

Il partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali: vedute per una sua funzione sociale

di

Clara Napolitano *

SOMMARIO: 1. Obiettivi del contributo. – 2. Profili generali del partenariato pubblico-privato. – 3. Codice Urbani e codice dei contratti pubblici: convergenze funzionali fra due ecosistemi normativi. – 4. «Le ragioni dei beni culturali»¹: gestione e aggravamento del rischio imprenditoriale. – 5. Una nota di metodo. – 6. (Segue) *Corpora iuris tria*: per una lettura armonizzatrice.

1. Obiettivi del contributo

Questo contributo inizia dall'osservazione della disciplina del partenariato pubblico-privato contenuta *sia* nel d.lgs. n. 42/04 (da qui, anche codice Urbani), *sia* nel d.lgs. n. 50/16 (*breviter*, codice dei contratti): messe in luce le divergenze strutturali tra i due corpi normativi, si leggerà il partenariato *culturale* attraverso la lente del codice dei contratti, tentando di superare una difficoltà interpretativa cardinale. La nozione di partenariato ivi delineata – che s'incentra tutta sul *rischio in capo all'operatore privato* – non si sovrappone perfettamente a quella del codice Urbani: dove invece quella cooperazione fonda sulla *valorizzazione* del bene.

L'analisi del partenariato si soffermerà, poi, sulle sue possibili declinazioni nell'ambito del diritto dei beni culturali seguendo anche un altro percorso tracciato dal diritto positivo: ci si riferisce al d.lgs. n. 117/17 (c.d. codice del terzo settore), il quale favorisce l'autonoma

* Già assegnista di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università del Salento - Abilitata alle funzioni di II fascia.

** Questo contributo è la versione aggiornata e rivista dell'intervento al convegno nazionale AIPDA 2018 su Arte, cultura, ricerca scientifica, Costituzione e Amministrazione, tenutosi a Reggio Calabria, presso l'Università Mediterranea, nei giorni 4-6 ottobre 2018.

¹ Così C. BARBATI, *Esternalizzazioni e beni culturali: le esperienze mancate e le prospettive possibili (dopo i decreti correttivi del codice urbani)*, in *Riv. giur. ed.*, 4-5/2006, pp. 159 ss.

iniziativa dei cittadini, anche in forma associata, per il perseguimento del bene comune², in attuazione – *inter alia* – dell’art. 9 Cost. nella sfera delle attività di tutela e di valorizzazione del patrimonio culturale; quello stesso codice prevede, poi, all’art. 55, alcune forme di partenariato tra le pp.AA. e gli enti del terzo settore³: ciò suggerisce che, a ben vedere, la cooperazione pubblico-privato mostra in questo codice una declinazione ancora diversa rispetto ai primi due già citati.

Dapprima si cercherà di dimostrare, dunque, che il “rischio” nel partenariato culturale va oltre la mera gestione economico-imprenditoriale, assumendo in sé la rigidità della tutela dei beni culturali. Ciò posto, poi, il *focus* della trattazione s’incentrerà sulla lettura assiologicamente armonizzata dei tre corpi normativi, sì da giungere alla considerazione del partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali non soltanto come forma di cooperazione di tipo economico-finanziario, ma anche come strumento di coesione sociale, in attuazione dei principi costituzionali del pieno sviluppo della persona e della sussidiarietà orizzontale⁴.

² Ai sensi dell’art. 1, d.lgs. n. 117/17, «Al fine di sostenere l’autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l’inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione, il presente Codice provvede al riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore».

³ Art. 55, co. 1, d.lgs. n. 117/17: «In attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell’amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell’esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all’articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona».

Sul ruolo emergente del terzo settore quale «ricetta anticrisi» che combatte il fenomeno del condizionamento finanziario dei diritti e sul nuovo sistema di «*welfare* “civile”», v. l’ampio contributo di C. MIGNONE, *Terzo settore e Terza missione: idee per un laboratorio di finanza sociale* in M. FRANCESCA, C. MIGNONE (a cura di), *Finanza di Impatto Sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi*, Napoli, 2019.

⁴ Su cui v. il contributo di V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Rivista AIC*, n. 0 del 2.7.2010, secondo il quale il principio di solidarietà si estrinseca in una dimensione sia di dovere, sia di diritto a erogare la prestazione solidale. Lo Stato non può dunque confinare nel giuridicamente irrilevante iniziative e attività private connotate dalla cifra della solidarietà: «Non solo la pretesa sociale avanzata dall’avente diritto, ma pure la libera determinazione manifestata dal soggetto agente, di prestare (non necessariamente in modo gratuito) la propria opera solidale, si segnala per la propria meritevolezza; il tutto rientrando nel compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli impeditivi del pieno sviluppo umano. L’insistenza sulla partecipazione solidale del singolo pone così in risalto (non più solo la *domanda* del titolare del diritto sociale, bensì anche) l’*offerta* della prestazione sociale. Questa, di conseguenza, è ora ricollegabile, per un verso, (non più tanto al *dovere*, ma anche) al *diritto* di esercitare la solidarietà (art. 2 Cost.), la quale ha come presupposto la libertà, al fine di concorrere all’effettiva integrazione sociale (artt. 3,

2. Profili generali del partenariato pubblico-privato

Anzitutto, l'analisi del partenariato sotto il profilo economico-finanziario.

Il concetto di partenariato pubblico-privato (PPP) rimanda alla nozione elaborata dal diritto unionale⁵, per il quale esso «si riferisce in generale a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio»⁶.

Il PPP si caratterizza per la presenza d'*invarianti* quali la durata relativamente lunga della collaborazione; il finanziamento privato del progetto, in tutto o in parte⁷; il ruolo rilevante dell'operatore economico, che partecipa a più fasi del progetto, mentre il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico; la ripartizione dei rischi tra i due partner⁸. Il privato riceve sempre una

comma 2, e 4, comma 2, Cost.); per altro verso, ai principi delle vecchie libertà individuali, oramai rese relazionali e solidali a contatto con il principio personalista, oltreché a quelle associative, religiose, politiche ed economiche (artt. 13 ss., 17, 18, 19, 21, 39 e 49, 41 ss. Cost.), ferma restando la funzione di controllo delle autorità pubbliche sui risultati del servizio reso (art. 97 Cost.)» (p. 12).

Il fine di solidarietà sociale è perseguito dai pubblici poteri soprattutto per mezzo degli enti di origine negoziale. Cfr. in proposito G. ZANCHI, *Interpretazione e ruolo della prassi nella definizione dello statuto soggettivo della fondazione*, in *Jus civile*, n. 6/2017, per il quale le istituzioni private – *sub specie* di fondazioni – «non sono più veicolo di iniziativa privata ma di indole pubblica al raggiungimento di interessi generali di responsabilità statale, ma soggetti a cui viene rimessa la libera iniziativa di svolgere funzioni sociali al di fuori di un percorso tracciato dai pubblici poteri, i quali si limitano semmai ad incoraggiare la costituzione di tali enti tramite la leva fiscale, ma nel rispetto dell'iniziativa dei privati. La solidarietà sociale non è più una funzione esclusiva dello Stato, ma un obiettivo anche dei privati che lo Stato oggi incoraggia a perseguire e le cui traiettorie i privati possono tracciare liberamente nel rispetto dei confini di legittimità stabiliti dal legislatore» (p. 508).

⁵ *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico privati e al diritto pubblico degli appalti e delle concessioni* della Commissione europea del 30 aprile 2004 COM(2004) 327 def. (al quale si aggiungono la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni sui partenariati pubblico privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni, Bruxelles 15.11.2005, COM(2005) 569 def. e la Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico privati istituzionalizzati, Bruxelles 5.2.2008, 2008/C 91/02): non v'è, pertanto, una nozione di *hard law* di partenariato, ma esistono solo indicazioni del diritto UE su questa tipologia di cooperazione sussidiaria tra pubblico e privato.

⁶ *Libro Verde*, cit., p. 3.

⁷ Spesso, tuttavia, quote di finanziamento pubblico, a volte assai notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati: così riporta il *Libro Verde*, cit., p. 4.

⁸ I PPP non implicano tuttavia necessariamente che il partner privato si assuma tutti i rischi, o la parte più rilevante dei rischi legati all'operazione. La ripartizione precisa dei rischi si fa caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi: cfr. sempre *Libro Verde*, cit., p. 4.

contropartita economica: attraverso o il pagamento diretto di un prezzo da parte della p.A., o ricavando utilità in altre forme⁹.

Due sono i modelli giuridici di partenariato: quello *contrattuale*, che si fonda su legami esclusivamente convenzionali; e quello *istituzionalizzato*, che implica una cooperazione tra il settore pubblico e quello privato in seno a una figura soggettiva distinta. Entrambi richiedono la scelta del partner da parte dell'Amministrazione con procedura a evidenza pubblica.

L'utilizzo del PPP consente all'apparato pubblico di eseguire lavori o di fornire servizi esternalizzando la prestazione a un privato, il quale dunque se ne assume il rischio – uso per ora questa definizione approssimativa – imprenditoriale.

Questo strumento – «fenomeno», per usare le parole della Commissione europea nel suo Libro verde – non è di necessità *alternativo* alla concessione o all'appalto, potendo convivere con queste due *figuræ*, entrambe utilizzabili dalla p.A. per la scelta del partner privato: potendone poi seguire sia la definizione convenzionale di diritti e obblighi; sia l'istituzione di un terzo soggetto – di natura mista, nel quale coagiscono risorse (anche finanziarie) private e pubbliche – cui sarà affidata l'esecuzione dei lavori o la prestazione del servizio.

Ciò consente all'apparato pubblico di svolgere la sua funzione – eseguire il lavoro o prestare il servizio – utilizzando un soggetto e capitali privati, garantendo comunque il perseguimento del pubblico interesse. È questa, in fondo, la finalità tipica dell'esternalizzazione: quando non riesce a far fronte alla domanda della collettività per assenza o indisponibilità di risorse materiali, intellettuali (il c.d. *know-how*) o solo economiche, l'apparato pubblico procede alla chiamata in sussidiarietà orizzontale *ex art. 118, comma 4, Cost.*¹⁰.

⁹ Il diritto europeo, cioè, in linea con la logica a esso sottesa, guarda all'onerosità del contratto in senso sostanziale: i contratti di appalto devono intendersi a titolo oneroso, e sottostare dunque alla disciplina delle direttive UE, anche quando la remunerazione dell'opera o del servizio non provenga direttamente dalla stazione appaltante bensì da altra Amministrazione. È il caso, per fare un esempio, dell'ASL che affida a un ospedale privato (c.d. classificato) la fornitura di un farmaco "a costo zero", ricevendo però dalla Regione un finanziamento diretto a coprire le spese ospedaliere di produzione e diffusione del farmaco. Il rapporto contrattuale è trilaterale, ma non per questo il contratto è a titolo gratuito: in quell'occasione si è definito appalto a titolo oneroso, con correlativa applicazione del diritto europeo e delle direttive UE in materia di appalti e di procedure a evidenza pubblica per la selezione del fornitore. Cfr. Cons. Stato, III, 4 ottobre 2017, n. 4631, in *Riv. dir. it. dir. pubbl. com.*, 5/2017, pp. 1227 ss., con commento di C. Napolitano.

¹⁰ Secondo E. PICOZZA, *Diritto dell'economia: disciplina pubblica*, in E. PICOZZA - E. GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'economia*, vol. III, Padova, 2005, p. 54, il principio di sussidiarietà orizzontale «impone che le funzioni di interesse generale non siano necessariamente pubbliche in senso soggettivo e non debbano essere necessariamente guidate da processi decisionali politici»; secondo P. ROSSI, *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti*, in *Federalismi.it*, 2/2018, p. 4, «la novità della suddetta previsione [art. 118, comma 4, Cost., n.d.r.] parrebbe individuarsi proprio nella

3. Codice Urbani e codice dei contratti pubblici: convergenze funzionali fra due ecosistemi normativi

La cooperazione pubblico-privato si declina in modi diversi se letta nel prisma del diritto dei beni culturali o in quello dei contratti pubblici: la tesi di questo scritto è che le due normazioni (si considerino, al momento, solo queste due, aggiungendovi poi anche quella sul terzo settore) non dovrebbero essere autonome e distinte, bensì integrarsi per una disciplina coordinata di questi fenomeni collaborativi, molto frequenti anche nella realtà della gestione e valorizzazione del patrimonio culturale italiano¹¹.

