere dei capi d'istituto di affidare la concessione dei servizi *de quibus* (comma 3), la durata quadriennale della concessione e il suo rinnovo (comma 4) nonché le convenzioni tra enti pubblici territoriali finalizzate all'integrazione o al coordinamento degli stessi (comma 5). Mentre quest'ultimo profilo relativo agli accordi pubblici risulta disciplinato in via generale dalle previsioni sugli accordi in tema di pubblica fruizione (art. 102) e valorizzazione (art. 112), la determinazione dell'autorità preposta all'affidamento dei servizi aggiuntivi così come della durata degli stessi può ricavarsi solo in via interpretativa da altre fonti normative.

(7) P. CARPENTIERI, *Sub artt. 115, 116 e 117*, in AA.VV., *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2005, 504 e ss., qui, 521 e ss.

(8) Va fatto notare che secondo L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601 e ss., 693, alcune attività tipiche dei servizi di assistenza culturale e di ospitalità di cui all'art. 112 EU (come l'organizzazione di mostre, e il servizio editoriale e di vendita) si *sovrapporrebbero* a quelle di valorizzazione specificamente previste dalle lett. *b*) e *g*) dell'art. 152, d. legisl. n. 112 del 1998: «In questo caso vi è, dunque, una sovrapposizione tra iniziative di valorizzazione ed interventi generalmente ritenuti aggiuntivi alla stessa». Tuttavia, non può non obiettarsi che i servizi di assistenza culturale e di ospitalità non si presentano come *aggiuntivi* rispetto alla valorizzazione, essendo, piuttosto, una modalità attraverso cui la valorizzazione stessa si estrinseca. Ragionando in tal modo, non è dato riscontrare alcuna sovrapposizione tra servizi aggiuntivi ed attività di valorizzazione, come si desume, tra l'altro, dalla collocazione dei servizi aggiuntivi nell'àmbito delle attività di valorizzazione, *ex* artt. 111 e ss., d. legisl. n. 42 del 2004.

La nuova organizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali assegna al direttore regionale per i beni culturali e paesaggistici il potere di disporre, previa istruttoria delle soprintendenze di settore, l'affidamento diretto o in concessione delle attività e dei servizi pubblici di valorizzazione dei beni culturali (art. 20, lett. *z*), d.p.r. 8 giugno 2004 n. 173, di attuazione delegificata del d. legisl. 8 gennaio 2004 n. 3) (9). Deve pertanto ritenersi che sia venuto meno il potere di affidamento dei servizi aggiuntivi dei responsabili dei singoli istituti museali, considerato che il richiamo all'art. 115 contenuto nel regolamento di organizzazione deve giudicarsi inclusivo pure dei servizi aggiuntivi di cui all'art. 117, la cui disciplina è definita *per relationem* proprio grazie all'art. 115 Codice. Per converso, in capo al direttore regionale sembra radicarsi il potere di affidare i servizi di cui all'art. 117 anche oltre il limite massimo quadriennale previsto dal comma 4 dell'art. 113, t.u. La mancata previsione codicistica della durata delle concessioni costituisce un elemento di novità che ciascun direttore regionale potrà valorizzare al fine di consentire una più congrua durata dei futuri contratti da stipulare e, corrispondentemente, una maggiore remunerativitá per i gestori. Nel contempo, però, se viene incontro alle esigenze dei gestori, essa contraddice taluni profili del diritto della concorrenza, finendo per rafforzare in prevalenza l'*incumbent* (cioè il gestore corrente) ed indebolire la posizione degli aspiranti concessionari (10).

Per quanto concerne, poi, la rinnovabilità dei contratti di appalto già stipulati per la fornitura dei servizi aggiuntivi, tale profilo costituisce un problema alla luce delle innovazioni subite dalla legge 24 dicembre 1993 n. 537 (11).

Originariamente, l'art. 6, comma 2, legge n. 537 del 1993, come modificata dall'art. 44, legge 23 dicembre 1994 n. 724, se da un lato vietava il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche Amministrazioni per la fornitura di beni e servizi (ivi compresi quelli affidati in concessione a soggetti iscritti in appositi albi), dall'altro ne consentiva il rinnovo espresso, entro tre mesi dalla scadenza, accertate le «ragioni di convenienza e di pubblico interesse» (12).

Tuttavia, il rinnovo (espresso) del contratto d'appalto senza indizione di una nuova gara — tutelando l'*incumbent* cioè il gestore attuale dei servizi aggiuntivi — si prestava a violare la normativa comunitaria in tema di concorrenza tra soggetti economici. Tale

(9) Su cui si veda l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del T.A.R. Marche, 15 ottobre 2004 n. 136, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2004, 2912, con nota critica di A.L. TARASCO, *L'organizzazione dei beni culturali va alla Consulta: eccesso di delega o di potere giudiziario?*, *ivi*, 2004, 2924 e ss. Sul regolamento di organizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali, si veda pure il parere della sezione consultiva del Cons. Stato n. 2490/04 del 5 aprile 2004, in *Foro amm.-CDS*, 2004, 1238 e ss.

(10) L'Autorità di garanzia per la concorrenza ha avuto modo di criticare l'affidamento senza gara ai gestori correnti dei servizi pubblici di trasporto (marittimo), senza la contestuale fissazione di un limite temporale di tale affidamento, con la segnalazione AS269 del 6 novembre 2003, in *Bollettino*, n. 45/03 nonché in *www.agcm.it*.

(11) Sulla qualificabilità o meno dei servizi aggiuntivi come servizi a rilevanza generale od economica e sulle distinte conseguenze che derivano nell'una e nell'altra ipotesi, così come sul rapporto tra normativa codicistica e gli artt. 113 e 113-*bis* del testo unico degli enti locali di cui al d. legisl. n. 267 del 2000, P. CARPENTIERI, *Sub artt. 115, 116 e 117*, cit., part. 528 e ss.

(12) Sul divieto di rinnovo tacito dei contratti di appalto di forniture di beni e servizi, *ex* art. 6, legge 24 dicembre 1993 n. 537, come modificato dall'art. 44, legge 23 dicembre 1994 n. 724, si veda Cons. Stato, Sez. V, 31 dicembre 2003 n. 9302, in *Foro amm.-CDS*, 2003, 3779, con particolare riguardo ai profili distintivi tra rinnovo e proroga contrattuale; sull'estensione dell'ambito applicativo del divieto *de quo* non solo ai contratti di appalto stipulati successivamente all'entrata in vigore del citato art. 6, legge n. 537 del 1993, ma anche a quelli in corso a tale data e ai contratti stipulati antecedentemente, Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 1998 n. 1508, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1588; sulla necessità di valutare con provvedimento formale espresso il requisito prescritto dalla noramtiva per il rinnovo contrattuale, Cons. Stato, Sez. V, 8 luglio 2002 n. 3795, in *Foro amm.-CDS*, 2002, 1718; sulla legittimazione ad impugnare il provvedimento con cui la P.A. decide di rinnovare il contratto di appalto di fornitura, Cons. Stato, Sez. V, 17 aprile 2003 n. 2079, in *Giur. it.*, 2003, 2186; sul radicamento della giurisdizione amministrativa della controversia relativa alla misura del compenso da attribuire al contraente privato in caso di rinnovazione di un contratto di fornitura già stipulato tra le parti, Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2002 n. 141, in *Foro amm.-CDS*, 2002, 94.

rinnovabilità, infatti, è stata oggetto di censure da parte della Commissione europea espresse nel parere motivato del 16 dicembre 2003, dove è stato rilevato come l'art. 6 della legge n. 537 del 1993 consente alle amministrazioni pubbliche di attribuire in modo diretto e senza ricorrere ad alcuna procedura concorrenziale i contratti di appalto di forniture di beni e servizi.

In attuazione delle indicazioni provenienti dall'Unione europea, l'art. 23 della legge comunitaria per il 2004 (legge 18 aprile 2005 n. 62) ha introdotto sostanziali modifiche dell'articolo 6 della citata legge n. 537 del 1993, come modificata dall'art. 44 della legge n. 724 del 1994, abrogando la seconda parte del comma 2 dell'articolo 6, che consentiva, a talune condizioni, il rinnovo espresso dei contratti di appalto per la fornitura di beni e servizi alla P.A.

