

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

COMITATO SCIENTIFICO: Presidente: *Glauco Nori*. Componenti: *Franco Coppi – Giuseppe Guarino Natalino Irti – Eugenio Picozza – Franco Gaetano Scoca*.

DIRETTORE RESPONSABILE: *Giuseppe Fiengo* – Condirettore: *Giacomo Arena*.

COMITATO DI REDAZIONE: *Giacomo Aiello – Vittorio Cesaroni – Roberto de Felice – Maurizio Fiorilli Massimo Giannuzzi – Maria Vittoria Lumetti – Antonio Palatiello – Carlo Sica – Mario Antonio Scino*.

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE NUMERO: *Antonella Anselmo Lemme - Patrizia Asproni – Stefano Baia Curioni – Pio Baldi - Monica De Angelis - Wally Ferrante - Oscar Fiumara – Louis Godart – Paolo Leon – Fabio Merusi - Giancarlo Pampanelli – Pietro Petrarola – Ettore Pietrabissa - Jacopo Polinari – Michele Porcari – Giuseppe Proietti - Francesca Quadri – Daniele Ravenna - Sergio Ristuccia - Vittorio Russo – Francesco Rutelli - Karen Sanig - Grazia Sanna – Xavier Santiapichi – Valeria Santocchi – Francesco Scoppola - Salvatore Settis – Giuseppe Severini – Raffaele Tamiozzo - Paola Maria Zerman – Andrea Zoppini*.

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Francesca Pioppi*
Telefono 066829431 – E-mail: rassegna@avvocaturastato.it

La Rassegna è consultabile sul sito: www.avvocaturastato.it

I destinatari della rivista sono pregati di comunicare alla Segreteria della redazione eventuali variazioni di indirizzo

ABBONAMENTI ANNO 2006

	ITALIA	ESTERO
ABBONAMENTO ANNUO	€ 41,00	€ 77,00
UN NUMERO SEPARATO	€ 12,00	€ 21,00

Prezzi doppi, tripli, quadrupli ecc. per tutti quei fascicoli che, stampati in unico volume, sostituiscono altrettanti numeri della prevista periodicità annuale.

Per abbonamenti e acquisti rivolgersi a:
AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO
Segreteria di Redazione

Stampato in Italia - Printed in Italy

Autorizzazione Tribunale di Roma - Decreto n. 11089 del 13 luglio 1966

Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo S.p.A.
Via Roberto Malatesta n. 296 - 00176 Roma

INDICE - SOMMARIO

TEMI ISTITUZIONALI

- Oscar Fiumara, Wally Ferrante, *Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato nella realizzazione dei principi di effettività ed efficacia della giustizia* (testo tratto dall'intervento dell'Avvocato Generale Oscar Fiumara al Convegno su "Nuove frontiere per la costruzione dell'Unione europea: l'effettività e l'efficacia del sistema di giustizia", organizzato dall'Unione degli Avvocati Europei, Venezia 23, 24 e 25 novembre 2006) pag. 1
- Vittorio Russo, *L'impegno dell'Avvocatura dello Stato in un nuovo corso della giustizia* (relazione per il Convegno su "Nuove frontiere per la costruzione dell'Unione europea: l'effettività e l'efficacia del sistema di giustizia", organizzato dall'Unione degli Avvocati Europei, Venezia 23, 24 e 25 novembre 2006) » 17
- Giuseppe Fiengo, *I caratteri originari della difesa dello Stato in Italia*. » 29

INCONTRI DI STUDIO

- In Art we trust. Modelli di governance per i beni culturali (Roma, 22 giugno 2006, Avvocatura Generale dello Stato)* » 49
- Relazione della Commissione di studio per l'istituzione delle fondazioni di diritto privato finalizzate alla gestione e all'attività di valorizzazione dei beni culturali (D.M. 13 giugno 2005) al Ministero per i Beni e le Attività culturali – Ufficio legislativo, di Giuseppe Fiengo* » 50
- Atti del Convegno – Tavola rotonda con interventi di:* Oscar Fiumara, Louis Godart, Patrizia Asproni, Francesco Rutelli, Salvatore Settis, Stefano Baia Curioni, Pio Baldi, Michele Porcari, Pietro Petrarola, Sergio Ristuccia, Andrea Zoppini, Francesca Quadri, Giuseppe Proietti, Antonella Anselmo Lemme, Karen Sanig, Paolo Leon, Fabio Merusi, Giuseppe Severini, Ettore Pietrabissa, Daniele Ravenna, Francesco Scoppola, Raffaele Tamiozzo. » 63

RECENSIONI

- Francesco Marcelli, Valeria Giammusso, *La giurisprudenza costituzionale sulla novella del Titolo V. 5 anni e 500 pronunce*, Senato della Repubblica, Servizio Studi, Quaderni di documentazione n. 44, ottobre 2006. Recensione di Valeria Santocchi » 149

DOTTRINA

- Monica De Angelis, *La cultura dell'Amministrazione pubblica in Italia fra tradizione e riforme* » 151
- Giancarlo Pampanelli, *Sulla rilevanza giudiziale della decadenza dell'appaltatore di opera pubblica per mancata iscrizione di "riserva"* » 179
- Jacopo Polinari, *Le fasi della formazione del contratto pubblico: brevi note a prima lettura sugli artt. 11 e 12 del codice dei contratti pubblici* » 185

Grazia Sanna, <i>Espropriazione per pubblica utilità e brevetti industriali</i>	pag. 193
Xavier Santiapichi, <i>Le cartolarizzazioni immobiliari: profili giuridici</i> »	214
Paola Maria Zerman, <i>Lo Stato sussidiario</i> »	254
INDICE SISTEMATICO »	310

TEMI ISTITUZIONALI

Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato nella realizzazione dei principi di effettività ed efficacia della giustizia^(*)

*di Oscar Fiumara e Wally Ferrante^(**)*

I. Evoluzione storica

1. L'esperienza dell'Avvocatura dello Stato, intesa come istituzione deputata all'assistenza legale e al patrocinio giudiziale delle amministrazioni statali in via organica ed esclusiva, è propria del nostro paese e di pochi altri: la "Finanzprokurator" austriaca, il Corpo degli Avvocati dello Stato in Spagna, il Consiglio legale dello Stato greco, il Servizio del Contenzioso dello Stato egiziano; di recente si è sviluppato un certo interesse, da parte di altri paesi (la "Advocacia General da Uniao" del Brasile, la "Agence Judiciaire du Royaume" del Marocco e l'esperienza dell'Avvocatura dello Stato albanese, la cui legge è modellata sulla falsariga di quella italiana), nei confronti di questo modello difensivo, strutturato in modo tale da assicurare una difesa uniforme, estesa in linea generale a tutti i tipi di giudizio, con risultati qualitativamente ed economicamente positivi sia per lo Stato-apparato che, in definitiva, per lo Stato-comunità.

La funzione dell'Avvocatura dello Stato, organo tecnico incardinato nell'Amministrazione ma allo stesso tempo distinto ed autonomo rispetto ad essa, ha subito notevoli sviluppi nel corso dell'ultimo secolo, parallelamente ai profondi mutamenti dello Stato e degli equilibri tra libertà del cittadino e autorità del potere pubblico.

(*) Testo tratto dall'intervento dell'Avvocato Generale dello Stato Oscar Fiumara al Convegno organizzato dall'Unione degli Avvocati europei su "Nuove frontiere per la costruzione dell'Unione europea: l'effettività e l'efficacia del sistema di giustizia", XX anniversario della fondazione dell' U.A.E., Venezia, 23, 24 e 25 novembre 2006.

(**) Avvocato dello Stato.

2. Le antiche origini del sistema italiano di consulenza e difesa dello Stato affondano le loro radici, nell'ordinamento preunitario, nel Granducato di Toscana, con l'istituzione, nel 1777, dell'Avvocato Regio, che aveva il compito di difendere lo Stato in giudizio in posizione sostanzialmente pariordinata rispetto agli avvocati liberi professionisti.

3. All'indomani dell'unificazione, tale sistema non venne però immediatamente trapiantato nel Regno d'Italia e, con R.D. 9 ottobre 1862 n. 915, vennero istituite le Direzioni del Contenzioso Finanziario, speciali uffici amministrativi dipendenti direttamente dal Ministro delle Finanze, ispirati al modello organizzativo di stampo francese dell'*Agent judiciaire du trésor*. A norma dell'art. 4 del citato R.D., i compiti degli uffici del contenzioso consistevano in particolare "nel dare pareri in tutti i casi in cui si trattava di promuovere o abbandonare giudizi, di produrre gravami, di provvedere alla tutela legale dei diritti dell'Erario, di fare transazioni o contratti e di assicurare in via giuridica gli interessi o le ragioni dello Stato".

Dette funzioni vennero però interpretate in maniera estremamente riduttiva tanto che i compiti degli uffici del contenzioso si ridussero alla mera scelta di avvocati liberi professionisti per la difesa nelle cause erariali e alla verifica in ordine al pagamento dei loro onorari.

4. Fu solo con l'istituzione dell'Avvocatura erariale, con R.D. 16 gennaio 1876 n. 2914, che la difesa tecnica e le consultazioni legali furono affidate in via esclusiva ad un corpo di avvocati costituito *ad hoc*, anche se il suo campo di azione era ben più ristretto rispetto a quello attuale, come si evince anche dalla denominazione riduttiva, che faceva sostanzialmente coincidere il suo raggio di intervento con la tutela degli interessi meramente patrimoniali dell'amministrazione. Tale funzione corrispondeva d'altronde alla concezione, derivata dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo n. 2248 del 1865, dell'assoggettabilità dello Stato al giudizio esclusivamente qualora avesse operato *iure privatorum*, restando sottratta al sindacato giurisdizionale ogni altra attività espressione di imperio.

A norma dell'art. 1 del citato R.D. le amministrazioni statali non potevano più ricorrere per consulto o per affidamento di difesa ad avvocati del libero foro ma erano tenute a servirsi dei regi avvocati, reclutati senza concorso tra i magistrati del pubblico ministero e tra noti professionisti privati.

L'Avvocatura erariale, allora difensore delle prerogative del potere pubblico, contribuì alla formazione di una giurisprudenza restrittiva, adottando la linea difensiva più radicale, quella di negare in capo al giudice la potestà di giudicare in presenza di un'attività *iure imperii*.

II. Nuove competenze dell'Avvocatura dello Stato

1. L'ampliarsi dello spettro della domanda di giustizia nei confronti della pubblica amministrazione e la crisi del modello impugnatorio hanno comportato, di pari passo, un'estensione delle competenze dell'Avvocatura sia in relazione al tipo di controversie, riguardanti non più solo la legittimità dell'atto amministrativo ma un più sostanziale sindacato del rapporto in relazio-

ne al bene della vita tutelato, sia in relazione ai soggetti assistiti, sia con riferimento a nuove tipologie di giudizio.

Con il R.D. 30 novembre 1933 n. 1611, infatti, le funzioni dell'Avvocatura, ora denominata Avvocatura dello Stato, ed incardinata non più nel Ministero delle Finanze ma nella Presidenza del Consiglio dei Ministri, hanno abbandonato la loro settorialità e sono andate via via accrescendosi, mediante la concessione del patrocinio, *ex artt.* 43 e 48 del Testo Unico citato, a numerosi Stati stranieri, attraverso la rappresentanza e difesa delle loro rappresentanze diplomatiche e ad organizzazioni internazionali quali la Commissione delle Comunità Europee, la Banca Europea degli investimenti e la F.A.O.

2. Le competenze dell'Avvocatura dello Stato hanno quindi assunto la nuova dimensione, definitivamente consacrata nella legge 3 aprile 1979 n. 103, della rappresentanza e difesa non più solo del potere esecutivo ma dello Stato unitariamente considerato, anche come soggetto di diritto sopranazionale ed internazionale, innanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee e alla Corte internazionale di Giustizia dell'Aja.

La necessità del rispetto dei principi del diritto comunitario, derivante dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea, condiziona tutta l'evoluzione giurisprudenziale volta ad apprestare nuovi rimedi a fronte delle istanze di tutela che nascono da rapporti socio economici sempre più globalizzati ed informati ai valori del mercato e della concorrenza.

Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato innanzi alla Corte di Giustizia, in rappresentanza dello Stato italiano, sia nelle cause di infrazione che in quelle di rinvio pregiudiziale, è destinato ad incrementarsi anche in considerazione dell'ampliamento del numero degli Stati membri dell'Unione Europea ed assume un rilievo determinante anche nella sensibilizzazione della Corte sui notevoli riflessi economici che possono derivare sul piano interno dalle sue pronunce.

Si pensi, per i casi più recenti giunti agli onori della cronaca, alla questione delle quote latte nonché alla vicenda della compatibilità con il diritto comunitario dell'IRAP, che ha visto scendere al fianco dell'Italia diversi altri paesi europei.

3. La molteplicità dei compiti dell'Avvocatura dello Stato, spesso sgan-ciati dalla rappresentanza del potere esecutivo, includono, con l'avvento della Costituzione Repubblicana, il suo intervento - come si vedrà più oltre - nei giudizi di costituzionalità delle leggi innanzi alla Corte costituzionale, nella veste istituzionale di difensore della legittimità della legge nonché la rappresentanza dello Stato, nella sua veste unitaria, nei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e nei giudizi di ammissibilità dei referendum abrogativi.

L'attitudine dell'Avvocatura, maturata nel contenzioso costituzionale e comunitario, a considerare lo Stato come entità complessiva, le consente di svolgere l'attività difensiva, anche nelle questioni puramente interne, avendo a riferimento l'azione amministrativa nel suo complesso.

4. L'Avvocatura dello Stato difende inoltre la Camera dei Deputati e il Senato innanzi ai rispettivi organi di giurisdizione domestica: la Commis-

sione giurisdizionale e l'Ufficio di Presidenza della Camera e, rispettivamente, la Commissione per il contenzioso e il Consiglio di garanzia del Senato, organi di autodichia informati grosso modo alle regole del processo amministrativo.

5. Altri casi rilevanti in cui il legislatore dell'ultimo decennio ha esteso il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato riguardano le Autorità indipendenti: l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (legge n. 74 del 1992), l'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici (legge n. 109 del 1994), l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (legge n. 249 del 1997), il Garante per la protezione dei dati personali (legge n. 675 del 1996).

Per comprendere la rilevanza degli interessi sottesi all'intervento delle Autorità indipendenti, basta considerare che il ruolo dalle stesse svolto nello Stato moderno, parte di una Comunità internazionale, consiste sostanzialmente nel far osservare le regole del mercato, alla luce dei principi comunitari. Tali organi, pur nella loro posizione di imparzialità e terzietà, emettono comunque atti qualificabili come provvedimenti amministrativi, come tali sottoposti al sindacato giurisdizionale, e sono istituzionalmente difesi dall'Avvocatura dello Stato.

III. Funzioni dell'Avvocatura dello Stato

1. Ai sensi dell'art. 13 del R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611, "l'Avvocatura dello Stato provvede alla tutela legale dei diritti e degli interessi dello Stato; alle consultazioni legali richieste dalle amministrazioni ed inoltre a consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare giudizi; esamina progetti di legge, di regolamenti, di capitoli redatti dalle amministrazioni interessate; esprime parere sugli atti di transazione redatti dalle amministrazioni; prepara contratti e suggerisce provvedimenti intorno a reclami o questioni mossi amministrativamente che possano dar materia di litigio".

In forza dei rispettivi statuti regionali, analoga disciplina è applicabile anche per le cinque regioni a statuto speciale (Sicilia, Sardegna, Valle d'Aosta, Friuli Venezia Giulia e Trentino Alto Adige) mentre le regioni a statuto ordinario, in base all'art. 10 legge 3 aprile 1979 n. 103, possono decidere, una volta per tutte, di avvalersi di tutte le funzioni dell'Avvocatura dello Stato con apposita deliberazione del Consiglio regionale. Ai sensi dell'art. 43 R.D. n. 1611 del 1933, le regioni a statuto ordinario che non si sono avvalse della norma precedentemente citata possono comunque avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato. La stessa disciplina vale per tutte le amministrazioni pubbliche non statali e gli enti sovvenzionati, sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dello Stato, sempre che il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato sia previsto da una specifica norma di legge.

L'Istituto opera quindi trasversalmente a vantaggio di tutti i settori della pubblica amministrazione, tanto governativi (centrali e periferici) quanto relativi ad altri enti pubblici, territoriali e non.

2. Tra le funzioni svolte dall'Avvocatura dello Stato, quella che ha avuto tradizionalmente una maggiore visibilità è quella contenziosa di patrocinio in giudizio della parte pubblica.

A proposito dello Stato quale parte in giudizio, si è parlato di "processo di parti in cui una parte è un po' meno parte dell'altra". L'affermazione, lungi dall'evocare privilegi sostanziali o processuali dello Stato, allude al rispetto del principio di legalità da parte della pubblica amministrazione anche quando è parte in giudizio, con conseguente dovere del suo avvocato di essere, per il proprio particolare cliente, prima giudice che difensore, avendo sempre come parametro di riferimento l'interesse pubblico generale. In tal senso, si è parlato di una funzione di natura *latu sensu* "giustiziale" dell'Avvocatura dello Stato, che non si presenta innanzi ai giudici come difensore della singola amministrazione, centro di riferimento di particolari interessi pubblici, quanto piuttosto nella veste di moderatore e mediatore tra interessi confliggenti, portatore di un interesse generale del rispetto della legalità.

Infatti, l'Istituto, quale organo statale in posizione di indipendenza, non essendo inserito nell'organizzazione burocratica delle amministrazioni patrocinate, offre una garanzia di neutralità nella sua assistenza legale, contribuendo così a realizzare i principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa sanciti dall'art. 97 Cost.

La stessa Corte di cassazione (Cass., Sez. Un., 5 febbraio 1997 n. 1082) ha sottolineato *"la particolare posizione dell'Avvocatura dello Stato che, secondo la giurisprudenza, non può parificarsi a quella di un difensore di una parte privata o di altro ente da essa non rappresentato. Invero, la ratio dell'art. 1°, secondo comma, del R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611 risiede nella relazione tra Amministrazione ed Avvocatura che non si configura come una relazione intersoggettiva, in quanto si riferisce a due organi appartenenti alla medesima persona giuridica, e cioè lo Stato-soggetto. L'Avvocatura dello Stato rappresenta e difende l'Amministrazione attiva quale organo tecnico deputato a valutare e tutelare in maniera uniforme gli interessi dello Stato, in virtù del suo inserimento nell'apparato statale, quale suo organo. Inoltre, è comunemente affermato che l'Avvocatura dello Stato, difendendo e rappresentando la pubblica amministrazione in piena autonomia, non difende solo ragioni patrimoniali, bensì gli interessi unitari della collettività nazionale. Rispettando il principio di legalità e di giustizia al quale deve ispirarsi la cura della cosa pubblica, l'Avvocatura dello Stato concorre ad assicurarne la migliore utilizzazione da parte di tutti i cittadini. La necessità della difesa contingente di questo e di quell'interesse particolare dell'Amministrazione deve essere sempre coerente con una visione d'insieme dei diritti da tutelare; ciò richiede massima attenzione e considerazione per le legittime attese degli amministrati, nei cui confronti gli organi pubblici devono essere ed apparire interlocutori affidabili e controparti non pregiudizialmente ostili. Concludendo, l'Avvocato dello Stato deve integrare l'assolvimento del ministero professionale con l'adempimento dell'ulteriore dovere che gli deriva dall'appartenenza ad una pubblica istituzione, quale portatore dell'esigenza di legalità dell'azione amministrativa"*.

3. Tale ruolo è particolarmente evidente nel campo del diritto costituzionale, in cui l'Avvocatura dello Stato, come parte interveniente necessaria nelle questioni incidentali sottoposte al vaglio della Corte Costituzionale, spesso propone, in qualità di *amicus curiae*, letture adeguatrici delle norme sospettate di illegittimità costituzionale, e in tal modo contribuisce a ricomporre unitariamente nel quadro dei principi costituzionali conflitti che, diversamente, la formulazione a volte imperfetta o superata delle norme renderebbe insanabili.

Nel contenzioso costituzionale, l'intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri, che assume una valenza squisitamente politica, caratterizza in termini assolutamente peculiari il patrocinio affidato all'Avvocatura dello Stato che, se non perde certo la sua autonomia tecnica nella costruzione della strategia difensiva e della linea processuale, non può disattendere le indicazioni di massima e le finalità politiche perseguite dall'organo di vertice del Governo né, tanto meno, rifiutare il patrocinio, come invece può fare qualunque avvocato nei rapporti con il cliente.

La richiesta di una pronuncia di incostituzionalità da parte dell'Avvocatura è invece un evento raro (cito per tutti il caso Priebke, di alcuni anni fa, relativo alla possibilità di costituzione di parte civile nei processi innanzi ai giudici militari) ed evidenzia un interesse politico del Governo alla abrogazione o alla modifica della norma censurata che non è stato possibile conseguire con il normale *iter* di formazione delle leggi o che risulta comunque conforme alle necessità finanziarie e di bilancio.

La non frequenza di tale modalità di partecipazione dell'Avvocatura dello Stato al giudizio di costituzionalità delle leggi non è indice di una sua vocazione istituzionale a contraddire sempre e comunque la avversa eccezione di incostituzionalità bensì è dovuta al fatto che la determinazione di intervento nel processo è assunta dalla Presidenza del Consiglio con una preventiva valutazione che, se negativa, di norma viene espressa con una semplice determinazione di "non intervento".

Questa determinazione può essere basata su valutazioni meramente tecniche – di manifesta inammissibilità o infondatezza della questione incidentale che rendono inutile l'intervento – o sul riconoscimento implicito della fondatezza della censura o ancora sulla carenza di un interesse specifico alla pronuncia concernente una legge regionale o su una linea politica di rinnovamento rispetto all'orientamento del quale era espressione la norma oggetto di censura.

Anche nei giudizi di legittimità in via principale o di conflitto, ove la veste di parte del Governo è ben caratterizzata, alcune considerazioni valgono ad escluderne una assimilazione con la parte privata. Innanzi alla Corte, infatti, agisce o resiste il Presidente del Consiglio e non la singola amministrazione cui fa capo la materia o l'atto oggetto del giudizio ma non quale titolare di vertice del potere esecutivo bensì come portatore di un interesse generale riferibile all'unitarietà dell'ordinamento statale. In tale contesto, l'Avvocatura dello Stato è vincolata non solo dalla determinazione di intervenire o meno nel giudizio ma anche dall'oggetto del processo come definito dal Governo, che non può essere ampliato o modificato.

Va ricordata ancora la rappresentanza delle massime cariche dello Stato, come nel recente conflitto di attribuzioni tra il Presidente della Repubblica e il Ministro della Giustizia in ordine all'esercizio del potere di grazia, in cui l'Avvocatura dello Stato ha difeso il Presidente della Repubblica (Corte Cost. 18 maggio 2006 n. 200).

4. La difesa dello Stato in giudizio è ispirata ad una tendenziale universalità di patrocinio, in tutte le controversie e di fronte a tutte le giurisdizioni. Oltre ai giudizi dinanzi ai Collegi comunitari ed internazionali ed alla Corte Costituzionale, la rappresentanza e difesa dell'Avvocatura dello Stato è assicurata sia nei giudizi civili, che in quelli amministrativi, penali, tributari e contabili, innanzi ai giudici di merito, alle magistrature superiori ed ai collegi arbitrali.

5. Per quanto riguarda i giudizi civili, va osservato che tale sede processuale costituisce luogo di elezione per la difesa della sfera patrimoniale e non patrimoniale dello Stato, a fronte della quale il privato cittadino vanta una posizione di diritto soggettivo ed è posto quindi sullo stesso piano dell'amministrazione, sia nelle controversie involgenti una responsabilità aquiliana, sia in quelle aventi ad oggetto una responsabilità contrattuale.

Innanzitutto al giudice civile, si colgono più accentuatamente le peculiarità dell'attività contenziosa dell'Avvocatura e le prerogative da cui essa è assistita, non certo espressioni di un ingiustificato privilegio, ma strumentali ad una più efficace difesa, soprattutto - come si vedrà oltre - con riferimento alla disciplina del foro erariale, al regime della notifica degli atti giudiziari ed alla conformazione dello *ius postulandi*.

6. Per quanto riguarda i giudizi amministrativi - nei quali la posizione dell'avvocato dello Stato, difensore sì della Pubblica Amministrazione, ma nel rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa, è sottolineata non certo a caso dalla sua collocazione in udienza a lato del collegio giudicante - va osservato che il mutamento della società civile e degli equilibri tra i poteri dello Stato hanno condotto ad un controllo sempre più pregnante del potere giudiziario sull'operato di quello esecutivo: da un lato, con il progressivo ampliamento dei casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, dall'altro, con l'introduzione di una tutela sostanziale più effettiva, ripristinatoria e risarcitoria, ferma restando la preclusione per il giudice amministrativo di risolvere questioni attinenti al merito amministrativo - fatte salve le recenti aperture in tema di sindacato c.d. forte sull'attività connotata da discrezionalità tecnica - riservato alla pubblica amministrazione quale unica depositaria della cura degli interessi pubblici.

Sotto il primo aspetto, si è andata profilando una graduale attenuazione del criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla dicotomia interesse legittimo - diritto soggettivo (salvo, poi, una frenata imposta dalla Corte costituzionale con la sentenza 6 luglio 2004 n. 204) per lasciar spazio alla attribuzione di interi "blocchi di materie" alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che, da eccezione, è divenuta la regola, sopravanzando statisticamente, come numero di contenziosi, quella di legittimità, con la tendenziale trasformazione del giudizio amministrativo da processo sull'atto

a processo sul rapporto, con conseguente spostamento del fulcro della cognizione del giudice amministrativo verso la valutazione di legittimità della complessiva azione amministrativa anziché del solo provvedimento finale.

Sotto il secondo profilo, il giudizio amministrativo si è arricchito di una serie di poteri istruttori, cautelari e decisori tali da comportare una svolta fondamentale nell'effettività della tutela apprestata al privato nei confronti della pubblica amministrazione.

Entrambe le innovazioni sono riconducibili, all'esito della lenta evoluzione giurisprudenziale e dottrinale dell'intero secolo scorso, ad una rapida accelerazione degli ultimi anni, ad iniziare dalla legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, che ha dato ampio spazio alle istanze partecipative del privato anche prima ed a prescindere dal processo, innanzitutto con gli accordi sostitutivi dei provvedimenti di cui all'art. 11, espressamente devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nonché con lo strumento dell'accesso ai documenti amministrativi, configurato sempre più come diritto pieno ed autonomo e non solo strumentale alla tutela giurisdizionale, anche esso attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dalla recente legge n. 15 del 2005.

In tale chiave di lettura, è agevole individuare un forte collegamento tra procedimento e processo, in quanto la configurazione di un procedimento amministrativo che, a seguito delle modifiche apportate alla legge n. 241 del 1990 dalla legge n. 15 del 2005, interpreta i rapporti tra amministrazione e privato all'insegna dei canoni della trasparenza e della semplificazione, non può che comportare una più pregnante tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive oggetto dell'esercizio del potere amministrativo.

Quanto all'estensione degli strumenti di tutela istruttori, cautelari e soprattutto decisori, tralasciando l'eccezionale caso di risarcibilità degli interessi legittimi, discendente dagli obblighi europei, per effetto dell'art. 13 della legge comunitaria per il 1991 (legge 142 del 19 febbraio 1992), la prima tappa fondamentale è stata segnata dalla legge delega n. 59 del 1997, che ha indicato tra i principi direttivi la "estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi compreso quello relativo al risarcimento del danno".

Dal canto suo, la Corte di Cassazione, con la storica sentenza n. 500 del 1999, ha successivamente infranto il dogma dell'irrisarcibilità del danno derivante dalla lesione di interessi illegittimi, segnando una svolta epocale nel senso della effettività della tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione, lasciando però aperto il problema del previo necessario annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, poi risolto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 4 del 2003 che ha affermato il principio della c.d. pregiudizialità amministrativa.

Il Consiglio di Stato ha infatti definitivamente ribadito che l'azione di risarcimento può essere proposta sia unitariamente all'azione di annullamento che in via autonoma ma è ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con suc-

cesso il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare gli atti amministrativi.

Quanto all'effettività della tutela, con l'art. 7 della legge n. 205 del 2000, il legislatore ha definitivamente sancito il potere del giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, di disporre "anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto".

La citata legge ha inoltre allargato i poteri cautelari del giudice amministrativo - già estesi in via giurisprudenziale agli atti negativi a fronte dei quali è configurabile un interesse pretensivo del privato - anticipandone gli effetti, in casi indifferibili, anche *inaudita altera parte*; ha previsto il dimezzamento dei termini e l'accelerazione del giudizio nonché il deposito del dispositivo della decisione nelle materie elencate nell'art. 23 *bis* della legge n. 1034/1971 (aggiunto dall'art. 4 della legge 205/00); ha munito il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva di poteri analoghi a quelli del giudice ordinario in materia di ingiunzione di pagamento e di condanna in via provvisoria al pagamento di somme non contestate ed ha introdotto, all'art. 6, l'istituto dell'arbitrato nel processo amministrativo, in relazione alle controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva, assicurando una celere definizione della lite da parte di un collegio professionale, con effetti deflativi del contenzioso innanzi al giudice amministrativo.

Il giudice amministrativo, nonostante la "perdita" del pubblico impiego, ha infatti visto accrescere enormemente la propria giurisdizione, in particolare nel settore nevralgico del diritto dell'economia; è stato inoltre concentrato presso un unico giudice il giudizio di annullamento e quello risarcitorio, con la corrispondente erosione dei tradizionali privilegi dell'amministrazione in materia di responsabilità aquiliana.

L'ultimo atto del percorso di espansione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è rappresentato dalla repentina sterzata in senso opposto per effetto della già richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 33 e 34 del D.Lgs. 80/98, come modificati dalla legge 205/00.

La Corte ha infatti ritenuto che l'indiscriminata estensione della giurisdizione esclusiva alla materia dei servizi pubblici, dell'edilizia e dell'urbanistica, sulla base di un generico interesse pubblico di settore, anche per controversie a carattere tipicamente paritetico, avrebbe alterato non soltanto il rapporto tra giurisdizione del giudice ordinario e giurisdizione del giudice amministrativo, rapporto che dovrebbe presentarsi in termini di regola ad eccezione quanto alla cognizione dei diritti soggettivi, ma anche il rapporto, all'interno della giurisdizione del giudice amministrativo, tra giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione esclusiva, anch'esso connotato da un rapporto di *genus a species*.

Le materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dalla legge 205/00 non sarebbero infatti caratterizzate da quell'inestricabile intreccio di situazioni soggettive qualificabili come interessi legittimi e come diritti soggettivi che può giustificare, compatibilmente con il dettato

costituzionale, la sottrazione della relativa cognizione al giudice ordinario, la cui funzione garantistica di parità di trattamento è assicurata dal controllo nomofilattico della Corte di cassazione.

Sulla base della ricostruzione storica dei lavori dell'Assemblea Costituente, non vi sarebbe, per la Corte, un'incondizionata discrezionalità del legislatore nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo intere materie, a prescindere dalla natura delle situazioni soggettive coinvolte, dovendosi ritenere che la giurisdizione del giudice amministrativo presupponga necessariamente l'esplicarsi della funzione autoritativa dell'amministrazione.

Correlativamente, la Corte ha riconosciuto la piena conformità alla Carta costituzionale dell'attribuzione al giudice amministrativo del potere di conoscere della domanda risarcitoria, sostanzandosi lo stesso non già in una nuova "materia" ma in un ulteriore strumento di tutela, oltre a quello classico demolitorio, tale da rendere effettiva la domanda di giustizia del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

7. Per quanto concerne i procedimenti penali, l'Avvocatura solitamente rappresenta gli interessi dello Stato, quale parte civile, chiedendo il ristoro dei danni patrimoniali o morali conseguenti alla commissione di un reato. Si pensi, non solo ai reati tributari, ma a quelli di terrorismo o di criminalità organizzata che minano alla radice l'ordine pubblico di uno Stato democratico nonché i reati di inquinamento ambientale o quelli di corruzione o concussione, che direttamente attentano all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione.

Ai sensi dell'art. 44 R.D. n. 1611 del 1933, l'Avvocatura può anche agire come organo di difesa di una persona fisica a condizione che si tratti di un pubblico dipendente che sia imputato di un crimine commesso nell'esercizio delle sue funzioni e sempre che, da una preliminare delibazione, non si ravvisi un conflitto tra la posizione del dipendente e gli interessi dell'amministrazione.

8. A differenza della difesa giudiziaria, che implica un inevitabile ruolo di parte, l'attività di consulenza consente di assicurare la tutela non già dell'interesse contingente e parziale della singola amministrazione bensì degli interessi pubblici generali, attuando realmente il principio di legalità.

In tale contesto, emerge la rilevanza centrale che, nell'attività dell'Avvocatura, riveste la funzione consultiva. Con essa, oltre alla prevenzione delle liti, un organo giuridico indipendente e unitario può assicurare che vengano considerati e, nella misura consentita, garantiti gli interessi giuridicamente rilevanti di tutti i soggetti coinvolti, e quindi non solo dello Stato ma anche degli stessi cittadini.

In un momento storico caratterizzato da un'accentuata tendenza alla privatizzazione, in cui l'azione amministrativa viene a svolgersi secondo modelli giuridici non più interamente tipizzati, permane e si rafforza la esigenza di unitarietà. Ciò non solo per assicurare uniformità all'azione dell'Amministrazione dello Stato ma anche per garantire la parità di trattamento che costituisce uno dei principi cardine della Carta Costituzionale.

La legge conferisce all'Avvocatura dello Stato due tipi di consulenza: una di tipo giudiziario, funzionalmente collegata ad una lite potenziale o in atto e una di natura generale, anche su atti di normazione di vario rango.

In relazione alla prima categoria, appare evidente l'impatto che il parere dell'Avvocatura dello Stato può rivestire in ordine all'opportunità di agire o di resistere in giudizio, di proporre impugnazione o di rinunciare agli atti del giudizio, anche in relazione alla celerità con la quale può essere raggiunta una soluzione transattiva, rispetto ai tempi della giustizia, che possono far lievitare gli interessi e la responsabilità ove le ragioni del soggetto privato siano da ritenersi ragionevolmente fondate. L'Avvocatura può quindi suggerire all'amministrazione di provvedere all'annullamento in autotutela di un atto illegittimo o alla corresponsione della somma reclamata ove palesemente dovuta, contribuendo notevolmente ad assicurare l'effettività della tutela apprestata ad entrambe le parti.

Particolarmente rilevante appare l'attività consultiva di natura c.d. giudiziaria in relazione alla recente esperienza del contenzioso seriale, promosso da vaste platee di consumatori, a volte per effetto di provvedimenti delle Autorità indipendenti (si pensi alla vicenda dei rimborsi dei premi assicurativi in materia di responsabilità automobilistica), o in relazione a vicende di grande impatto sociale (si pensi alla tutela del risparmio o alla tutela della salute da rischi di massa) o di grande interesse civile ed umano (si pensi a recenti iniziative giudiziarie da parte di internati militari italiani in Germania dopo l'armistizio del 1943, e da parte di profughi istriani a seguito del passaggio del territorio dell'Istria alla ex Jugoslavia): alcune proposte legislative tendono ad introdurre lo strumento della *class action* allo scopo di ridurre i costi processuali e di favorire soluzioni rapide e giuridicamente omogenee; in tale ambito l'Avvocatura dello Stato, per le descritte sue caratteristiche, oltre che prevenire o contenere tali tipi di contenzioso, può utilmente intervenire nella delicata fase preliminare di selezione delle cause pilota.

Per quanto riguarda il secondo tipo di consulenza c.d. generale, si evidenzia che i pareri di massima o di particolare rilevanza vengono resi dall'Avvocato Generale, sentito il Comitato consultivo – espressione del principio di collegialità sul piano tecnico-istituzionale – composto dall'Avvocato Generale, che lo presiede, e da sei Avvocati dello Stato con una particolare esperienza professionale, designati dal Consiglio degli Avvocati e Procuratori dello Stato.

L'attività consultiva si caratterizza per autonomia e indipendenza del giudizio ed assume il connotato garantistico di una pronuncia pro-veritate.

Può inoltre inquadrarsi in tale ambito della funzione consultiva il potere-dovere che l'art. 15 della legge n. 103 del 1979 conferisce all'Avvocato Generale di segnalare al Presidente del Consiglio dei Ministri eventuali carenze legislative e problemi interpretativi.

In linea generale, l'attività consultiva dell'Avvocatura dello Stato ha natura facoltativa.

Solo in qualche caso la legge configura il parere dell'Avvocatura come obbligatorio - come per le transazioni sulle riserve dell'appaltatore, per l'an-

nullamento dei crediti per inesigibilità e per la congruità delle spese legali sostenute da un pubblico dipendente in un giudizio civile, amministrativo o penale conclusosi a lui favorevolmente - o addirittura come vincolante, come per i pareri di proprietà e libertà di immobili.

L'Avvocatura dello Stato riveste quindi un ruolo importante, sia nelle sedi giurisdizionali, sia con la sua attività di consulenza legale, per mantenere un quadro di riferimento unitario nei molteplici e rilevanti settori dell'agire pubblico.

È per questa esigenza di razionalizzazione e di uniformità che sono state rivendicate l'organicità e l'esclusività del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato nei casi in cui una norma autorizzi un'entità di evidenza pubblica ad avvalersene. Ciò non toglie che il principio possa essere temperato con interesse fra Avvocatura ed Ente, che, per determinati casi e per esigenze obiettive, consentano, senza minare l'indispensabile visione unitaria e comparata degli interessi in gioco, l'affidamento della cura di una parte del contenzioso all'esterno dell'Istituto.

IV. Organizzazione dell'Avvocatura dello Stato

1. Sotto il profilo organizzativo, gli uffici dell'Avvocatura dello Stato sono costituiti dall'Avvocatura Generale e da venticinque Avvocature Distrettuali. La prima, con sede in Roma, ha una competenza estesa all'ambito nazionale per quanto non riservato alla competenza degli uffici distrettuali, aventi sede in ciascun distretto di Corte d'appello e quindi in linea generale in ogni capoluogo di regione, con l'eccezione della Sicilia, con quattro Avvocature Distrettuali, della Lombardia, della Campania, della Puglia e della Calabria, ciascuna con due Avvocature Distrettuali, e della Valle d'Aosta, per la quale le relative funzioni sono svolte dall'Avvocatura di Torino.

Il criterio di riparto delle competenze è ovviamente quello territoriale della localizzazione del giudice competente o dell'ufficio centrale o periferico che richiede il parere. L'Avvocatura Generale è quindi competente per i giudizi innanzi alle magistrature superiori (anche per le cause in cui i gradi di merito sono stati seguiti dalle Avvocature Distrettuali): Corte di cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti, Tribunale Superiore delle Acque, Corte costituzionale nonché, funzionalmente, per i giudizi innanzi ai collegi internazionali e comunitari ed in materia consultiva per i pareri che involgano questioni di massima.

2. Al vertice dell'Istituto è posto l'Avvocato Generale, coadiuvato nelle sue funzioni da un Avvocato Generale Aggiunto e da otto Vice Avvocati Generali.

L'Avvocato Generale, nominato dal Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, è fiduciarmente investito dal Governo del ruolo di garantire la rispondenza dell'attività tecnico-legale dell'Istituto agli interessi generali dello Stato e degli altri soggetti patrocinati ed assistiti.

La delicatezza di tale funzione e l'ampio margine di autonomia ed indipendenza dei singoli Avvocati dello Stato spiegano l'ampiezza e l'importanza dei poteri attribuiti all'organo di vertice.

L'Avvocato Generale determina le direttive inerenti alla trattazione degli affari contenziosi e consultivi; presiede il Consiglio degli Avvocati e Procuratori dello Stato ed il Comitato consultivo; vigila su tutti gli uffici e il personale dell'Avvocatura; risolve, sentito il Comitato consultivo, le divergenze di parere sia tra gli uffici distrettuali dell'Avvocatura dello Stato, sia tra questi e le singole amministrazioni; assegna agli Avvocati e Procuratori in servizio presso l'Avvocatura Generale gli affari contenziosi e consultivi; riferisce periodicamente al Presidente del Consiglio sull'attività svolta dall'Avvocatura dello Stato.

3. L'Avvocato Generale è inoltre assistito, nell'esercizio delle sue funzioni, da un Avvocato dello Stato che svolge le funzioni di Segretario Generale, il quale cura il funzionamento degli uffici e dei servizi, sovrintende agli affari amministrativi ed esercita le funzioni di capo del personale amministrativo. Tale incarico viene conferito per un periodo di cinque anni ed è rinnovabile una sola volta.

4. Gli Avvocati Distrettuali sono incaricati della direzione degli uffici periferici ed esercitano in sede locale le medesime funzioni assolve dall'Avvocato Generale in sede centrale.

5. Tra gli organi collegiali, oltre al Comitato consultivo, di cui si è già detto, va ricordato il Consiglio degli Avvocati e Procuratori dello Stato, composto dall'Avvocato Generale, dai due Vice Avvocati Generali e dai due Avvocati Distrettuali rispettivamente più anziani nell'incarico e da quattro Avvocati dello Stato, di cui almeno uno Procuratore, eletti ogni tre anni da tutti gli Avvocati e Procuratori dello Stato. Tale organo di autogoverno esprime pareri sulla distribuzione dei legali dell'Avvocatura nelle varie sedi sia a seguito della prima nomina che a seguito di trasferimento; esprime giudizi in merito alla progressione nelle classi di stipendio; formula parere sul conferimento degli incarichi e sul collocamento fuori ruolo.

V. Caratteristiche della difesa in giudizio a mezzo dell'Avvocatura dello Stato

1. L'attività di rappresentanza e difesa in giudizio dell'Avvocatura dello Stato presenta caratteri di assoluta originalità, sia rispetto all'attività professionale degli Avvocati del libero foro, sia rispetto all'attività di quelli organicamente inseriti in uffici legali di soggetti pubblici non assistiti dall'Avvocatura dello Stato ed iscritti negli albi speciali.

La peculiarità non attiene al contenuto dell'attività difensiva, che in qualunque esplicazione dell'attività forense non può che essere informato alla professionalità dell'Avvocato, bensì alla particolare configurazione che assume lo *ius postulandi* dell'Avvocatura dello Stato.

Quest'ultima è infatti dotata *ex lege* del mandato necessario ed irrevocabile di rappresentanza e difesa in giudizio delle amministrazioni statali e di quelle assimilate.

Gli Avvocati e Procuratori dello Stato esercitano la loro attività tecnico-professionale, innanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede, senza

bisogno di mandato neppure nei casi in cui le norme processuali comuni richiedono la procura speciale, bastando che consti della loro qualità (art. 1 R.D. n. 1611 del 1933).

Mentre dunque l'incarico professionale forense trova il suo fondamento in un rapporto di autonomia privata tra cliente e Avvocato, sempre modificabile o revocabile, l'Avvocatura dello Stato – ed i singoli Avvocati dello Stato, che sono fungibili e sostituibili tra loro, sia nella sottoscrizione degli atti difensivi che nella partecipazione alle udienze – assumono la difesa legale in sede giurisdizionale in adempimento di un obbligo istituzionale.

La rappresentanza processuale dell'Avvocatura non comporta, peraltro, anche la rappresentanza sostanziale della pubblica amministrazione; ciò in base ad una scelta legislativa che riserva all'Avvocatura la posizione di Avvocato e all'Amministrazione quella di titolare del rapporto giuridico controverso, con la conseguente disponibilità dello stesso. L'Avvocatura può compiere però tutti quegli atti processuali, quali l'impugnazione o la rinuncia agli atti del giudizio, che possono determinare effetti di natura sostanziale e deve indirizzare l'Amministrazione, nell'osservanza delle norme di legge, nelle determinazioni concernenti la disponibilità della lite.

A norma dell'art. 12 della legge n. 103 del 1979, in caso di contrasto tra l'Amministrazione e l'Avvocatura dello Stato, decide il Ministro con provvedimento non delegabile. Si tratta di un'eventualità eccezionale che si è verificata di rado, riconoscendo quasi sempre l'Amministrazione il contenuto tecnico ed imparziale del parere dell'Avvocatura dello Stato in ordine alla gestione di una determinata controversia, alla resistenza o desistenza dalla lite; parere che deve ritenersi improntato al rispetto della legge ed al perseguimento del fine pubblico generale.

2. Oltre all'automatismo del mandato, vi sono altre due norme che favoriscono la prontezza e l'efficacia della difesa dello Stato a mezzo dell'Avvocatura: quella sul foro erariale (art. 25 c.p.c.) e quella sull'obbligo di notifica, a pena di nullità, degli atti indirizzati alle amministrazioni presso l'Avvocatura dello Stato territorialmente competente (art. 144 c.p.c.).

La norma sul foro erariale consente di concentrare presso un unico giudice, avente sede nel distretto di Corte d'appello ove ha sede l'Avvocatura dello Stato, tutte le cause civili in cui sia parte un'amministrazione statale o assimilata. La norma non si applica invece ai processi penali ed amministrativi (non essendo invocabile per le cause pendenti innanzi alle sezioni distaccate dei TAR) e, in alcuni casi eccezionali, anche ai giudizi civili (esecuzione immobiliari, fallimenti, controversie di competenza dei giudici di pace).

3. La norma che prevede la notifica degli atti giudiziari presso l'Avvocatura dello Stato permette una più tempestiva difesa dello Stato, evitando eventuali ritardi nella trasmissione dell'atto da parte dell'amministrazione interessata, soprattutto nei casi in cui l'Avvocatura sia già in possesso degli elementi fattuali, oltre che giuridici, per poter apprestare la difesa (si pensi ad esempio alle notifiche di atti di appello).

Si sottolinea inoltre che, mentre la notifica effettuata direttamente all'amministrazione è affetta da nullità (insanabile qualora siano nelle more

maturate decadenze), l'erronea individuazione della branca amministrativa competente è sanata dalla mancata eccezione in tal senso dell'Avvocatura dello Stato nella sua prima difesa (art. 4 legge 25 marzo 1958 n. 260), il che conferma quella visione improntata all'unitarietà dello Stato, rappresentato nella sua globalità dall'Avvocatura dello Stato, a prescindere dall'interesse specifico della singola amministrazione di volta in volta coinvolta nel giudizio.

VI. Considerazioni conclusive

1. Si è detto che l'Avvocatura dello Stato consiste in uno speciale organo costituito da avvocati che sono allo stesso tempo funzionari dello Stato e professionisti specializzati che esercitano la loro attività di assistenza e consulenza in via generale, in modo autonomo ed indipendente.

Tale sistema presenta due indubbi vantaggi: il primo è quello di assicurare una linea difensiva uniforme per tutte le cause, tenendo sempre presente, da un angolo prospettico che garantisce una visione d'insieme dell'ordinamento statale, l'interesse pubblico generale; il secondo è di tipo economico, trattandosi di un meccanismo che, per via della concentrazione delle competenze, consente un notevole risparmio di spesa dello Stato.

2. Nel concreto, occorre chiedersi se l'Avvocatura dello Stato sia in grado di curare efficacemente la funzione che le è stata affidata.

Al di là della preparazione e della capacità professionale dei singoli Avvocati dello Stato, che sono reclutati mediante un duplice concorso pubblico particolarmente selettivo, vanno evidenziati alcuni elementi oggettivi ed alcuni dati numerici che, pur nella loro sinteticità, possono dare un'idea dell'attività svolta e dei risultati conseguiti.

Innanzitutto, va precisato che l'organico dell'Avvocatura, nella sede centrale romana e nelle sedi distrettuali, è complessivamente di 370 legali e di circa 900 impiegati amministrativi. (Tali ruoli, malgrado l'evidente esiguità, sono attualmente largamente scoperti e le note difficoltà finanziarie impediscono il reclutamento per i posti vacanti). Attualmente il numero degli affari nuovi per anno, in un ventaglio amplissimo di materie, è di circa 200.000, con un incremento costante negli anni (dieci anni fa, il numero era di circa 140.000), con un'assegnazione media nuova annua pro-capite di 500/600 affari, che si aggiungono a quelli anteriori pendenti. Il costo complessivo medio annuo per l'intera Avvocatura si aggira su € 130.000.000, il che significa che, mediamente, una pratica costa allo Stato per la sua difesa € 600-650. Con riferimento ai soli affari contenziosi, la percentuale di cause vinte dall'Avvocatura dello Stato è del 65-70%, percentuale già certamente altissima, ma che potrebbe anche salire se si riuscisse a potenziare i mezzi dell'Avvocatura. E si tenga conto comunque che, nella residua percentuale del 30-35%, vi sono cause che possono considerarsi perdute in partenza, fisiologicamente, perché (come quelle sulla riparazione per ingiusta detenzione o quelle numerosissime sull'indennizzo per la durata irragionevole del processo) sono conseguenti a norme che mirano ad un ripristino dell'equilibrio sociale infranto da difetti del sistema: una sorta di riconoscimento

implicito delle inadeguatezze funzionali dei pubblici poteri e di riparazione per tali mancanze.

Già tali risultati sembrano dimostrare il grande impegno dei legali e del personale dell'Istituto e appaiono sostanzialmente positivi. Questo però non significa affatto che non ci siano margini per assicurare una tutela più efficace, soprattutto nella rapidità della consulenza legale, fondamentale per arginare potenziali contenziosi e per indirizzare l'agire amministrativo verso il più equo perseguimento del fine pubblico.

Le Amministrazioni pubbliche, così come tutti i clienti, richiedono ai professionisti cui si rivolgono un servizio sempre più efficiente e risultati sempre più soddisfacenti.

E' evidente che tempi e modi del servizio reso possono essere migliorati e a tal fine sono state avviate, in questi ultimi anni, riorganizzazioni all'interno dell'Istituto per rispondere più efficacemente e più tempestivamente alle richieste che pervengono dalle amministrazioni.

Deve quindi concludersi che l'Avvocatura dello Stato, forte di una tradizione che data ormai 130 anni e che le ha consentito di accompagnare la vita dello Stato unitario pur nei numerosi e radicali mutamenti istituzionali che l'hanno segnato, continuerà a perseguire ed a garantire costantemente la tutela dell'interesse pubblico che deve essere alla base dell'azione amministrativa.

L'impegno dell'Avvocatura dello Stato in un nuovo corso della giustizia^(*)

di Vittorio Russo

È davvero unica l'esperienza del prender parte insieme alle massime autorità del diritto, europee e non solo, e davanti ad una così attenta e qualificata platea, ad un discorso che investe la difesa del tessuto normativo europeo. Questo costituisce infatti la struttura portante e di collegamento delle tante *diversità* di un'Europa in cui, però, "*ognuno possa sentirsi a casa sua*" come ha detto il Presidente dell'U.A.E. Joe Lemmer. Mi ha poi particolarmente colpito l'attenta analisi svolta in apertura dal Prof. Cacciari, del fenomeno dell'espansione della domanda, anzi *delle domande* di giustizia, cui corrisponde un espandersi a dismisura della produzione normativa, la quale all'inverso contribuisce, in una sorta di spirale, alla proliferazione delle prime. Ma la costruzione di un'Europa del XXI secolo deve evidentemente fare i conti anche con queste realtà. Ed anzi, ricordava proprio ieri il Prof. Tesauro, la competitività del continente Europa passa proprio per il problema della giustizia.

L'Avvocato Generale dello Stato ha già illustrato il ruolo istituzionale e le funzioni dell'Avvocatura dello Stato, nell'ordinamento giudiziario europeo ed in quello interno. Il mio intervento sarà invece più specificamente rivolto alle possibilità dell'Avvocatura dello Stato di contribuire all'efficacia ed all'effettività della tutela giurisdizionale, oltre che nel contesto *attuale*, soprattutto in un meno problematico *futuro* del 'pianeta giustizia'.

La crisi della giustizia interna del nostro Paese affonda le sue radici nei secoli, e si manifesta principalmente nell'eccessiva lentezza dei processi. Problema questo che in qualche misura condividiamo con altri grandi Paesi europei, come anche qui emerso ad esempio dalle relazioni del Presidente della Corte Suprema di Spagna Herando Santiago, o del Presidente della S.C. tedesca Hirsch, il quale ci ha ricordato che "*solo il diritto rapido è buon diritto*". Ma insieme alle condanne ed alle raccomandazioni all'indirizzo del nostro Paese (in ...buona compagnia però con molti altri Stati del continente), dalle sedi europee è sempre pervenuto l'unanime riconoscimento degli sforzi straordinari compiuti dall'Italia per migliorare il suo sistema giudiziario.

Anche l'Avvocatura dello Stato può e deve partecipare a questi sforzi. Ci si chiederà in che modo possa farlo, non esercitando essa funzioni giurisdizionali.

(*) Relazione dell'Avvocato dello Stato Vittorio Russo al Convegno su "*Nuove frontiere per la costruzione dell'Unione Europea: l'effettività e l'efficacia del sistema di giustizia*", U.A.E., XX anniversario della fondazione dell'Unione degli Avvocati Europei, Venezia, 23, 24 e 25 novembre 2006.

Il processo, però, lo fanno i giudici e gli avvocati. Partendo da questa premessa occorre considerare che, oltre ad essere un organo della nostra pubblica Amministrazione, l'Avvocatura dello Stato è anche un grande *'studio legale'*, e sicuramente il più impegnato sulla scena del Foro italiano. E chi vi parla è uno dei trecentosettanta avvocati che ne fanno parte. Qual è, in relazione al tema assegnatomi, il significato di questa collocazione professionale? E quale contributo può dare questa particolare figura professionale a quel nuovo corso della giustizia disegnato dalle riforme di questi ultimi anni, e da quelle in arrivo?

Partendo proprio dall'aspetto dimensionale dello *'Studio legale Avvocatura'*, e dalla mole di contenzioso che esso è chiamato a gestire, già espresso in cifre dall'Avvocato Generale, mi limiterei qui ad evidenziare che l'avvocato dello Stato è presente, oltre che nella quasi totalità dei giudizi dinanzi alla Corte Costituzionale, nelle cause riguardanti il nostro Paese dinanzi agli Organi comunitari di giustizia, in più della metà delle cause amministrative pendenti in Italia (che salgono a 7 su 10 dinanzi al TAR Lazio) ed in centinaia di migliaia di cause civili, oltre che in un gran numero di affari penali, di Corte dei conti e davanti a collegi arbitrali. Può dunque comprendersi quanto sia pervasivo e caratterizzante il ruolo dell'*'avvocato dello Stato'* nelle nostre aule di giustizia.

Ma, chi è questo personaggio?

Al profilo tracciato dalla sentenza delle SS.UU. n. 1082 del '97, richiamata dall'Avvocato Generale, vorrei aggiungere la testimonianza del suo predecessore Giorgio Zagari davanti alla Commissione bicamerale nella seduta del 15 aprile di quello stesso anno: *"...Siamo abituati, nella nostra azione professionale, ad un faticoso regime, perché pur essendo avvocati e dovendo quindi svolgere nelle cause tale ruolo su un piano assolutamente paritario rispetto agli avvocati del libero foro, non possiamo espletare la nostra funzione con ottica parziale; la difesa contingente di questo o quell'interesse particolare dell'amministrazione deve essere sempre coerente con una visione d'insieme dei diritti da tutelare, improntata alla massima considerazione per le legittime attese degli amministrati"*. Concetto che il fondatore dell'Avvocatura dello Stato, Mantellini, scolpiva con le parole ripetute dall'Avvocato Generale: *"Prima giudice e poi avvocato dello Stato"*.

