

CULTURA E DIRITTI

PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista trimestrale • anno IV • numero 2/3/4 • aprile-dicembre 2015

P L S A
UNIVERSITY
PRESS

Cultura e diritti : per una formazione giuridica / Scuola superiore dell'avvocatura, Fondazione del Consiglio nazionale forense, - Anno 1, n. 1 (gennaio-marzo 2012)-. - Pisa : Pisa university press, 2012-. - Trimestrale

340.05 (22.)

I. Scuola superiore dell'avvocatura 1. Diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

Scuola Superiore dell'Avvocatura

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

Tel. +39 06 6872866 - Fax +39 06 6873013

Sito web: www.scuolasuperioreavvocatura.it

Condirettori	Andrea Mascherin e Salvatore Sica
Direttore responsabile	Salvatore Sica
Comitato scientifico	Fabio Addis, Gabriella Elvira Autorino, Francesco Cardarelli, Paolo Carbone, Renato Clarizia, Rosanna De Nictolis, Gianluca Maria Esposito, Andrea Federico, Marzia Ferraioli, Giuseppe Franco Ferrari, Alberto Gambino, Luigi Kalb, Marcello Maggiolo, Daniele Marrama, Emanuela Navarretta, Paolo Pisa, Maria Alessandra Sandulli, Mario Sanino, Salvatore Sica, Giuseppe Spoto, Vincenzo Zeno Zencovich, Attilio Zimatore
Comitato dei revisori	Piero Guido Alpa, Stathis Banakas, Adolfo Di Majo, Bénédicte Fauvareu-Cosson, Alfonso Moreno Hernandez, Jay P. Kesan, Fiona Macmillan, Salvatore Mazzamuto, Sergio Perongini, Pietro Rescigno, Salvatore Sica, Francesca Sorbi, Giorgio Spangher, Giuseppe Spoto, Pasquale Stanzone
Coordinamento editoriale	Giuseppe Spoto

Numero chiuso in redazione il 16 maggio 2016

Hanno collaborato a questo numero: Giorgio Giannone Codiglione, Paolo De Martinis, Paolo Moro, Ottavia Murro, Ugo Scuro, Giuseppe Spoto, Salvatore Sica, Giovanna Stanzone, Paola Rizzuto, Umberto Vincenti

Abbonamento Annuo: € 90,00

Numeri singoli: € 25,00

La richiesta va indirizzata alla segreteria della casa editrice Pisa University Press

(Tel: 050 2212056 - Indirizzo: Lungarno Pacinotti, 43 - 56126 Pisa)

La direzione della rivista esaminerà per la eventuale pubblicazione gli elaborati ricevuti all'indirizzo e-mail: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it

Gli autori devono allegare un breve *abstract* in inglese al contributo inviato alla redazione

Gli scritti si dovranno uniformare alle indicazioni riportate nei "Criteri redazionali" reperibili sul sito della Scuola Superiore dell'Avvocatura (www.scuolasuperioreavvocatura.it) e in calce al presente volume

ISSN 2280-6334

ISBN 978-88-6741-656-1

Registrazione presso il Tribunale di Pisa numero 15 del 24 maggio 2012.

Indice

- 7 Editoriale
Salvatore Sica

Orientamenti

- 13 Condotte riparatorie ed estinzione del reato: profili
di un particolare “istituto premiale”
Ottavia Murro
- 47 Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento
Ugo Scuro
- 59 Da una tutela “relativa” ad una tutela “reale” dei beni culturali
Paolo De Martinis
- 73 Gli avvocati assumono la difesa del... suolo
Paola Rizzuto

Formazione forense

- 85 Educazione giuridica e didattica performativa
Paolo Moro
- 97 Argomentazione e linguaggio
Umberto Vincenti

Diritto europeo comparato

- 109 Il diritto d'autore nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea
Giorgio Giannone Codiglione

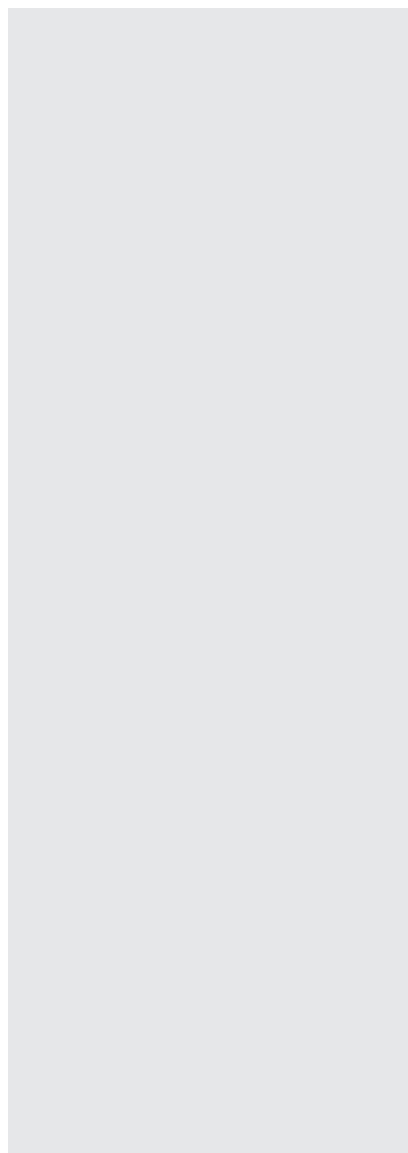
Professioni, cultura e società

- 127 Sotto gli archi del processo
Giovanna Stanzione

Biblioteca

- 151 Recensione a *Il Benicomunismo e i suoi nemici* di Ugo Mattei
Giuseppe Spoto

ORIENTAMENTI



Da una tutela “relativa” ad una tutela “reale” dei beni culturali

Paolo De Martinis

Affrontare il tema della tutela giuridica o delle tutele giuridiche dei beni culturali, forti del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio¹ e di quanto in generale previsto dal nostro ordinamento rischia di apparire un’indagine di una “intensità” inversamente proporzionale alla gravità del contesto non solo nazionale ma anche internazionale.