I due ecosistemi normativi si mostrano invero differenti: frammentato e disorganico nel codice Urbani, unitario e sistematico nel codice dei contratti.

Nel diritto dei beni culturali, il partenariato pubblico-privato è uno strumento al centro del dibattito da almeno un decennio¹²: questo s'impenna sul contrasto tra le esigenze di tutela e conservazione dei beni culturali, da un lato, e quelle di fruizione collettiva e diffusione della conoscenza, dall'altro. Ne deriva un conflitto che parrebbe insanabile tra il potere/dovere amministrativo di tutela e la gestione *aziendalistica* di questi cespiti, visti anche come beni di mercato¹³.

inversione delle polarità pubblico-privato che ha caratterizzato l'intervento degli apparati pubblici, nel senso che nella dimensione della sussidiarietà orizzontale, la regola è rappresentata dal privato, mentre il pubblico costituirebbe l'eccezione». Sul principio di sussidiarietà orizzontale, v., e *plurimis*, G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 23 ss.; F. MERUSI, *Il diritto sussidiario dei domini collettivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, pp. 88 ss.; S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *Federalismi.it*, 5/2006.

¹¹ La tesi di un coordinamento tra le disposizioni sui contratti pubblici e quelle sui beni culturali ha il suo fondamento nella volontà di raccordare due "settori" d'apice, ovvero la cultura e l'economia, che non devono esser ritenute mondi separati e non comunicanti. Senza per questo cadere nell'eccesso opposto, e dunque senza risolvere la valorizzazione del patrimonio culturale nel suo sfruttamento economico, è stato affermato che il binomio economia-cultura può condurre a reciproci contemperamenti grazie anche all'intervento di un legislatore che ha previsto modalità organizzative e d'azione ispirate al principio di sussidiarietà le quali, valorizzando i beni culturali, perseguono anche un rilancio economico del contesto. Cfr. in proposito G. PIPERATA, *Cultura, sviluppo economico e... di come addomesticare gli scoiattoli*, in *Aedon*, n. 3/2018.

¹² G. DE GIORGI CEZZI, *Pubblico e privato per la gestione e la valorizzazione dei beni culturali (Lo statuto dei beni culturali)*, in *Nuove auton.*, 2003, 1-2, pp. 89 ss.

¹³ Si tratta, peraltro, di beni cui è spesso connessa una pluralità di servizi forniti alla collettività: i servizi al pubblico ex art. 117, cod. Urbani, rientranti secondo alcuni Autori nella più ampia nozione di servizi pubblici. Ritiene F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *Federalismi.it*, 1/2018, che la disciplina codicistica è sostanzialmente imperniata sul concetto di "bene", più che di "servizio": «il codice parla essenzialmente il linguaggio della disciplina dei beni e non delle prestazioni» (p. 3); «Diversamente dagli altri servizi pubblici, il servizio culturale non utilizza il bene come strumento, ma piuttosto è un modo di

Il legislatore ha regolato la materia senza avere una direttrice di percorso ben definita, anzi con frequenti variazioni di rotta¹⁴.

Dopo l'audace, ma provvido, d.l. n. 657/74 che istituì il Ministero per i beni culturali e ambientali, il d.lgs. n. 368/98¹⁵ – nel creare il nuovo Ministero per i beni e le attività culturali¹⁶

essere del bene stesso, in quanto orientato allo sviluppo della cultura e quindi della fruizione da parte degli utenti il bene resta al centro della scena ma è preso in considerazione non più solo come valore da preservare ma come una risorsa e un servizio da rendere, con quel che consegue in termini di finalizzazione della disciplina (G. SCIULLO, *Tutela*, in AA. VV., *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, 149). Se poi la valorizzazione – che è l'attività più omogenea al concetto di servizio – viene intesa in senso economico, e non solo come potenziamento del valore culturale, essa riguarderà non il bene culturale ma l'organizzazione che lo gestisce (S. CASSESE, *I beni culturali dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 673; G. SEVERINI, *o. cit.*, 28), producendo un cambiamento prospettico ancor più radicale. Tutto ciò pur sempre nell'ambito di una disciplina codicistica che resta ancorata al linguaggio della disciplina dei beni più che dell'organizzazione della loro fruizione in termini di servizio (M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità pubblica*, in *Aedon*, 2, 2007)» (sempre p. 3, in nota).

Sul bene culturale come *res* commerciabile v. da ultimo anche M.C. CAVALLARO, *I beni culturali: tra tutela e valorizzazione economica*, in *Aedon*, n. 3/2018, per la quale la possibile crescita del valore economico del bene culturale risiede nella sua valorizzazione: «Già alla fine degli anni Novanta, la dottrina era giunta a cogliere nella valorizzazione la possibilità di una gestione imprenditoriale del patrimonio storico e artistico, funzionale alla opportunità di catturare e attrarre risorse finanziarie per migliorare lo stato fisico dei beni e la loro fruibilità. D'altra parte, se, nel suo significato letterale, la valorizzazione consiste nella 'messa in valore' del bene, in questa prospettiva essa può produrre un effetto attrattivo per i privati, soprattutto attraverso una serie di iniziative volte a incentivare gli investimenti, in termini di servizi aggiuntivi e sponsorizzazioni dei beni culturali, nonché in termini di erogazioni liberali. Oggi, si può ritenere che essa incorpori un duplice obiettivo: fermo restando che, al pari della tutela, la valorizzazione tende ad assicurare la fruizione collettiva del bene culturale, i destinatari di tale fruizione possono beneficiarne direttamente per la soddisfazione di un bisogno personale, che si inserisce in quell'ampio progetto di promozione della cultura, di cui si fa carico l'art. 9 Cost.; ovvero, possono beneficiarne indirettamente gli operatori economici, che agiscono in un determinato territorio, in termini di sviluppo delle economie circostanti. Nell'orizzonte considerato, la valorizzazione dei beni culturali sprigiona le sue potenzialità economiche di cui può beneficiare il territorio in cui i beni medesimi insistono, pur se si tratta di utilità economiche indirette e accessorie, funzionali ad assicurare l'utilità diretta della fruizione collettiva: cioè la promozione della cultura».

¹⁴ L'*excursus* è ben delineato da C. BARBATI, *Esternalizzazioni e beni culturali*, cit.

¹⁵ Come a tutti noto, l'istituzione di un apparato amministrativo statale per la cura del patrimonio culturale deriva dal faticoso riconoscimento della portata precettiva dell'art. 9 Cost.; v. la ricostruzione di F. ZAMMARTINO, *La riforma dei musei statali italiani al vaglio dei criteri di efficienza e semplificazione*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2016: «Nonostante l'art. 9 della Costituzione introduca tra i principi fondamentali la tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione, dottrina e giurisprudenza inizialmente non attribuirono alcuna portata precettiva all'articolo, ritenendo che il secondo comma avesse solo una portata conservativa, volta a preservare l'integrità del paesaggio e del patrimonio. Ma dall'affermazione del Giudice delle leggi del "valore estetico-culturale" come "valore primario" e "principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico", se ne è riconosciuto il valore precettivo e si è passati ad una elaborazione della tutela dei beni culturali orientata verso il loro sviluppo e la loro valorizzazione» (p. 2); è stata, poi, la riforma con l. cost. 3/2001, a riformulare l'organizzazione tramite il noto art. 117, Cost., che al comma 2, lett. s), assegna allo Stato la potestà legislativa in materia di «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali»; mentre al comma 3 assegna alla potestà legislativa concorrente Stato-Regioni la materia della «valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali».

In merito, poi, ai musei e al loro rapporto con alcune tipologie particolari di beni ivi esposti, specie se testimonianza di valore storico recente, quali velivoli e aeromobili, v. P.L. PORTALURI, *«Eravamo una macchina*

– prevede lo strumento delle fondazioni¹⁷ «per la gestione dei servizi relativi ai beni culturali d'interesse nazionale»¹⁸; ma il partenariato regolato dal codice Urbani (come modificato nel 2006) quelle fondazioni non contempla più, almeno in modo espresso¹⁹.

Le indicazioni (scarse²⁰) sul partenariato discendono dal combinato disposto degli artt. 112 e 115 di quel codice. La loro collocazione sistematica non è di poco significato ai nostri fini, essendo inseriti nel capo dedicato alla *valorizzazione* dei beni culturali²¹. Le «*Forme di gestione*»

sola»: uomini e aerei, semiofori e musealia, in *Quad. dir. proc. amm., Numero monografico di raccolta degli Atti delle Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, n. 2/2019. Circa il rapporto Stato-Regioni nella gestione dei beni culturali, v. sempre P.L. PORTALURI, *Commento agli artt. 4 e 5, d.lgs. n. 42/2004*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019.

¹⁶ L'associazione tra beni culturali e turismo è indice del possibile sfruttamento economico di questa tipologia di *res*, come ha sottolineato anche Corte cost. 20 aprile 2012, n. 80.

¹⁷ Per G. MANFREDI, *I modelli organizzativi nell'amministrazione dei beni culturali tra mito e realtà*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, F. SAIITA, N. SAIITA, A. TIGANO (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, pp. 1647 ss., le fondazioni istituite all'epoca si caratterizzavano per una forte, preponderante presenza del Ministero al loro interno: «Ma questo regolamento [il D.M. n. 491/2001, n.d.r.] in sostanza ha configurato gli enti in parola come fondazioni di partecipazione connotate da una assoluta preponderanza del ministero, che si esplica in penetranti poteri di vigilanza, quali il potere di approvazione delle modifiche statutarie, l'adozione di atti di indirizzo generale, lo svolgimento di ispezioni, *et cetera*, che possono condurre anche alla sospensione o allo scioglimento degli organi della fondazione e al suo commissariamento. Non a caso la dottrina per lo più ritiene che qui ci si trovi di fronte a veri e propri enti pubblici» (p. 1655).

¹⁸ Cfr. art. 10, d.lgs. n. 368/1998 e pedissequo regolamento di cui al decreto Mibac n. 491 del 2001.

¹⁹ Le fondazioni nel diritto dei beni culturali trovano spazio tramite il già citato d.lgs. n. 117/17, per il quale «Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore» (art. 4, co. 1).

Il ricorso al modello della fondazione nel settore pubblico è, peraltro, di origine non recentissima; spesso il legislatore ha scelto questo istituto in occasione di riforme strutturali o di privatizzazione di enti pubblici: cfr. G. ZANCHI, *Interpretazione*, cit., p. 516-517 e la bibliografia ivi citata, *sub* nota 82, circa l'utilizzo di modelli soggettivi privatistici per disciplinare apparati collegati all'Amministrazione pubblica.

²⁰ Nel codice Urbani non è rintracciabile un'unica disposizione di principio – o comunque di portata generale – in grado di descrivere compiutamente quali siano i titoli, le condizioni e le modalità di azione dei privati. Ragion per cui si deve cercare il fondamento normativo dell'intervento privato in una pluralità di disposizioni: l'art. 6, co. 3, espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, nonché gli artt. 111 - 115, dove si contempla l'iniziativa privata nella valorizzazione, considerata «attività socialmente utile» della quale «è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale» (art. 111, co. 3). Cfr. sul punto C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, p. 80 ss.

²¹ Ai sensi dell'art. 6, comma 1, codice Urbani, «La valorizzazione consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso. Essa comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale». L'art. 111 reca una più puntuale individuazione degli interventi nei quali essa si estrinseca. Nel comma 1 di questa disposizione

(questa è la rubrica dell'art. 115) dei beni culturali esprimono la visione del legislatore, il quale non guarda ai contratti collaborativi di per sé, ma li considera – assieme all'alternativa della gestione esclusivamente pubblica (*rectius*, diretta) dei beni – quali strumenti orientati alla valorizzazione.