"Gli avvocati dello Stato – riprende Giorgio Zagari – sono figure in qualche modo complesse, nel senso che si tratta di avvocati, di funzionari e, sotto un certo profilo, anche di magistrati... Nella veste di funzionario, l'avvocato dello Stato deve esercitare le proprie funzioni sempre con l'indipendenza e la libertà professionale proprie dell'avvocato, che consentono di dare al suo patrocinio la più efficace ed adeguata tutela; infine, quale portatore delle esigenze di legalità e garanzia dell'azione amministrativa – cioè, in qualche misura, come magistrato – deve anche saper salvaguardare, soprattutto nell'esercizio della funzione consultiva, l'unità e razionalità dell'ordinamento nel rispetto della legalità".

In coerenza con questo quadro, vediamo nell'art. 1 del Codice Etico dell'Avvocatura dello Stato, che gli Avvocati e Procuratori dello Stato, nella conduzione degli affari, *"agiscono:*

“a) in piena indipendenza dai soggetti che usufruiscono della loro consulenza e del loro patrocinio;

“b) secondo le proprie motivate convinzioni giuridiche e le proprie valutazioni etiche;

“c) in posizione di parità processuale con gli avvocati e procuratori del libero foro nel rispetto delle regole di deontologia professionale forense”.

Più che essere *al servizio* dell'interesse pubblico in giudizio, dunque, noi avvocati dello Stato condividiamo il grande privilegio, oltre che il dovere, di *interpretarlo direttamente*. E nei casi, per fortuna pressoché teorici, in cui la c.d. “ragion di Stato” non riuscisse ad armonizzarsi con le vedute del suo *team* di giuristi, soltanto il Ministro potrebbe, sotto la sua responsabilità, determinare diverse scelte processuali (art. 12 legge 3 aprile 1979 n. 103). Ma resterebbe in ogni caso salva una garanzia d'indipendenza non minore di quella del magistrato, consistente nella fondamentale prerogativa dell'avvocato dello Stato, che ritenesse “*di non poter seguire per ragioni di coscienza*” le direttive ricevute, di chiedere dispensa dalla trattazione dell'affare. Norma questa, sempre del citato art. 1 del Codice etico, da leggere insieme con l'art. 19 legge cit., che prevede appunto la possibilità degli avvocati e procuratori dello Stato di chiedere, in caso di divergenza di opinioni, “*di essere sostituiti nella trattazione dell'affare*”.

Ben si comprenderà quali grandi vantaggi può arrecare questa autonomia intellettuale ed operativa degli avvocati dello Stato, nella vastità di spazi operativi che essi sono soliti impegnare, nel momento dialogico sia col collega della difesa privata che con il giudice; e specie nella visione *conciliativa* del nuovo processo civile. Il che ci indica un'Avvocatura dello Stato *trait d'union*, e ideale strumento di composizione di interessi privati e pubblici in conflitto. Questa vocazione può rendere un gran buon servizio alla causa dell'effettività e dell'efficacia della tutela giurisdizionale, sia assicurando alla controparte privata una più sollecita definizione della controversia nei numerosi casi in cui si possano comporre amichevolmente gli interessi in campo, e sia, con ciò stesso, alleviando il lavoro del giudice a vantaggio della celerità delle definizioni giudiziali, di quegli altri casi in cui la composizione non fosse invece possibile.

Personalmente condivido l'idea di un generale primato della risorsa conciliativa o transattiva, anche a prescindere dalle connotazioni pubblicistiche dei soggetti da noi patrocinati. In una società che riesca davvero ad aver cura dell'individuo, questa dovrebbe infatti affermarsi come il mezzo *fisiologico* di definizione delle controversie, e dunque il migliore strumento di *effettività* anche in un'ipotetica giustizia ultrarapida. Ciò per la conclusiva ragione che, nella generalità dei casi, l'accordo accontenta entrambe le parti, nei maggiori termini complessivi sia di resa economica che di soddisfazione *psichica*. Nel caso invece di vincitori e vinti, di fronte ad uno che ride ce n'è un altro che piange. E specie quando la giustizia è ritardata, non sempre a piangere è quello che perde... Anche nel miglior sistema giudiziario, dunque, la sentenza dovrebbe costituire l'*extrema ratio*, quasi la patologia di un processo con operatori di giustizia rivolti più a presentare ai loro 'utenti' il volto della legge, severo quando occorre, che ad azionarne la scure.

Le possibilità dell'Avvocatura dello Stato di promuovere e coltivare transazioni, che, come stiamo per vedere, possono rivelarsi una vera e propria miniera di *effettività* della tutela giurisdizionale, sono in via generale previste dall'art. 13 R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611 (appr. T.U. dell'Avvocatura dello Stato) e dall'art. 14 R.D. 18 novembre 1923 n. 2440 (legge di contabilità generale dello Stato), "qualunque sia l'oggetto della controversia". Norme speciali prevedono, poi, il ricorso a questo mezzo nell'istruttoria prefettizia per il risarcimento dei danni provocati da operazioni di polizia giudiziaria (art. 3 d.P.R. 18 settembre 94 n. 388); oppure nelle controversie riguardanti l'esecuzione delle infrastrutture serventi le aree industriali, di cui all'art. 32 legge 14 maggio 1981 n. 219, la cui transigibilità richiede il parere obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato a norma dell'art. 5 comma 6 D.L. 8 febbraio 1995 n. 32 conv. con legge 7 aprile 1995 n. 104.

Proprio in omaggio a questa tradizione storica, ed a fini deflattivi della gran massa di contenzioso che ancor oggi grava sulle Corti d'appello, il D.L. 11 settembre 2002 n. 201 aveva inserito, nel quadro dell'azione di equa riparazione per superamento della durata ragionevole del processo (l. 24 marzo 2001 n. 89, art. 2 *bis*) – questo proprio sta emergendo come *leit motiv* del convegno – una fase consultiva *necessaria* e pre-contenziosa presso la stessa Avvocatura dello Stato, chiamata di volta in volta ad elaborare i contenuti di una proposta transattiva, in piena autonomia ed in base ai parametri oggettivi del giudizio sotto osservazione (condotta della parte in causa, durata, tipologia ed esito), e direttamente a concludere il relativo procedimento. Ma tale pur opportuna misura non venne però convertita in legge.

Venendo ora allo specifico campo d'esperienza di chi vi parla, osserverei come i vantaggi della soluzione concordata della lite appaiano particolarmente evidenti nel campo degli incentivi dello Stato alle imprese. Si è ad esempio riusciti molte volte a 'recuperare' iniziative importanti sul piano economico-occupazionale locale, oltre che imprenditoriale, ricorrendo ad un modello di '*transazione ad oggetto pubblico*' ('inaugurato' nel 1999 con la transazione *Stilgres-Tilegres-I.C.M.* - già *Min. Industria Commercio ed Artigianato*): dietro adeguate garanzie si '*trasferiva*,' ad un'impresa terza, il contributo già concesso ed indi revocato ad altra impresa nel frattempo assoggettata a procedura concorsuale, attraverso un accordo trilaterale fra gli organi della procedura, lo Stato ed il terzo, il quale subentrava anche negli obblighi dell'originario disciplinare. Oltre a porre fine a catene di contenziosi solitamente agguerriti, tali soluzioni hanno assecondato l'interesse delle pubbliche finanze *dinamicamente* considerate, oltre a quelli delle collettività locali più direttamente coinvolte nell'operazione. Questa 'architettura' giuridica richiese il superamento di ostacoli di natura tecnica; ma alla fine funzionò, ed ancora oggi funziona. Il che può costituire un esempio 'sul campo' della nostra *concreta* attenzione all'interesse pubblico.

Ma, oltre a questi, vi sono altri mezzi a disposizione dell'avvocato dello Stato per assicurare, "*insieme all'applicazione delle norme giuridiche... la valutazione delle ragioni di equità e di contemperamento degli interessi in*

conflitto per la realizzazione del buon andamento e della imparzialità voluti dalla Costituzione” (art. 1 del Codice Etico cit.).

Codificando il principio programmatico da ultimo richiamato, l'art. 1 della legge 241/90 ha *formalizzato* nel diritto positivo un generalizzato precetto di economicità dell'azione amministrativa, che investe anche il pur peculiare compito dell'Avvocatura dello Stato. Questa è infatti chiamata, oltre che al patrocinio strettamente tecnico-legale delle pubbliche amministrazioni, a 'gestire' *economicamente* il loro contenzioso, e come s'è visto in una visione globale degli interessi in campo. Per tal via le risorse giuridiche dell'Avvocatura dello Stato vanno in qualche modo ad 'integrarsi', con quelle che lo stesso sistema statale già impegna nell'attività giudiziaria. Il che concorre a realizzare, insieme all'affermazione del richiamato principio di legalità, un ulteriore ed importante momento di effettività della tutela giurisdizionale.

Tutte le volte, infatti, che ci si trovi di fronte all'alternativa se promuovere o non una lite, oppure abbandonare una lite già iniziata o smettere di resistervi, o impugnare un provvedimento giurisdizionale 'sfavorevole' all'Amministrazione o piuttosto rendere un parere di acquiescenza (in sostanza 'vincolante'), valutazioni di questo tipo non potrebbero limitarsi al calcolo del tornaconto strettamente patrimoniale in rapporto alle obiettive *chances* di vittoria. Intanto esse dovrebbero fare anche i conti col *complessivo* costo delle risorse amministrative richieste dalla gestione della lite; e soprattutto, in contesti professionali notoriamente sovraccarichi di lavoro, compararne il tornaconto col sacrificio di affari più importanti per la cosa pubblica, che ne restassero 'sacrificati', sul tavolo dell'avvocato dello Stato come, correlativamente ... su quello del giudice. Ma questo calcolo potrebbe ancora rivelarsi 'miope', quando il suo risultato *monetario* non tenesse conto della sorte degli interessi pubblici in campo, specie se di difficile o impossibile contabilizzazione. Proprio in quest'ordine di idee risiede la *ratio* dell'art. 13 del cit. T.U., il quale dispone che l'Avvocatura dello Stato provvede, oltre alla tutela legale dello Stato ed alle consultazioni richieste dalle Amministrazioni, "a *consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare giudizi*".

Occorre al riguardo riprendere e sviluppare l'accennata *visione 'integrata' del Sistema Giustizia*, che è, a parere di chi vi parla, la chiave di un discorso molto importante.

Quando l'Avvocatura dello Stato abbandona un giudizio o soprassiede ad un appello, affatto non ...abdica dalle sue funzioni di 'avvocato' – del che cercheremo più avanti di veder meglio il significato – abbandonando così l'Amministrazione al suo destino. È che *il suo parere sostituisce la sentenza*, nel senso che sul piano funzionale l'Amministrazione non può prescindere (se non, come si suol dire, 'a rischio e pericolo' dei funzionari che si assumessero la responsabilità di disattendere l'organo tecnico-giuridico dello Stato); e ciò alla stregua di un avvocato con una sorta di potestà effettiva sulle scelte del suo cliente. Il che realizza un'ottima architettura di sistema: l'assoggettamento dello Stato al giudice assicura infatti la migliore

garanzia possibile al privato, mentre la contemporanea e sempre immanente regia di un'Avvocatura dello Stato professionalmente sensibile agli interessi pubblici in campo, assicura un *mezzo aggiuntivo di realizzazione del diritto*. Peraltro, in corrispondenza con i detti due poli d'interesse, *privato e pubblico*, un sistema del genere pone nel miglior rapporto dialettico il giudice, espressione della *Comunità statale*, con l'avvocato rappresentante dello *Stato-Amministrazione*. Entrambi concorrono, in ultima analisi, a fornire il 'prodotto' *giustizia*, sia *complementarmente* in quanto soggetti indefettibili e co-protagonisti della scena processuale, e sia *alternativamente*, tutte le volte che l'avvocato dello Stato ritenga più conveniente offrire all'Amministrazione, in luogo di una sentenza (destinata spesso a farsi attendere a lungo...), il suo parere conclusivo della lite, in pratica di pari efficacia cogente.

Attraverso una sua lettura opportunamente 'storicizzata', l'art. 13 *T.U. Avv. Stato* finisce così con l'introdurre un meccanismo di grande modernità ed efficienza, in un quadro caratterizzato ormai ovunque da progressive problematicità di tutti i sistemi giudiziari, nel sostenere una sempre crescente domanda di giustizia dei cittadini. Considerata la ...fisica impossibilità di uscire in altro modo da questa emergenza, data l'incomprimibilità di certi tempi del processo, si ripone infatti sempre maggiore fiducia nei c.d. *Alternative Dispute Resolutions*; i quali, nel comune vissuto sociale sono anzi preferiti alla 'sentenza' quali mezzi per derimere la lite. Oltre a quelli tradizionali rappresentati da conciliazioni ed arbitrati – ma si consideri anche la crescente diffusione delle 'Authorities' – ben a ragione, sulla scorta di quanto precede, potremmo annoverare fra gli A.D.R. quest'importante funzione del nostro Istituto. Esso è infatti sempre chiamato, in presenza di una lite potenziale o in atto, e dunque a ben vedere in tutti i possibili contesti attuativi del diritto, a ricercare la via migliore della legalità e della buona amministrazione, in qualche modo *super partes* ed anche prescindendo dalle sorti del processo, eventualmente... concludendo esso la lite, o prevenendola, col suo parere. Il che costituisce anche espressione di quel molto attuale ed europeo principio di 'sussidiarietà' dei mezzi dell'ordinamento. Non sfuggirà una qualche analogia fra questa funzione dell'Avvocatura dello Stato con alcuni dei compiti *non giurisdizionali* del Consiglio di Stato. Se si pensa che le liti in atto fra privato e pubblici poteri rappresentano poco meno del 10% dei giudizi civili in corso, e ben oltre la metà di quelli amministrativi, per non parlare del contenzioso comunitario, e senza contare quelle che si riescono preventivamente ad evitare, potrà facilmente intendersi l'importanza di questa risorsa nell'intero Sistema Giustizia.

Ma vorrei anche aggiungere, in un quadro generale di etica professione forense, che *se e nella misura in cui* l'attività giurisdizionale riesca a costituire mezzo di orientamento dei comportamenti individuali e sociali, e l'avvocato a rendersi interprete professionale di questo, il suo saggio *consiglio* anziché la radicalizzazione ad oltranza di tesi o posizioni potrebbe rivelarsi opzione estremamente evolutiva. "Meglio un tristo accordo che una bella causa", recitava l'antica saggezza di certi avvocati di una volta, agli antipodi di quella "continua ricerca", cui molti sono invece spinti oggi dal sovra-

follamento del loro ambiente professionale, “*di tutto ciò che può estendere l’area del conflitto ed allungare i tempi della sua definizione*” (riportando le parole usate dal Presidente Marvulli, all’inaugurazione del corrente anno giudiziario).

Tornando ora al nostro Istituto, trattiamo ad esempio molti ricorsi contro provvedimenti di revoca di contributi statali in conto capitale, già “provvisoriamente” assegnati *ex lege* 488/92 per la realizzazione di iniziative industriali nelle zone di ‘*obiettivo C.E.E.*’. Spesso i privati imprenditori propongono le loro contestazioni sia davanti ai TAR, sia contemporaneamente innanzi ai Tribunali ordinari, stanti gli immancabili problemi di riparto di giurisdizione in materia, che vengono in pratica ‘utilizzati’ come ...doppia possibilità di ottenere provvedimenti cautelari, con mire di tipo più pretensivo che inibitorio.... Pur trattandosi generalmente di rilevanti importi, di fronte a sentenze ben motivate, ancorché sfavorevoli, o talvolta anche ordinanze che colgano il punto della questione e lascino intendere un convincente orientamento del TAR, spesso l’Avvocatura generale soprassedie all’impugnativa, suggerendo all’Amministrazione, insieme alla ...“retta via”, di abbandonare la (doppia) lite. Dal che scaturisce, oltre al vantaggio per l’impresa e per la produzione, spesso il salvataggio di significativi livelli occupazionali, col corrispondente beneficio dell’economia locale e nazionale e ...del “*ruolo d’udienza*” del giudice (anzi spesso di ...due, come s’è visto). E risulterà altrettanto chiaro come anche questo contribuisca al buon funzionamento della giustizia.

Anche nel campo dei provvedimenti cautelari, la mentalità è la stessa.

Con opportune circolari infatti, l’Avvocatura dello Stato ha sempre raccomandato alle amministrazioni l’accettazione, almeno di regola e salvo buoni motivi in contrario, dei provvedimenti cautelari resi in sede giurisdizionale amministrativa di I grado. Peraltro, oltre alla loro istituzionale funzione protettiva del privato, questi riescono spesso egregiamente a proteggere anche l’Amministrazione dai danni (ulteriori) che questa venisse altrimenti chiamata a risarcire, ove il provvedimento fosse infine annullato. Potrebbe oltretutto accadere che un eventuale insuccesso dell’impugnativa dell’inibitoria, pur se dipendente dalla prevalente considerazione del *periculum in mora*, finisca ciò non di meno col gettare cattiva luce sulle ragioni dell’Amministrazione già ‘soccumbente’ in sede di sospensiva, dal che restando queste pregiudicate poi, in sede di definitivo giudizio da parte del primo giudice.

Nell’area amministrativa, dunque, il ruolo, ed anzi vorrei aggiungere lo storico contributo dell’Avvocatura dello Stato all’effettività ed all’efficacia della tutela giurisdizionale, in questa visione *integrata* e sinergica delle risorse giuridiche dello Stato, parrebbe rilevantissimo. Basti pensare all’incremento del carico giudiziario del plesso TT.AA.RR.-Consiglio di Stato, ed alle praticamente inevitabili paralisi della P.A., che deriverebbero da un opposto atteggiamento di contrapposizione ad oltranza, di una parte pubblica così presente. Ed alle conseguenti ricadute sull’efficacia della tutela *medio tempore* del cittadino.

Anche nel campo penale l'Avvocatura riesce, da sempre, a dare significativi contributi all'effettività della tutela giurisdizionale.

Potrei in proposito citare la significativa esperienza del processo c.d. Moro-ter, con 173 imputati di quella che a suo tempo fu la "colonna romana" delle "Brigate rosse". Tutti ricordano l'imponente mobilitazione giudiziaria, cui si deve in gran parte il merito dell'interruzione dei cd. anni di piombo (decennio 1972-82). E va anche ricordato, *per incidens*, il grande contributo *campale* di lavoro, che l'Avvocatura dello Stato parte civile riuscì a dare, come negli altri processi di quegli anni, al fianco dell'accusa. Ciò che invece è forse meno noto è che, da quelle oltre 3000 pagine di sentenza, sostanzialmente confermate in Corte d'assise d'appello e poi in Cassazione, scaturirono migliaia di statuizioni civili generiche, cui avrebbero dunque dovuto seguire altrettante e domande "in separata sede" per il *quantum*, ovviamente destinate ad uno scontato esito favorevole. Le relative cause sarebbero oggi ancora in corso (e probabilmente ancora in primo grado).

Ma privilegiandosi a tutti i livelli, nella cornice storica di quegli anni, l'esigenza di 'uscire dall'emergenza', anche attraverso una grande opera di 'riappacificazione sociale', apparve più opportuno rinunciare alle pretese civili dello Stato, sia di natura patrimoniale che morale, che comunque non avrebbe portato ad apprezzabili risultati pratici, per un ben intuitivo ordine di considerazioni.... Con una circolare che richiese grande lavoro ed impegno tecnico – le fattispecie erano numerose, e con aspetti fattuali e giuridici del più vario tipo – si riuscì a porre fine all'intero contenzioso civile *post-terroristico*. Col che il nostro Istituto, oltre ad assecondare quel precetto di economia dell'azione amministrativa di cui si è detto, si è dimostrato in grado di offrire anche nel campo penale il suo contributo ad una concreta affermazione della giustizia. Non può infatti dubitarsi, anche se questo tipo di approccio alla giustizia penale può sembrare insolito, che fondamentale questa è rivolta non solo alla protezione dei cittadini, ma nello stesso tempo al momento rieducativo del condannato. O meglio di centinaia di condannati nella specie – migliaia se si considera che quell'indirizzo ha avuto poi applicazione generalizzata a tutti i processi per reati di indole terroristica – i quali, anche una volta scontate le loro pene detentive, avrebbero altrimenti continuato a sentirsi braccati 'a vita', e con maggiori difficoltà di reinserimento socio-economico. Molti di questi sono stati così 'riguadagnati' a rapporti esemplari con la società. Il che anche ha concorso a realizzare in pieno sia l'*efficacia* che l'*effettività* della tutela giurisdizionale, consistenti, secondo la pregevole distinzione fornitaci dalla Presidente della Suprema Corte finlandese Koskelo, nel "*fare le cose giuste*" ed "*in modo adeguato*".

Attraverso i cenni che precedono, si è cercato di mostrare alcune delle possibilità di interazione ed integrazione dell'Avvocatura dello Stato con la Magistratura giudicante, in un comune 'Sistema Giustizia'. Sistema di cui fanno parte, nella stessa protagonale posizione, anche i Collegi del libero Foro, e con i quali l'avvocato dello Stato si confronta ogni giorno in ogni sua causa.

Indipendenza di pensiero e plasticità operativa guidano dunque, come s'è visto, l'azione di questo operatore della giustizia, a metà strada fra un funzionario dello Stato ed un libero professionista. Ciò pone l'avvocato dello Stato, come pur s'è detto, in una posizione dialogica privilegiata col *collega* della privata difesa. Se da una parte, infatti, già s'è visto come alcune peculiarità del nostro compito rispecchino una *professionale* attenzione all'interesse pubblico; dai cenni che precedono emergerà altrettanto chiaro come il perseguimento di questo interesse, nella relazione col soggetto 'esterno', debba muoversi in una dialettica processuale di diritto 'comune', ossia con gli stessi mezzi processuali a disposizione di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento.

Il che, in una visione un po' più 'laica' ed evolutiva della nostra professione, riterrei che asseconi bene l'attuale momento storico, in cui vediamo contemporaneamente in corso un duplice processo: da una parte di *privatizzazione* dei compiti e dei mezzi dello Stato, e dall'altra di *relativizzazione* della sua sovranità in funzione degli impegni con gli altri Stati, con i quali condivide il Progetto europeo e gli impegni per la sua realizzazione. Sul primo scenario vediamo una sempre maggiore fungibilità nei compiti di difesa di enti ed interessi pubblici, fra avvocati dello Stato e del libero foro, con i quali ci accade abbastanza spesso di trovarci in posizione litisconsortile, oppure contraria, in difesa di interessi pubblici contrapposti; o, ancora, entrambi in difesa di parti private (ma sempre in funzione dell'interesse pubblico) nei casi ad esempio previsti dall'art. 44 del T.U. *cit.*. Così come, sullo scenario processuale europeo vediamo un avvocato dello Stato alla difesa di interessi dell'intera collettività statale, contrapposti ad interessi di altre collettività statuali, o a quelli di tipo sovranazionale e 'federale' che li trascendano, sempre a fianco o di fronte ad avvocati del libero foro. A questo proposito, si avvertirebbe viva l'esigenza di dotare l'Avvocatura dello Stato, al pari di ogni altro studio che tratta 'internazionale' e/o 'comunitario', di una sua sede nelle città dove hanno sede gli organismi internazionali e soprannazionali, con l'attribuzione all'Avvocato generale della qualità di agente nel contenzioso dinanzi al Tribunale di primo grado ed alla Corte di Giustizia delle Comunità europee.

Questa straordinaria dinamicità ed elasticità del nostro ufficio difensivo, rende peraltro estremamente attuale ed efficace la risorsa dell'art. 15 del citato T.U., il quale assegna dell'Avvocato Generale dello Stato il compito di "*riferire periodicamente al Presidente del Consiglio dei Ministri sull'attività svolta dall'Avvocatura dello Stato, presentando apposite relazioni, e segnala anche prontamente le eventuali carenze legislative ed i problemi interpretativi che emergono nel corso dell'attività di istituto*".

Può facilmente intendersi quale ricchezza di possibilità racchiuda questa norma, prodotta da un legislatore lungimirante, cui non sfuggiva il contributo tecnico che poteva offrire quella miniera di esperienze del diritto davvero 'a tutto campo', rappresentata dall'Avvocatura dello Stato. Di quale migliore osservatorio dell'intera realtà processuale potrebbe disporsi nell'intero 'Pianeta Giustizia', sia sul versante giurisdizionale, che di quello professionale forense?

Diverse volte è stata adoperata questa possibilità; e fra le ultime, ad esempio in sede di osservazioni al disegno di legge 2430 di modifiche al codice di procedura civile, e di delega al Governo per l'attuazione di modifiche ad esso (approvato dal C.d.M. il 24 ottobre 2003). Alcune di queste osservazioni sono state poi recepite e trasfuse nel vigente codice di rito.

Sembra del resto chiaro come una qualsivoglia credibile politica di incremento dell'efficacia dei mezzi giurisdizionali, non possa prescindere da un osservatorio del genere. Presente come nessun altro operatore del diritto in ogni scenario processuale, ed in tutta la sua dimensionalità, sia orizzontale che verticale, una tale risorsa andrebbe decisamente utilizzata, anzi oserei dire *'tesaurizzata'* a tutti i livelli. Nel contesto del nostro Convegno, l'Avvocatura dello Stato sarebbe ben disposta, è questa la mia personale convinzione, a mettere questo tipo di esperienza a disposizione delle iniziative di monitoraggio dei sistemi e della vita della giustizia, che in questa sede venissero messe in cantiere.

Questo è quel che riesce a fare, e soprattutto, ed ancor di più, *può fare* l'Avvocatura dello Stato al servizio della giustizia e dei cittadini dell'Europa. Ma devo avviarmi verso le conclusioni con una nota purtroppo dolente; anche se sempre in chiave costruttiva e con immutato ottimismo nel futuro.

È nota la situazione di crisi di alcuni settori della nostra giustizia, fra cui sicuramente quella civile, con gli altrettanto noti e negativi riflessi proprio sull'*efficacia* ed *effettività* della stessa. Personalmente guardo con molto interesse ad alcune idee di riforma del codice di procedura civile, e trovo moderne e razionali alcune linee di fondo, quali la c.d. *'privatizzazione'* del processo ed il connesso principio di sussidiarietà che dovrebbe animarne la funzione. Così come guardo anch'io con stupita meraviglia alle nuove frontiere informatiche e telematiche del diritto, che saranno certamente decisive per la conquista di un processo rapido e giusto. Proprio queste ultime, anzi – ne sono personalmente convinto – saranno l'arma *'in più'*, e vincente, in una sfida dall'esito altrimenti *'segnato'* da croniche problematilità del sistema. Una legislazione davvero lungimirante dovrebbe, per tornare adesso *'a casa nostra'*, far più decisamente partecipare l'Organo di assistenza legale dello Stato alla *'rivoluzione* informatica e telematica' in atto; il che consentirebbe ad esempio di attivare anche nel nostro Istituto uno sportello telematico, con enormi benefici per l'attività amministrativa, e dunque, soprattutto, per gli amministrati!

Ma, con altrettanta schiettezza, non posso però tacere su quel che vedo un problema strutturale di fondo, che accomuna gli avvocati dello Stato alla più gran parte nostri *'...cugini'* magistrati: manca, qui in Italia, un *'Ufficio del giudice'*. Lo stesso problema della durata dei processi parrebbe in buona parte localizzarsi nel *'collo di bottiglia'* del tempo a disposizione del giudice per *'leggersi le carte'* e *'studiare la causa'*. Ma perché? I giudici francesi sono forse più preparati di quelli italiani, o gli avvocati d'oltralpe scrivono di meno o gli pongono meno problemi? È evidente che non è così... La differenza rispetto al collega francese, tedesco o austriaco sta nel fatto che, a loro disposizione, vi è appunto un *'Ufficio del giudice'*; che non è l'attuale

cancelleria, non di rado popolata da personale demotivato, insufficiente, male organizzato e poco attrezzato. Per *Ufficio del giudice* deve invece intendersi un ambiente di lavoro confortevole, attrezzato ed assistito da funzionari di formazione giuridica al suo diretto servizio. Può sembrare a prima vista un problema prosaico, di quotidianità, ‘terra terra’ come si suol dire, e magari un po’... miope. Ma quasi 30 anni ormai, di frequentazione di aule di giustizia di ogni tipo, e le testimonianze di tanti giudici, amici e colleghi con i quali posso dialogare in termini schietti, mi assicurano che non lo è.

E chiamerei a sostegno di quello che dico Andrea Proto Pisani il quale, in un articolo di un paio d’anni fa, sosteneva *“l’importanza che sul piano ordinamentale avrebbe l’introduzione anche in Italia (sulla falsariga delle esperienze tedesca e austriaca) della figura del Rechtspfleger, cioè di una figura intermedia tra il segretario e il giudice cui devolvere funzioni di giustizia per così dire minore, quali il rilascio di decreti ingiuntivi e di ordinanze di convalida di sfratto, la direzione dei processi di esecuzione forzata, ecc.*

“Sul piano organizzativo (oltre alla sempre attesa revisione delle circoscrizioni giudiziarie con la soppressione dei piccoli tribunali) è da ricordare il completamento dell’informatizzazione degli uffici e soprattutto l’introduzione (al pari di quanto già è in gran parte realizzato riguardo ai magistrati requirenti) dell’ufficio del giudice, con una propria stanza, un proprio segretario, personale amministrativo che lo coadiuvi nelle ricerche e lo sollevi da compiti materiali o di cancelleria (essendo oggi il giudice italiano l’unico in Europa che spesso non ha una propria scrivania, che redige da solo i verbali d’udienza, scrive l’intestazione delle sentenze e disperde così notevoli energie), di modo che al giudice sia riservata unicamente l’attività di ius dicere.

“Occorre che non solo il ceto politico ma anche i processualcivili (me per primo) acquistino consapevolezza che solo da questi interventi ordinamentali ed organizzativi si può ragionevolmente attendere una svolta nell’attuale situazione di vero e proprio disastro della giustizia civile in Italia.

*“...Il sacrosanto ridimensionamento dell’importanza delle riforme processuali non vuol dire che gli studiosi del processo civile debbano cambiare mestiere, ma solo che essi devono avere consapevolezza del carattere molto limitato e non decisivo delle riforme che, anche sul modello di esperienze straniere, essi possono elaborare o proporre...” (“Intervento sulla giustizia civile” di ANDREA PROTO PISANI, in *Foro It.*, 2004, p. V, 3.1,6, 3.2, 4).*

Ma non è certo compito dell’Avvocatura dello Stato, e meno che meno di chi vi parla, occuparsi di quel che non funziona nell’organizzazione giudiziaria... Se non fosse che ...*si tratta degli stessi, speculari, problemi* (salvo quello ...delle stanze, che da noi sono per lo più belle ed in numero sufficienti per tutti), che affliggono il nostro prestigioso Istituto!

Avvertiamo in particolare il problema, oltre che di una generale ridefinizione degli uffici, anche con lo sviluppo dei sistemi informatici e l’utilizzo delle nuove tecnologie, di liberare i nostri già stracolmi uffici di migliaia di cause, spesso seriali, la cui facile trattazione consentirebbe il loro affidamento agli stessi funzionari della P.A., col che si potrebbe almeno in parte ovvia-

re a quella cronica e non facilmente spiegabile penuria di personale sia togato sia impiegatizio (che non sembra invero trovar riscontro in nessun'altra magistratura). Ma, soprattutto, sentiamo anche (ed ancor di più) noi, il cui lavoro si svolge per lo più davanti ai giudici e dunque fuori dei nostri uffici, *l'esigenza davvero non più differibile, di disporre almeno di un assistente collaboratore di formazione giuridica, col compito esclusivo dell'indispensabile supporto tecnico-specialistico all'attività professionale, e di un'unità di segreteria per ciascun avvocato*. Siamo convinti che una sia pur minima cellula operativa di questo tipo, che ci farebbe uscire dalla cronica (ed un po' paradossale) situazione d'emergenza di ...organi senza ufficio, moltiplicherebbe la resa e le possibilità del nostro lavoro, a diretto vantaggio della collettività.

Decomprimendosi così risorse professionali 'schiacciate' da sovraccarichi lavorativi – ciascuno di noi ormai introita in media oltre 500 nuovi affari contenziosi – una razionalizzazione di questo tipo dell'Avvocatura dello Stato sprigionerebbe, oltre ad economie che ne trascenderebbero esponenzialmente i costi, preziose risorse professionali. Queste intanto assicurerebbero una miglior difesa dello Stato, e dunque in ultima analisi dei pubblici interessi e delle pubbliche finanze; ma poi, potrebbero essere proficuamente investite nell'intensificazione di quelle sinergie giudiziali di cui dinanzi s'è detto, in funzione di alleggerimento e deflazione del contenzioso generale, a tutto ulteriore vantaggio di questo sempre più vasto '*Pianeta Giustizia*', e dell'intera collettività.

I caratteri originari della difesa dello Stato in Italia

di Giuseppe Fiengo

SOMMARIO: 1.— La legittimazione dello Stato in giudizio. 2.— La disponibilità del diritto controverso. 3.— La personalità giuridica dello Stato e l'articolazione in soggetti a legittimazione separata. 4.— Le linee evolutive della giurisprudenza. 5.— I problemi all'indomani dell'Unità nazionale. 6.— La nascita dell'avvocatura erariale. 7.— L'involuzione dell'epoca giolittiana. 8.— Considerazioni finali.

1. La legittimazione dello Stato in giudizio

Lo scritto che segue, frutto di uno studio più volte iniziato e mai concluso, ha per oggetto alcuni temi tradizionali concernenti la difesa dello Stato in giudizio e dà conto di una vicenda normativa che si sviluppa in Italia alle origini dell'istituzione dell'Avvocatura dello Stato. La finalità è quella di cogliere, attraverso la ricostruzione puntuale del succedersi delle disposizioni legislative, una chiave di lettura unitaria di alcune questioni che sono sviluppate nel corso degli anni e che sono state progressivamente affrontate e risolte dallo stesso legislatore e/o dalla giurisprudenza.

In realtà i problemi giuridici non nascono, né si risolvono, attraverso proposizioni astratte, ma sono espressione di un travaglio più profondo di uomini e tempi; in ogni caso il dato normativo nel suo mutare, consolidarsi e perire resta pur sempre un fatto dal quale gli interpreti ed operatori non possono prescindere. E nel nostro Paese questo dato normativo appare particolarmente significativo, dal momento che il sistema di difesa nel giudizio civile ed amministrativo ha fatto perno proprio sull'esistenza di un organismo istituzionale di difesa pubblica.

Pur avendo i suoi precedenti storici immediati negli avvocati fiscali del XVIII secolo, l'Avvocatura dello Stato è un istituto relativamente recente; le sue strutture portanti sono direttamente connesse a quel moto di pensiero che ha portato in Italia alla soggezione della pubblica amministrazione alla giurisdizione del giudice ordinario e all'avvento dello Stato di diritto. La soluzione organizzativa adottata dal legislatore, di affidare in via esclusiva a funzionari specializzati la difesa in giudizio delle proprie controversie, è del tutto peculiare dell'esperienza italiana, ancorché, di recente, sia stata riproposta anche in altri ordinamenti, tra i quali, da ultimo, la Spagna.

La semplicità della formula, che riassume la funzione degli avvocati dello Stato quali “*difensori dello Stato in giudizio*”, non deve trarre in inganno; il meccanismo di questa rappresentanza legale deve, infatti, fare i conti con la complessità delle formule organizzatorie dell'amministrazione statale

e degli altri soggetti pubblici, nei quali il potere centrale, nel corso di oltre un secolo, si è andato articolando; tale complessità ha infatti posto tutta una serie di questioni teorico-pratiche, molto dibattute in dottrina e giurisprudenza, che, in estrema sintesi, si riconducono al tema generale della *legittimazione in giudizio delle pubbliche amministrazioni*.

Per illustrare tale posizione i trattati di diritto amministrativo e le stesse pronunce dei giudici fanno spesso ricorso ad una tripartizione funzionale, che trae origine dal diritto processuale civile: la *legitimatō ad causam*, o legittimazione sostanziale, che indica la pertinenza della situazione giuridica controversa a questa o quella amministrazione, di norma identificata per lo Stato nella cosiddetta branca amministrativa (ministero od organi indipendenti), la *legitimatō ad processum*, o rappresentanza processuale, spettante all'organo chiamato, secondo le leggi, a stare in giudizio (dopo lungo travaglio identificato nel ministro in carica o, per gli enti strumentali, nel presidente dell'ente), e lo *ius postulandi*, il diritto di patrocinare davanti alle magistrature togate, spettante all'organo tecnico di difesa.

La buona intenzione, di utilizzare categorie del diritto comune per spiegare anche i fenomeni connessi alla partecipazione dello Stato al giudizio, rischia tuttavia di essere vanificata nel momento in cui questa tripartizione concettuale viene calata nella realtà operativa e si tenta di svolgere coerentemente tutte le implicazioni che derivano dall'adozione di tali nozioni generali; la rottura della consequenzialità delle nozioni processual-civilistiche e la necessità di far ricorso, sul piano logico, ad un "*diritto speciale*" dello Stato in giudizio, indipendentemente dalla pertinenza o meno delle soluzioni adottate, costituiscono in ogni caso sintomo di inadeguatezza dell'approccio.

2. La disponibilità del diritto controverso

Le ragioni di questa situazione di sostanziale incoerenza sono molteplici. Prima fra tutte, è l'interferenza che si viene a creare, attraverso la presenza di un avvocato istituzionale, nella disponibilità del diritto controverso.

Una volta ammesso – ed è principio fondamentale dello Stato di diritto – che le pretese dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni siano azionabili davanti ad un giudice, anche quando coinvolgano la cura di interessi pubblici, e che le amministrazioni possano a loro volta agire in giudizio per la tutela degli interessi alle stesse affidati, il dato di esperienza, che emerge immediatamente è che, anche attraverso il processo e la pronuncia giudiziale le amministrazioni pubbliche, possono perseguire (e normalmente perseguono) interessi sostanziali. Si tratta pertanto di armonizzare la complessa normazione, che progressivamente ha disciplinato l'esercizio delle funzioni pubbliche e ne permette il costante controllo e la piena giustiziabilità, con la sostanziale libertà che attraverso l'instaurazione o la resistenza in un giudizio viene ad acquistare una pubblica amministrazione. A che serve, infatti, introdurre nella legislazione sostanziale controlli procedurali sui contratti di appalto, se poi, davanti ad arbitri o a giudici che debbano conoscere delle controversie, l'amministrazione appaltante e l'imprenditore riacquistano di fatto, e legittimamente, tutta la libertà di trovare un diverso asset-

to dei loro rapporti? Chi abbia esperienza di liti con pubbliche amministrazioni sa bene che risultati difficili da ottenere in via di gestione si possono raggiungere agevolmente, e senza assunzione di responsabilità, attraverso la decisione del giudice.

In realtà, come oramai non si dubita che anche lo strumento contrattuale ed in generale l'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni costituiscono esercizio di funzione amministrativa, così non può escludersi che anche attraverso il processo, davanti al giudice ordinario o al giudice speciale, le amministrazioni pubbliche curino concretamente interessi pubblici, scegliendo, graduando e valutando, ovviamente nei modi e nei termini in cui questa cura, scelta, graduazione e valutazione sono possibili attraverso lo strumento giudiziale. È quindi di notevole importanza stabilire come questa particolare azione amministrativa, che si svolge nel processo e/o attraverso la gestione della *res litigiosa*, possa trovare canoni di valutazione e di imputazione, oltre al necessario collegamento con le responsabilità degli organi politici.

L'introduzione nell'ordinamento nazionale di una Avvocatura Erariale (poi divenuta Avvocatura dello Stato) e l'attribuzione in via esclusiva a tale organismo tecnico di consulenza e difesa dello *ius postulandi* costituiscono, quindi, istituti destinati ad operare non soltanto sul piano del processo (civile), ma anche sul piano sostanziale della disponibilità del rapporto controverso, finendo per introdurre, nel settore del contenzioso, linee organizzative in parte difformi da quelle che generalmente governano la distribuzione delle potestà nell'amministrazione statale: il rapporto tra pubblica amministrazione e Avvocatura dello Stato – difensore istituzionale e stabile – potrebbe infatti non essere qualificabile alla stregua del comune canone civilistico che regola i rapporti tra la parte e il difensore.

Nel diritto comune vale infatti la regola che lo *ius postulandi* (scelta sulla difendibilità della causa, scelta sui mezzi difensivi ecc.) spetti in via esclusiva al difensore, mentre la disposizione del rapporto controverso resta, ovviamente, di pertinenza della parte privata. È chiaro che il meccanismo che permette di conciliare l'indipendenza e la professionalità del difensore, in grado indubbiamente di incidere attraverso i suoi comportamenti processuali sulla sostanza del rapporto, con la titolarità del diritto controverso spettante al cliente, sta proprio nella *natura negoziale, unilaterale e revocabile del mandato*. Tutto ciò potrebbe non valere per l'amministrazione statale, che non può liberamente decidere a chi affidare le proprie cause e a chi revocare il relativo incarico. La risposta più facile che si offre di fronte a questo genere di prospettazioni è che ci si trova di fronte ad un rapporto tra organi dello Stato, interamente regolato dalla legge... Ma tutto questo basta?

Sul piano astratto le soluzioni possibili sono due: o la titolarità *ex lege* dello *ius postulandi* nell'interesse dello Stato implica necessariamente una qualche incidenza del difensore istituzionale sul rapporto controverso, una sua particolare titolarità della *res litigiosa*, oppure l'Avvocatura dello Stato non può essere considerato un comune difensore professionale e viene ad avere una titolarità *semiplena* dello stesso *ius postulandi*.

La giurisprudenza, pur nel rispetto della formula generale che lo *ius postulandi* spetti *ex lege* all'Avvocatura dello Stato, nella sostanza oscilla tra due soluzioni, ora ritenendo ammissibile, attraverso l'atto processuale, una disposizione del rapporto da parte della sola Avvocatura dello Stato, anche in contrasto con la stessa amministrazione, ora invece – in genere si tratta di atti non canonizzati nel processo e quindi atipici – negando operatività ad atti che implicino disposizione del rapporto da parte dell'avvocato erariale senza l'intervento dell'amministrazione interessata. In pratica la linea di demarcazione passa, secondo la giurisprudenza, attraverso una sibillina e oscillante nozione di *atto processuale*, senza mai affrontare il problema nel suo complesso.

La difficoltà – evidentemente – consiste nella resistenza del processo civile (e forse anche del processo amministrativo), in cui diviene parte una pubblica amministrazione, a piegarsi alle esigenze proprie dei moduli funzionali tipici dell'attività amministrativa; ma forse le vie potrebbero essere altre e non è escluso che, proprio nel momento genetico dell'Avvocatura erariale, i padri fondatori del liberalismo italiano abbiano sfiorato approcci diversi di qualche interesse.

3. La personalità giuridica dello Stato e l'articolazione in soggetti a legittimazione separata.

Il secondo tema che ha creato difficoltà riguarda specificatamente l'articolazione organizzativa dello Stato persona ed il dibattito che alla fine del secolo XIX si è svolto sulla personalità giuridica dello Stato.

Cominciamo col dire che nell'amministrazione contemporanea si è appannato (e fanno fatica a consolidarsi i tentativi nuovamente riproposti) quel principio dell'*unica cassa*, che la dottrina liberale classica aveva tentato di estendere allo stesso patrimonio personale e/o dinastico del Sovrano attraverso il ministero della Real Casa. Tale principio comportava che un unico organo amministrava tutti indistintamente gli introiti dello Stato, tributi diretti ed indiretti, imposte e tasse, redditi patrimoniali etc.; l'insieme di queste risorse veniva distribuito tra varie branche di attività e vari centri di riferimento della spesa aventi struttura in larga misura omogenea. Il solo ministero delle Finanze aveva il bilancio dell'entrata, gli altri esclusivamente un bilancio di spesa (è il modo di garantire gli interessi settoriali sottostanti): un organo *ad hoc*, il Tesoro (ma per un certo periodo fu lo stesso ministero delle Finanze) faceva le parti. La successiva creazione di aziende dotate di autonomia finanziaria e – successivamente – il moltiplicarsi di enti pubblici strumentali hanno del tutto stravolto questo organico disegno organizzativo.

Una delle caratteristiche di tale disegno era che l'organo di rappresentanza e difesa giudiziale degli interessi statali (intesi in una accezione prevalentemente patrimoniale) accedeva organicamente al ministero dell'entrata. Conseguentemente le Ferrovie dello Stato, finanziariamente separate dallo Stato, ebbero all'origine un servizio legale autonomo e solo in seguito la difesa dell'Azienda fu assunta, tra dibattiti e polemiche, dall'Avvocatura erariale nel frattempo istituita.

Quanto alla attribuzione della personalità giuridica dello Stato gli Autori che ne trattavano mettevano in evidenza come *“la finalità pratica, voluta conseguire con il ricorso alla figura della persona giuridica, si concentrava nella regolamentazione dei rapporti patrimoniali di diritto privato”*, per la cui configurabilità in realtà bastava la vecchia idea del *“fisco”*. Solo in un secondo momento, volendosi estendere la soggezione alla giurisdizione anche a rapporti di natura autoritativa, la costituzione dello Stato, nella sua globalità, come soggetto giuridico unitario (persona) fu intesa come strumento logico ed ideologico diretto ad assoggettare lo Stato-sovrano al diritto, ponendo le condizioni necessarie e sufficienti perché i pubblici poteri potessero entrare in rapporti giuridici in qualche misura paritetici con altri soggetti.

Nella costruzione teorica giocarono evidentemente le concezioni soggettivistiche e volontaristiche del XIX secolo, il bisogno di trovare un surrogato alla personalità della Corona ed alla continuità dinastica da tale concetto assicurato, le tendenze unitarie e centralizzanti dominanti sia in filosofia che in politica; fatto si è che l'idea che tutto l'apparato dei pubblici poteri costituisse persona giuridica, ente astratto o reale, aveva anche il vantaggio non indifferente di rendere giuridicamente rilevante (funzione in senso tecnico) l'intera attività della macchina dello Stato, spersonalizzando il potere e rendendolo *“servizio”*, in quanto tale sempre controllabile.

L'idea successiva della distribuzione del potere per branche amministrative, sintetizzabile nel principio teorizzato dal Musil agli inizi del secolo con riguardo all'amministrazione imperiale austriaca, secondo il quale *“i ministeri sono la divisione del mondo secondo i suoi principali punti di vista”*, muove invece da una vicenda politico-concettuale in parte diversa, più viva e concreta, interna agli apparati dei pubblici poteri e, forse per questo, meno nota.

Il principio fondamentale che regola la nascita del potere ministeriale é che prima emergono gli interessi e poi vengono istituiti gli organi destinati a curarli. La storia istituzionale dello Stato liberale italiano segue così il lento enuclearsi ed emergere della cosiddetta potestà ministeriale, dall'idea dell'amministrazione statale come amministrazione della Corona fino all'affermarsi del principio costituzionale, tuttora valido, secondo il quale *per ogni attività dello Stato deve esserci un ministro che ne risponde in Parlamento*. Nella struttura composita della Monarchia e della regia amministrazione che garantiva unitariamente il vecchio assetto generale, la borghesia emergente nelle istituzioni parlamentari introduceva man mano i suoi particolari interessi di classe, canonizzandoli e garantendoli con l'istituzione di strutture ministeriali, stabili e dipendenti dal Parlamento. A cominciare dalla istituzione del Ministero dell'Agricoltura, poi progressivamente con l'istituzione degli altri apparati amministrativi ministeriali, gli interessi pubblici e le garanzie ad essi connesse si settorializzano e la loro cura viene sottoposta al controllo parlamentare e giudiziale. L'originaria unità dello Stato, collegata spesso ideologicamente al cosiddetto *interesse pubblico generale*, veniva così sempre più a restringersi in ambiti limitati, per emergere soltanto nei momenti difficili del Paese.

Questa frantumazione dell'Amministrazione, questo prevalere degli interessi di settore, che poi erano quelli che facevano riferimento al nuovo capitale industriale e finanziario, è la grande preoccupazione dei giuristi e politici della Destra storica. Ed è significativo che alle soglie della rivoluzione parlamentare del 1876, il Minghetti ed il suo *entourage*, del quale faceva parte il Mantellini, ritengono di dover inventare – con un colpo di mano del Governo, come si vedrà in seguito – un istituto, come l'Avvocatura Erariale, il cui compito principale, fino alla rottura in epoca giolittiana, sarà quello di opporsi, attraverso una classe di buoni giuristi, espressione della borghesia fondiaria, alla disarticolazione degli interessi od anche – si disse all'epoca – al prevalere di camarille locali nella gestione delle liti, in contrapposizione con le direzioni generali dei ministeri e agli interessi del capitale mobiliare che, attraverso i canali ministeriali, tentavano di emergere.

Per inciso va detto che nella legislazione positiva le tracce più significative che davano fondamento alla teoria della personalità giuridica unitaria dello Stato, oltre che nelle poche norme che imputano ad esso unitariamente diritti reali e beni materiali, si rinvenivano proprio nella disciplina della rappresentanza e difesa in giudizio e nella attività svolta, per conto dello Stato nel suo unitarietà, dall'Avvocatura erariale (in tal senso Jellinek).

Va anche detto, con realismo, che l'entificazione dello Stato nel suo complesso, che è caratteristica degli ordinamenti europei continentali, ha rischiato in alcune elaborazioni dottrinarie di avere come ulteriore conseguenza logica l'attribuzione a tale *persona* delle stesse prerogative che spettavano alla Corona, ivi compresa l'esonazione dalla giurisdizione, più o meno mascherata attraverso l'autodichia, o comunque il mantenimento di "*privilegi*" nell'ambito del processo civile. Tutto ciò oggi è venuto meno, ma ancora recentemente la Corte Costituzionale ha ribadito che "*la difesa dello Stato comporta una visione dei problemi più ampia e diversa da quella che ordinariamente è richiesta per la difesa di una parte privata, se non altro per l'indubbia appartenenza allo Stato di fini generali di giustizia*". Come si vede le vecchie idee non muoiono...

4 . *Le linee evolutive della giurisprudenza*

Sul piano strettamente processuale del giudizio civile, l'articolazione dello Stato per branche ministeriali e l'istituzione di apparati autonomi od autorità indipendenti dovrebbero implicare una serie di conseguenze, allorché la lite viene introdotta nei confronti di una branca amministrativa o una struttura autonoma diversa da quella effettivamente interessata a contraddire: la domanda avanzata nei confronti di un'autorità incompetente (nel senso di incompetenza assoluta o carenza di attribuzione), dovrebbe essere considerata improponibile per mancanza d'interesse (vedi l'articolo 100 del codice di procedura civile) o, comunque, infondata nel merito. In altri termini se la corretta individuazione dell'Amministrazione titolare dell'affare comportasse problemi di *legitimatio ad causam*, le conseguenze, che derivano nella teoria e nella pratica processuale, dovrebbero essere che un ministero dovrebbe essere considerato terzo rispetto alla lite intrapresa da o nei con-

fronti di un altro ministero, che la compensazione tra crediti e debiti dello Stato nei confronti di un unico soggetto non potrebbe essere ammessa su semplice autorizzazione, né il fermo amministrativo su semplice decreto del ministro del Tesoro. Se le regole generali che disciplinano l'attività amministrativa, in particolare i procedimenti autoritativi, avessero immediata traduzione nell'ambito del processo civile, l'interrogatorio (libero o formale) non sarebbe possibile né il giudice potrebbe in ipotesi legittimamente trarre argomenti di prova dal comportamento processuale di una parte (la pubblica amministrazione in giudizio) le cui modalità di esternazione della volontà appaiono, nel diritto sostanziale, del tutto precostituite e tipizzate.

La giurisprudenza, sia pure a fatica, ha ammesso tutti questi istituti nei giudizi in cui era parte una amministrazione statale, ma ha invece costruito in chiave di *nullità formale* i vizi attinenti all'erronea od omessa indicazione dell'amministrazione legittimata al giudizio; una nullità il cui fondamento è probabilmente collegato al vizio della citazione per assoluta incertezza nella persona chiamata in giudizio, ma la cui insanabilità ed absolutezza, ritenuta dalle pronunce più antiche anche in relazione a vizi che non importavano incertezza sull'oggetto del contendere ma esclusivamente errori nell'organo dello Stato chiamato in giudizio, costituiscono *varianti al diritto comune*, introdotte dai giudici in ossequio alla natura pubblicistica del soggetto interessato al giudizio e alle norme che disciplinano competenze ed attribuzioni degli organi amministrativi dello Stato. La materia veniva, in altri termini, ritenuta indisponibile da parte di tutti i soggetti (anche pubblici) che intervenivano nel processo e conseguentemente la nullità, sia che concernesse la legittimazione sostanziale, sia che riguardasse il caso, più ricorrente, dell'errata chiamata in giudizio di un soggetto non legittimato al processo, restava comunque non sanabile.

A seguito dell'entrata in vigore della legge 25 maggio 1958 n. 260, che indicava il ministro in carica quale unico organo, legittimato ad essere chiamato in giudizio nelle cause ove è convenuta un'amministrazione dello Stato, ed imponeva all'amministrazione resistente di indicare nella prima udienza, a pena di decadenza, l'organo (o la persona) nel nome del quale debba essere rinnovata la chiamata in giudizio (v. *oltre*), la giurisprudenza si è orientata a ritenere sanabile anche l'erronea o la non univoca indicazione della branca amministrativa competente (Cass. 31 ottobre 1961 n. 2520) e/o a ritenere efficace, come atto interruttivo della prescrizione, una citazione notificata in persona diversa da quella legittimata a stare in giudizio, sempre che lo Stato si fosse legittimamente costituito in giudizio. L'ulteriore passaggio è consistito nella conferma da parte delle Sezioni Unite di un indirizzo, già varie volte seguito, sia dalla giurisprudenza di merito che dalla Suprema Corte di Cassazione (Cass. 19 sett. 1970 n. 1594 in *Foro It.* 1970, I, 2780, Cass. 9 aprile 1973 n. 1002 in *Foro It.* 1973, I, 1002, Cass. 7 luglio 1972 n. 2274 in *Foro It.* 1973, I, 1900) secondo il quale "*in base all'assioma fondamentale del carattere unitario della personalità dello Stato non si ritiene nullo, quando lo Stato sia attore o ricorrente, l'atto giudiziale proposto da amministrazione diversa da quella specifica competente* (si trattava

dell'Amministrazione degli Interni in luogo di quella degli Affari Esteri), *pur sempre rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato, che è l'organo cui unitariamente spetta la rappresentanza e difesa processuale dello Stato*". Quest'ultimo indirizzo si riferisce chiaramente alla cosiddetta *legitimatio ad causam* e costituisce interpretazione estensiva dell'art. 4 della legge 25 marzo 1958 n. 260 che ammette anche per tal genere di errori l'operatività del meccanismo di sanatoria.

