

Inquadramento giuridico del bene

La disciplina dei beni culturali, oggi D.lgs 42/94 e s.m.i., rappresenta un corpus iuris che determina principi e regole per la gestione dei patrimoni e delle attività di gestione dei beni culturali. La normativa innova profondamente il sistema di gestione di tutela e valorizzazione di beni culturali con particolare riguardo a quelli la cui titolarità è pubblica. Ciò costituisce certamente, una testimonianza avente valore di “civiltà”. Tale espressione viene utilizzata dalla Commissione d’indagine per la tutela e valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio costituita con legge 26 aprile 1999 n. 310 e conosciuta anche con il nome di “ Commissione Franceschini”.

L’importanza del Codice dei Beni Culturali richiede uno specifico approfondimento e, conseguentemente, lo svolgimento di alcune considerazioni giuridiche.

Infatti, i contenuti normativi del Codice sono rivolti all’individuazione dell’oggetto di tutela, alla definizione stessa di bene culturale, alle diverse categorie di Beni Culturali, ai principi e alle regole di tutela e alle modalità di valorizzazione e gestione del patrimonio culturale.

Già in diritto privato, l’art. 839 del c.c., stabilisce che: “Le cose di proprietà privata, immobili e mobili, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnografico, sono sottoposte alle disposizioni delle leggi speciali”. Suddetta norma, come testualmente recita, costituisce un limite al puro godimento, previsto dall’art. 802, del bene che riveste le caratteristiche di cui all’art. 839 e dispone, quindi, l’osservanza degli obblighi previsti dalla legislazione speciale di tutela del patrimonio culturale.

Oltremodo alla moderna concezione della funzione di tutela dei Beni Culturali, si accompagna, ineludibilmente, l’esigenza e la funzione della valorizzazione degli stessi (cfr: Giovanni Boldin Zanetti, op. Il nuovo diritto dei Beni Culturali):

Del resto, l’art. 9 della Costituzione individua nella Repubblica, e quindi nella sua varia declinazione costituzionale, anche gli Enti Locali fra gli affidatari del compito di promozione dello sviluppo della cultura (co.1) e della tutela del patrimonio storico e artistico (co.2).

Quindi sotto il profilo esegetico (cfr. op. cit) l’aver collocato la norma che tutela il patrimonio artistico nello stesso articolo e subito dopo la disposizione relativa alla promozione della cultura, sottolinea che quanto disposto dal co.1, ovvero la promozione dello sviluppo della cultura, si realizza anche attraverso il patrimonio culturale che, dunque, perché ciò accada, deve essere conservato e tutelato.

In conclusione, per la dottrina, è lecito affermare che la Costituzione contempla all’interno dell’art. 9 anche la valorizzazione del patrimonio culturale, dal momento che il bene culturale può produrre un arricchimento culturale dell’uomo solo se è visto, contemplato e goduto dall’uomo e dalla collettività: in sostanza se è valorizzato.

Il Codice, nella parte prima, ovvero nelle disposizioni generali, agli artt. 3 e 6 dà la definizione delle due funzioni di tutela e valorizzazione:

Art. 3. Tutela del patrimonio culturale

1. La tutela consiste nell’esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette, sulla base di un’adeguata attività conoscitiva, ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione.

2. L’esercizio delle funzioni di tutela si esplica anche attraverso provvedimenti volti a conformare e regolare diritti e comportamenti inerenti al patrimonio culturale.

Art. 6. Valorizzazione del patrimonio culturale

1. La valorizzazione consiste nell’esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, anche da parte delle persone diversamente abili, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Essa comprende anche la

promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale. In riferimento al paesaggio, la valorizzazione comprende altresì la riqualificazione degli immobili e delle aree sottoposti a tutela compromessi o degradati, ovvero la realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati.

2. La valorizzazione è attuata in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze.

3. La Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale.

Il rapporto fra le due funzioni ed attività è di coesistenzialità e pari importanza. Infatti ciò è confermato dalla lettura dell'art. 1 del Codice, per il quale l'attuazione dell'art. 9 della Costituzione si ha con l'esercizio di entrambe le funzioni ed entrambe concorrono allo sviluppo della cultura.