Peraltro, se prima del 2006 l'art. 115²² contemplava l'affidamento diretto della gestione di questi beni a organismi misti (ferma restando la necessità di una previa gara per la selezione del partner privato, in linea con gli orientamenti della Corte di giustizia)²³, ora il comma 3 della disposizione stabilisce che la gestione indiretta «è attuata tramite concessione a terzi delle attività di valorizzazione, anche in forma congiunta e integrata». Il che ha indotto parte della dottrina²⁴ a ritenere l'affidamento diretto a organismi misti ormai escluso dal novero delle possibilità gestorie: non mancano però le opinioni opposte²⁵.

si stabilisce che «Le attività di valorizzazione dei beni culturali consistono nella costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, ovvero nella messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali, finalizzate all'esercizio delle funzioni ed al perseguimento delle finalità indicate all'art. 6. [...]». Sul punto v. G. SEVERINI, *Commento agli artt. 6-7*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, pp. 50 ss. Sul concetto di valorizzazione la bibliografia è sterminata. Solo a titolo esemplificativo, v., tra gli altri, C. BARBATI, *Commento all'art. 6*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Mulino, Bologna, 2004, pp. 87 ss.; D. VAIANO, *Art. 6*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di G. Trotta, G. Caia, N. Aicardi, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2005, pp. 1045 ss.; S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, pp. 673 ss.; L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, pp. 651 ss.; M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio di pubblica utilità*, in *Aedon*, n. 2/2007; C. BARBATI, *La valorizzazione: gli artt. 101, 104, 107, 112, 115, 119*, in *Aedon*, 3/2008; L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali tra pubblico e privato*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, a cura di V. PIERGIGLI, A.L. MACCARI, Milano, 2006, nonché – in termini più ampi – i volumi di L. DEGRASSI, *Cultura e istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Milano, 2008 e D. VAIANO, *La valorizzazione dei beni culturali*, Torino, 2011.

²² La disposizione prevedeva che la gestione potesse avvenire anche tramite «affidamento diretto a istituzioni, fondazioni, associazioni, consorzi, società di capitali o altri soggetti, costituiti o partecipati, in misura prevalente, dall'amministrazione pubblica cui i beni pertengono».

²³ CGCE, 15 ottobre 2009, in causa C-196/08, *Acoset*.

²⁴ C. BARBATI, *Esternalizzazioni e beni culturali*, cit.

²⁵ G. SCIULLO, *Novità sul partenariato pubblico-privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, 2/2009, per il quale la sentenza della Corte di giustizia *Acoset* consente una lettura comunitariamente orientata dell'art. 115, consentendo l'affidamento diretto della gestione dei beni a organismi misti previa gara per la scelta del partner privato; stessa opinione G. MANFREDI, *I modelli organizzativi*, cit., p. 1656; v. anche F. LIGUORI, *Servizi culturali come servizi pubblici*, per il quale «Il tema dell'ammissibilità dei partenariati pubblico-privati nel segmento relativo alla gestione delle attività di valorizzazione dei beni culturali sembrerebbe dunque da risolvere in senso negativo ove si ritenga che l'art. 115, c. 3, abbia attuato il principio della concorsualità con estremo rigore non annoverando più, a differenza della previgente disposizione (art. 115, co. 3, lett. a) gli organismi di collaborazione pubblico-privato tra i possibili affidatari diretti dell'attività di valorizzazione, seguendo, in tal modo, una direzione opposta rispetto a quella indicata (art. 112, co. 5) per il passaggio prodromico della programmazione/pianificazione, al quale andrebbe confinata perciò l'apertura al partenariato. In realtà vi sono buone ragioni per ritenere che tale esclusione non operi in termini assoluti e

Organismi misti siffatti possono dunque essere gestori del bene culturale o anche, essi stessi, concessionari della gestione, esternalizzandola tramite contratto di servizio.

Ma soprattutto, questi soggetti – la cui natura giuridica non è qualificata dal legislatore – possono svolgere un importante ruolo nella pianificazione delle funzioni di valorizzazione assieme alle Amministrazioni titolari dei beni e al MIBACT. Si rinvia qui all'art. 112, la cui lettura sistematica in combinato disposto con l'art. 115 è necessaria per riportare a unità la disciplina del partenariato nel diritto dei beni culturali.

Ora, l'art. 112 prescrive i criteri in base ai quali devono essere esercitate le attività di valorizzazione, e identifica gli «appositi soggetti giuridici» che – ove siano conferitari di quei beni – possono concedere ai terzi di cui all'art. 115 i beni medesimi: possono cioè attuare forme di gestione *indiretta*.

Il sistema dell'art. 112 non è di difficile lettura²⁶.

La *valorizzazione* è affidata non solo all'azione delle singole Amministrazioni, in relazione ai beni dei quali abbiano la disponibilità o titolarità; ma la si contempla come *fine-obiettivo* per il cui conseguimento Stato, Regioni, enti territoriali²⁷ sono chiamati a stipulare *accordi strategici*,

che anche gli organismi di collaborazione pubblico-privato abbiano la possibilità di svolgere tali attività e rientrino a determinate condizioni fra i terzi cui le attività possono essere conferite. La condizione che è apparsa imprescindibile è che i privati siano stati individuati attraverso procedure di evidenza pubblica. Per di più, nell'individuare la soglia di sufficienza del ricorso all'evidenza pubblica, occorre tener conto degli sviluppi della giurisprudenza comunitaria, la quale ha chiarito che la gara è sì sempre necessaria, ma resta irrilevante che abbia ad oggetto la scelta del socio privato quale partner d'opera ovvero l'affidatario del servizio. In virtù della primazia del diritto europeo, dunque, la mancata menzione di soggettività miste (società o fondazioni che siano) non solo non appare d'ostacolo a che esse vengano impiegate come strumenti di gestione indiretta della valorizzazione (in alternativa alla concessione o, meglio, quale specie dello stesso genere concessorio, che è pur sempre la forma di partenariato più antica), ma neppure dovrebbe impedire l'affidamento diretto del servizio in loro favore, se costituite mediante procedure ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato» (p. 13). Secondo G. SEVERINI, *Commento all'art. 112*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, p. 861, la gestione diretta o indiretta dei beni è meramente alternativa, senza indicazione di un criterio preferenziale aprioristico.

²⁶ V. in proposito C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, cit., p. 82, dove si sottolinea che questa disposizione – ricalcando quanto già previsto nelle precedenti stesure del codice Urbani – prevede che i privati proprietari di beni possano essere interessati dagli accordi per la valorizzazione stipulati fra i diversi livelli di governo ove prestino il loro consenso.

Sul sistema di cui all'art. 112 codice Urbani, v. S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2016, pp. 403 ss., per la quale quel disposto è in grado di ridisegnare l'attività di valorizzazione nel solco della solidarietà e della sussidiarietà orizzontale, segnandone l'apertura *ab initio* all'apporto partecipativo, operativo e finanziario dei privati.

²⁷ Il sistema dell'art. 112, cod. Urbani apre alla c.d. «graduazione della doverosità» delle attività di valorizzazione in funzione del luogo di collocazione dei beni culturali: ad alta intensità se si parla di istituti o luoghi di cultura *ex art. 101*, cod. (musei, biblioteche, archivi, complessi archeologici e museali, *etc.*), i quali devono essere aperti alla fruizione e la loro gestione deve quindi tendere al miglioramento dell'offerta al

cioè accordi per definire strategie comuni e pianificare una più ampia azione di sviluppo culturale di determinate aree, regionali o subregionali: la quale coinvolga, in questo processo, anche le infrastrutture e i settori produttivi collegati (comma 4)²⁸.

Questi accordi possono anche condurre alla costituzione, da parte dei diversi livelli di governo, di «appositi soggetti giuridici», ai quali affidare l'elaborazione e l'attuazione dei *piani strategici di sviluppo culturale integrato* (art. 112, comma 5)²⁹. Soggetti ai quali possono

pubblico; a minore intensità se invece si parla di altri beni non inclusi nell'elenco di cui all'art. 101, cod.: in questo caso è assicurato un contemperamento con la funzionalità della destinazione delle cose agli scopi istituzionali. In proposito, sulla criticità della definizione «uso istituzionale» in relazione ai beni culturali, v. P. CARPENTIERI, *Commento all'art. 102*, e ID., *Commento all'art. 112*, entrambi in R. TAMIOZZO (coordinato da), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2005, pp. 488 ss.; L. ZANETTI, *Commento all'art. 112*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, pp. 435 ss.

²⁸ La stipulazione degli accordi strategici costituisce la prima delle tre fasi del processo di valorizzazione, implicanti l'uso di strumenti concertativi pubblico-pubblico e pubblico-privato, a riprova della «centralità dello strumento consensuale» e della configurazione «di un sistema tutto improntato al principio di consensualità e di codificazione del diritto positivo del principio consensuale per la valorizzazione»: cfr. P. CARPENTIERI, *Commento all'art. 112*, cit.; L. ZANETTI, *Commento all'art. 112*, cit.; il sistema – come si diceva poc'anzi – prevede una fase *strategica*, una *programmatoria* e, infine, una *gestionale*. La prima fase, quella appunto deputata all'elaborazione di accordi strategici, mira all'individuazione dei c.d. bacini culturali (sostanzialmente gli ambiti territoriali sui quali si collocheranno gli interventi valorizzatori) e alla formulazione degli indirizzi di gestione; questa fase è essenzialmente *pubblica*, e cioè vi prendono parte soggetti pubblici, salva la partecipazione dei privati proprietari dei beni che saranno oggetto di valorizzazione; sembra esclusa *tout court*, invece, la partecipazione all'accordo di altre categorie di privati (*Onlus* o a fini lucrativi, comunque non proprietari), le quali tuttavia potrebbero parteciparvi solo “per adesione” all'accordo (in tal senso, G. SEVERINI, *Commento all'art. 112*, cit., pp. 856-857); la seconda fase – quella *programmatoria* – è dedicata alla pianificazione e programmazione negoziata, che può essere elaborata dall'apparato pubblico o anche dagli «appositi soggetti giuridici» pubblico-privati costituiti a norma dell'art. 112, comma 5, codice cui è rimessa la redazione dei *piani strategici di sviluppo culturale*. Infine, la terza fase – quella *gestionale* – è rimessa allo strumento concessorio, se indiretta, oppure allo stesso Stato, se si sceglie la gestione diretta del bene da valorizzare.

²⁹ Si tratta di «un documento che descrive le modalità di attuazione del programma di valorizzazione, indicando criteri organizzativi, interventi e strumenti cui si intende ricorrere, profilandone la sostenibilità economica (anche attraverso il coinvolgimento di capitali privati) ed i tempi di realizzazione e coordinando l'azione dei diversi soggetti partecipanti»: cfr. S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2016, pp. 403 ss., che prosegue: «All'elaborazione (ed all'eventuale successivo aggiornamento) del piano provvedono le stesse parti dell'accordo strategico, secondo previsioni contenute all'interno di esso o attraverso la sottoscrizione di un nuovo accordo connesso; in alternativa, tale compito può essere affidato, ai sensi del comma 5 dell'art. 112, ad appositi soggetti giuridici di natura pubblica o pubblico-privata, costituiti o partecipati dalle amministrazioni a cui appartengono i beni oggetto di valorizzazione.

Nella fase *programmatoria*, dunque, i soggetti privati – non solo i proprietari dei beni, ma anche altre persone giuridiche non lucrative, per le quali l'intervento nel settore sia previsto dalla legge o dallo statuto – sono direttamente coinvolti nell'attività amministrativa attraverso l'inclusione nella compagine organizzativa degli organismi di programmazione culturale di cui al comma 5 dell'art. 112.