Su un piano strettamente processuale sembra che la giurisprudenza, pur senza peraltro mai dichiararlo esplicitamente, abbia fatto applicazione di un principio generale della procedura civile, secondo cui il cosiddetto difetto di rappresentanza (omessa od erronea indicazione dell'organo chiamato in giudizio) non rileva tutte le volte che dal tenore degli atti non sussiste incertezza sull'ente chiamato in causa e sull'oggetto della controversia. D'altronde l'erronea indicazione della branca amministrativa legittimata si risolve in una nullità della citazione comunque sanabile con la costituzione del convenuto: effettivamente l'oggetto del contendere e l'imputazione all'interno dell'amministrazione statale degli effetti della domanda e del successivo giudizio si determinano anche con l'attività del convenuto, che è in grado con il proprio comportamento processuale di integrare eventuali carenze ed inesattezze della domanda attrice.

Non vi è dubbio che tali principi conservativi della domanda, che avevano avuto tradizionale elaborazione nel processo civile, hanno giocato un ruolo importante nell'adozione da parte della giurisprudenza di un indirizzo più liberale in ordine alla sanatoria *ex tunc* delle nullità in relazione alla errata *vocatio in ius* dello Stato. Tuttavia l'insistenza della giurisprudenza sul ruolo peculiare dell'Avvocatura dello Stato, in siffatto meccanismo di sanatoria, il costante richiamo alla necessità di una legittima costituzione in giudizio (che in tema di non rilevanza della nullità dovrebbe avere un ruolo non particolarmente significativo), il bisogno di precisare, da parte di quelle decisioni che hanno ritenuto ammissibili le azioni proposte per amministrazioni non legittimate in via sostanziale, che è compito dell'Avvocatura dello Stato curare, nell'ambito dei rapporti interni con le amministrazioni legittimate, l'informazione e la corretta imputazione dei rapporti derivanti dal processo, fanno sorgere il dubbio che la giurisprudenza più liberale abbia voluto far riferimento ad un principio più specifico.

Nella sostanza la giurisprudenza, nel momento in cui, più per istinto che attraverso lucide argomentazioni, ha tagliato corto su tutte le questioni di legittimazione dello Stato in giudizio, trovando sanatorie o non rilevanza delle nullità laddove le norme ed i giudici precedenti avevano visto nullità radicali e disposizioni inderogabili, ha finito per affermare che quel che veramente conta, affinché gli interessi della parte pubblica statale siano tutelati, è che compaia in giudizio il suo avvocato istituzionale, con il suo *mandato ex lege* e la sua responsabilità professionale. Tutto il resto, sia pure a fatica, deve considerarsi sanabile.

La conseguenza pratica è che i concetti di competenza ed attribuzione, ed in genere i meccanismi con i quali sono costruiti gli apparati pubblici, non

costituiscono criteri per stabilire quanto sia disponibile, nel processo e con atti processuali, da parte di una data amministrazione, ma sono canoni di valutazione di atti sostanziali, che non incidono oltre la teorica della legittimità degli atti amministrativi.

Nondimeno il processo civile ed amministrativo di cui è parte una pubblica amministrazione è e resta sempre più attività (tecnica) connotata dalla cura di interessi sostanziali pubblici e la presenza di un organo amministrativo, quale l'Avvocatura dello Stato, titolare in via generale ed esclusiva nella gestione della *res litigiosa*, potrebbe anche costituire un elemento di non coerenza rispetto ai principi costituzionali che vogliono le potestà statali articolate in organi distinti e competenze specifiche.

Ma è proprio la legislazione positiva ed il valore letterale che emerge dalle singole disposizioni, che nel tempo hanno regolato la questione dello *ius postulandi*, a far chiarezza anche su questo punto.

5. I problemi all'indomani dell'Unità nazionale

All'indomani della proclamazione del Regno d'Italia i compiti che oggi svolge l'Avvocatura dello Stato erano affidati a speciali uffici amministrativi, le Direzioni del Contenzioso finanziario, dipendenti direttamente dal Ministro delle Finanze, secondo un modello organizzativo di ispirazione francese, ereditato dal Regno delle Due Sicilie ed esteso a tutto il territorio nazionale dal regio decreto 9 ottobre 1862 n. 915. I compiti degli uffici del contenzioso consistevano in particolare (art. 4 del r.d. citato) “*nel dare parere in tutti i casi in cui si trattava di promuovere o abbandonare giudizi, di produrre gravami, di provvedere alla tutela legale dei diritti dell'Erario, di fare transazioni o contratti e di assicurare in via giuridica gli interessi o le ragioni dello Stato*”.

Oltre quindi a sostenere, direttamente o a mezzo di liberi professionisti, i giudizi che riguardavano l'Erario, gli uffici emanavano norme ed istruzioni “*per tutto ciò che concerne il procedimento della difesa giudiziale*” e vigilavano “*sulla retta applicazione delle leggi di Finanza*”, rispondendone al Ministro.

Come si vede si trattava di uffici amministrativi nei quali il profilo della gestione del rapporto controverso e della rappresentanza sostanziale era prevalente, nel senso che l'Amministrazione Finanziaria, che era poi quella destinata a subire l'onere economico delle controversie, si attrezzava nel suo interno per trattare affari amministrativi che presentavano aspetti litigiosi. Il profilo della difesa tecnica restava in ombra, anche se era stabilito che per accedere ai vertici della carriera degli uffici del contenzioso occorreva “*essere abilitati, secondo le leggi vigenti, all'esercizio dell'avvocatura*”.

Tale interpretazione trova indiretta conferma nelle critiche, che il Mantellini e gli altri commentatori rivolgevano alla esperienza degli Uffici del Contenzioso finanziario, secondo le quali tali uffici erano ridotti a meri controllori contabili per il pagamento di onorari a liberi professionisti, difensori nelle cause erariali, con grave pregiudizio dell'interesse dello Stato ad una solida difesa davanti ai giudici.

Il sistema tuttavia aveva una sua giustificazione, se si considera che esistevano allora i tribunali del contenzioso amministrativo, nei quali la commistione tra amministrazione e giudice non poneva soverchi problemi di legittimazione processuale, di rappresentanza e/o di difesa degli organi. D'altronde la possibilità, ampiamente utilizzata, di ricorrere a professionisti del libero foro permetteva all'amministrazione pubblica quei rapporti elastici, tipici della parte privata col proprio difensore, necessari alle varie esigenze del processo.

Quel che preme sottolineare è questa sorta di canonizzazione in capo ad un unico ufficio, dipendente dal Ministro delle Finanze, della gestione dell'interesse patrimoniale dello Stato, in giudizio e fuori, sotto il profilo generalissimo della vigilanza sulla retta applicazione delle leggi sull'entrata e sulla spesa.

Il meccanismo venne complicato dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo (allegato E della legge 20 marzo 1865 n. 2248). La soggezione delle amministrazioni statali alla giurisdizione del giudice ordinario e alle regole generali del processo civile veniva a comportare tutta una serie di nuovi problemi, primo fra tutti quello della rappresentanza e della difesa nel processo. Si trattava infatti di decidere se, anche per lo Stato-parte nel giudizio, dovesse valere la regola, espressa dal codice di procedura civile dell'epoca, secondo cui nei giudizi innanzi ai Tribunali civili e alle Corti d'Appello *era obbligatorio il ministero di un difensore*. Occorreva comunque stabilire chi potesse stare, con o senza il ministero di un difensore, in giudizio per lo Stato, indicando il luogo ove a tale "*rappresentante*" dovesse essere notificata la citazione.

La soluzione non era delle più semplici, ove si consideri che concordemente la dottrina dell'epoca riconosceva al difensore, e ancor più al rappresentante, notevoli poteri di gestione della lite attraverso una serie di atti processuali (ad esempio la *litis contestatio*) la cui natura era "*quasi-negoziale*".

D'altronde, venuti meno i tribunali del contenzioso amministrativo ed affermata in pieno l'esigenza di un giudice-terzo, l'amministrazione statale perdeva anche quel controllo indiretto sulla gestione della lite che le derivava dall'essere l'interesse di cui era attributaria in qualche modo rappresentato in seno all'organo giudicante. Sotto questo profilo l'area del giudice ordinario si presentava per la pubblica amministrazione come *terra di nessuno*, se non addirittura come sede ostile alla cura degli interessi pubblici alla stessa affidati.

Ulteriore problema era costituito dal fatto che oramai lo Stato poteva essere convenuto davanti all'autorità giudiziaria ordinaria e poteva agire a sua volta per ogni sorta di attività, che involgeva la cura di interessi pubblici (attività amministrativa in senso lato) e che poteva anche sottendere rilevanti scelte politiche. Fino a quando era possibile convenire lo Stato in giudizio solo per attività poste in essere *iure gestionis*, i criteri di valutazione e gli ambiti di competenza del rappresentante dello Stato in giudizio (gli Uffici del Contenzioso finanziario e, indirettamente, gli avvocati privati incaricati della trattazione in giudizio) avevano un parametro ben preciso cui adeguar-

si, rappresentato dalla salvaguardia dell'interesse patrimoniale. Nel momento in cui, per l'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa, le direzioni del contenzioso si videro costrette ad assumere la gestione della lite e la difesa anche su attività amministrative in senso stretto (cosiddette *iure imperii*) si rendeva necessario mettere ordine nei rapporti tra organi di amministrazione attiva, esclusivamente competenti alla cura degli interessi pubblici ad essi affidati, ed organi in qualche modo preposti alla lite, i quali, attraverso i comportamenti processuali e la scelta concreta delle linee di difesa, venivano di fatto ad interferire sulla materia. Era d'altronde evidente che i problemi di riparto di competenze tra organi non potessero essere risolti applicando *sit et simpliciter* le regole di diritto comune che disciplinano i rapporti tra la parte e il difensore.

Anche se quest'ultimo problema restò alquanto in ombra a seguito delle scelte restrittive, effettuate quasi subito, in tema di riparto di giurisdizione dalla giurisprudenza dei giudici ordinari e dal Consiglio di Stato in sede di pronuncia sui conflitti, le altre questioni dovettero invece essere affrontate esplicitamente dal legislatore.

Un primo risvolto pratico della nuova situazione si ebbe così proprio nel regolamento esecutivo della legge 20 marzo 1865 all. E n. 2248, destinato a disciplinare “*il modo col quale saranno rappresentate ed assistite le amministrazioni nei giudizi civili, così anche il luogo e il modo della citazione delle amministrazioni stesse*”. Detto regolamento, emanato con regio decreto 25 giugno 1865 n. 2361, stabiliva, in deroga alla disciplina di diritto comune, che in qualunque giudizio civile le Amministrazioni dello Stato così attrici come convenute potevano essere rappresentate da *propri funzionari*, senza bisogno di concorso di avvocati, procuratori o patrocinatori. Tali funzionari coincidevano grosso modo con quelli che potevano considerarsi organi dello Stato di rilevanza esterna ed erano indicati in un'apposita tabella annessa al regolamento.

Si stabiliva inoltre che le amministrazioni dello Stato potevano “*altresì*” essere rappresentate in giudizio dai direttori degli uffici del contenzioso e dai loro sostituti, cui spettava invece in via esclusiva la rappresentanza per Cassazione, il cui giudizio – è noto – si connotava con caratteristiche del tutto peculiari, che escludevano in linea di massima ogni elemento di disponibilità della lite.

Per gli uffici del contenzioso e per i funzionari indicati nella tabella non occorreva mandato, bastando che constasse la loro qualità. I direttori degli uffici del contenzioso e taluno tra i titolari di organi più importanti erano esonerati anche dal produrre il mandato speciale (articoli 6 e 7 del citato regolamento n. 2361/1865). Il raccordo tra competenze delle amministrazioni interessate e quelle degli uffici del contenzioso passava attraverso il potere degli uffici del contenzioso di ordinare che la causa fosse trattata dall'ufficio amministrativo con l'assistenza di un avvocato o di un procuratore; cosa, peraltro, che già avveniva spontaneamente in quanto gli uffici compartimentali e provinciali avevano il potere di delegare di volta in volta o per determinate specie di controversie avvocati e procuratori secondo le leggi comuni.

Uno degli effetti della legge abolitiva del contenzioso amministrativo consistette così nell'aggregare all'organo di tutela patrimoniale del ministero delle Finanze, l'organo titolare della potestà coinvolta nella lite, attribuendo a quest'ultimo non soltanto la rappresentanza in giudizio ma lo stesso *ius postulandi* (i due aspetti peraltro all'epoca non si distinguevano così nettamente).

Nella realtà pratica, come denuncia il Mantellini nelle sue opere posteriori di qualche decennio, il raccordo non funzionava e le direzioni generali dei ministeri, cioè i titolari dell'interesse sostanziale, facevano il bello ed il cattivo tempo nei confronti degli uffici del contenzioso finanziario. Tra i due organi prevaleva chi gestiva la lite sotto il profilo del potere e della scelta politica: sull'interesse generale dell'Erario avevano il sopravvento gli interessi settoriali, puntuali e concreti, presenti nella causa.

6. La nascita dell'avvocatura erariale

La logica evoluzione del sistema, in concomitanza con il graduale affermarsi della legittimazione separata degli organi dello Stato e della potestà ministeriale, avrebbe dovuto comportare un sempre maggior accentramento, presso gli uffici di amministrazione attiva, della gestione della *res litigiosa*, attraverso l'attrezzarsi di una difesa legale degli organi che avevano la rappresentanza (oggi diremo la creazione di *uffici legali interni nei singoli ministeri*) ovvero un largo ricorso all'assistenza di avvocati del libero foro. L'ordinamento italiano invece si evolse in una direzione del tutto diversa per una serie di ragioni storiche ed ideologiche, particolari e generali. Non a caso erano quegli gli anni in cui il sistema politico, messi da parte gli entusiasmi libertari della unificazione recente, mostrava il suo volto oligarchico liberale.

L'occasione di una riforma fu offerta – ed è sintomatico – da una legge organica sugli uffici del pubblico ministero (le cui attribuzioni nel processo civile venivano notevolmente ridimensionate e limitate alle sole cause di diritto familiare), che all'art. 7 demandava ad un successivo regolamento anche la riorganizzazione degli uffici del contenzioso finanziario, divenuti ben poca cosa a seguito delle riforme del decennio precedente.

Tale regolamento, emanato con regio decreto 16 gennaio 1876 n. 2914 fa nascere l'Avvocatura erariale, istituto già noto nell'esperienza preunitaria del Granducato di Toscana, ma sostanzialmente nuovo nel momento in cui veniva inserito, con quello che fu definito un colpo di mano di Minghetti e del suo gruppo parlamentare, nel sistema di garanzie istituzionali proprie del Regno d'Italia. La riforma, legata al nome di Giuseppe Mantellini, ex avvocato regio di Toscana, consistette apparentemente nell'affidamento della difesa tecnica e delle consultazioni legali ad un corpo professionale di avvocati, *costituito ad hoc*. In realtà, come confermato dalle stesse reazioni dell'opposizione parlamentare all'emanazione del regolamento, nel regio decreto del 1876 vi era ben altro, politicamente non neutro ed istituzionalmente diretto a favorire gli interessi, oramai perdenti, della Destra Storica.

Infatti l'art. 1 del regolamento stabiliva che le difese e le consultazioni legali per le Amministrazioni dello Stato venivano affidate in via esclusiva

agli uffici dei regi avvocati erariali. Le amministrazioni (ministri compresi), salvo casi particolari nei quali fossero autorizzate attraverso una particolare procedura, non potevano più ricorrere per consulto o per affidamento di difesa ad avvocati del libero foro, ma erano tenute a servirsi dei regi avvocati e dei loro delegati (avvocati del libero foro in qualche modo inseriti in questa organizzazione tecnica di difesa e sottoposti, per quanto concerne la trattazione delle cause, alle direttive dell'Avvocatura erariale) (art. 7). La difesa esclusiva riservata ai regi avvocati erariali costituiva un duro colpo, oltre che ad interessi clientelari ruotanti nell'ambito delle amministrazioni, specialmente locali, allo stesso potere degli organi di amministrazione attiva. La libertà degli avvocati di essere "*domini litis*", nella causa loro affidata, ha infatti il proprio contrappeso nella natura fiduciaria del rapporto di mandato che lega il cliente al proprio difensore. Nel momento in cui una legge stabilisce la irrevocabilità del mandato e l'esclusività della difesa, il meccanismo si altera a favore del cliente, se conserva maggiori poteri nei confronti dell'organo tecnico di difesa, ovvero a favore dell'avvocato, se diviene un super/amministratore giudiziale. Fu quest'ultima l'impressione suscitata dal decreto del 1876, anche se non del tutto giustificata.

Più complessa era invece la questione della rappresentanza dello Stato in giudizio (cosiddetta *legittimatio ad processum*). L'art. 2 del regolamento stabiliva infatti tra i compiti dell'Avvocatura erariale quello di "*assumere e sostenere la rappresentanza e difesa delle Amministrazioni dello Stato in tutti i giudizi attivi e passivi davanti alle Corti ed ai tribunali delle città dove gli uffici hanno sede, e quando la specialità della causa lo richiede, anche di cognizione delle corti e dei tribunali di altre città del Regno, e di delegare gli avvocati e procuratori per la rappresentanza e la difesa delle amministrazioni nei giudizi sia attivi che passivi davanti alle corti o ai tribunali nel loro distretto, ma fuori della loro sede*".

Che cosa stesse a significare l'ambigua formula "*rappresentanza e difesa*" ci viene chiarito dal successivo art. 8, che stabiliva "*che le citazioni e le notificazioni nelle controversie civili interessanti le amministrazioni dello Stato si fanno in nome delle persone ed alle persone dei capi di ufficio che le rappresentano come parti in causa nel luogo dove risiede l'autorità giudiziaria davanti alla quale pende o si vuole iniziare la lite*". Né i titolari degli uffici dei regi avvocati erariali, né i loro delegati per rappresentare le amministrazioni in giudizio hanno bisogno di mandato, ma basta che consti la loro qualità. "*Davanti ai pretori e i conciliatori – concludeva l'art. 8 – le amministrazioni possono essere rappresentate da propri funzionari che siano per tali riconosciuti*".

Tale articolo infatti sembra raggruppare problemi eterogenei: la persona indirizzaria delle citazioni, il luogo delle notificazioni, il mandato *ex lege* degli avvocati erariali e dei loro delegati, il diritto all'amministrazione a comparire direttamente nei giudizi pretorili e conciliatori.

La chiave interpretativa di tale coacervo di norme è nel fatto che il privilegio dell'amministrazione statale di poter "*piatire di persona*" anche davanti alle corti ed ai tribunali viene abolito. La difesa (e con essa *la rappresentanza*) dell'amministrazione statale viene affidata in via esclusiva ad

avvocati erariali (scelti senza concorso tra i magistrati del pubblico ministero e tra noti professionisti privati) e ad avvocati delegati, scelti dagli avvocati erariali, che restano nell'esercizio del loro incarico, semplici privati.

La convinzione che sembra emergere da questo dato normativo è che con la riforma Mantellini del 1876 un corpo scelto di avvocati diviene nell'ordinamento nazionale la faccia esterna giudiziale dell'amministrazione statale, il polo verso cui si indirizzano gli atti dei privati e le persone nel cui nome lo Stato agisce in giudizio. Solo così si spiega la necessità del regolamento del 1876 di disciplinare anche il tema delle notificazioni e delle citazioni, senza peraltro affrontare la revisione delle tabelle allegate al regolamento del 1865. Solo così è giustificabile l'assenza di ogni riferimento al mandato speciale (il rappresentante di un ente morale è di per sé munito di mandato speciale nei limiti in cui esprime direttamente la volontà dell'ente). Solo così l'insistenza sul tema estraneo della "*rappresentanza*", anche a proposito degli avvocati privati delegati e il conferimento di poteri di delega direttamente agli avvocati erariali (non valeva la regola che *delegatus non potest delegare*?) acquistano un senso giuridico.

D'altra parte l'art. 16, ultimo comma, del regolamento 16 gennaio 1876 n. 2914 abrogava esplicitamente, nelle parti che sono contrarie, "*il capo I del regolamento approvato con regio decreto 25 giugno 1865 n. 2361*" concernente appunto "*delle citazioni e della rappresentanza in giudizio delle pubbliche amministrazioni*".

In conclusione, stando al tenore letterale delle disposizioni esaminate ed alle interpretazioni dell'epoca, le famose tabelle sulla rappresentanza organica delle amministrazioni statali, emanate nel 1865, sopravvivevano, dieci anni dopo, solo per quanto concerne i giudizi davanti ai pretori ed ai conciliatori (e cioè tenendo presente la riserva di giudice collegiale per le cause di imposte) esclusivamente per una modestissima parte (quella meno rilevante) del contenzioso giudiziale dello Stato. Questa circostanza spiegherebbe perché il legislatore non si sia mai preoccupato di aggiornare le tabelle organiche mentre le stesse norme del regolamento n. 2361/1865 siano divenute ad un certo momento "*di difficile reperibilità*".

7. *L'involuzione dell'epoca giolittiana*

Per uno strano capriccio storico le tabelle organiche restarono di fatto in vigore; anzi, secondo quella linea di sviluppo verso quello che si connoterà sempre più come uno Stato pluriclasse e porterà al cosiddetto "governo per ministeri", ebbero il sopravvento sul nuovo concetto, introdotto nell'ordinamento Mantellini, che l'organo di difesa tecnica fosse anche in linea generale il rappresentante della pubblica amministrazione in giudizio. Vi fu cioè la tendenza a considerare esclusiva la rappresentanza organica prevista dalle tabelle e recessiva quella dell'organo tecnico di difesa anch'essa prevista dalla normativa del 1865 e privilegiata nel regolamento del 1876, ricollegandosi una nullità insanabile alla mancata citazione dell'organo indicato quale "*rappresentante dell'amministrazione secondo le tabelle*", indipendentemente dalla costituzione o meno in giudizio dell'organo di difesa.

In pratica l'interpretazione prevalente, data dalla giurisprudenza all'art. 8 del regio decreto n. 2916 del 1876, che imponeva la citazione della P.A. "*in nome delle persone dei capi di ufficio che le rappresentano come parti in causa*", fu che esso si riferisse non alle persone titolari degli uffici dell'Avvocatura erariale o ai delegati erariali, quanto piuttosto ai rappresentanti organici indicati nelle tabelle del 1865, che appunto in via di questo richiamo restavano saldamente in vigore, anche per quel che concerne i giudizi collegiali.

Nacque così, proprio da un tipo di normativa che tendeva ad escluderlo, quel dualismo tra rappresentanza organica nel processo (*legittimatio ad processum*) e difesa tecnica (*ius postulandi*) sulla cui base i futuri legislatori ed interpreti costituiranno il sistema vigente. Le leggi successive infatti, invece di dipanare l'equivoco, lo renderanno ancora più plausibile (cfr. legge n. 485 del 1907) anzi, nel superarlo (con la legge n. 260 del 1958) finiranno col legittimarlo.

Ed in effetti la vicenda della rappresentanza processuale sembra aver seguito di pari passo le alterne fortune dell'Avvocatura dello Stato. La struttura portante dell'ordinamento Mantellini infatti, se rispondeva pienamente alle esigenze del processo civile ed alle sue regole (al fondo vi è la scelta fondamentale della Destra Storica di Minghetti per il principio della unità della giurisdizione e per l'abrogazione di ogni privilegio dell'amministrazione pubblica) contrastava di fatto con la regola di costituzione materiale che aggregava gli interessi emergenti della borghesia e dei nuovi ceti attorno alle singole potestà ministeriali. In fin dei conti l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato va letta in chiave di riconoscimento di situazioni giuridiche soggettive che nell'amministrazione ed attraverso l'amministrazione raggiungevano consistenza, se non dignità, di diritti.

Ed è in questo clima che matura una aspra polemica tra gli avvocati generali erariali e il mondo politico amministrativo degli inizi del secolo, polemica che culminerà con le dimissioni nel 1913 dell'ultimo Avvocato Generale espressione della oligarchia creata dal Mantellini.

E qui si può seguire la curiosa vicenda della endiadi "*rappresentanza e difesa*". La legge 4 luglio 1907 n. 485, coeva alla legge 7 luglio 1907 n. 42, che sottraeva all'Avvocatura erariale gran parte delle controversie delle Ferrovie dello Stato, segna infatti un durissimo attacco del Parlamento all'Istituto ed alla sua formula mantelliniana: scompare ogni accenno alla rappresentanza, sostituito dalla endiadi "*la difesa delle cause e le consultazioni legali nell'interesse dello Stato*"; si estende la possibilità delle amministrazioni attive di derogare alla difesa dell'Avvocatura erariale; l'intero regolamento del 16 gennaio 1876 viene esplicitamente abrogato restando in vita solo poche disposizioni, tra le quali l'art. 8, il cui tenore, tuttavia, avulso dall'organico testo, finisce per giustificare quella interpretazione giurisprudenziale sulla vigenza delle tabelle organiche e sulla spettanza agli organi di amministrazione attiva della *legittimatio ad processum* o rappresentanza processuale, che si era andata consolidando. E, tanto per far capire che da una parte pendeva il potere, si stabilisce che "*i funzionari*" dell'Avvocatura erariale dovessero essere assunti *per concorso*.

La rappresentanza, espunta dalla legge, ricompare – dopo la nomina di Villa, un fedelissimo di Giolitti, ad Avvocato Generale – nella stessa formulazione mantelliniana, nel regolamento per l'esecuzione del testo unico delle leggi sulla regia avvocatura approvato con R.D. 24 novembre 1913 (art. 1) in connessione con la previsione legislativa di una riserva di deliberazione del Consiglio dei Ministri per dar la stura alla possibilità per le amministrazioni attive di nominare e comunque utilizzare direttamente avvocati del libero foro. Solo in epoca fascista la “*rappresentanza*” riacquista pari dignità della “*difesa*” nel testo unico emanato con regio decreto 30 ottobre 1933 n. 1611, in gran parte tuttora vigente, laddove (art. 1) si stabilisce che “*la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle amministrazioni dello Stato, anche se organizzate in ordinamento autonomo, spettano all'Avvocatura dello Stato*”.

In effetti il vigente Testo Unico del 1933, emanato allo scopo di coordinare la normativa preesistente con le regole del foro dello Stato (abolizione dei delegati erariali) e con quelle della rappresentanza e difesa dell'Amministrazione autonoma delle Ferrovie dello Stato, segna storicamente un momento di razionalizzazione e di reviviscenza dell'ordinamento Mantellini, nel senso che vi è una chiara tendenza del legislatore a ribadire quei principi in parte dispersi dalla giurisprudenza e dagli atti normativi dell'inizio del Secolo.

L'accorpamento in un unico articolo della formula sulla “*rappresentanza e difesa*” con il principio, stabilito al secondo comma dell'art. 1 che “*gli avvocati dello Stato esercitano le loro funzioni innanzi a tutte le giurisdizioni, in qualunque sede e non hanno bisogno di mandato, neppure nei casi nei quali le norme ordinarie richiedono il mandato speciale bastando che consti la loro qualità*”, mostra chiaramente la volontà di incentrare nell'organo tecnico di difesa (che assume ora il nome di Avvocato dello Stato) tutti i poteri di rappresentanza e di patrocinio anteriormente distinti tra difensore e amministrazione.

Tale indirizzo, in connessione con l'inquadramento dell'Avvocatura sotto l'alta vigilanza del Presidente del consiglio, è coerente con la tendenza dell'epoca di sostituire l'amministrazione ministeriale con l'organizzazione di tipo diverso facente capo direttamente al Primo Ministro, Capo del Governo fascista. Una riprova che questo processo sia avvenuto anche per l'Avvocatura dello Stato si ha nei successivi articoli 2, 3 e 4 del regio decreto 1611 del 30 ottobre 1933: la rappresentanza diretta da parte dei funzionari dell'Amministrazione statale acquista carattere eccezionale, è sottoposta a rigide misure di controllo da parte dell'Avvocatura dello Stato ed è limitata sostanzialmente ai soli giudizi innanzi ai pretori ed ai conciliatori.

In aderenza a queste premesse sostanziali gli articoli 11 e 12 del R.D. 30 ott. 1933 n. 1611 stabilivano che le citazioni andavano notificate alle amministrazioni dello Stato presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato competente “*nella persona che le rappresenta secondo le norme organiche*”.

Da questo ultimo inciso e dalla norma transitoria dell'art. 52, secondo la quale “*fino a quando non si sia approvata una nuova tabella in sostituzione*

di quella annessa al r.d. 25 giugno 1965 n. 2316, le notificazioni alle amministrazioni dello Stato degli atti di cui agli articoli 11 e 12 debbono esser fatte, ferme le norme di competenza contenute nel titolo I, alla persona che le rappresenta nel luogo ove risiede l'autorità giudiziaria, che sarebbe competente secondo le norme ordinarie della procedura civile", la giurisprudenza ha tratto la convinzione della permanenza in vigore delle famose tabelle organiche per i giudizi collegiali.

Tale convinzione alla luce delle norme del Testo Unico è probabilmente frutto di un equivoco: quando infatti l'art. 11 parla di "*persona che rappresenta secondo le norme organiche etc...*" si riferisce ai titolari di uffici della Avvocatura di Stato, dal momento che anche per la pubblica Amministrazione, come per qualsiasi persona giuridica, vale il principio che il cosiddetto rappresentante, o organo che dir si voglia, va citato non solo nella sua carica ma possibilmente indicando nome e cognome. Successive evoluzioni hanno indicato l'irrilevanza di questa indicazione personale; occorre tuttavia considerare che negli Anni Trenta la dottrina della cosiddetta immedesimazione organica era soltanto agli inizi. L'articolo 12 riferendosi ai giudizi nei quali la rappresentanza e difesa dell'Avvocatura non è necessaria non toccava evidentemente il problema della legittimazione, ma si limitava a disciplinare il luogo di notificazione.

Quanto all'art. 52, l'interpretazione più corretta è che si riferisse alla sola notificazione degli atti e che non riguardasse perciò la *legittimatio ad processum*. È probabile anzi che l'articolo avesse presente soprattutto i giudizi pretori e conciliatori. Il riferimento alle sole norme sulla notificazione e non alla rappresentanza dello Stato in giudizio risulta evidente dalla natura transitoria della norma (il legislatore infatti aveva innovato solo nel campo delle notificazioni); inoltre la stessa rubrica all'art. 52 si riporta all'art. 9 del regio decreto 25 giugno 1865 n. 2361, che stabiliva solo le persone designate (dalla quarta colonna delle famose tabelle) a ricevere efficacemente le notificazioni degli atti per la P.A. La rappresentanza era invece regolata dall'art. 2 del regolamento del 1865 e non era derogabile da pattuizioni speciali, come invece lo era tendenzialmente la materia delle notificazioni (art. 10). D'altronde la confusione tra organo che rappresenta in causa la P.A. e ufficio competente a ricevere la notificazione di atti è errore alquanto ricorrente nella giurisprudenza.

L'unico presupposto normativo di tutta l'annosa questione sulla legittimazione processuale degli organi delle varie amministrazioni che – come è noto – dette luogo ad un'intera letteratura negli anni 1950 consisteva pertanto in una giurisprudenza oramai consolidata che aveva ritenuto vigente una norma che non sussisteva più nell'ordinamento scritto.

Ed è noto che sulla questione della rappresentanza processuale dell'amministrazione statale è alla fine intervenuta la legge 25 marzo 1958 n. 260, che, col dichiarato proposito da semplificare la materia, ha disposto (art. 1) che le "*citazioni vanno notificate alle amministrazioni dello Stato presso l'Avvocatura dello Stato nella persona del Ministro competente*", specificando nel successivo art. 3 che va indicata la persona del Ministero in carica.

In questo modo l'interpretazione dei giudici è stata legittimata per intervento successivo del legislatore, il quale dandosi carico delle gravi conseguenze che la giurisprudenza ricollegava all'errata indicazione dell'organo legittimato, ha stabilito la sanabilità *ex tunc* della nullità della citazione per effetto di una tempestiva eccezione dell'Avvocatura dello Stato, costituitasi in giudizio. In questo sforzo di semplificazione (come si è visto) la giurisprudenza è andata oltre, estendendo anche alla questione della *legittimatio ad causam* e dell'erronea indicazione della branca amministrativa la speciale sanatoria prevista dall'art. 4 Legge 260/58. A seguito dell'entrata in vigore della legge 3 aprile 1979 n. 103 la "rappresentanza", introdotta dalla legge 25 marzo 1958 n. 260, si è estesa anche ai giudizi dinanzi al Consiglio di Stato ed ai Tribunali Amministrativi Regionali.

8. Considerazioni finali

La vicenda storico normativa descritta, ancorché esaurita come vicenda giuridica, può essere proficuamente utilizzata come uno studio di archeologia: i materiali utilizzati dai "padri fondatori" della Destra Storica sono sostanzialmente gli stessi, anche se oggi sono profondamente cambiate le strutture che gli avvocati dello Stato sono chiamati a difendere. Ed è evidente che i momenti attraverso i quali si realizza la rilevanza funzionale della gestione delle liti pubbliche oggi non vadano ricercati solo nell'ambito della disciplina processuale ma anche nell'organizzazione ed attività di organi e soggetti che in qualche modo in tale gestione intervengono. Anzi, laddove l'approccio resta esclusivamente organizzativo ed interno, riguardando il momento pubblicistico fasi diverse rispetto al giudizio, il processo e l'attività che vi pone lo Stato ed i suoi avvocati possono ragionevolmente svolgersi solo e soltanto secondo regole di diritto comune.

La chiave interpretativa si coglie nell'affermazione di alcuni Autori, talvolta ripresa nella stessa giurisprudenza, secondo cui la complessità dell'organizzazione statale e la molteplicità dei suoi apparati trova il suo momento unitario proprio nel processo e negli istituti che regolano la rappresentanza e difesa giudiziale; la personalità giuridica dello Stato avrebbe il suo momento di emergenza soprattutto nel giudizio civile.

L'affermazione può sembrare enfatica, ma la sostanza appare più semplice: è tutta nel meccanismo civilistico del *rapporto di mandato*. La prima esigenza dei "padri fondatori" che introducevano la tutela giurisdizionale di diritto comune nei confronti dell'amministrazione statale fu quella di stabilire i soggetti fisici che avessero capacità di rappresentare lo Stato davanti ai giudici ordinari, di impegnarlo unitariamente con il proprio comportamento processuale, fossero essi legali rappresentanti od anche difensori tecnici. Indipendentemente dalle soluzioni normative di volta in volta adottate (patrocinio del libero foro, avvocati erariali o loro delegati, foro dello Stato etc...) lo schema tecnico adottato non sembra essere quello della istituzione di uffici-organi, *ma quello più antico della rappresentanza e, in generale, del mandato*. È in forza di quest'ultimo particolare rapporto funzionale (che è e resta regolato dal diritto comune ad operatori giuridici pubblici e privati)

che, nei rapporti esterni, la complessità della macchina statale diviene omogenea e norme inderogabili, fondamentali nel controllo sulla gestione del potere pubblico, quali la competenza e le regole sul procedimento, assumono un'elasticità tutta tipica della gestione processuale: tutto il complesso delle imputazioni giuridiche, i rapporti interorganici, le imputazioni materiali e quelle più raffinate, di natura formale, si semplificano attraverso lo schema di una predisposizione *ex lege* di un procuratore generale alle liti, presso il quale ed attraverso il quale regolare l'intera gamma dei rapporti giudiziari dello Stato. Proprio non considerando la struttura del rapporto in chiave organica di attribuzione e competenza, ma in chiave civilistica (di mandato), diviene possibile la difesa giudiziale di enti ed apparati non appartenenti formalmente allo Stato-persona ma svolgenti il loro ruolo nell'ambito della cosiddetta amministrazione statale allargata. Va ricordato al riguardo che il rapporto procuratorio e/o di mandato, sia pure al livello di estrema semplificazione, esprime nel diritto civile *la cura di un interesse altrui*, e conseguentemente il nocciolo duro della "*funzione in senso tecnico*". In ogni caso, quanto avviene all'interno del rapporto di mandato, tra avvocati dello Stato ed amministrazioni statali, non interessa il processo, nel senso che non trova nei meccanismi processuali alcuna sanzione giuridica.

Non vi è dubbio che il sistema possa apparire empirico, rispetto ai sofisticati schemi di imputazione giuridica esistenti nell'ambito degli apparati amministrativi, particolarmente in quelli dotati di poteri autoritativi, ma appare estremamente funzionale. Ed è in fondo a tale meccanismo che ha fatto richiamo nella sostanza la giurisprudenza per sanare nullità in origine insanabili.

Spostato sul piano dell'organizzazione (forse sarebbe il caso di dire *il rapporto interno di provvista* tra mandante e mandatarì) non c'è più ragione di focalizzare l'attenzione sulle funzioni svolte in giudizio, sullo *ius postulandi*, sulla *legittimatio ad causam* o *ad processum*, ma basta fermarsi ai meccanismi decisionali che si svolgono presso l'Avvocatura dello Stato. Tali meccanismi sembrano essere sfuggiti all'indagine della dottrina, per restare esclusivo appannaggio di pochi chierici. E tra questi chierici vi è chi, autorevolmente, ha teorizzato che lo Stato in giudizio (ovverosia l'Avvocatura dello Stato) non si presenterebbe innanzi ai giudici come singola amministrazione, centro di riferimento di particolari interessi pubblici canonizzati, quanto piuttosto nella veste di supremo moderatore e mediatore tra interessi confliggenti, portatore esso stesso di un interesse pubblico generale di natura *latu sensu* "*giustiziale*". In altre parole, secondo questa impostazione non è solo l'interesse pubblico puntuale e concreto che sta davanti al giudice a contrastare la domanda del cittadino, ma è anche e soprattutto l'interesse pubblico generale dell'intera collettività. Interesse pubblico generale del quale sarebbero referenti gli organi di vertice dell'Avvocatura dello Stato, intesa quale istituzione di raccordo tra lo Stato soggetto e lo Stato Comunità.

C'è, indubbiamente, la necessità di una disciplina differenziata dell'attività di mediazione giuridica e di coordinamento legale nell'ambito dell'amministrazione statale, con i necessari collegamenti con le sedi (e nelle sedi)

di elaborazione dell'indirizzo politico amministrativo; la decisione tecnico-legale ed in particolare la determinazione delle linee di gestione delle liti sfugge infatti allo schema della decisione amministrativa ed ai controlli giurisdizionali avverso gli atti della P.A. e non si presenta, salvo rarissimi casi, come pura decisione politica, nei confronti della quale siano attivabili i meccanismi della responsabilità politica. Nondimeno è di chiara evidenza che l'imporre al governo e all'amministrazione attiva di servirsi di un avvocato stabile e professionalmente garantito, sia nella sostanza un modo di rendere funzione, formalizzandola in una qualche procedura, un'attività non altrimenti controllabile, senza consentire tuttavia – ed era una delle gravi conseguenze delle tesi dei chierici dell'Avvocatura dello Stato – che la stessa attività sfugga di mano ai legittimi titolari del potere di governo. In altri termini l'Avvocatura dello Stato non costituisce modulo organizzatorio dello Stato parte in giudizio, ma più semplicemente gruppo professionale, coordinato e regolato in modo tale da svolgere il mandato affidato ai singoli avvocati nel modo più trasparente e coerente possibile, in aderenza alle regole fondamentali dello Stato di diritto.

In conclusione nel nostro ordinamento amministrativo, sin dalla riforma Mantellini e ancor di più con la legge di riforma del 1979 (legge n. 103), si è creato un organismo, l'Avvocatura dello Stato, che assorbe potenzialmente tutti i rapporti giudiziali dello Stato, e in genere, tutti i rapporti contenziosi a qualsiasi branca amministrativa appartengano (sulle transazioni è previsto un parere obbligatorio e vincolante, e cioè in sostanza una co-decisione). Significativo al riguardo è che la legge processuale commini la nullità per la mancata notificazione degli atti introduttivi del giudizio presso gli uffici dell'Avvocatura e ritenga mera irregolarità qualsiasi difetto di rappresentanza.

Si tratterebbe dunque di una vera e propria attribuzione di funzioni, esclusiva dell'Avvocatura e dei suoi membri, concorrente con il potere sostanziale delle singole amministrazioni di curare gli interessi pubblici loro affidati, ma regolata in via esclusiva dalle regole sulla "rappresentanza di diritto civile" e sulle regole professionali che fanno da supporto alle attività forensi.

Professionisti in via esclusiva, garantiti e scelti da un pubblico concorso e titolari di un *munus* pubblico, nel cui interno le regole professionali e le decisioni d'indirizzo dell'Avvocato Generale e dei suoi collaboratori segnano le linee di un rapporto funzionale (art 97 Cost.) nella corretta ed utile gestione delle liti dello Stato.

INCONTRI DI STUDIO

In Art we Trust **Modelli di *governance* per i beni culturali**

**Convegno organizzato da Confcultura in collaborazione con Rassegna
Avvocatura dello Stato e ARCUS.**

I beni culturali, dopo un lungo periodo di sperimentazioni possono costituire la vera leva competitiva del marketing territoriale e dell'identità turistico-culturale italiana per un riposizionamento competitivo sui mercati internazionali. Il quadro giuridico-amministrativo deve conseguentemente adeguarsi al profondo cambiamento di un settore che può diventare decisivo per la nostra economia, a condizione di garantire il giusto equilibrio fra necessità della tutela (che implicano una visione ed una capacità di controllo prerogativa dello Stato centrale), politiche di sviluppo territoriale (legate al governo locale), efficacia ed efficienza nell'amministrazione delle limitate risorse (capacità gestionale di matrice privatistica). Quale modello di governance può dunque comporre questo complesso di competenze? La Commissione ministeriale sulla valorizzazione del patrimonio culturale^() ha avanzato alcune ipotesi concrete. Sulle ipotesi formulate giuristi, economisti, esperti di politiche pubbliche e di conservazione del patrimonio storico-artistico, sono chiamati a dare una risposta anche alla luce delle recenti modifiche al Codice dei beni culturali e delle regole della sussidiarietà.*

(*) La Relazione ministeriale è pubblicata in calce agli *Atti del Convegno*.

Atti del Convegno – Tavola rotonda
(Roma, 22 giugno 2006, Avvocatura Generale dello Stato)

GIUSEPPE FIENGO

Avvocato dello Stato e Presidente della Commissione ministeriale sulle Fondazioni

Relazione della Commissione di studio per l'istituzione di fondazioni di diritto privato finalizzate alla gestione e all'attività di valorizzazione dei beni culturali (D.M. 13 giugno 2005) al Ministero per i Beni e le Attività Culturali – Ufficio Legislativo

1. Con decreto 13 giugno 2005, il Ministro per i beni e le attività culturali, On. Rocco Buttiglione, costituiva un gruppo di lavoro incaricato di *“approfondire le forme e le modalità per la costituzione di fondazioni di diritto privato, finalizzate alla gestione delle attività di valorizzazione di beni culturali, nonché di procedere all'esame delle connesse problematiche, anche al fine dell'elaborazione di linee guida e atti d'indirizzo”*.

2. È noto al riguardo che l'articolo 10 del decreto legislativo 20 ottobre 1998, n. 368, con una disposizione fortemente innovativa, aveva previsto che il Ministero, *“al fine del più efficace esercizio delle sue funzioni e, in particolare, per la valorizzazione dei beni culturali e ambientali”* potesse *“costituire o partecipare ad associazioni, fondazioni e società secondo modalità e criteri definiti con regolamento emanato ai sensi dell'art 17, comma 3 della legge 23 agosto 1998, n. 400”*.

3. La disposizione, pur avendo trovato attuazione, in relazione alle fondazioni, con il regolamento ministeriale n. 491 del 27 novembre 2001, ha subito l'impatto derivante dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 che riservava allo Stato le sole *“funzioni ed i compiti in materia di tutela”* e dalla riforma del Titolo V della Costituzione, introdotta dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, che ha individuato, tra l'altro, la valorizzazione dei beni culturali ed ambientali come competenza legislativa concorrente tra lo Stato e le regioni.

In tale nuovo contesto, il Consiglio di Stato con il parere n. 1794 del 26 agosto 2002, reso sullo schema di regolamento ministeriale sulla costituzione e partecipazione del Ministero per i Beni e le Attività culturali a società, ha ritenuto che *“le disposizioni del decreto legislativo n. 368 del 1998, attributive della potestà regolamentare... devono ritenersi venute meno a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Titolo V della Costituzione che, inserendo le materie della valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali tra quelle di legislazione concorrente, esclude che lo Stato possa disciplinare la materia in questione nella sua intera estensione e, per giunta, al livello regolamentare”*. Con molto realismo, nello stesso parere, il Consiglio di Stato segnalava al Ministero *“la necessità di ricomprendere tra i principi generali da emanarsi con legge, non soltanto i principi generali relativi alle società, ma anche quelli relativi alle fondazioni, per i quali la sede regolamentare (a suo tempo coerente con il dettato normativo del decreto legislativo n. 368) non appare più idonea a contenere i principi fondamentali in materia”*.

4. Un'ulteriore precisazione degli ambiti di un intervento ministeriale in materia, può cogliersi nel parere n. 1354/02, reso dallo stesso Consiglio di Stato il 2 luglio 2002, sulle fondazioni bancarie.

Le massime di tale consultazione recano, tra gli altri, i seguenti principi:

a) *La misura dell'intervento pubblico nei settori privati (come le fondazioni bancarie) deve rispondere a criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, raffrontando i benefici dell'attività di vigilanza e controllo con i possibili costi economico-sociali che possono derivare, ad esempio, dal ritardo e dal rallentamento che tali funzioni di vigilanza possono provocare sulle attività operative degli organismi privati vigilati. Tali principi impongono di ponderare con attenzione ancora maggiore le possibili limitazioni agli spazi di autonomia privata operate in nome di finalità d'interesse pubblico, potendo quelle stesse finalità essere perseguite già all'interno del medesimo regime privatistico....*

b) *Posto che l'autonomia privata delle fondazioni bancarie è la regola e la sua limitazione legislativa l'eccezione, deve ritenersi che, ove la legge preveda l'emanazione di un regolamento ministeriale attuativo, questo non può imporre limiti ulteriori all'autonomia privata, che non trovino espresso fondamento (e conseguente limitazione) nella legge medesima. Di conseguenza, l'autonomia privatistica delle fondazioni bancarie riacquista naturalmente la sua pienezza, laddove cessino i vincoli dell'eteroregolamentazione derivanti direttamente dalla legge...*

c) *Le fondazioni bancarie di origine non associativa... rientrano nella definizione di "organismo di diritto pubblico", di cui all'art 2 comma 1 lett. b del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, poiché, tra l'altro devono garantire una "prevalente e qualificata rappresentanza degli enti pubblici negli organi di indirizzo". Tale natura giuridica impone ad esse, per i casi eccedenti la soglia comunitaria, il rispetto delle regole della gara europea, oltre che per la scelta delle società di gestione del risparmio, anche per la realizzazione di tutti i servizi e lavori...*

5. Sulla base di tali orientamenti consultivi, sin dalle prime riunioni emergeva, tra i componenti del gruppo di lavoro, l'opinione che il tema posto dal Ministro, nel nuovo contesto del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, dovesse mirare, più che alla scelta – per la verità opinabile – di modelli unitari di organizzazione (fondazione, associazione, società mista od altro), da porre a base di una rigida scelta normativa, ad approfondire il modo attraverso cui un'amministrazione territoriale, proprietaria di beni del demanio storico artistico, potesse procedere ad attività di valorizzazione di tali beni, contando su risorse umane ed economiche limitate, tali da non garantire l'utilizzazione e fruizione collettiva, che la vastità ed importanza del patrimonio storico artistico degli enti pubblici territoriali (Stato, regioni, comuni e province) in astratto consentirebbe.

6. La tesi del gruppo di lavoro è che la forte creatività dell'autonomia privata e il carattere indipendente, che la Costituzione garantisce alle amministrazioni regionali e locali, consigliano, piuttosto che proporre regole uniformi sulle forme organizzative di gestione indiretta dei beni e delle attività culturali, di recepire quello che la realtà concreta legittimamente crea, individuando esclusivamente percorsi procedurali e limiti specifici all'autonomia delle parti, che indirizzino l'azione del Ministero in un'attività di "governo dal margine" del settore, in qualche misura, "privatizzato".

7. In realtà il carattere demaniale dei beni in questione (articoli 822 e 823 del codice civile) non viene meno, se la gestione che li riguarda resta regolata dal diritto civile; quel che conta è che sia comunque assicurata la conservazione e la fruizione collettiva nelle migliori condizioni possibili.

8. In altri termini il gruppo di lavoro, anche attraverso le audizioni svolte e le aspettative colte nell'ambito degli operatori del settore, è giunto alla conclusione che le forme di valorizzazione e gestione indiretta dei beni culturali pubblici possano ragionevolmente essere regolate dal "*diritto comune*", avviandosi in tal modo un'opportuna apertura, da parte dell'autorità ministeriale, alla "*valorizzazione privata dei beni culturali pubblici*".

9. Le fonti normative destinate a sorreggere siffatto indirizzo devono essere prevalentemente individuate – ad avviso del gruppo di lavoro – in moduli convenzionali (contratti, intese ed atti accessivi a concessioni di beni e di servizi) ai sensi dell'art. 823 del codice civile e dell'art. 1, comma 1 *bis* della legge 7 agosto 1990 n. 241 (v. *infra*).

10. Il gruppo di lavoro condivide l'orientamento del *Codice dei beni culturali e del paesaggio* tendente ad integrare, ove possibile (nei bandi di gare pubbliche e nell'ambito dei progetti di valorizzazione, da presentarsi da parte di soggetti pubblici e privati), servizi a contenuto culturale con attività di maggiore redditività economica, al fine di riequilibrare la gestione, non facilmente attiva, dei beni e delle attività culturali.

Va tuttavia sfruttata al meglio – ad avviso di alcuni membri del gruppo di lavoro – la possibilità da parte delle amministrazioni competenti in tema di valorizzazione dei beni culturali e dei soggetti privati, che ne assumono, nelle forme più varie, la gestione, di utilizzare la cosiddetta "*eccezione culturale*", che, com'è noto, secondo il diritto dell'Unione Europea, sottrae le iniziative pubbliche nel settore ad una rigida applicazione delle regole della concorrenza e del mercato (Cfr. Corte Cost. 13 luglio 2004 n. 272).

11. Ove, per il concorso di specifiche circostanze (finanziamento pubblico dell'iniziativa, struttura associativa con presenza prevalente di enti esponenziali di collettività od altro), il soggetto gestore si venga necessariamente a qualificare, per il diritto comunitario, *organismo di diritto pubblico*, i servizi culturali che l'istituto o luogo di cultura è chiamato ad offrire agli utenti (ad esempio, la didattica museale, l'organizzazione di mostre, la ricerca e l'informazione scientifica) devono essere ben individuati e regolamentati e, nel caso di gara pubblica, devono costituire criterio prevalente di valutazione dell'offerta più vantaggiosa rispetto a valutazioni esclusivamente economiche e commerciali.

12. Resta il nodo del *restauro*, che ha forti implicazioni di attività scientifica e culturale. Anche qui la tendenza è quella di connotare tale attività in modo autonomo rispetto agli altri appalti di lavori. Il settore che potrebbe essere ragionevolmente sviluppato, come attività nella quale l'amministrazione sceglie con semplice valutazione discrezionale il contraente affidatario dei servizi, è la *diagnostica sui beni culturali*, che dovrebbe assumere carattere necessario e propedeutico rispetto alla stessa progettazione ed affidamento dei lavori. Occorrerà una particolare attenzione al problema, allorché si procederà al recepimento nell'ordinamento nazionale delle direttive 17/2004/CE e 18/2004/CE in materia di appalti pubblici.

13. *Il censimento e la catalogazione* dei beni culturali di appartenenza pubblica costituiscono le premesse ovvie di una “gestione indiretta”: non si può affidare a terzi un compendio di beni di cui si ha solo una vaga conoscenza. Serve nel settore del patrimonio storico artistico un sistema analogo alla catalogazione dei libri.

Poiché non è realistico completare queste operazioni prima di avviare forme partecipate di gestione del patrimonio culturale di proprietà pubblica, la soluzione acceleratoria consiste nel prevedere in tutti gli affidamenti di beni *un onere specifico di catalogazione e l'invio delle relative informazioni*, soprattutto di carattere scientifico, ad un' autorità centrale.

La relativa clausola generale, da inserire in tutti i progetti di valorizzazione e relativi affidamenti, può essere predisposta dall'Istituto Centrale per il Catalogo ed eventualmente allegata ad atto d'indirizzo ministeriale, in modo tale che acquisti valenza concordata, ai sensi dell'art. 17 del Codice per i beni culturali ed il paesaggio, con le regioni e gli enti locali.

14. *Tutela e conservazione*. Conseguenza della connotazione privatistica che il gruppo di lavoro intende attribuire alla gestione indiretta, è che le attività di restauro e di conservazione svolte da parte dei soggetti affidatari di beni del patrimonio storico artistico pubblico restano teoricamente assoggettate ad autorizzazione, come quelle dei proprietari o possessori di beni privati vincolati (art. 21 del Codice).

Per agevolare i lavori di restauro e conservazione da parte dei soggetti affidatari è tuttavia possibile, applicando in via estensiva o analogica l'art. 24 del Codice, introdurre la previsione di forme di autorizzazione semplificata per la gestione indiretta dei beni culturali. L'atto di consenso può, infatti, essere adottato nel singolo caso concreto sul progetto preliminare, per tutto l'arco degli interventi al momento dell'avvio della gestione indiretta, con controllo successivo o in ogni altra forma che si ritenga necessaria e sufficiente a salvaguardare la tutela.

Com'è noto la *Carta del restauro* elaborata a Venezia del 1972 è stata integralmente recepita in una circolare ministeriale, sicché la stessa può divenire una sorta di capitolato generale da allegare a tutti gli atti di affidamento. In tal modo, le prescrizioni tecniche della *Carta del restauro* diventano parametro di valutazione della correttezza degli interventi realizzati ed, in quanto parametri predeterminati, possibili oggetto di impegnative dichiarazioni di conformità da parte di tecnici professionalmente abilitati (principio dell'autocertificazione e sussidiarietà orizzontale). A questo punto il controllo da parte delle competenti Soprintendenze – e degli uffici regionali e comunali cui, in forza del principio di sussidiarietà verticale, le funzioni potrebbero essere, sia pure in concorso, delegate (cosiddette “soprintendenze parallele”) – potrebbe anche essere svolto “a campione”.

15. *Il quadro istituzionale*. Il gruppo di lavoro sottolinea l'esigenza che la “gestione indiretta” di beni del patrimonio culturale statale tenga conto del quadro istituzionale (articoli 117 e 118 Cost.), che, come messo in luce dalle relazioni dell'avvocato Antonella Anselmo Lemme, prevede un ruolo primario delle regioni e degli enti esponenziali di collettività locali nei processi di valorizzazione e forme di sussidiarietà orizzontale, con il concorso dei privati nel servizio reso, in forma diretta o indiretta, con i beni del patrimonio storico artistico (art. 6, comma 3).