Ciò non toglie che dal diritto non si può prescindere come dalle procedure, anche articolate e complesse, volte a garantire la protezione e valorizzazione dei beni culturali.

Se è vero come è vero (art. 2, comma 2, del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio) che il bene culturale² è quella cosa individuata dalla legge o in base alla legge quale testimonianza avente valore di civiltà³, uno dei diretti corollari di tale affermazione parrebbe essere una tutela non “statica”, fine a se stessa, quindi esclusivamente orientata alla conservazione, ma al contrario una tutela “dinamica” che punti alla valorizzazione del bene quale memoria storica della comunità nazionale.

Difficile parrebbe del resto affermare il contrario proprio quando il nostro Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, all’art. 2, compie un’operazione che non è solo concettuale ma anche procedurale. Se, infatti, «la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura», il paradigma operativo dell’azione di tutela ha quali riferimenti teleologici appunto la memoria della comunità nazionale, il suo territorio e lo sviluppo della cultura (e aggiungerei, la consapevolezza del suo valore fondante).

A rafforzare quanto sinteticamente descritto, l’art. 3 (e si badi che siamo nella Parte prima - Disposizioni Generali del Codice) prevede che «l’esercizio

¹ Per un orientamento generale, v. M. CAMMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, il Mulino, Bologna, 2007; M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, 2ª ed., Milano 2012; e, più di recente, R. TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici*, Giuffrè, 4ª ed., Milano 2014; G. FAMIGLIETTI - N. PIGNATELLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Neldiritto, Roma 2015.

² R. BIFULCO, *Il concetto di tutela nel Codice dei beni culturali: commento agli articoli 2-5*, in *Diritto e diritti*, Intervento del 21 ottobre 2004.

³ Sul valore immateriale dei beni culturali, cfr. G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in A. BARTOLINI - D. PONTI - G. CAFORIO (a cura di), *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Jovene, Napoli 2014, pp. 171 ss.

delle funzioni di tutela si esplica anche attraverso provvedimenti volti a conformare e regolare diritti e comportamenti inerenti al patrimonio culturale». E qui il dettato normativo è chiaro: tutela in funzione dell'individuazione di provvedimenti che conformino diritti e comportamenti, in una parola che incidano e formino correttamente l'azione dell'uomo, anche sotto il profilo dell'utilizzo del bene culturale.

Ebbene, tutta la dinamica attinente alla tutela⁴ dei beni culturali è opportuno sia letta e declinata alla luce dei principi esposti.

I beni culturali si differenziano in relazione alla loro proprietà.

Esistono i beni culturali di proprietà pubblica (demanio culturale inalienabile) soggetti all'obbligo di tutela e valorizzazione, la cui eventuale e residuale possibilità di dismissione come pure concessione d'uso può verificarsi solo in caso di esito positivo dell'autorizzazione da parte del Ministero ad alienare (artt. 55 ss.) ovvero a permutare (art. 58), le condizioni del cui provvedimento autorizzativo costituiscono clausola risolutiva espressa del negozio da compiersi (art. 55-bis). Nel caso della permuta, poi, vi è una deviazione dallo schema civilistico che contempla uno "scambio alla pari": proprio in applicazione del principio di tutela, dallo scambio di beni culturali deve derivare un incremento al patrimonio culturale nazionale e non tanto e solo in termini di valore venale, quanto piuttosto in termini di aumento della ricchezza culturale della Nazione.

Vi sono, poi, i beni di proprietà privata oggetto di dichiarazione di interesse culturale (art. 13), il quale ultimo deve essere sempre specifico, a tutela della proprietà privata che vede nel "vincolo di culturalità" una sua compressione (art. 10 co. 3).

Esistono, ancora, i beni culturali di interesse religioso⁵, anche quali strumenti attuativi della libertà di culto, non sottratti alla vigilanza del Ministero, ma la cui sorveglianza è esercitata nel rispetto delle esigenze di culto, indipendentemente da eventuali accordi o intese tra Stato e Confessione religiosa (art. 9).

Vi sono, infine, i beni, potremmo dire, a "culturalità rafforzata" (ex art. 55 ss. sopra citati) che sono quei beni di proprietà pubblica che, attraverso il procedimento di autorizzazione ad alienare, divengono di proprietà privata con obbligo, per il privato, non solo di rispettare gli oneri di conservazione e tutela del bene (i soli previsti dal nostro ordinamento per i privati proprietari) ma anche di attuarne la valorizzazione e fruizione (obbligo, questo, afferente alla sola proprietà pubblica).

⁴ Sul concetto di tutela e valorizzazione nel codice dei beni culturali, v. C. DE GIORGI CEZZI, in AA.VV., *Il codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, *op. cit.*, pp. 36 ss.; P. CARPENTIERI, *art. 6*, in R. TAMIOZZO (a cura di), *Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 17 ss.

⁵ Per una disamina sul tema, cfr. A. FUCILLO, *I beni immobili culturali ecclesiastici tra principi costituzionali e neo dirigismo statale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), marzo 2009.

Ebbene, in relazione a quanto sopra esposto, si può affermare che esistono altrettante diverse tutele? La risposta è negativa. La tutela è unica con quelle caratteristiche dianzi descritte ed è pure materia non delegata alle Regioni ma condotta in sede centrale (art. 117 Cost.)⁶. Casomai è possibile rintracciare nel Codice degli indici attinenti ad una diversità procedurale in funzione della diversa natura dei proprietari.