La norma opera un evidente riferimento alle fondazioni di origine bancaria, le quali, per disposizioni di legge e di statuto [art. 1, lett. c-bis), d.lgs. n. 153/1999, n.d.r.], sono tenute a svolgere la propria azione nei settori di utilità sociale, tra cui quello relativo ad “arte, attività e beni culturali”. Il fenomeno delle fondazioni *ex* bancarie – istituzioni non profit impegnate *ex lege* nel sociale e nella promozione del territorio –

partecipare sia privati, proprietari dei beni culturali da valorizzare, sia «persone giuridiche private senza fine di lucro, anche quando non dispongano di beni culturali che siano oggetto della valorizzazione, a condizione che l'intervento in tale settore di attività sia per esse previsto dalla legge o dallo statuto» (comma 8)³⁰.

Come detto, questi soggetti – quando siano conferitari dei beni da valorizzare – possono essi stessi concedere la gestione delle attività di valorizzazione a terzi (art. 115, comma 3), così come possono farlo le singole Amministrazioni cui i beni pertengono. In altre parole, il codice Urbani (art. 112, commi 5 e 8) ammette la partecipazione dei privati a soggetti costituiti da Amministrazioni pubbliche – lo Stato o altri enti pubblici territoriali – cui affidare la programmazione culturale strategica. Tra i possibili affidatari della gestione delle attività di valorizzazione (art. 115, comma 3) non figurano invece, almeno in modo espresso, gli enti misti, mentre l'ultimo inciso dell'art. 115, comma 3, preclude ai privati, che eventualmente abbiano fatto parte dei soggetti costituiti per la pianificazione/programmazione strategica, di essere individuati quali concessionari delle attività di valorizzazione³¹.

In sostanza, nel disegno accolto dal d.lgs. n. 156/06, “prima” viene la collaborazione fra le parti pubbliche e “poi” l'esternalizzazione, ossia l'apertura a un terzo³².

rappresenta, secondo parte della dottrina, il “volano più imponente ed efficace di integrazione delle risorse pubbliche nelle politiche di tutela e valorizzazione del patrimonio storico-artistico della Nazione”. Il punto di forza di tali enti sta nella peculiarità della loro configurazione giuridica, che – plasmata in termini privatistici, ma al contempo fortemente funzionalizzata dalla normativa regolatrice – è capace di esprimere, insieme, una rilevante forza patrimoniale ed una equivalente duttilità di azione».

³⁰ La norma si riferisce ai soggetti *no-profit* del terzo settore, come pure alle fondazioni ex bancarie, per le quali «la conservazione e la valorizzazione dei beni e delle attività culturali e dei beni ambientali rientrava tra gli originari settori rilevanti d'intervento per gli artt. 2, comma 1, lett. d), l. 23 dicembre 1998, n. 461 e 1, comma 1, lett. d), d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153; a seguito della novellazione delle lettere *c-bis*) e *d*) di quest'ultimo, introdotta dall'art. 11, l. 28 dicembre 2001, n. 448, arte, attività e beni culturali sono settori ammessi e possono divenire settori rilevanti d'intervento»: così G. SEVERINI, *Commento all'art. 112*, cit., p. 856. Si tratta, qui, della vera espressione del partenariato istituzionale pubblico-privato, poiché la redazione dei piani è affidata a soggetti giuridici di natura mista, costituiti o partecipati dalle Amministrazioni cui pertengono i beni culturali da valorizzare.

³¹ Si tratta di una fondamentale novella per evitare «situazioni che porrebbero i presupposti di un conflitto sostanziale tra conferitario dei beni e concessionario del servizio [di valorizzazione, n.d.r.]; tra concedente e concessionario; tra attuatore della concessione e concessionario; tra vigilante e vigilato. “Attuare” qui significa dare esecuzione alla decisione di concedere, eventualmente presa dall'amministrazione titolare. Un tale mandato a dare attuazione deve essere previamente stabilito», cfr. G. SEVERINI, *Commento all'art. 112*, cit., p. 860.

³² Così C. BARBATI, *Esternalizzazioni*, cit. Si ricordi, però, che la gestione del bene da valorizzare può essere indifferentemente diretta (pubblica) o indiretta (da parte del concessionario): F. LIGUORI, *Servizi culturali come servizi pubblici*, cit., per il quale «gestione diretta e gestione indiretta, poste su un piano di parità, poiché l'opzione per l'una o per l'altra deve avvenire sulla base di una valutazione comparativa in termini di

Di calibro diverso è invece la disciplina sul partenariato racchiusa negli artt. 179 ss. del codice dei contratti: qui oggetto centrale non è il fine, bensì la strutturazione e gli elementi caratterizzanti il partenariato³³.

Se ne trova una definizione nella lett. *eee*) dell'art. 3 (rubricato «*Definizioni*»)³⁴, cui fa da sfondo la disciplina-quadro³⁵ di cui ai successivi artt. 179-191. Ne è il perno l'art. 180, comma 8, dove si concepisce il partenariato non soltanto come *genus* nel quale confluiscono contratti tipizzati (concessione, sponsorizzazione, *project financing*, baratto amministrativo, *etc.*); ma anche come categoria contrattuale *atipica*, regolata dagli artt. 179 ss. a condizione che essa presenti le caratteristiche fondanti il partenariato pubblico-privato, ovvero le tipologie di rischio gravanti sull'operatore privato e l'equilibrio economico-finanziario di cui ora si dirà³⁶.

sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia e sulla base di obiettivi predefiniti. È la più classica delle alternative tra autoproduzione e mercato, conforme al diritto europeo, nella logica della concorrenza per il mercato. In realtà, essendo la valorizzazione un dovere, «l'unica opzione esclusa a priori è l'inerzia» e perciò, in mancanza di risorse proprie, è anche doveroso ricorrere ogni volta che sia possibile alla gestione indiretta, che, data la scarsità di risorse, diventa nei fatti il modello di gestione prioritario» (p. 12).

³³ Per un'analisi non dissimile sui tratti essenziali del partenariato e sul raffronto tra questi e le caratteristiche di altri strumenti di cooperazione pubblico-privati di frontiera a scopo sociale – i cc.dd. *Social Impact Bond* – sia consentito il rinvio a C. NAPOLITANO, *Il Social Impact Bond: uno strumento innovativo alla ricerca del suo diritto*, in *Nuove auton.*, 3/2018, pp. 565 ss.

³⁴ Art. 3, lett. *eee*), d.lgs. n. 50/2016: per partenariato pubblico-privato s'intende «il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat». Il riferimento alle decisioni Eurostat consente di individuare le caratteristiche di un partenariato che possa dirsi *off-balance* (senza impatto sul debito pubblico): cfr. Decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004, e, in proposito, D. BOTTURA, *Commento all'art. 3*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Tomo I, Roma, 2017, spec. p. 146.

³⁵ Cons. Stato, comm. spec., parere n. 855 del 21 marzo 2016. In quell'occasione il Consesso rilevò che il legislatore del codice si era discostato dai criteri della legge delega in due punti: laddove egli aveva elaborato una definizione di partenariato non univoca e laddove egli aveva previsto l'affidamento della progettazione e dell'esecuzione delle opere in capo al solo *partner* privato. Accolti entrambi i rilievi – il primo in occasione dell'emanazione del codice, il secondo in occasione del primo correttivo, d.lgs. n. 56/2017, art. 80 – il legislatore delegato ha chiarito che il PPP può essere utilizzato per la realizzazione di opere sia «calde» (ovvero a rendimento da parte della collettività), sia «fredde» (il cui rendimento è assicurato da canoni versati dall'Amministrazione); e, inoltre, si è allineato al criterio generale della separazione tra progettazione ed esecuzione dell'opera, che devono essere affidate a soggetti diversi.

³⁶ Cfr. in generale sul partenariato, M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato*, Napoli, 2009; v. anche, per aspetti legati a specifici contratti di partenariato tipizzati, M. RICCHI, *PPP, finanza di progetto e diritto di prelazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2007; S. FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare*

Come ha chiarito anche il Consiglio di Stato, invero, «caratteristiche peculiari del contratto di partenariato pubblico-privato sono l'onerosità e il trasferimento del rischio in capo all'operatore, nonché l'equilibrio economico finanziario, che costituisce in particolare 'il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3' (art. 180, comma 6)»³⁷.

Anzitutto, il rischio. La disciplina del partenariato di cui all'art. 180, comma 2, cod. contr., prevede che in capo all'operatore economico siano allocati i tre rischi indicati dall'art. 3, lett. *aaa*), *bbb*) e *ccc*)³⁸.

Anzitutto il rischio di *costruzione*, legato agli inconvenienti di tipo tecnico nell'esecuzione e nel completamento dell'opera (rischi amministrativi, espropri, forniture, aumento costi, progettazione errata, *etc.*); poi il rischio di *disponibilità*, legato alla capacità, da parte dell'operatore economico, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite (manutenzione non prevista, obsolescenza tecnica, *etc.*); infine il rischio di *domanda*: connesso alla variabilità della domanda di servizio che il contraente deve soddisfare (contrazione della domanda di mercato).

A questi rischi tipizzati possono aggiungersene altri, per esempio quello normativo-regolativo, che determinino aumenti dei costi; quello finanziario, relativo al mancato reperimento delle risorse; quello industriale, relativo alle relazioni con altri soggetti industriali che influenzino negativamente costi e termini di consegna dell'opera o di prestazione del servizio; il rischio di valore residuale, che si configura qualora alla fine del rapporto contrattuale sia restituito un bene di valore inferiore alle attese³⁹.

riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità, ivi, 2012; R. DE NICTOLIS, Il baratto amministrativo (o partenariato sociale), ivi, 2018.

³⁷ Cons. Stato, comm. spec., parere del 29 marzo 2017, n. 775, sullo schema di linee guida recanti «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato».

³⁸ Art. 3, lett. *aaa*), *bbb*), *ccc*), d.lgs. n. 50/2016: s'intendono per «*aaa*) "rischio di costruzione", il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera;

bbb) "rischio di disponibilità", il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti;

ccc) "rischio di domanda", il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa».

³⁹ Un'esauritiva elencazione dei rischi possibili, suddivisi tra le tre tipologie previste dal legislatore, in R. DIPACE, *Il partenariato pubblico privato nel diritto amministrativo in trasformazione*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, Torino, 2016, pp. 27 ss., spec. pp. 51-52. In particolare, il rischio normativo deve essere inteso quale cambiamento della normazione in corso d'opera che costringa l'operatore privato a modifiche progettuali o esecutive, onde un aumento dei costi; il rischio finanziario è connesso al mancato reperimento delle relative risorse, all'aumento dei tassi di interesse ovvero

Ciò che quindi caratterizza il partenariato – come le concessioni⁴⁰ – è la traslazione dell'alea: che deve essere intesa come rischio di gestione, derivante cioè dall'esposizione alle fluttuazioni del mercato e che può tradursi, congiuntamente o alternativamente, nel rischio di concorrenza, o nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta dei servizi, o ancora in un rischio di mancata copertura delle spese di gestione.

Come anticipato, al rischio s'accompagna l'equilibrio economico-finanziario⁴¹, il quale, ai sensi dell'art. 3, lett. fff), cod. contr., consiste nella compresenza di:

- convenienza economica, quale capacità del progetto di creare valore nell'arco temporale di efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato al capitale investito;
- sostenibilità finanziaria, ovvero la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento.

al mancato rimborso di una o più rate di finanziamento; il rischio di valore residuale, nell'ipotesi di restituzione, alla fine del rapporto contrattuale, di un bene di valore inferiore alle attese (secondo R. MANGANI, *Dossier Linee guida Ppp/6. Ecco i «rischi minori», spetta alla Pa decidere a chi vanno*, in *Quotidiano del Sole 24 ore. Edilizia e Territorio*, disponibile su <http://www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com/print/AEicR8gE/0>, «Trattandosi di un rischio tipico dell'attività imprenditoriale appare coerente che esso sia allocato in capo all'operatore privato». Un'elencazione dei rischi eventuali è fornita anche dall'ANAC nel suo documento di consultazione su «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato», reperibile su https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/ConsultazioniOnline/20160610/Documento%20di%20consultazione%20Monitaggio_PPP.pdf, p. 3 ss.); vi è poi il c.d. rischio di commissionamento, che si verifica qualora l'opera non riceva il consenso da parte di altri soggetti pubblici o della collettività, con conseguenti ritardi nella realizzazione della stessa; il rischio amministrativo, in caso di notevole ritardo o diniego nel *permitting* (rilascio di assensi comunque denominati) da parte dei soggetti competenti; il rischio ambientale e/o archeologico.