In attuazione di questo disegno il codice prevede *una rete di intese programmatiche* Stato-regione che dovrebbe sorreggere tutto il sistema di valorizzazione e

gestione dei beni culturali, in un ambito territoriale definibile come “*bacino culturale regionale*”.

Su piano procedimentale questo potrebbe significare in astratto, che, *prima di avviare affidamenti indiretti* o in concomitanza con essi, l'amministrazione statale dovrebbe aver concluso procedure di intesa con le regioni, per definire le modalità di valorizzazione, gestione e fruizione e gli eventuali trasferimenti di beni. Significativo al riguardo è il comma 4 dell'art. 112, laddove stabilisce che “*Al fine di coordinare, armonizzare ed integrare le attività di valorizzazione dei beni del patrimonio culturale di appartenenza pubblica, lo Stato, per il tramite del Ministero, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali stipulano accordi su base regionale, al fine di definire gli obiettivi e fissarne i tempi e le modalità di attuazione. Con gli accordi medesimi sono individuate le adeguate forme di gestione ai sensi dell'art. 115*”.

Le intese ed accordi su base regionale, alla luce delle citate disposizioni legislative verrebbero pertanto ad assumere carattere di presupposto necessario e propedeutico rispetto agli affidamenti in gestione indiretta, se non anche – ed è il problema posto dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 255/04 in relazione al settore dello spettacolo – degli stessi interventi diretti dell'amministrazione statale in un determinato territorio regionale.

16. Sembra ragionevole, tuttavia, ritenere che la rete di indirizzi ed accordi, di cui si discute, tarderà ad avere attuazione nell'intero territorio nazionale, con il rischio che un'interpretazione rigida delle disposizioni recate dal Codice e la mancanza di “*accordi su base regionale*” finiscano per impedire l'avvio del processo di gestione indiretta, penalizzando anche le situazioni ad oggi utilmente avviate.

Una soluzione possibile consiste nel prevedere, negli atti di affidamento, una sorta di clausola risolutiva e/o modificativa che faccia salva l'efficacia di accordi ed intese che sopravvengano nel corso della gestione, prevedendone la loro diretta efficacia sul rapporto. Si tratta in pratica, con le modifiche necessarie per il settore dei beni culturali, della vecchia clausola dello *ius variandi*, tipica delle concessioni di pubblico servizio: se muta, o si definisce meglio, il quadro istituzionale, ovvero se interviene una legge regionale che disciplina la valorizzazione in determinate forme, la gestione prevista nell'affidamento indiretto deve adeguarsi ovvero, se non può adeguarsi al nuovo quadro, cessa; le modalità attraverso cui si perviene a tale risultato passano ovviamente attraverso una *ri-negoziazione obbligatoria* dell'affidamento, che garantisca, anche nel mutato assetto degli interessi pubblici, l'investimento fatto dal soggetto privato.

17. Sullo sfondo delle problematiche affrontate dal gruppo di lavoro emerge una incertezza di fondo sulla qualificazione delle attività di valorizzazione, sia ad iniziativa pubblica che ad iniziativa privata.

La definizione che offre il codice non è priva di ambiguità: secondo l'articolo 6 “*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*”.

Più realisticamente l'articolo 111 del Codice distingue tra un'attività di valorizzazione ad iniziativa pubblica che disciplina come “*pubblico servizio*” e un'attività di

valorizzazione ad iniziativa privata alla quale dà qualifica di “*attività socialmente utile*”. È evidente la scelta del legislatore per una nozione di pubblico servizio in senso soggettivo e tale scelta potrebbe attrarre nell’area “*del pubblico servizio*” anche le forme di gestione qualificate dal codice come “indirette” e partecipate dal privato.

18. Il gruppo di lavoro, ancorché ritenga utile una chiarificazione legislativa delle fonti primarie al riguardo, ritiene tuttavia che, allo stato della disciplina vigente, l’attività di valorizzazione di beni culturali pubblici dello Stato e degli enti territoriali da parte di soggetti privati non costituisce né esercizio di pubblica funzione né attività di pubblico servizio.

19. Non convince, in primo luogo, l’affidamento esclusivo alla mano pubblica (Stato o regione, non importa) di tutti i processi di valorizzazione, da intendersi in senso tecnico come *creazione di valore aggiunto*, sia in senso economico che in senso culturale. Chi crea e dà valore a questi beni è essenzialmente la società civile nel suo stratificarsi e nel suo riconoscersi in questi beni.

La valorizzazione è principalmente promozione di conoscenza attraverso la fruizione: si parte dal bene per superare lo stesso, *per fare cultura* e il fine culturale non può essere predeterminato dai pubblici poteri, salvo il limite insuperabile della tutela, che altro non è, ove correttamente intesa, che la riproducibilità da parte delle generazioni future dell’esperienza sul bene.

In altri termini la valorizzazione dei beni culturali è attività d’interesse generale cui possono concorrere vari soggetti, pubblici e non (la sussidiarietà orizzontale non implica alcun ruolo privilegiato e primario riservato ai pubblici poteri). Se si rimane ancorati al bene (e alla sua titolarità pubblica), si monopolizza la cultura e questo non è il pensiero del Costituente. Il criterio di appartenenza del bene per ancorare la titolarità delle attività, cui fa ricorso anche la Corte Costituzionale, ha in ogni caso *carattere residuale* (in assenza di accordi tra Stato e Regioni).

20. Sotto altro profilo, se si resta all’analisi più accreditata del fenomeno giuridico dei beni culturali e alla teoria comunemente accettata del doppio regime dominicale (la titolarità del *corpus mechanicum* è indifferentemente pubblica o privata, ma la disciplina del valore culturale, il *corpus mysticum* è eminentemente pubblica, se non addirittura collettiva), la qualificazione esclusivamente pubblicistica dell’attività di valorizzazione non quadra: se l’ordinamento è stato in grado di riconoscere un valore culturale (e quindi essenzialmente collettivo, secondo l’orientamento scientifico più accreditato) a beni che restano indifferentemente di proprietà pubblica o privata, non si vede perché non si possa ritenere egualmente valida una forma di valorizzazione/gestione che sia regolata alla stessa maniera, con puntuali prescrizioni e vincoli, ma sostanzialmente libera nella forme, ancorché investa beni pubblici affidati “*in gestione indiretta*”.

Funzionerebbero in questo caso le regole generali del “*servizio pubblico in senso oggettivo*” e gli oneri di cui sarebbe gravato questo tipo di gestione dovrebbero essere *solo quelli* (clausole a favore dello Stato o a favore della fruizione collettiva) *previsti nell’atto di affidamento*.

21. La tesi espressa dal gruppo di lavoro è che la valorizzazione da parte di un soggetto privato, di beni demaniali dello Stato o di enti pubblici territoriali resterebbe in ogni caso “*valorizzazione ad iniziativa privata*”, ai sensi e per gli effetti del Codice Urbani e come tale sfuggirebbe alle rigide regole poste dall’art. 115.

Si tratta di una interpretazione plausibile della vigente disciplina diretta essenzialmente ad evitare – per dirla mutuando la provocatoria espressione da ultimo adottata dalla direttrice di uno dei più prestigiosi musei inglesi – che l’attività dei musei e dei luoghi della cultura, e in generale la raccolta delle opere d’arte, altro non sia che l’appagamento della vocazione del “*principe*”, quale che sia, ad ornare la propria corte di cose di pregio.

22. V’è quindi un sostanziale accordo nel gruppo di lavoro nel ritenere che la gestione indiretta debba prendere le mosse, oltre che attraverso intese, protocolli preliminari a vari livelli, etc., da un *progetto di valorizzazione d’iniziativa privata*, ove per privato si intendono convenzionalmente tutti i soggetti diversi dall’ente pubblico titolare del diritto dominicale sulla *res*.

23. La prima verifica, da condursi attraverso un *nucleo di valutazione* tecnicamente attrezzato e specializzato, consiste nella considerazione dell’affidabilità/sostenibilità tecnico-scientifica ed economica del progetto di valorizzazione. A tali fini sembrano mutuabili – secondo le indicazioni fornite dal professor Pietro Masi – le esperienze dei consorzi universitari e delle altre forme di gestione nel settore della ricerca, nei quali il primo problema che si pone è quello di individuare correttamente le risorse a disposizione, i costi dell’iniziativa ed i risultati prevedibili. Il relativo giudizio, riguardante scienze esatte, dovrebbe assumere carattere autonomo, sottratto alle scelte d’indirizzo politico e concludersi con una valutazione della quale – *rebus sic stantibus* – i componenti il nucleo di valutazione assumono una qualche responsabilità professionale.

24. Una *seconda fase* di esame del progetto – anch’essa caratterizzata da un certo grado di autonomia tecnico-scientifica, propria della cosiddetta discrezionalità valutativa del giudizio sul pregio culturale – dovrebbe ponderare specificatamente gli aspetti scientifici e culturali dell’iniziativa ed i profili specifici della fruizione, che la valorizzazione è diretta ad assicurare.

Data la difficoltà di creare *ex novo* organismi tecnico-consultivi nell’ambito di un’Amministrazione dei beni e delle attività culturali, il gruppo di lavoro – sia pure con qualche preoccupazione sulla capacità dell’organo di acquisire questa specifica competenza – esprime l’avviso che per questa seconda fase della valutazione siano utilmente adattabili il Consiglio Nazionale dei Beni Culturali ed i relativi Comitati di settore.

Va, al riguardo, segnalata la prassi dei Comitati di settore di integrare la propria composizione con gli esperti di volta in volta necessari per affrontare il tema all’ordine del giorno e la presenza obbligatoria in ciascuno di questi comitati di un membro esperto nelle politiche di gestione degli istituti culturali. Va segnalato altresì che sono normalmente invitati alle sedute “*i direttori generali competenti per materia e i direttori regionali competenti per territorio*” e che tre degli otto esperti del Consiglio Superiore sono di designazione della Conferenza Stato Regioni. Quella che manca è la presenza, in sede di esame tecnico scientifico del progetto di valorizzazione da parte del Comitato di settore, di un esperto designato dalla regione nel cui territorio insistono i beni da affidare.

Il gruppo di lavoro ritiene sia possibile attuare nella prassi amministrativa una *funzionale assimilazione del Comitato di settore alla conferenza dei servizi* disciplinata dalla legge n. 241 del 1990, prevedendo la presenza del rappresentante della

regione interessata e, nel caso di dissenso del voto da quanto dallo stesso espresso, la devoluzione della questione al Consiglio Superiore in sede plenaria, dove sono istituzionalmente presenti i membri designati dalla Conferenza permanente Stato-Regioni.

È questa una soluzione procedimentale, che potrebbe offrire una disciplina alla partecipazione della regione interessata all'attività di valorizzazione, anche se non surroga la mancanza di intese generali, che secondo il codice dovrebbe precedere ciascun affidamento.

25. Gli organismi (nucleo di valutazione e comitati di settore del Consiglio Nazionale) che analizzano i progetti dovrebbero svolgere anche le funzioni di *osservatorio e di servizio informazioni* per tutte le amministrazioni ed i soggetti che si occupano (o che si intendono occupare) di valorizzazione dei beni culturali. Un archivio "online" di progetti, valutazioni, affidamenti, convenzioni, statuti e carte di servizio.

26. A questo punto della relazione occorre dar conto di un ampio dibattito svoltosi nel gruppo di lavoro sulla cosiddetta "gestione indiretta" e sulle convergenze che – sia pure con diverse tonalità ed approcci – si sono alla fine realizzate sulle soluzioni da proporre.

Secondo l'opinione del consigliere Giuseppe Severini il Codice Urbani avrebbe regolato la gestione in forma indiretta (art. 115) come "una esternalizzazione traslativa della gestione" (pubblica) "che avviene o (art. 115, comma 2 lett. a) a favore di un organismo di diritto pubblico, partecipato "prevalentemente dalla p.a. cui i beni appartengono, o senz'altro a un soggetto terzo e privato (art. 115, comma 2 lett. b)".

Il professor Fabio Merusi, e la maggior parte dei membri del gruppo di lavoro, sono invece della convinzione che, in relazione ai soggetti affidatari della gestione, "bisogna evitare la creazione un organismo di diritto pubblico".

Il dissidio su questo punto è stato, in qualche misura, attenuato dall'intervento ai lavori del Capo dell'Ufficio legislativo, avvocato Antonio Scino che ha precisato come tra i compiti del gruppo di lavoro, vi sia anche quello di individuare e di proporre alla Commissione Settis, incaricata di attuare la revisione del Codice Urbani, aggiustamenti e modifiche al decreto legislativo n. 42/2004.

I punti di emersione del problema attengono specificatamente:

a) all'individuazione del soggetto affidatario diretto (art. 115, comma 2, lett. a) come organismo di diritto pubblico, scarsamente allettante per gli investitori privati e per le fondazioni bancarie;

b) al carattere prevalente della partecipazione nella fondazione, associazione o società che il Codice Urbani sembra imporre all'amministrazione che conferisce il bene. È evidente la difficoltà di reperire un soggetto disponibile ad affrontare possibili ed indeterminate perdite di esercizio, nel momento in cui partecipa ad un'associazione, fondazione o società in veste minoritaria, senza una significativa incidenza sul potere di gestione.

Il tema ha avuto una significativa eco nei lavori della Commissione Settis, incaricata della revisione del Codice Urbani, che sembra intenzionata a proporre significative modifiche all'articolo 115 del decreto legislativo n. 42/2004

27. Nel corso della riunione del 4 ottobre 2005 il professor Fabio Merusi ha presentato uno schema di lavoro, articolato in cinque proposizioni attraverso le quali superare le divergenze di opinione emersa tra i componenti il gruppo di lavoro.

In particolare il professor Fabio Merusi ritiene che l'Amministrazione per i beni e le attività culturali debba operare in tutti i casi, anche quelli previsti dall'art. 115, comma 2, lett. a), attraverso "*affidamento del bene in concessione in base ad un progetto-programma pluriennale di comprovata sostenibilità economico-finanziaria*", rendendo in tal modo "*irrilevante la tipologia giuridica del concessionario*", purché – ed è questa la precisazione dell'Autore – *di diritto privato*.

La proposta trae fondamento dalla circostanza che la messa a disposizione di beni pubblici a favore di soggetti diversi, dall'amministrazione che ne è proprietaria, necessita in ogni caso di un titolo abilitativo, che altri non può essere che una concessione di beni e/o di servizi culturali.

In altri termini l'ipotesi di concessione, che l'art. 115, comma 2, lett. c) presenta come residuale rispetto alle forme di gestione indiretta, è in realtà onnicomprensiva, fermo restando le differenze nelle modalità di individuazione del soggetto terzo nel caso di gestione indiretta (a soggetti costituiti *ad hoc*) e nel caso di affidamento a imprenditori privati (normalmente gara pubblica). Il contratto accessivo che accompagna necessariamente l'affidamento in concessione del bene e del servizio regolerà, secondo questa costruzione, tutti i rapporti tra l'amministrazione ed il soggetto affidatario (esso può anche consistere in un atto costitutivo di una fondazione, associazione o società) e tra il concessionario/affidatario ed i terzi fruitori del bene culturale (clausole di salvaguardia delle fruizioni collettive ed in generale "*carta dei servizi*").

La soluzione, ancorché forzata rispetto alla previsione dell'art. 115 del Codice Urbani, appare in concreto praticabile ed ha il pregio di uniformare in un unico procedimento amministrativo tutti i casi di affidamento a soggetti diversi dalle amministrazioni proprietarie, lasciando alla società civile e alle autonomie locali l'onere di individuare le forme più idonee per la gestione indiretta di ciascuno dei beni culturali affidabili secondo queste modalità. La previsione dell'articolo 115, comma 5, del decreto legislativo n. 42/2004, secondo il quale "*Qualora a seguito della comparazione di cui al comma 4, risulti preferibile ricorrere alla concessione a terzi, alla stessa si provvede mediante procedura ad evidenza pubblica, sulla base di valutazione comparativa dei progetti presentati*", va correttamente interpretata – ad avviso del gruppo di lavoro – nel senso che una tale fase (eventuale) segue solo dopo una puntuale valutazione negativa in ordine all'affidamento del bene a soggetto specificatamente costituito, nell'ambito delle intese tra soggetti pubblici e privati, per procedere alla valorizzazione del bene secondo le modalità indicate nella cosiddetta "*gestione indiretta*".

28. Un secondo aspetto sul quale si è discusso riguarda la presenza e le funzioni di rappresentanti dell'amministrazione di tutela nell'organo di gestione del soggetto concessionario, ed in particolare nel consiglio di amministrazione delle fondazioni.

Sul punto, sin dalla prima riunione, il professor Andrea Zoppini ha espresso l'avviso che già esiste ai sensi del codice civile un controllo tutorio particolarmente penetrante sulle fondazioni, sicché nel sistema delle fondazioni dirette alla valorizzazione e gestione di beni culturali è sufficiente "*valorizzare quel profilo del controllo*". In alternativa, potrebbe prevedersi che taluni "diritti speciali" dell'amministrazione pubblica siano previsti al livello statutario: si pensi ad esempio alla previ-

sione del voto determinante quando siano affrontate determinate materie, ovvero a poteri di controllo in termini privatistici.

In generale il gruppo di lavoro ritiene che per gli istituti di cultura la composizione della *governance* dovrebbe garantire in pari tempo l'imprenditorialità e la scientificità: un amministratore delegato, ma anche un direttore. Ciò in particolare potrebbe meglio avvenire ove sia separata la gestione imprenditoriale e quella culturale, prevedendosi organi e competenze distinte (v. *oltre*).

29. Con osservazioni scritte presentate il 27 settembre 2005 il Consigliere Giuseppe Severini dopo aver richiamato l'attenzione del gruppo di lavoro sull'art. 53, comma 2, del decreto legislativo n. 42/2004 – a norma del quale “I beni del demanio culturale non possono essere alienati, né formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi previsti dal presente codice” – ritiene che *“la presenza di rappresentanti... del Mibac a valle dell'affidamento o della concessione non ha...altro significato che quella di un modulo organizzativo a garanzia immediata degli interessi pubblici di tutela e valorizzazione nel quadro di un servizio pubblico”*. Ritiene conseguentemente che il rappresentante del Mibac debba essere *“organizzativamente, quanto a poteri interni, differenziato dagli altri... Egli continuerà a essere un organo dello Stato che deve svolgere una funzione congrua rispetto a tale veste: non diviene un soggetto privato beneficiario di un incarico. Perciò non è bene che concorra con il suo voto alla formazione della volontà collegiale. Deve piuttosto esprimersi attraverso atti separati: propulsivi, sollecitatori, condizionanti, prescrittivi o interdittivi. Egli deve altresì permanentemente riferire al Mibac...”*.

30. Nel modello generale di concessione proposto dal professor Fabio Merusi come sintesi dell'attività finalizzata alla creazione delle *“gestioni indirette”* di beni del demanio culturale, la presenza di rappresentanti dell'amministrazione concedente nell'organizzazione interna del soggetto concessionario dovrebbe trovare esclusiva regolazione nella convenzione, immaginandosi al riguardo (in coerenza con l'atto traslativo) una funzione *interdittiva* ed eventualmente *propositiva*, simile a quella del magistrato della Corte dei Conti nei consigli di amministrazione degli enti pubblici economici.

Il Consigliere Giuseppe Severini ha manifestato, con due documenti che ha prodotto agli atti, la medesima tesi, ma ravvisando già nella legge la fonte abilitata a differenziare nelle linee generali, in realistica ragione della diversità degli interessi, l'organo propositivo/interdittivo emanazione della Amministrazione dei beni culturali, preposto alla tutela. È preferibile che questo non sia confuso con gli altri soggetti che partecipano all'amministrazione della figura giuridica dell'affidatario (o del concessionario), ovvero alla gestione del museo, perché il suo ruolo è diverso, gli interessi che cura diversi, e non partecipa della responsabilità della gestione delle risorse da altri conferite. Così, applicando un criterio dialettico di *“separazione dei poteri”* in ragione degli interessi coinvolti, la gestione della struttura affidataria va efficacemente assegnata ai soggetti diversi da quelli della tutela, i quali potranno legittimamente orientarla verso la soddisfazione degli interessi che sono alla base della loro partecipazione al progetto (ad es., per il Comune l'indotto turistico-ricettivo; per certi privati la cura d'immagine, ecc.); mentre il Mibac, con l'organo in questione (preferibilmente collegiale e a spiccata connotazione tecnico-pro-

fessionale) potrà esercitare con speditezza e *ab intra* la funzione di tutela e curare l'interesse pubblico circa la valorizzazione delle sue collezioni, la cui gestione ha esternalizzato: potrà così anche esercitare il controllo strategico di cui si è detto. A tale scopo, a parte i poteri propulsivi, sollecitatori, condizionanti, prescrittivi, interdittivi, pare opportuna la partecipazione di un tale organo a provvista statale alle sedute dell'organo gestorio, ma senza diritto di voto: in modo da facilitare, attorno al tavolo comune, l'esame spedito costruttivo dei temi di comune interesse. Quanto all'organo gestorio, lo Stato si potrà riservare, semmai, la nomina di personalità insigni, estranee all'apparato di tutela.

31. Secondo il professor Andrea Zoppini la logica privatistica impone che gli organi gestionali del concessionario perseguano lo scopo sociale, ossia la valorizzazione; il concedente deve fissare soltanto le forme e le modalità d'uso del bene culturale pubblico (e ovviamente, l'aspetto della tutela). La convenzione accessiva alla concessione stabilisce i poteri di controllo e le forme del suo esercizio da parte del concedente.

Il professor Federico Tedeschini distingue, a tale proposito, tra attività di ordinaria amministrazione, attinente alla valorizzazione, da lasciare alle libere scelte del consiglio di amministrazione, con un semplice dovere informativo nei confronti dell'Amministrazione concedente; e attività di straordinaria amministrazione, suscettibile di incidere anche in modo irreversibile sul bene, da sottoporre al controllo del concedente, che esercita al riguardo – anche attraverso organismi interni all'organizzazione del concessionario – un potere interdittivo.

32. Da un'analisi delle diverse posizioni espresse dai componenti del gruppo di lavoro sembrano potersi cogliere alcuni elementi di convergenza:

- la partecipazione di rappresentanti dell'amministrazione concedente nelle attività di gestione delle fondazioni, associazioni e società, affidatarie di beni del demanio culturale non è vista con favore.

- l'apporto che i rappresentanti dell'amministrazione offrono alla valorizzazione e gestione (sia pure per diverse motivazioni espresse dai componenti del gruppo di lavoro) deve comunque risultare, per ragioni di trasparenza e responsabilità chiaramente separata da quella degli amministratori privati delle fondazioni, delle associazioni e delle società.

- in sintesi, una sorta di “*governo dal margine*”, caratterizzato da un potere di interferenza limitato alle decisioni correlate alla funzione di tutela; un potere di interlocuzione e propositivo nell'ambito delle scelte in materia di valorizzazione; un generale potere di referto e vigilanza sull'attività del concessionario.

- notevole interesse ha suscitato l'ipotesi di inserire la rappresentanza dell'amministrazione concedente in un organo tecnico che operi *a latere* del consiglio di amministrazione e che garantisca per l'organismo affidatario della gestione indiretta di beni del demanio culturale l'autonomia tecnico scientifica del processo di valorizzazione, che il codice garantisce per tutti i musei e i luoghi di cultura.

- nell'ambito di un assetto della concessione che salvaguardi le linee sopra individuate, restano salve tutte obbligazioni ed i patti che le parti pubbliche e private intendono assumere nell'interesse dell'amministrazione concedente e della fruizione collettiva dei beni affidati.

33. Il professor Andrea Zoppini rileva che un nodo da sciogliere è l'interpretazione del termine “*prevalente*”, attribuito dall'art. 115 del Codice Urbani alla parte-

cipazione del concedente al nuovo soggetto giuridico cui affidare la valorizzazione e gestione dei beni culturali demaniali: dal momento che nello schema privatistico delle fondazioni, associazioni e società non è immaginabile una posizione prevalente che si riferisca alla partecipazione sociale e/o ai diritti corporativi, con tale formula il legislatore vuole presumibilmente intendere la possibilità, per il concedente, di avere l'ultima parola sulle decisioni fondamentali relative al bene.

Il Consigliere Giuseppe Severini ritiene che, una volta risolta la cura dell'interesse pubblico a tutela e valorizzazione mediante la formula dell'organo tecnico statale di cui si è detto, la questione della gestione (si intende: per gli aspetti diversi da quelli inerenti tutela e valorizzazione) può ben essere scissa da quella della appartenenza delle cose: nel senso che può essere affidata agli altri partecipanti al soggetto affidatario/concessionario. La presenza delle personalità insigni designate dal Mibac potrà efficacemente compensare spinte di eccessiva valorizzazione degli interessi altri.

Alcuni membri del gruppo di lavoro pur apprezzando queste interpretazioni restrittive della formula adottata dal decreto legislativo n. 42/2004, ritengono la disposizione ambigua e foriera di possibili intralci in sede applicativa e propongono che nella revisione del Codice dei beni culturali e del paesaggio la previsione della partecipazione *prevalente* sia abolita.

34. L'interscambio di professionalità tra il pubblico ed il privato.

Nel settore dei beni e delle attività culturali servono essenzialmente laureati, tecnici e dirigenti. Una soluzione va ricercata nell'art 23 *bis* del decreto legislativo 30 marzo 2003 n. 165, applicato in una logica che faccia salve le specificità del settore.

Alcuni membri del gruppo di studio hanno fatto riferimento per assicurare continuità nel passaggio alla gestione indiretta, al sistema civilistico *della cessione di ramo d'azienda*. È evidentemente una partita che va disciplinata caso per caso, tenendo presente tuttavia linee di indirizzo di fondo, che dovrebbero consentire una progressiva sostanziale "*parità*" tra i settori pubblico e privato (nel quale va inserita – si è detto – anche la gestione indiretta).

Resta il problema inverso, che attiene alla garanzia che il privato nella gestione dei beni culturali, utilizzi professionalità specifiche ed esperte, evitando di affidare i servizi culturali a personale non qualificato, temporaneo e precario.

Alcuni membri del gruppo di lavoro ritengono che, in questo contesto, sarebbe auspicabile il progressivo formarsi di un contratto unico nazionale per le categorie professionali per i beni e le attività culturali con conseguente mobilità tra i settori pubblico e privato. Forme garantite di scelta del personale da parte di concessionari privati potrebbero essere incentivate assicurando, nell'eventualità di una retrocessione del bene culturale o di naturale scadenza della concessione, forme di assorbimento di detto personale nelle amministrazioni pubbliche, sia pure nei limiti delle effettive esigenze di continuità delle gestioni da parte del soggetto concedente.

35. Il sistema privatistico di affidamento della gestione indiretta, consente l'afflusso diretto di risorse pubbliche e private e dei prezzi dei servizi offerti al pubblico alla gestione dei musei, evitando vischiosità amministrative e finanziarie.

Anche per i musei ed i luoghi di cultura, che restano in gestione diretta dello Stato e degli enti pubblici territoriali, la maggioranza del gruppo di lavoro è dell'opinione che l'attuale sistema di devoluzione dei proventi ai soggetti proprietari delle

raccolte mal si concilia con il sistema di autonomia finanziaria previsto per tali istituzioni.

36. *Trattamento fiscale delle attività di valorizzazione dei beni culturali.* Il professor Giuseppe Tinelli ritiene che il finanziamento pubblico della valorizzazione dei beni culturali nell'attuale sistema tributario si fonda su una serie di agevolazioni fiscali prive di un coordinamento organico e aventi un modesto impatto economico rispetto all'importanza del ruolo dei beni culturali nel contesto nazionale. In altri Stati europei e negli USA il sostegno pubblico si manifesta in misure fiscali tali da indirizzare realmente le scelte private nei confronti delle erogazioni liberali a favore di iniziative culturali, riconoscendo la quasi integrale deducibilità ai fini dell'imposizione diretta delle somme versate a tali fini, ma anche prevedendo la sostanziale neutralità fiscale dei trasferimenti di beni culturali a favore di enti che possono assicurare la fruizione pubblica e la tutela... Inoltre un simile intervento non troverebbe ostacoli in sede comunitaria, attesa la pacifica inapplicabilità dei limiti agli aiuti di Stato di cui all'art. 87 del Trattato UE, al di fuori delle esigenze di tutela della concorrenza e del mercato, nella specie non rilevanti.

37. *Segue.* In questo senso sarebbe opportuno 'costruire' l'intero sistema normativo incentrando il regime di deducibilità (o detraibilità) delle erogazioni liberali *in maniera oggettiva*, ossia collegando le ipotesi di deduzione (o detrazione) direttamente al bene (vincolato) che è oggetto dell'attività di tutela o conservazione finanziata, a prescindere dunque dalla natura del soggetto che risulterà nel concreto destinatario dell'attribuzione liberale (ad es. un *bonus* fiscale).

Analogo trattamento dovrebbero ricevere, in relazione alla tassazione indiretta, le sponsorizzazioni : sarebbe utile costruire anche in questo caso la disciplina del rapporto di sponsorizzazione di beni culturali dando rilevanza proprio al tipo di bene o di iniziativa culturale sponsorizzata. La valorizzazione del legame tra la sponsorizzazione ed il particolare bene culturale consentirebbe di evitare la necessaria qualificazione come commerciale dell'attività di sponsorizzazione svolta dallo *sponsee*.

C'è da aggiungere che l'investimento in beni ed attività culturali, è un investimento in beni e conoscenze che restano, aumentano il valore capitale degli immobili e possono creare ulteriori fonti di ricchezza nazionale. Si capitalizza in cultura e si creano le premesse di redditi futuri.

Il gruppo di lavoro in occasione della predisposizione della Legge Finanziaria 2006 ha collaborato con l'Ufficio Legislativo del Ministero per la predisposizione di un testo coordinato di agevolazioni fiscali all'attività di valorizzazione ad iniziativa pubblica e privata.

38. Alla presente relazione vengono allegati tutti gli atti e la documentazione acquisiti nel corso dei lavori, ed in particolare: i verbali delle audizioni e delle discussioni svolte, i documenti presentati dai singoli componenti il gruppo di lavoro, nonché quelli – riguardanti la procedura di revisione del Codice – cui in qualche misura si è fatto riferimento. Una succinta scheda bibliografica completa l'indicazione dei materiali collegialmente consultati.

Una particolare menzione meritano due documenti, che parimenti si allegano: la lettera 20 novembre 2005 del professor Marco Cammelli, che contiene proposte specifiche, in relazione alla nuova formulazione dell'art. 115 del *Codice dei beni*

culturali e del paesaggio, e le osservazioni del Consigliere Giuseppe Severini alla bozza di relazione che, nelle parti in cui non risultano recepite nel testo definitivo, acquistano necessario valore di *dissenting opinion*.

39. Hanno contribuito alla presente relazione l'Avv. Antonella Anselmo Lemme, il Prof. Marco Cammelli, il Cons. Sergio De Felice, il Prof. Pietro Masi, il Prof. Fabio Merusi, la Dott.ssa Angela Maria Montano, l'Avv. Pierpaolo Pugliano, il prof. Pietro Maria Putti, il cons. Giuseppe Severini, il Prof. Federico Tedeschini, il Dott. Andrea Trotta, il Prof. Andrea Zoppini. Le funzioni di segreteria del gruppo di lavoro sono state svolte dal Dott. Daniele Carletti, dalla Dott.ssa Marzia Ciafrino, dal Dott. Vincenzo Pisano e dal Dott. Antonio Tarasco.

40. Nel consegnare al Ministro la presente relazione, il coordinatore del gruppo di lavoro, Avvocato Giuseppe Fiengo, suggerisce, che, ove il documento proposto sia condiviso, lo stesso sia presentato alla Conferenza Permanente Stato – Regioni affinché costituisca la base di un'intesa e/o di un atto di indirizzo generale, da adottarsi ai sensi e per gli effetti del decreto legislativo 28 agosto 1997 n. 281.

Si resta a disposizione per quanto altro, al riguardo, sarà richiesto.

Con osservanza,

Avv. Giuseppe Fiengo

Roma 27 novembre 2005.

OSCAR FIUMARA

Avvocato Generale dello Stato

Indirizzo di saluto

Il mio non è un intervento, ma semplicemente un saluto: il saluto del “padrone di casa”, il saluto suo e dell'intera Avvocatura dello Stato, la quale è particolarmente lieta di ospitare in questa sede un convegno di grande spessore e di grande importanza, impreziosito dalla presenza del Vice Presidente del Consiglio – Ministro dei Beni Culturali On. Rutelli, che saluto con deferenza, e gestito da un tavolo di persone di altissimo livello e di grandissima competenza. Sono particolarmente lieto anche della presenza di un pubblico così numeroso che dà lustro anche al nostro Istituto.

Il tema dei beni culturali è oggi uno dei temi più importanti: si tratta di una delle ricchezze nazionali maggiori e quindi tutto ciò che riguarda questo tema non può che essere di interesse veramente nazionale. Questo nuovo spirito di guardare all'aiuto dei privati e quindi di poter coinvolgere anche il privato nella gestione dei beni pubblici rientra in un tentativo meritevole della massima attenzione: esso va senz'altro fatto, continuato, perseguito e valorizzato perché attraverso la sinergia fra pubblico e privato si possono ottenere grandi risultati. Sono particolarmente lieto che ciò avvenga in questa sede perché anche essa stessa è un notevole bene culturale, che va adeguatamente valorizzato pur nella sua specifica funzionalità. Il nostro palazzo, che è il palazzo degli Agostiniani, il vecchio convento degli Agostiniani, è passato nella proprietà dello Stato dopo i noti fatti del 1870; esso è stato destinato prima a sede del Ministero della Marina e dal 1930 a sede dell'Avvocatura dello Stato. È un palazzo che ha moltissime benemerienze culturali (e spero anche qual-

che benemerenza giuridica attraverso l'opera di noi avvocati). Alla mia sinistra, oltre le vetrate v'è il cortile del Vanvitelli, il quale ha ristrutturato il vecchio edificio quattrocentesco, e alle mie spalle v'è un grande affresco del '700 del Guglielmi; l'atrio antistante la nostra sala (che in origine era il refettorio del convento) è attribuito a Filippo Iuvara; vi ho indicato solo alcune delle tante gemme che adornano la nostra sede e sono certo che tutte, con il preziosissimo aiuto già manifestato del Ministero dei beni culturali, saranno anche valorizzate meglio nel tempo, nei prossimi anni.

Vi dicevo che la mia introduzione sarebbe stato un rispettoso e caldo saluto: non mi soffermo ancora perché vedo che il programma di oggi è fittissimo e di grandissimo interesse si presenta ogni intervento, per cui, dopo avervi augurato buon lavoro, taccio, non parlo più e ascolterò con interesse.

LOUIS GODART

Consigliere per la Conservazione del Patrimonio artistico, Presidenza della Repubblica (*)

Signor Ministro, Signore e Signori, cari amici, sono felice di portare a questo importante convegno il saluto del Capo dello Stato. Quando parliamo dei beni culturali, della loro scoperta o riscoperta, della loro conoscenza e della loro conservazione sappiamo che parliamo di realtà che sono fondamentali per ogni Paese e in particolare per un Paese come l'Italia che, in base a rilevamenti non certo dettati da sciovinismo, possiede oltre il 60% delle risorse culturali dell'intera umanità. L'Italia sa utilizzare a dovere questo patrimonio? È una domanda che ci dobbiamo porre e alla quale certamente la giornata odierna di riflessione darà una risposta. Non c'è alcun dubbio che i beni culturali sono fondamentali per lo sviluppo economico di ogni Paese e in particolare di un paese come l'Italia. I milioni di visitatori che ogni anno giungono nella Penisola per ammirarne le città d'arte ne sono la prova. È anche evidente che l'immensa competenza degli operatori, dei nostri operatori, nel campo dei beni culturali, rappresenta un biglietto da visita fondamentale per il nostro Paese. Ho avuto negli anni passati l'onore e la gioia di accompagnare il precedente Capo dello Stato in tutte le sue visite all'estero, e devo dire che in ogni Paese coinvolto in qualche modo nella collaborazione con il nostro Ministero dei Beni Culturali, abbiamo raccolto parole di straordinario entusiasmo per i nostri tecnici, per il nostro modo *made in Italy* di affrontare i problemi, in particolare del restauro dei beni culturali. Penso alle missioni che l'amico Proietti insieme ai suoi collaboratori e insieme ai nostri restauratori stanno conducendo in Cina, in India, in Cambogia, in Iran e penso anche a quello che l'UNESCO ha deciso di fare, cioè affidare all'Italia l'arduo ma entusiasmante compito di intervenire su tutti i cantieri minacciati da eventi o bellici o da cataclismi naturali. Quindi non c'è alcun dubbio che, e dal punto di vista economico e dal punto di vista della nostra immagine all'estero, i beni culturali italiani siano una risorsa fondamentale.

(*) Testo non rivisto dall'Autore.

L'Italia fa abbastanza per valorizzarli? Questa credo sia un'altra domanda che dobbiamo porci, e dobbiamo riconoscere sinceramente che si potrebbe fare molto di più. Penso in particolare alle zone del nostro meridione che rappresentano uno straordinario serbatoio di beni culturali e che non sono, a mio modesto parere, sufficientemente valorizzate. Tante volte con l'amico Bassolino o con l'amica Jervolino ho parlato di una città che mi è molto cara, Napoli e l'entroterra napoletano. Lì abbiamo veramente una miniera d'oro dal punto di vista dei beni culturali e si ha l'impressione, parlando anche con i nostri ospiti stranieri, che si potrebbe, attraverso una dovuta campagna d'immagine, dare un valore ben maggiore a questi beni culturali e quindi farne un trampolino di lancio fondamentale per l'economia di questa zona. Questo cosa significa? Significa – credo che l'Avvocato Generale dello Stato abbia accennato perfettamente a questo problema – che dobbiamo cercare nuove strade, naturalmente strade pilotate dall'attività di governo, ma che mirino anche ad una sinergia tra pubblico e privato. Io sono convinto che da questa sinergia tra pubblico e privato – naturalmente, insisto, strettamente controllata ed in mano allo Stato – possa emergere una serie di iniziative che indubbiamente porteranno ad una maggiore valorizzazione del nostro immenso patrimonio artistico, archeologico e dei nostri beni culturali in generale.

PATRIZIA ASPRONI
Presidente di Confcultura

Desidero innanzitutto ringraziare l'Avvocato Generale Oscar Fiumara che ci ha concesso ospitalità in questo luogo di grande prestigio istituzionale, ma anche, come ha potuto dire, di prestigio storico e artistico.

Desidero inoltre ringraziare in particolare l'Avvocato Giuseppe Fiengo, Presidente della Commissione Ministeriale sulle Fondazioni, con il quale ci siamo confrontati sulla valorizzazione dei beni culturali, tanto da voler costruire e promuovere insieme questa giornata di studio.

Saluto il Ministro dei Beni Culturali, l'On. Rutelli, al quale desidero fare innanzitutto gli auguri per il nuovo incarico e che ringrazio di essere qui a dimostrare con la sua presenza, crediamo, sensibilità e attenzione verso le tematiche di questo convegno.

Infine, ringrazio i relatori e i moderatori che hanno aderito con partecipazione e tutti voi che oggi siete qui.

Confcultura è l'associazione degli operatori dei servizi per la gestione, la valorizzazione e la promozione del patrimonio culturale. L'Associazione riunisce le principali aziende concessionarie dei servizi ai visitatori dei musei e dei parchi archeologici statali. Dieci anni di attività, ormai, dall'introduzione della legge Ronchey hanno permesso di costruire un patrimonio di esperienze che hanno contribuito all'evoluzione delle norme e delle pratiche di gestione dei servizi di assistenza culturale e accoglienza al pubblico. I risultati ottenuti in questi anni, non facili per diverse circostanze, sono stati l'occasione di un confronto permanente con il Ministero dei Beni e le Attività Culturali, le Soprintendenze, i direttori dei musei, i funzionari, e hanno aiutato a superare parte della diffidenza tra pubblico e privato

quanto a concezione gestionale. È ormai opinione condivisa che la presenza delle imprese concessionarie ha migliorato l'offerta ai visitatori dei musei, ha rinnovato la loro immagine, potenziato gli strumenti di comunicazione e promozione, dato maggior cura all'accoglienza, diversificato i servizi che integrano e qualificano l'esperienza cognitiva. Inoltre, significativo è stato anche l'aumento di occupazione in un settore ad alta specializzazione: partendo da formazioni tradizionali come quella dello storico dell'arte, l'archeologo, il restauratore si sono sviluppate nuove figure professionali, più sensibili alle implicazioni economiche dell'attività, esperti di *marketing*, di *merchandising*, di animazione turistica e didattica, di *fund raising* e tanti altri. Oggi le imprese concessionarie rappresentano una parte fondamentale del patrimonio culturale e hanno sviluppato professionalità progettuali capaci di produrre notevoli benefici per il settore. Un corretto rapporto tra lo Stato e queste imprese rappresenta infatti la migliore garanzia per ottimizzare la gestione del patrimonio storico, artistico e paesaggistico del nostro Paese. I concessionari sono i referenti naturali con cui costruire la nuova architettura gestionale del sistema di valorizzazione prevista dalle recenti modifiche apportate al codice e dalle regole della sussidiarietà. Un'economia dei servizi avanzati può portare al nostro paese i benefici che un tempo erano associati solo al prodotto industriale. Pensiamo all'aumento della produttività, alle esportazioni, alla competitività. La qualità di divulgazione dalla cultura è, come sappiamo, un rilevante indicatore di sviluppo delle nazioni. L'Italia dispone di una risorsa unica al mondo, la cui domanda di fruizione è elevata e crescente e cioè il patrimonio culturale, che è caratterizzato da risorse materiali superiori agli altri paesi: pensiamo alle architetture, ai parchi archeologici, alle collezioni, agli archivi. Il patrimonio culturale è un bene non riproducibile, non rinnovabile, che si deteriora e consuma e che deve essere anzitutto studiato e goduto. La sua conservazione costituisce pertanto un imperativo etico e politico fondamentale ed ineludibile. Sostituire l'espressione "beni culturali" con "patrimonio culturale" indica una consapevolezza, e non solo semantica, della mutata tensione verso la cultura, considerata ormai parte integrante del bilancio di uno stato. Questo patrimonio è infatti la leva principale per l'identità, non solo italiana, ma europea e uno degli obiettivi strategici della Commissione Europea è un *asset* fondamentale per interpretare la competitività italiana verso il resto del mondo. Siamo ben consapevoli, perciò, che un utilizzo inadeguato del patrimonio culturale può comportare grandi rischi; un consumo non guidato può infatti generare il degrado della risorsa stessa. È dunque imprescindibile che la politica di valorizzazione del patrimonio vincolato e di interesse pubblico risponda a queste due esigenze: da un lato alla logica di conservazione per le generazioni future, dall'altro, che affronti la rilevanza dei beni per il territorio e la sua identità culturale e diventi portatrice di conoscenza e di benessere sociale ed economico per la comunità locale.

C'è chi pone la questione morale del bene culturale e si scaglia contro ogni forma di commercializzazione nell'ambito dei beni e le attività culturali, i "mercanti nel Tempio". A costoro ricordiamo che rispetto alla divulgazione necessaria alla conoscenza, l'unico limite accettabile è di tipo qualitativo. Tutti vogliamo qualificare la fruizione dei beni culturali in Italia, ma nessuno, a meno che non si sostenga una concezione elitaria della cultura, può sostenere che la limitazione dell'accesso rappresenti un valore per la nostra società. Noi desideriamo far fruire il nostro

patrimonio e gestirlo come vero e proprio bene collettivo. Preservare le risorse non significa non usarle, ma usarle bene.

Il mezzo per ottenere un utilizzo sostenibile delle risorse è quello di considerare vincente il circolo virtuoso beni culturali, turismo, commercio, artigianato, enogastronomia, occupazione, cultura. I beni culturali attirano il turismo, il turismo fa prosperare il commercio, l'artigianato e l'enogastronomia, tutto ciò ridà occupazione e quindi ricchezza, che di nuovo crea e investe nella cultura.

L'unificazione delle competenze del turismo e dei beni culturali sotto un'unica responsabilità ministeriale può quindi rispondere alla peculiarità di una domanda turistica nel nostro paese che considera il flusso dei visitatori nei musei e nei parchi archeologici una manifestazione importante del dovere di divulgazione culturale di questi beni. L'Italia è ancora considerata mèta privilegiata del turismo internazionale, ma versa, in questo momento, in quello che l'economista Marcus Olson ha definito "sclerosi istituzionale", una sorta cioè di indurimento delle arterie organizzative culturali. Abbiamo perso competitività in un mercato in cui per molti anni abbiamo avuto una *leadership* incontrastata. Nella crisi generale l'unico dato positivo nel nostro paese lo ha fornito il segmento del turismo culturale. Le presenze nelle città d'arte sono cresciute del 94% negli ultimi quindici anni, con un peso sul totale delle presenze turistiche di circa il 24%. Ciò significa che un turista su quattro è attratto dalla bellezze storico-artistiche e dall'offerta di eventi culturali nelle nostre città. Il flusso dei turisti indirizzato verso monumenti, musei, mostre, eventi culturali è cresciuto negli anni ad un tasso superiore alla media, fino a rappresentare circa il 30% della domanda turistica e originare il 36% del fatturato totale pari a 31 miliardi di euro nel 2004 con una incidenza pari al 2% sul PIL.

Con una gestione illuminata del patrimonio culturale viene a crearsi un valore aggiunto sia indiretto, misurabile con la crescita educativa dei cittadini, ma soprattutto diretto in quanto i flussi dei visitatori generano un indotto economico sul territorio. Entrambi le componenti contribuiscono allo sviluppo del benessere di tutta la collettività, dunque le politiche di valorizzazione devono essere affidabili e sostenibili sia dal punto di vista tecnico-scientifico che economico.

A parità di garanzia della conservazione dei beni culturali, la loro valorizzazione in termini di divulgazione della conoscenza e reddito dell'indotto dipende dall'ottimizzazione dell'accesso e dalla propensione alla spesa dei visitatori, confrontata con una gestione qualificata, ma ponderata, dal lato dei costi. Questi risultati sono normalmente meglio perseguiti con modelli gestionali mutuati dal diritto privato e dall'organizzazione aziendale. Lo sforzo di contenimento della spesa pubblica produce un vincolo strutturale di scarsità delle risorse economiche. Le politiche di valorizzazione dei beni culturali vanno quindi attuate con il modello più efficace e più efficiente possibile.

Sempre nel rispetto delle esigenze di tutela, la gestione del patrimonio deve tendere a maggiori livelli di autofinanziamento, ottimizzando le fonti di reddito, ma soprattutto controllando i costi di esercizio per alleggerire il carico del settore pubblico.

Il coinvolgimento degli operatori privati nella valorizzazione dei beni culturali è perciò necessario; bisogna esternalizzare tutte le attività non strategiche per far fronte alla scarsità di risorse. Quando si persegue ogni opportunità di economia è

chiaro che l'esternalizzazione deve avvenire quanto più possibile nella logica del mercato confrontandosi con la concorrenza ed eliminando intermediazioni che rallentano i processi e allontanano l'efficienza. Naturalmente, il coinvolgimento dei privati non comporta passaggi di titolarità del patrimonio; è condizionato invece a regole precise rispetto alla sua disponibilità. Inoltre, applicare un modello aziendale di diritto privato non implica obbligatoriamente il fine di lucro o l'esercizio di attività a redditività elevata; può anzi mostrarsi particolarmente prezioso anche nell'ambito di attività a basso reddito. Nuove forme di collaborazione tra pubblico e privato, ad esempio il *project financing*, il *global service*, forniscono occasioni per migliorare la sostenibilità economica del patrimonio, coinvolgendo, a fianco degli amministratori pubblici, imprese specializzate nelle forniture dei servizi per la valorizzazione. Qualsiasi impresa privata operi in un mercato così sensibile deve perciò dimostrare un alto e specifico livello professionale e tecnico. La selezione delle imprese abilitate ad operare in un settore così particolare deve essere affidata, secondo noi, ad un organismo centrale del Ministero che attesti la qualità degli operatori, fissando parametri e regole certi.

Dal punto di vista metodologico, la valutazione comparativa sugli interventi sul patrimonio storico, artistico e naturalistico deve interessare il livello amministrativo competente per territorio. Questo emerge dalle istanze politiche e dalle conseguenti riforme costituzionali come ad esempio il Titolo V. E a questo proposito Confcultura riterrebbe utile approfondire con quali innovazioni la normativa del *project financing* può essere impiegata nell'ambito dei beni culturali.

Le considerazioni svolte fin qui ci permettono di definire meglio quali modalità organizzative siano più adeguate per la gestione e la valorizzazione dei beni culturali. Se in una politica di valorizzazione del patrimonio intervengono soggetti competenti in materia di conservazione, politica di sviluppo territoriale e gestione, appare illogico che le competenze debbano mantenere una propria chiara identità istituzionale e funzionale e convergere in un'organizzazione di scopo, stabile, ma temporanea. Stiamo guardando con attenzione alla creazione di un primo modello di collaborazione fra pubblico e privato attraverso una società mista per la valorizzazione dei beni culturali creata dalla Regione Campania, nella quale il socio privato, scelto con procedura di evidenza pubblica, avrà il compito di realizzare i servizi e gli interventi finalizzati al miglioramento della fruizione, ma parteciperà anche alle decisioni strategiche relative allo sviluppo dell'intera filiera dei beni culturali. È un modello ancora da verificare, naturalmente, ma che potrebbe avere, cosa importante per il sud, il pregio di indirizzare verso un unico obiettivo di sviluppo del territorio, gli investimenti pubblici della Regione e gli investimenti privati dei soggetti specializzati. Altri modelli, come le Fondazioni, hanno visto sperimentazioni a volte difficoltose, a dimostrazione di applicazioni che hanno bisogno di essere su misura. Il consorzio misto, la cui funzionalità è stata sperimentata nei casi dei consorzi di ricerca, ci sembra una delle modalità più interessanti per integrare il pubblico con il privato. Il consorzio ha una architettura efficiente, una struttura centrale e autonoma che non prevale su quella dei consorziati, i quali, pur apportando le proprie specificità, le realizzano all'interno delle loro realtà aziendali, con evidenti vantaggi rispetto, ad esempio, all'impiego delle risorse umane. Il Consorzio, come la Fondazione, non prevede il fine di lucro e, pur dotato di un fondo consor-

tile, limita i problemi di tipo patrimoniale. All'interno di un consorzio misto, dedicato ad un progetto di valorizzazione, potrebbe trovare espressione il ruolo di ogni soggetto. L'amministrazione centrale per la tutela del patrimonio nell'organo di controllo, l'amministrazione locale per lo sviluppo territoriale nell'organo assembleare, l'operatore privato per la gestione aziendale nell'organo amministrativo. Il consorzio misto potrebbe rappresentare quell'organizzazione permanente capace di dare stabilità agli investimenti privati ed è particolarmente adatto alle naturali prerogative dei diversi soggetti coinvolti.

Una simile figura giuridica può contenere il modello di funzionamento che più tiene conto delle diverse esigenze e potrebbe costituire una sorta di "via italiana" al *trust*, a quel modello, cioè, tipicamente anglosassone che appare così efficace.

Il sistema italiano è diverso e nulla deve invidiare agli altri paesi: abbiamo le risorse e anche gli strumenti per costruire un modello tutto nostro, un modello, anzi, più modelli che possano essere d'esempio, che ci facciano recuperare quella posizione di rilievo che abbiamo ricoperto per tanto tempo.

Ogni riflessione sul futuro, anche quello più avveniristico, deve partire da una comprensione del passato, ma bisogna avere una prospettiva a lungo termine, una visione globale che ci permetta di guardare lontano, ad un futuro che è già oggi.

Come hanno scritto in un articolo Giuliano Amato e Carlo de Benedetti "per costruire il futuro bisogna prima di tutto vederlo, quel futuro". Noi lo vediamo.

FRANCESCO RUTELLI

Vice Presidente del Consiglio e Ministro per i Beni e le Attività Culturali

Desidero innanzi tutto ringraziare l'Avvocatura dello Stato, nella persona del suo Avvocato Generale, Oscar Fiumara, anche alla luce di una lunga esperienza che mi ha permesso a più riprese di constatare la qualità del lavoro e le capacità di quanti operano in questa Istituzione, e il ruolo essenziale che essa svolge nella vita della nostra Repubblica. Voglio approfittare, caro Avvocato, anche per ringraziarvi per il fatto che alcune tra le figure di maggior rilievo impegnate con spirito di servizio ed indipendenza con il nuovo Governo, provengono dai ranghi dell'Avvocatura.

Vorrei aggiungere un ulteriore ringraziamento riferito all'attualità: è in corso un negoziato extragiudiziale da parte del nostro Ministero con una serie di istituzioni culturali, in particolare americane, ma non solo, per la restituzione di alcuni fondamentali beni archeologici trafugati dal nostro territorio. Oggi si registra un cambiamento di cultura diffusa in questo campo. Ancora negli anni '70, non erano in pochi, anche nel nostro paese, a pensare che di fronte alla nostra sostanziale incapacità di preservare il patrimonio, non sarebbe stato troppo grave se, per l'intermediazione di qualche trafficante spregiudicato, una parte di quel patrimonio fosse stato accolto in qualche grande istituzione culturale internazionale dove lo avrebbero preservato ed esposto al pubblico, anziché forse rimanere trascurato e abbandonato in Patria.

Da allora abbiamo fatto molti passi avanti e il dibattito tecnico molto serrato che è in corso – al quale partecipano il Professor Proietti, i Carabinieri del nucleo per la tutela del patrimonio artistico, i tecnici del nostro Ministero – dimostra un cambiamento che coinvolge anche l'opinione pubblica dei paesi ricettori. Se oggi il

Getty Museum può accettare di restituire allo Stato italiano alcune opere estremamente significative, lo si deve al fatto che è mutato l'approccio dell'opinione pubblica americana e questo vale per tanti altri paesi. Un'era è finita, anche perché da noi è cambiata la valutazione dell'importanza della tutela, già sancita dall'art. 9 della Costituzione, ma mai assunta come una priorità reale della nostra politica nazionale. In questi procedimenti, il capo del *team* di negoziazione è un Avvocato dello Stato, tenace, competente e costante nella Sua azione, un altro esempio della professionalità e dell'alta dedizione al servizio pubblico che questa Istituzione sa sempre assicurare. Caro Avv. Fiumara, di nuovo per questo La voglio ringraziare e attraverso di Lei tutta la struttura dell'Avvocatura.

In merito alle importanti questioni sollevate dalla Dott.ssa Asproni, vorrei dare una risposta sintetica e tuttavia cercare di entrare nella sostanza dei problemi partendo da una considerazione fondamentale: abbiamo bisogno di investire più risorse pubbliche nella cultura. Se prescindiamo da questo presupposto rischiamo di mancare i nostri obiettivi e di illudere una parte dei nostri interlocutori, perché anche quando ci riferiamo alle istituzioni pubblico-private più efficienti del mondo nel campo della cultura, e si discute della quota che queste istituzioni sono in grado di raccogliere attraverso il finanziamento privato, non è mai in discussione il fatto che la quota prevalente sarà sempre pubblica, e minoritario il pur fondamentale concorso dei privati.