A decorrere dal 12 maggio 2005, data di entrata in vigore della legge comunitaria, dunque, non è più possibile procedere al rinnovo (né tacito né espreso) degli appalti di forniture, ai sensi dell'articolo 6, comma 2, ultimo periodo, della legge n. 537 del 1993. Tuttavia, l'esigenza di garantire la continuità nella fornitura di servizi e di consentire alle stazioni appaltanti un congruo periodo temporale per apprestare i nuovi bandi di gara, ha reso necessaria la previsione di cui al secondo comma del citato articolo 23 che, temperando il rigore del divieto del rinnovo espresso, ammette, entro termini e condizioni stabiliti, la possibilità della proroga dei contratti in essere.

Infatti, i contratti di appalto per la fornitura di beni e servizi, già scaduti alla data del 12 maggio 2005 — e non rinnovati ai sensi della previgente disciplina — unitamente ai contratti in scadenza nei sei mesi successivi a tale data, potranno essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti stipulati a seguito dell'espletamento di gare ad evidenza pubblica. La proroga, tuttavia, ammessa ai sensi dell'art. 23, comma 2, non può essere superiore a sei mesi ed è condizionata alla pubblicazione del bando di gara entro i novanti giorni successivi alla data di entrata in vigore della legge stessa.

Strumentale rispetto ai nuovi bandi di gara per la concessione dei servizi aggiuntivi appare comunque l'approvazione dello schema di decreto ministeriale recante il «regolamento per la gestione dei servizi di biglietteria negli istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e per la disciplina dei Comitati regionali per i biglietti di ingresso», attualmente all'esame del Consiglio di Stato per il prescritto parere preventivo (13).

6. *La gestione dei servizi aggiuntivi.*

Come accennato, attraverso il nuovo comma 4 dell'art. 117 del Codice del 2004, ai servizi aggiuntivi si applica il procedimento di scelta delle forme di gestione applicabili per la valorizzazione (14). Nella nuova formulazione sembra venir meno l'obbligo per

(13) Precedentemente all'entrata in vigore della restrittiva legge comunitaria per il 2004, sul problema della proroga e rinnovo dei contratti di appalto di fornitura dei servizi aggiuntivi, l'Ufficio legislativo del Ministero per i beni e le attività culturali si era pronunciato con la nota del 17 marzo 2005, n. 7838. Nella nota di indirizzo, alla luce dell'allora vigente art. 6 della legge n. 357/1993, si invitavano gli Uffici periferici ed in genere le stazioni appaltanti dei contratti di concessione dei servizi aggiuntivi a valutare, anche sulla base delle volontà manifestate dalle rispettive controparti, la possibilità di procedere al rinnovo ovvero alla mera proroga dei contratti in essere e di imminente scadenza, nei limiti ed alle condizioni di cui al citato articolo 6 della l. n. 537/93.

(14) Per l'auspicio acché le attività di valorizzazione siano ispirate a principi di «imprenditorialità culturale» tali da garantire, senza alcun pregiudizio per i contenuti scientifici, «il maggior ritorno possibile sia in termini economici che di immagine», A. AMELOTTI, *Il rapporto tra Stato e Regioni in materia di beni culturali: per una politica gestionale possibile tra diarchia delle funzioni e dualismo dell'interesse*, in G. COFRANCESCO, *I beni culturali tra interessi pubblici e privati*, Roma, 1996, 166. Secondo l'Autore, «occorre trovare il giusto contemperamento tra una gestione totalmente ispirata alla logica dell'evento (...), ed un atteggiamento di chiusura, a volte francamente eccessivo, degli operatori professionali (Soprintendenze ed Uni-

l'amministrazione di subordinare la concessione dei servizi *de quibus* alla preliminare valutazione della mancanza di *risorse* pubbliche, *ex* art. 2, comma 1, del d. min. n. 139 del 1997, riprodotto identicamente nell'art. 113, comma 1, t.u. del 1999.

Tuttavia, mentre il requisito dell'assenza delle *risorse pubbliche* interne alla P.A. è stato soppresso (salvo verificare l'ambito di operatività del comma 2 dell'art. 115), si potrebbe ipotizzare che quello della *convenienza finanziaria* della gestione diretta dei servizi pubblici sia stato assorbito all'interno del procedimento della valutazione comparativa rispetto alle gestioni esternalizzate di cui alle lett. *a*) e *b*) del comma 3 dell'art. 115 (c.d. *best value*).

Contro questa interpretazione si scontra l'obiettivo dato normativo per cui la valutazione comparativa — da svolgersi «in termini di efficienza ed efficacia, degli obiettivi che si intendono perseguire e dei relativi mezzi, metodi e tempi» — è prevista dal comma 4 soltanto per le due forme in cui si articola la gestione indiretta, cioè la gestione *in house* e la concessione a terzi.

Il Codice non sottopone — almeno testualmente — la gestione diretta ad una valutazione comparativa rispetto a quella indiretta, al contrario di quanto fatto dal t.u. nel comma 1 dell'art. 113 attraverso il requisito della convenienza finanziaria, da intendersi nel senso della convenienza per la P.A. ad esternalizzare i servizi aggiuntivi piuttosto che a gestirli in forma diretta, cioè «in una comparazione tra la soluzione della gestione diretta da parte dell'Amministrazione e quella dell'affidamento in concessione», comparazione da svolgersi analiticamente (nei casi di servizi integrati: servizio per servizio, sede per sede)» (15). L'indicazione fornita dal Consiglio di Stato in sede consultiva era stata seguita dall'Amministrazione, che nell'art. 2, comma 2 del d. min. n. 139 del 1997 aveva stabilito che «in caso di servizi integrati, la verifica della convenienza finanziaria» dovesse essere «effettuata con riferimento ad ogni servizio e per ogni sede».

Diversamente, il Codice sembra subordinare l'ammissibilità di una gestione diretta delle attività di valorizzazione e, quindi, dei servizi aggiuntivi, unicamente alla presenza di idoneo personale tecnico interno ed al possesso di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile da parte delle strutture organizzative interne (comma 2 dell'art. 115); ma non viene chiarito quale sia l'autorità decidente od il criterio in base al quale giudicare la presenza di siffatti requisiti legittimanti l'adozione di una diretta gestione del servizio di «offerta culturale».

Speculare al comma 2 dell'art. 115 è il comma 4 del medesimo articolo, laddove è previsto che lo Stato e le regioni (ma non gli altri enti pubblici territoriali, per i quali vale la disposizione del comma 6) ricorrono alla gestione indiretta «al fine di assicurare un adeguato livello di valorizzazione dei beni culturali». In pratica, anche se il Codice sembra enucleare le ipotesi astratte in cui addivenire all'una o all'altra forma di gestione, omette di indicare le modalità di opzione tra l'una e l'altra.

Al riguardo, possono formularsi due ipotesi.

1) Nella vaghezza della norma, nell'imprecisa determinazione del criterio di accertamento dei requisiti da essa stessa posti e scomparsa la valutazione pregiudiziale della *convenienza finanziaria* (nel senso sopra indicato), alla gestione diretta l'amministrazione potrebbe addivenire praticamente sempre, sol che motivi la propria scelta intorno alla (presunta) adeguatezza delle risorse interne. Nonostante siffatta conclusione sia la più rispettosa del testo normativo che — ripetesi — pone sul piano della concorrenzialità non la gestione diretta ed indiretta quanto le due forme di esternalizzazione attraverso cui si articola la gestione indiretta, essa è nel contempo anche *aberrante*, dal momento che non

versità) verso ogni apertura del settore culturale alle logiche del mercato e dell'investimento». In tal modo, l'azione di valorizzazione deve perseguire il soddisfacimento delle «esigenze di immagine o di ricerca del consenso (...), e, al contempo, la garanzia di scientificità e competenza che soltanto la preventiva autorizzazione statale può assicurare» (*op. ult. cit.*, 166).

(15) Cons. Stato, Ad. Plen., 20 marzo 1997 n. 26, inedito.

segnerebbe alcuna innovazione rispetto al 1999 quanto alla gestione del servizio di offerta del bene culturale (servizi aggiuntivi e attività di valorizzazione).