Il Legislatore ha potuto, nel caso della proprietà pubblica, prevedere degli automatismi che, se importati negli altri diversi ambiti delle proprietà, si sarebbero tradotti in altrettante illegittimità. Se è vero, infatti, che esiste il demanio culturale⁷ dello Stato, Regioni ed altri enti territoriali è anche vero che esso è a composizione automatica. Ai sensi dell'art. 12, infatti, i beni immobili, se hanno più di 70 anni, e quelli mobili, se hanno più di 50 anni, il cui autore non sia più vivente e che siano di proprietà di Stato, Regioni, altri enti territoriali o pubblici, sono considerati beni culturali, a meno che non venga attivato il procedimento di verifica dell'interesse culturale e quest'ultimo abbia esito negativo.

In sostanza il Legislatore ha introdotto una presunzione di culturalità, che ammette prova contraria, proprio in funzione della tutela del patrimonio culturale pubblico. Vi è una anomalia, però. Anomalia peraltro sussistente fin dalla legge 1089/1939. I beni di proprietà di persone giuridiche private senza scopo di lucro (fondazioni ed associazioni riconosciute quali persone giuridiche) sono assoggettati all'art. 12 come pure agli artt. 55 ss. in punto di autorizzazione ad alienare. Tutto ciò in considerazione delle finalità di interesse pubblico perseguite dai cosiddetti enti non commerciali: il che sotto un profilo privatistico fa venire quantomeno dei dubbi, sebbene vi sia una coerenza intrinseca al Codice. Se, infatti, tali beni sono di proprietà di enti che perseguono scopi altruistici e quindi a tali scopi sono funzionali, allora la destinazione alla pubblica comunità, per volontà del soggetto privato costituente, è prevalente rispetto al crisma privatistico puro. Vi sarebbe, insomma, un codice genetico spurio e per ragioni di politica legislativa e tutela si fa prevalere il profilo pubblico.

Degno di rilievo è ancora, nell'ambito della normativa sui beni culturali, il diritto di prelazione in seguito a denuncia del trasferimento della proprietà o

⁶ A tal proposito, v. G. SCIULLO, *Beni culturali e riforma costituzionale*, in *Aedon*, 1/2001; N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Giappichelli, Torino 2002, *passim*, spec. pp. 272 ss.; Id., *Recenti sviluppi sulla distinzione tra "tutela" e "valorizzazione" dei Beni culturali e sul ruolo del ministero per i Beni e le Attività culturali in materia di valorizzazione del patrimonio culturale di appartenenza statale*, in *Aedon*, 1/2003; G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, pp. 383 ss.

⁷ R. MANZO - G. TAMBURINI (a cura di), *Il patrimonio immobiliare pubblico: nuovi orizzonti. Il ruolo dell'Agenzia del demanio*, Il Sole 24 Ore, Milano 2005, *passim*; A. SERRA, *Alienabilità di immobili appartenenti al demanio culturale*, in *Aedon*, 1/2004; E. BELLEZZA, *L'involuzione dell'istituto dell'autorizzazione ad alienare*, in AA.VV., *I beni culturali nel diritto. Problemi e prospettive*, a cura di G. ALPA - G. CONTE - V. DI GREGORIO - A. FUSARO, E.S.I., Napoli 2010, pp. 191 ss.

detenzione di bene culturale (artt. 59 ss.). Ferma restando la libertà di alienare da parte del soggetto privato, che non deve farsi autorizzare da nessuno, il Codice prevede la ben nota possibilità di prelazione, anche parziale (art. 60 e 61), da parte del Ministero nel caso di atti traslativi a titolo oneroso e solo ed unicamente quale esercizio del potere di tutela da parte dello Stato. Mai il nostro ordinamento ha previsto un procedimento autorizzativo *ex ante*, ma sempre la possibilità di prelazione *ex post*, in funzione del dovuto rispetto della libertà negoziale, temperato dalle superiori esigenze di interesse pubblico consistenti proprio nella tutela dell'integrità del patrimonio culturale. Il medesimo procedimento si applica al conferimento in società di bene culturale, il cui valore è quello di perizia.

Tra questi due sistemi pare esserci stata una contaminazione, una delle cui cause potrebbe essere la tutela. Se l'obbligo di denuncia *ex art. 59* per i privati ha sempre riguardato tutti gli atti che avessero comportato, in tutto o in parte, il trasferimento della detenzione del bene e, nel caso di atti a titolo oneroso, è sempre scattata la possibilità di prelazione (ora attinente alla sola cessione di detenzione di bene mobile, con modificazione del Codice nel 2011) così non era per l'originaria stesura del procedimento di autorizzazione ad alienare afferente ai beni pubblici. Esso, infatti, scattava solo allorquando vi fossero atti di trasferimento della proprietà. Successivamente, tale regime è stato esteso alle concessioni d'uso, le quali pur non prevedendo evidentemente il trasferimento della proprietà, necessariamente presuppongono la materiale disponibilità del bene culturale. Il soggetto agente sul bene e potenzialmente scorretto è quindi il soggetto (privato) concessionario che deve perciò fornire ed essere sottoposto a delle garanzie di tutela, tali da non poter essere rimesse alla fenomenologia generale delle concessioni d'uso o di altri negozi giuridici simili. Da qui la previsione di un procedimento specifico, l'autorizzazione, appunto, anche in tema di concessioni d'uso, mutuato, concettualmente, dall'art. 59 ss.