Per spiegare questo faccio un esempio pratico: una settimana fa abbiamo avuto l'immensa soddisfazione di trovare nell'area del Parco di Veio una tomba etrusca dell'inizio del VII sec. a.C., un ritrovamento straordinario perché si tratterebbe della più antica pittura murale finora scoperta in Occidente. È interessante rilevare che la grande parte dei giornalisti che sono venuti a visitare il sito hanno chiesto ai responsabili pubblici come pensassero di gestirlo e quando l'avrebbero aperto e reso fruibile al pubblico. Si tratta di un messaggio fondamentale, che vale per l'archeologia, ma naturalmente anche per l'arte, antica e contemporanea, per la musica, e tanto più per la lirica, per il teatro, per la danza: più cresce la consapevolezza del pubblico, più si amplia il patrimonio, più occorrono risorse pubbliche per la responsabilità di tutelarlo. Oggi, per questo compito, in parte ci vengono in aiuto le nuove tecnologie, ma comunque dobbiamo far fronte ad oneri sempre crescenti.

La base del ragionamento poggia sulla necessità di creare consapevolezza tra i nostri concittadini sull'importanza di aumentare le risorse della comunità destinate alla tutela di questo patrimonio. E sotto questo profilo, il settennato di Presidenza della Repubblica di Ciampi, e sono certo che altrettanto avverrà con Giorgio Napolitano, ha dato al nostro Paese un contributo decisivo, facendo capire agli italiani che l'identità nazionale e il senso della Patria sono connessi a molti fattori, tra i quali in misura determinante c'è la consapevolezza della qualità, della ricchezza e dell'inscindibilità tra il nostro patrimonio culturale e il destino nazionale. Si tratta di una missione nazionale.

Fortunatamente, dice la D.ssa Asproni, qualcosa di nuovo sta avvenendo. Fatta questa premessa imprescindibile, infatti, noi possiamo attivare strumenti decisamente innovativi, per associare agli investimenti pubblici nella cultura, che comunque devono aumentare, strumenti di partecipazione nella gestione da parte di privati che consentano di migliorare l'efficienza della prestazione dei servizi resi e permettano di accrescere le risorse disponibili.

Da questo punto di vista sono lieto di informarvi che abbiamo concordato con il Ministro dell'Economia Padoa Schioppa la costituzione di una alta commissione che si occuperà dei rapporti tra cultura ed economia, con l'obiettivo di intervenire in tempi rapidi su quelle parti della nostra legislazione che sono evidentemente inadeguate ancorché ispirate da ottima volontà: mi riferisco ad incentivi e defiscalizzazioni a favore della cultura. Per il nostro governo si tratta di un impegno di legislatura.

Le imprese che fanno parte della vostra associazione, rimandano il principio della propria esperienza nel settore alla legge Ronchey. Mai potremo ringraziare abbastanza Alberto Ronchey per lo sforzo iniziale compiuto sui cosiddetti servizi aggiuntivi. Il tempo ci ha fatto comprendere che quell'aggettivo probabilmente è superato: infatti, quei servizi dei quali dobbiamo dotarci non sono più aggiuntivi, ma sono parte costitutiva della fruizione che è necessariamente connessa alla tutela del nostro patrimonio.

Quindi, ben vengano tutte le innovazioni che ci consentano di migliorare gli strumenti di regolazione. Un elemento fondamentale è la fiscalità e su questo dovrà lavorare in particolare la commissione comune con il Ministro dell'Economia. È chiaro che la legge approvata nel 2000, che definisce procedure che permettano sia alle persone fisiche sia alle imprese di detrarre una parte di quello che versano allo Stato a vantaggio di iniziative per la cultura, è stata utile ma non funziona adeguatamente e va rivista.

Dobbiamo anche rivedere le procedure, intervenendo per incentivare le esperienze veramente importanti degli ultimi anni: penso alle aziende pubbliche nate con un approccio più attento alla gestione dei servizi – come è avvenuto a Roma, a partire dai Musei Capitolini –; penso alle Fondazioni, per le quali la legislazione è insufficiente per attirare risorse, non garantendo adeguate incentivazioni ai privati; penso alle istituzioni di gestione.

E qui è in campo la necessità di migliorare la nostra capacità di avvalerci di *partnership* private per la gestione dei beni culturali, tenendo salda l'assoluta certezza riguardante la tutela, l'assoluta indisponibilità all'alienazione dei nostri beni.

Voglio concludere con una considerazione riguardante il turismo. Penso che anche qui si debba trasmettere un messaggio culturale e, anche se ci vorrà del tempo, sono convinto che ci riusciremo. È vero, come ricordava la Dott.ssa Asproni, che tra i diversi segmenti del turismo in Italia l'unico che è venuto crescendo in maniera sostenuta e costante è il cosiddetto turismo culturale. Tuttavia, noi dobbiamo anche avere la consapevolezza precisa che in Italia tutti i tipi di turismo sono fortemente legati seppure indirettamente alla dimensione culturale. Non si può dire che le sia estraneo, ad esempio, il turismo religioso, poiché si tratta di visite che hanno una motivazione spirituale, ma che si realizzano praticamente sempre in luoghi d'arte.

Anche il segmento più popolare del turismo nazionale, quello balneare, che occupa oggi in termini di presenze circa il 57%, è in misura crescente condizionato dal legame con il turismo culturale. Infatti, gli operatori hanno cominciato ad integrare l'offerta classica – spiaggia, ombrellone e discoteca – con la riscoperta dell'entroterra, delle meraviglie storiche, paesaggistiche ed ambientali, degli itinerari enogastronomici. Anche nei segmenti tradizionalmente considerati più lontani dalla

vocazione culturale come il turismo d'affari e congressuale, si possono trovare virtuose sinergie.

Io credo che le grandi associazioni di categoria o professionali, nel momento in cui trovassero un sistema organizzato di accoglienza, che purtroppo ancora non c'è, preferirebbero venire in Italia piuttosto che in un altro Paese che non abbia le stesse attrattive culturali e paesaggistiche. Tanto più se ci fosse chi organizza per loro, nel corso del convegno al quale partecipano, una cena in un meraviglioso luogo di cultura, o una visita in un museo, o una conferenza in cui si raccontino gli incanti della cultura italiana.

Con questo torno a ribadire la nostra priorità: dare più risorse pubbliche alla cultura e migliorare l'efficienza dei servizi. Si tratta di un bene immateriale impagabile per l'identità e la cultura nazionale. Ma questo sforzo ci ripaga anche in termini di credibilità internazionale, di risultati economici, di occupazione e anche di crescita di un nuovo sistema imprenditoriale. All'estero è molto richiesta la qualità dei nostri tecnici e scienziati, il nostro *know how*, la professionalità che viene dalle istituzioni pubbliche, come l'Istituto Centrale del Restauro o l'Opificio delle Pietre Dure, ma anche dalle nostre imprese, che ormai sono in grado di guidare a livello internazionale operazioni di primaria grandezza.

Quindi, nel rinnovare il sincero ringraziamento a voi per l'iniziativa di oggi, vorrei ribadire che abbiamo davanti un enorme lavoro da fare, e qui con noi ci sono molte persone già fortemente impegnate in questo compito. La Sottosegretaria Mazzonis, che avrà la responsabilità di seguire in particolare il settore dei beni culturali, una donna di grande preparazione culturale e di grande esperienza; validissimi dirigenti del nostro Ministero, Capi dipartimento, Direttori, Sovrintendenti; il Prof. Settis che, ancorché non formalmente insediato, guiderà il nuovo Consiglio Superiore dei Beni Culturali dall'alto della sua ricca esperienza e grande competenza scientifica.

Tutta questa squadra è a vostra disposizione e al vostro servizio. È innanzitutto al servizio del Paese e della crescita di professionalità, di affidabilità, di serietà e creazione di un migliore rapporto tra esigenze e risultati che dobbiamo ai nostri concittadini nel campo della cultura.

Caro Avvocato e carissime amiche ed amici, sono sicuro che di questa sensibilità è portatore il Presidente del Consiglio, con l'intera compagine di governo. Tutti insieme lavoreremo con grande determinazione in questa direzione.

SALVATORE SETTIS

Direttore della Scuola Normale Superiore di Pisa

Vorrei innanzitutto ringraziare il Ministro per aver preannunciato questa nomina così prestigiosa e così preoccupante; e vorrei solo dire che cercherò di meritare la sua fiducia. Vorrei anche ringraziare gli organizzatori di questa giornata per avermi dato l'occasione di parlare in questo contesto e di offrire qualche riflessione sui problemi del patrimonio culturale fra pubblico e privato.

Un tema questo che mi pare, nel dibattito culturale di questi anni in Italia, sia stato origine come pochi altri di fraintendimenti, equivoci e mitologie. Un osserva-

tore esterno, per esempio uno straniero paracadutato in Italia da non so dove, potrebbe avere l'impressione che si contrappongano da noi rigidamente due concezioni nemiche: la prima, che si presenta come quella tradizionale, vorrebbe che il patrimonio culturale debba essere di competenza esclusivamente pubblica, mentre ogni intromissione del privato sarebbe una profanazione; l'altra concezione, inscenata di solito come quella "moderna" (parola il cui significato andrebbe ogni volta chiarito), pretende viceversa che è finito, anche per mancanza di soldi, il tempo in cui lo Stato si occupava del patrimonio culturale, l'amministrazione pubblica del settore fa acqua da tutte le parti, sarebbe meglio chiudere, è stato scritto, piuttosto che cercare di rilanciarla, la sola salvezza può venire da un massiccio ingresso dei privati nell'arena. Il Ministro Rutelli ci ha appena dato un importante messaggio in direzione diametralmente opposta a questa, messaggio che si congiunge a quello che abbiamo avuto dal Presidente del Consiglio Prodi il quale, rispondendo ad un appello del FAI con un articolo sul Corriere della Sera prima delle elezioni, ha impegnato il proprio governo, in caso di vittoria nelle elezioni, a portare velocemente i finanziamenti del settore ai livelli del 2001 prima e poi gradualmente all'1% del PIL.

Ora, più Stato o più privato? In questi termini, a me pare, la domanda non ha senso, o piuttosto non appartiene ad un grande dibattito politico, ma alla cronaca spicciola di questi anni difficili che abbiamo attraversato. Anni in cui si è registrato un lento ma inesorabile arretrare della macchina pubblica della tutela, un crescente conflitto di competenze e di attribuzioni fra Stato, Regioni ed Enti Locali conseguenti all'infelicissima modifica del Titolo V della Costituzione, un preoccupante calo delle risorse investite nel settore, la costante diminuzione dei funzionari tecnico-scientifici a fronte di un *turn over* pressoché inesistente. Questo processo di decadimento secondo alcuni è fatale e irreversibile. Secondo me no. Ma è questa idea della sua irreversibilità che ha innescato idee e proposte di varia natura. Ne ricordo due: secondo una, dovremmo "chiudere", almeno su questo fronte, lo Stato passando tutto alle Regioni; secondo l'altra, invece, si dovrebbe privatizzare. Due formule magiche entrambe fallaci. Questo dibattito, però, ha avuto il vantaggio di attirare l'attenzione su una questione centrale per il futuro del nostro Paese e più in generale per l'Europa, una questione che è stata già richiamata da Louis Godart e poi dal Ministro, la centralità del patrimonio culturale nel definire le identità locali, nazionali e sopranazionali, e di conseguenza la necessità di precisare il ruolo e le forme di gestione che è poi il tema di oggi.

Da dove nasce questa mitologia della privatizzazione ad ogni costo, della privatizzazione senza una riflessione previa? Io credo che questa parola d'ordine nasca da una triplice spinta: la tendenza ad alleggerire la spesa pubblica e lo Stato generatasi nell'era Thatcher-Reagan e accentuatasi dopo il crollo dei regimi socialisti, la privatizzazione dei servizi pubblici in alcuni paesi, con conseguenze non sempre felici; infine, la crescente coscienza delle dimensioni straordinariamente grandi del nostro patrimonio culturale che è stata già richiamata, e dunque la difficoltà conseguente di reperire le risorse.

A questi dati di fondo si è aggiunto un dato minore, quasi di cronaca spicciola, e cioè un'immagine grossolana dei musei americani, considerati attivi e dina-

mici *in quanto* privati. Donde la deduzione che privatizzare i nostri musei sia la strada giusta per risolvere il problema, il toccasana, generando d'incanto le risorse necessarie e alleviando la spesa pubblica. Questo naturalmente è assolutamente falso e non mi intrattengo qui molto su questo, vi dirò soltanto, e tra poco entrerò leggermente più nel merito, che non c'è nessun museo americano, che abbia degli introiti che coprano più del 15% circa dei propri costi di esercizio. Il Getty, citato poco fa, arriva a circa il 10% dei costi di esercizio, il resto lo copre con fondi propri, con gli enormi fondi lasciati da J. Paul Getty tanto tempo fa. Ora, questo banale economicismo, brutale ma anche superficiale, quindi facilmente battibile, si è esercitato in due campi principali. Uno riguarda la gestione dei musei, l'altro riguarda la gestione del patrimonio. Vorrei toccare brevemente questi due punti.

È vero, i musei americani sono mediamente più dinamici di quelli italiani. È perché sono privati? E in che senso sono privati? Alla seconda domanda risponderò tra un momento. Io credo che questo dinamismo dipenda dalla maggiore disponibilità di fondi e dalla totale autonomia dei musei. I musei americani gestiscono fondi propri. I fondi sono generati dagli *assets* dei musei, costituiti a loro volta mediante finanziamenti anche da parte di enti pubblici, molto superiori a quello che la vulgata italiana ritiene, e mediante le donazioni a fondo perduto dei privati (da analizzare come il Ministro Rutelli ha già accennato), in parte da un enorme rispetto per la professionalità degli operatori, da una grande competitività dei musei americani nel cercare operatori di altissimo livello, senza mai fare assunzioni *ope legis*, come vuole un certo malcostume italiano. Il museo americano, gestito come un'azienda, e pertanto produttore del reddito necessario a sostentarne le spese di gestione, semplicemente non esiste. Il museo americano è un'entità culturale a finanziamento misto, pubblico-privato. Per un problema vero, cioè dinamizzare i nostri musei mediante il reperimento di nuove risorse, si è indicata una soluzione confusa, tecnicamente erronea e totalmente impraticabile. Eppure, si continua a ragionare così. Cito l'ultimo preoccupante episodio in questa sceneggiata, una sceneggiata del novembre 2005, il cui nobile quadro era Palazzo Chigi, "quel" Palazzo Chigi, non quello di oggi, in cui, in Consiglio dei Ministri fu distribuito dal Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio Gianni Letta un documento prodotto dagli uffici della Presidenza del Consiglio secondo cui, cito, "la realtà dello sfruttamento del bene culturale si inquadra a pieno titolo nell'economia d'impresa, in particolare stiamo parlando di un'impresa del settore tempo libero-turismo culturale". La citazione continua "la gestione dei beni culturali va improntata a logiche imprenditoriali che producano reddito attraverso una impresa *ad hoc*, proprio perché il reddito deve sostenere la conservazione e la fruizione". "Lo sfruttamento del bene pubblico risponde alle logiche del mercato e collima *sua sponte* con le esigenze della fruizione e della conservazione poiché il bene è esso stesso il fattore di produzione dell'impresa"; *ergo*, i musei che non producono reddito non servono, si chiudono, cioè si chiudono tutti, salvo il Colosseo, che essendo l'unico in attivo resta l'unico aperto. Questo documento è stato distribuito a tutti i ministri del passato governo, ed è stato successivamente, per fortuna ritirato. Ma è stato scritto e diffuso, e lo richiamo per il rischio che comporta.

Il secondo punto è il fronte del patrimonio immobiliare pubblico. Che il patrimonio pubblico di proprietà statale, ma in generale delle Regioni, dei Comuni, delle Province sia assolutamente ingestibile data la sua enormità è un dato a tutti noto. Come risolvere questo problema, come arrivare ad una migliore gestione, è viceversa controverso. Ci sono stati vari tentativi, (non ne faccio qui una storia, ci sono persone che potrebbero farla molto meglio di me in questa sala e forse la faranno), ma vorrei solo ricordare telegraficamente alcune tappe: il tentativo Tremonti di lanciare la Patrimonio S.p.a. che secondo il giudizio, che in questa sede ricordo volentieri, di un grande giurista come Giorgio Oppo, fu un esempio clamoroso, sto citando, “della mancanza di fantasia e impegno del legislatore nell’ideare specifici modelli di una gestione agile e produttiva di interessi economici pubblici”. Qual era l’idea? Il patrimonio immobiliare in mani pubbliche è molto grande anche per via del combinato disposto della legge 1089/39 e del Codice Civile, che rende *ipso facto* parte del patrimonio culturale ogni immobile che ha più di 50 anni: chiaramente il patrimonio immobiliare pubblico ha finito con l’assumere una dimensione che non può reggere, e potrebbe essere logico individuare una parte, che sarebbe molto grossa, di patrimonio immobiliare pubblico che si può ragionevolmente dismettere, quello senza valore culturale. La Patrimonio S.p.a. anziché seguire questa strada seguì quella opposta, cioè di rendere dismissibile in linea di principio tutto, ma proprio tutto, compreso il Monte Bianco, le intere coste italiane, tutti i monumenti. Questo ha comportato momenti di grave rischio, ci fu perfino un momento in cui le bozze del nuovo Codice dei beni culturali comportavano una riduzione molto drastica della definizione di bene culturale, cioè non più cose che presentano “interesse artistico, storico, archeologico” ecc., come la legge del ’39 e il T.U. del ’99, bensì cose che presentano “interesse artistico, storico, archeologico *particolarmente importante*”. Come sa benissimo Louis Godart, che ha combattuto con me questa battaglia, ad un certo punto il Ministro Urbani si è convinto a tornare alla formulazione della legge del 1939 e del T.U. del 1999.

Ora, questo discorso va richiamato non perché è un discorso del passato, ma perché tentazioni di questo tipo continuano a serpeggiare. Un giurista molto illustre, Giuseppe Guarino, ha lanciato il 26 ottobre dello scorso anno e ripreso all’Accademia dei Lincei qualche giorno fa un’idea molto simile a quella della Patrimonio S.p.a. Guarino ha osservato che le enormi dimensioni del debito pubblico in Italia sono tali da far temere una crisi irreversibile e ha proposto di risolvere il problema monetizzando la proprietà pubblica ivi compresi, cito da Guarino, “i beni immobili di interesse storico, archeologico e artistico che sono giuridicamente inalienabili. Per immettere sul mercato tali beni – continua Guarino, che è un nome che tutti conoscono in questa sala, un nome illustre –, cioè i beni storici archeologici e artistici, bisogna fornirli di un reddito e insieme abrogare, con atto avente forza di legge, il vincolo della inalienabilità”. Così Giuseppe Guarino: prova evidente, la sua proposta, che il pericolo di alienare il patrimonio culturale pubblico sia sempre vivo. Personalmente ritengo che nello scrivere queste cose Giuseppe Guarino abbia avuto un momento di distrazione, dimenticando l’art. 9 della Costituzione. Ma noi non dobbiamo dimenticarlo: perciò questo rischio va ricordato, anche perché voci di questo genere, ahimé, non sono limitate al centro-destra, ma ci sono anche tra forze del centro-sinistra.

Ma qual è il futuro che dobbiamo augurarci rispetto al quadro di questi anni passati, così caratterizzato da improvvisazioni, da approssimazioni, da cose inventate all'ultimo momento, da musei che dovrebbero diventare redditizi perché copiano gli americani, da leggi che si fanno ignorando la Costituzione? Se pensiamo al ruolo dei privati, io credo che sia giusto ricordare che i privati possono avere, hanno di fatto, un ruolo importante nella gestione di moltissima parte del nostro patrimonio. Per fortuna una parte estremamente rilevante del nostro patrimonio, e non parlo solo di palazzi, parlo anche di importanti collezioni, basta citare la Galleria Doria Pamphili, sono e restano e devono restare in mani private. L'idea invece che il patrimonio culturale dello Stato sia così eccessivo che bisogna immediatamente darlo via è un'idea che non mi convince, ma purtroppo l'ho ritrovata nell'editoriale del *Giornale dell'arte* di giugno, a firma dell'ambasciatore Sergio Romano. Egli scrive che dovremmo conciliare le virtù della gestione pubblica e i meriti della valorizzazione privata con concessioni o dismissioni, e poi naturalmente soggiunge, essendo persona colta, che queste concessioni o dismissioni dovrebbero essere subordinate alla stipula di una convenzione molto rigorosa estesa e puntuale sugli obblighi del concessionario o del compratore del bene culturale pubblico. Questa è una sua opinione che io non condivido ma cito soltanto; mi preme però sottolineare la conclusione di questo articolo: secondo Sergio Romano, per poter far funzionare il sistema da lui ipotizzato, occorrerebbe "un corpo ispettivo di cui il Ministero dei Beni Culturali non sembra disporre". Affermazione davvero stupefacente. Ma allora non ci sono più le Sovrintendenze? Sono state abolite? Io non l'ho letto sui giornali. Bisogna inventare un corpo ispettivo dei Beni Culturali? C'è da trasecolare! Ecco, io penso, un Paese che sta dimenticando la gloriosa istituzione delle Sovrintendenze è un Paese che muore! Io vorrei che il nostro Paese non morisse. Perché questo Paese non muoia non deve inventare nuove forze ispettive, basta che sappia far funzionare quelle che ci sono già.

Un altro degli equivoci a cui vorrei accennare è la donazione di fondi privati. Le donazioni di fondi privati sono molto importanti, in particolare è importante il lavoro che fanno alcune Fondazioni bancarie, nel nostro Paese. Tuttavia vorrei richiamare un dato molto preoccupante. Se andiamo a guardare nel dettaglio, le erogazioni liberali di fondazioni private sui beni culturali hanno questa distribuzione: 70% nelle regioni del nord, 5% nelle regioni del sud e il resto al centro. Vi sembra una distribuzione equilibrata? Può veramente bilanciare l'eventuale assenza o carenza di fondi pubblici? A me pare di no.

Bisogna inoltre lavorare, credo, anche sul tema delle donazioni individuali, altro grande equivoco diffuso in Italia quando si cita il modello americano. Il Ministro Rutelli sa benissimo queste cose, le ha già accennate, mi permetterà solo di specificare con qualche cifra che supporta il discorso che il Ministro ci ha appena fatto. Negli Stati Uniti, si dice spesso, ci sono molti donatori privati; lo Stato non c'è, tutto è privato...ma questa immagine è completamente falsa. Negli Stati Uniti la situazione è la seguente: per quel che riguarda le contribuzioni ai progetti culturali, ai musei ecc., gli Enti Pubblici (gli Stati, le Contee, le città) danno delle cifre intorno al 10% mediamente in modo diretto, e altri contributi mediante servizi. I contributi dei privati sono intorno al 50%, e poi ci sono contributi di aziende. Questi contributi di privati non sono, come vorrebbe la mitologia italiana, gli assegni di Paperon de' Paperoni, non

sono gli assegni da 1 milione di dollari, da 10 milioni di dollari, sono in prevalenza le piccole donazioni del comune cittadino. Le donazioni del cittadino comune costituiscono negli Stati Uniti il 73% del totale delle donazioni private, a fronte del 2,2% in Italia. Mi pare che ci sia una certa distanza. Ma perché c'è questa distanza? C'è perché le donazioni americane sono collegate a un efficiente sistema di defiscalizzazioni, e le nostre no. Ci abbiamo provato, male, e non ci siamo riusciti. Perciò la notizia che il Ministro Rutelli ci ha dato, di una commissione concordata con il Ministro Padoa Schioppa al fine di studiare un'opportuna fiscalità di vantaggio per chi faccia donazioni ai musei (ma anche agli istituti di ricerca e d'istruzione, ai teatri eccetera) è una notizia straordinaria; sarà ancora più straordinaria, voglio augurarmi, se e quando se ne vedranno i risultati, ma pensare in questi termini è già molto importante. Senza dimenticare che la vera ragione per cui in America c'è un buon sistema di vantaggi fiscali per chi dona e in Italia no è che in America l'evasione fiscale è molto ridotta e severamente punita, cosa che non può certo dirsi dell'Italia. Chiediamoci dunque: è meglio proteggere l'evasione fiscale (e dunque rendere impossibile ogni minor introito al Fisco in conseguenza di donazioni), oppure incoraggiare i cittadini a donare per cultura e ricerca? Perché, mentre si favoleggia di un "modello americano" quando si parla di privatizzare i musei, non si vuol seguire il semplicissimo modello americano in materia di fiscalità di vantaggio? In America, lo Stato finanzia la cultura (teatri, musei, università, ricerca) non solo mediante contributi diretti, ma anche indirettamente, e cioè offrendo sensibili sgravi fiscali ai cittadini che sono disposti a fare donazioni: in Italia sapremo fare altrettanto?

Vorrei poi citare alcuni altri temi, molto velocemente e per concludere: per esempio l'ipotesi delle Fondazioni Museali, e qui non entrerò nel merito; o ancora i "servizi aggiuntivi", almeno per dire che anche a me l'aggettivo "aggiuntivi" dà fastidio perché chiamiamo "aggiuntivo" in Italia qualcosa che si dà in esterno come se i musei non potessero farlo direttamente, il che spesso non è vero: per esempio, nessun museo americano si sognerebbe di dare all'esterno i servizi didattici sulle proprie collezioni, che sono anzi considerati parte essenziale del *core business* di ogni singolo museo. Anche su questi fronti, constatiamo con preoccupazione che l'intervento del privato è stato troppo spesso concepito in Italia non in sussidio di quello pubblico, ma invece in sostituzione o in supplenza di un'amministrazione pubblica in ritirata. La ritirata dello Stato in questo settore della Pubblica Amministrazione si manifesta nel modo più chiaro con l'invecchiamento del personale, l'assoluta mancanza di nuove assunzioni negli ultimi 5 anni, l'età media del personale vicina ai 55 anni oggi.

Non mi intrattengo su questi punti, vorrei però ricordare che quando diciamo che il patrimonio culturale è intrinseco al carattere nazionale, come il Ministro ci ha ricordato citando le parole del Presidente della Repubblica Ciampi, che lo ha ricordato tante volte, tocchiamo un tema che non si riferisce soltanto a valori ideali, ma anzi comporta ricadute economiche e sociali di straordinaria importanza. La grande redditività del patrimonio culturale non è negli introiti diretti, anche se dovessimo aumentare il costo dei biglietti come diceva qualche Ministro della passata legislatura, e neppure nell'indotto derivante dal turismo, anche se l'una e l'altra cosa sono importanti. La più grande ricchezza dell'Italia è il *continuum* tra tessuto urbano e museo, tra case e monumenti, tra città e campagna, tra ambiente e paesag-

gio, che incide sulla qualità della vita e dunque in modo diretto e profondo anche sulla produttività ed economicità non dei musei, bensì della società nel suo insieme: è quello che gli economisti e i sociologi dell'economia più avvertiti, e cito per tutti Amartya Sen, stanno predicando da anni. Quello che una società come la nostra saprà e vorrà fare in questo campo potrà essere uno straordinario e centrale banco di prova per il nostro futuro. Dobbiamo vincere, io credo, il superficiale economicismo che svendendo la sostanza profondamente civica dei beni culturali ha prodotto una crescente usura dei valori simbolici che li permeano e che cementano la società, incrementando la sua capacità di rinnovarsi e di vincere le sfide del futuro. Bisogna ridisegnare il ruolo del pubblico e del privato in una crescita armonica ispirata a una sola fonte: l'art. 9 della Costituzione, giustamente richiamata poco fa dal Ministro. La capacità propositiva e progettuale dei privati deve potersi affiancare alla professionalità delle strutture pubbliche della tutela, che vanno però urgentissimamente rinnovate mediante l'iniezione di nuovo personale giovane e di alta qualificazione. Occorre stringere un grande patto nazionale per la tutela che includa Stato, Regioni, Enti Locali, privati e che parta non dalla suddivisione dei ruoli né dalla spartizione delle torte, ma dalle esigenze vitali ineludibili del nostro patrimonio.

Insomma, la domanda dalla quale ero partito, "più Stato o più privato?", ha una sola possibile risposta: ci vuole molto più Stato, e uno Stato che funzioni perché ci possa essere, e io lo spero, più privato.

STEFANO BAIA CURIONI

Direttore del centro ASK, Università Luigi Bocconi e della Fondazione ERGA (Università Luigi Bocconi e Scuola Normale Superiore di Pisa)

Una domanda sulle Autonomie: note su una possibile politica industriale del patrimonio culturale

Vorrei in primo luogo ringraziare la Professoressa Asproni per avermi chiesto di partecipare a questo autorevole convegno.

L'Università Bocconi è solo apparentemente un nuovo attore nel mondo del patrimonio culturale. Diversi ricercatori e docenti della facoltà hanno, infatti, spontaneamente avviato, fin dai primi anni Novanta, percorsi di approfondimento in questo ambito; in seguito, dal 1999, l'istituzione del corso quadriennale di Economia per l'Arte la Cultura e la Comunicazione ha rilanciato questi interessi, che sono poi stati sistematizzati sul piano della ricerca dalla recente creazione del centro di ricerca ASK (*Art, Science Knowledge*) dedicato all'economia del patrimonio e della fondazione ERGA allo stesso scopo istituita in collaborazione con la Scuola Normale Superiore di Pisa e l'Avvocato Paolo Fresco.

La testimonianza che vorrei portarvi nasce quindi da una pratica di "campo", da un percorso induttivo, ma anche da un duraturo confronto tra diverse discipline, che dura ancora oggi e che costituisce una sorta di basso continuo per i percorsi di ricerca individuali all'interno della nostra facoltà.

Vi è un obiettivo comune nell'ambito dell'*heritage* e delle istituzioni ad esso preposte, che si va delineando in modo sempre più netto: dopo anni di drammatici

squilibri, a cui si è fatto più volte cenno negli interventi che mi hanno preceduto, esiste la necessità prospettica di ristabilire un equilibrio virtuoso tra la presenza del patrimonio artistico e culturale – materiale e immateriale – e i processi di sviluppo economico, sociale e culturale del nostro paese. In apparenza si tratta di un obiettivo ovvio e largamente condiviso. In realtà è importante rielaborarlo e trasformarlo fino al punto di tradurlo in un insieme di azioni pratiche, comprensibili, realizzabili – diciamo in un disegno di politica culturale – attorno a cui confrontare le effettive possibilità di intervento.

Diverse sono le unità logiche cui far riferimento per operare questa concretizzazione.

La prima è data dalla centralità dei “territori” e, in riferimento all’articolata connessione tra patrimonio culturale e territorio, la possibilità di impostare i modelli di sviluppo urbano, logistico ed infrastrutturale lungo coordinate che tengano conto del patrimonio e delle sue potenzialità simboliche, identitarie, direttamente produttive e turistiche.

La seconda riguarda lo spostamento del *focus* da strategie prevalentemente promozionali, orientate a competere in modo indifferenziato al mercato del turismo e del tempo libero, di norma finalizzate a sostenere accessi di massa ai territori e alle città, al sostegno di una conoscenza più intima e per così dire “virale” del patrimonio storico e culturale, nelle sue diverse dimensioni, materiale ed immateriale capace di alimentare grazie alla mobilitazione degli attori rilevanti nei territori, una vera e propria “politica economica-industriale” della cultura.

La terza riguarda il passaggio da prospettive di breve termine a quadri impostativi e analitici orientati al medio lungo periodo, nonché da un dimensionamento locale degli investimenti ad una scelta più strategica e tematicamente concentrata nell’allocazione delle risorse.

Ora, nella misura in cui questi termini possono suonare provocatori ed essere fraintesi, ritengo opportuno soffermarmi sul significato metaforico del termine “industriale” (che per altro rimanda ad una cultura della pianificazione in buona parte coerente con la tradizione italiana della conservazione come ben mostrato dalla recente ripresa delle note programmatiche di Giovanni Urbani).

Questa metafora si riferisce ad una costellazione di valori e di riferimenti concettuali, ciascuno dei quali è, di norma, largamente condiviso, ma più raramente considerato come parte di un insieme e come fonte di una serie di vincoli pratici e politici.

Il primo tra essi è rappresentato dalla convinzione che *il patrimonio culturale debba essere considerato come una struttura della convivenza*. È un errore immaginare che esso possa essere efficacemente trattato come un elemento sovra strutturale e sostituibile, come un insieme di merci nel mercato del tempo libero e della piacevolezza. In senso polaniano potremmo suggerire che il patrimonio sia irriducibile ad una dimensione meramente mercantile (anche se, come ogni ente oggettivabile, non può essere immune dalla mercificazione). Si tratta piuttosto di concepirlo come una presenza essenziale, che risponde al registro della necessità; non solo in quanto memoria e flusso di reinterpretazione del passato, ma in quanto capitale simbolico che letteralmente circonda e “qualifica” i processi di sviluppo socioeconomico, i quali, in quanto edificatori di civiltà, sono chiamati proprio a produrre patrimonio culturale e ad essere storicamente misu-

rati nella sua prospettiva. Il patrimonio come insieme di oggetti, di memorie, di simboli, spazi, rimandi, è insomma l'ordito necessario (e non l'antitesi) della modernità, anche economica e imprenditoriale, che è lecito attendersi.

Questo non significa ovviamente garantire la salvezza di ogni cosa del passato dall'oblio o dalla consunzione, ma problematizzarne la presenza, anche estendendo la nozione di patrimonio, nelle sue componenti materiali e immateriali, al processo di patrimonializzazione. In questa prospettiva le istituzioni di gestione del patrimonio si trovano esplicitamente confrontate con il compito di assumere responsabilità nei confronti del flusso di permanente creazione e crescita del patrimonio fisico e immateriale, ovvero ad assumere maggiori responsabilità educative, con la conseguenza di veder rafforzati i propri compiti di progettazione culturale.

Il secondo punto direttamente discendente da questa prima osservazione e oggi unanimemente condiviso, consiste *nell'inscindibilità di tutela e valorizzazione scientifica*. Un rafforzamento che va nella direzione di una crescente e condivisa responsabilità nei confronti dei processi di divulgazione, di comunicazione, di progettazione culturale. Si tratta di un punto oggettivamente molto delicato su cui non vi è condivisione. È piuttosto evidente, infatti, che, avendo in mente l'intero processo collettivo di "costruzione" del patrimonio artistico e culturale e del suo valore condiviso, la giunzione tra tutela e valorizzazione scientifica dovrebbe estendere i suoi effetti ai diversi livelli di divulgazione e informazione. La questione però non può essere risolta riportando in capo a poche istituzioni "autorizzate" il compito della progettazione culturale, e quindi ribaltando in senso statalista, una dinamica di decentramento e sussidiarietà che ad oggi appare difficilmente e forse non utilmente reversibile. L'alternativa alla "volgarizzazione" non è insomma la riedificazione di uno "stato culturale" nel senso evocato da Fumaroli. Si tratterebbe piuttosto di *rafforzare con decisione il ruolo di una comunità critica, scientifica e di ricerca, ad oggi ancora esistente, ma connessa in modo discontinuo con i processi di gestione del patrimonio*; di dare vigore e pubblica rilevanza ad un insieme di strumenti di opinione in grado di influenzare le scelte delle istituzioni culturali e del loro pubblico. L'impressione, che andrebbe però sostanziata da un'indagine più approfondita, è che in questi anni all'indebolimento delle strutture soprintendenziali e all'aumentato ruolo dei soggetti privati, abbia corrisposto una crescente disarticolazione del sistema di gestione del patrimonio rispetto alla comunità scientifica nazionale ed internazionale. Una dinamica di questo ordine, se confermata, implicherebbe una progressiva "destrutturazione" del "campo" dei beni culturali (movimento opposto a quello che, per esempio, si è registrato nel campo delle arti contemporanee) che potrebbe essere vista come il vero grave problema da affrontare.

Il terzo punto più specificamente organizzativo, riguarda la *necessità di utilizzare, nelle politiche culturali, alcuni criteri tipici delle politiche industriali*. Tra queste, proprio per esemplificare in modo sintetico: far nascere dal territorio e nelle relazioni tra territori e stato centrale visioni di respiro non breve, traducibili in obiettivi concreti e in sentieri operativi praticabili, finanziariamente sostenibili senza incorrere nelle perenni asfissie che hanno reso corto il respiro progettuale del settore negli ultimi anni. Rafforzare infine sul piano istituzionale queste scelte imperniando su di esse un quadro di alleanze interistituzionali e sussidiarietà verticali e orizzontali capaci di testimoniare la condivisione allargata dei territori coinvolti.

L'insieme di considerazioni delineate sinora suggerisce di concentrare l'attenzione su alcune priorità che insistono sul tema oggi oggetto di dibattito ovvero la *governance* e la forma delle istituzioni candidate alla gestione del patrimonio culturale.

Una di queste è sicuramente relativa alla necessità di rafforzare strumenti di coordinamento territoriale, e si riferisce quindi al consolidamento, nella pratica e nella cultura di programmazione, delle normative pattizie locali: strumento cruciale di garanzia che le azioni di coordinamento, necessariamente destinate a condizionare le indipendenze delle singole istituzioni coinvolte, siano fatte rispettare con forza di legge.

L'altra è legata ad un'esatta comprensione delle istanze operative che chiedono di essere potenziate nel seno delle istituzioni culturali del patrimonio.

L'obiettivo, infatti, non è solo quello (già meritorio) di avere delle istituzioni culturali capaci, come è stato detto oggi, di coniugare efficienza e efficacia, scientificità e progettualità. Si tratta anche di risolvere un nodo complesso, costituito dalla necessità, per le istituzioni culturali operanti sui territori (soprintendenze), di trovare un equilibrio tra la dimensione necessariamente extra territoriale, omeostatica, rappresentata dalle azioni di ricerca e tutela in senso allargato e la dimensione della gestione ovviamente co-evolutiva rispetto ai territori.

La difficoltà di governo e di gestione delle istituzioni culturali è rappresentata dal trovarsi nell'obbligo di mediare con difficoltà tra questi compiti. Non si tratta di un esercizio banale. Operando sul territorio ci rendiamo conto che le istituzioni culturali danno forma a strutture gestionali sofisticate e complesse, rese "semplici" solo in ragione di una scarsità di risorse che, di fatto, porta ad accumulare su poche persone compiti estremamente ampi e diversificati.

Come si è già evidenziato in letteratura le istituzioni culturali sono strutture che tecnicamente possiamo definire *multi stakeholders*. Esse sono cioè chiamate a rispondere simultaneamente ad una molteplicità di portatori di interesse di carattere pubblico, privato, scientifico, e dovrebbero (il condizionale è necessario) render conto della loro operatività su tutti i fronti elencati. Fronti molto diversi tra loro: il pubblico caratterizzato da tutte le note articolazioni territoriali e di competenza; il privato con tutte le complessità competitive che istituisce; lo scientifico con tutta la sua specificità disciplinare e la sua segmentazione nazionale ed internazionale.

Si tratta poi di un compito che deve essere svolto in modo simultaneo sui diversi fronti, e che deve essere svolto in funzione di una "autonomia" del progetto culturale che è il fondamento e il mandato di ogni istituzione di gestione del patrimonio e che, proprio per questo, deve convivere con una condivisione sempre più allargata e trasparente della sua natura e dei suoi esiti.

Occorrono quindi robuste capacità di progetto, di gestione dei processi e una sedimentata cultura dell'*accountability*, della rendicontazione, tutte qualità su cui il sistema del patrimonio culturale, a nostro avviso, ha ancora spazi di miglioramento.

Per avviare la prospettiva di una "politica industriale" della cultura occorre quindi operare tenendo conto simultaneamente dell'insieme di questi principi:

- la centralità dei territori e degli strumenti di garanzia che governano le relazioni tra i portatori di interesse e i piani di sviluppo individuati;
- l'evidenza che la connessione tra patrimonio culturale e crescita economica e

sociale passa principalmente dalla funzione educativa e formativa e solo secondariamente dalla funzione di attrazione turistica di breve termine;

- l'ipotesi che solo una stabile congiunzione tra la presenza del patrimonio e una visione multi dimensionale dello sviluppo locale (inteso come formazione del capitale economico, sociale e simbolico) possa garantire le condizioni di sostenibilità delle azioni di conservazione e tutela;

- la necessità di garantire un continuo consolidamento del "campo" dei beni culturali e della componente scientifica nella progettazione culturale rafforzando la connessione tra tutela e valorizzazione scientifica;

- la necessità di consolidare le istituzioni di gestione del patrimonio come strumenti delle politiche industriali della cultura, accrescendo la loro capacità di integrazione con i diversi ambiti a cui fanno riferimento (territori, comunità scientifiche e della conservazione, pubblico dei fruitori), ma anche la loro capacità e responsabilità di progettazione culturale.

In apparenza si presenta come un compito di grande complessità tanto da essere comprensibile solo come un possibile orizzonte di sviluppo e di convergenza.

In realtà il riferimento a questo insieme di principi consente anche di individuare alcune priorità di breve-medio termine.

A questo proposito vorrei condividere alcune esperienze che stiamo conducendo con la Fondazione ERGA, organizzata dalla Bocconi con la Scuola Normale di Pisa e con l'Avvocato Fresco.

La Fondazione sta lavorando da alcuni mesi ad un progetto di studio dedicato alla Sovrintendenza Archeologica di Roma, un progetto sollecitato e commissionato congiuntamente dalla Sovrintendenza e da Electa e dedicato ad esplorare le possibilità di rafforzamento organizzativo e istituzionale della SAR. I risultati saranno presentati entro quest'anno. Mi limiterei in questa sede a dare soltanto alcune evidenze che possono essere di interesse per il dibattito comune.

La prima è l'evidente rilevanza delle sovrintendenze autonome in termini di patrimonio custodito e gestito, in termini di sperimentazione istituzionale, di responsabilità gestionale e di rilevanza del loro mandato sul piano dell'integrazione tra la dimensione della tutela e valorizzazione scientifica e la dimensione della divulgazione su plessi archeologici e artistici cruciali per il paese .

La seconda evidenza: la singolare varietà di soluzioni istituzionali che si sono stratificate nel tempo a partire dall'istituzione della sovrintendenza autonoma di Pompei la quale è diversa nella sua strutturazione dalla sovrintendenza archeologica autonoma di Roma, che a sua volta è diversa da altri esperimenti di autonomia condotti per i poli museali o per l'Egizio di Torino. Una varietà di forme e *governance* che non appare retta da un disegno unitario, e che, complessivamente, non è stata sufficientemente studiata. Mancano evidenze scientifiche riguardo implicazioni e i risultati di medio-lungo termine, ma anche di breve, di queste diverse e specifiche soluzioni di autonomia.

La terza evidenza, singolare, è il silenzio che circonda attualmente le Sovrintendenze Autonome. È una sorta di silenzio "metafisico" che si estende dalla struttura degli interventi legislativi più recenti che di fatto sfiorano, ma non trattano l'argomento (nuovo codice), agli argomenti del dibattito del campo. Non se ne parla, eppure sono importantissime.

È necessario, a nostro avviso, riconoscere le grandi potenzialità custodite da queste istituzioni in termini di competenze, conoscenze, di collezioni, ma soprattutto riconoscere che esse potrebbero costituire i riferimenti naturali delle possibili politiche economiche e industriali della cultura. Le Sovrintendenze già autonome potrebbero, in altri termini, diventare perni, diciamo così, organizzativi centrali di un intervento di politica economica del patrimonio sul territorio.

D'altra parte è impossibile immaginare che queste strutture possano compiere questo ruolo e svolgere questo compito unicamente sulla base di una parziale autonomia finanziaria. Non basta lo strumento dell'autonomia finanziaria previsto dalla legge per consentire a queste istituzioni di svolgere un compito significativo. Occorre un intervento ben più profondo, a monte del quale sta però la risposta ad una domanda forse non banale: si intende proseguire nella prospettiva dell'autonomia e delle sovrintendenze speciali o si ritiene l'esperimento complessivamente concluso?

Io credo che questa domanda debba essere posta, che debba essere ricollocata nel dibattito nazionale, perché le implicazioni di una scelta in una o nell'altra direzione sarebbero molto profonde. La nostra risposta in questo momento suggerisce senza dubbi di non dissipare quanto di buono è stato costituito nell'esperimento delle autonomie.

D'altra parte non ci si può nascondere che un rafforzamento di tali istituzioni implicherebbe non solo elementi di revisione della normativa, ma anche un percorso di forte trasformazione e riqualificazione delle loro competenze e capacità. Entrambe traiettorie che, data la rilevanza mondiale dei plessi patrimoniali coinvolti, potranno essere condotte a buon fine solo con la concentrazione duratura di molta energia politica, forti competenze gestionali, elevati investimenti formativi e infrastrutturali. Una scelta non facile, ma probabilmente necessaria per completare una ristrutturazione di quadro normativo e politico nel quale si possa effettivamente tentare la ricongiunzione tra la cultura del patrimonio e la cultura dello sviluppo territoriale.

PIO BALDI

Direttore generale per l'architettura e l'arte contemporanea MiBAC

Alla domanda che mi viene fatta risponderò più avanti, ora vorrei tracciare un quadro generale nell'ambito del poco tempo che abbiamo.

Il quadro parte da un esame della situazione di oggi per analizzare il modello di gestione organizzativa ed economica dei musei, delle aree archeologiche, dei complessi monumentali dipendenti dallo Stato. Analizziamolo. È un modello di gestione molto, molto esile. Sono istituti che hanno un *management* senza rilevanza esterna, sono incorporati dentro alle soprintendenze da cui sono gerarchicamente dipendenti, sono quasi privi di visibilità. È un modello molto italiano, molto *Antichità e belle arti*. Un modello che nel tempo ha avuto grandi meriti perché la sua carta vincente è stata quella di agganciare il museo al territorio, cioè di costituire una filiera, se così possiamo chiamarla, museo-ricerca-territorio: il museo era dedicato ad indagare il territorio circostante e dal territorio ricavava beni di interes-

se storico-artistico che poi costituivano il patrimonio del museo e divenivano oggetto di studio, con un'integrazione molto stretta.

In un periodo recente, negli anni '90, su iniziativa, com'è noto, dell'allora Ministro Alberto Ronchey, è venuta l'idea di fornire i musei di servizi – spiritosamente il Ministro Rutelli ha detto che non serve “aggiuntivi” – ed è cambiato notevolmente il modo di guardare il museo o l'area archeologica o il complesso monumentale”. Questo è stato sicuramente un passo avanti nel mondo dei beni culturali: ne è derivata la consapevolezza che per gestire il patrimonio pubblico occorre farsi carico anche delle esigenze del visitatore, del cliente: non sono sufficienti lo studio e la ricerca, che rimangono esigenze primarie, ma occorre affacciarsi sull'altro versante, il versante del fruitore.

In anni ancora più recenti, e parliamo dell'inizio degli anni 2000, sono venuti i poli museali, di cui parlava il Professor Baia Curioni subito prima di me. I poli museali sono stati un'ulteriore evoluzione del sistema gestionale. Però, e concordo con quello che ha detto il relatore che mi ha preceduto, credo che si tratti di una riforma intermedia, che cioè non ha raggiunto tutti gli scopi per cui era stata messa in atto e oltretutto sono convinto che si sono perse alcune cose. Dico subito cosa si è perso: si è interrotto il rapporto museo-ricerca-territorio perché i poli museali non hanno territorio e non sono più all'interno di una sovrintendenza, ma si è guadagnata la consapevolezza che il museo va amministrato con un modello organizzativo che tenga conto anche di parametri di efficienza gestionale. Senza ovviamente mettere in discussione la primazia della tutela e della ricerca. Ma dovendo i dirigenti dei poli museali reimpiiegare, e qui sta il punto, i frutti delle entrate derivanti dai biglietti e da altri servizi, ecco che si comincia a chiedere a dei *manager* pubblici, che di questo mai prima si erano occupati, di curare le esigenze della tutela facendosi anche carico di un quadro di compatibilità economica. Questa è la novità di grande impatto derivata dall'istituzione dei poli museali. Perché dico riforma intermedia? Perché non si è andati più avanti, perché il dirigente del polo museale non ha, per esempio, la possibilità di operare su uno dei campi fondamentali per un direttore di museo, cioè l'organizzazione delle risorse umane. Tutto il *management* del personale è esterno rispetto al dirigente, che su questo tema non può intervenire in alcun modo. Questo ovviamente limita molto le sue capacità d'azione. Inoltre il polo museale, rispetto ad un modello che chiamerò sbrigativamente anglosassone, manca di organi di gestione, c'è soltanto un consiglio di amministrazione molto ristretto, credo siano tre persone interne all'istituzione, che non riesce a esprimere la compresenza di tutti gli interessi in gioco in un organismo complesso come il museo.

Il modello anglosassone, e non parlo dei musei americani che sono musei sostanzialmente privati, né dei grandi musei francesi che sono sostanzialmente pubblici, nel modello anglosassone, e cito ad esempio la National Gallery di Londra, c'è una abbastanza convincente compensazione e compenetrazione fra Stato e privato e lì è evidente come l'intero *budget* sia gestito dagli organi del museo che in genere sono tre: un Presidente, un Consiglio Scientifico e un Consiglio di Amministrazione. È evidente come anche le risorse umane siano gestite dal museo, così come la fondamentale funzione del trovar soldi, il *fund raising*. Ho parlato della National Gallery perché ha una caratteristica particolare, comune anche ad

altri grandi musei, ma non a tutti, e cioè di avere la direzione del museo che appartiene al campo professionale che è il campo di azione del museo: il museo è un'organizzazione tecnico-scientifica-culturale e il capo della National Gallery è uno storico dell'arte e questo è fondamentale. La testa di un'organizzazione culturale deve essere una testa che ragiona all'interno della disciplina in cui il museo opera ed in cui si trova la missione del museo, altrimenti la missione sarà difficile da raggiungere. C'è anche un direttore amministrativo nella National Gallery che è dichiaratamente subordinato al presidente e riconosce pubblicamente che la sua è una funzione servente, finalizzata, una funzione importantissima, ma ancillare che serve a fornire gli strumenti economici, amministrativi, finanziari, gestionali che consentono alla testa del museo di conseguire la sua missione. Questo credo che debba essere tenuto in conto in qualsiasi tipo di riforma o di aggiustamento si faccia nei musei italiani.

Quale può essere un modello evolutivo per i nostri musei? Credo che bisogna dividere per categorie, non c'è un modello unico, ce ne sono almeno quattro. Ho sentito adesso la proposta di Patrizia Asproni sul modello Campania e il consorzio misto che lei delineava. Non so se ho colto tutti i dettagli perché l'illustrazione è stata rapida e quindi non sono in grado di dare un giudizio mirato. Mi è chiaro però che partecipano sia l'ente titolare dell'istituzione, sia gli enti locali sia i privati. Questo è sicuramente giusto, ma non credo che possa esistere, se così è la proposta, un unico consorzio il quale ha in gestione una pluralità di istituzioni, perché la differenza tra queste è così marcata che, secondo me, servono forme di *governance* differenziate in funzione della tipologia.

Provo a parlare di alcune possibili tipologie. Ci sono monumenti, beni culturali che hanno il diritto di essere inutili, hanno il diritto di non servire a niente: la colonna Traiana non serve a nulla, l'arco di Costantino non serve a niente, così come non serve a niente una sinfonia di Mozart o una lirica di Leopardi. Ovviamente sto parlando per paradossi, parlo di beni che servono per la nostra identità culturale come riconosce l'art. 9 della Costituzione. Servono anche perché hanno funzioni di ricaduta indiretta forse secondarie, ma importanti perché costituiscono ciò che contribuisce a costruire quella visione per cui l'Italia è mèta del turismo ed è riconosciuta come paese dei beni culturali all'interno del mondo globalizzato. La colonna Traiana, l'arco di Costantino o il mausoleo di Teodorico sono comunque solo monumenti, e ce ne sono tanti, cui non si può assegnare alcuna funzione utilitaria in grado di produrre ricadute economiche dirette.

C'è poi una seconda categoria che potrei cercare di esemplificare nel Colosseo o nell'area archeologica di Pompei o ancora nell'area di villa d'Este o nella reggia di Caserta: grandi complessi monumentali. Per questi il modello che si sta cominciando a delineare credo che sia il modello giusto: si tratta di beni, di complessi di beni in cui prevale la missione culturale che produce conoscenza attraverso le primarie funzioni di studio e di ricerca che vi si svolgono e che devono essere compiute da un'amministrazione pubblica come quella dei beni culturali che ne ha le capacità, l'esperienza e la tradizione da 130 anni. Dico quindi che in questi casi deve essere saldamente in mano pubblica sia la proprietà sia la gestione degli immobili, fermo restando che, come avviene per il Colosseo la gestione di tutto ciò che è mostre, biglietti, servizi vari è affidata ai privati che lo fanno, mi sembra, molto

bene. Questo modello potrebbe essere avviato anche in altri complessi monumentali (e non sono pochi), ma, ripeto, mantenendo sia la proprietà sia la gestione degli immobili in mano allo Stato.

C'è poi un'ulteriore categoria: un largo numero di musei pubblici piccoli rispetto alle dimensioni dei grandi musei internazionali, come ad esempio la Pinacoteca Nazionale di Siena, istituzione di grandissima importanza, o il museo archeologico di Chiusi, o il museo degli argenti a Palazzo Pitti, eccetera. Si tratta di musei in cui la traiettoria territorio-ricerca-musealizzazione deve restare quella che è e non c'è la possibilità di ricavare utili in alcun modo, non ci sarebbe un privato al mondo che può essere interessato a gestire un simile tipo di struttura. Sarebbe totalmente in perdita, sarebbe puro mecenatismo, è inutile anche pensare di proporlo. Si tratta di istituzioni da far funzionare in conto articolo 9 della Costituzione.

Vedo poi una quarta categoria, una categoria ampia: sono palazzi nobiliari, sono fortezze, sono castelli, monasteri o altro: Palazzo Altieri a Oriolo Romano ad esempio, o Palazzo Colonna di Genazzano, proprietà dello Stato o delle Regioni o dei Comuni, Forte Stella a Porto Ercole, il Forte di Bard in Val d'Aosta, tutta quella molteplicità di ex conventi poi diventati caserme o carceri largamente presenti nei nostri centri storici come la serie dei conventi di S. Agostino, S. Francesco o S. Domenico. Questi edifici inizialmente sede di comunità monastiche spesso sono stati poi trasformati in carceri o caserme, ed ora sono in larga parte in disuso e quindi fanno parte di quella categoria, che potrebbe rientrare nello schema che a me sembra trasparire dallo studio fatto dalla commissione presieduta dall'Avvocato Fiengo, edifici per i quali l'invenzione di un sistema a proprietà pubblica e gestione privata potrebbe, credo, essere fruttuoso.

Schematizzando molto: proprietà in mano all'amministrazione pubblica che, non avendo la possibilità o la convenienza di attuare la gestione, la affida ai privati con regole stabilite in modo molto fermo e garantista.

Non mi è rimasto tempo per parlare di quello di cui mi aveva chiesto il conduttore, cioè del museo MAXXI, che ha una struttura ancora diversa. Si tratta di un grande museo di architettura contemporanea, una macchina per produrre cultura, costosa, importante, che deve variare continuamente le collezioni, le mostre, che deve ospitare eventi e creare nuove idee. Si tratta di un'istituzione dinamica che richiede l'intervento non solo dello Stato e non solo dei privati, ma anche degli Enti Locali. La struttura gestionale e il *management* andranno messi a punto tenendo conto di questo maggior grado di complicazione e con attenzione ad altre esperienze, soprattutto anglosassoni.