E purtuttavia, la priorità «cronologica» con cui la gestione diretta (comma 2) viene disciplinata rispetto a quella indiretta (comma 3) lascerebbe supporre anche una anteriorità logico-giuridica dell'una rispetto all'altra, così confermando un'impostazione normativa assolutamente contraria al principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale: non è alla gestione pubblica che si addiviene nel caso di insufficienza del privato ma — al contrario — si ricorre al privato ove l'amministrazione interessata (museo, area archeologica, archivio, biblioteca ecc.) non sia dotata di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile nonché di idoneo personale tecnico: così ragionando, è evidente la *mancata assimilazione*, nel Codice, dell'art. 118, comma 4, Cost., che pure costituisce un principio e criterio direttivo contenuto nella legge di delega n. 137 del 2002 (art. 10).

2) A dispetto dell'imprecisa formulazione legislativa, potrebbe ritenersi che alla valutazione comparativa tra le due forme gestorie l'amministrazione debba sempre addivenire quantomeno tutte le volte in cui il servizio culturale da svolgersi abbia una rilevanza economica, in applicazione dei principi generali in materia di concorrenza nei servizi pubblici. In questo senso, almeno la valutazione circa la convenienza finanziaria della gestione indiretta dovrebbe continuare ad applicarsi, giudicando — almeno per i servizi aggiuntivi — ancora applicabile *in subiecta materia* l'art. 2, d. min. 24 marzo 1997 n. 139 (16). Tuttavia, vi sono non pochi servizi aggiuntivi che non hanno una sicura caratterizzazione economica e per i quali, dunque, il problema della scelta tra gestione interna od esterna (che corrisponde *solo tendenzialmente* a quella tra gestione diretta ed indiretta) si ripropone, lasciando l'amministrazione ampia discrezionalità, in assenza di idonei parametri decisionali: si pensi all'organizzazione di mostre, manifestazioni culturali e iniziative promozionali (art. 117, lett. *g*)) o al servizio di fornitura di riproduzioni e il recapito del prestito bibliotecario (art. 117, lett. *b*)). In queste ipotesi, ci si chiede se l'amministrazione sia o no libera di gestire direttamente il servizio ove essa si ripetuti in possesso dei requisiti fissati dall'art. 115 Codice e sulla base di quali parametri debba determinarsi.

L'interpretazione letterale della norma induce a preferire la prima opzione ermeneutica, nonostante la conclusione che se ne trae sia la più *conservatrice* (e difforme dal dato costituzionale). Che questa interpretazione sia la più plausibile è confermato dallo schema originario del d. legisl. n. 42/04: nel testo licenziato dal Governo il 29 settembre 2003 prima di recepire le osservazioni della Conferenza unificata, il comma 3 dell'art. 121 (corrispondente all'attuale art. 115) non faceva mistero di subordinare la gestione in forma indiretta alla impossibilità di utilizzare la forma diretta, stabilendo che «qualora per assicurare un migliore livello di fruizione pubblica dei beni culturali non sia possibile utilizzare la forma diretta prevista dal comma 1, si provvede alla gestione in forma indiretta (...)».

In accoglimento delle osservazioni della Conferenza unificata nella seduta del 10 dicembre 2003, il comma è stato, sì, riformulato ma il significato complessivo della norma non è cambiato. Il carattere subordinato della gestione indiretta a quella diretta non è scomparso ma è stato solo *velato* da una formulazione non esplicita. E sorprende anche che il punto non abbia suscitato alcun dibattito all'interno della VII Commissione permanente del Senato (adunanza del 18 dicembre 2003) e della Camera dei deputati (seduta del 14 gennaio 2004).

(16) Sembra propendere per tale tesi P. CARPENTIERI, *Sub art. 115, 116 e 117*, in AA.VV., *Il Codice*, cit., 524, per il quale il criterio della convenienza economica dovrebbe essere «naturalmente inteso come una parte della valutazione comparativa di cui al comma 4 dell'art. 115». In senso contrario, giova sottolineare che nel previgente sistema dell'art. 113 t.u. del 1999, la «convenienza finanziaria» misurava la convenienza alla esternalizzazione dei servizi aggiuntivi rispetto alla corrispondente gestione pubblica; viceversa, la valutazione comparativa del comma 4 dell'art. 115 Codice concerne un giudizio (tecnico) di preferenza tra le due forme attraverso cui si articola la sola gestione indiretta, e non già pure quella diretta.

Ad ogni modo, pur accedendo alla tesi (*minima*) della necessità di una valutazione concorrenziale tra la gestione diretta e quella indiretta, da condursi, però, non solo in termini di *convenienza finanziaria* (come previsto nel t.u. per i servizi aggiuntivi: art. 113, comma 1, t.u.) ma altresì alla luce dei parametri dell'efficienza ed efficacia, nonché dei mezzi, i metodi ed i tempi previsti (art. 115, comma 4, Codice), ebbene, siffatta interpretazione non apparirebbe conforme al canone costituzionale della sussidiarietà orizzontale.

Nell'interpretazione sistematica dei commi 1 e 4 dell'art. 118 Cost., il principio di sussidiarietà orizzontale non impone un generico sostegno dell'iniziativa privata ma una *preferenza* di questa rispetto all'azione pubblica. Sussidiarietà orizzontale è «primato del privato» sul pubblico, non solo e non tanto riconoscimento della liceità dell'intervento privato negli affari di interesse pubblico, ciò che già era desumibile — a livello costituzionale — dagli artt. 41 e 42 Cost. e — a livello primario — dalla l. n. 1089 del 1939 e dal d. legisl. n. 490 del 1999 (17).

Interessante conferma del concetto di sussidiarietà orizzontale come «primato del privato» e della conseguente residualità dell'intervento pubblico nei diversi settori di rilevanza economico-sociale sembra provenire dalla giurisprudenza costituzionale tedesca del Land Renania-Palatinato (*RhPhVerGH* del 28 marzo 2000) formatasi sul cd. principio di «sussidiarietà rinforzata»: per legittimare l'istituzione delle imprese pubbliche nella gestione dei servizi locali, la Corte costituzionale tedesca richiede che i Comuni dimostrino non già un'analoga ed *equivalente capacità* di queste rispetto alle corrispondenti imprese private ma una *capacità superiore* dei soggetti economici pubblici tale da giustificare la deroga del principio della «normalità» della gestione privata (18). Ulteriori spunti di riflessione provengono pure dalla giurisprudenza costituzionale tedesca formatasi sul principio di sussidiarietà fiscale (19).

Sulla base di tali argomentazioni generali, si può inferire che una fedele applicazione del canone della sussidiarietà orizzontale in materia di gestione del servizio di offerta del bene culturale avrebbe dovuto indurre il legislatore delegato a preferire in linea di principio la gestione indiretta, salva l'insufficienza, inadeguatezza, inefficienza o antieconomicità di questa, nel qual caso, *sussidiariamente* avrebbe dovuto essere previsto l'intervento dell'amministrazione pubblica, completando e perfezionando l'azione privata.

Soltanto a queste condizioni, si sarebbe potuto affermare che attraverso il richiamo all'art. 115 svolto nel comma 4 dell'art. 117, la logica e le modalità di affidamento dei servizi aggiuntivi risultavano capovolte rispetto alla normativa pregressa e conformi al rinnovato tessuto costituzionale.

Se nel d. legisl. n. 490 del 1999 si subordinava l'estemalizzazione dei servizi aggiuntivi alla preliminare valutazione della *convenienza finanziaria* e della mancanza di *risorse* pubbliche (umane e finanziarie) dell'amministrazione, viceversa, interpretando correttamente

(17) Secondo A. CATELANI, in S. CATTANEO-A. CATELANI (a cura di), *I beni e le attività culturali*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da Giuseppe Santaniello, vol. XXXIII, Cedam, Padova, 2002, 161, «le norme dell'art. 41 e dell'art. 42 sono state imperniate dal legislatore Costituente con riferimento ad una collaborazione tra pubblico e privato che esclude espressamente ogni monopolio pubblicistico dell'attività economica, e considera essenziale l'apporto dell'iniziativa privata».

(18) In tema, C. FUSARO, *I servizi locali in Germania: ovvero le attività economiche comunali a garanzia della Daseinsvorge in bilico tra fine pubblicistico e mercato*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 837 e ss.

(19) Su cui ampiamente L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, part. 352 e 406 ss.