Il diritto di prelazione⁸, si è detto, è espressione del potere di tutela del Ministero. Diritto di prelazione che consegue all'obbligo della denuncia di trasferimento del bene culturale. Vi sono casi, però, che sebbene paiano trasferimenti, in realtà non rispondono alla *ratio* sottostante al diritto di prelazione, pur sussistendo l'obbligo di denuncia quale mera *denuntiatio* di un fatto. Così, ad esempio, nel caso di fusione tra società, anche eterogenea, non opera il diritto di prelazione in quanto operazione che determina un fenomeno successorio, ove non si può avere di riferimento il concetto di "traslazione della proprietà" in senso stretto. E così dicasi nel caso di trasformazione sia essa omogenea sia essa eterogenea. Lo stesso vale per le ipotesi di scissione. In tutti questi casi, in-

⁸ P. GALLO, *Prelazione*, in *Digesto IV, Discipline privatistiche, Sezione Civile*, XIV, Utet, Torino 1996, pp. 167 ss.; M. PACINI, *La circolazione in ambito nazionale*, in P.G. FERRI - M. PACINI (a cura di), *La nuova tutela dei beni culturali e ambientali*, Il Sole 24 Ore, Milano 2001, pp. 107 ss.

fatti, non sussistono i cardini del diritto di prelazione: oltre che la realizzazione di un effetto traslativo, è necessario che si verifichi l'assunzione di obbligazioni a carico di entrambe le parti negoziali; obbligazioni onerose nel senso che si traducano in un pagamento del prezzo.

Quanto affermato, in realtà, trova conferma, dal 2004, nello stesso tenore letterale, con funzione dirimente di ogni passato dubbio, della attuale previsione codicistica, la quale facendo riferimento al "conferimento in società" del bene culturale, quale atto tipico a titolo oneroso che fa scattare il diritto di prelazione, esclude tutti quegli atti che in senso tipizzato dal codice civile non siano conferimenti. Con che il che restano escluse dall'applicazione dell'art. 60 ss. fusioni, scissioni, in tutto le loro declinazioni, e trasformazioni.

È bene, però, sottolineare un aspetto particolare. Nel caso di trasformazione eterogenea⁹ in fondazione, ovvero in associazione che successivamente faccia richiesta di riconoscimento della personalità giuridica (o contestualmente, nel corpo del verbale di trasformazione) occorre tenere ben presente quanto previsto al citato art. 12, comma 1, e cioè che se il bene che entra a far parte dell'assetto patrimoniale di detti enti ha più di 70 o 50 anni e l'autore non è più vivente, scatta la presunzione di culturalità, con conseguente applicazione del regime di circolazione del demanio culturale. In altri termini, se una S.r.l. o S.p.A. che possiede un immobile ultrasettantennale il cui autore non sia più vivente, si trasforma in fondazione, detto bene diventa culturale, potendosi solo attivare la procedura di verifica dell'interesse ai sensi dello stesso art. 12 che solo nell'ipotesi di esito negativo comporta sdemanializzazione. Evidentemente si tratta di una sdemanializzazione con riferimento al demanio culturale, potendo (ed in taluni casi, ai sensi dell'art. 822 c.c., dovendo) il medesimo bene restare assoggettato al regime proprio del demanio ordinario, salvo una sdemanializzazione in tale contesto normativo.

Ma è vero, per espressa previsione del Codice, anche il contrario. Ai sensi dell'art. 12, comma 9, infatti, «le disposizioni del presente articolo si applicano alle cose di cui al comma 1 anche qualora i soggetti cui esse appartengono (e cioè: Stato, regioni, agli altri enti pubblici territoriali – piuttosto improbabile – nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro – piuttosto probabile, *N.d.R.*) mutino in qualunque modo la loro natura giuridica». Il che significa che se la fondazione (esclusa in ogni caso la trasformazione delle fondazioni bancarie) o l'associazione riconosciuta (che non abbia ricevuto contributi pubblici oppure liberalità e oblazioni del pubblico) si trasformano in S.r.l. o S.p.A., queste ultime restano soggette, per i profili che interessano, all'art. 12. E ciò indipendentemente dalla sussistenza di

⁹ M. MALTONI, *La trasformazione delle associazioni e delle fondazioni*, in M. MALTONI - F. TASSINARI (a cura di), *La trasformazione delle società*, in *Notariato e nuovo diritto societario*, collana diretta da G. Laurini, Ipsoa, Milano 2005, pp. 340 ss.

quell'interesse culturale specifico che il combinato disposto dell'art. 10, comma 3, e dell'art. 13 pretende per gli enti commerciali e le persone fisiche.

Pare proprio che una superiore esigenza di tutela abbia forzato, dall'interno, lo stesso codice. Ciò che rileva, infatti, nel caso di cui al comma 9, è la originaria provenienza, pubblica o assimilata, del bene la quale prevale sulla effettiva ed attuale qualità del soggetto proprietario.

Ancora, non si può non considerare che il Capo III - Protezione e conservazione Sezione I - Misure di protezione Sezione II - Misure di conservazione, è un vero e proprio "sistema di controllo e protezione" analitico, complesso, anche coattivo, e coordinato, che vede il bene culturale quale un prisma, nelle sue caratteristiche, ma monolitico in punto di sua funzione. È in questa parte (sez. III, artt. 45 ss.) che si prevedono le prescrizioni di tutela indiretta che colpiscono beni che culturali non sono¹⁰. Il Ministero, infatti, «ha facoltà di prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali immobili, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro» ed il riferimento al decoro sembra proprio alludere a quella funzione ultrafisica del bene culturale, quale testimonianza di civiltà. Vi è, inoltre, una prescrizione che disorienta, a dir poco: «situazioni di urgenza. Nel caso di assoluta urgenza possono essere effettuati gli interventi provvisori indispensabili per evitare danni al bene tutelato, purché ne sia data immediata comunicazione alla soprintendenza, alla quale sono tempestivamente inviati i progetti degli interventi definitivi per la necessaria autorizzazione» (art. 27). Si immagini un privato che in caso di assoluta urgenza effettui un intervento indispensabile e per giunta provvisorio, volto ad evitare un danno al bene culturale, che è patrimonio della comunità nazionale. Questo privato deve darne "immediata" comunicazione: entro quando? E trasmettere il progetto dell'intervento definitivo "tempestivamente": anche per quest'obbligo, entro quando? Ebbene, se infrange il termine "immediato" e quello "tempestivo", scattano le sanzioni amministrative e penali (almeno in punta di diritto).