In realtà si tutela non solo per conoscere il bene in sé, ma perché questo possa essere goduto dalla collettività. Queste finalità previste anche dall'art. 3 del Codice, nella definizione di tutela, testimonia la spinta evolutiva per una tutela "dinamica" e non statica, che ingloba, in ultima analisi, tutte le potenzialità di sviluppo della cultura.

In tale enunciazione di principio si innesta il particolare ruolo dell'Ente Locale a cui appartengono i beni del patrimonio culturale, aventi questi le caratteristiche di cui all'art. 10, che costituiscono il demanio culturale ex art. 53 co. 1 e che sono destinati alla pubblica fruizione (art. 2, co. 4). La fruizione e valorizzazione dei suddetti beni, secondo quanto dispone l'art. 101, comma 3, costituisce perentoriamente "espletamento di un servizio pubblico" a cui è tenuto l'Ente Locale, ai sensi dell'art. 112 comma 1 del TUEL, in quanto proprietario del demanio culturale, ai sensi dell'art. 2 co. 4 del Codice dei Beni Culturali.

Sulla distinzione concettuale fra la tutela e la valorizzazione dei Beni Culturali, già la sentenza della Corte Costituzionale n. 9/2004, seppur compiendo un esame di costituzionalità sulla normativa precedente all'attuale Codice (cfr. D.lgs. 112/1998), aveva preso in esame le due nozioni anzidette, ribadendone una utile distinzione. In particolare, la Corte ribadiva che "la valorizzazione è diretta soprattutto alla fruizione del bene culturale, sicché anche il miglioramento dello stato di conservazione attiene a quest'ultima nei luoghi in cui avviene la fruizione e nei modi di questa".

La stessa norma che definisce la valorizzazione è stata nel 2006 integrata, con la precisazione che essa "è finalizzata alla promozione dello sviluppo della cultura". Tutto ciò in linea con il principio di cui all'art. 9 della Costituzione, ove il contenuto espresso nel concetto del patrimonio culturale è più ampio e non coincide solo con i beni culturali. Infatti, la tutela quale principio costituzionale si estende anche ai beni immateriali, quali ad esempio le idee e le opere dell'ingegno e tutte le esperienze e attività culturali, le quali pur essendo percepibili fisicamente, non si concretizzano in una "res" tangibile (n.d.r.: gli spettacoli, la musica, la danza ecc.). Invero, il più delle volte, tali beni immateriali sono indissolubilmente connessi proprio a quei beni tutelati e conservati anche al fine di poter ospitare quella promozione della cultura, anch'essa oggetto del servizio pubblico, che si manifesta e si promuove all'interno mediante i beni del patrimonio culturale.

Un valore strategico e dirimente rispetto al quid iuris conseguente all'entrata in vigore del Codice e quindi, per quanto attiene allo svolgimento del servizio pubblico culturale, come descritto in precedenza, assumono le norme del Titolo II, capo II: "principio della valorizzazione dei Beni Culturali".

In particolare l'art. 112, "Valorizzazione dei Beni Culturali di appartenenza pubblica" rappresenta la norma centrale rispetto alla costituzione di un apposito soggetto giuridico a cui attribuire in forma diretta il servizio pubblico culturale "de qua". L'art. 112, co. 5 recita: "Lo Stato, per il tramite del Ministero e delle altre amministrazioni statali eventualmente competenti, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali (n.d.r. gli Enti Locali) possono

costituire, nel rispetto delle vigenti disposizioni, appositi soggetti giuridici cui affidare l'elaborazione e lo sviluppo dei piani di cui al comma 4". La norma, seppur inserita in un "corpus iuris" di natura speciale nell'art. 183, co 6, munita persino di rinforzo costituzionale, dispone che:

a) gli Enti Locali possono procedere alla costituzione di appositi soggetti giuridici (n.d.r: ad esempio fondazioni di partecipazione) a cui affidare l'elaborazione e lo sviluppo dei piani strategici e di sviluppo culturale e i programmi, relativamente ai Beni Culturali di pertinenza pubblica, con i quali viene assicurata la strategia della funzione di valorizzazione e quindi, l'esercizio in forma diretta del servizio pubblico culturale;

b) la norma espressamente stabilisce che ciò avviene non in deroga alla normativa esistente, ma nel rispetto delle "vigenti disposizioni", e quindi di quanto dispone ad esempio la normativa sulle gestioni dei servizi pubblici locali. Pertanto è possibile costituire un "soggetto giuridico", quale è certamente la Fondazione di Partecipazione, ma nel rispetto della normativa che disciplina l'affidamento diretto di un servizio pubblico e quindi anche nella specie di un servizio pubblico culturale, a condizione che esista, nell'ordinamento di riferimento per gli Enti Locali, una norma che lo consenta e che contenga i requisiti consolidatisi de iure condito.