In generale, secondo L. ANTONINI, *Spunti sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *www.forumcostituzionale.it/contributi/titoloV3.htm*, se nella verifica dell'applicabilità della sussidiarietà verticale emergono profili «di grande complessità che richiedono apprezzamenti che sembrano sfuggire alle possibilità della stretta tecnica giuridica», invece, i meccanismi di verifica ed applicazione della sussidiarietà orizzontale «si semplificano fino a diventare più facilmente riconducibili nell'ambito valutativo della giurisdizione», attenendo «più al piano dei diritti che a quello dei rapporti politici» tra i diversi centri di governo (conforme, A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni cost.*, 2001, 21).

il canone costituzionale dell'art. 118, comma 4, Cost., la gestione diretta avrebbe dovuto configurarsi quale scelta residuale della P.A., da motivarsi adeguatamente. Invece, dall'analisi del combinato disposto degli artt. 115 e 117 Codice, norme-cardine per verificare il grado di libertà riconosciuto ai privati, pare ricavarsi che *l'affezione* pregiudiziale al «pubblico» sia ancora fortemente radicata.

La logica giuridica viene perfezionata ma non muta: nel t.u. del 1999 la gestione diretta dei servizi aggiuntivi veniva subordinata al generico possesso di «risorse umane e finanziarie dell'amministrazione» (*ex* d. min. n. 139 del 1997); nel Codice essa è consentita semprecché le strutture organizzative interne alle amministrazioni siano dotate di adeguata autonomia e siano provviste di idoneo personale tecnico. Ma sia nel 1999 che nel 2004 la logica giuridica segna sempre la preferenza per una gestione pubblica, pur se sottoposta a talune condizioni decisamente più rigorose.

La sussidiarietà orizzontale non penetra nel vivo dell'ordito normativo complessivo in tema di gestione dei beni culturali (considerato nel ciclo completo della tutela-fruizione-valorizzazione). Ciò denota una logica giuridica non ispirata alla riforma costituzionale del 2001, considerato che il canone della sussidiarietà orizzontale viene depotenziato al rango di mero coinvolgimento dei soggetti privati nella cura dell'interesse pubblico alla gestione del patrimonio culturale, come si desume chiaramente da comma 3 dell'art. 6 Codice, disposizione ottativa assolutamente priva di un contenuto precettivo innovativo.

A completare il quadro si aggiunga, poi, che in una delle due forme attraverso cui si articola la gestione indiretta, cioè l'affidamento *in house*, le attività aggiuntive e di valorizzazione sono solo formalmente esternalizzate ma non necessariamente privatizzate, dato che l'affidamento diretto avviene in favore di soggetti societari o associativi «costituiti o partecipati, in misura prevalente, dall'amministrazione pubblica cui i beni pertengono» (comma 3, lett. *a*), art. 115)(20): di qui la denominazione di «gestione *in house*», in cui il soggetto terzo rappresenta una promanazione dell'ente pubblico, la sua *longa manus* (21).

Infine, se nel Codice è garantito il confronto concorrenziale tra coloro che si propongono come concessionari del servizio di offerta culturale ai sensi del comma 5 dell'art. 115, di più problematico accertamento è la garanzia della contemporanea concorrenza tra più gestori del medesimo servizio culturale (22); ciò che, almeno *expressis verbis*, non è indicato nel combinato disposto degli artt. 115 e 117 Codice, a meno che non si voglia accedere alla tesi — sopra accennata — della scorporabilità dei diversi servizi aggiuntivi tra loro, e tra servizi aggiuntivi ed attività di valorizzazione.

La lacuna normativa che consente di ritenere preferita la gestione diretta lascia concludere nel senso che tanto nel *codice Urbani* (art. 115 e 117) quanto nel t.u. «Melandri» (art. 113, comma 1, che riproduceva l'art. 2, comma 1, del d. min. n. 139 del 1997) ciò che s'intende tutelare non è la qualità del servizio di offerta del bene culturale quanto l'esigenza dell'amministrazione di impiegare se stessa, sottraendosi ad una doverosa valutazione comparativa con altri attori privati (o, per ipotesi, anche pubblici); concezione, questa, cara agli storici dell'arte e al *partito* trasversale della conservazione dei beni culturali (23).

(20) Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 1998 n. 192, in *Cons. St.*, 1998, I, 249 e ss., considera come forma di gestione diretta l'affidamento del servizio pubblico locale a società per azioni a prevalente capitale pubblico.

(21) Secondo il *Libro verde* predisposto dalla Commissione europea sul Partenariato Pubblico Privato [Com(2004) 327 del 30 aprile 2004], la c.d. gestione *in house* costituisce un'ipotesi di Partenariato Pubblico Privato di tipo istituzionalizzato, che si svolge attraverso un'entità distinta, mentre la concessione a terzi di cui rappresenta un caso di Partenariato Pubblico Privato di tipo puramente contrattuale.

(22) F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 48 e ss.; L. AMMANNATI, *Sulla inattualità della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 907.

(23) Una parte degli Accademici dei Lincei al punto n. 10 del *Manifesto* proclamato nell'imminenza della pubblicazione del Codice dei beni culturali e del paesaggio, assumendo una posizione estremistica e decisamente *retrò*, aveva affermato la «necessità di assicurare efficienza ed economicità della tutela e della

Non esprimendo una chiara preferenza per il privato (che viene semplicemente esortato a partecipare ed agire) nella gestione del patrimonio culturale, il monopolio pubblico viene semplicemente *scalfito* ma non *demolito* grazie all'ambiguità del comma 2 dell'art. 115. Il salto logico che era da attendersi non è stato compiuto. La riserva pubblica nella gestione avrebbe dovuto essere non solo congruamente motivata e condizionata ma altresì considerata chiaramente come un'ipotesi residuale, conformemente al disposto dell'ultimo comma dell'art. 118 Cost., la cui attuazione costituisce un principio e un criterio direttivo cui il legislatore doveva attenersi nell'esercizio della delega, *ex* art. 10, comma 2, lett. *a*), l. n. 137 del 2002, e la cui violazione si presta astrattamente ad integrare un'ipotesi di eccesso di delega.

6.1. (Segue): *La concessione di immobili culturali nella l. 30 dicembre 2004 n. 311.*

Come è evidente, la tematica involge non solo i servizi aggiuntivi ma le generali procedure di gestione delle attività di valorizzazione di cui all'art. 115 Codice. La trattazione dell'argomento non può prescindere dall'esame della norma extra-codicistica contenuta nei commi 303-305, art. 1, della l. 30 dicembre 2004 n. 311 (legge finanziaria per l'anno 2005).

Il comma 303 prevede che i beni culturali pubblici (tanto dello Stato quanto delle regioni e degli enti locali) «per l'uso dei quali attualmente non è corrisposto alcun canone e che richiedono interventi di restauro», previa procedura di evidenza pubblica, «possono essere dati in concessione a soggetti privati con pagamento di un canone (...)». Per converso, il concessionario «si impegna a realizzare a proprie spese gli interventi di restauro e conservazione» indicati dagli stessi organi cui è demandato il compito di fissare il corrispettivo. Come già previsto dall'art. 38 del Codice (per gli interventi conservativi finanzia-

fruizione, ricorrendo ad imprese private soltanto per i servizi aggiuntivi, che non compromettano i compiti primari e insostituibili della pubblica amministrazione» (in *il Giornale dell'arte n. 224* del settembre 2003, 41).

Per il caso giurisprudenziale riguardante l'affidamento dei servizi aggiuntivi editoriali della Galleria d'arte moderna di Roma, v. T.A.R. Lazio, Sez. II, 2 luglio 1997 n. 1124, in *T.A.R.*, 1997, I, 2922. Il caso esaminato nella sentenza del T.A.R. Lazio n. 1124/97 fotografa bene le resistenze *dell'apparato* ad aprirsi al nuovo, abbattendo le logiche monopolistiche ed accettando la concorrenza di altri soggetti.

L'avviso di gara della licitazione privata per l'affidamento in concessione dei servizi aggiuntivi della Galleria d'arte moderna di Roma fu impugnato nel 1997 dall'Istituto poligrafico dello Stato, già titolare di una convenzione con il Ministero. Il Poligrafico statale si oppose alla gara e al conseguente affidamento di questa al raggruppamento di imprese «Umberto Allemandi & C.», vantando la propria qualità di ente pubblico titolare in via esclusiva del servizio di produzione e vendita delle opere aventi particolare carattere artistico, letterario, scientifico che presentino importanza ed interesse nazionale (*ex* art. 2, comma 4, l. 13 luglio 1966, n. 559).