Le esigenze di tutela, poi, sono alla base di uno dei procedimenti più pesanti del nostro ordinamento: l'espropriazione¹¹. Nel caso specifico, si può veramente affermare l'esistenza nel nostro ordinamento di una "espropriazione culturale". Tale previsione rappresenta una sintesi di una serie di principi. Innanzitutto, esistono due tipi di espropriazione: quella del bene culturale (che assomiglia alle prescrizioni di tutela diretta) e quella per il bene culturale (simile alle prescrizioni di tutela indiretta). Entrambe, in costanza del rispetto di assoluta ri-

¹⁰ P. STELLA RICHTER - E. SCOTTI, *Lo statuto dei beni culturali tra conservazione e tutela*, in AA.VV., *I beni e le attività culturali*, a cura di A. CATELANI - S. CATTANEO, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. XXXIII, Cedam, Padova 2002, pp. 385 ss.

¹¹ P. CARPENTIERI, *L'espropriazione dei beni culturali (con particolare riferimento ai parchi archeologici)*, in *Edilizia ed espropriazione: novità e criticità*, Napoli, 21 novembre 2008, in www.giustizia-amministrativa.it.

serva di legge prevista nel nostro ordinamento sul punto e della obbligatorietà dell'indennità, poggiano sul principio di tutela giuridica del bene, ma proprio nella sua connotazione funzionale, accennata all'inizio. Ai sensi dell'art. 95, infatti, «i beni culturali immobili e mobili possono essere espropriati dal Ministero per causa di pubblica utilità, quando l'espropriazione risponda ad un importante interesse a migliorare le condizioni di tutela ai fini della fruizione pubblica dei beni medesimi».

Orbene, il miglioramento delle condizioni di tutela è il presupposto di questa previsione. Ma la tutela non è, dalla norma in commento, "lasciata a se stessa". Il miglioramento delle sue condizioni deve essere possibile, riscontrato e finalizzato alla pubblica fruizione del bene. Se questa destinazione finale della tutela non sussiste, ebbene non si può ricorrere alla espropriazione. In questo procedimento per certi versi "odioso", vi è una sintomatica visione: va da sé che la tutela garantisce di per sé il minimo nella sua versione di mera conservazione, ma essa è funzionale e collegata alla valorizzazione e fruizione.

Sebbene non attinente ai beni culturali, è opportuno verificare come questa visione del Legislatore abbia potuto più liberamente manifestarsi nel caso del Paesaggio¹². Un unico esempio. Il c.d. vincolo paesaggistico volto a mantenere lo *status quo* dei luoghi (e quindi nulla di più conservativo e cristallizzante) nella sua attuazione paesaggistica (piano paesaggistico) può prevedere fasi manipolative dei luoghi (bonifica e risanamento) come pure prevedere la creazione di valori paesaggistici nuovi (artt. 135 e 143). Questo significa tutelare in un contesto dinamico. Certo, nel caso del Paesaggio tale opzione pare più semplice in considerazione del fatto che il territorio è per sua natura oggetto di trasformazioni e destinato ad essere fruito. Ciò non toglie che il bene culturale possa subire le medesime vicende e se si leggesse l'art. 3 anche in questa prospettiva la tutela funzionale ed aderente al modificarsi del mondo materiale, anche nei casi negativi, pare più che possibile e prevista.

La visione funzionale e dinamica della tutela, intessuta nelle maglie del Codice, consente di condurre una ulteriore riflessione. I beni culturali non sono nati per essere esclusi dal vivere quotidiano, dal tessuto economico e produttivo. Non sono nati per essere semplicemente conservati, ma, come gli altri beni, perché la comunità, nel suo interesse, ne possa fruire. E non solo la comunità locale, ma anche quella globale, l'umanità tutta, in quanto ciascuno di essi costituisce un prezioso frammento della memoria umana. Oggi si pone un necessario, doveroso ed urgente bisogno non solo di tutela, ma di protezione in

¹² Sulla disciplina del paesaggio, cfr., in senso vario, P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, pp. 413 ss.; G.F. CARTEI, voce *Paesaggio*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. V, Giuffrè, Milano 2006, pp. 4066 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Governo del territorio e paesaggio*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI - E. FERRARI - P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 486 ss.; P. URBANI, art. 132, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., pp. 524-527.

taluni casi. Protezione e tutela che, a ben vedere, non è detto siano raggiungibili attraverso irrigidimenti normativi o staticità codicistiche, presunzioni o divieti di cessione della proprietà. Il problema è casomai un altro: anche nel caso dei beni culturali occorre rendere attuale il sistema di prevenzione e controllo, in un contesto di libertà gestionale e di organizzazione, ripensando l'assioma per cui "il soggetto pubblico è il miglior proprietario rispettoso della tutela" e considerando che dovrebbe essere il "miglior controllore", anche e soprattutto in funzione di una reale tutela unitaria ed unica del patrimonio culturale potendo incidere, come già ci dice il codice all'Art. 3, sui comportamenti. Questo non significherebbe abolire la proprietà pubblica ovvero il regime di tutela e conservazione. Vorrebbe dire "sbloccare" il patrimonio culturale, soprattutto immobiliare, da tutta una serie di appesantimenti che, sebbene concepiti in ottica protezionistica, troppe volte non riescono a raggiungere l'obiettivo.

Tale sintetica riflessione indirizza la nostra attenzione su un profilo più propriamente gestionale, in particolare attinente alla proprietà pubblica ed alle esigenze di reperimento delle risorse necessarie, in un contesto di pubblica destinazione e fruizione del bene culturale.

È bene partire dalla considerazione, tutta di fatto, che, vuoi per titolarità giuridica, vuoi per titolarità del servizio e competenza, non si può non tener conto del soggetto pubblico. Ma occorre nel contempo avere altrettanto presente il ruolo, attivo, del privato in senso stretto e del privato istituzionale¹³.