Per concludere voglio precisare che, con le dovute limitazioni ed eccezioni, esiste una fascia categoriale in cui lo schema proprietà pubblica e gestione affidata ai privati, con molte regole precise e protettive può probabilmente dare frutti in cambio di un canone, ovviamente, ma il canone può essere positivo, neutro o negativo. Se la struttura può dare grossi vantaggi economici, e questo lo si può capire con una simulazione a priori, è chiaro che ci sarà un canone che il privato pagherà allo Stato, ma se la struttura invece che dare vantaggi economici dà svantaggi e il privato comunque se ne accolla la gestione e in qualche modo, in ogni caso, riesce a coprire una parte di quei costi che invece lo Stato non avrebbe coperto, potrebbe esserci anche un canone inverso, cioè lo Stato, invece di pagare 100 per una cosa che non

potrebbe gestire paga solo 50 e il privato fa, col controllo dello Stato, quello che è possibile fare nell'edificio, secondo le indicazioni della soprintendenza.

Ecco, io mi fermo qui, vorrei concludere ripetendo quello che ha detto Salvatore Settis, con cui concordo in pieno, non è possibile aprire maggiormente al privato se lo Stato non si rafforza, la struttura statale ha bisogno di maggiore supporto e maggior sostegno, di maggior finanziamento, ma soprattutto di ritrovare quello slancio che forse sente di non avere più, attaccata da tante parti e in tanti modi negli ultimi anni.

MICHELE PORCARI

Delegato ANCI per i Beni e le Attività culturali

In quanto Delegato nazionale dell'ANCI nonché sindaco di Matera, vivo sulla mia pelle i problemi di cui stiamo discutendo, atteso che la gestione di un territorio come quello della mia città copre esattamente le tematiche di cui stiamo parlando oggi, tra l'altro in maniera anche piuttosto complessa.

Permettetemi però, prima di entrare nello specifico dell'intervento, di fare una considerazione di carattere politico. Io partecipo ormai da tre anni ai vari dibattiti sullo sviluppo della cultura e devo dire che oggi per la prima volta ho sentito parlare di investimenti, cioè di una volontà, di cui evidentemente abbiamo tutti bisogno, di credere in un sistema che deve andare in crescita. E un sistema che cresce ha bisogno di investimenti, perché senza investimenti il sistema muore, diventa asfittico, e va a chiudersi in se stesso.

Ricordo un bellissimo intervento del Professor Urbani ad un incontro presso l'Auditorium, circa tre anni fa, organizzato appunto dall'ANCI, in cui l'allora Ministro ci chiese di fare pressione sul governo per ottenere disponibilità e finanziamenti perché diversamente non si riusciva ad andare avanti.

Oggi si respira un clima di grande attesa perché abbiamo sentito parlare per la prima volta di nuovi investimenti; le responsabilità che il nuovo governo si sta assumendo sono enormi, perché sappiamo le difficoltà, le viviamo anche noi Comuni sui bilanci: certamente è un impegno molto, molto arduo, altrettanto certamente la prospettiva della costituzione di un tavolo tecnico fra il Ministero della Cultura e quello dell'Economia è forse la risposta più intelligente che in questo momento si potesse dare alle necessità, da un lato, di cominciare a credere nella cultura e quindi inevitabilmente reinvestirci sopra, dall'altro di far quadrare i conti, che sappiamo essere una valutazione di difficoltà estrema.

Quando parliamo di cultura evidentemente parliamo di Enti Locali, in qualche modo i soggetti che in prima linea sono chiamati a tutelare e gestire i beni del loro territorio. E i Comuni in questo meccanismo, nonostante le difficoltà economiche e le finanziarie che hanno deciso la spesa delle amministrazioni comunali in questi ultimi anni, hanno svolto in maniera direi egregia il loro ruolo, investendo per esempio – e questo non so se è un dato conosciuto – molto più di quello che è stato fatto sia dal Governo che, in parte, anche dalle Regioni. Questo vuol dire che i Comuni credono nei loro territori, credono nei beni culturali, credono che i beni culturali possano essere una leva in grado di far crescere lo sviluppo economico del territo-

rio, e forse sono stati i primi soggetti a comprendere l'importanza della comunicazione dei beni culturali, perché gran parte del *marketing* territoriale si appoggia proprio sulle capacità di caratterizzare il territorio con le sue vocazioni. Non è un caso che proprio l'ANCI abbia deciso di fare un'operazione abbastanza particolare: quella di nominarmi sia responsabile delle politiche culturali che responsabile di un progetto che potrebbe apparentemente non avere collegamenti diretti con la cultura, un progetto che si chiama "*Res Tipica*" e che gioca proprio sulla capacità di valorizzare gli *appeal* territoriali in campo enogastronomico e di produzione locale. La scelta di unire in capo ad un unico soggetto lo sviluppo delle attività culturali con la capacità di identificare gli elementi forti di espressione di un territorio, in qualche modo implica un'intuizione che oggi ho sentito anche dal Ministro, cioè che un territorio è in grado di diventare soggetto protagonista se riesce a diventare proprietario delle sue espressioni territoriali che sono quindi, come si diceva prima, le caratteristiche enogastronomiche, forse anche le caratteristiche turistiche, ma soprattutto le caratteristiche culturali che esso è capace di esprimere, perché attraverso quegli elementi culturali si radicalizza la capacità, l'espressione e l'identità di un territorio. Questo percorso l'ANCI lo sta facendo da diversi anni e lo fa ragionando e dialogando con tutti i soggetti istituzionalmente sui vari livelli e sulle varie fasce. Abbiamo lavorato moltissimo nella valorizzazione del patrimonio culturale con l'idea che la cultura e la sua conservazione è un dovere sicuramente civico e morale. Si è detto molto bene anche oggi, l'importanza del bene culturale consiste nel poter essere in qualche modo da un lato elemento rappresentativo del territorio, elemento capace di dare fruizione ai cittadini e a tutti coloro che vogliono avvicinarsi al bene culturale, di quello che il bene è, dall'altro la capacità di produrre comunque un reddito che è finalizzato alla sua conservazione. La difficoltà del progetto e del tema che oggi stiamo affrontando è dato proprio da questi due elementi che devono essere in qualche modo messi sul piatto della bilancia. Da una parte la massima fruibilità del bene culturale, dall'altra la sua conservazione che evidentemente ci porta ad aver ragione in termini di economicità sulla gestione del bene, ma al tempo stesso deve essere una valutazione del patrimonio che debba avere una gestione sostenibile; si dice tanto dell'ambiente, credo che per i beni culturali valga ancora di più questo concetto. I Comuni da questo punto di vista stanno lavorando da molto tempo e i modelli sperimentati dalle varie amministrazioni – qualche volta in maniera brillante, qualche volta meno – sono comunque sicuramente uno dei punti di riferimento. Abbiamo sentito stamattina che uno degli elementi che si sta sperimentando, quello del consorzio misto, nasce proprio da un esperimento fatto con i vari enti locali sul territorio (si parlava della Campania); non si può immaginare la realizzazione di un sistema del genere se non c'è insieme la partecipazione del privato, ma soprattutto di Regione, Provincia e Comune ed oggi, finalmente, possiamo dire anche dello Stato, che diventa il soggetto che guida i processi di sviluppo che, in qualche modo, devono essere posti in essere dagli altri soggetti che partecipano alle loro attività. E che l'Italia sia all'avanguardia in questo è dimostrato dal fatto che numerosissime delegazioni – abbiamo ricevuto l'ultima a Matera non più tardi di un mese fa – vengono in Italia, in questo caso dalla Cina, per studiare il meccanismo di gestione dei sistemi dei beni culturali. Probabilmente l'idea che ne hanno avuto è molto caotica perché in realtà non c'è ancora un modello

molto affermato ma, lo diceva molto bene un attimo fa il Dr. Baldi, non è possibile immaginare un unico sistema di gestione perché i beni culturali hanno diverse prerogative e diversi aspetti. Però evidentemente la sperimentazione, la voglia e la grande consapevolezza che ormai è sorta all'interno dell'Italia – lo diceva anche il Ministro a proposito della consapevolezza della custodia e della conservazione dei beni culturali che è maturata in questi ultimi anni – sicuramente ci stanno aiutando a lavorare in questo senso.

Il lavoro che stanno facendo i Comuni è enorme, l'ANCI chiede da tempo che questo imponente impegno economico, organizzativo ed ovviamente anche etico venga riconosciuto anche sul piano del coinvolgimento nella *governance* complessiva del sistema. Questa richiesta non nasce per la gestione di quelli che possono essere elementi di potere, ma nasce proprio perché il sistema della sussidiarietà ha bisogno di tutti i soggetti protagonisti per poter realizzare un funzionamento corretto della gestione soprattutto in un momento in cui, lo sappiamo, le risorse sono comunque scarse. Allora è bene concordare i meccanismi di utilizzazione delle risorse che possono muovere i Comuni attraverso, per esempio, i progetti dei fondi strutturali o dei finanziamenti europei o come la nostra *Ibis*, i finanziamenti che arrivano direttamente dal Governo, i finanziamenti regionali possano esser portati a sistema perché un investimento possa funzionare attraverso, ovviamente, una griglia di scelte e di selezioni che diventano il punto fondamentale del lavoro che Governo ed Enti Locali devono fare, per scegliere su quali elementi e su quali beni culturali poi costruire il modello e il progetto che il territorio vuole in qualche modo proporre.

Chiediamo al nuovo Ministro, e lo abbiamo già esplicitato, di porsi alla guida di un forte movimento di solidarietà nazionale a favore della cultura. Lo sta già facendo, ha già delle grandi intuizioni, noi vorremmo in qualche modo poterlo affiancare vista la grande capacità, come dicevo prima, che i sindaci hanno di inventarsi ipotesi, idee e modelli di gestione, costruendo ponti tra i vari livelli istituzionali, lavorando per una politica che sia allo stesso tempo forte, cooperativa e sussidiaria. Per perseguire concretamente questi obiettivi occorrerà utilizzare nella maniera migliore tutti gli strumenti previsti dalla normativa e valorizzare e rafforzare, oltre alla Conferenza unificata Stato-Regioni a cui evidentemente partecipano anche UPI e ANCI, anche gli organismi di consulenza del Ministero dove è prevista la presenza di rappresentanti delle Regioni e appunto degli Enti Locali.

In merito alla strategia della valorizzazione dei beni e delle attività culturali abbiamo già accennato come i Comuni, in particolare in questi ultimi anni, siano stati chiamati ad un grande impegno. La profonda redistribuzione delle competenze e delle responsabilità conseguenti alla riforma del Titolo V della Costituzione ha comportato per il sistema dei comuni italiani la necessità di aggiornare le proprie strategie di intervento in raccordo appunto con gli altri livelli istituzionali coinvolti. La portata innovativa dell'attuazione del decentramento e del federalismo in cui i Comuni stanno profondendo un enorme sforzo intellettuale, rischia però di essere inficiata dai continui tagli intervenuti nel corso degli ultimi anni sia sui bilanci degli Enti Locali, sia direttamente sui settori di specifico interesse. Tali pesanti restrizioni stanno obbligando i Comuni a ridimensionare sensibilmente i finanziamenti alle piccole e grandi iniziative che si svolgono sui territori che in questi anni, nonostan-

te le enormi difficoltà dei bilanci comunali, sono state comunque promosse e mantenute in piedi. Speriamo che anche su questo versante dal nuovo governo possano venire segnali positivi per evitare che un doveroso invito alla razionalizzazione delle risorse divenga, al contrario, la chiusura e l'abbandono di questo settore strategico. Mi sembra che oggi si stia aprendo una nuova fase e noi siamo ben felici di potervi contribuire.

Desti però particolare preoccupazione la situazione dello spettacolo dal vivo, per esempio, che ha visto negli ultimi anni una serie di tagli drammatici soprattutto al FUS; qui abbiamo recepito come ANCI una forte lamentela da parte dei Comuni e delle Fondazioni, mi riferisco in particolare a quelle relative alle opere ed ai teatri, ed evidentemente anche qui una scelta andrà fatta. Sono attività che richiedono forti investimenti, ma che non producono altrettanti ritorni economici direttamente dal pubblico. Allora la scelta va fatta: vogliamo mantenere e conservare questo tipo di attività? Bisogna investire, bisogna crederci sapendo, come dicevamo prima, che un investimento in questo settore produce reddito, è un investimento a tutti gli effetti ed è capace di muovere risorse, economia e, non dimentichiamolo, anche convinzione nel futuro, che è un valore aggiunto alla capacità produttiva del territorio, perché oggi assistiamo ad una situazione nella quale l'atteggiamento dei cittadini e dei Comuni è un atteggiamento di difesa; e sappiamo che quando ci si difende troppo, prima o poi si finisce con il perdere la speranza di una crescita del Paese.

Dicevamo quindi che è necessario, dal nostro punto di vista, l'immediato intervento che tenga conto delle necessità economiche del FUS e dei soggetti che al FUS attingono. Più in generale, proponiamo che tutti i finanziamenti attualmente a disposizione del settore vengano ricondotti alla programmazione nazionale ed alla concertazione interistituzionale. Auspichiamo che un nuovo iter legislativo possa cominciare dal recepimento dei contenuti dell'accordo raggiunto dalla scorsa legislatura fra Comuni, Province e Regioni, AGIS, sindacati, che fu recepito nel testo approvato nelle commissioni parlamentari, ma che per motivi di tempo non riuscì a tradursi poi in atti legislativi. Infine un apporto importante al finanziamento della cultura potrà venire certamente dal volontario contributo dei cittadini che andrà, come dicevamo prima, incentivato con la possibilità di beneficiare della piena deducibilità dal reddito di quanto destinato ai fini culturali e, più in generale, da un sistema fiscale più favorevole per il settore. Sono proposte già presentate, che fanno parte della storia e della cultura dell'ANCI e che sono state fino ad oggi disattese: noi siamo convinti che, come dicevamo prima, da oggi possa voltarsi pagina e cominciare tutti a credere nella cultura e nel suo sviluppo, perché attraverso questo si possa aprire per il nostro Paese un nuovo futuro di crescita e di sviluppo, sia chiaro, anche e soprattutto economico, perché la cultura porta benefici anche economici.

PIETRO PETRAROIA

Direttore Generale "Cultura, Identità e Autonomie della Lombardia", Regione Lombardia

Non è certo mio compito rappresentare in questa sede il punto di vista ufficiale di Regione Lombardia, ma presenterò un contributo personale nato dalla mia esperienza di lavoro, che si è sviluppata nell'università, nell'amministrazione dei

Beni Culturali – sia in posizioni “centrali” che di “periferia” – e, negli ultimi nove anni, in Regione Lombardia.

Mi sembra importante rimettere al centro del nostro confronto di oggi una parola del titolo di questo convegno – “*governance*” – e chiedersi in che cosa possa concretamente articolarsi. Cercherò di rispondere richiamandomi alla conclusione dell’intervento compiuto stamattina dal Prof. Salvatore Settis, non dissimile peraltro da quanto egli ha sostenuto in parecchi dei suoi ultimi interventi sulla stampa; l’idea, cioè, di un “grande accordo fra Stato e Regioni”, del quale, peraltro, occorrerebbe precisare natura e caratteristiche.

Assumendo con piena convinzione la prospettiva sostenuta da Settis, proporrò qualche spunto e qualche esempio su come sia possibile da subito dare ad essa una qualche forma di concretezza; mi permetterò, insomma, di suggerire i titoli di una possibile agenda di lavoro e alcuni principi cui fare riferimento.

Anzitutto vorrei però dichiarare un grande apprezzamento per il lavoro svolto dalla commissione ministeriale coordinata dall’Avv. Giuseppe Fiengo; il mio non è un apprezzamento semplicemente formale o dovuto all’occasione, che qui ci si offre, di condividere questo momento di lavoro; scaturisce soprattutto – e glielo dicevo stamattina di persona – dall’aver constatato che nella sua relazione sui lavori svolti egli ha saputo rendere conto dell’articolazione, della diversità delle posizioni presenti all’interno della commissione stessa e con questo arricchisce la nostra crescita professionale e, più in generale, culturale. Così voglio esprimere immediatamente anche una particolare vicinanza alle posizioni che Confcultura ha espresso nel documento reso in sede di audizione e qui distribuito, poi ripreso in piccola parte nell’intervento introduttivo della Presidente Asproni.

L’idea di fondo che vorrei proporre è quella di lavorare, per quanto riguarda gli strumenti normativi, a partire da “quello che c’è”, ma in una direzione profondamente nuova, perché – se vogliamo favorire un rapporto produttivo, fecondo in primo luogo tra soggetti pubblici e, poi, tra soggetti pubblici e soggetti privati – occorre garantire due condizioni.

Da un lato, c’è bisogno di fare riferimento a qualcosa che sia riconosciuto come *stabile*, perché, se non c’è un minimo di stabilità nel tempo delle regole relative al mercato dei servizi culturali, non solo diventa impossibile per un serio imprenditore giocare il proprio ruolo in una dimensione di ragionevole rischio, ma neppure riesce possibile ad un funzionario o a dirigente pubblico esprimere responsabilmente il proprio impegno professionale.

L’altro elemento di cui c’è bisogno è molto simile al primo e lo chiamerei *certezza*: c’è bisogno di chiarezza, di certezza nei riferimenti normativi. Di fatto abbiamo oggi un Codice dei beni culturali troppo lungo e in gran parte costituito da norme di natura procedurale o regolamentare, che mal si conciliano con l’idea stessa di codice. Con questo non intendo dire che i contenuti o gli obiettivi siano sbagliati, ma che c’è contraddizione fra l’approccio di tipo codicistico ed il livello di dettaglio operativo a cui l’articolato si spinge, al punto che proprio nella parte dedicata ai principi generali sulla valorizzazione spesso si arriva a prescrivere minutamente modalità amministrative degne, forse, di una circolare.

Risulta invece mancante, come credo dovrò spesso ripetere, un *quadro di riferimento condiviso degli aspetti metodologici e tecnici del lavoro di tutela e valoriz-*

zazione: è come dire che ancora manca proprio quello che ci serve di più, con maggiore urgenza e da più tempo.

Tuttavia, se lo si vuole, anche con questo tipo di Codice è possibile, valorizzando tutti i varchi contenuti nell' articolato, definire accordi – in particolare fra Stato e regioni – non soltanto per la programmazione di specifici interventi complessi, ma anche per la definizione della stessa normativa tecnica, ad esempio in materie come *la catalogazione, la ricerca, la conservazione del patrimonio, la formazione e l'aggiornamento degli operatori a tutti i livelli*: non è obiettivo da poco, se si intende costruire un quadro nazionale certo, stabile, autorevole e condiviso, sviluppato valorizzando le potenzialità di eccellenti centri di ricerca e sperimentazione presenti ancora oggi in Italia, a partire dalle università e dagli Istituti centrali del ministero.

L'esigenza di questo accordo sulle regole, sui metodi più adeguati per la tutela e la inseparabile valorizzazione del patrimonio culturale, appare evidente se ci si rende conto che, per costruire un raccordo pubblico-privato fondato sulla reciproca fiducia degli attori, occorre – lasciatemelo dire anche da ex soprintendente – *superare l'incertezza e l'estemporaneità dei riferimenti metodologici e, quindi, di tanti giudizi tecnici in ordine alla tutela e in particolare in ordine alla conservazione*.

Occorre impennare la tutela non su giudizi troppo soggettivi e metodologicamente spesso difforni nel quadro territoriale nazionale rispetto a problematiche affini, provando invece a porre al centro della nostra attenzione il patrimonio culturale tutelato nella sua fisica consistenza e nelle sue reali dinamiche conservative e gestionali, indipendentemente dall'appartenenza giuridica e dalla natura del soggetto gestore responsabile della fruizione pubblica.

L'urgenza di superare il rischio di continuo travalicamento dalla discrezionalità verso l'arbitrarietà sembra accentuata dal complesso delle norme oggi esistenti (o mancanti, soprattutto per gli aspetti tecnici) in rapporto alle ultime modifiche della normativa sull'attività amministrativa (cfr. art. 6, comma 1, lett. *e*) della legge 241/1990, modificata dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15): c'è infatti il rischio che le decisioni fondamentali in ordine alla tutela, in particolare riguardo alla conservazione dei beni culturali, siano ora di fatto non più in capo a ciascun Soprintendente (o Direttore regionale), ma addirittura di competenza pressoché esclusiva del singolo funzionario responsabile del procedimento e tutto ciò in assenza di norme tecniche e linee guida unificanti a livello nazionale, essendo ormai davvero lontana, direi storica, la carta del restauro del 1972.

Ecco, se riuscissimo a fare un passo avanti verso il superamento dell'estrema frammentarietà dei giudizi tecnici di fatto oggi assunti dalle Soprintendenze (delle quali certo non discuto né il ruolo né l'autorevolezza nel mondo, ma sottolineo l'estrema difficoltà, oggi, ad operare con metodi condivisi, che è sotto gli occhi di tutti) ciò sarebbe molto importante, perché si creerebbe la possibilità di prevedere almeno a grandi linee il quadro di riferimento di ogni intervento di valorizzazione (cfr. gli artt. 6 e 111 del Codice), mettendo in grado gli investitori – pubblici o privati – di formulare previsioni in merito alle condizioni tecnico-economiche e dunque a costi, ricavi, modalità gestionali sostenibili nel rispetto dell'integrità del bene culturale.

Non va peraltro taciuto che l'adozione condivisa di norme tecniche, linee guida, criteri e modelli di intervento, oltre a valorizzare finalmente in modo diffu-

so gli esiti della ricerca applicata al patrimonio culturale nella pratica della tutela e della valorizzazione, porrebbe premesse assolutamente inderogabili per applicare il comma 3 dell'articolo 116 della Costituzione alla tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e del bene culturale.

Un secondo importante obiettivo mi sembra quello di sviluppare nella programmazione – così come nella progettazione – *interventi specifici di valorizzazione caratterizzati da un approccio che sia veramente territoriale e multiservizi, cioè integrato*: con ciò, riprendo qualche spunto fra quelli prima offerti dal Prof. Stefano Baia Curioni.

Sottolineo la rilevanza di questo obiettivo perché nel dibattito che si è sviluppato sia in Parlamento che nel Paese dagli anni '80 in poi è sembrato quasi che la *funzione museale* facesse “aggio” sulla *tutela territoriale*. Questo ha portato nelle Soprintendenze – e persino sui mezzi di comunicazione – ad una sorta di svalutazione del lavoro di chi si occupa di tutela territoriale rispetto a quello di chi si occupa di musei, come se in Italia non vi fosse una strettissima interdipendenza fra le due funzioni; inoltre tutto ciò ha portato, a mio avviso, ad una sopravvalutazione delle potenzialità dei grandi musei o sistemi di musei al centro di flussi turistici – ad esempio dei “poli museali” – rispetto all'impegno su politiche complessivamente coerenti con *tutti* i valori e le funzioni richiamati nell'art. 9 della Costituzione. Di conseguenza è sembrato per un certo tempo che potessero inventarsi delle scorciatoie per applicare la cultura aziendale alle esigenze di innovazione nella gestione del museo, mentre per la gran parte del patrimonio culturale diffuso sul territorio non si è neppure andati, in generale, alla ricerca di modalità innovative di esercizio della tutela e della valorizzazione; resta il fatto che i musei capaci di esercitare un *appeal* veramente significativo – se valutato rispetto al numero dei visitatori – non raggiungono, credo, la decina in Italia. Per contro, non si tiene conto di un dato di fatto, già stamani richiamato dal Ministro: l'unico comparto turistico in crescita in Italia deriva proprio dall'apprezzamento per i contesti storico-ambientali a forte capacità di evocazione culturale.

C'è dunque un gravissimo rischio, di cui prima parlavo con il Prof. Settis e che ripropongo alla vostra attenzione: quello di cercare, non dico un impossibile equilibrio economico, ma comunque una massimizzazione della redditività, anche economica, muovendosi soltanto all'interno di ogni singolo istituto o “luogo della cultura” (cfr. art. 101 del Codice), non considerando che la redditività, soprattutto se riferita all'indotto, si crea in realtà nella forte relazione di ogni istituzione culturale col territorio, naturalmente considerato a più scale di ampiezza in rapporto alla provenienza e ai bisogni dei fruitori.

Riprendendo allora il tema di questo convegno, vorrei sottolineare che il problema della *governance* è problema del *governo delle relazioni anzitutto nel territorio*; non è, dunque, un problema di buona, corretta amministrazione di un singolo bene culturale, ancorché fondata su sistemi di cofinanziamento pubblico-privato. La costruzione di un modello di gestione utile per il patrimonio culturale non può quindi essere ispirata dall'idea che il singolo oggetto sul quale si interviene venga sovraccaricato di ingiustificate attese di capacità di costruire redditi e di ripianare i costi per la sua gestione.

Prendendo le debite distanze da qualsiasi illusione di totale autofinanziamento – che già il Ministro Rutelli stamattina ha voluto opportunamente “sfatare” – rima-

ne però il fatto che la redditività nelle varie forme possibili (economica, culturale o sociale...), si promuove essenzialmente attraverso un governo delle relazioni; è questo il senso che vorrei proporre di dare al termine *governance*, che è nel titolo di questo convegno.

Mi sembra che questo approccio – che caratterizza in modo deciso le politiche, non soltanto culturali, di Regione Lombardia – possa indurci a prendere molto sul serio le parole pronunciate dall’On. Martella nel corso dell’audizione che il Ministro Rutelli ha avuto in Parlamento giovedì scorso, come riportate dal resoconto stenografico. Diceva l’On. Martella: “Credo si debba fuoriuscire da un modello di subordinazione degli enti periferici allo Stato. Ritengo altresì che si debba abbandonare anche un’impostazione competitiva tra le parti per adottare invece un impianto organizzativo, cooperativo e coordinato così come stabilito anche dal Titolo V della Costituzione. Si tratta insomma di creare luoghi di concertazione, di codecisione e di cooperazione che siano in grado di impedire la frammentazione, la dispersione degli investimenti, la sovrapposizione di competenze, la mancata programmazione”.

Suppongo che l’On. Martella includesse fra gli “enti periferici” anche le Regioni, che sono peraltro enti territoriali di legislazione e governo; ma prendo atto che nel nostro linguaggio corrente le Regioni vengano ancora confuse con le autonomie locali o con soggetti periferici; peraltro, ho riconosciuto in queste parole un approccio positivo, molto vicino all’esperienza sviluppatasi negli ultimi anni in Regione Lombardia, dove il 60% circa dei fondi d’investimento per la cultura è destinato ad interventi condotti mediante *programmazione negoziata*.

Non dimentichiamo che la programmazione negoziata non è stata inventata certo dalle Regioni, ma, nei modi attualmente previsti dalla normativa nazionale, è stata rilanciata dall’allora Ministro Carlo Azeglio Ciampi, dapprima con la finanziaria per il ’97, ossia la legge 662 del ’96, che ne ha individuato gli istituti tipici, e poi con la legge 144 del ’99, che ha definito i meccanismi di finanziamento attraverso l’istituzione di fondi indivisi ad essa dedicati. Le Regioni – a partire dalla Lombardia – hanno valutato con grande attenzione e hanno promosso l’applicazione della programmazione negoziata, non soltanto per la ristrutturazione di aree industriali dismesse, ma anche per la valorizzazione del patrimonio culturale.

Regione Lombardia ha stipulato con il Ministero per i Beni e le Attività Culturali nel 1999 il primo *accordo di programma-quadro*, sottoscritto dalla Ministro Melandri e dal Presidente Formigoni. Dopo di allora, mentre le altre regioni procedevano a loro volta a costruire altri accordi quadro, abbiamo realizzato due aggiornamenti dell’accordo del ’99 con il Governo nazionale e stipulato oltre cinquanta accordi di programma a livello lombardo. Tra di essi mi sia consentito ricordare in particolare un nuovo tipo di accordo, introdotto dalla normativa regionale complementare a quella statale, che si chiama “Accordo quadro di sviluppo territoriale”. Promosso da Regione Lombardia, esso coinvolge oltre una ventina di comuni, la Provincia di Como e, per la prima volta nella sua storia, la Fondazione CARI-PLO, che ha meritoriamente accettato con una erogazione emblematica di 6 milioni di euro di non limitarsi ad una generosa dazione, ma di assumersi con tutti gli altri sottoscrittori la corresponsabilità del buon esito dell’accordo (un vero e proprio atto di natura contrattuale), che prevede precise modalità di monitoraggio delle

azioni di tutela valorizzazione e sviluppo e che introduce un vincolo sui bilanci delle amministrazioni partecipanti, restando peraltro dinamicamente aperto all'adesione di altri enti pubblici e privati.

Praticando costantemente questa modalità di investimento su tutto il territorio abbiamo sperimentato l'importanza della lettera e dello spirito dell'art. 9 della Costituzione, che, facendo riferimento alla Repubblica e non solo ad una delle sue componenti istituzionali, ha la possibilità di essere effettivamente praticato in modo da *produrre coesione sociale e culturale nel rispetto delle diversità territoriali ed istituzionali*, secondo quel principio di *sussidiarietà*, che è ormai cardine della nostra Carta fondamentale.

Del resto – riprendendo nella sostanza e un po' indebolendo una disposizione del testo unico del '99 (D.Lgs. 490) – il Codice ora in vigore, come tutti sappiamo, dispone all'art. 40 che “gli interventi conservativi sui beni culturali che coinvolgono lo Stato, le Regioni e gli altri enti pubblici territoriali nonché altri soggetti pubblici e privati, sono ordinariamente oggetto di preventivi accordi programmatici”. Mi sembra evidente che, senza bisogno di inventare nuove procedure (ne abbiamo già troppe e troppo diversificate), l'art. 40 del Codice venga applicato in coerenza con le norme sopra richiamate e con la deliberazione CIPE sullo stesso tema assunta nel marzo 1997.

Vi è poi un altro essenziale capitolo dell'azione comune di Stato e Regioni per il patrimonio culturale, assolutamente necessario per aiutare la tutela a dotarsi di quello che Giovanni Urbani chiamava “corpo di azione tecnica” (e lo ricordo con orgoglio di allievo). Ad esso fanno riferimento a mio avviso almeno cinque articoli del codice: sono l'art. 17, il 29, il 114, il 118 ed il 132, quest'ultimo in materia di pianificazione territoriale e paesaggio.

Non vi è ora il tempo per esaminarli tutti, ma un accenno è necessario perché grazie ad essi può prendere consistenza il già ricordato “grande patto” fra Stato e Regioni individuato dal Prof. Settis come ineludibile per una gestione *unitaria* e, aggiungo, contemporaneamente *sussidiaria* della tutela in Italia.

L'art. 17 dispone che si pervenga a procedure e modalità di catalogazione dei beni culturali individuate e definite dal Ministero con il concorso delle Regioni e sulla base di studi, ricerche ed iniziative scientifiche alle quali le università diano la loro collaborazione. Le metodologie, così costruite e condivise, si dovranno applicare a programmi cooperativamente definiti e cofinanziati da Ministero, Regioni e altri enti pubblici territoriali, che daranno luogo ad un *sistema nazionale di catalogazione ad architettura distribuita* e con una totale interoperabilità tra le singole componenti territoriali del sistema.

Per l'attuazione di questo impegno condiviso, Stato, Regioni ed università potranno costituire, anche a livello interregionale, centri dotati di propria personalità giuridica, come prevedono, in sostanziale coincidenza di intenti, il comma 11 dell'art. 29 del Codice e l'art. 118.

Si tratta di una sfida per tutti, che però si affaccia all'orizzonte non del tutto nuova, se si pensa che già nel maggio 1983 Stato e Regioni sottoscrissero un accordo per operare in tal modo, mentre poi improvvisi e diversi approcci al tema (mi riferisco all'operazione *Memorabilia* e al programma cosiddetto dei *giacimenti culturali* intorno al 1985-'90) fecero dimenticare del tutto l'impegno assunto, che riguardava, non a caso, non soltanto la documentazione ma anche la conservazione

dei beni e la formazione degli operatori del settore a tutti i livelli: temi, come si vede, che il Codice ha riproposto nel contesto odierno perché assolutamente ineludibili per un corretto approccio all'art. 9 della Costituzione; temi che, peraltro, uno stato decisamente centralista come la Francia sta oggi concretamente affrontando nella fase di progressivo trasferimento al sistema regionale di molte funzioni operative di tutela, attualmente in capo al sistema ministeriale centrale, a partire dall'inizio del 2007.

Un ulteriore componente, essenziale ed urgente, dell'impegno comune di Stato e Regioni per la tutela del nostro patrimonio culturale dovrebbe consistere nell'avviare immediatamente tavoli tecnici di lavoro per l'attuazione del comma 5 dell'art. 29 del Codice, possibilmente in stretto raccordo con quanto disposto dall'art. 114. In sostanza, si tratta – e qui riprendo sinteticamente un tema che ho già esposto poco fa – di co-decidere, con l'apporto di università ed altri istituti di ricerca, *norme tecniche, linee guida, criteri e modelli di intervento per la conservazione*, da pensare in stretto raccordo tecnico-operativo con la previsione di “*livelli minimi uniformi di qualità delle attività di valorizzazione*”, di cui all'art. 114.

Rispetto ad un simile approccio – cioè l'assunzione di un impegno condiviso per la definizione metodologica e tecnica di un quadro di riferimento nazionale unitario per la conservazione, la gestione, la valorizzazione del nostro patrimonio culturale – sono personalmente convinto che nessuna delle Regioni italiane in questo momento solleverebbe obiezioni di principio, ferme restando le attribuzioni delle Regioni a statuto speciale attuali o future, nella consapevolezza che un quadro tecnico-metodologico nazionale condiviso è fondamento essenziale per l'esercizio da parte delle Regioni di ulteriori forme di autonomia coerenti con il comma 3 dell'art. 116 della Costituzione.

E non si dimentichi che un quadro di riferimento nazionale coeso e condiviso, cioè costruito insieme da Stato e Regioni, renderebbe meno attaccabili i singoli atti di tutela, riducendo entità e tempi del contenzioso.

Sul piano strettamente operativo, vorrei aggiungere che un lavoro come quello che il Codice stesso prospetta darebbe un ruolo via via più concreto a strumenti tecnici di notevole utilità che lo stesso Ministero nei decenni scorsi ha promosso e alimentato, sia pure con discontinuità e penuria di mezzi, senza riconoscerne a pieno il valore strategico. Penso non soltanto alla *Carta del Rischio del patrimonio nazionale* (1985-'97, di fatto oggi efficacemente operante quasi solo in Lombardia, con 14.000 monumenti censiti), ma anche, per esempio, ai *capitolati speciali per la conservazione*, la cui elaborazione faceva capo ai gruppi NORMAL, mai adeguatamente incentivati e finanziati. Il completamento di questi ultimi strumenti – che consentono di regolare nel mercato del lavoro il rapporto fra imprese, committenza, finanziatori ed organi di controllo – dovrebbe essere a mio avviso posto fra le priorità assolute da assegnare agli Istituti centrali competenti, ovviamente d'intesa con tutte le competenze più qualificate nel campo della ricerca come delle opere pubbliche e della valorizzazione.

E ancora, sempre in questa linea, ricordo l'importanza di portare a fondo seriamente – non come è stato fatto con il D.M. 24 ottobre 2001, n. 420 d'infausta memoria – il *sistema di qualificazione delle imprese di conservazione*, anzitutto evitando una interpretazione lassista (e illegittima) da parte delle Soprintendenze

dell'art. 182 del Codice; e, aggiungerei, anche delle imprese che si occupano di catalogazione e più in generale della *costruzione del sistema delle conoscenze*, così essenziale per la tutela e la conservazione – a partire dalle fasi di studio e diagnostica – ma anche per la pianificazione urbanistica come per la formazione, la ricerca, lo stesso sfruttamento economico dei diritti di uso e riproduzione delle immagini del patrimonio culturale.

Un'ulteriore proposta che vorrei fare in questa sede è quella di sviluppare e diffondere quelli che potrei chiamare dei *disciplinari d'uso sostenibile di beni culturali*: intendo riferirmi a strumenti costruiti su singoli complessi monumentali che aiutino a capire, non volta per volta, ma in termini generali qual è la capacità di portata e la compatibilità d'uso che singoli manufatti e complessi d'interesse culturale possono avere soprattutto nel caso di manifestazioni e di attività estemporanee di promozione culturale, comunicazione etc. Disponendo di disciplinari che siano – per dir così – dettagliati e personalizzati per ogni luogo della cultura sottoposto a tutela si eviterebbe di moltiplicare gli atti di autorizzazione derivanti dal comma 1 dell'art. 20 del Codice, si ridurrebbe il rischio di contenzioso sul comma 2 dell'art. 30, si ridurrebbe l'incertezza dei riferimenti tecnici in fase di verifica ex artt. 18 e 19 del Codice, si consentirebbe un'interazione pubblico-privato più trasparente e serena.

In questa stessa logica, ritengo, il Codice dei beni culturali giustamente propugna l'utilizzo dei *contratti di servizio* (art. 115, commi 5 e 6) e dei *contratti di sponsorizzazione* (art. 120), dando spazio a forme di *normativa pattizia* aggiuntive a quelle riconducibili alla programmazione negoziata.

I contratti di servizio sono uno strumento estremamente interessante da sperimentare per la valorizzazione, materia la cui normazione è assegnata dalla Costituzione alle Regioni, fatti salvi i principi generali introdotti dallo Stato nel Codice. È evidente la relazione concreta fra contenuti dei contratti di servizio e le norme tecniche di cui prima parlavo a proposito della conservazione (art. 29, c. 5) e dei “livelli minimi uniformi di qualità della valorizzazione” (art. 114); pertanto un lavoro cooperativo fra le Regioni e lo Stato potrebbe portare all'individuazione quanto meno di un “indice” tipo dei contenuti da sviluppare nei contratti di servizio.

Naturalmente è indispensabile, mirando a traguardi di medio e lungo periodo nella direzione indicata, avere la consapevolezza che le iniziative proposte possono trovare concreta attuazione soltanto se fra gli *operatori del patrimonio e dei servizi culturali* si sviluppa una cultura condivisa, una sensazione di reciproca affidabilità tecnica e deontologica, indipendentemente dall'ambito amministrativo o privato di appartenenza. Alla base di tutto questo deve esserci il riconoscimento di una professionalità, o, meglio, di una serie di professionalità che in ogni ambiente di lavoro (statale o di ente territoriale, pubblico o privato) trovino riferimenti comuni e riconoscibili. Per questo motivo, Stato e Regioni devono *concordare profili di competenze per le professionalità degli operatori, delineando percorsi formativi-tipo, fondati sulla ricostruzione della catena del valore dei principali processi di conservazione e gestione*. È dunque necessario continuare sulla strada appena intrapresa per il settore della conservazione, a proposito dei restauratori di beni culturali.

Mi avvio alla conclusione ribadendo l'importanza che si applichino estensivamente, magari semplificandoli, gli strumenti di programmazione negoziata; che questi siano affiancati dall'utilizzazione di adeguate tecniche di *stakeholders manage-*

ment, necessarie per individuare sul territorio i soggetti ora e nel futuro interessati a condividere (o a contrastare) un progetto di sviluppo che si fondi sulla valorizzazione del patrimonio culturale. Queste tecniche, che in Lombardia abbiamo cominciato da un anno ad applicare alla gestione degli accordi di programma, sembrano particolarmente idonee per gli interventi di salvaguardia dell'identità culturale territoriale.

E a proposito, ancora, di programmazione negoziata, mi sia consentito di proporre due spunti ulteriori.

In primo luogo, penso si possa prospettare una nuova *mission* di ARCUS S.p.A., di cui si è molto parlato anche nell'audizione del Ministro Rutelli giovedì scorso alla Camera: diventare, soprattutto per il Ministero, la *struttura operativa per la programmazione negoziata relativamente agli interventi di maggiore complessità ed impegno economico*. È mia impressione che attualmente, quando vengono chiamate ad impegnarsi in un atto di programmazione negoziata, le soprintendenze tendano a vedere la concertazione programmatica come un possibile "rischio" per l'indipendente esercizio della discrezionalità tecnica in materia di tutela e, soprattutto, come un'interferenza nella "propria" programmazione. Inoltre, poiché di norma gli accordi di programma vengono cofinanziati dal Ministero a valere su fondi variamente connotati caso per caso – ordinari o speciali – le soprintendenze possono avvertire anche il rischio che la gestione amministrativa degli accordi di programma sia un'inutile complicazione.

In effetti a tutt'oggi le regole di bilancio non sono state adeguate, nello Stato, all'esigenza di porre in sincronia la disponibilità degli strumenti finanziari con la realizzazione effettiva degli interventi. Si producono così simultaneamente residui e carenze di risorse, circostanza che una efficiente gestione degli atti di programmazione negoziata non può tollerare.

Se invece ARCUS potesse accompagnare operativamente il raccordo fra i soggetti istituzionali chiamati ad assumere le decisioni di programmazione per interventi di valore infrastrutturale in materia di cultura, il suo ruolo (per lo studio dei modelli gestionali, per semplificare l'erogazione delle risorse di origine statale, per concorrere al monitoraggio dei finanziamenti, per fornire assistenza tecnica e consulenza, per partecipare ad organismi di gestione di interventi di valorizzazione, etc.) risulterebbe di vero sostegno allo sviluppo della programmazione negoziata, senza per nulla sottrarre agli uffici ministeriali competenze che ad essi spettano, ma, anzi ponendosi al loro servizio.

Infine, un aspetto sul quale vorrei tornare per sottolinearlo come decisivo è quello della *abilitazione degli operatori sul territorio*. È una funzione che richiede una cura tutta particolare e che assume significativo rilievo quanto più articolata ed estesa è l'area o il complesso che è oggetto di intervento. Si tratta della necessità di accompagnare lo sviluppo imperniato sulla valorizzazione dei beni culturali e del paesaggio attraverso il sostegno formativo e consulenziale a coloro che sul territorio devono diventare capaci di assicurare autonomamente e con qualità la gestione nel tempo del patrimonio ad essi affidato. Alcune iniziative interessanti, magari a carattere sperimentale, potrebbero realizzarsi d'accordo tra Stato e Regioni come azioni di avvio del nuovo quadro di programmazione dei fondi comunitari.

Credo che oltre a rendere operativi gli spunti e le proposte che qui ho prospettato sarebbe opportuno, ogni volta che sia possibile, fare opera di *semplificazione*

normativa; in sostanza, si tratta di fare preferenzialmente ricorso al diritto civile, evitando, se non assolutamente indispensabile, la produzione di leggi speciali e procedure specifiche; si tratta di abrogare quelle leggi o parti di leggi che abbiano una funzione di mero “suggerimento” o che abbiano un contenuto soltanto regolamentare e procedurale; e invece favorire davvero, perché di questo c’è un forte bisogno, l’armonizzazione dei processi di programmazione e di controllo fra Stato, Regioni ed Enti Locali che sono oggi troppo differenti. Questo, infatti, certamente costituisce un ostacolo concreto – insieme a taluni aspetti delle norme di contabilità dello Stato – all’effettiva pratica della *normativa pattizia*, nel cui quadro si inseriscono quegli strumenti di programmazione negoziata e cofinanziamento cui ho prima accennato e che possono venire indirizzati al bene comune se davvero si dà luogo a quel “corpo di azione tecnica”, costituito da adeguate competenze professionali, norme tecniche, linee guida, criteri costruiti in modo condiviso, che il Codice e, soprattutto, la densa e pregiata trama territoriale – storica e naturalistica – del nostro Paese ci chiedono di realizzare assieme.

SERGIO RISTUCCIA

Presidente del Consiglio Italiano per le Scienze Sociali

Cerco di essere rapidissimo attraverso qualche semplice notazione.

Innanzitutto il titolo di questo convegno “*Modelli di governance e Beni Culturali*” è tale da stimolare un’ampia discussione, tale da identificare con difficoltà l’argomento *clou* di cui si deve discutere. Pare chiarissimo, dai vari interventi che si sono succeduti, che in questo tema si ricomprendono non solo i problemi di organizzazione e governo strategico all’interno dell’Amministrazione statale, regionale, comunale e quelli legati al ruolo delle sovrintendenze, ma anche il tema della *gestione dei servizi*. In questo campo il terreno di discussione è veramente amplissimo.

Io mi tengo all’indicazione che mi era stata data per intervenire a questo convegno e cioè a commenti e spunti derivanti dalla relazione della Commissione di Studio coordinata dall’Avv. Fiengo e che aveva per oggetto il tema “Istituzioni di Fondazioni di diritto privato” e che poi, in realtà, nel suo svolgimento, si è tenuta poco al tema avendo riguardato la pluralità dei possibili modelli di gestione. In pratica questa scelta ha voluto assumere che, in fondo, una formula standard per la gestione non può esistere. La motivazione principale che è stata data dalla relazione mi pare assolutamente condivisibile e risiede in quella che è la creatività dell’autonomia privata una volta che è stato richiesto di essere partecipe a questa gestione.

Condivido pienamente questa indicazione e osservo anche, tuttavia, che questo non è tema esclusivo dei giuristi, ma è un terreno più ampio che coinvolge differenti discipline, secondo una logica multidisciplinare. Cerco di spiegarmi con più semplicità. Nell’esperienza professionale, mia come credo di tanti colleghi che sono presenti, ci si trova di fronte a richieste di organizzare sotto una determinata veste giuridica un tema che è di sostanza, un tema reale di “rapporti fra persone”. Un corretto metodo professionale vuole che sia prima capito “di che si tratta”, quali siano le esigenze vere, quali siano, volta a volta, le cose da valorizzare e sistematizzare.

Solo successivamente a questa analisi viene lo studio della forma giuridica. Per cui è difficile, una volta che si è aperto un discorso a questo incontro con l'autonomia privata, non seguire questa prassi di approccio al tema che vuole preventivamente una corretta lettura delle fattispecie a cui si tratta di applicare un modello di gestione. In questo senso l'analisi della pluralità delle varie forme di gestione quale risultato della commissione che ha concluso i lavori, non limitandosi, quindi, solamente a considerare il tema che gli era stato dato, è del tutto da condividere.

Se, quindi, è vero che il tema centrale è la ricognizione e la valutazione delle fattispecie, allora si chiama veramente in causa l'apporto di altre discipline (principalmente economico-finanziarie). Adeguata importanza deve essere data agli studi di fattibilità che possono partire anche da due punti diversi: vedere un determinato compendio di beni culturali come l'oggetto principale intorno al quale ragionare, ovvero, come del resto ho sentito in vari interventi di oggi, considerare il compendio di beni culturali in un quadro maggiore di fattibilità e di valutazione di realtà territoriale e di valorizzazione complessiva del territorio. Sono banalità, ma è bene ricordare queste cose. Il metodo di scelta è un metodo che deve sottolineare i passaggi, dare indicazioni tematiche da non trascurare mai e, ovviamente, avendo ad oggetto principale la verifica della misura di sostenibilità economica e finanziaria di un progetto di valutazione, è un metodo che decide o può decidere, entro certi limiti e entro certi paletti, la scelta del migliore strumento di gestione.

Ho visto discutere anche nel documento di Confcultura il tema della Fondazione. Qui non voglio entrare nell'architettura della singola possibile fondazione museale o quant'altro. Nel documento Confcultura, così come nell'intervento di Settis colgo le indicazioni che sia fondamentale, nel discutere del modello fondazione, il tema della patrimonialità disponibile. Settis prende ad esempio i musei americani. Questi sono sì liberi, indipendenti e privati, ma non è vero che dipendono dai ricavi non entro il 20%. Dipendono dal fatto che possono disporre di un patrimonio che utilizzano, o ne utilizzano i frutti. È di grande evidenza il caso della Fondazione Parco della Musica di Roma in cui, essendo passati da una Società per azioni che anno per anno era in perdita, si è passati ad una fondazione che oggi è in grado di essere un grande volano anche cittadino, ma per un fatto puramente elementare: che la Camera di Commercio è entrata nella fondazione con un bel patrimonio e lo ha messo a disposizione in parte come patrimonio disponibile entro cinque esercizi e in parte invece messo a frutto. Questa è la realtà della trasformazione reale dell'Auditorium in una realtà cittadina di prim'ordine, come credo bisogna riconoscere. Ne sono contento essendo stato il consulente giuridico della trasformazione che è stata, credo, la prima *trasformazione eterogenea* sulla base del nuovo diritto societario: cioè da una S.p.a. si è passati ad una fondazione. Ma non è il fatto formale a rilevare, ma quello sostanziale: che si è trovato un patrimonio adeguato alle necessità almeno dei primi anni dell'Auditorium.

Da questo nasce il discorso di quale può essere l'approccio relativo alle fondazioni di origine bancaria. Su questo, per prima cosa, voglio dire che non condivido dell'intervento del Prof. Settis, così rigoroso, diciamo critico, del bestiario del "benculturalismo", l'idea del ruolo della fondazione di origine bancaria. Le fondazioni di origine bancaria non sono soggetti di supplenza di nessuno, hanno la possibilità di intervenire, certo su questo campo, soprattutto nella logica dello sviluppo locale che è il punto di riferimento principale, ma non sono un soggetto di per sé di sup-

plenza. Immaginate se fossero di supplenza su tutti i campi in cui devono intervenire o possono intervenire che sono la ricerca scientifica, la sanità, ed altri ancora. Si assisterebbe, ad esempio, ad una forte disparità di intervento fra nord e sud a causa di quella che è la storia dei fatti, ossia la trasformazione in fondazione di patrimoni che erano stati accumulati nell'ambito delle Casse di Risparmio (dove ovviamente a nord c'erano i patrimoni maggiori). Detto questo, è un problema reale delle fondazioni, della loro responsabilità sociale, della loro politica quella di saper bene intervenire territorialmente.

Dopo la definizione della natura e delle fondazioni di origine bancaria che si è avuta nell'ambito del contenzioso davanti alla Corte Costituzionale, là dove, avendo cominciato la pratica professionale in Via dei Portoghesi, mi sono però trovato come controparte, le fondazioni possono contribuire, lì dove serve, e naturalmente essendo preparate a questo, a studiare la singola fattispecie, e ad essere coinvolte a fornire a determinate fondazioni museali quella patrimonialità che serve proprio a risolvere certi problemi di gestione; in altre parole, è giusto quello che afferma Confcultura che è troppo alta l'esigenza per una fondazione di costituire il patrimonio adeguato alle proprie necessità. Ma a tal fine non si può prescindere dal ruolo delle fondazioni di origine bancaria. Del resto mi sembra che non esistono, in Italia, altri operatori privati filantropi o grandi donatori. Quindi, non solo è possibile creare col supporto delle fondazioni di origine bancaria altre fondazioni, ma occorre crearle con il grado necessario di patrimonio distinguendo, di nuovo, in questo patrimonio la parte vincolata, in qualche senso intangibile, che magari va messa a frutto, dalla parte disponibile. È del resto questa la struttura della fondazione delle antichità egizie a Torino che vede, da una parte, un patrimonio modesto, di tipo stabile e, dall'altra, un patrimonio a disposizione più consistente da utilizzare nei prossimi esercizi.

ANDREA ZOPPINI

Professore di Istituzioni di Diritto privato all'Università degli Studi di Roma Tre

Ringrazio sinceramente per l'invito che mi è stato rivolto. Il titolo principale per essere qui a parlare del tema dei modelli di *governance* dei beni culturali è quello di aver fatto parte della commissione presieduta dall'Avv. Fiengo. In particolare, facevo parte di quella commissione in quanto da sempre mi occupo dell'istituto delle fondazioni. È un istituto che tradizionalmente è stato negletto dagli studiosi del diritto privato e che, invece, negli anni più recenti ha conosciuto un grande risveglio e interesse, oltre che una grande vitalità sul piano dell'esperienza dal momento che quasi il 60-70% delle fondazioni italiane è stata istituita dopo il 1990.

Confesso che prendo la parola con grande imbarazzo. Innanzitutto perché il parlare prima dell'ora di colazione è sempre complesso ed inoltre per la ragione che evidentemente dal privatista ci si può legittimamente attendere qualcosa che va contro il sentimento comune del contesto in cui ci troviamo. Dallo studioso di diritto privato, dicevo, ci si può legittimamente attendere qualche proposta e qualche provocazione in senso diverso da quella che riguarda il bene culturale come qualcosa che collochiamo in un'ideale teca giuridica e dalla quale non lo vogliamo togliere.

Vorrei svolgere alcune considerazioni brevissime muovendo appunto dal riferimento alla *governance*, che è qualcosa di molto diverso dal *government*, cioè dal governo in senso pubblicistico. Quando parliamo di *governance* ed, in particolare, di *corporate governance*, facciamo riferimento ad un dibattito che ci viene dagli Stati Uniti e che riguarda il modo in cui le regole di organizzazione di soggetti privati generano *output* efficienti, ossia ci poniamo sostanzialmente tre ordini di problemi: quali sono i processi decisionali idonei a generare esiti efficienti, qual è il modo migliore per costruire una dialettica efficiente tra la proprietà e chi assume decisioni (che nelle società per azioni riguarda il rapporto tra azionisti e *management*) ed infine quale il miglior sistema possibile dei controlli.

Il punto che qui ci interessa consiste nelle modalità di declinazione di questi concetti quando ci occupiamo di beni culturali. La commissione presieduta dall'Avv. Fiengo ha assunto un punto di avvio della riflessione, che è il punto di avvio politico dal quale abbiamo lavorato, e che coincide con la considerazione che la mano pubblica non è in grado di assumere in gestione diretta più del 20% dei beni culturali. Allora, movendo da questo dato, come incentivare i privati ad intervenire, quindi come favorire l'afflusso di risorse private nella gestione diretta dei beni culturali?

Ritengo che, se ragioniamo privatisticamente, dobbiamo muovere da una premessa in ordine alla quale il privato è disposto ad intervenire a condizione che le regole del gioco siano chiare. Queste regole del gioco sono quelle che devono dare la massima garanzia di tutela ma, fissate queste regole, è necessario poi che le forme di organizzazione, i modelli di gestione siano significativamente rimessi all'autonomia privata e all'autonomia statutaria, cioè quella particolare modalità in cui si manifesta l'autonomia privata che attiene al modello di organizzazione degli enti collettivi. Se questo è vero, e cioè con il privato è necessario immaginare modelli di interrelazione chiari e scritti in maniera definita una volta per tutte; se è vero anche che è impossibile definire un modello preconstituito di interazione pubblico e privato perché, in realtà, i fenomeni con cui abbiamo a che fare sono estremamente variegati ed è quindi impossibile dire ad esempio che solo la fondazione, per la particolare caratteristica di questo istituto, è il modello idoneo ad una gestione del bene culturale, o solo il consorzio o solo, per ipotesi, la società per azioni; se tutto questo è vero, la soluzione più semplice da dare a questo tipo di interazione è quella fondata su una convenzione che stabilisca queste regole e che rimetta conseguentemente al privato la scelta poi dell'intelaiatura giuridica.