Come confermato dalla giurisprudenza amministrativa, la ripartizione dei rischi (specie quelli dal lato dell'offerta) distingue il PPP dalla concessione. Cfr. Tar Lombardia, Brescia, I, 4 marzo 2019, n. 212: «Mentre il “rischio di domanda” consiste nella possibilità che la domanda dei servizi sia superiore o inferiore al previsto, il cd. “rischio di disponibilità” comprende la possibilità di costi aggiuntivi, ad esempio di manutenzione e finanziamento, e il pagamento di penali perché il volume o la qualità dei servizi non rispettano gli standard specificati nel contratto. Assodata la centralità del rischio tanto per i contratti di concessione che di partenariato, il rischio di domanda vale nelle ipotesi in cui è configurabile la prevalente richiesta del mercato; i PPP sono connotati dall'esistenza di un rischio sul lato dell'offerta, nella specie del rischio di disponibilità legato al volume o alla qualità dei servizi. Se nel contratto di concessione risulta coerente con la natura dell'istituto che, ai sensi dell'art. 165 comma 1, “la maggior parte dei ricavi di gestione provenga dalla vendita dei servizi resi al mercato”, nei contratti di PPP il fruitore e il principale remuneratore dei servizi è la medesima pubblica amministrazione, e i rischi si fondano essenzialmente sulla disponibilità dell'opera e sulla presenza dell'amministrazione in funzione di fruitore o pagatore».

⁴⁰ Le quali, secondo M. RICCHI, *L'architettura dei contratti di concessione*, cit., costituiscono il *genus* del partenariato: «L'architettura del sistema dei contratti di concessione e dei contratti di partenariato pubblico – privato (PPP) delineato nel nuovo Codice dei Contratti, il d.lgs. 50/2016 (Codice), poggia sul concetto sostanziale di concessione europea precisato nell'art. 5 della direttiva 2014/23/UE».

⁴¹ G.F. CARTEI, *Il principio di equilibrio economico-finanziario*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 561 ss.

Questi due requisiti-obiettivo sono congiunti, e al loro raggiungimento è deputato il contraente privato: l'art. 180, comma 6 consente alla p.A. di contribuire finanziariamente, senza che ciò possa però comportare una diversa allocazione soggettiva del rischio, e può farlo sino al tetto massimo del 30% dell'investimento (privato)⁴².

Fondamentale, a questo punto, diventa il monitoraggio sulla corretta esecuzione del contratto di partenariato: le recenti Linee guida dell'ANAC⁴³ mirano a verificare il mantenimento dell'allocazione del rischio in capo all'operatore privato⁴⁴.

A questa norma deve poi affiancarsi, in una lettura sistematica, l'art. 151, comma 3, cod. contr. Ciò in quanto – accanto alle più note forme di collaborazione tra privato e pubblico quali sponsorizzazioni e c.d. *mecenatismo*⁴⁵ – la valorizzazione culturale può realizzarsi anche con

⁴² Come sottolinea R. DIPACE, *Il partenariato*, cit., «è chiaro, quindi, che il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario non può andare a discapito del trasferimento del rischio in capo al privato e per tale motivo il codice prescrive che, al momento della sottoscrizione del contratto, il privato deve documentare la disponibilità del finanziamento necessario per avviare l'operazione in partenariato con la pubblica amministrazione» (p. 55).

⁴³ Det. n. 9/2018, in vigore dal 5 maggio 2018, sulle quali v. Cons. Stato, comm. spec., parere del 29 marzo 2017, n. 775, cit. Secondo le citate linee guida, il contratto di PPP identifica i rischi e contiene specifiche clausole che li allochino in capo al privato per tutta la durata della cooperazione. Perché l'Amministrazione possa monitorare la permanenza dell'allocazione, l'ANAC ha elaborato un documento di «*matrice dei rischi*»: il quale individua questi rischi e ne valuta le probabilità di verifica per ciascuna attività prevista nel contratto. Sicché il monitoraggio avviene, sulla base di quella matrice, tramite un flusso informativo periodico tra p.A. e *partner* privato.

⁴⁴ Queste Linee guida trovano la loro base giuridica nell'art. 181, comma 4, codice contratti, il quale prevede che l'amministrazione eserciti «il controllo sull'attività dell'operatore economico attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio, secondo modalità definite da linee guida adottate dall'ANAC, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze [...] verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti». La disposizione, confermativa della centralità del rischio nella disciplina in esame, risulta completata dalla norma di cui all'art. 182, comma 2, Codice, la quale attribuisce al contratto, oltre alla definizione dei rischi e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del contratto, altresì «le modalità di monitoraggio della loro permanenza entro il ciclo di vita del rapporto contrattuale».

Ciò in quanto, come rileva G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2018, pp. 599 ss., «costituisce caratteristica dei contratti in esame il trasferimento del rischio all'operatore privato non solo nel momento genetico del rapporto negoziale, ma, altresì, per tutta la durata della loro esecuzione. Nei contratti in cui la pubblica amministrazione risulta l'acquirente principale dei servizi può verificarsi, tuttavia, che l'operatore privato, siccome libero da ogni preoccupazione legata ai processi selettivi del mercato, possa perdere interesse, in mancanza di meccanismi di incentivo o di controllo, a svolgere l'attività secondo i necessari criteri di attenzione alla qualità ed ai costi del servizio. In tal senso, pertanto, la verifica della permanenza dei rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera secondo la natura del contratto non può limitarsi ad un'operazione preliminare alla conclusione del medesimo, ma giustifica l'adozione, quale forma di garanzia del rispetto della disciplina contrattuale, di un'attività di controllo e monitoraggio durante l'intera esistenza del rapporto contrattuale».

⁴⁵ G. FIDONE, *Il ruolo dei privati: dalle sponsorizzazioni alla gestione del bene culturale*, in AA.VV., *L'intervento dei privati nella cultura. Profili economici, fiscali e amministrativi*, Firenze-Milano, 2013, pp. 59 ss., descrive il

altre forme di accordi: i quali, tuttavia, non sono sempre di facile realizzazione a causa del susseguirsi delle disposizioni di settore, spesso lacunose e confuse sulla cooperazione pubblico-privato. Perciò, per rendere più agevole la diffusione di forme di collaborazione, il codice dei contratti ha previsto questa specifica forma di partenariato al citato art. 151, co. 3⁴⁶.

La disposizione, rubricata «*Sponsorizzazioni e forme speciali di partenariato*», disciplina la collaborazione tra MIBACT e altri soggetti pubblici e privati nell'ambito settoriale dei beni culturali (per i quali è richiesta l'esistenza di specifici requisiti professionali in capo al privato).

Ci si sofferma sul comma 3, secondo cui «il Ministero [...] può attivare forme *speciali* di partenariato con enti e organismi pubblici e con soggetti privati» dirette «a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili», onde «assicurare la fruizione del patrimonio culturale della Nazione e favorire altresì la ricerca scientifica applicata alla tutela».

Occorre domandarsi il significato di questa *specialità*.

Ora, posto che questa figura di partenariato presenta profili distintivi rispetto a quella disciplinata dagli artt. 180, cod. contr.⁴⁷ – per le sue peculiari finalità; per la procedura

mecenatismo e le sponsorizzazioni come «modalità di attrazione di fondi privati alternative e spesso concorrenti» (p. 59). Mentre il mecenatismo si concretizzerebbe in erogazioni liberali, agevolate da misure fiscali vantaggiose per il mecenate, la sponsorizzazione consente un sinallagma tra la contribuzione del privato e un ritorno in termini di vantaggio commerciale e d'immagine: «tratto comune dei due strumenti [...] è quello del mantenimento della tradizionale divisione di ruoli tra soggetto pubblico e soggetto privato: il soggetto privato si limita a erogare un finanziamento al soggetto pubblico, che mantiene tutte le sue prerogative sulla *governance* del bene culturale, ossia sulla sua tutela, valorizzazione e gestione» (p. 60).

⁴⁶ Cfr. C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, cit., p. 238.

⁴⁷ L. CASINI, *Commento all'art. 151*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *Codice*, cit., p. 2280.

Come già accennato, è fondamentale la distinzione tra le varie figure di cooperazione pubblico-privato nel codice dei contratti, le quali costituiscono diverse *species* del *genus* "partenariato". Il Giudice amministrativo, tra l'altro, ha segnato con più pronunciamenti il *discrimen* tra concessione e PPP (laddove la linea di demarcazione è più sfumata). Si v., per esempio, Tar Lombardia, Brescia, I, n. 212/2019, cit.: «L'istituto del partenariato è dunque tipizzato dal legislatore, e ricomprende al suo interno una serie di figure elencate all'art. 180 comma 8 del codice, tra le quali la concessione di costruzione e gestione (art. 3 lett. uu), la concessione di servizi (art. 3 lett. vv), la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità. Dunque si conviene con la parte ricorrente quando asserisce che la concessione è un'ipotesi di estrinsecazione del partenariato pubblico privato ma non si riduce ad essa, come è dimostrato dalla fattispecie di cui alla presente causa che si caratterizza per la compresenza di una concessione di servizi. In buona sostanza, il PPP rappresenta una sorta di paradigma esteso, in grado di accogliere al proprio interno una o alcune delle fattispecie elencate a titolo esemplificativo all'art. 180 comma 8, mentre la "non coincidenza" con la concessione è avvalorata dalla previsione del partenariato pubblico privato (unitamente al contraente generale e ad altre modalità) nella parte IV (art. 180 e ss.) con una propria regolamentazione, mentre i contratti di concessione di lavori pubblici e di servizi sono disciplinati alla parte III del Codice (art. 164 e ss.)».

semplificata di scelta del partner privato, quasi fondata sull'elemento fiduciario – non può tuttavia negarsi che il termine «speciale» costruisce il PPP nei beni culturali come appunto *species* rispetto al *genus* del partenariato di cui agli artt. 180 ss.: come tale, la figura di cui all'art. 151, comma 3, cod. contr., dovrebbe condividere gli stessi elementi fondativi – nella specie, l'alea gravante sul privato, nelle forme del rischio di costruzione, di disponibilità e di domanda – di quella prevista a livello generale.

4. «Le ragioni dei beni culturali»: gestione e aggravamento del rischio imprenditoriale

Dall'analisi emergono alcuni aspetti che non possono essere trascurati.

Anzitutto, sebbene la definizione di PPP – facendosi qui riferimento al ricordato diritto europeo risalente al 2004 – sia univoca e determini le caratteristiche distintive di questa forma collaborativa, non v'è dubbio che questa figura sia declinata in modi molto differenti nel codice Urbani rispetto al codice dei contratti pubblici.

Il profilo distintivo sul quale ci si sofferma è in particolare uno. Anche prescindendo dal suo esser presente in norme sparse nel codice Urbani – mentre il codice dei contratti gli dedica una disciplina organica – il partenariato nel diritto dei beni culturali mira alla sola *valorizzazione*.

Non v'è costruzione positiva della figura, delle sue caratteristiche, delle sue modalità di costituzione.

Nessun raccordo, inoltre, con la disciplina del codice dei contratti, la quale invece – più che alla finalità – s'incentra sul profilo del *rischio*⁴⁸.

⁴⁸ Conferma G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale*, cit., che il rischio campeggia nella disciplina dei contratti di PPP «tanto da plasmare oggetto, contenuto e sorte del rapporto contrattuale».