La sentenza del T.A.R. Lazio n. 1124/1997, cit., spiega che la ragione per la quale il Poligrafico dello Stato risultava essere titolare di una concessione esclusiva alla gestione dei servizi dell'editoria dei beni culturali va ricercata unicamente nella «mancanza, all'epoca, di strutture di mercato idonee a garantire la diffusione delle opere culturali». Ma tale presupposto è successivamente venuto meno, con la conseguenza che non è giustificabile alcuna limitazione verso una gestione privata, che non sia motivato dai contenuti concreti della proposta di valorizzazione.

La sentenza del, T.A.R. Lazio n. 1124/97 è stata confermata in appello da Cons. Stato, Sez. VI, 12 novembre 2003 n. *7249*, in *Foro amm.-CDS*, 2003, 3847, con nota di S. Foà, *La licitazione privata*, cit., 3851 e ss., che ha ribadito l'inesistenza di una riserva legale o anche solo di una preferenza normativa per la soluzione organizzativoconvenzionale nell'affidamento dei servizi aggiuntivi museali, dal momento che la legge n. 4 del 1993 ha sostituito al modello convenzionale la logica della procedura di gara aperta alle imprese private operanti nel settore. Ne deriva che «una concreta valutazione comparativa tra le condizioni offerte all'Istituto [poligrafico dello Stato] e quelli conseguibili sul mercato non è per definizione suscettibile [d'essere realizzata] *ex ante* ma necessita dell'espletamento effettivo della gara». Pertanto, l'amministrazione non è tenuta a dare una motivata e preventiva valutazione delle «ragioni di preferenza per il modulo della licitazione, essendo insito nella stessa decisione di indire la gara la ricerca (...) di una soluzione più appetibile rispetto a quella ricavabile nella più angusta utilizzazione di risorse interne o di logiche convenzionali estranee al metodo competitivo» (Cons. Stato, Sez. VI, n. 7249/03, cit., 3849).

ti con contributo statale), consegue l'obbligo per il privato di garantire la pubblica fruizione del bene, «con le modalità e i tempi stabiliti nell'atto di concessione o in apposita convenzione unita all'atto stesso» (l. n. 311 del 2004, art. 1, comma 304, seconda parte).

Il concessionario privato può detrarre le spese sostenute per il restauro «entro il limite massimo del canone stesso» (comma 304 cit.). L'individuazione dei beni da offrire in concessione viene effettuata con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, su proposta del Direttore regionale per i beni culturali e paesaggistici, che nella sostanza ne detterà i contenuti, decidendo di quali beni la gestione potrà essere esternalizzata e di quali, invece, continuerà a restare pubblica. Il decreto ministeriale con cui si individuano i beni suscettibili di concessione privata d'uso costituisce atto implicito di riconoscimento dell'insufficienza delle risorse finanziarie pubbliche a garantire il restauro e la *gestione* (*lato sensu*: v. commento dell'art. 115) dell'immobile culturale pubblico.

Come il restauro da parte del privato costituisce condizione essenziale per la concessione d'uso, l'emanazione del decreto ministeriale rappresenta l'elemento indefettibile affinché il singolo ente pubblico territoriale (Stato, Regione od ente locale) indica la gara pubblica ed emani il provvedimento concessorio d'uso del bene. Tuttavia, i commi 303-305, art. 1, l. n. 311 del 2004 non prevedono termini per l'emanazione del citato decreto ministeriale; la mancata procedimentalizzazione temporale reca con sé il rischio di lasciare l'attuazione della norma alla buona volontà dei singoli direttori regionali per i beni culturali e paesaggistici (24).

L'atto di concessione del bene pubblico al privato ha ad oggetto lo «sfruttamento» dell'immobile, nel senso della sua *gestione* complessiva, con l'unico limite dell'obbligo di garantirne la pubblica fruizione. In quest'ottica, la concessione dell'immobile dovrebbe assorbire anche quegli atti autorizzatori necessari per ricavare un lucro dalla gestione dell'immobile, come l'autorizzazione allo svolgimento di attività commerciali che lì potranno svolgersi (librerie, ristoranti ecc.).

Deve ritenersi che per quanto non espressamente indicati, valgano anche per questa fattispecie le prescrizioni contenute nell'art. 55 Codice concernente le condizioni che l'acquirente deve rispettare in caso di alienazione dei beni culturali: garanzia delle ragioni di tutela, valorizzazione e fruizione, ed utilizzazione del bene in modo compatibile con il carattere storico ed artistico del bene e tale da non recare danno alla sua conservazione. Si noti che tali condizioni sono ripetute nel Codice sia nell'alienazione dei beni che nell'istituto della sponsorizzazione, laddove si impone l'obbligo dello *sponsor* di adibire il bene ad usi compatibili «con il carattere artistico o storico, l'aspetto e il decoro del bene» (art. 120, comma 2, Codice). Analoghe disposizioni sono pure contenute nell'art. 45 Codice (prescrizioni di tutela indiretta), concernente la facoltà del MiBAC di prescrivere le misure di tutela indiretta necessarie ad «evitare che (...) siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro» degli immobili (art. 45, comma 1, Codice).

La precisazione, secondaria in tutti i casi in cui il bene ha già una propria destinazione d'uso, può rivelarsi utile, invece, nelle ipotesi in cui l'immobile non ne abbia una immediatamente precedente venendo, invece, «impressa» dal concessionario dopo l'ultimazione degli interventi di restauro e conservazione ai sensi del citato comma 303.

Considerata l'intima connessione esistente tra la previsione contenuta nella l. n. 311 del 2004 e il Codice (part., artt. 111-121), deve giudicarsi non opportuna la scelta legislativa di tenere avulsa dall'impianto del Codice la disposizione contenuta nella legge finanziaria per il 2005. Quest'ultima, infatti, completa taluni vuoti lasciati dal d. legisl. n. 42 del 2004, contribuendo a riconoscere ai privati un ruolo rilevante nella gestione dei beni culturali, ancorché la loro partecipazione non sia perfettamente scomponibile e collocabile

(24) Diversamente, come noto, la procedura di verifica dell'interesse culturale (art. 12, comma 10, che richiama l'art. 27, commi 8, 10, 12, 13 e 13-*bis* d.-l. 30 settembre 2003 n. 269) prevede termini assai ristretti, allo scadere dei quali, in caso di esito negativo della procedura ovvero di inutile decorso della stessa (c.d. *silenzio assenso*), consegue la libera alienabilità degli immobili stessi.

nella tutela ovvero nella valorizzazione o nella fruizione, seconda la tripartizione codicistica.

Inoltre, la formulazione di una norma primaria al di fuori del Codice dei beni culturali e del paesaggio, e a meno di un anno dalla sua entrata in vigore, appare una sorta di incoerente inversione di rotta rispetto all'esigenza di disciplina unitaria della materia espressa e soddisfatta in buona parte (eccezion fatta per le disposizioni di carattere fiscale) proprio dall'emanazione di un *corpus* normativo unitario che racchiude la disciplina della materia (25).

6.1.1. *Rapporti con il* project financing.

Nel complesso, il sistema disegnato nella legge finanziaria per il 2005 completa le (talora lacunose) disposizioni codicistiche: riduce il ruolo degli apparati pubblici nella realizzazione dei lavori di restauro e conservazione oltre che nella gestione degli immobili, e riconosce ai privati un importante ruolo di collaborazione nella realizzazione di finalità pubbliche.

Le novità dell'istituto introdotto sono, peraltro, più apparenti che sostanziali, considerato ch'esso richiama implicitamente il *project financing*, fattispecie di generale applicazione nei lavori pubblici, ivi compresi gli interventi di restauro e conservazione, pur se con specifica (e in parte derogatoria) applicazione alla gestione del patrimonio culturale (26).

Come noto, gli artt. 37-*bis* e ss., l. n. 109 del 1994 e succ. modif. e integ., prevedono il potere di privati «promotori» di presentare proposte per la realizzazione «di lavori pubblici o di pubblica utilità» con risorse, in tutto in parte, a carico degli stessi promotori; al termine dei lavori, la società di progetto aggiudicataria provvederà a gestire l'opera realizzata, recuperando le spese sostenute e realizzando i profitti.