Delineato quindi il contenuto della normazione speciale contenuta nel Codice dei Beni Culturali, è necessario soffermarsi a considerare il livello di ricezione di tale normativa espresso nello Statuto della Fondazione.

Collegamenti giuridici con il nuovo statuto

Con deliberazione consiliare n. 45 del 24 luglio 2018 è stato approvato il nuovo Statuto della Fondazione. Il nuovo statuto disegna una Fondazione di partecipazione sulla quale l'ente locale esercita sul soggetto affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi e dove il soggetto fornitore realizza la propria attività prevalentemente con l'ente pubblico che lo controlla. Con la locuzione "controllo analogo" si fa riferimento ad *"un rapporto che determina, da parte dell'Amministrazione controllante, un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo". In virtù di tale rapporto il soggetto partecipato, non possedendo alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione, si configura come un'entità distinta solo formalmente dall'Amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa. Solo a tali condizioni si può ritenere che fra amministrazione e aggiudicatario non sussista, agli effetti pratici, un rapporto di terzietà rilevante ai fini dell'applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici"* (Commissione europea, nota 26 giugno 2002, indirizzata al Governo italiano).

Da quanto già rappresentato ne discende che la costituzione/partecipazione da parte dell'amm.ne comunale ad una persona giuridica privata con determinati "elementi", è finalizzata alla realizzazione di un fine pubblico che certamente immanente allo stesso servizio pubblico locale culturale. La partecipazione comporta l'impegno di finanziamenti pubblici e con modalità di gestione e di controllo, rectius le cosiddette determinate condizioni di cui è stato detto, direttamente collegate alla volontà del socio fondatore. Di fatto la persona giuridica privata diviene un semplice modello organizzativo dell'ente locale socio, situazione giuridica che già esiste e si configura in altri modelli e formule organizzative a natura pubblicistica. Ad esempio aziende speciali ed istituzioni di cui all'art. 114 del TUEL, (cfr. deliberazione n. 151/2013 Corte dei Conti Lazio).

In altri termini l'utilizzo dello schema giuridico della Fondazione di Partecipazione da parte dell'ente locale rende la persona giuridica privata una entità strumentale dell'Ente, ovvero una modalità di gestione dell'interesse locale perseguito nel servizio pubblico locale. La sezione delle autonomie locali sin dal 2014 (nota 5) ha definito la Fondazione di Partecipazione come una "fondazione strumentale" all'ente pubblico fondatore (cd fondazione amministrativa). Tale

organismo risponde all'esigenza di disporre di uno strumento flessibile, caratterizzato dalla commistione dell'elemento patrimoniale con quello associativo, funzionale a una sorta di partenariato pubblico privato.

La norma prevista all'art. 72 bis Statuto Comunale è certamente necessaria affinché lo scopo della fondazione possa ritenersi, oltre che possibile anche lecito (art. 1, c.3, DPR n.361/2000), in quanto conforme all'ordinamento vigente nell'ente locale per tale materia (cfr: in tale prospettiva di normazione v. la sentenza Corte costituzionale 272 del 2004 nonché il parere della corte dei conti, sez. consultiva Sardegna n. 9/2007).