Sulla stessa linea anche la giurisprudenza. Cfr., e *plurimis*, Tar Lombardia, I, 11 novembre 2016, n. 2090: «Sebbene, invero, la riuscita di un contratto di partenariato pubblico-privato, del quale la concessione costituisce il più rilevante schema negoziale, si basi anche sul principio della cosiddetta "bancabilità", ovvero della possibilità di riuscita finanziaria dell'operazione, non deve dimenticarsi che il pilastro principale che caratterizza tali meccanismi contrattuali è costituito dal rischio operativo, che ha natura economica ed implica la possibilità che non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione, rischio che deve permanere in capo al privato che contrae con l'Amministrazione, dovendo quest'ultima rispondere della sola omissione nel monitoraggio dell'operazione (ad esempio nell'effettuazione dei controlli relativi alla qualità o ai ritardi della prestazione del concessionario), ma non delle componenti del rischio cosiddette di disponibilità, di offerta o di domanda, legate, cioè, le prime due rispettivamente nelle opere fredde e nelle opere calde alla performance del concessionario in relazione allo standard di qualità e di volume della prestazione rispetto a quello predeterminato nel contratto, e, la terza, alla domanda del mercato, soggetta, ad esempio, ad un calo di consumi».

Ora, se non si vogliono mantenere sconnessi e irrelati i due ambiti normativi – quello dei beni culturali e quello dei contratti pubblici: opzione irrealistica anche a parer di chi scrive⁴⁹ – la strategia ricompositiva consiste nel considerare il modello di cui al codice dei contratti quale riferimento positivo per il PPP nel settore dei beni culturali.

La criticità d'apice, allora, si rivela proprio nel concetto di *rischio*, che nel codice Urbani – come detto – non compare, ma che invece campeggia in quello dei contratti: come si atteggia, allora, il rischio nel PPP dei beni culturali?

Non pare esservi nessuna identità strutturale e funzionale tra i due ecosistemi normativi: l'oggetto della gestione nel codice Urbani è un bene culturale. Ciò *aggrava* il rischio e lo rende meno gestibile da parte del partner privato, poiché egli – nelle sue operazioni imprenditoriali – incontra un nucleo irriducibile: la *tutela* di quel bene.

È evidente, cioè, che il rischio nel partenariato dei beni culturali non può essere inteso come rischio della domanda, o di disponibilità *sic et simpliciter*, o come regola contabile di equilibrio economico-finanziario. Non può cioè essere inteso solo in senso imprenditoriale, perché – come si passa a dire – è ancor più gravoso.

Non è un caso, invero, che la forma di PPP più diffusa nella prassi gestionale dei beni culturali sia limitata a forme di mecenatismo e sponsorizzazione⁵⁰; o alla creazione di fondazioni di partecipazione che generalmente non perseguono un fine lucrativo, ma si qualificano come organismi di diritto pubblico⁵¹, come tali sottoposti al diritto amministrativo. Alcune delle quali, peraltro, virano poi in direzione della privatizzazione totale⁵².

Peraltro questo accade in controtendenza rispetto ad altri ordinamenti, dove la presenza del privato nella gestione dei beni culturali è assai favorita, sentita come un dato quasi necessario e naturale.

⁴⁹ D'altra parte, sulle possibili interferenze tra codice Urbani e codice dei contratti – nella specie, in tema di servizi culturali – si è interrogato, da ultimo, G. SCIULLO, *La gestione dei servizi culturali tra Codice Urbani e Codice dei contratti pubblici*, in *Aedon*, 1/2018, il quale propende per l'integrazione tra i due sistemi normativi.

⁵⁰ V. in proposito anche P. ROSSI, *Partenariato pubblico-privato*, cit.; P. MICHIARA, *La valorizzazione dei beni culturali tramite accordi*, in *Giustamm.it*, 2014. Si pensi ai sodalizi quali Colosseo-Della Valle (Tod's), o Villa Borghese-Fendi: lì gioca molto il ritorno d'immagine, per cui il guadagno utile è in realtà un effetto collaterale del rilancio del marchio associato alla gestione del bene culturale sponsorizzato.

⁵¹ Sono dunque sottoposte a controllo contabile. Le fondazioni lirico-sinfoniche (Fondazione Arena di Verona, La Biennale di Venezia), per esempio, vedono una forte contrazione delle partecipazioni private e una gestione dei contributi pubblici che è risultata fitta di carenze, dispersioni e irregolarità: cfr. Corte Conti, det. 5 giugno 2018, n. 58.

⁵² Come la Fondazione Museo Egizio di Torino.

La partecipazione privata è, per esempio, centrale in Gran Bretagna, dove la gestione e la valorizzazione dei beni culturali vedono una cooperazione tra il Governo e gli enti non lucrativi – *charities* o *foundations* – che sono spesso costituiti in *trusts*: con la particolarità che fanno capo ai *trustees* sia l'intestazione di beni, sia le responsabilità gestorie a essi legate. Il sistema inglese conosce infatti un diffuso fenomeno di associazionismo e volontariato a fini di tutela e gestione del patrimonio culturale, in cui è fondamentale il *fundraising*: prassi che ha trovato ampio spazio, stante l'assenza di una normativa organica e rigida sulla tutela beni culturali e un intervento pubblico organico in materia⁵³.

Ma per tornare nei nostri confini, nel diritto italiano dei beni culturali il rischio tipico del PPP si *specializza*. Si adatta cioè alla qualità del bene oggetto della gestione poiché, com'è stato detto, i beni culturali hanno loro specifiche «ragioni»⁵⁴ che l'imprenditoria più illuminata conosce.

In particolare, sono tre i profili del rischio che assumono sfumature differenti: il rischio di costruzione; di domanda e di disponibilità; il rischio operativo, riferito espressamente alle concessioni, ma caratterizzante il PPP in forza del rinvio aperto di cui all'art. 180, comma 8, cod. contr.⁵⁵.

Il *rischio di costruzione* ovviamente avrà rilievo nei partenariati che hanno per oggetto l'esecuzione di lavori: si declina in modo peculiare nei beni culturali, dove costruzioni *ex novo* sono per definizione escluse, ma non lo sono – per esempio – lavori di restauro o manutenzione.

⁵³ Esempi positivi di questa cooperazione tra pubblico e privato si trovano, nel modello inglese, nel *National Trust*; nel modello italiano, nel FAI. Cfr., in relazione al modello inglese, S. PELLIZZARI, *Il ruolo dei privati e la tutela del patrimonio culturale nell'ordinamento giuridico inglese: un modello esportabile?*, in *Aedon*, 1/2010. Non solo l'Inghilterra ha fatto ricorso ai privati. Un altro buon esempio è quello dell'autonomizzazione dei musei in Francia – il Louvre *in primis* – cui è associata anche una gestione di tipo commerciale (c.d. brandizzazione). Cfr. in proposito C. DI SALVO, *L'evoluzione normativa del sistema museale in Italia e Francia*, Civitavecchia, 2014.

⁵⁴ C. BARBATI, *Esternalizzazioni e beni culturali*, cit.: «sono sempre le “ragioni dei beni culturali”, espresse dal peculiare statuto al quale sono sottoposti, in nome delle prioritarie necessità della loro “tutela”, elevata dalla Costituzione (art. 9) a “dovere” della Repubblica e, poi, configurata dal legislatore ordinario come funzione riservata allo Stato centrale, ad essersi poste in termini di complessa compatibilità con le “ragioni” dei soggetti, esterni alle amministrazioni, che intersecano quelle delle esternalizzazioni, condizionandone diffusione ed incidenza».

⁵⁵ Non mancano opinioni secondo le quali il rischio operativo – definito all'art. 3, lett. zz) quale esposizione alle fluttuazioni del mercato e assenza di garanzia circa il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti – si differenzia nella concessione e nel partenariato poiché nella prima si manifesta dal lato dell'offerta (rischio di disponibilità), mentre nel secondo – nel quale il *main payer* resta la p.A. – dal lato della domanda (rischio di domanda): M. RECCHI, *L'architettura dei contratti*, cit.

Il *rischio di domanda* e quello di *disponibilità* possono dirsi simmetrici, il primo dalla parte della domanda e il secondo da quello dell'offerta.

Si pensi qui al partenariato nella gestione di un bene culturale che debba essere, per un certo periodo, *parzialmente* chiuso al pubblico per interventi manutentivi.

In questi casi il partner privato può subire pregiudizi anche notevoli, perché si preclude la fruizione completa del bene alla collettività, aggravando non solo il rischio di *disponibilità*, ma anche il rischio di *domanda*: la funzione di tutela – sempre e per principio doverosa – rende infatti il bene meno attrattivo.

Il rischio *operativo*, poi, espone il partner privato a fattori negativi slegati da ipotesi di cattiva gestione o da inadempimenti contrattuali. Si pensi a un bene culturale che presenta segni di deterioramento (è il caso dell'Ultima cena o della Cappella degli Scrovegni): le imperiose esigenze di tutela di quel bene rendono necessaria la restrizione o l'esclusione della fruizione.

Tuttavia, quest'aggravamento dei rischi caratterizzanti il PPP non è inconciliabile con l'incentivazione dell'intervento privato nella gestione del bene. E ciò per due ordini di motivi.

Anzitutto perché il partenariato implica sempre una contrattazione tra pubblico e privato, che devono *dividersi* i compiti di valorizzazione: il PPP prevede comunque una cooperazione, dove la p.A. non ha un ruolo solo "passivo"⁵⁶.

Ma soprattutto perché le ragioni della tutela derivano dalla «testimonianza materiale di valore» insita in quel bene: questo aspetto per un verso aggrava il rischio del privato; ma per altro verso gli consente – in quanto gestore del bene – di strumentalizzarlo positivamente al fine di annullare o almeno mitigare eventuali fluttuazioni del livello di interesse fruitivo da parte del potenziale bacino di utenza.

Ecco perché, come detto, in questo settore il rischio del privato – più che aggravarsi – sembra quasi trasmutare la propria sostanza: al suo aggravamento può corrispondere un vantaggio, giungendosi così a generare forme – almeno tendenziali – di un affatto peculiare equilibrio costi-benefici.

⁵⁶ Circa il settore dei beni culturali, questo profilo è messo in luce da G. FIDONE, *Il ruolo dei privati*, cit., per il quale le forme tradizionali di ricorso a capitali privati per la valorizzazione di queste *res* (come già accennato, erogazioni liberali e sponsorizzazioni) lasciano distinti gli attori pubblici e privati, limitandosi i secondi a un mero apporto economico. Il partenariato, invece, consentirebbe l'ingresso dei soggetti privati nella *gestione* del bene, consentendo all'investitore «di ottenere *direttamente*, dentro l'operazione, il ritorno dell'investimento sostenuto. Si apre così la strada all'utilizzo dei contratti di partenariato pubblico privato, con l'applicazione di nuovi modelli e la definizione di nuovi ruoli per il *partner* pubblico e quello privato, in relazione al bene culturale» (p. 89, corsivo originale).

5. Una nota di metodo

Finora questo contributo ha analizzato il rapporto tra il mondo dei contratti pubblici e quello dei beni culturali in chiave “meccanicistica”: si è cioè guardato al funzionamento degli “ingranaggi” del partenariato nelle due “macchine” codicistiche.

Quali sono però i valori sottesi ai due corpi normativi?

Una prima opzione potrebbe essere quella di riferire questi due ambiti a “orizzonti di valore” differenti: la tutela della concorrenza – un valore-mezzo – nel codice dei contratti; la promozione della cultura – un valore-fine – nel codice Urbani. In questa prospettiva, i due ecosistemi positivi sarebbero l’uno in posizione servente rispetto all’altro: i contratti pubblici dovrebbero considerarsi alla stregua di mezzi da adattare alle finalità sociali e culturali della *lex specialis* sui beni culturali. Per conseguire il fine della valorizzazione dei beni culturali dovrebbe dunque applicarsi la disciplina del partenariato dettata dal codice dei contratti pubblici, tenendo conto dell’aggravamento del rischio che ne consegue per l’imprenditore privato, il quale – per scongiurare la scarsa remuneratività del suo investimento – dovrà assicurarsi un ritorno quantomeno in termini indiretti d’immagine e pubblicità sul mercato.

Vi è tuttavia una seconda opzione che qui s’intende prospettare, non riducibile alla relazione fine-mezzo.