Se è vero che nel *project financing c'è* realizzazione *ex novo* di un'opera pubblica, mentre nella fattispecie di cui all'art. 1, comma 303 e ss., l. n. 311 del 2004, vi *è* restauro di un'opera già esistente, le analogie tra le due fattispecie sono innegabili. Pur non considerando equivalenti i concetti di *opera pubblica e di lavori pubblici* (27), può osservarsi che anche i restauri di beni culturali sono qualificabili come *lavori pubblici*, ai sensi dell'art. 2,

(25) Sulle recenti esperienze di codificazione, in una prospettiva di diritto comparato, S. CASSESE, *Codici e codificazioni: Italia e Francia a confronto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 95 e ss.; specificamente, per quanto riguarda il d. legisl. n. 42 del 2004 e, in Francia, il *Code du patrimoine*, L. CASINI, *La codificazione del diritto dei beni culturali in Italia e in Francia*, *ivi*, 2005, 98 e ss.

In corrispondenza dei recenti progetti di codificazione italiana, ricca e raffinata è l'elaborazione della giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sui relativi schemi di atti normativi: si vedano, in proposito, i pareri di Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., 31 gennaio 2005 n. 11996/04 (sul *Codice in materia di sicurezza e tutela della salute dei lavoratori*); 20 dicembre 2004 n. 11602/04 (sul *Codice del consumo*); Ad. gen., 25 ottobre 2004 n. 2/04 (sul *Codice dei diritti di proprietà industriale*).

(26) Sull'applicabilità del *project financing* al settore culturale, interessanti spunti ricostruttivi sono svolti da L. GILI, *Finanza di progetto e beni culturali*, in F. FRACCHIA-G.F. FERRARI (a cura di), Project financing *e opere pubbliche: problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Milano, 2004, 133 e ss., dove sono indicate le discrasie tra la normativa speciale sul *project financing* contenuta nella legge n. 109 del 1994 e succ. modif. e int., e la normativa generale sui beni culturali. In tema, si veda pure A. PONTRELLI, *La gestione, la valorizzazione e la circolazione dei beni del patrimonio culturale nel diritto interno e comunitario*, in V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *La cultura e i suoi beni giuridici*, Milano, 1999, 39 e ss., spec. 64 e ss.; F. PERRINI, *Il* project financing *per coniugare il profitto con l'utilità sociale*, in *Ilsole24ore.com* (Speciale IV salone dei beni e delle attività culturali), 2000. Sull'utilizzo del *project financing* per la conservazione programmata dei beni culturali, V.M. SESSA, *La Carta del Rischio del patrimonio culturale: l'esperienza della Lombardia*, in *Aedon*, n. 3/2000 (*www.aedon.mulino.it*); cenni anche in S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, Torino, 2001, 180 e ss., nonché in ID., *Patrimonio dello Stato Spa: i compiti*, in *Aedon*, n. 3/02 (*www.aedon.mulino.it*).

(27) C. ROEHRSENN, *I lavori pubblici*, Torino, 1971, 3 ss.; *contra* M. PALLOTTINO, voce *Opere e lavori pubblici*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, 339 e ss.

comma 1, l. n. 109 del 1994, che include tra questi «le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere ed impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica».

Stante, dunque, l'identità dell'oggetto, può osservarsi che la struttura logica dell'istituto elaborato nella Finanziaria per il 2005 ricalca quella degli artt. 37-*bis* e ss., l. n. 109 del 1994, pur dettando talune disposizioni di specie e, nel contempo, contenendo un livello di dettaglio decisamente inferiore rispetto alla minuta disciplina del *project financing*, probabilmente nel presupposto che la gestione di immobili culturali costituisca un'operazione dai ridotti risvolti economici (28).

In entrambi i casi assistiamo, nella sostanza, all'utilizzo legislativo dello schema della concessione di costruzione e gestione (29), con la precisazione che la «costruzione» di cui al comma 303 dell'art. 1, l. n. 311 del 2004 dev'essere intesa come *lavori di restauro*.

Come nella fattispecie normativa in esame, anche nel *project financing* vi è l'indizione di una procedura di evidenza pubblica (art. 37-*quater*, l. n. 109 del 1994) tesa ad individuare la società di progetto (coincidente o meno con il «promotore») che deve realizzare l'opera riconosciuta «di pubblico interesse» (art. 37-*ter*, l. n. 109 del 1994). Tuttavia, deve sottolinearsi che mentre nella l. n. 311 del 2004 al concessionario sembra residuare una ridotta libertà di esecuzione dei lavori di restauro e conservazione, i quali sono dettati dall'«organo competente» (che deve presumersi sia la soprintendenza di settore: cfr. comma 303, art. 1, l. n. 311 del 2004), nel *project financing* il progetto di opera pubblica, per quanto rientrante tra quelli inseriti nella programmazione triennale dell'art. 14, comma 2, l. n. 109 del 1994, è autonomamente elaborato dal promotore. In questo senso è solo l'istituto della finanza di progetto che consente una preventiva interlocuzione con il mercato nella definizione degli strumenti di programmazione delle oo.pp. (30).

(28) In generale, S. RAIMONDI, *Strumenti normativi e problematiche giuridiche: i limiti della concessione nelle procedure di project financing. Il general contractor*, in *Nuove autonomie*, 2004, 367 e ss.; C. PAGLIETTI, *Profili civilistici del «project financing»*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2003, II, 283 e ss.; E. PICOZZA, *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica (seconda parte)*, in *Cons. St.*, 2003, 103 e ss.; G. GRECO, *Le recenti innovazioni sul project financing*, in questa *Rivista*, 2003, 143 e ss.; L. COSTANTINO, *Profili privatistici del «project financing» e gruppi di contratti*, in *Contratto e impresa*, 2003, I, 395 e ss.; A. CHIURATO, *Il partenariato pubblico privato nella realizzazione e gestione di strutture sanitarie: opportunità e problemi. La finanza di progetto*, in *Riv. amm. appalti*, 2003, 107 e ss.; C. VACCÀ (a cura di), *Il* project financing, II ed,. Milano (Egea), 2002; AA.VV., *Il* project financing *come strumento di realizzazione di opere pubbliche* (Atti di convegno svoltosi a Roma, 19 novembre 2001), Milano, 2002; N. LUGARESI, *Concessioni di costruzione e gestione e «project financing»: problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, in *Riv. trim. appalti*, 2001, 647 e ss.; F. DABIZZI, *Il trust e il project financing*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 733 e ss.; F. BENVENUTI-L. DEL FAVERO, *Rischi e meccanismi di protezione in tema di «project financing»*, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 25 e ss.; G. D'AMICO, *«Project financing» e «new economy»: opportunità e rischi per la P.A.*, in *Finanza locale*, 2000, I, 1709 e ss.; T. BOERI-R. COHEN (a cura di), *Analisi dei progetti di investimento. Teoria e applicazioni per il «Project financing»*, Milano, 1999; A. MINGARELLI, *L'istituto del «project financing» nella disciplina normativa, nella prassi e nella prospettiva del controllo e della giurisdizione della Corte dei conti*, in *Riv. amm. R. It.*, 1999, 1017 e ss.; F. GARRI, *«Project financing e performance bond». Brevi riflessioni su due strumenti innovativi e opportunità per lo sviluppo del paese nella nuova legge sui lavori pubblici*, in *Appalti urbanistica Edilizia*, 1999, II, 259 e ss.; S. AMOROSINO-R. SCIUTO, *La disciplina del «project financing» nella nuova legge sugli appalti (n. 415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione ed il promotore*, in questa *Rivista*, 1999, II, 61 e ss.; S. FOÀ-D. ZUCCHI, *Aspetti giuridici e fiscali del finanziamento privato delle opere pubbliche. Project financing e securitisation*, in *Dir. ed economia*, 1999; A. CHIAPPETTA, *Le prospettive di autofinanziamento degli enti locali, tra prestiti obbligazionari e «project financing»*, in *Comuni d'Italia*, 1998, 1025 e ss.; M. PALLOTTINO, *Le società miste locali e la realizzazione di opere e infrastrutture: un'ipotesi di «project-financing»*, in *Riv. amm. R. It.*, 1997, II, 593 e ss.; U. DRAETTA-C. VACCÀ, *Il «project financing»*, Milano, 1997; C. INTRISANO, *Il «project financing»*, in *Finanza locale*, 1997, 987 e ss.; C. DE ROSE, *Il «project financing»: nozione, possibili applicazioni pubblicistiche, loro compatibilità con l'ordinamento comunitario*, in *Cons. St.*, 1997, II, 307 e ss.; A.M. BALESTRERI, *Il «soggetto promotore» nel «Project financing»*, in *Contratto e impresa*, 1996, II, 253 e ss.; M. LOBUONO, *Project financing e garanzie indirette*, in *Riv. trim. appalti*, 1994, I, 1, 431 e ss.; S. AMOROSINO, *Il «project financing» ed il concorso finanziario privato nella realizzazione di opere pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 1993, 11, 237 e ss., 305 e ss.