Il secondo punto sul quale vorrei richiamare l'attenzione è quello in ordine al quale, in un certo senso, dobbiamo liberarci di un (e qui mi riferisco a quanto concerne il diritto privato) retaggio individualistico tipico dei codici borghesi dell'800, retaggio individualistico che sostanzialmente da un lato professava l'idea per cui la proprietà privata, il bene gestito dal privato si debba manifestare in una proprietà piena, cioè nel diritto di godere e disporre del bene in modo pieno ed assoluto e, dall'altro, l'idea che tutto ciò che non è finalizzato a realizzare un utile soggettivo deve essere marginalizzato. Questa è la ragione per la quale il codice civile francese aveva cancellato le fondazioni di diritto privato mentre il codice civile italiano le aveva collocate in una posizione del tutto marginale in quanto si riteneva che la fondazione dovesse realizzare solo interessi di pubblica utilità. Se noi rimuoviamo, in questa materia, il paradigma liberale ottocentesco o

un'idea di tipo individualistico, ecco che si dischiudono alcune possibili soluzioni tecniche. In questa prospettiva dobbiamo prendere atto che ci sono regole di tutela dei beni culturali che possono essere indifferentemente pensate sia come regole dei beni sia come regole del soggetto metaindividuale, cioè della persona giuridica che gestisce il bene collettivo. Possiamo pensare cioè a regole che attengono ai beni che si manifestano nella forma di un onere reale opponibile *erga omnes*, e cioè nel senso che il bene concesso al privato ha un suo statuto giuridico che è opponibile a tutti i terzi e che accompagna il bene anche nella sua circolazione; oppure possiamo immaginare che queste regole sono nel dna della fondazione (ma anche, direi, in altre forme giuridiche) che probabilmente è l'istituto più adatto per realizzare questi scopi, e queste regole giuridiche regolano e disciplinano le modalità di amministrazione della persona giuridica medesima.

Tocco questi temi con grande velocità perché il tempo è veramente limitato, avviandomi così a concludere con un'ultima considerazione ed una battuta.

L'ultima considerazione è che abbiamo sentito ed evocato il modello *multistakeholder* e cioè l'idea che quando si tratta di beni culturali c'è un'ispirazione nelle persone giuridiche private di riferimento a coinvolgere tutti nella decisione, così come l'idea della privatizzazione, seppure tra virgolette, dei beni culturali, evidentemente pone problemi che hanno a che vedere con il fatto che questi processi di privatizzazione vengono fatti a strati. Ebbene, vorrei cogliere l'occasione per suonare, non dico un campanello d'allarme, ma almeno una campanellina, nel senso che bisogna sempre tenere in conto del fatto che costruire modelli di *governance* particolarmente complessi in cui in maniera non definita competenze diverse si miscelano nel consiglio d'amministrazione può generare risultati profondamente inefficienti. È opportuno tenere conto del fatto che un assetto privatistico è tale ed efficiente in quanto è chiaro chi ha il comando della gestione imprenditoriale. A mio parere, questo vale non solo nell'impresa, nell'impresa generale lucrativa, ma anche quando ci poniamo il problema di identificare qualche modello privatistico più evoluto per gestire il bene culturale. Vengo ora all'ultima battuta: com'è noto si parla sempre di *governance* in tutti i contesti possibili e immaginabili, per cui mi sovviene una battuta di De Rita che a me piace molto e cioè "ricordiamoci che il nostro Paese più che di *governance* ha bisogno di un *government* buono".

FRANCESCA QUADRI

Avvocato dello Stato, Capo dell'Ufficio legislativo del Ministero per i Beni e le Attività culturali

Ringrazio gli organizzatori per avermi invitato a questa giornata di studio, pur ricoprendo da un solo mese l'incarico di capo Ufficio Legislativo del Ministero per i beni e le attività culturali. È quindi da poco tempo che mi sono dedicata più da vicino a queste problematiche, sicuramente molto avvincenti e di interesse fondamentale per il Paese.

Mi inserisco quindi nel dibattito sulla *governance* dei beni culturali: più Stato o più privato? O – meglio – come permettere l'ingresso del settore privato, quale modulo organizzativo di *governance* dare alle sinergie tra pubblico e privato?

Mi sembra che una delle questioni che ha animato la dottrina ed i primi commentatori del codice Urbani sia quella relativa alla qualificazione della valorizzazione, se cioè si possa ricondurre tale attività ad una pubblica funzione o ad un servizio pubblico.

Tralascerei di considerare tutte le problematiche attinenti la tutela e la conservazione, adeguatamente risolte nel quadro normativo del codice dei beni culturali. Per quanto riguarda, in particolare, la conservazione, mi pare che la sua collocazione nell'ambito della tutela elimini qualsiasi rischio di privare lo Stato di questa funzione pubblica.

Limite dunque il campo dell'indagine a quello che è l'argomento principale del nostro dibattito, ossia la valorizzazione.

In che modo può essere perseguito l'obiettivo e svolto il compito della valorizzazione dei beni culturali? Esclusivamente attraverso l'esercizio di poteri pubblici ovvero anche attraverso il ricorso a moduli di diritto privato, così assimilando la valorizzazione ad un pubblico servizio? A mio parere il problema non può che essere affrontato attraverso una ricostruzione – che svolgerò molto brevemente, naturalmente, dato il tempo limitato di cui mi è consentito disporre – del quadro normativo introdotto dal codice dei beni culturali, alla luce delle modifiche e dei correttivi del recente decreto n. 156. L'art. 6 fissa in maniera indubbia la natura di funzione pubblica della valorizzazione. Ciò è detto espressamente con la locuzione “esercizio delle funzioni e della disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale”. Inoltre la conservazione, quale attività collegata alla valorizzazione, si pone come sostegno, promozione degli interventi, ma non è attratta alla sfera della valorizzazione.

L'art. 6, pur collocando la valorizzazione nell'ambito delle pubbliche funzioni – da ricondursi all'esplicazione di potestà pubbliche – pone, tuttavia, un'importante premessa: l'impegno da parte della Repubblica al sostegno di forme di partecipazione da parte dei privati. Tale partecipazione si configura nell'ambito della cosiddetta sussidiarietà orizzontale e si traduce in un intervento – principalmente economico – tale da non snaturare la funzione pubblica della valorizzazione.

L'art. 6 stabilisce, tra l'altro, come limite alla valorizzazione la funzione della tutela. È questo un altro elemento assolutamente garantista in termini di prevalenza dell'interesse alla tutela. L'apporto dei privati è considerato come fonte di sostegno, volta a creare sinergia tra pubblico e privato senza modificare la natura pubblica della funzione.

Diversa dalla funzione di valorizzazione è l'attività di valorizzazione, disciplinata dall'art. 112.

L'art. 112 affronta anzitutto la questione del riparto di competenze tra Stato e Regioni. La competenza concorrente di Stato e Regioni, in base al riformato articolo 117 della costituzione, trova attuazione attraverso lo strumento degli accordi.

In via subordinata, in caso di mancato raggiungimento degli accordi, la suddivisione delle competenze tra Stato e Regioni è risolta secondo il principio dominicale – accolto anche dalla Corte Costituzionale – secondo cui Stato e Regioni, rispettivamente, provvedono alla valorizzazione ciascuno dei propri beni.

Ma l'elemento dominante contenuto nell'art. 112 è sicuramente quello dell'accordo, che deve fissare, proprio nell'esercizio della funzione pubblica di valorizza-

zione, obiettivi, strategie, progetti in vista dei quali va svolta la gestione del bene culturale, ossia l'attività materiale di valorizzazione.

La disciplina scaturente dal nuovo testo dell'art. 112 è semplificata rispetto alla precedente, essendo stata eliminata la previsione delle linee guida da indicarsi in sede di Conferenza unificata. L'eliminazione di questo passaggio conferisce maggiore snellezza alla procedura per la conclusione degli accordi e riconosce superiore discrezionalità agli enti coinvolti.

È attraverso gli accordi che si può giungere – importante novità, questa, introdotta dall'art. 112 – all'individuazione dei bacini culturali. I bacini culturali hanno una conformazione geografica non necessariamente corrispondente al territorio regionale, poiché traggono la loro ragion d'essere dalla comunanza culturale ed artistica di siti vicini. Da ciò l'esigenza di coinvolgere amministrazioni – regionali e locali – interessate al progetto. È chiaro che l'accordo postula – nella filosofia dell'art. 112 – la creazione di un centro unitario non solo decisionale, ma anche di vigilanza della successiva gestione del bene culturale. A tale scopo è preordinata la creazione di un "soggetto giuridico" unitario preposto alla fase ideativa della valorizzazione.

La norma suscita, invero, dubbi intorno a quale sia la natura del soggetto giuridico, se necessariamente pubblica ovvero anche privata, qualora sia prevista la partecipazione di privati che possano dare il loro apporto. Ciò che sicuramente la legge esclude è che si possa trattare di soggetti che perseguano fine di lucro. Sono infatti ammessi a partecipare al centro decisionale unitario solo soggetti *no profit* oppure, come nel caso delle fondazioni, che abbiano tra i propri fini statutarî il perseguimento di scopi di sostegno del patrimonio culturale.

Il soggetto giuridico ha quindi il compito di individuare il concreto obiettivo in cui consista la valorizzazione del bene culturale.

Qui entriamo in una seconda fase, regolata dall'art. 115, consistente nell'esecuzione della valorizzazione, ossia in quella attività comunemente denominata "gestione del bene culturale". A questo proposito si nota che l'approccio del codice dei beni culturali segna una svolta. Si può effettivamente dubitare che la gestione dei beni culturali sia configurata come una funzione pubblica. L'art. 115 prevede infatti due sistemi di gestione: la gestione diretta da parte dell'ente pubblico proprietario e la gestione indiretta attraverso la concessione a terzi. Tra le due forme di gestione si coglie una sorta di competizione, sfociante in un giudizio di comparazione sulla base della maggiore efficienza dell'uno o dell'altro modulo procedimentale. Non può non osservarsi un affinamento del testo del nuovo art. 115, laddove viene introdotto il concetto di "migliore efficacia", senza dubbio più incisivo rispetto a quello di "adeguatezza".

La questione che la norma pone è, tuttavia, se, una volta che sulla base del giudizio comparativo emerga la convenienza del modulo concessorio rispetto a quello della gestione diretta, l'amministrazione sia obbligata ad affidare in concessione la gestione del bene. Dal tenore della disposizione sembrerebbe doversi dare una risposta affermativa, così come sembrerebbe – per converso – che tutte le volte in cui si intenda procedere all'affidamento in concessione occorra specificare in motivazione le ragioni che inducono a ritenere questa opzione più conveniente rispetto alla gestione diretta. Veniamo dunque al modulo procedimentale. Effettivamente concordo con il Dott. Petrarola laddove egli diceva che il codice

affronta la questione troppo nel dettaglio. Esso impone dei moduli procedurali che potrebbero essere lasciati ad una maggiore discrezionalità, fermo restando il perseguimento dell'obiettivo già tracciato nei piani strategici e progettuali indicati negli accordi dell'art. 112. Il legislatore, diversamente, fissa un preciso modulo procedimentale, quello della concessione, che è lo strumento giuridico tradizionalmente adoperato per la gestione di servizi. Sono imposte dettagliatamente varie cautele, quali l'osservanza degli obiettivi del piano strategico indicato, ivi compresi i tempi di esecuzione. La concessione è affiancata dalla stipula di un contratto di servizio, che detta le regole del rapporto tra concedente e concessionario. Non si può tralasciare di considerare che all'amministrazione è riservato il potere di indicare i livelli minimi del servizio, come tipicamente avviene per altre tipologie di servizi pubblici.

È appena il caso, infine, di fare un breve cenno sui servizi aggiuntivi.

I servizi aggiuntivi, a mio avviso, si collocano su di un gradino distinto rispetto alla gestione – diretta o indiretta – del bene culturale. Il termine “aggiuntivo” dà effettivamente il senso della natura di questi servizi, non attinenti alla funzione essenziale, alla c.d. “*mission*” della valorizzazione del bene culturale, ma rispondenti ad un interesse ulteriore, non essenziale ma complementare al godimento del bene. Solo per fare un banale esempio, poter prendere un caffè in un locale apposito allestito presso un museo certamente non attiene alla principale modalità di fruizione del luogo di cultura, ma rende più confortevole la visita con il probabile risultato di incoraggiarla. Mi sembra che, piuttosto, l'improprietà consista nell'inserire tra i servizi aggiuntivi alcuni servizi che in realtà aggiuntivi non sono, come ad esempio la vigilanza, che attiene ad un'esigenza essenziale per la valorizzazione del bene culturale.

Compiuta questa breve disamina sull'inquadramento giuridico della *governance* ai sensi del codice, non può trascurarsi la delicatezza del passaggio alla applicazione concreta, che darà veramente conto della “tenuta” delle norme. Molti problemi si pongono all'attenzione dell'amministrazione che dovrà coordinarsi necessariamente anche con l'organizzazione periferica per seguire linee direttrici comuni e condivise per la gestione indiretta dei beni culturali: la struttura dei bandi di gara, l'ampiezza delle concessioni, nel senso dell'ambito territoriale e della tipologia di attività ricomprese nella gestione, la durata, il contenuto dei contratti di servizio, la fissazione dei livelli minimi essenziali. Anche dal grado di approfondimento di queste tematiche dipenderà la riuscita del sistema di gestione delineato dal codice.

GIUSEPPE PROIETTI

Capo del Dipartimento per la ricerca, l'innovazione e l'organizzazione del Ministero per i Beni e le Attività culturali

Riprendo subito l'intervento ultimo della mattinata, quello dell'Avv. Quadri, con cui concordo appieno nella focalizzazione delle tematiche discusse sull'area della valorizzazione. Posto che, naturalmente, per quel che riguarda la tutela, ivi compresa la conservazione, non dobbiamo dimenticare di trovarci di fronte ad un sistema, il sistema italiano della tutela, che si articola ormai da oltre 130 anni sul

territorio, diffusamente, nelle soprintendenze: e un sistema che costituisce un modello a cui guarda tutto il mondo. L'esperienza italiana nel settore della tutela del patrimonio culturale fisico, per come si è evoluta sul campo (e che campo quello italiano) costituisce oggi un modello e non son parole vuote: basterebbe avere a che fare con il colleghi che si occupano del patrimonio culturale negli altri paesi di grande tradizione culturale per avere la percezione esatta di quanto interesse ci sia nei confronti del modello di tutela che noi abbiamo operativo, e che pure mettiamo in discussione per pur legittime valutazioni di adeguamento ai tempi mutati.

Le realtà istituzionali mutano? Teniamo presente però, e lo ripeto, che il sistema italiano della tutela sul territorio costituisce un modello a cui guarda l'intero mondo; naturalmente quella parte del mondo che è in condizione di potersi porre i problemi della tutela del patrimonio culturale. E, allora, area della valorizzazione; *governance*; rapporto tra pubblico e privato in un'area, e anche qui concordo con l'avv. Quadri, che focalizzerei sui servizi aggiuntivi. Quando usiamo questi termini non dobbiamo sottovalutare la volontà di chi li ha prodotti. Se si son chiamati servizi aggiuntivi, e non è stato un semplice atto di un funzionario ministeriale a definirli così, è proprio perché si voleva sottolineare la loro sussidiarietà rispetto ad una funzione che rimane centrale e che è quella della gestione dei beni culturali, che era dato per scontato dovesse rimanere in mano pubblica.

Il Prof. Settis ha illustrato questa mattina alcune esperienze da lui direttamente vissute negli Stati Uniti. Voglio aggiungere soltanto che probabilmente il dibattito sulla privatizzazione della gestione del patrimonio culturale o meglio, dei luoghi della fruizione del patrimonio culturale, soprattutto i musei, è nato e si è sviluppato sulla base di una scarsa conoscenza delle esperienze dei paesi ai quali si guardava quando si evocava questa possibilità. Quello che è comunemente ritenuto il tempio della gestione virtuosistica privata di un museo è forse il Metropolitan Museum. Io ho studiato il bilancio di due annualità del Metropolitan, quella del 2000 e quella del 2001; devo confermare quello che anticipava il Prof. Settis a proposito del Getty: il bilancio del Metropolitan, sotto la voce "entrate", reca la dizione "contribuzione ordinaria della municipalità di New York"; reca poi la seconda dizione "contribuzione straordinaria della municipalità di New York", che è equivalente sul piano quantitativo a quello della contribuzione ordinaria. Con queste due contribuzioni, la ordinaria e la straordinaria, che naturalmente si ripetono ad ogni anno in bilancio, il Metropolitan copre le spese del personale e quelle di funzionamento. Senza questa contribuzione pubblica il Metropolitan non potrebbe rimanere aperto come museo. Quindi, quando si guarda a modelli e lo si fa senza conoscerne appieno i meccanismi di funzionamento ed i vincoli finanziari per auspicare la trasposizione pura e semplice di quei modelli in Italia, si corre il rischio di fuorviare il dibattito. Dirò una cosa in più, avendo studiato a fondo anche dall'interno il meccanismo di funzionamento sia per quello che riguarda i costi sia per quello che riguarda i benefici della gestione museale (benefici naturalmente sia di natura finanziaria che di natura economica): che l'unico museo statale in Italia che presenta un utile finanziario e che quindi può essere "appetibile" da parte di una gestione privata è, e non è una battuta, credetemi, la Grotta Azzurra di Capri. È l'unico museo che presenta

un utile finanziario e non perché gli altri musei siano gestiti male. Come dimostra anche il caso dei grandi musei privati del mondo anglosassone (sottolineo a questo proposito però che il British Museum è un museo statale e che è anche ad ingresso gratuito), mi pare chiara la considerazione che il gestore di un museo ha interesse a produrre un utile finanziario perché il gestore privato alla fine del mese deve fare i conti tra quello che ha speso e quello che ha incassato.

Altro è il discorso che riguarda i benefici economici. I musei statali in Italia sono gestiti dal Ministero dei Beni Culturali, il quale naturalmente non ricava utile finanziario dalla loro gestione. Ma sempre lo Stato, in Italia, ha altri Ministeri, come quello dell'Economia, che dalla esistenza e dal funzionamento dei musei ricavano utili che non sono propriamente (qui l'amico Paolo Leon mi può soccorrere) finanziari, ma non sono neanche genericamente economici. Parlo di introiti fiscali e mi riferisco solo al gettito dell'IVA al 10% sul valore aggiunto del fatturato (della branca delle tavole *input output*) degli alberghi e pubblici esercizi. Il fatturato, quindi, calcolato per largo difetto degli alberghi e dei pubblici esercizi ricavabile dallo sviluppo delle presenze alberghiere, quindi dei pernottamenti accertati nei soli alberghi. Con una serie di ricadute a filiera, posto che le presenze alberghiere direttamente originate da motivazioni culturali costituiscono, per largo difetto, il 22% del totale e portano ogni anno un gettito IVA nelle casse dello Stato di 1 miliardo e 300 milioni di euro. Questo vuol dire, ripeto, che lo Stato, mentre attraverso la gestione diretta dei musei da parte del Ministero dei Beni Culturali non ricava utile finanziario, ricava però un gettito fiscale che non è propriamente un utile finanziario secondo la scolastica economica, ma non è neanche un generico beneficio economico: è pur sempre un gettito finanziario, si tratta cioè di danaro contante che ogni anno entra nelle casse dello Stato. Quindi lo Stato ha dei benefici nella gestione dei musei. Naturalmente, posto che nessun privato può trovare un utile finanziario nel gestire direttamente i musei, si può migliorare certamente, con il contributo del privato, il segmento dei cosiddetti servizi aggiuntivi. In questo senso l'esperienza compiuta negli anni più recenti ha per la verità costretto i diretti protagonisti di questa esperienza a pagare lo scotto che si paga molto spesso quando si affrontano percorsi innovativi. Non temo di dare informazioni molto lontane dal vero se dico che tutte le esperienze finora compiute nel settore dei servizi aggiuntivi, parlo per esempio dei servizi di gestione della biglietteria e delle collegate attività in termini di didattica ecc., si sono dimostrati non remunerativi per i gestori privati, tanto che in moltissimi casi gli stessi gestori hanno dovuto rinunciare alle concessioni. Altro è il discorso di alcuni altri segmenti, parlo di attività di *bookshop* o di attività di ristorazione (ma limitatamente ad alcuni grandi complessi museali), gli Uffici per esempio. Ecco, in quel caso probabilmente l'esperienza dell'ingresso del privato nella gestione di alcuni servizi aggiuntivi ha prodotto degli utili finanziari e quindi può dimostrarsi interessante, "appetibile" nell'ottica di un rapporto di collaborazione fittiva tra pubblico e privato. Il problema, in Italia è anche un altro: la caratteristica del patrimonio culturale italiano è quella di essere capillarmente diffuso sul territorio soprattutto attraverso una rete di luoghi di fruizione, che nessun gestore privato troverà mai interessanti da condurre. Anche qui la legge Ronchey aveva in un certo modo previsto questa difficoltà incentivando la forma consortile da parte degli

aspiranti privati alla gestione dei servizi aggiuntivi, obbligando quasi alla formulazione di proposte che coprissero anche le aree dei cosiddetti musei minori.

Giuseppe Fiengo: *Io ringrazio, ma non vorrei che oggi pomeriggio, visto che qui siamo prevalentemente pubblicisti, prevalessero, dopo le aperture di questa mattina, i problemi. Ci sono, li conosco perfettamente, so cosa significa l'ingresso dei privati, ma c'è una forte voglia non solo di fare i servizi aggiuntivi, ma di partecipare anche loro a creare cultura. Io non credo, e qui marco un dissenso dall'Avv. Quadri, che la valorizzazione sia una funzione pubblica. La valorizzazione la fanno tutti, tutti coloro che riconoscono in un bene culturale qualcosa che rappresenta la propria identità. Quindi non sarei così esclusivo in questo, penso che i privati abbiano le loro ragioni se vogliono spendere soldi per i beni culturali e che non sia soltanto per ragioni di profitto, ma anche per ragioni di promozione, di promozione della loro immagine: è il sentirsi diversi, il sentirsi parte di un qualcosa di importante e che è la loro identità. Quindi i problemi ci sono, sono questi, ma non vorrei che tornassimo indietro rispetto ad un'apertura, fatta anche dal Ministro, che ritengo invece significativa. E quando dico privati intendo anche i Comuni, le Regioni, perché noi li abbiamo sempre considerati così, sbagliando, senza considerare che forse anche loro esprimono una voglia di gestione dei beni culturali pari a quella dello Stato. Questo voleva essere lo spirito del convegno, ed anche se mi rendo conto che avete fatto bene a richiamare l'attenzione di tutti su questi problemi, voglio però battermi ancora per questo. Do ora la parola all'Avv. Antonella Anselmo.*

ANTONELLA ANSELMO LEMME

Avvocato in Roma

Ringrazio l'Avvocato Fiengo, con il quale mi trovo pienamente d'accordo, forse perché, alla base delle sue considerazioni, vi è il lavoro svolto collegialmente all'interno della Commissione.

Sono tematiche sulle quali abbiamo molto riflettuto e dibattuto.

In via generale penso sia molto importante individuare quei presupposti imprescindibili per l'affidamento, a terzi, dei servizi museali o, comunque, per la realizzazione di formule di cogestione.

Ho avuto modo di partecipare ai lavori della Commissione evidenziando alcuni aspetti che vorrei, molto sinteticamente, esprimere in questa sede.

– In primo luogo, l'esigenza di far precedere ogni forma di esternalizzazione dei servizi museali da una definizione chiara della "missione" del singolo museo.

Occorre infatti che l'esternalizzazione sia preceduta dalla formulazione del piano scientifico, dalle linee di sviluppo nel campo della ricerca, dalla catalogazione dei reperti, dai progetti educativi, tutti elementi a fondamento della struttura museale.

– In un momento successivo, sulla base del piano scientifico già elaborato, dovrebbe essere formulato il cosiddetto "business plan", eventualmente su proposta dei privati.

Non si può pensare di attrarre investimenti se non si ha una chiara visione della programmazione delle attività concretamente realizzabili all'interno del museo. Il coordinamento tra queste due fasi dovrebbe avvenire nel rispetto della piena autonomia scientifica del museo e degli standard di qualità dei servizi.

Al riguardo ritengo che il singolo museo debba distinguere nettamente la propria offerta culturale dalla connessa politica commerciale.

Si impone infatti la necessità di definire chiaramente la linea di confine tra le attività non *profit* e le attività idonee a produrre reddito, nel pieno riconoscimento giuridico delle singole professionalità museali.

– Il Ministro e gli autorevoli relatori che mi hanno preceduto hanno ricordato quante siano le competenze e le specializzazioni degli operatori in Italia, e come queste siano ampiamente apprezzate all'estero.

Tuttavia ancora oggi non si è giunti al riconoscimento giuridico pieno dei vari profili professionali operanti nel settore, presupposto imprescindibile per ogni serie valorizzazione, con gli evidenti riflessi, anche indiretti, sul piano del rilancio economico del settore.

Basti pensare che il Codice Urbani si incentra solo sulla figura del restauratore, tralasciando del tutto la figura del direttore del museo che è, forse, la figura più importante nei rapporti, anche esterni, volti a rappresentare l'identità della singola della struttura museale.

– Infine, evidenzio la possibilità di riconoscere al privato non solo la veste di investitore, ma anche quella di “promotore culturale”.

Sul punto mi ricollego a quanto affermava l'Avvocato Fiengo sul “pluralismo culturale”.

L'apporto del privato deve potersi inserire in un contesto che consenta lo sviluppo armonico, equilibrato, ma al contempo pluralistico, della cultura del Paese.

Occorre evitare il rischio che al monopolio del “pubblico” sulla cultura, da più parti lamentato, si sostituisca il monopolio del privato, non sempre espressione fedele della società civile, nelle sue svariate sfaccettature.

Cosa si intende per privato?

Si intendono soltanto i grandi operatori finanziari in grado di indirizzare anche la cultura (o quantomeno certe scelte culturali del pubblico), ovvero si intende per privato anche la società civile, incoraggiata alla promozione e fruizione dei servizi culturali?

Il Professor Settis ricordava l'esperienza statunitense, evidenziando una capacità di contribuzione da parte della società civile, anche mediante meccanismi di agevolazioni fiscali, che può arrivare fino al 70% delle attività culturali globali.

Questo è lo scenario maggiormente auspicabile perchè diversificato e, comunque, capace di indirizzare più incisivamente l'opinione pubblica verso crescenti richieste di servizi culturali qualificati.

Tuttavia rimane imprescindibile il quadro generale nel quale ci muoviamo.

Mi riferisco agli obiettivi ultimi fissati dalla Costituzione; in particolare all'art. 9.

Il comma I, art. 9, della Costituzione è la disposizione che garantisce la promozione della cultura e della ricerca quale compito fondamentale della Repubblica nelle sue varie articolazioni istituzionali.

La norma deve essere letta, a mio parere, in combinazione con il successivo art. 33 Cost., disposizione che troppo spesso viene tralasciata.

L'art. 33, come è noto, sancisce il principio in base al quale l'arte e la scienza sono libere, come libero ne è l'insegnamento. Io penso che la combinazione di queste due disposizioni sia importantissima perché evita quei rischi di dirigismo statale nella cultura, sempre presenti, in forma più o meno larvata, in ogni ordinamento giuridico, anche di base democratica.

Vorrei dare un esempio concreto.

La legge cd. Bottai, la n. 1089/1939, allo stato attuale formalmente abrogata, è una legge che dal punto di vista di tecnica legislativa è ineccepibile, tant'è che ancora oggi noi la applichiamo in gran parte, in quanto confluita nel Codice Urbani.

Ebbene la citata legge Bottai introduce i concetti di "cultura della nazione" e di "patrimonio nazionale culturale".

Dal punto di vista storico sappiamo tuttavia che il concetto di "cultura" è un concetto originariamente extra-giuridico.

Questo che cosa significa?

Significa che, sul piano applicativo, questa nozione costituisce un "guscio vuoto" al cui interno è possibile far confluire i valori sociali e politici che siano espressione prevalente di un dato contesto storico.

Giovi ricordare che, storicamente, l'emanazione della legge Bottai, risalente al giugno del 1939, fu preceduta dall'epurazione degli intellettuali dalle Scuole e dalle Accademie di Cultura italiane, operazione avvenuta attraverso le rigorose e capillari operazioni di censimento ministeriale (in argomento vd. ANNALISA CAPRISTO, *L'espulsione degli ebrei dalle accademie italiane*, 2002, Silvio Zamorani Editore, Torino).

In particolare mi riferisco al R.D.L. 5 settembre 1938 n. 1390 concernente i *Provvedimenti per la difesa della razza nella scuola fascista* e al successivo R.D.L. 15 novembre 1938 n. 1779, *Integrazione e coordinamento in un unico testo delle norme già emanate per la difesa della razza nella scuola italiana*.

L'art. 2 del citato Testo Unico stabiliva testualmente che "*Delle Accademie, degli Istituti e delle Associazioni di scienze, lettere ed arti non possono far parte persone di razza ebraica*".

In base a questi provvedimenti fu avviata una fase molto buia della storia italiana costituita dal censimento degli intellettuali di razza ebraica e di religione non cattolica.

L'allora Ministero dell'Educazione Nazionale, affidato appunto a Giuseppe Bottai, a decorrere dall'agosto del 1938 (circolare 12336 del 9 agosto 1938) avviò all'interno delle Accademie, delle Università e degli Istituti di cultura una fase capillare di censimento al fine di individuare i dipendenti non appartenenti alla razza ariana o comunque non professanti la religione cattolica.

L'accertamento dell'appartenenza alla razza ebraica comportava, *ope legis*, la cessazione dal servizio a decorrere dal 16 ottobre del 1938.

Assai pochi furono gli intellettuali, scienziati e professori universitari che rifiutarono la compilazione delle schede.

Tra questi pochi deve essere ricordato Benedetto Croce.

Viceversa, tanti altri intellettuali italiani seguirono le burocratiche istruzioni ministeriali: ad esempio Concetto Marchesi, il latinista che successivamente – nella

nascente fase repubblicana – fu coautore della formulazione dell’art. 9 della Costituzione, come è testimoniato dagli Atti dell’Assemblea Costituente.

E quindi, anche alla luce delle passate esperienze storiche, appare evidente come l’art. 33 Cost. sia una disposizione fondamentale, perché rappresenta il vero baluardo del pluralismo culturale, requisito imprescindibile di un sano regime democratico.

Il pubblico dunque (Stato, Regioni, enti locali) deve evitare di monopolizzare la cultura, ma piuttosto “liberarla”, anche assumendo un ruolo suppletivo: è necessario dare supporto a quelle energie intellettuali che stentano a farsi largo nella dimensione economica della vita culturale del Paese.

In questa logica il II comma dell’art. 9 Cost., che configura tra i compiti della Repubblica la tutela del patrimonio culturale, diventa una norma dal carattere dinamico, che si inserisce in un contesto più ampio di sviluppo culturale inteso come elemento fondamentale nel progresso morale e materiale della società, come delineato dagli art. 2 e 3 della Costituzione. In questo quadro si inserisce altresì il principio di sussidiarietà verticale ed orizzontale il quale, se sarà ben applicato, nello spirito della leale collaborazione tracciato dalla Consulta, potrà contribuire a realizzare il pluralismo culturale dettato dall’art. 33 Cost.

In questo assetto generale, i musei assumono un ruolo attivo fondamentale. Per capire che cos’è un museo occorre tuttavia pensare a quali siano gli elementi essenziali, di carattere universale, tali da tipizzare una struttura museale.

Penso ai requisiti delineati a livello internazionale.

Il codice deontologico dell’ICOM dà una definizione molto ampia di museo.

Nell’ultima versione del 2004 si definisce museo *“un’istituzione permanente, senza scopo di lucro, al servizio della società e del suo sviluppo, aperta al pubblico e che compie ricerche riguardanti le testimonianze materiali e immateriali dell’uomo e del suo ambiente, le raccoglie, le conserva, le comunica e soprattutto le espone a fini di studio, educativi e di diletto”*.

Il museo ha sicuramente una polifunzionalità di cui bisogna tener conto.

Abbiamo l’attività di raccolta (e qui sarà importante delineare quale sarà la politica delle acquisizioni e soprattutto – in questa sede – la verifica dei titoli di provenienza dei beni) e quella della conservazione.

Abbiamo la comunicazione, funzione all’interno della quale sarà importante definire una politica di comunicazione attraverso gli uffici stampa che aiuti a creare quella coscienza collettiva diffusa che forse un po’ manca nel nostro paese.

Abbiamo poi le attività di ricerca, di studio e diletto.

Indipendentemente dalla natura dell’amministrazione responsabile, che per il codice ICOM è assolutamente indifferente, il soggetto “museo” può essere sia pubblico sia privato: ciò che caratterizza il museo è la sua attività non *profit*.

In quest’ottica diventa fondamentale lo statuto di un museo.

Lo statuto deve essere un documento scritto in cui sia determinato lo stato giuridico dell’istituzione, la sua missione e la natura permanente di organismo senza fine di lucro. In questo documento devono essere chiarite le finalità, gli obiettivi, le politiche del museo, il ruolo e la composizione dell’amministrazione responsabile.

Ma veniamo al punto secondo me più importante, nello spirito dell’odierno incontro di studi: il rapporto tra finanziamenti e attività generatrici di reddito.

Per quanto riguarda i finanziamenti, l'amministrazione museale si assume la piena responsabilità della gestione finanziaria del museo e della custodia di tutti i suoi beni, previa determinazione degli obiettivi e della politica dell'istituzione, nonché dei mezzi a garanzia dell'effettivo utilizzo.

Secondo il codice ICOM, le collezioni sono poste al servizio del pubblico e *non devono essere in alcun modo considerate fonte di profitto*; se si superasse questo elemento – ovviamente – avremmo un ente diverso, non più un museo.

Questo, però, non significa che la struttura museale non possa svolgere anche attività generatrici di reddito.

Le attività potenzialmente generatrici di reddito, quali l'apertura di attività commerciali all'interno della struttura museale, i punti di ristoro, le attività promozionali, devono essere ricondotte all'interno di una politica commerciale che sia predefinita, sia in relazione all'uso delle collezioni e tale da non comprometterne la natura.

Qualora organizzazioni non *profit* o imprese commerciali siano coinvolte in attività promosse dal museo per ricavarne un reddito, i rapporti che esse intrattengono con il museo devono essere definiti con chiarezza, sulla base di un accordo che precisi l'attività del museo in tale ambito.

Mi riporto dunque all'intervento autorevole del Professor Zoppini, il quale evidenziava la necessità di regole chiare, che devono essere determinate preventivamente, non in corso di rapporto.

E poi abbiamo altri aspetti, come per esempio il personale o la funzione educativa.

Cerco di essere concisa per lasciare la parola alla collega Sanig che ci parlerà dell'esperienza inglese.

Vorrei solo dire che, per quanto riguarda le professionalità, abbiamo un altro documento che può essere un elemento di riferimento, la Carta Nazionale delle Professioni Museali, promossa dalla Conferenza delle Associazioni Museali italiane e dall'ICOM nell'ottobre del 2005.

Qui si definiscono chiaramente gli ambiti delle attività museali e soprattutto i profili, le professionalità.

All'interno di questi ambiti si riscontra, da una parte la ricerca, la cura e la gestione delle collezioni in cui operano, rispettivamente, il conservatore, il restauratore, il *registrar* (che è colui che si dedica ai prestiti e alla movimentazione delle opere), dall'altra il servizio rapporti col pubblico in cui assume una funzione importantissima l'educatore museale.

Il terzo ambito è quello amministrativo-finanziario che svolge attività di supporto, ovviamente, a quella del conservatore.

Infine si ha l'ambito delle strutture della sicurezza, con il responsabile delle strutture dell'impiantistica, il responsabile della sicurezza, ecc.. Questi ambiti, nel loro complesso, con le rispettive figure professionali, ruotano attorno alla figura del direttore.

Il direttore è colui che rappresenta l'istituzione all'esterno ed è importante, secondo me, quello che è stato detto stamattina: ossia che, nel caso della National Gallery di Londra, il direttore è uno storico dell'arte. Quindi la figura del "*manager*" è di supporto rispetto al soggetto che individua le finalità ultime della missione museale, quelle tecnico-scientifiche.

Se questi sono gli standard internazionali per il riconoscimento del museo deve evidenziarsi che il Codice Urbani, introduce, nel settore "*de quo*", strumenti sicuramente importanti, adeguatamente duttili.

Permangono tuttavia delle incongruenze definitorie.

L'art. 117 del D.Lgs. 42/2004 (nel testo attualmente vigente, per effetto delle modifiche apportate con D.Lgs. 156/2006 e D.Lgs. 157/2006) elenca tra i cd. servizi aggiuntivi, dal carattere evidentemente accessorio, dunque non essenziale al perseguimento delle finalità museali, (servizi di caffetteria, di ristorazione, di guardaroba, di pulizia, di gestione dei punti vendita ecc.) anche i servizi di vigilanza, quelli di guida e assistenza didattica.

Peraltro l'affidamento a terzi dei servizi di didattica museale, se limitato nel tempo, non consente un'adeguata programmazione didattica e di ricerca.

Porre in primo piano *la valenza educativa* dei beni culturali significa superare il concetto di tutela conservativa del patrimonio culturale per lasciare spazio (anche) alla sua valorizzazione.

Il Codice Urbani definisce altresì il museo *“una struttura permanente che acquisisce, conserva, ordina ed espone beni culturali per finalità di educazione e di studio”* (art. 101, co. 2, lett. b) D.Lgs. cit.).

La disposizione segna un'importante tappa verso il riconoscimento del museo come soggetto e non più mero contenitore né come bene culturale, tuttavia manca il riferimento all'ampia nozione formulata dall'ICOM e condivisa in ambito internazionale e da molte Regioni (manca il riferimento alle funzioni di ricerca e finalità di diletto connaturate alla natura dell'istituzione museale).

I criteri di gestione dei musei, anche mediante affidamento a terzi, devono essere correlati al perseguimento delle finalità dei musei: la conservazione, l'educazione, lo studio, la ricerca, obiettivi di progresso spirituale della società come previsto dall'art. 9, co. 1, Cost..

“Il compito di raccogliere e conservare le opere d'arte, un tempo funzione e privilegio di determinati ceti, è passato alla comunità sul finire del secolo XVIII e sul principio del XIX; la nascita del Museo corrisponde al positivo riconoscimento della capacità educativa dell'arte”. Così scriveva Giulio Carlo Argan nel 1949 (*Il museo come scuola, Comunità*, n. 3, 1949, 65).

Storicamente il museo come spazio aperto al pubblico – si pensi al Louvre, alla National Gallery, alla Royal Academy – è un'istituzione generata, culturalmente, dal pensiero illuminista e, politicamente, dal consolidamento dello Stato borghese.

Il museo dunque oltre a luogo di custodia e conservazione di collezioni, opere d'arte, materiale scientifico, dovrebbe assurgere al ruolo di *soggetto attivo*, capace di promuovere le attività culturali, la ricerca e lo studio anche attraverso il coordinamento e la collaborazione con le istituzioni universitarie (art. 114, co. 1), nell'ambito di una piena autonomia, non solo scientifica.

Gli strumenti giuridici per attuare questo cambiamento culturale sono già disponibili nella disciplina di settore.

In primo luogo, gli accordi interistituzionali.

L'art. 112 co. 4 stabilisce che le P.A. stipulano accordi (su base regionale o sub-regionale) per definire strategie e obiettivi comuni di valorizzazione, per elaborare *piani strategici di sviluppo culturale* e programmi, per integrare infrastrutture e settori produttivi (analisi e utilizzo delle risorse culturali e economiche di un dato contesto territoriale).

L'art. 114 co. 1 *“Il Ministero le regioni e gli altri enti pubblici territoriali anche con il concorso delle università, fissano i livelli minimi uniformi di qualità delle*

attività di valorizzazione su beni di pertinenza pubblica e ne curano l'aggiornamento periodico".

La modifica della norma (inserimento di *minimi*) risponde all'esigenza *i*) di non limitare la competenza regionale sulla valorizzazione e *ii*) di consentire il miglioramento della qualità dei servizi museali attraverso specifiche politiche degli enti locali.

Tali "*standard*" devono essere rispettati sia nella gestione diretta sia in quella indiretta (114 co. 3) e adottati con decreto del Ministero, previa intesa in sede di Conferenza unificata.

Potrà essere questo il nuovo strumento giuridico da adottarsi per il recepimento degli standard ICOM.

Sulle forme di gestione permane la distinzione tra forma diretta e forma indiretta.

Sulla gestione diretta (115, co. 2) è confermata l'esigenza di garantire al museo l'*"adeguata autonomia scientifica organizzativa finanziaria e contabile e provviste di idoneo personale tecnico"*.

La gestione diretta può avvenire anche attraverso la "*forma consortile pubblica*".

Si opera pertanto il riconoscimento giuridico delle reti o sistemi museali confermati dall'art. 112 co. 9, afferente gli accordi per servizi strumentali comuni destinati alla fruizione/valorizzazione di uffici comuni gestiti nella forma "*consortile non imprenditoriale*".

La gestione "indiretta" (115 co. 3) è attuata tramite la concessione a terzi delle attività di valorizzazione.

Tale attività comprende la promozione, la conoscenza, l'utilizzazione, la fruizione al fine di promuovere lo sviluppo della cultura, nonché la promozione e il sostegno alla conservazione, come si desume dall'art. 6 Cod. Urb.

L'affidamento avviene mediante procedure ad evidenza pubblica sulla base di *valutazione comparativa di specifici progetti*.

Al riguardo andrà chiarito, in sede applicativa, se sarà il capitolato di gara a specificare il progetto scientifico, e dunque quello economico, o viceversa, se saranno i concorrenti in gara a proporre un pacchetto unitario.

I soggetti pubblici (115 co. 4) optano per la gestione indiretta al fine di assicurare un *migliore livello di valorizzazione* dei beni culturali.

La scelta è preceduta da una "*valutazione comparativa in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia sulla base degli obiettivi previamente definiti*".

Qui andrebbe chiarito se per obiettivi predefiniti si intenda, in particolare, la missione del museo, la sua politica commerciale, il piano di sviluppo, ovvero, indifferentemente, ciascuno di tali elementi.

Andrà tuttavia chiarito a chi spetta la determinazione dei citati obiettivi: se all'Amministrazione, proprietaria delle collezioni, ovvero al Direttore del museo, o infine ai Soprintendenti.

Correlativamente andrà chiarito a chi compete definire tra i modelli alternativi (nelle due forme di gestione), la sostenibilità economico-finanziaria e l'efficacia.

L'art. 115 co. 5 stabilisce che il rapporto con il concessionario sia regolato da un *contratto di servizio* in cui risultino, tra l'altro, i contenuti e la tempistica del progetto di gestione, i livelli qualitativi delle attività e dei servizi, nonché le professionalità degli addetti.

Ivi devono essere comunque specificati i servizi essenziali.

In conclusione si può osservare che gli statuti dei singoli musei, da un lato, nonché, dall'altro, gli altri strumenti giuridici individuati dal legislatore, rappresentano gli atti in cui dovrebbero consacrarsi le specifiche finalità del museo nonché le politiche di coordinamento con le altre iniziative culturali, pubbliche e private, presenti nel territorio.

La sfida per una migliore amministrazione si avrà, quindi, in sede operativa, attesa la molteplicità degli strumenti cui ricorrere.

Sarà necessario, forse, cambiare un po' la cultura: come diceva Giannini già negli anni '60, non bisogna andare sempre alla ricerca del perfezionamento della legge, l'importante è cominciare ad applicarla.

KAREN SANIG

Partner – Head of Art Law – Mishcon de Reya Solicitors, London, England

Saving art for the nation – the UK perspective

INTRODUCTION

Checks and balances are put in place by the British government to ensure that art is preserved for the nation and for other nations but that at the same time the art market is capable of operating effectively.

This is done through funding, taxation and export regulations on the one hand. On the other hand various committees have been created to examine for example the illicit trade in antiquities (Illicit trade advisory panel) and the return of cultural heritage property looted during the Nazi period – (the Spoliation Advisory Panel). There has also been a recent announcement that the UK will ratify the Hague Convention on the Protection of Cultural Property in the event of armed conflict.

I will examine below the UK's own protection of cultural heritage through funding, taxation schemes, export control, funding and legislation. I will also look at how the UK protects the cultural heritage of others.

The government has assigned this task for a large part to the department of culture media and sport (DCMS) which itself devolves responsibility to a number of different Committees and Councils.

Examples of these are:

– *English Heritage* – the Government's advisor on the historic environment in England.

Its role is to champion and care for the historic environment which it does by improving the understanding of the past through research and study; providing conservation grants, advisory and education services; identifying and helping to protect buildings and archaeological sites of national importance; maintaining over 400 historic properties and making them accessible to the broadest possible public audience; and maintaining the National Monuments Record as the central publicly accessible archive for the historic environment in England.

– *The Arts Council* – the distributor of public funds and national lottery funds for the arts).

– *MLA (museums libraries and archives council)* – a non-departmental public body which is the lead strategic agency for museums galleries and archives. It has an acquisition, export and loan unit.

1. TAXATION

• *Acceptance in Lieu Scheme*

This scheme enables taxpayers to transfer works of art and other heritage objects into public ownership while paying inheritance tax.

The Inland Revenue may, with the approval of the appropriate minister, accept such works in payment of tax.

These items must be ‘pre-eminent’ in other words, of particular historical, artistic, scientific, or local significance, either individually or collectively, or associated with a building in public ownership, which will be expected to have public access for at least 100 days each year.

This enables taxpayers to transfer important works of art and other important heritage objects into public ownership as a way of paying Inheritance Tax. The taxpayer is given the full open market value of the item and the item becomes the property of the public museum, archive or library at no cost to itself.

The following criteria are used to decide whether an artwork is “preeminent”:

- an especially close association with our history and national life
- of especial artistic or art-historical interest
- especial importance for the study of some particular branch of art, learning our history
- an especially close association with a particular historic setting.

• *The Tax Exemption, and Douceur, for Private Treaty Sales*

There is a longstanding policy that the price paid by the purchasing institution should not be reduced by the full amount of this tax saving, but should be adjusted to leave part of the benefit to the seller.

This division usually allows them 25% of the tax saving.

• *Income Tax and Corporation Tax– Relief for Charitable Giving Individuals*

Gift Aid: The charity can reclaim the basic rate tax that the donor has paid as a gift.

Through Payroll Giving Schemes: The gift is deducted from the donor’s pay before the PAYE tax is deducted, so the donor receives the tax relief immediately.

Or, if the donor makes a gift or a sale at below market value of certain shares and securities or land or buildings, the value of the gift is deducted from the donor’s income before the income tax is calculated—leading to relief at the donor’s highest rate of tax.

Companies

Payment to charities is simply deducted from profits for tax purposes.

Gift or sale at below market value of shares and securities or land or buildings – value of gift deducted from profits for tax purposes.

Corporate Sponsorship – is very common in the UK. Corporation tax relief is available for payments to sponsor a charitable activity, including art exhibitions, etc. This is acceptable as long as the payments are made wholly and exclusively for the purpose of the sponsoring company’s trade, and are not of a capital nature.

2. EXPORT

• *Export Licensing Unit*

This unit issues, on behalf of the Secretary of State for Culture, licences to export cultural goods. Certain cultural objects more than 50 years of age and valued above specific financial thresholds require an individual licence for export out of the UK whether on a permanent or temporary basis. It is the role of the Unit to assess each application using criteria established under UK and EU law.

• *Export Licenses*

Section 9 of the Export Control Act of 2002 requires the Secretary of State to provide guidance about the exercise of functions under control orders made under the Act.

There are several different kinds of licenses:

- Open Licenses
- Open General Export License (OGEL)
- Open Individual Export License (OIEL)
- May be granted to a named individual, company or institution for export of specified objects.
- Individual Export Licenses (relevant to objects of national importance/heritage).

If an object is deemed to be older than 50 years, it will be referred by the Export Licensing Unit to an Expert Adviser.

The Expert Advisor will be asked to give an opinion on the work, judging it according to the Waverly Criteria (from the 'Waverly Report of 1952 which was set up to protect national treasures—essentially a safety net). These are as follows:

• *Is the object so closely connected with our history and national life that its departure would be a misfortune?*

This refers to national treasures, whose departure from the country would be a misfortune since they possess outstanding artistic, historical or archaeological value.

This category can include items sourced abroad, but which have acquired national importance through association with an important person, location or event. For example Captain Scott's sledging flag.

• *Is the object of outstanding aesthetic importance?*

This involves a subjective judgment and it is important to note that the committee does not restrict this criterion to great works of painting or sculpture.

For example Venus and Adonis painting by Titian; The Holy Family with the Infant St. John by Fra Bartolommeo; a pair of George II open armchairs by William and John Linnell, Chippendale chairs or a painting by Van Gogh.

• *Is the object of outstanding significance for the study of some particular branch of art, learning or history?*

An item in this category may be considered of outstanding significance on its own or on account of its connection with a person, place or event. The Reviewing Committee believes that 'learning' in relation to culture includes a wide number of disciplines from art to engineering to literature. For example mathematical instruments or a Hutton racing car.

Once the Expert Advisor has determined that the work meets one or more of the criteria, it will then be brought before the Reviewing Committee on the Export of Works of Art.

• *Reviewing Committee on the Export of Works of Art and Objects of Cultural Interest (“the Committee”)*

This is an independent body which advises the Secretary of State for Culture, Media and Sport on whether a cultural object, intended for export, is of national importance under specified criteria. Where the Committee finds that an object meets one or more of the criteria, it will normally recommend that the decision on the export licence application should be deferred for a specified period. An offer may then be made from within the United Kingdom at or above the fair market price.

The Committee advises on the principles which should govern the control, of exports of works of art and antiques;

- considers cases where refusal of an export license for a work of art or antique is suggested on the grounds of national importance;

- advises in cases where a special government [exchequer] grant is needed towards the purchase of an object that would otherwise be exported;

- supervises the operation of the export control committee.

The Committee Members will meet and read statements from both the expert and the individual requesting the export license and then vote on whether the object satisfies the Waverly criteria.

If it does, the Committee will recommend to the Secretary of State that a decision on the license application should be deferred for a specified period of time to enable an offer of purchase to be made at or above the fair market price.

The committee recommends both the length of the period and the price.

If the object does NOT satisfy any of the criteria, the Committee will recommend that the export license be granted.

The recommendation of the Committee will then go to the Ministers who will, taking the recommendations into account, make a decision as to the deferral period and fair market price.

Once the Ministers have come to a decision, the party seeking the license will be informed in writing and the MLA will issue a news release inviting interested parties to make an offer to purchase through the Secretary of the Review Committee.

If no offer has appeared by the end of the period, the export license will be granted unless it is determined at the expiration that the required funds will be raised and there is a serious potential purchaser. In this case, the deferment period will be extended, normally around 4 months.

The extension of the deferral period has caused several problems in the past with works such as Canova’s Three Graces. This sculpture was commissioned by the 6th Duke of Bedford and was completed in 1817. Upon completion, it was installed in Woburn Abbey and remained there until 1984 when it was purchased by a fine art investment company. In September 1993, the J. Paul Getty Trust agreed to buy it for £7.6 million, but it was deemed to qualify under the Waverly criteria and the export was deferred for 18 months in order to allow Britain to finance the purchase of it with lottery funds and private contributions.

Examples of the most recent deferral cases include:

- Temporary Export Ban on the Lake of Lucerne and Dark Rigi watercolours by Turner. (23 May, 2006).

– Temporary Ban on Portrait of an Artist by Michiel van Musscher (1665-67) in its last months(23 May, 2006).

– Temporary Ban deferred on Venetian View of the Molo by Luca Calevarijs. (9 May 2006).

3. FUNDING

There are several different methods of funding museum development, the acquisition of pieces and the continuation of British cultural heritage.

They are:

- *The Government Indemnity Scheme*

Offers an alternative to the cost of commercial insurance and is available to museums, galleries and libraries within the UK when borrowing works of art and objects for exhibitions and for long-term loan. It provides the public with access to world class exhibitions and objects which might otherwise not be available.

The purpose of the Government Indemnity Scheme is to facilitate public access to items of an artistic, historic, scientific or technological nature.

The scheme covers loans made accessible to the public in a temporary exhibition, or on long-term loan or made the available to the public for study. It also facilitates loans for study by the borrowing institution which, in turn, is likely to contribute materially to public understanding or appreciation of the object loaned.

An example might be new findings following scientific analysis of a painting or a fossil, or fresh insights into history resulting from the study of manuscripts, which are then brought into the public domain on a display label or in a museum publication or CD-ROM.

Indemnities underwrite the borrower's risk of the loss or damage to the objects while on loan to the borrower or while in transit to and from their institution. Many exhibitions could not be staged at all if the GIS was not in operation.

This is because Exchequer-funded institutions are not permitted to take out commercial insurance while non-Exchequer funded institutions (who can take out commercial insurance) could not afford the cost of commercial insurance necessary to cover exhibitions which typically, comprise unique, high value items. The total risk in any one year underwritten by GIS is on average about £2 billion.

- *Heritage Lottery Fund*

This was formed to distribute funds to capital and revenue projects that safeguard and improve access to land, buildings, objects, and collections of importance to the national and local heritage.

Lottery Funding has enabled public collections to acquire such works as Titian's Venus and Anadyomene, Stubb's Whistlejacket, and Botticelli's The Virgin Adoring the Sleeping Christ Child.

There are recent concerns, however, that the HLF's resources are diminishing as the range of projects it embraces is growing larger and larger without enough increase of cash.

- *National Heritage Memorial Fund*

This was established in 1980 to defend the most outstanding parts of UK national heritage.

In 1992 it became the distributor for the Heritage Lottery Fund.

- *Grants from the Department of Culture, Media and Sport*

These were given to 22 sponsored museums

- *Funds provided by local government bodies*

(see Tate example below).

- *National Collections Art Fund*

This is UK's largest independent art charity, with 80,000 members.

This gives grants to help enrich public collections and campaigns widely on behalf of museums and their visitors.

For over 10 years, the Art Fund and the HLF have jointly funded over 200 acquisitions for public UK collections, including works by Titian, JMW Turner, Gainsborough, and Charles Rennie Mackintosh.

A good example of these at work is the Tate Modern in London. It cost £134 million to convert the power station to a museum space. Funding for both acquisitions and remodelling was made possible by an innovative amalgam of the following:

- The Millennium Commission: £50 million – Lottery money;
- English Partnerships: £12 million – to purchase the site and remove machinery;
- Arts Council of England: £6.2 million – lottery money to convert level four into a gallery space;
- Clore Foundation: £2.5 million;
- Department of Culture, Media and Sport: £5 million – with year-on-year increases of £6 million to ensure free admission to the museum;
- Corporate sponsorship: £1.25 million Unilever;
- London Borough of Southward – local council;
- American Patrons – independent charity based in New York that supports the work of the Tate in the UK.

They receive full tax-exempt status and it welcomes gifts from individuals, foundations and corporations who wish to contribute to the Tate.

This is something that Italian museums could set up with UK or US money donations.

- Founding Corporate Partner Scheme: £4 million – this is one of the most unique innovations of the Tate Museum group. It was launched in 1998, made up of 17 companies, cash divided between all 4 Tates. In return for the companies' 5 year commitment, the scheme allows them to gain exclusive benefits including entertaining, employee education events, private views and special access behind the scenes.