Il sistema del codice dei contratti esprime, rispetto alla previgente disciplina di settore, esigenze di tutela anche nei confronti di nuove e più articolate dimensioni dell’interesse pubblico (quali quelle ambientali, sociali e culturali): onde, per esempio, l’esordio di figure cooperative tra pubblico e privato quali il baratto amministrativo⁵⁷ e la finanza a impatto sociale⁵⁸.

⁵⁷ R. DE NICTOLIS, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018. Si tratta – afferma l’A. – di uno strumento che può assolvere a due funzioni: una di tipo economico, l’altra di tipo solidaristico; nel baratto, qualificato come forma di partenariato sociale, «l’attività deve essere finalizzata a perseguire finalità socialmente utili per la collettività territoriale di riferimento. Si tratta, pertanto, di una di quelle ipotesi di sussidiarietà orizzontale, cui fa riferimento l’ultimo c. dell’art. 118 Cost., a tenore del quale “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”. In giurisprudenza si è osservato che la norma è espressione della sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118, c. 4, Cost. in quanto consente alle comunità di cittadini di partecipare alla gestione dei servizi relativi alla cura e alla valorizzazione del territorio. I soggetti amministrati possono diventare soggetti attivi nella cura dei beni comuni con il vantaggio per l’amministrazione locale di beneficiare di risorse, competenze ed esperienze di cui si fanno portatori i soggetti privati». E ancora: «Nel caso specifico del

Il rapporto tra i due ecosistemi normativi potrebbe allora essere riletto in termini di *equiordinazione*, poiché *entrambi* dovrebbero considerarsi ispirati ai medesimi principi-valori della sussidiarietà orizzontale e della solidarietà: non solo a quei valori strumentali, meramente economici, che innervano il codice dei contratti. La relazione «fine-mezzo» sarebbe superata: se orientati anche a finalità sociali e culturali, i due sistemi in esame divengono portatori di assiologie *convergenti*.

Ecco allora il passaggio da un'impostazione *riduzionistica* a una *sistematica* dei due corpi normativi, per cui la figura del PPP si struttura secondo una logica di *armonizzazione* e non più di mera *compatibilizzazione* dei codici in questione.

Non è la disciplina del codice dei contratti a dover essere adattata alle finalità del codice Urbani: le suddette finalità convergenti impongono un *reciproco* adattamento, così da creare una disciplina unitaria del partenariato pubblico-privato anche nel diritto dei beni culturali.

Il connubio tra il codice dei contratti e il codice Urbani potrebbe, peraltro, essere agevolato dal terzo *corpus* normativo al quale si è già fatto riferimento, a sua volta portatore di valori in parziale sovrapposizione ai due sistemi di norme qui esaminati: il d.lgs. n. 117/17 (il codice del terzo settore); il quale prevede – fra le attività d'interesse generale esercitate dai soggetti privati⁵⁹ – anche gli «interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio»⁶⁰.

baratto amministrativo, non si ha uno scambio di cosa contro cosa, ma un meccanismo complesso in cui una prestazione di opere o di servizi (da parte di cittadini) viene remunerata non in denaro ma con una rinuncia totale o parziale ad un credito tributario dell'ente pubblico. Vi è dunque una *datio in solutum*, sia da parte dell'ente territoriale che dei cittadini. Il cittadino anziché pagare un debito tributario in denaro, lo assolve con una prestazione d'opera o di servizi. L'ente territoriale, anziché pagare in denaro un'opera o un servizio, porta in compensazione un proprio credito tributario» (pp. 4-5).

⁵⁸ L. IANNOTTA, *Amministrazione dello sviluppo ed economia e finanza di impatto sociale (debattere le povertà con il lavoro e l'imprenditorialità)*, in *Giustamm.it*, 6/2017: queste forme di finanza a impatto sociale trovano ottimo fondamento nella nostra Costituzione, dove è stabilito che la Repubblica garantisce il pieno sviluppo della persona (art. 2, Cost.). Nozione, questa, suscettibile di estensione a tutti gli ambiti della vita nei quali l'uomo può sviluppare la sua personalità: ciò è possibile ove gli sia garantito – *in primis* – di poter vivere, e ove dunque quello *standard* minimo esistenziale dignitoso possa esser soddisfatto dalle istituzioni pubbliche. Le quali, tuttavia, stante il fallimento del c.d. *Welfare State*, ricorrono sempre più spesso a interventi privati di tipo finanziario e operativo, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale, oggi divenuto realtà con il codice del terzo settore. Per l'analisi di uno specifico strumento di finanza a impatto sociale, nato oltreoconfine e trasposto in Italia in puntuali esperienze, sia consentito il rinvio a C. NAPOLITANO, *Il Social Impact Bond*, cit.; v. anche C. MIGNONE, *Terzo settore e Terza missione*, cit.

⁵⁹ Ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 117/17 cit., «Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di

Ciò consente di riformulare il concetto di bene culturale, descrivendolo quale *res communis omnium*⁶¹ destinata alla fruizione collettiva: alla cui tutela – in quanto patrimonio orientato all’adempimento del dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.* – è chiamata la collettività intera⁶², non soltanto l’apparato pubblico.

D’altra parte, l’intensificarsi della partecipazione privata alla valorizzazione del patrimonio artistico e culturale si rivela funzionale a una più ampia fruizione di quei beni. Si pensi per esempio alla diffusione delle moderne tecnologie (ICT) per la riproduzione delle bellezze artistiche e per la facilitazione del loro godimento a fini di coesione sociale⁶³. L’apertura all’innovazione nel settore dei beni culturali incentiva collaborazioni tra attori privati

finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore».

⁶⁰ Cfr. art. 5, co. 1, lett. f), d.lgs. n. 117/17 cit.

⁶¹ Circa l’inserimento dei beni culturali nella categoria dei cc.dd. *commons* v. E. FIDELBO, *Strumenti giuridici di valorizzazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio: il caso dei patti di collaborazione tra amministrazioni locali e cittadini*, in *Aedon*, 3/2018. Secondo l’A., i beni culturali racchiudono caratteristiche assimilabili a quelle dei beni comuni, e in particolare: la destinazione pubblica del bene (correlata alla sua utilità culturale) che prescinde da profili dominicali; il nesso strutturale inscindibile tra il bene e la comunità territoriale di riferimento; l’elevata permeabilità della cura di questi beni nei confronti della sussidiarietà orizzontale e della cooperazione con i cittadini. Ragion per la quale, afferma l’A., la valorizzazione del patrimonio culturale può essere oggetto di patti di collaborazione sussumibili nelle categorie del partenariato sociale (c.d. baratto amministrativo, *ex art. 190 cod. contr.*) e culturale (*ex art. 151, comma 3, cod. contr.*).

⁶² Sul ruolo ormai pressoché primario dei privati nell’assicurare i diritti sociali, v. F. ZAMMARTINO, *Sulla salvaguardia dei diritti sociali tra interpretazioni della Costituzione economica e incertezze della recente giustizia costituzionale: alcune osservazioni*, in *Dir. econ.*, 3/2018. Secondo l’A., a fronte delle interpretazioni economico-mercantilistiche della Costituzione consolidatesi nel corso degli anni ’70-’80, emergono oggi esigenze sociali che a quelle interpretazioni non possono più fare riferimento: l’A. sottolinea, quindi, «l’importanza di recuperare i veri valori della Costituzione economica che prevalsero nei lavori dell’Assemblea Costituente, quali l’uguaglianza, la solidarietà, l’equità sociale, soprattutto alla luce di una crisi economica e finanziaria che ha sostanzialmente debellato lo stato sociale».

⁶³ Cfr. qui l’interessante contributo di M.R. NUCCIO, *Innovazione e valorizzazione dei beni culturali: profili giuridici e prospettive di sviluppo*, in *Foro nap.*, 2/2017, pp. 443 ss., nel quale l’A. introduce il concetto di «utilità culturale»: «L’utilizzo di tecniche digitali ha giocato un ruolo fondamentale nella condivisione e diffusione di contenuti culturali. L’impatto sociale dell’esperienza riferita è confermato da un crescente livello di appagamento dell’interesse collettivo alla conoscenza di bellezze artistiche, per il godimento dell’utilità culturale da queste ricavabile. L’affermazione di tale interesse ha stimolato investimenti nella creazione di biblioteche, pinacoteche virtuali, nonché di portali che presentano attività di musei, visitabili in modalità interattiva. Il medesimo bisogno di conoscenza spinge verso l’implementazione di prodotti innovativi nella conservazione di beni deperibili o di siti archeologici ubicati in località difficili da raggiungere. Il ricorso a tale tecnica rende appetibile un settore a lungo relegato ai margini dell’iniziativa privata: la tecnologia applicata consolida il legame tra tutela e valorizzazione, sì da consentire che l’una trovi attuazione in funzione dell’altra. Si discorre di componenti reciprocamente connesse, potendo queste contestualmente legittimare interventi pianificati dal pubblico – ai quali partecipa il privato – a presidio di patrimoni che esprimono valori primari, riconosciuti tra i principi fondamentali dalla Costituzione».

(detentori del *know-how*) ed enti pubblici (chiamati alla tutela), per assicurare la fruizione collettiva: forse risolvendo una buona parte dei problemi generati dalla scarsa disponibilità di risorse finanziarie pubbliche, ma anche assicurando la funzione sociale dei beni culturali, sì da sviluppare pratiche contrattuali in parallelo all'adempimento degli obblighi di servizio pubblico⁶⁴.

La stretta connessione tra valorizzazione dei beni culturali, diffusione della conoscenza del patrimonio storico-artistico per opera dell'apparato pubblico e interventi finanziari e operativi dei soggetti privati è d'immediata percezione: ne costituisce perno, come già detto, il principio di sussidiarietà orizzontale *ex art. 118, comma 4, Cost.*

Ma v'è anche un altro aspetto da considerare, di non secondaria importanza: l'intervento dei privati, favorito anche dal codice del terzo settore, deve conciliarsi con la disciplina del partenariato di cui al codice dei contratti pubblici. Ecco perché il sistema dell'intervento privato nella valorizzazione dei beni culturali non può ridursi al dualismo tra d.lgs. n. 42/2004 e d.lgs. 50/2016: il terzo *corpus* normativo (il d.lgs. n. 117/17) dev'essere rapportato *sia* al codice dei beni culturali – includendo tra i soggetti privati *anche* gli enti del terzo settore e ampliando le modalità di cooperazione con il pubblico *oltre* gli schemi del mecenatismo e della sponsorizzazione – *sia* al codice dei contratti pubblici in merito alla disciplina del PPP e alle modalità di scelta del partner privato.

⁶⁴ M.R. NUCCIO, *Innovazione*, cit.; v. anche L. CASINI, *Riprodurre il patrimonio culturale? I "pieni" e i "vuoti" normativi*, in *Aedon*, 3/2018, che suggerisce il ridimensionamento della necessaria «coseità» del bene culturale, nella coscienza delle criticità ancora difficili da superare: «Vi è, innanzitutto, un ritardo nel riconoscere e regolare le enormi potenzialità della dimensione immateriale dei beni culturali, anche alla luce delle nuove tecnologie: un ritardo che spiega, in parte, le difficoltà del nostro ordinamento nell'accogliere nozioni o concezioni più estese di patrimonio culturale, come quella proposta dalla Convenzione di Faro. In altri Paesi, anche se con tradizione comune nelle politiche dei beni culturali, la situazione è ben diversa: in Francia, per esempio, è attiva da oltre dieci anni l'*Agence du patrimoine immatériel de l'État* (APIE), creata a séguito del rapporto della *Commission sur l'économie de l'immatériel*. Vi è, poi, l'esigenza di coordinare meglio la disciplina del diritto d'autore con quella delle riproduzioni, anche sotto il profilo terminologico. Né sembra che il legislatore europeo, con la direttiva ancora in fase di negoziazione, si sia posto seriamente questo problema. Vi è, infine, ancora un ritardo nel riconoscere che la disciplina della riproduzioni non è un tema solo di tutela (anche del decoro), né certo soltanto di valorizzazione economica e redditività, ma è, innanzitutto, un tema di promozione dello sviluppo della cultura. E, anche in questo caso, non bisogna dimenticare le scelte del passato. Si discute molto, ancora oggi, se sia preferibile o meno assicurare una "libertà di panorama", ma, già nel 1913, la normativa italiana – ancorata all'impostazione costruita sulla protezione fisica delle cose – stabiliva che "le riproduzioni fotografiche all'aperto di cose immobili o mobili esposte alla pubblica vista sono libere a tutti"».