(29) In generale, si rinvia a G. LEONE, *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, II ed., Padova, 1990.

(30) In questo senso, F. MANFREDA, *La finanza di progetto: dalla legittimazione delle ATI costituen-*

In realtà, i maggiori o minori spazi di autonomia nella realizzazione del progetto di restauro dipendono anche dalla concreta procedura di evidenza pubblica prescelta dalla P.A. per l'individuazione del concessionario. Sul punto, però, il legislatore si limita unicamente ad indicare che adotterà una siffatta procedura, senza specificare quale: se *chiusa o aperta, negoziata o vincolata* (asta pubblica, licitazione privata, trattativa privata, appalto-concorso o concorso di idee).

In linea teorica, non è escluso che la P.A. debba prescegliere la gara pubblica, considerato che dalla concessione l'amministrazione potrebbe ricavare un'entrata tutte le volte in cui il corrispettivo della concessione sia superiore rispetto all'importo dei lavori di restauro, con la conseguenza che lo scomputo dei due fattori (corrispettivo del canone ed importo dei lavori) sarebbe a vantaggio della P.A.; come noto, infatti, ai sensi dell'art. 3, r.d. 2440 del 1923, l'asta pubblica è obbligatoria per i contratti da cui derivi un'entrata per lo Stato, salvo che per alcune circostanze particolari non sia opportuno far ricorso alla licitazione privata.

Diversamente, ove si procedesse alla trattativa privata in considerazione della peculiarità dei lavori pubblici (restauri), il concessionario privato ben potrebbe contribuire a definire l'oggetto del contratto, contribuendo a redigere il progetto dell'opera da realizzare. Similmente, ove l'amministrazione prediligesse l'appalto-concorso, sulla base del progetto preliminare della P.A. (artt. 19 e 20, l. n. 109 del 1994) (31), il privato dovrebbe elaborare un proprio autonomo progetto che sarà selezionato tra gli altri presentati.

Altro elemento differenziale consiste nel *corrispettivo*: nella concessione degli immobili culturali, oltre a restaurare il bene, il privato deve pagare un canone, ma con possibilità di scomputare le spese sostenute dal canone di concessione, e fino a concorrenza di quest'ultime (comma 303 della Finanziaria 2005); nel *project financing*, invece, il costo della società di progetto è limitato unicamente alle spese sostenute per la realizzazione dell'opera pubblica, da cui l'aggiudicatario si «ristora» sfruttando economicamente l'opera per un tempo predeterminato di volta in volta dalla singola stazione appaltante (come avviene nel classico caso della gestione delle reti autostradali). Proprio per tale ragione, l'istituto trova felice applicazione prevalentemente nella realizzazione delle opere infrastrutturali per le quali da un lato i *costi* siano insensibili a variazioni nel tempo, e dall'altro i *ricavi* siano fondati su previsioni stabili ed attendibili. Tali *attrattive economiche* sono difficilmente riscontrabili nella gestione di un bene culturale, che tranne in casi limitati a beni universalmente famosi, non permettono di garantire la remunerazione dell'investimento. Inoltre, nonostante isolati sforzi accademici (32), stenta a diffondersi in Italia una vera e propria cultura giuridica dell'impresa culturale, e non esistono consolidate esperienze storiche che permettano di riferirsi ad un modello economico di gestione produttiva di un bene culturale.

Come nel *project financing*, nella concessione a terzi degli immobili culturali la proprietà del bene resta pubblica, anche se la sua gestione produttiva viene affidata al privato; sol che nel caso del *project financing*, una volta realizzata l'opera, la proprietà di questa viene trasferita dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice, secondo la sequenza *Build, Operate and Transfer (B.O.T.)*, mentre per la concessione della gestione di immobili culturali previo restauro, il concessionario gestisce un bene che è già in proprietà pubblica, e di cui, quindi, non occorre operare alcun trasferimento.

dae alla illegittimità dei criteri valutativi dei progetti. Profili ricostruttivi di un istituto in evoluzione, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2004, 2713 e ss., 2731.

(31) Su tali norme, si veda *ex pluribus*, G. LEONE, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., *passim*.

(32) Si veda comunque F. FORTE-M. MANTOVANI, *Manuale di economia e politica dei beni culturali*, Soveria Mannelli, 2004 e C. BODO-C. SPADA (a cura *di*), *Rapporto sull'economia della cultura in Italia*, cit., *passim*.

L'istituto della concessione degli immobili culturali, quindi, consente di realizzare finalità di tutela e valorizzazione nel rispetto della proprietà pubblica del bene, che infatti non viene dismessa.

6.1.2. *Rapporti con il d.p.r. n. 283 del 2000;*

Anche se con diversa formulazione, la fattispecie introdotta nella Finanziaria era già presente nel d.p.r. n. 283 del 2000, emanato in attuazione dell'art. 32, l. n. 448 del 1998. Il d. legisl. n. 42 del 2004 ha assorbito nel Codice (con leggere modificazioni) unicamente le disposizioni relative all'alienazione dei beni del demanio culturale, tralasciando di accorpare anche le norme relative alla concessione ed utilizzazione mediante convenzione degli immobili culturali (artt. 14 e ss.).

L'art. 14, d.p.r. 283 del 2000, prevedeva, infatti, il potere dell'ente proprietario del bene di richiedere al soprintendente regionale (corrispondente all'attuale direttore regionale per i beni culturali e paesaggistici) l'autorizzazione a conferire in concessione o a consentire l'utilizzazione mediante convenzione di immobili di pregio, indicando: *a*) la nuova destinazione d'uso del bene; *b*) le misure di conservazione; *c*) le modalità di pubblica fruizione del bene, anche in rapporto con la situazione conseguente alle precedenti destinazioni d'uso; *d*) la durata della concessione o della convenzione.

L'autorizzazione veniva subordinata al rispetto dello stato di conservazione e di integrità, nonché alla compatibilità della nuova destinazione d'uso dell'immobile nonché alla salvaguardia delle esigenze di pubblica fruizione (art. 16, d.p.r. n. 283 del 2000). Nella fattispecie in esame, la concessione o il comodato potevano essere accompagnate anche dall'autorizzazione alla conservazione e al restauro dell'immobile. In pratica, il privato poteva richiedere — in base all'art. 16 del regolamento del 2000 — oltre all'utilizzazione (*id est*, al comodato) e alla concessione (dello sfruttamento economico) dell'immobile, anche l'autorizzazione ad effettuare i necessari lavori di conservazione e restauro del bene, esattamente come nell'istituto di cui ai commi 303-306 dell'art. 1, l. n. 311 del 2004.

Nel complesso, dunque, se da un lato la disposizione contenuta nella Finanziaria 2005 contribuisce a colmare una lacuna del Codice, essa si presenta come non nuova sia rispetto all'ordinamento dei lavori pubblici (v. finanza di progetto) che allo statuto speciale dei beni culturali (come si desume dall'esame dell'abrogato regolamento n. 283 del 2000).

6.1.3. *Limiti e potenzialità dell'istituto introdotto nella Finanziaria 2005.*

In astratto, la norma è suscettibile di vastissima applicazione: al di là dei numerosi immobili che necessitano di un restauro integrale, perché in stato di abbandono totale, l'espressione adottata dal legislatore («*... che richiedono interventi di restauro...*»: comma 303, cit.) è suscettibile d'essere interpretata nel senso che oggetto della concessione può essere ogni immobile bisognevole di qualsivoglia intervento di restauro, non solo *integrale* ma anche, per ipotesi, soltanto *parziale*. In questo senso, la norma appare applicabile alla quasi totalità degli immobili facenti parte del patrimonio culturale (purché di proprietà non ecclesiastica).

La potenzialità della disposizione potrebbe, tuttavia, essere fortemente ridotta da «un'avara» proposta dei direttori regionali per i beni culturali e paesaggistici e una conseguente ristretta elencazione dei beni «concedibili» nel decreto ministeriale previsto nel comma 305 dell'art. 1, l. n. 311 del 2004.