La presenza del "proprietario pubblico di beni culturali" ovvero del "titolare pubblico del servizio ed attività culturale" è un dato facilmente riscontrabile. Quanti teatri, *auditorium*, musei, pinacoteche, poli espositivi vedono nel soggetto pubblico un attore indispensabile ed immanente. D'altro lato, che la parte pubblica voglia ed abbia necessità di aprirsi ad esperienze gestionali innovative, andando a coinvolgere i soggetti privati, è altrettanto evidente. Gli strumenti quali istituzioni, consorzi, aziende speciali e società miste, corredo amministrativo da sempre a disposizione dell'amministratore pubblico, non sono efficienti nel settore che qui interessa.

E così, le molteplici esperienze consistenti nell'adozione di istituti tipici del diritto privato quali associazioni, comitati e fondazioni tradizionali¹⁴ ai fini della gestione di una impresa culturale.

Anche se per la gran parte non più vigenti, particolarmente significative, al riguardo, sono le norme che negli ultimi anni hanno interessato i musei pubblici¹⁵.

¹³ Si veda A. PAOLUCCI, *Italia, paese del museo diffuso*, in C. MORIGI GOVI - A. MOTTOLA MOLFINO (a cura di), *La gestione dei musei civici. Pubblico o privato?*, Umberto Allemandi & C., Torino 1996, pp. 36 ss.

¹⁴ E. BELLEZZA - F. FLORIAN, *Il modello delle cattedrali. Costruire l'impresa non lucrativa*, Passigli, Firenze 2001, *passim*.

¹⁵ Su questi aspetti, si rinvia a G. MORBIDELLI - G. CERRINA FERONI (a cura di), *I musei. Discipline, gestioni, prospettive*, Giappichelli, Torino 2010, *passim*.

Nella elaborazione dottrinarie del museo, definito come «struttura permanente che acquisisce, cataloga, conserva, ordina ed espone beni culturali per finalità di educazione e di studio» (art. 101, comma 2, lett. a), abbandonata la visione c.d. reale, si è giunti ad una concezione soggettiva o istituzionale del museo – identificando la raccolta come una semplice *universitas facti*, ovvero una *universitas iuris*, oppure ancora come un istituto o un'istituzione – allo scopo di affermare la c.d. autonomia museale e cioè l'opportunità che i musei pubblici di particolare importanza siano gestiti con un'amministrazione e una contabilità autonoma.

In quest'ottica, vi è una prima fase, fino alla fine degli anni 90, in cui l'autonomo esercizio delle attività museali viene garantito attraverso il trasferimento, a regioni e ad enti locali, della gestione di musei statali (art. 17, comma 131, della legge n. 127 del 1997, poi abrogato dal d.lgs. n. 62 del 2008), e, prima ancora, con la creazione di poli museali e la gestione autonoma di alcuni musei in virtù dell'istituzione del Ministero per i Beni e le Attività culturali (d.lgs. n. 368 del 1998), che assume dal 2013 l'attuale denominazione di Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo (noto con l'acronimo MiBACT)¹⁶.

Ancora, si pensi all'art. 1 della legge 12 luglio 1999, n. 237, che, nell'istituire alcuni nuovi musei (quelli, ad esempio, dell'architettura, della fotografia, per la documentazione e valorizzazione delle arti contemporanee), sancisce che questi ultimi «hanno autonomia scientifica, organizzativa, amministrativa e finanziaria»; e, soprattutto alla c.d. legge 14 gennaio 1993, n. 4 (c.d. legge Ronchey), con cui si prevede che servizi non essenziali al museo, qualificati per questo «servizi aggiuntivi museali», quali, ad esempio, quelli di «assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico», possono essere affidati in concessione a privati.

In questa fase, di trasferimento agli enti locali nella gestione di musei statali e di esternalizzazione dei c.d. servizi aggiuntivi, si prevedono varie condizioni allo scopo di compensare il rischio tecnico che detto trasferimento comporta: si veda l'atto di indirizzo ministeriale con cui vengono approvati per i musei statali i «criteri tecnico-scientifici e gli standard minimi da osservare nell'esercizio delle attività trasferite, in modo da garantire un adeguato livello di fruizione collettiva dei beni, la loro sicurezza e la prevenzione dei rischi» (d.m. 10 maggio 2001, art. 150, comma 6)¹⁷.

In particolare, vi è soprattutto una riserva, potremmo dire mentale, da parte del legislatore al trasferimento di funzioni museali essenziali, cioè non solo aggiuntive.

Per tale esplicita riserva, si pensi all'art. 10, lettera b), del d.lgs. n. 368/1998 (di istituzione del Ministero per i Beni e le Attività culturali), successivamente abrogato dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156, con cui si stabiliva che il ministero

¹⁶ Sulla riforma del MiBACT attuata con d.p.c.m. n. 171/2014 si richiama G. PASTORI, *La riforma dell'amministrazione centrale del MiBACT tra continuità e discontinuità*, in *Aedon*, 1/2015.

¹⁷ In tema si veda P. FORTE, *Il contemporaneo in Italia. Evoluzione normativa e modelli di gestione*, in *Economia della cultura*, 2014, pp. 5 ss.

«ai fini del più efficace esercizio delle sue funzioni, in particolare, per la valorizzazione dei beni culturali, potesse costituire o partecipare ad associazioni, fondazioni o società».

Ebbene, con d.m. 27 novembre 2001, n. 491, con cui è stato approvato il regolamento sulla costituzione e partecipazione a queste fondazioni, si è previsto il «conferimento in uso di beni culturali» quale possibile modalità di partecipazione da parte del ministero e, soprattutto, la facoltà di tali fondazioni di svolgere direttamente i servizi aggiuntivi museali in quanto, però, riconducibili alla «valorizzazione dei beni culturali» (di competenza, peraltro, ora delle regioni), con una ambiguità della formula tale da non consentirne una reale praticabilità.