Quest'ultimo profilo in particolare ha destato preoccupazioni dopo le note vicende di *Mafia capitale*⁶⁵, che hanno sollecitato l'intervento dell'ANAC al fine di fornire indicazioni operative⁶⁶ per l'affidamento dei servizi da parte delle p.A. agli operatori del terzo settore. Con un effetto collaterale: la sussidiarietà – è stato affermato⁶⁷ – è diventata inedito strumento regolatore della concorrenza (senza dimenticarne mai, tuttavia, la vocazione originaria di «principio posto a tutela della qualità delle prestazioni sociali»).

Questa inconsueta funzione della sussidiarietà orizzontale si collega anche con la disciplina delle forme di collaborazione tra enti del terzo settore e pp.AA. di cui all'art. 55, d.lgs. n. 117/17; nel quale, prima ancora del *soddisfacimento* dei bisogni sociali, si commette alla cooperazione con i privati l'attività di *individuazione* di quei bisogni e della loro misura necessaria: non lasciati più alla rilevazione da parte del solo apparato pubblico, ma interessati subito dall'intervento privato⁶⁸. Rilevazione che include – *ça va sans dire* – anche la valorizzazione del patrimonio culturale a fini di solidarietà e coesione sociale.

⁶⁵ In quel caso la cooperazione tra enti del terzo settore e p.A. concerneva l'accoglienza dei migranti. Ne disvela i profili problematici V. TONDI DELLA MURA, *La sussidiarietà fra corruzione e concorrenza: le urgenze di un principio sempre attuale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019, dove l'A. mette in evidenza che il principio di sussidiarietà orizzontale, in ossequio al quale sono consentite cooperazioni pubblico-privato anche negli snodi settoriali più sensibili, è periodicamente recepito nell'ordinamento a causa di contingenze sociali e ordinamentali che ne impediscono una costruzione organica e non limitata, dunque, a settori specifici. Sul rapporto tra sussidiarietà, concorrenza e terzo settore, cfr. ancora V. TONDI DELLA MURA, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell'ANAC al Codice del Terzo settore*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018.

⁶⁶ Delibera ANAC, 20 gennaio 2016, n. 32, determinazione, *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali*, in G.u., serie generale, n. 30 del 6 febbraio 2016. L'ANAC ha poi sollecitato l'intervento in sede consultiva del Consiglio di Stato, il quale si è espresso col parere n. 2052 del 20 agosto 2018 sugli istituti introdotti dagli articoli 55 e 56 del codice del terzo settore, insistendo sull'esigenza di assicurare «la doverosa applicazione della sostanza regolatoria pro-concorrenziale propria della disciplina europea».

⁶⁷ Sempre V. TONDI DELLA MURA, *La sussidiarietà fra corruzione e concorrenza*, cit., p. 4 e p. 11.

⁶⁸ V. TONDI DELLA MURA, *La sussidiarietà fra corruzione e concorrenza*, cit.: «Emblematica è la rappresentazione della triangolazione dei diversi interessi coinvolti nell'organizzazione sussidiaria del nuovo impianto (art. 55): per un verso, le formazioni sociali sono state attivamente coinvolte nell'organizzazione del sistema, così da partecipare all'individuazione delle concrete modalità di svolgimento delle attività di volta in volta ritenute meritevoli di compimento; per altro verso, l'attività d'interesse generale è stata intesa in una prospettiva procedimentalizzata, divenendo rilevante non più solo il modo con cui è portata a compimento, quanto, più ancora, quello con cui è inizialmente individuata e sollecitata; per ultimo verso, le istituzioni pubbliche sono state rese titolari di un ruolo per molti versi inedito in ordine alla previa fase di osservazione, studio e conoscenza della realtà bisognevole d'intervento: quella di favorire il concretizzarsi della pluralità di offerte da sottoporre alla preferenza degli utenti, così da rendere effettivo il relativo diritto di scelta. L'entità del bisogno e la meritevolezza delle relative risposte, per tale via, sono risultate definibili non più verticisticamente, bensì secondo la pluralità di forme e contenuti che caratterizzano il tessuto comunitario; sono divenute configurabili secondo moduli collaborativi e relazionali, finalizzati a una più compiuta interpretazione dei bisogni sociali e a una pari regolazione dei relativi

L'ordinamento generale contempla, dunque, soggetti privati che si occupano anche di queste specifiche attività: la loro disciplina dovrebbe essere pertanto armonizzata sia con il codice Urbani sia con il codice dei contratti pubblici.

6. (Segue) *Corpora iuris tria: per una lettura armonizzatrice*

Meriterebbe un diffuso approfondimento *ad hoc* la seconda opzione – quella armonizzatrice – ora accennata. Onde evitare che si risolva in una mera petizione di principio, ci si limita qui a evidenziarne le possibili ricadute interpretative sugli assetti normativi del PPP.

Si pensi, dunque, all'art. 30 cod. contr., «*Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*». L'articolo – collocato nel capo che reca i «principi comuni» a tutte le modalità di affidamento, e dunque riferibile alla fase della scelta del partner di un PPP – stabilisce che «il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico».

La norma consente, cioè, l'ingresso nei bandi di gara di previsioni poste a tutela di valori *diversi* da quelli puramente economici: applicata ai nostri partenariati permette alla p.A. di inserire nella *lex specialis* clausole le quali assicurino che lo strumento co-operativo sia orientato anche a finalità sociali, ambientali, di tutela della salute, *etc.*⁶⁹.

Ciò significa che nel nostro settore il PPP può essere orientato verso finalità ben più articolate, in questo modo divenendo anche un efficace strumento onde perseguire le direttrici assiologiche tracciate dagli artt. 2 e 3 Cost.

interventi soddisfatti. Il riferimento è alle funzioni di programmazione e organizzazione riconosciute dall'art. 55 alle amministrazioni pubbliche; esse sono da esercitare sulla scorta dei dati della realtà e del "coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore", in conformità a quelle forme di co-programmazione e di co-progettazione già parzialmente introdotte dalle precedenti riforme (L. n. 328/2000) e ora incrementate anche per i piani alti dell'impianto amministrativo secondo l'impostazione anticipata dalla L. n. 241/1990» (p. 5).

⁶⁹ La relazione tra cultura e inclusione sociale è ben nota: v. C. FAGGIOLANI, *Le biblioteche come agenti di coesione sociale*, in *Biblioteche oggi*, maggio 2016.

Si pensi alla fruizione di beni culturali a persone affette da disabilità o disagi psichici⁷⁰; o ancora, ai cc.dd. ecomusei, che coniugano l'arte, la valorizzazione del patrimonio culturale locale, la tutela dell'identità territoriale e l'ecologia.

Si pensi, per fare un altro esempio, all'art. 151, co. 3, più sopra citato: il quale predetermina la finalità del partenariato per la valorizzazione dei beni immobili, ma *non* la qualifica come *esclusiva*, poiché quello strumento è indirizzato ad «assicurare la fruizione del patrimonio culturale della Nazione e favorire altresì la ricerca scientifica applicata alla tutela», e cioè include tra le sue finalità anche la ricerca e la scienza. L'art. 145 – che apre il capo sui contratti pubblici nel settore dei beni culturali, nel quale è inserito l'art. 151 citato – prevede che «Per quanto non diversamente disposto nel presente capo, trovano applicazione le pertinenti disposizioni del presente codice [dei contratti, n.d.r.]»: cioè anche l'art. 30 sui principi comuni alle modalità di affidamento; e quindi la possibilità di ritagliare le clausole del bando di gara per la scelta del partner privato *non soltanto* sulla finalità di valorizzazione e fruizione dei beni, ma anche, per esempio, su quelle della tutela della salute, dell'uguaglianza e dell'inclusione sociale; l'art. 30 consentirà, in altre parole, *d'innervare il partenariato culturale di finalità complementari e aggiuntive tramite il bando di gara*.

Non resta fuori da questa esemplificazione il codice del terzo settore, il cui art. 5, come ricordato, affida la tutela d'interessi generali quali – tra gli altri – la tutela e la valorizzazione dei beni culturali, anche a soggetti privati su base volontaria, onde realizzare compiutamente il principio di sussidiarietà orizzontale⁷¹. Esistono appositi accordi in questo senso e che qualificano l'apporto del privato come «servizio civico, solidaristico e di utilità sociale che, senza scopo di lucro, vuole promuovere e realizzare attività d'interesse generale»⁷².

⁷⁰ L'iniziativa mantovana *IncontrARTI – Progetto di rete a favore dell'inclusione sociale delle persone con disagio psichico*, per esempio. Il Dipartimento salute mentale dell'Azienda ospedaliera «Carlo Poma», il Sistema mantovano dei musei e dei beni culturali, i Musei civici di Palazzo Te e San Sebastiano, il Centro internazionale di Palazzo Te e Pantacon hanno creato una rete di progetti per laboratori d'arte e fotografia espressiva in sedi museali, cfr. www.pantacon.it. L'iniziativa si prefigge l'obiettivo di coniugare l'arte e la cultura con l'inclusione sociale dei soggetti più svantaggiati, perché possano imparare a coltivare l'arte come mezzo di espressione di sé all'interno della società, attraverso laboratori e progetto artistici coniugati con la didattica. O ancora v. i musei “virtuali”, visitabili con un computer e dunque accessibili da chiunque: M. CHIUPPESI, *Musei virtuali e inclusione sociale*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1/2016.

⁷¹ Cfr. il già citato art. 1, d.lgs. n. 117/17, *supra*, nota 1.

⁷² Si tratta di un partenariato *ex art.* 151, co. 3, codice dei contratti, per la valorizzazione e la gestione *unitaria* del Castello Carlo V di Lecce, stipulato tra il Comune, la Soprintendenza e un'associazione di volontariato, la quale si occupa delle visite guidate col supporto di dispositivi elettronici – iPad – forniti ai visitatori.

Ora, applicando l'opzione interpretativa *meccanicistica* secondo la quale è il codice dei contratti a doversi adattare strumentalmente agli obiettivi posti dal codice Urbani, si potrebbero realizzare partenariati orientati all'unica finalità della *valorizzazione*: le predette iniziative si collocherebbero, pertanto, fuori dai PPP del nostro settore.

Applicando invece il paradigma secondo cui i sistemi normativi devono adattarsi reciprocamente, poiché entrambi – anzi, tutti e tre i sistemi considerati – sono portatori di assiologie che vanno contemperate, si riconosce che il codice dei contratti consente agli strumenti di partenariato di essere, sì, orientati alla valorizzazione del patrimonio culturale: ma questa può non esserne la finalità esclusiva.

Dal reciproco adattamento delle normazioni deriva dunque un partenariato più complesso e articolato nel settore dei beni culturali, che necessita di interpretazioni e approfondimenti giuridici, ma che può segnare una buona via di diritto per non ridurre la valorizzazione dei beni culturali alla settorializzazione e aprirla, invece, alla realizzazione concreta degli obiettivi di cui agli artt. 2, 3 co. 2, e 118 co. 4, Cost. quale strumento *anche* di coesione sociale: fondando, insomma, un vero e proprio «diritto al bene culturale»⁷³.

⁷³ G. SORICELLI, *Beni culturali immateriali e diritto al bene culturale: prospettive per una ricerca*, in *Federalismi.it*, n. 15/2019, per il quale il diritto fondamentale alla cultura racchiude in sé la tutela anche delle generazioni future: «il discorso sul patrimonio culturale materiale e immateriale non può arrestarsi ai diritti fondamentali e costituzionali della persona in quanto deve essere proiettato verso le generazioni future, stante il pericolo concreto per dette generazioni, date le globalizzazioni, giuridiche ed economiche, di perdere le antiche e tradizionali testimonianze di civiltà e di identità» (p. 40).