Con l'istituto introdotto dalla Finanziaria 2005 si fa senz'altro un passo in avanti rispetto alla disposizione dell'art. 112 Codice, in cui non è indicato se i privati possano o meno (e con quali facoltà) attuare (*rectius*: assumere l'iniziativa di) politiche di valorizza-

zione su beni culturali di appartenenza pubblica (33). Tale profilo è invece chiarito favorevolmente nella l. n. 311 del 2004 in cui, però, in ossequio ad una lunga tradizione giuridica, l'amministrazione dei beni culturali continua a mantenere un ruolo centrale nella decisione delle politiche di settore. Anche in tale fattispecie, l'iniziativa fondamentale sembra provenire dall'Amministrazione dei beni culturali, che attraverso l'individuazione dei beni e l'indizione della procedura di evidenza pubblica, nella sostanza, decide *se* e *quali beni* offrire in concessione, oltre alla tipologia di lavori da effettuare, tradendo, sembra, il concetto di «dialogo competitivo» previsto nella direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 (34).

La disposizione, si diceva, integra le previsioni del Codice superando le disposizioni ottative di mero principio che solo in minima parte innovano rispetto al t.u. del 1999 (v. commento sub artt. 6 e 115), e prevedendo uno strumento concreto per incentivare i privati a mettere a disposizione le risorse finanziarie necessarie a rendere fruibili immobili di pregio ma abbandonati. Il concessionario privato, nell'esecuzione dei lavori di restauro, condizione centrale dell'atto concessorio del bene pubblico, ben può avvalersi anche di *sponsor* privati, ai sensi dell'art. 120 Codice: l'ampia formulazione codicistica consente, infatti, la concessione di contributi in beni da parte di *sponsor* privati alla progettazione o all'attuazione di iniziative di tutela e valorizzazione non solo di parte pubblica ma anche «di soggetti privati»; iniziativa privata che, come detto, è subordinata all'indizione di una gara ad evidenza pubblica finalizzata ad individuare i futuri concessionari dei beni da restaurare, rendendoli fruibili alla collettività.

7. *Rapporti con l'art. 10, comma 1, lett.* b-bis), *d. legisl. n. 368 del 1998.*

L'art. 184 del Codice non abroga espressamente l'art. 10, comma 1, lett. *b-bis*) del d. legisl. n. 368 del 1998, introdotto dall'art. 33 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, come modificato dall'art. 80, l. 27 dicembre 2002 n. 289 e dall'art. 6, l. 16 gennaio 2003 n. 3, concernente la «concessione a soggetti diversi da quelli statali» della «gestione di servizi relativi ai beni culturali di interesse nazionale».

La disposizione, oscura (35) e rimasta inattuata, prevedeva — previa costituzione di apposita società di gestione — l'esternalizzazione del «complesso dei compiti relativi al processo produttivo del servizio e comprende ogni attività diretta, mediante l'organizzazione delle risorse umane, della struttura e dei materiali, ad assicurare l'ottimale erogazione delle prestazioni», secondo quanto indicato nell'art. 1 dello schema di regolamento mai approvato ed entrato in vigore.

Una delle ragioni che hanno ritardato, fino ad impedirla, l'approvazione del regolamento attuativo dell'art. 10, comma 1, lett. *b-bis*), d. legisl. n. 368 del 1998, consiste nella

(33) Per questa notazione, A.L. TARASCO, *Beni, patrimonio e attività culturali: attori privati e autonomie territoriali*, Napoli, 2004, 193 e ss.

(34) L'art. 1, comma 11, lett. *c*), direttiva 2004/18/CE, definisce il *dialogo competitivo* come una procedura cui qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare ed in cui l'amministrazione aggiudicatrice «avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte».

(35) La sua formulazione è stata definita infelice sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza: per la prima, si veda M. CAMMELLI, *Buscar oriente e tomar occidente (ovvero: i beni culturali nella Finanziaria 2002)*, in *Aedon*, n. 3/01 (*www.aedon.mulino.it*), che parla di «complicità di una formulazione della disposizione non tra le più felici»; per la seconda, si vedano le considerazioni svolte da Corte cost. n. 26/04, che giudica la norma «non chiara (...), il cui controverso accoglimento in sede parlamentare (...) si è evidentemente riflesso su una certa oscurità della formulazione della norma in esame e spiega altresì i vari mutamenti che il testo legislativo in questione ha subito successivamente alla sua entrata in vigore». In particolare, con obiettività, Corte cost. n. 26/04 ammette che «non risulta affatto chiaro in che cosa consista l'oggetto della concessione e quali beni culturali riguardi».

negazione — ad opera di Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., 26 agosto 2002, n. 1794/02(36) — della potestà regolamentare statale in materia di costituzione di una società di gestione dei beni culturali; materia, quest'ultima, correttamente ascrivibile — secondo il citato parere del Consiglio di Stato — alla valorizzazione beni culturali e, dunque, rientrante nella potestà legislativa concorrente regionale *ex* art. 117, comma 3, Cost. La tesi, formalmente corretta nel suo *iter* argomentativo, giunge, però, alla conclusione paradossale di negare allo Stato potestà regolamentare nella gestione dei beni culturali di propria spettanza, nell'attesa che le Regioni disciplinino la materia.

Una delle differenze riscontrabili tra la lett. *b-bis*) dell'art. 10, d. legisl. n. 368 del 1998 e il previgente art. 113 t.u. del 1999 sui servizi aggiuntivi consisteva nel dato per cui nel primo caso non era contenuta la specificazione di cui all'art. 113 t.u., secondo cui i servizi di assistenza culturale e di ospitalità possono essere affidati in concessione a privati, soltanto qualora «i servizi medesimi non possano essere assicurati mediante le risorse umane e finanziarie dell'amministrazione«. Al contrario, la precisazione limitativa non veniva riproposta nell'art. 10, d. legisl. n. 368 del 1998, lasciando supporre che l'affidamento dei servizi potesse avvenire indipendentemente dalla considerazione che le risorse dell'amministrazione siano in grado o meno di gestire direttamente i servizi stessi (37).

Nonostante la mancata soppressione della disposizione, deve ritenersi ch'essa sia stata implicitamente abrogata dall'art. 115 Codice, considerato che in questo sono indicate le modalità di gestione delle generali attività di valorizzazione, ivi compresi i servizi aggiuntivi; ciò che ha reso superata la precedente disposizione del 2001.

Seconda un'altra opzione ermeneutica, però, deve sottolinearsi che proprio nella legge di delega 6 luglio 2002 n. 137, l'art. 10, comma 2, lett. *d*) stabilisce che tra i criteri e principi direttivi cui il Governo è chiamato a conformarsi nell'esercizio della delega vi è la riorganizzazione dei servizi offerti «anche attraverso la concessione a soggetti diversi dallo Stato mediante la costituzione di fondazioni aperte alla partecipazione di regioni, enti locali, fondazioni bancarie, soggetti pubblici e privati, *in linea con le disposizioni di cui alla lett.* b-bis) *del comma 1 dell'art. 10 del d. legisl. 2 ottobre 1998 n. 368*» (corsivo mio). La disposizione può essere letta, alternativamente, come potenziamento degli strumenti previsti nella citata disposizione, che rimarrebbe ferma ovvero come assorbimento dei suoi contenuti in altra formulazione codicistica che si ispiri ai medesimi principi; ciò che sarebbe stato fatto proprio nell'art. 115 Codice.

ANTONIO LEO TARASCO

(36) In *Foro amm.-CDS*, 2002, 3017.

(37) Come accennato *supra*, tale libertà di azione della P.A. non sembra, invece, essere riconosciuta negli artt. 115 e 117 Codice del 2004. Per l'analisi dell'art. 33, l. n. 448 del 2001, specificamente A.L. TARASCO, *Pubblico e privato nei beni culturali: l'art. 33 della Finanziaria 2002 alla prova della sussidiarietà*, in *Corriere giuridico*, 2002, 816 e ss. Nel senso che l'art. 33, l. n. 448 del 2001 abbia determinato una sovrapposizione con i servizi aggiuntivi gestibili dai privati, *ex* art. 4, l. n. 4 del 1993, v. I. TRICOMI, *Musei: retromarcia sulla gestione integrale ai privati*, in *Guida al diritto*, 26 gennaio 2002, n. 3, 112.