Si consideri, ancora, l'art. 33 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, che prevede la possibilità di «dare in concessione a soggetti diversi da quelli statali la gestione di servizi finalizzati al miglioramento della fruizione pubblica e della valorizzazione del patrimonio artistico» secondo modalità, criteri e garanzie definiti mediante regolamento con cui devono essere stabiliti «i parametri di offerta al pubblico e di gestione dei siti culturali», attenendosi ai principi stabiliti dallo Statuto dell'*International Council of Museums* (ICOM).

Ebbene, dalla interpretazione della legge si evince che anche in questo caso la concessione può riguardare soltanto i servizi aggiuntivi¹⁸.

Vi è poi una fase successiva in cui il legislatore apre ad un trasferimento anche di compiti di conservazione e protezione dei beni culturali, che potremmo definire essenziali, «attraverso la costituzione di fondazioni aperte alla partecipazione di regioni, enti locali, fondazioni bancarie, soggetti pubblici e privati» (art. 10 della l. 6 luglio 2002, n. 137).

Il tentativo è, tuttavia, rimasto incompiuto e sul perché di ciò bisognerebbe attentamente interrogarsi.

E di ciò ne è riprova il recente *Art bonus*, introdotto dal c.d. decreto Franceschini (art. 1 del d.l. 31 maggio 2014, n. 83, convertito con modificazioni nella legge 29 luglio 2014, n. 106)¹⁹, con cui si è introdotto un regime fiscale agevolato di natura temporanea, sotto forma di credito d'imposta, nella misura del 65% delle erogazioni effettuate nel 2014 e nel 2015, e nella misura del 50% di quelle effettuate nel 2016, in favore di persone fisiche e giuridiche che effettuano erogazioni liberali in denaro per interventi di sostegno, restauro e potenziamento

¹⁸ Per una riflessione molto più ampia sul regime giuridico dei servizi aggiuntivi cfr. G. PIPERATA, *Pubblico e privato nel nuovo regime giuridico dei servizi aggiuntivi dei musei statali*, in M. MONTELLA - P. DRAGONI (a cura di), *Musei e valorizzazione dei beni culturali. Atti della Commissione per la definizione dei livelli minimi di qualità delle attività di valorizzazione*, Clueb, Bologna 2010, pp. 97 ss.

¹⁹ Sul tema si rinvia a M. CAMMELLI, *La riga prima della prima riga, ovvero: ragionando su Art Bonus e dintorni* e R. LUPI, *L'Art Bonus come sovvenzione pubblica in forma di "credito d'imposta"*, in *Aedon*, 3/2014.

dei luoghi della cultura²⁰. Sebbene destinatari delle donazioni sono soggetti pubblici e di qualsiasi natura affidatari di beni pubblici, è evidente l'intento di favorire il proprietario pubblico che ha maggiori difficoltà economiche nel tutelare il proprio patrimonio.

Il meccanismo che, per limiti massimi di spettanza del credito e per le modalità di fruizione differenziata a seconda del soggetto donante, rende senza un reale vantaggio le donazioni superiori al 5 per mille, mirando ad incentivare prevalentemente le donazioni piccole, diffuse, continuative ed omogenee, è ancora una volta il sintomo di quella diffusa tendenza ad accentrare, persino la ricerca di fondi, abdicando così all'utilizzo di strumenti maggiormente efficaci e più snelli, che assicurano una reale compenetrazione tra pubblico e privato.

Si può allora dire che la fondazione di partecipazione, almeno in ambito di tutela dei beni culturali, è stata in realtà solo teorizzata dal legislatore ma mai effettivamente resa pienamente praticabile con una previsione generale e sistematica.

Tale opzione consente, invece, il coinvolgimento di tutti quei soggetti che saranno interessati alle attività e ai progetti affidati e condotti dalla fondazione medesima, a cui potranno prendere parte con la qualifica di fondatori o di *partner*, nei limiti consentiti dallo statuto, partecipando alla gestione, secondo il grado di apertura ed influenza stabilito dall'ente di riferimento.

In altri termini, una fondazione operativa²¹, quasi capitalizzata si potrebbe dire, che ha la finalità di poter disporre di flussi finanziari, mediante l'esercizio di attività di promozione nonché di sviluppo ed incremento della «necessaria rete di relazioni nazionali e internazionali» di supporto alla fondazione stessa e «funzionali al raggiungimento dei propri fini» (così, l'art. 59, n. 3, della legge finanziaria 2001 sulle c.d. fondazioni universitarie), in cui occorre tenere distinto il livello gestionale in senso proprio da quello istituzionale. E così, tramite il Consiglio di Indirizzo, in cui ha almeno la maggioranza l'ente di riferimento, si decidono le linee generali dell'attività, i programmi e gli obiettivi, si approvano la modifica dello statuto e il bilancio; l'attuazione degli indirizzi dati è, invece, affidata al Consiglio di Amministrazione che, normalmente a maggioranza privata, consente la partecipazione nella gestione di soggetti in possesso di doti certe di managerialità.

L'utilizzo concretamente praticabile della fondazione di partecipazione andrebbe a beneficio di quella tutela funzionale troppo spesso limitata alla mera conservazione, peraltro indefettibile, che il Codice dei Beni culturali e del Paesaggio impone.

Con tali enti, grazie alla funzione di *fundraising* da essi svolta – quale luogo giuridico di incontro e strumento gestionale specifico – si potrà compiere

²⁰ Per un inquadramento prospettico della materia si veda G.D. COMPORTI, *Sponsorizzazione ed erogazioni liberali*, in *Aedon*, 1/2015.