La Fondazione di Partecipazione, dal nuovo Statuto, viene altresì a conformarsi a quanto dispone l'art. 112 comma 5 del Codice dei Beni Culturali (cfr: comma 5....gli enti pubblici territoriali possono costituire, nel rispetto delle vigenti disposizioni appositi soggetti giuridici cui affidare l'elaborazione e lo sviluppo dei piani di cui al comma 4, cioè lo sviluppo per la valorizzazione culturale relativamente ai Beni Culturali di pertinenza pubblica)”.
Infatti, nell'art. 72 bis dello Statuto Comunale, si qualifica la Fondazione di Partecipazione nella sua declinazione quale apposito “soggetto giuridico”, un organismo di diritto pubblico. Invero, la Fondazione di Partecipazione, in forza di una interpretazione evolutiva, costituisce un modello atipico di persona giuridica privata, di recente teorizzazione dottrina (cfr. **Deliberazione n. 151/2013/PAR Sezione Controllo per il Lazio**), in cui si è sintetizzato l'elemento personale, tipico delle associazioni e l'elemento patrimoniale caratteristico delle fondazioni.

È un modulo che si distacca radicalmente dalla fondazione classica civilistica caratterizzata dalla mancanza di una organizzazione a base personale e quindi dall'inesistenza di una assemblea di associati che possa esprimere la volontà dell'ente. La fondazione classica (cd patrimoniale) di cui all'art. 14 e seguenti del c.c., è improntata alla realizzazione dello scopo attraverso il patrimonio, patrimonio che, successivamente al riconoscimento giuridico diviene completamente autonomo rispetto alla figura del fondatore ed intangibile persino da quest'ultimo (art. 15 c.c.). Così delineato tale modello è un organismo giuridico incompatibile con l'affidamento diretto/gestione di un servizio pubblico che per definizione non potrebbe mai esistere senza il rispetto dei principi che ne governano l'organizzazione e la gestione, come già detto, in capo all'Ente Locale.

Nella Fondazione di Partecipazione, che è il modello proprio previsto dall'art. 72 bis dello Statuto Comunale, al contrario, l'ottica è gestionale, ed il legame con il socio fondatore non viene mai reciso, così realizzando uno schema in qualche modo assimilabile alla governance societaria.

In questo diverso modello prevale l'ottica gestionale, per cui il legame con il o i soci fondatori non viene mai reciso ed essi partecipano sia all'organismo che ha il compito di deliberare gli atti essenziali della vita dell'ente nonché a quello preposto all'amministrazione. In tal senso deve essere considerato il nuovo Statuto, che rende lecito e possibile che la Fondazione di Partecipazione, quale organismo di diritto pubblico, possa essere soggetto giuridico appositamente costituito (ex art. 112 co. 5 Codice dei Beni Culturali) a cui è affidata direttamente la gestione del servizio pubblico locale della cultura come del resto qualificato dall'art. 101 co. 3, del medesimo Codice. Secondo l'orientamento consolidato del Consiglio di Stato (ex multis sez.V, sentenza n. 7393 del 12 ottobre 2010), perché possa essere attribuita natura pubblicistica ad una persona giuridica di diritto privato occorre identificare la concorrenza di una serie di elementi: la costituzione da parte di un ente pubblico (Stato, Regione, Ente locale), il perseguimento di un fine pubblico da parte dell'ente di diritto privato, la presenza maggioritaria di fonti pubbliche di finanziamento, l'esistenza di controlli da parte di soggetti pubblici, l'ingerenza pubblica nella gestione dell'ente (cfr: Cassazione civile, sez Un., 7 aprile 2010, n. 8225). Recentemente, lo stesso Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 66 del 2013 ha evidenziato come ad una spiccata eterogeneità dei moduli organizzativi e di

azione della P.A. corrisponda una nuova ed aperta nozione di “ente pubblico”, capace di comprendere anche figure soggettive formalmente privatistiche.

- a) L'art. 115, c. 7, del D.Lgs. n. 42/2004 dispone che le Amministrazioni, rectius l'Ente locale, possono partecipare al patrimonio del soggetto giuridico di cui all'art.112, c.5, e quindi alla Fondazione di partecipazione, con il conferimento in uso dei beni appartenenti al patrimonio del demanio culturale che sono oggetto di valorizzazione. Il successivo comma 8 prevede persino che alla concessione dell'attività di valorizzazione possa essere collegata la concessione in uso degli spazi necessari all'esercizio dell'attività medesima, purché gli spazi vengano preventivamente individuati nel capitolato d'onere.

In data 3 gennaio 2023 il Prefetto di Novara ha comunicato l'approvazione dello Statuto ed ha proceduto all'iscrizione nel registro delle persone giuridiche tenuto dalla Prefettura.