²¹ E. BELLEZZA - F. FLORIAN, *Fondazioni di Partecipazione*, La Tribuna, Piacenza 2006, *passim*, spec. pp. 20 ss.

definitivamente per i musei pubblici la tanto invocata autonomia e, quindi, la realizzazione delle attività museali prescritte dalla legge.

Se si hanno di riferimento le ultime notizie, che tanto hanno occupato le cronache, relative alla nomina di responsabili esteri quali direttori di importanti complessi museali, ebbene a questi stessi soggetti occorre anche fornire delle procedure più semplici, posto che il sistema di tutela, come credo si evinca, è di ampia tenuta.

In attesa che ciò avvenga, seppur in difetto di più precisa regolamentazione, almeno per quanto attiene ai musei pubblici, la fondazione di partecipazione è già largamente utilizzata per i beni culturali.

Qualora, ad esempio, un Comune voglia restaurare un teatro, ovvero una accademia, magari dotandosi di uno strumento giuridico *ad hoc* per coinvolgere la comunità in questo percorso (e ciò anche in termini di risorse), fa di solito riferimento a questo istituto specifico. Tale scelta è dovuta essenzialmente ai due fattori già evidenziati, e cioè alla stabilità e al controllo dell'ente da parte del fondatore pubblico e alla possibilità di coinvolgimento, graduale e proporzionale, del tessuto economico e sociale territoriale. Sotto il primo profilo, occorre considerare come lo scopo della fondazione, avente ad oggetto una gestione del bene culturale, coerente con le sue caratteristiche come vuole il Codice, sia immutabile, come incedibili a soggetti terzi siano tutti i diritti sul bene attribuiti alla fondazione: tutto ciò è garanzia prima di tutela del bene. Sotto il profilo del coinvolgimento dei privati, la Fondazione di partecipazione, da un lato, scongiura la "privatizzazione" dei beni culturali in forza delle sue finalità di pubblico interesse e, dall'altro, può innestare un meccanismo virtuoso di aggregazione di risorse, competenze e attività: il tutto al servizio dei beni culturali.

È evidente che molto, se non tutto, dipende dallo statuto della Fondazione che, rispetto alle prime esperienze, può e deve ora anche interfacciarsi correttamente con il Codice dei Beni Culturali e con la normativa generale, dalla (*ex*) *spending review* alle deliberazioni dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, come pure con istituti quali quelli dei patrimoni destinati o finanziamenti dedicati (previsti per le S.p.A.). Lo stesso dicasi per tutte quelle possibili (e talvolta auspicabili) operazioni di riorganizzazione straordinaria, quali aggregazioni, unificazione e coordinamento delle amministrazioni di più enti, confluenze e fusioni, trasformazioni, *spin off*, incubatori e *start up*. Ma tutto questo è un approfondimento sugli assetti statutari migliori in funzione del progetto (posto che, come si è accennato, un statuto tipo di Fondazione di partecipazione non esiste) che porterebbe lontano.

Ora, se la realtà è questa, occorre dire che, ad esempio, l'estensione del regime dell'autorizzazione ad alienare in tutti i casi di concessione d'uso, ha finito per rallentare processi virtuosi e concreti. Se tale estensione è oltremodo corretta nel caso in cui ad avere l'uso del bene sia un soggetto completamente terzo rispetto all'ente pubblico proprietario, l'esigenza di tutela parrebbe affievolita nel caso di una fondazione di cui l'ente pubblico proprietario (ente

territoriale o pubblico, Università o Istituzione Culturale) sia il fondatore (non così nel caso di associazione che, per essere fiscalmente agevolata, deve avere un impianto democratico – “ogni testa un voto” – non funzionale ad una gerarchia ed architettura di pesi e responsabilità diverse tra gli altrettanto diversi partner). Da ciò uno snellimento sarebbe più che opportuno. Semplificazione utile anche per il reperimento di risorse.

In conclusione, potrebbe forse essere giunto il momento di riflettere concretamente sulla tutela e valorizzazione del patrimonio culturale europeo e non più solo sulla difesa di esso da dinamiche patologiche o addirittura criminali (si pensi alla Convenzione UNIDROIT, alla Convenzione UNESCO sulla circolazione illecita delle opere d'arte, alla Convenzione sul patrimonio culturale subacqueo) oppure dovendo attingere a convenzioni generali (si pensi a quella sui trasporti via terra o sulle obbligazioni contrattuali). Potrebbe poi essere utile, almeno per i principi generali, non dover sempre e solo aspettare la ricezione nel nostro ordinamento di Direttive comunitarie (cosa peraltro effettuata con il codice proprio nella parte relativa alla circolazione comunitaria).

Un percorso del genere dovrebbe confrontarsi sicuramente con le varie sovranità nazionali, posto che si parla di beni pubblici, ma l'inizio di una riflessione concreta su questo tema, volta ad individuare ed attuare principi giuridici comuni di tutela positiva e valorizzazione del patrimonio culturale europeo, potrebbe risultare anche un fattore di coesione.

Ad ogni modo, volendo far riferimento solo alla realtà italiana, la normativa andrebbe in alcuni aspetti rivista, e ciò alla luce di quanto succede a Pompei, a Caserta, ed in numerosi altri siti di interesse artistico e culturale presenti sul nostro territorio, in cui il degrado dei beni culturali è sotto gli occhi di tutti e non è meno grave, anche se più lento e graduale, delle barbariche devastazioni che si stanno compiendo in note località internazionali, tanto più che rischia di produrre nel tempo gli stessi effetti delle suddette devastazioni.

Abstract

The legal protection of cultural property aimed at its enhancement draws the attention to a more strictly operational point of view relating, in particular, to public property and to the needs of finding the necessary resources. In this perspective, among the most effective and most streamlined tools, the participated foundation, only theorized by the legislator but never actually made fully operational with a general and systematic provision, allowing the participation in the management of persons in possession of certain managerial qualities, would result in greater dynamic and effective protection of our cultural heritage.