4. LEGISLATION

Protection of cultural heritage is also carried out by legislation. Some examples are:

- *The Treasure Act 1996*

All finders of gold and silver objects, and groups of coins from the same find-spot, which are over 300 years old have a legal obligation to report such items under the Treasure Act 1996. Now prehistoric assemblages found after 1 January 2003 also qualify as Treasure.

Secures historic gold and silver artifacts found by members of the public for acquisition by museums and galleries of England Wales and Northern Ireland.

- *British Museum Act 1963 (on decommissioning by museums)*

Section 3 (1) It is the duty of the Trustees to keep the objects comprised in the collections of the Museum within the authorized repositories of the Museum, except

insofar as they may consider it expedient to remove them temporarily for any purpose connected with the administration of the Museum...

Section 3 (4) Objects vested in the Trustees as part of the collections of the Museum shall not be disposed of unless they fall under Section 5 of the Act.

Section 5 (1) on the disposal of objects

The trustees of the British Museum may sell, exchange, give away or otherwise disposed of any object vested in them only if:

- the object is a duplicate
- it is printed matter not made before 1850 and there is a suitable photocopy of it
- the object is unfit to be retained

Otherwise, the object may not be disposed of.

Where an object has become vested in the Trustees by virtue of a gift or bequest the powers conferred by Section 5 shall NOT be exercisable as respects that object in a manner inconsistent with an condition attached to the gift or bequest.

Treasure Act 1996 – secures gold and silver artefacts, found by members of the public, for acquisitions by museums and galleries of England, Wales and Northern Ireland.

Export Control Act 2002 – indicates that the secretary of state may by order make a provision for or in connection with the imposition of export controls in relation to goods of any description.

The Dealing in Cultural Objects (Offences) Act 2003 – designed to criminalise anyone dealing dishonestly in unlawfully removed cultural objects from anywhere in the world.

Export of Objects of Cultural Interest (Control) Order 2003 – deals with controls on the export of objects of cultural interest, including the liability of individuals who file misleading applications, fail to comply with license conditions, the power to demand evidence of destination, and the definition of an object of cultural interest.

An object of cultural interest includes any objects of cultural interest manufactured or produced more than 50 years before the date of exportation except:

- Postage stamps and other articles of philatelic interest;
- Birth, marriage, or death certificates or other documents relating to the personal affairs of the exporter or spouse;
- Letters or other writing written by or to the exporter or the spouse of the exporter; and
- Goods exported by and being the personal property of, the manufacturer or producer thereof or the spouse, widow or widower of the person.

5. RECENT SAVE

• *Raphael's Madonna: The Madonna of the Pinks (1507-8)*

This was very controversial because it was fought for as a piece of national heritage, yet it is a Raphael only about the size of a sheet of A4 paper, and the HLF contributed £11.5m to the National Gallery to purchase the work.

It was owned by the Duke of Northumberland but was on loan to the gallery since 1992.

It was originally on sale to the J Paul Getty Museum in California for £29m, but a temporary bar was put on the painting in January 2003 by the UK Government to provide a 'last chance' for someone to buy the painting in order to keep it in the country.

It was saved by £11.5m from HLF, £400,000 from the National Art Collections Fund and donations from gallery visitors which allowed the National Gallery to purchase the work for £22m after tax.

- Canaletto views of London purchased for £6m export licence to send them to France barred

Two Canaletto views of London have been purchased by the football pools millionaire Sir Peter Moores for £6m (\$11.2m). He is acquiring them for Compton Verney, in Warwickshire, the 18th century country house he recently opened as an art gallery.

The two paintings had been owned by Lord Trevor until 1999, when they were sold at Christie's London for £3,851,000. They were bought by a private collector who then applied to export them to France. An export licence was deferred, but during the deferral period the application was withdrawn, which meant the owner had to retain them in the UK. A second export licence application was made last autumn.

By this time, the value of the paintings had risen considerably. Documents released under the Freedom of Information Act reveal that three valuations were submitted by the private owner. A valuation of £6m was ultimately agreed by the Export Reviewing Committee, and on 20 December 2005 the licence was deferred, enabling a UK buyer to match the recommended price.

On 22 February it was announced that a matching offer was being made, and the licence would therefore be deferred for a second period, until 20 June, to enable the purchase to be completed.

PAOLO LEON

Professore di Economia pubblica, Università degli Studi di "Roma Tre"

Una prima osservazione all'Avvocato Lemme: non si può confondere la Carta di Verona dei repubblicani con la Costituzione italiana – sarebbe un sacrilegio democratico. Noi abbiamo un regime dei beni culturali che non ha niente a che vedere con il mancato pluralismo culturale durante il fascismo.

Lasciando da parte questa esagerazione, il problema che abbiamo davanti non è nuovo, ma non è stato risolto, e la commissione se ne occupa giustamente.

Il primo problema è che non esistono, salvo rarissimi casi (Proietti l'ha già detto), rientri finanziari sufficienti a pagare la gestione dei beni culturali; certamente i rientri non pagano l'investimento sui beni (per esempio il restauro), ma anche la gestione non è recuperata dai biglietti o da qualche altra attività, come la promozione culturale. Ciò significa che, quando il privato si deve occupare di operazioni di questa natura, è inevitabilmente sussidiato. Il problema, allora, si trasforma: come costruire la regola deontologica del settore privato, che deve distinguere l'appalto dalla gestione e deve comprendere che siamo di fronte ad un bene con caratteristiche particolari? Esiste questa deontologia? Direi di no; perché il settore privato si è sviluppato con grandissima lentezza, le esperienze sono molto poche e le associazioni imprenditoriali non hanno costruito un codice per le loro imprese. È bene che le imprese vengano associate, ma nel campo dei beni culturali, le associazioni non possono solo difendere le imprese nei confronti dei loro committenti pubblici. Senza una propria preparazione culturale, il settore privato rischia di far pre-

valere l'atteggiamento di massimizzazione del profitto o di minimizzazione delle perdite, e si potrebbe trovare in urto o in difficoltà con gli obiettivi pubblici.

Una questione importante è, dunque, quella di formare sia i privati sia le associazioni a intraprendere le loro obbligazioni nei confronti del settore pubblico pensando che il loro scopo è di natura collettiva: non si tratta, infatti, di rispondere alla Regione, al Comune o allo Stato, ma alla natura collettiva di questi beni, ed è anche per questa ragione che i privati possono essere legittimati. Anche il personale pubblico deve essere formato nello stesso senso, perché altrimenti non c'è dialogo e le difficoltà diventano insuperabili. Così, ciò che abbiamo di fronte nel rapporto tra pubblico e privato è legato alla insufficiente formazione del personale pubblico della valorizzazione; è vero che il personale pubblico ha l'obiettivo principale della conservazione, e che coniugare questa con la valorizzazione è difficile; ma, se non ci si preoccupa di comprendere ambedue gli elementi nel finanziamento e nelle capacità professionali del settore pubblico, questo sarà in difficoltà a trattare col settore privato. Qui c'è il solito conflitto tra fruizione e conservazione, solo che in questo caso la conservazione sarebbe affidata al pubblico e la fruizione al privato, ma se il privato non ha obiettivi paragonabili a quelli del pubblico e il pubblico non capisce quello che fa il privato, non ci sarà accordo.

C'è, poi, un aspetto del settore privato che occorrerebbe approfondire. Le Fondazioni ex bancarie, che fanno un lavoro pregevolissimo e, a differenza di quello che dice Settis, debbono continuare ad operare come e ancora meglio di quanto non stiano facendo, presentano però un difetto di legittimità nel campo dei beni culturali, e la ragione sta nel fatto che sono distribuite diversamente sul territorio. Inoltre, se ciascuna fa la propria politica nel campo della cultura come negli altri settori, il risultato è che l'immagine esterna dell'intervento delle fondazioni è modesta; il pubblico sa che cosa succede nei beni culturali, ma non sa che quel particolare intervento è stato finanziato dalla fondazione bancaria. Solo chi frequenta specificamente il bene restaurato dalla fondazione, sa chi l'ha finanziato, mentre il pubblico generico non lo sa.

Uno dei problemi che abbiamo qui è, forse, che le associazioni e le fondazioni ex bancarie debbono trovare un centro di imputazione nazionale, che dia loro una legittimità più forte, per esempio nel campo della storia dell'arte. Ciascuna può naturalmente dotarsi delle capacità necessarie, ma questo non vuol dire che tutte insieme le posseggano; varrebbe allora la pena che trovassero una forma consortile, un accordo: in questo modo le fondazioni potrebbero dialogare con il soprintendente su un piano di parità.

Uno dei problemi, nella concorrenza tra pubblico e privato, è che ambedue i settori, negli ultimi anni, hanno utilizzato in maniera pesante personale precario, ciò consente di avere costi ridotti. Poiché anche il settore pubblico fa così, la necessità o l'opportunità offerta dal settore privato nel campo della flessibilità del lavoro è meno stringente. Se si esce dalla precarietà nel pubblico, forse si trova una giustificazione per il settore privato nella sua flessibilità organizzativa (ma se fosse solo precarietà privata, non sarebbe accettabile).

Ultime considerazioni: dobbiamo tener conto che l'intervento del settore privato, come ci è stato detto, ha effettivamente molte sfaccettature. Una per noi è difficilissima: noi non possiamo contare sull'erogazione liberale. Non siamo in Inghilterra e neanche negli Stati Uniti. Le erogazioni liberali nel nostro paese sono impedito da due fattori: da un eccesso di complessità della legge che le determina, e dal fatto che un

numero straordinariamente elevato di imprese e di famiglie non paga le tasse, e chi non paga le tasse non ha alcuna ragione di approfittare dei benefici della detassazione. Quando si fanno condoni su condoni, l'effetto della detassazione è uguale a zero. Inoltre, non c'è una vera distinzione, nel trattamento fiscale, soprattutto nel caso della pubblicità, fra quella fatta per i beni culturali e quella fatta per lo sport.

Infine: noi abbiamo un settore pubblico che lavora un po' troppo con i giuristi, poco con gli economisti. Perché dico questo: sembra che tutti i problemi della gestione siano problemi giuridici. In primo luogo, i problemi non sono giuridici, ma organizzativi. In secondo luogo, una volta affrontati i problemi organizzativi, emergono i problemi finanziari. Infine, una volta affrontati gli aspetti organizzativi e i finanziari, si può passare alle forme contrattuali. Noi invece abbiamo sempre anticipato: diamo subito una forma giuridica, e poiché non funziona, ce ne dispiace. Questo è un problema serio, e varrebbe la pena, adesso che l'attuale governo ha una maggioranza troppo piccola per mettersi a fare leggi straordinariamente forti, che si cominciasse a utilizzare uno strumento importante dell'azione pubblica, sempre dimenticato, che è quello degli indirizzi. Nella pratica operativa pubblica, gli indirizzi non hanno valore politico, perché la politica ha sempre riconosciuto nell'amministrazione diretta il vero potere (anche per questo fa difficoltà a lasciarla ai privati). Forse questa è la volta che le circostanze ci possono spingere a utilizzare questo strumento.

FABIO MERUSI

Professore di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Pisa

Pubblico e privato nei beni culturali

Quanto pubblico e quanto privato nei beni culturali?

È una domanda alla quale si possono dare le più disparate risposte a seconda delle più diverse sensibilità soggettive se non si ricorda il motto di chi in passato risiedeva nel luogo in cui ha oggi sede il Ministero dei Beni culturali: *distinguere frequenter!*

Non tutti i beni Culturali sono eguali. L'aggettivo "culturale" attribuito al sostantivo a valenza giuridica "bene" dalla Commissione Franceschini in poi grazie anche all'efficacia "suadente" di un famoso scritto di Massimo Severo Giannini, ha avuto un grande pregio, quello di estendere un regime giuridico protettivo anche a cose non ricadenti nell'angusta dizione delle belle arti e dell'archeologia, ma ha anche un grave difetto: quello della notte hegeliana nella quale tutte le vacche sono nere.

E allora seguiamo l'indicazione che abbiamo visto "consustanziale" al Ministero dei Beni Culturali: distinguiamo frequentemente all'interno dei beni culturali e si vedrà che molto spesso le opinioni sono diverse perché in realtà gli interlocutori parlano di cose diverse.

Tutti i beni culturali hanno lo "statuto" che recentemente un codice loro ha garantito, ma tali beni non sono tutti eguali, alcuni hanno determinate potenzialità o possibilità di utilizzazione, altri ne hanno altre, alcuni sono "fruibili", altri sono soltanto "conservabili" per un dovere verso la storia e così via variando per tipi diversi. E insomma la "natura della cosa" che si rivendica sulla definizione giuridica.

Proviamo dunque a fare qualche distinzione nella quale possa venire in rilievo anche la distinzione pubblico-privato.

Ci sono beni che per loro natura possono appartenere solo allo Stato o ad enti pubblici.

Fatto l'elenco di tali beni di necessaria proprietà pubblica c'è però da aggiungere subito che spesso il peggior nemico dei beni culturali di proprietà pubblica è il Demanio.

Basta guardarsi attorno. Quante caserme e quante carceri e quante università hanno pressoché distrutto o impedito la "fruizione" culturale di immobili di inestimabile pregio storico e artistico. Per limitarmi a ricordi personali recenti potrei citar forse l'unico esempio italiano di tappeto dipinto su pavimento distrutto da un'amministrazione comunale; la residenza in esilio di un sovrano nordafricano spodestato nell'ottocento da una potenza coloniale distrutta dalla polizia stradale o la fruizione degli affreschi di una delle più importanti scuole rinascimentali inibita... dai carabinieri che vi hanno sede... e si potrebbe continuare.

Insomma non sempre il "pubblico" fa un uso culturalmente conforme dei "beni culturali".

Naturalmente è facilmente immaginabile l'obiezione: ma la funzione di conservazione del bene è cosa diversa dalla proprietà pubblica e i relativi poteri e diritti sono esercitati da amministrazioni diverse, il Ministero dei beni culturali da una parte e il Ministero dell'economia o l'ente proprietario dall'altra. Tutt'al più si tratterà di liti interorganiche... In realtà come l'esperienza insegna le "differenze di vedute" fra potentati sono spesso le più difficili da uniformare... Come ho già altre volte proposto, la questione, già emersa fin dai tempi della legge del '39 e della redazione del codice del '42, andrebbe risolta attribuendo anche la gestione del demanio culturale statale al Ministero dei beni culturali in modo da concentrare i poteri sul bene in un unico organo che li gestisca almeno con unità di intenti...

Sarebbe una riforma senza spesa, ma forse con qualche effetto... sulla conservazione e, perché no, anche sulla valorizzazione di beni culturali pubblici.

E veniamo ai privati.

Tenuto conto di quanto evidenziato in precedenza a proposito delle gestioni "demaniali" non è detto che affidare la gestione di determinati beni culturali (ad esempio un museo o un immobile storico) ad un privato dia risultati peggiori di quelli che può dare la gestione pubblica. Anzi è da credere che per la valorizzazione del bene il rapporto sia inverso. Naturalmente anche qui bisogna distinguere *frequentemente*. Ci sono beni che si prestano e altri no. E in ogni caso deve essere garantito il potere di intervento per la conservazione evitando commistioni fra conservazione e gestione, tenuto conto che la commistione dei ruoli difficilmente dà buoni risultati su un versante o sull'altro. Distinzione di ruoli che va tenuta attentamente presente al momento in cui si decide di affidare un bene pubblico alla gestione di un soggetto diverso da una pubblica amministrazione, sia esso un privato vero e proprio o un privato commisto con enti pubblici o con soggetti solo apparentemente privati come sempre più di frequente si usa fare o proporre: il gestore privato non è un benefattore che persegue un interesse collettivo, bensì un imprenditore che deve trarre un utile da una attività economica. Il che va tenuto presente non solo per non proporre convenzioni incompatibili con una attività imprenditoriale, ma, prima

ancora, per individuare i beni pubblici che si prestano ad una fruizione economicamente rilevante. L'attributo "culturale" non può essere un limite alla "esternalizzazione" di una attività amministrativa. Da tempo si sono "esternalizzate" attività "sovrane" come l'attività di polizia e, in alcuni Paesi, addirittura le carceri... quel che conta è che una determinata attività amministrativa si presti a trasformarsi in una attività imprenditoriale privata. Altrimenti o si coltivano illusioni o si inibiscono gestioni "alternative" con argomenti impropri.

Naturalmente l'imprenditorialità non è appannaggio soltanto dei privati o di soggetti che comunque agiscono in forme privatistiche come le società per azioni partecipate da soggetti pubblici o le tanto spesso evocate fondazioni che in realtà celano una pubblica determinante.

Anche la pubblica amministrazione può essere organizzata in forme aziendali. Si potrebbero citare esempi storici a iosa, esempi di successo ed esempi ormai in declino.

Ci sono beni culturali che si prestano ad una gestione aziendale nella quale forme privatistiche di gestione siano compatibili con una organizzazione strutturale pubblica.

È stata spesso invocata la concessione di una gestione autonoma ai musei o a particolari musei che presentano caratteristiche idonee per una gestione imprenditoriale.

Certamente non va mitizzata la gestione americana dei musei, ma certamente in molti casi l'attrazione di beni culturali in una gestione aziendale potrebbe essere profittevole sia per i beni, sia per i fruitori.

Va da sé che il modello della gestione aziendale di beni pubblici non è incompatibile con la "esternalizzazione" di settori della pubblica amministrazione, cioè con l'affidamento a privati della gestione di beni culturali. L'uno o l'altro modello può essere utilizzato a seconda delle concrete opportunità, essendo peraltro ben chiaro che entrambi i modelli presuppongono l'Amministrazione della conservazione, cioè il controllo sulla conservazione del bene da parte del Ministero dei beni culturali, nelle sue più recenti articolazioni organizzative.

E a proposito di conservazione mi sia consentito di lanciare il solito sasso contro la classe politica. Non per lamentare l'esiguità dei finanziamenti a favore del Ministero dei beni culturali. Di questi tempi non mi sembrerebbe proprio il caso. Ma per sottolineare per l'ennesima volta una occasione mancata... e per auspicare (non bisogna mai perdere la speranza!) un intervento riparatore.

Ci si lamenta che in un Paese come l'Italia, dove i beni culturali da conservare sono praticamente dovunque e per di più crescenti con l'espandersi della nozione di "culturalmente rilevante" (basta leggere l'ultima sistemazione del codice dei beni culturali peraltro subito insidiata "al rialzo" dal legislatore regionale per averne un'idea), le esigenze di finanziamenti per la conservazione siano praticamente infinite e non si manca di elogiare l'intervento di "benefattori" che intervengono in sostituzione – adesso si dice "sussidiariamente" – dell'Amministrazione statale, in particolare non si manca di elogiare le fondazioni c.d. bancarie, forse anche perché è anche il fenomeno maggiormente reclamizzato...

Quel che si dimentica di dire è che l'elargizione a favore della conservazione di beni è una percentuale alquanto modesta dei finanziamenti annualmente elargiti dalle fondazioni bancarie, mentre la totalità o la quasi totalità dei finanziamenti ero-

gati dalle fondazioni potrebbe essere indirizzata verso la conservazione di beni culturali. Se ciò non succede è colpa del legislatore e... il legislatore potrebbe porvi rimedio.

Quando si privatizzarono (formalmente) gli enti creditizi di diritto pubblico attraverso lo scorporo dell'azienda bancaria si pose il problema di cosa far fare all'ente conferente poi trasformato nelle attuali fondazioni di diritto privato. Si scatenarono, come sempre succede, gli appetiti più disparati, i quali cercarono udienze trasversali presso tutte le forze politiche, col risultato che le finalità che le fondazioni bancarie possono oggi periodicamente scegliere sono risultate una ventina, fra le quali è ovviamente compresa la conservazione dei beni culturali. Non si vogliono ovviamente dare giudizi sugli altri che, in tempo di carestia, si sono avventati sul formaggio, ma è certo che in un paese che pullula di beni culturali e che non riesce a conservarli tutti si è persa un'occasione unica per trovare una fonte di finanziamento alternativa alle fonti "singhiozzanti" del bilancio statale. Ma non è mai tardi per rimediare. Le leggi sulle fondazioni bancarie sono state "manipolate" più volte ad ogni cambio di governo o di legislatura...

Ci vorrebbe qualcuno... preferibilmente un Ministro dei Beni Culturali, che... impugnasse in Parlamento il vessillo per una nuova crociata... *in pro* dell'arte e della cultura...

GIUSEPPE SEVERINI

Consigliere di Stato

Anzitutto voglio ringraziare chi ha la pazienza di ascoltarci a quest'ora.

Solo alcuni *flash* perché veramente non c'è tempo.

Credo che sia il caso ormai di dismettere questo abito: tutte le volte che si parla di valorizzazione, si immagina qualcosa che si deve introdurre nell'ordinamento giuridico. Che abbiamo lavorato a fare questi ultimi cinque anni dopo la riforma del Titolo V? C'è un bel pezzo del Codice dei beni culturali che ha proprio la sua ragione nel fatto che è autonomizzata la nozione di valorizzazione, che è cioè dedicato alla valorizzazione. Allora cominciamo a ragionare di questo. Cominciamo anche a prendere in considerazione dal punto di vista giuridico che il combinato disposto degli artt. 112 e del 115 del Codice, cioè dei due articoli che definiscono il sistema dell'esternalizzazione, è stato oggetto di un recente decreto legislativo integrativo e correttivo. Il che significa che su questa novellazione non si può tornare perché il potere integrativo e correttivo è stato speso: quindi il fatto che la delega sia ancora aperta per altri due anni significa che si può tornare sugli altri articoli, ma la riconfigurazione del 112 e 115 è esaurita con la novella del marzo passato. Insomma, ormai parliamo essenzialmente *de iure condito*.

Cominciamo anche a tenere presente un altro effetto molto significativo: che, per effetto del principio di diritto intertemporale per cui sono le leggi del momento che governano l'azione amministrativa, i procedimenti non esauriti all'epoca del vecchio 112 e del vecchio 115 vanno dismessi e che quindi tutte le esternalizzazioni che non erano arrivate ad affidamento con quel regime, fino all'ultimo atto necessario – vedi passaggio del personale – debbono essere riesaminate alla luce del

nuovo combinato disposto. Il che significa vedere se davvero l'esternalizzazione è il metodo più adeguato, come dice ormai testualmente il 115, per gestire quel servizio o no.

Cominciamo allora ad analizzare questo sistema, tutto sommato non è mal congeniato, e lì dobbiamo vedere anche cosa significa il concorso del privato nella valorizzazione. In realtà l'espressione *valorizzazione* significa questo: lo Stato non ce la fa, soccorrano risorse esterne, essenzialmente risorse private. Non è più il *modus vivendi* tra Stato e Regioni per far sì che le regioni possano occuparsi della materia dei beni culturali senza intaccare la tutela: ormai è traslato il significato di valorizzazione, significa acquisire risorse.

Gli artt. 112 e 115 prevedono due tipi di formule consensuali: una, diciamo, intensa e una leggera. La formula intensa a sua volta si ripartisce nei tre criteri che ricordava Francesca Quadri poco fa, cioè c'è una definizione di strategie generali che è assorbita nella sfera pubblica, alla quale possono concorrere soltanto quei privati che immettono nel sistema di valorizzazione del territorio i propri beni culturali. Poi c'è un livello intermedio che è quello dell'elaborazione dei cosiddetti piani strategici di sviluppo culturale, che sono strumenti di pianificazione dell'azione: in questi c'è un concorso di un privato, e vi si differenzia un tipo di privato, le fondazioni bancarie essenzialmente, soggetti *no profit*, i quali concorrono dunque alla definizione del piano e non sono soltanto *grant making*, perché esercitano un ruolo attivo di definizione della valorizzazione del territorio. C'è in questo una straordinaria potenzialità per l'identità dell'azione delle fondazioni bancarie.

Poi c'è il livello più basso di questo modulo intenso, che è quello dell'eventuale esternalizzazione con gli strumenti della concessione.

Accanto a questo c'è un modulo più leggero, che è quello definito dall'ultimo comma dell'art. 112, vale a dire le forme consortili a carattere non imprenditoriale. Richiamo l'attenzione sulla differenza tra questi due perché temo che, se non ci si sforza di rendere vivo il modulo intenso, ci si attesterà giocoforza sul modulo più semplice che è il luogo di minore resistenza, di minore difficoltà: cioè i piccoli consorzi tra soggetti pubblici e privati interessati indirettamente o direttamente, per una causa o per l'altra, a valorizzare i beni culturali.

Tutto questo postula una presa in considerazione della differente ragione, per cui un soggetto privato partecipa o vuol partecipare o può essere chiamato a partecipare alla valorizzazione dei beni culturali. È sotto questa luce che va letto il principio dell'art. 111, comma 4, che dice che l'attività privata di valorizzazione è da considerare di utilità sociale. C'è una logica *acquisitiva* di utilità economica: io decido di propormi come gestore del tal museo perché ritengo che potrò lucrare attraverso l'uso di questo bene culturale. Non so quanto questo sia verosimile: Settis oggi ce lo ha ricordato ancora una volta, ma esiste questo mito che si possa fare economia attraverso la gestione del bene culturale. C'è poi all'opposto una logica non acquisitiva, ma *dativa*: io ho un bene culturale e mi piace per una ragione o per l'altra, magari per mia crescita di immagine o quant'altro, offrirlo alla pubblica fruizione e quindi valorizzarlo direttamente. Il motivo può anch'esso essere egoistico o non egoistico, ma è tutt'altro che un obiettivo lucrativo come quello che si diceva, è un costo considerato nella sua natura pura e semplice. Poi c'è la terza posizione che è quella della utilità sociale, istituzionale delle fondazioni ex bancarie. Io credo

che sia su questo terzo punto che bisogna orientare l'attenzione affinché si moduli in maniera molto concreta. Quindi spostiamo l'attenzione, per favore, sul *ius conditum* e cerchiamo di esplorarlo e di tirarne fuori le sue più autentiche potenzialità, che non mi sembrano poche.

ETTORE PIETRABISSA
Direttore Generale di ARCUS

Si è parlato molto del rapporto pubblico-privato nel corso del convegno di oggi. Normalmente il rapporto pubblico-privato viene inteso in senso *orizzontale*, cioè viene visto come la relazione funzionale che può proporsi fra un soggetto pubblico che gestisce attività pubbliche in linea istituzionale, da un lato, e, dall'altro lato, soggetti privati – esterni funzionalmente e gerarchicamente rispetto al soggetto pubblico – che possono collaborare opportunamente alla gestione di queste attività.

Il punto di vista alternativo che mi piacerebbe sottoporre ora alla discussione è costituito da una impostazione dell'interazione pubblico-privato definibile come *verticale*, e di cui la società Arcus S.p.A. è un esempio.

Va subito detto che Arcus è una società di diritto privato, una società per azioni ordinaria, guidata da un consiglio di amministrazione e dal suo presidente, controllata da un collegio sindacale, dotata di una struttura operativa gestita da un direttore generale. La particolarità è costituita dalla circostanza che l'azionista di riferimento di Arcus è un soggetto pubblico: in particolare l'azionista della società è il Ministero per i Beni e le Attività Culturali.

Credo che questo sia un punto di vista – all'interno del mondo dell'interazione pubblico-privato – alquanto innovativo.

Nei suoi due anni di vita, fino ad oggi Arcus si è dimostrato uno strumento efficace per ottenere alcuni risultati specifici.

Quali risultati possano essere ottenuti lo si può capire se si riflette sulla circostanza che Arcus è uno strumento che, grazie alla propria caratteristica di operare secondo criteri privatistici, può intervenire con una particolare potenzialità di efficienza ed efficacia, interagendo con altri soggetti privati, e tuttavia gestendo beni pubblici e fondi pubblici sotto il diretto controllo e le direttive specifiche del Ministero di riferimento, che è, come detto, il Ministero per i Beni e le Attività Culturali.

Possono essere citati alcuni esempi specifici. Arcus ha affrontato un progetto a forte contenuto tecnologico, nell'ambito del quale è stato necessario partecipare a una gara pubblica europea indetta dall'ESA (l'Ente Spaziale Europeo), al fine di ottenere un co-finanziamento in ambito UE. Non facilmente un Ministero può muoversi direttamente con la necessaria rapidità, e non è detto che possa direttamente partecipare ad una gara a cui normalmente sono invitati soggetti privati. Arcus invece, in forza della propria natura, può muoversi liberamente e con prontezza, e questo è quello che, dietro l'indicazione del Ministero, è stato fatto. Arcus ha quindi partecipato alla gara indetta dall'ESA: la gara è stata vinta e oggi Arcus è alla testa di un consorzio di aziende italiane e non, che, sempre seguendo le direttive del

Ministero, sta mettendo a punto le metodiche per utilizzare la tecnologia satellitare per il controllo dei siti archeologici, degli edifici museali e dei beni culturali in viaggio. Fra qualche mese sarà possibile, quando un quadro di Raffaello viaggia dall'Italia a Pittsburg per una mostra, monitorarlo momento per momento, chilometro per chilometro, per essere certi di dove è e di come è trattato.

Ancora: su un tema così vasto e difficile da gestire sia dal punto di vista politico che dal punto di vista economico come quello del *merchandising*, è stato avviato un progetto, ancora una volta sotto le specifiche direttive e l'attenzione del Ministero, con il quale, attraverso opportune interazioni con entità private e con studi di consulenza professionale, sono stati messi a punto i piani di intervento necessari ad ottenere una positiva evoluzione del mercato.

Credo, quindi, che si possa sostenere che l'innovativo concetto di integrazione verticale pubblico-privato rappresentato da Arcus possa avere un senso e dare risultati apprezzabili.

Un risultato particolare si ottiene poi nel momento in cui la parte privatistica dell'esperimento riesce ad esplicitarsi anche in termini di risparmi economico-finanziari. Ad esempio, i numeri ci dicono che in Arcus il rapporto tra volumi finanziati e costi di struttura è pari a circa la metà o meno, rispetto alla media di sistema. In altri termini, mediamente le società finanziarie come Arcus, a parità di volumi finanziati, presentano costi di struttura pari ad oltre il doppio di quelli denunciati da Arcus. Questo senz'altro è un risultato significativo: vuol dire che la società riesce a risparmiare sui costi di gestione, ottenendo risultati superiori alla media del sistema.

Arcus è nata due anni fa, e la mia persuasione è che si tratti di un esperimento che ha senso e che ha dato buona prova, in termini di efficacia di intervento, di garanzia della qualità delle attività svolte – anche grazie alla costante presenza del Ministero –, di possibilità di diversificazione degli interventi operativi.

Si ritiene che sia un esperimento che potrà avere un futuro. Naturalmente, come tutti gli esperimenti, anche quello costituito da Arcus deve essere sottoposto a revisione, verificato e messo a punto: non si nasce perfetti.

Il prossimo salto di qualità che Arcus dovrà fare sarà una ulteriore integrazione funzionale con il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, per garantire sempre meglio la effettiva corrispondenza delle attività aziendali rispetto alle necessità istituzionali. Arcus dovrà sempre più diventare quella che è nata essere, cioè il braccio operativo dell'istituzione rappresentata dal Ministero per i Beni e le Attività Culturali.

DANIELE RAVENNA

Direttore del Servizio Studi, Senato della Repubblica

Il nodo che affrontiamo oggi attiene alla ricerca di un assetto per il governo del sistema dei beni culturali, ove si confrontano i ruoli del proprietario – pubblico o privato – del bene; dell'autorità pubblica, titolare da una parte dei poteri di tutela sul bene, dall'altra dei poteri di governo del territorio; dei detentori del potere economico.

Un contributo a questo dibattito può provenire dal recente documento approvato dalla Commissione Istruzione del Senato, al termine di una lunga indagine conoscitiva dedicata a “nuovi modelli organizzativi per la tutela e la valorizzazione dei

beni culturali”, protrattasi per l’intera XIV legislatura (1). Nel documento, pur caratterizzato dall’impostazione in gran parte ricognitiva e tendenzialmente neutra propria di questo genere di atti parlamentari, appaiono meritevoli di segnalazione – anche per l’ampio consenso politico raccolto sul testo (2) – alcune conclusioni non scontate. In primo luogo i preoccupati rilievi sulla scelta, peraltro ormai costituzionalmente radicata, del criterio di ripartizione delle competenze fra Stato e Regioni fondato sulla distinzione fra tutela e valorizzazione, di cui si paventa l’attitudine a suscitare incertezza normativa e conflittualità. Il complesso delle innovazioni normative che hanno interessato il settore non appare infatti, alla Commissione, “in grado di promuovere un effettivo sistema integrato nel quale i vari attori (...) possano confrontarsi, coordinarsi e collaborare nella gestione dell’immenso patrimonio culturale italiano”, tanto che si conclude: “il superamento del rigido modello di separazione fra tutela e valorizzazione, cristallizzato dal Titolo V della Costituzione, rappresenta un’esigenza che dovrà essere perseguita nella prossima legislatura”. Lo stesso Codice, anche con le recentissime modifiche, pur mirando a una integrazione fra le due funzioni, viene giudicato solo in parte capace di soddisfare tale istanza. Più in generale, il documento, nell’enumerare le “criticità” poste in luce dall’indagine, rileva come la disciplina del settore sia ancora in una fase di evoluzione, che non consente di esprimere una ponderata valutazione complessiva.

Quale ulteriore contributo di riflessione, vorrei spostarmi sul piano fattuale, ripercorrendo brevemente l’esperienza di un soggetto di per sé peculiare, nel panorama degli enti operanti in Italia nel campo dei beni culturali italiani, come il Fondo per l’ambiente italiano-FAI e in particolare la progressiva sperimentazione di modelli e tipologie di rapporti differenziati vissuta dal FAI nel rapporto con le pubbliche amministrazioni.

Il FAI nacque nel 1975, nella forma tipica della fondazione, ad opera di un gruppo di privati, che mi piace nominare (Giulia Maria Crespi, Renato Bazzoni, Alberto Predieri) convinti della necessità di dar vita a una persona giuridica privata con il compito di “studiare la conservazione di ambienti, beni e in particolare fondi di interesse artistico, storico, archeologico, paesistico, ambientale, ecologico, di promuovere e intraprendere le azioni più opportune per la tutela le conservazioni dei beni suindicati” (3). In particolare, la fondazione avrebbe dovuto:

– acquisire in proprietà, gestire e valorizzare beni culturali a rischio di perdita o deperimento, perché appartenenti a privati non più in grado di averne cura, operando nell’interesse pubblico ma con gli strumenti propri del diritto privato;

(1) Senato della Repubblica – XIV legislatura, *Documento approvato dalla 7^a Commissione permanente nella seduta del 1° febbraio 2006 a conclusione dell’indagine conoscitiva sui nuovi modelli organizzativi per la tutela e la valorizzazione dei beni culturali* (Doc. XVII, n. 25)

(2) Il documento, benché votato sul finire della legislatura in un clima generale di accesa contrapposizione politica, ha raccolto significativi apprezzamenti anche dai senatori dell’opposizione, che si sono astenuti.

(3) Questo lo scopo iniziale della Fondazione, poi modificato ed oggi incentrato sull’educazione e l’istruzione della collettività alla difesa dell’ambiente e del patrimonio.

– di conseguenza, configurare i rapporti con la Pubblica Amministrazione (il Ministero) nei termini classici quali definiti dalla legge 1089 circa il rapporto fra privato proprietario di un bene vincolato e amministrazione preposta alla tutela (4).

Il modello di riferimento per i fondatori, come è noto, è il National Trust britannico, rispetto al quale possiamo cogliere tuttavia una significativa differenza. Il Trust, nato nel 1895 da iniziativa privata, muoveva dalla valutazione del rischio di distruzione di un patrimonio culturale posto in pericolo dalle trasformazioni socio-economiche della società britannica, a fronte della inesistenza di strumenti e politiche di tutela, e solo successivamente è stato oggetto di una particolare legislazione di sostegno che ne ha sottolineato la valenza pubblicistica, specificandone altresì gli obiettivi volti alla tutela, alla fruizione, alla valorizzazione (5). Il FAI, invece, nasce anch'esso come soggetto privato ma in un contesto profondamente diverso, storicamente connotato dalla presenza e dal radicamento di una forte normativa di tutela e di un apparato pubblico preposto alla sua applicazione dotato di penetranti poteri, di cui peraltro i fondatori assumono la inadeguatezza rispetto a un compito pressoché incommensurabile quale la tutela dell'intero patrimonio culturale italiano. In tal senso, il FAI fin dall'origine intende consapevolmente calarsi in tale sistema e "giocarcarlo": dare vita cioè a un soggetto privato, che diviene privatisticamente proprietario del bene in pericolo e lo amministra con l'efficienza del buon padre di famiglia, assoggettandosi più che volentieri a – e anzi assecondando – l'esercizio dei penetranti poteri di tutela spettanti all'amministrazione dei beni culturali sul bene stesso.

Nei primi due decenni di vita il FAI ha così potuto acquisire la proprietà di alcuni beni, alcuni dei quali di grande rilevanza, come i castelli di Avio in Trentino, di Masino e della Manta in Piemonte, le ville del Balbianello, della Porta Bozzolo e Panza in Lombardia, l'abbazia di San Fruttuoso in Liguria. Tale modello, coerentemente applicato nei primi decenni di vita del FAI, ha avuto il merito, fra l'altro, di mettere alla prova e sfatare rapidamente un mito che ha avuto un certo corso per un qualche periodo di tempo: l'idea che il bene culturale, se ben amministrato, possa dar vita a un *business* capace di assicurarne il sostentamento. Al contrario, la pur attenta gestione del FAI ha confermato che il bene culturale, salvo eccezioni

(4) Il FAI impersona dunque di una figura differente – pur se contiguità vi è e lo spunto andrebbe sviluppato – dalla fondazione di partecipazione. Sulle prime esperienze di quest'ultimo modello (Fondazione Museo delle antichità egizie di Torino, Fondazione Torino Musei, Fondazione Museo nazionale della scienza e della tecnologia) si possono vedere gli scritti di E. BELLEZZA, M. TURETTA, G. CATTANEO INCISA, F. GALLI, A. MOTTOLA MOLFINO in MBAC – Ufficio studi, *Notiziario*, n.74-76, gennaio-dicembre 2004. Per una valutazione fortemente critica, v. A. PAOLUCCI, *La fondazione ideale*, in www.mecenate.info/stampa.asp?id=649.

(5) Il *Trust*, giuridicamente, è una *registered charity* – dunque un soggetto di natura privata – il cui statuto è però – caso unico nell'ordinamento britannico – stabilito direttamente per legge. V. C. DESIDERI – E. A. IMPARATO, *Beni ambientali e proprietà. I casi del National Trust e del Conservatoire de l'espace littoral*, Milano, 2005, pagg. 17 e ss.. Interessante la sintesi di problemi e prospettive del *Trust*, *ivi*, pagg. 48 e ss..

rarissime, e per quanto bene amministrato da un proprietario privato, ben difficilmente è in grado di raggiungere l'equilibrio economico; e che comunque tale equilibrio, anche ove sia raggiunto, è destinato ad andare in crisi, prima o poi, a fronte dell'insorgere di emergenze, imprevedibili quanto inevitabili.

Si afferma quindi con prepotenza il tema del reperimento delle risorse, del *fund raising*, del rapporto con i soggetti titolari di risorse economiche (il mondo delle imprese, le fondazioni bancarie, gli Enti locali, lo stesso Stato), che diviene elemento essenziale nell'attività del FAI. Nel contempo si sviluppa la componente associativa, che progressivamente assume straordinario rilievo e giunge a connotare peculiarmente il FAI rispetto alle fondazioni tradizionali.

L'emergere del tema della valorizzazione del patrimonio culturale come impegno coinvolgente, a vario titolo, Stato, regioni ed autonomie locali; il connesso superamento di una idea "puntiforme" del singolo bene, la cui valorizzazione impone logiche di concertazione sul territorio e la costruzione di reti; il crescere della domanda di servizi sempre più ricchi e complessi; tutto ciò ha imposto ai soggetti titolari di beni culturali – e fra questi al FAI – la progressiva costruzione di una serie di legami con le istituzioni, variamente strutturati e articolati. Anche in relazione a ciò, dalla fine degli anni '90 si è prodotto, tanto nel FAI quanto nell'amministrazione pubblica, un significativo mutamento nelle strategie di tutela e valorizzazione.

Se fino a quel momento il FAI si era mosso nel solco dell'idea originaria – l'acquisto del bene in proprietà *pleno iure* quale strumento per la sua salvaguardia – dalla fine di tale decennio l'esperienza maturata nella gestione del proprio patrimonio ha reso la fondazione interlocutore credibile, agli occhi della pubblica amministrazione, per sperimentare forme di affidamento di beni pubblici di particolare rilievo; nel contempo, il FAI ha maturato una disponibilità ad affrontare tale nuova esperienza.

Il primo caso è del 1999, allorché il FAI stipula una convenzione con la regione Sicilia per il restauro paesaggistico, il recupero produttivo, la conservazione e la fruizione turistico-culturale di un'area appartenente al demanio regionale: il giardino della Kolymbetra, piccola valle situata nel cuore della Valle dei Templi di Agrigento. La convenzione prevede la concessione gratuita, venticinquennale, dell'area al FAI, le modalità per la gestione, i poteri di vigilanza della Soprintendenza regionale.

È del 2002 la prima iniziativa con lo Stato, che vede una duplicità di strumenti volti a un obiettivo unitario: il recupero del complesso demaniale del parco di villa Gregoriana a Tivoli, da tempo in condizioni di precarietà. Mediante una concessione il Demanio affida al FAI il complesso dei Templi di Vesta e Tiburno "per consentire interventi di recupero, tutela e salvaguardia e fruizione dei menzionati Templi da parte dell'ente concessionario". A tal fine il concessionario è obbligato a predisporre un progetto per il "restauro, recupero e salvaguardia" che sarà sottoposto all'approvazione della Soprintendenza. La struttura dell'atto, per il resto, appare del tutto convenzionale, compreso il canone; quindi obiettivi del progetto, modalità di finanziamento, ecc. sono estranei all'atto stesso.

Contestualmente, nella stessa data l'Agenzia del Demanio affida al FAI il complesso dell'adiacente Villa Gregoriana con il diverso strumento della locazione, affinché la fondazione svolga "a propria cura e spese, la sua attività istituzionale sul

sopra descritto compendio demaniale che versa in notevole stato di degrado”, apprezzando “la natura degli interventi proposti e necessari per il restauro del compendio”. Nel contratto si autorizza il locatario a effettuare il restauro, recupero, tutela e salvaguardia del complesso, per consentirne la fruizione da parte del pubblico anche dietro pagamento di un biglietto, e si prevede anche la possibilità di punti di ristoro e *bookshop*. Appare curiosa, in questo atto, l’assenza di ogni riferimento all’Amministrazione dei beni culturali.

Sempre nel 2002 il Demanio dello Stato assegna in concessione al FAI un singolare bene sito nel comune di Palau in Sardegna, che unisce valenze storiche, architettoniche e paesaggistiche: una batteria di artiglieria costiera in stato di abbandono – la Batteria Talmone – per il “restauro conservativo ai fini di una valorizzazione e pubblica fruizione” di tale compendio. Anche in questo atto di concessione vengono stabiliti gli obblighi del concessionario – compreso il versamento di un canone – in termini del tutto convenzionali per tale tipologia di provvedimenti. Le misure di tutela fissate dal Soprintendente regionale per la Sardegna, che attengono pressoché solo alla fisica conservazione del bene, fanno parte integrante dell’atto di concessione. Da segnalare che il bene nel 2004 è stato trasferito in proprietà dallo Stato alla regione Sardegna, la qual è pertanto subentrata nel rapporto con il soggetto concessionario.

Non meramente simbolico, in tutti questi casi, l’ammontare del canone previsto, con tanto di deposito cauzionale di una annualità e di previsione di aggiornamento ISTAT.

In verità, la previsione stessa di un canone – pur coerente con la struttura dell’atto – appare incongrua in un negozio che vede lo Stato affidare a un concessionario un bene solitamente degradato e in abbandono per mancanza di risorse economiche e progettuali, affinché sia il concessionario ad attivarsi per far convergere i soggetti, pubblici e privati, le capacità e le risorse necessarie alla tutela, alla fruizione e alla valorizzazione del bene. La stessa durata della concessione andrebbe meglio parametrata rispetto a tale realtà.

Al riguardo, una recente disposizione, contenuta nel regolamento per la locazione degli immobili di proprietà statale, sembra prefigurare, sia pur indirettamente, la possibilità di concessioni a soggetti quali il FAI a canone particolarmente agevolato (6). Se consideriamo che per altri casi la stessa fonte prevede la possibilità

(6) Si tratta del *Regolamento concernente i criteri e le modalità di concessione in uso e in locazione dei beni immobili appartenenti allo Stato*, emanato con d.P.R. 13 settembre 2005, n. 296, pubblicato nella *Gazz. Uff.* 2 febbraio 2006, n. 27, il cui art. 11 (rubricato “*Soggetti beneficiari a canone agevolato*”) prevede:

“1. I beni immobili dello Stato di cui all’articolo 9 possono essere dati in concessione ovvero in locazione a canone agevolato per finalità di interesse pubblico connesse all’effettiva rilevanza degli scopi sociali perseguiti in funzione e nel rispetto delle esigenze primarie della collettività e in ragione dei principi fondamentali costituzionalmente garantiti, a fronte dell’assunzione dei relativi oneri di manutenzione ordinaria e straordinaria, in favore dei seguenti soggetti:

(.....)

g) le istituzioni, le fondazioni e le associazioni non aventi scopo di lucro, anche combattentistiche e d’arma, le quali:

di concessioni gratuite, mentre in altri ambiti dell'ordinamento è lo stesso Stato a finanziare il concessionario, vediamo che la materia offre spunti di riflessione e prospettive di evoluzione.

Sul piano della strumentazione istituzionale volta a promuovere il concorso di soggetti pubblici e privati nella tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, la regione Lombardia rappresenta un laboratorio avanzato e il FAI è stato parte attiva di molte esperienze (7).

Fra queste, si possono menzionare due strumenti di partenariato: un Accordo di programma per le case-museo milanesi; un Accordo quadro di sviluppo territoriale per la valorizzazione del lago di Como.

Nel centro di Milano il FAI è proprietario di casa Necchi Campiglio, una delle rarissime ville urbane del centro cittadino, perfettamente conservata fino ai giorni nostri, costruita fra il 1930 e il 1933 da Piero Portaluppi. Al fine di consentire il restauro della villa e del giardino, arricchendola anche di strutture che ne faciliteranno l'utilizzo da parte del pubblico, il FAI ha aderito all'Accordo di programma realizzato fra il 2004 e il 2005 dal Ministero, dalla Regione Lombardia, dalla Provincia e dal Comune di Milano per la realizzazione in città di una rete di case-museo (8).

Sul lago di Como il FAI è proprietario dal 1988 della villa del Balbianello. Questo ha dato titolo alla Fondazione per aderire all'Accordo Quadro di Sviluppo Territoriale (AQST) per la valorizzazione culturale del lago di Como e in particolare dell'area dei Magistri Comacini, approvato anch'esso fra 2004 e 2005 (9).

1) (*Non ammesso al visto della Corte dei conti*);

2) perseguono in ambito nazionale fini di rilevante interesse nel campo della cultura, dell'ambiente, della sicurezza pubblica, della salute e della ricerca;

3) svolgono la propria attività sulla base di programmi di durata almeno triennale;

4) utilizzano i beni di proprietà statale perseguendo, ove compatibili con i propri scopi, l'ottimizzazione e la valorizzazione dei medesimi, garantendo altresì la effettiva fruibilità degli stessi da parte della collettività".

Il precedente articolo 10, inoltre, è dedicato ai "soggetti beneficiari a titolo gratuito".

(7) Gli strumenti della programmazione negoziata regionale in Lombardia, quali disciplinati nella legge regionale 14 marzo 2003, n.2, e la loro applicazione nel campo dei beni culturali, con rilevanti effetti positivi (decine di interventi cofinanziati, numerosi accordi di programma e un accordo quadro di sviluppo territoriale sottoscritti al 2005) sono ampiamente studiati in P. BILANCIA (cur.), *La valorizzazione dei beni culturali tra pubblico e privato - studio dei modelli di gestione integrata*, Milano, 2005 e specialmente, ivi, P. BILANCIA, *Introduzione*, p. 30, G. MARCHETTI, *Analisi della legislazione della Regione Lombardia in materia di beni culturali*, p. 104 e S. SASSI, *La programmazione negoziata della Regione Lombardia nel settore culturale*, p. 123.

(8) L'Accordo di programma è lo strumento amministrativo volto a coordinare interventi di interesse regionale che richiedono l'azione di più soggetti pubblici locali (art. 6 della citata legge della Regione Lombardia n. 2 del 2003). All'Accordo possono aderire anche soggetti privati.

(9) L'Accordo Quadro di Sviluppo Territoriale è lo strumento amministrativo promosso dalla Regione per coordinare l'azione delle Autonomie locali interessate su un programma di interventi condiviso; anche ad esso possono aderire soggetti privati (art. 3 della citata legge della Regione Lombardia n. 2 del 2003).

L'Accordo Quadro vede l'adesione della Regione, di tutti gli enti locali dell'area, di una fondazione bancaria, di diverse altre fondazioni, associazioni e enti ecclesiastici, la gran parte dei quali concorre, pur in misura diversa, a finanziare l'Accordo.

Hanno invece carattere meramente bilaterale varie convenzioni sottoscritte dal FAI con altri soggetti, a durata solitamente triennale, aventi ad oggetto progetti di conservazione programmata (manutenzione straordinaria), ovvero valorizzazione. Si possono citare quelle:

- con la Regione Piemonte per lo svolgimento di attività didattiche e culturali nel castello di Masino;
- con la Fondazione CRT per interventi straordinari di restauro;
- con la Fondazione San Paolo per il castello di Masino.

In altro ambito territoriale, si può menzionare una convenzione con la Regione Lazio per lo svolgimento di attività culturali: l'obiettivo è quello di studiare nuovi itinerari nelle diverse province della Regione in occasione della giornata FAI di primavera.

Vi sono poi gli accordi per la costituzione dei sistemi museali. Il FAI partecipa ad alcuni di questi con i beni di sua proprietà (la villa Panza per il sistema dell'arte contemporanea nella provincia di Varese, la ricordata villa del Balbianello per il sistema museale della provincia di Como).

Tali accordi non presentano una configurazione giuridica definita: di fatto vi è un ente territoriale capofila che promuove e coordina gli altri interessati, guida il gruppo di lavoro e chiede un contributo alla Regione, curando inoltre le attività di promozione comuni, quali la gestione di un eventuale logo o marchio.

Su un altro piano, il FAI ha aderito ad una iniziativa avviata per realizzare, mediante il Fondo sociale europeo, un polo formativo sul tema della valorizzazione dei beni culturali, con l'obiettivo di realizzare un corso biennale post-diploma e costituire un centro servizi e supporto per gli enti interessati. In questo caso i soggetti promotori appartengono alla sfera privata e la forma organizzativa si configura quale associazione temporanea di imprese; gli enti pubblici resterebbero sullo sfondo come garanti.

Vorrei concludere con uno spunto che vi sottopongo. Le nostre riflessioni ruotano da tempo attorno a un punto focale assillante: il reperimento di risorse da convogliare verso il patrimonio culturale e le conseguenze di ciò sul "sistema di governo" del settore e dei singoli beni. Ma io vorrei spostare un momento tale punto focale, chiedendomi in che rapporto si ponga tale problematica con il principio di libertà ("L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento": art. 33, primo comma, Cost.), che "sta sotto" la tutela dei beni culturali. Perché in definitiva è anche per questo che noi vogliamo tutelato il nostro patrimonio culturale: perché di esso possiamo avvalerci, noi e le generazioni a venire, per fondarvi la nostra libertà di pensiero e artistica. E allora mi e vi chiedo di riflettere sulla varietà di questi "sistemi di governo" (dalla proprietà privata soggetta a vincolo, alla proprietà pubblica, alle infinite varietà di concertazione fra soggetti diversi, privati e pubblici, che qui abbiamo fuggacemente menzionato) alla luce di questo diverso punto focale.

FRANCESCO SCOPPOLA

Presidente della Commissione regionale BAC Marche

Mi limiterò solo ad enunciare cinque titoli degli argomenti che vorrei proporre, perché la permanenza in sala, dopo tante ore, ha dell'eroico.

Il primo titolo può essere riassunto nelle *esigenze di stabilità e di semplificazione normativa*: occorrono ormai tutte le dita di una mano per elencare che siamo qui a considerare l'ipotesi di una riforma della riforma della riforma della riforma delle norme di tutela, perché al primo riferimento che consiste nelle leggi Bottai del 1939 n. 1089 e n. 1497, è seguito il testo unico n. 490 del 1999, poi il Codice n. 42 del 2004, quindi appena pochi giorni fa i due decreti del 2006 n. 156 e n. 157 e adesso siamo riuniti a considerare l'opportunità di un nuovo passo. Occorre quindi una mano intera per enumerare schematicamente a che punto siamo. Non solo il quadro è articolato e in continuo cambiamento, ma il fenomeno ha per giunta un andamento esponenziale. Proprio gli atti della Commissione Parlamentare Cultura insegnano che nel '99, al momento in cui si andò al testo unico, dalle due leggi Bottai del 1939 si era passati a 4 norme riguardanti la tutela nel '49, ad 8 nel '59, a 16 nel '69, a 32 nel '79, a 64 nell'89. Naturalmente si tratta di una pura coincidenza fortuita, ma indica un andamento, che è stato precisamente esponenziale. Di fronte ad un tale incremento progressivo e crescente, occorre semplificazione e stabilità.

Per non dire poi che parallelamente alle modificazioni delle norme di tutela, ve ne sono state altre 5 di riorganizzazione dell'amministrazione preposta all'applicazione delle norme di tutela. Si possono ricontare sulla punta delle dita: l'ordinamento originario della Direzione generale antichità e belle arti presso la Pubblica Istruzione, l'istituzione del Ministero nel 1974-1975, la riforma del 1998 n. 368 compiutamente attuata nel 2001, la riforma del 2004 introdotta con il D.Lgs. N. 3 e con il d.P.R. 173 e le attuali esigenze di rimodulazione. Non mi soffermo nemmeno su queste norme, perché l'uditorio le conosce.

La seconda urgenza da segnalare alla vostra attenzione, il secondo titolo da proporre può essere espresso nelle diffuse esigenze di *coordinamento*: esisteva, faticosamente messo in piedi con il D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 112 (art. 154 e 155), un meccanismo, le commissioni regionali, che è stato ora disattivato con il D.Lgs. n. 156 del 2006, art. 6, andando oltretutto fuori dai limiti fissati con la norma di delega, che è stata forzata in termini di tempo e di merito: perché la delega era biennale ed erano poi stati previsti altri due anni per le correzioni, ma per correggere la norma stessa, non per abrogare norme diverse. Viceversa è stata abrogata – e non dal Parlamento – una norma diversa dal D.Lgs. 42/2004 (che fino al 2006 il Governo poteva eventualmente correggere). Sono state così soppresse, con una forzatura e senza una ragione dichiarata, le commissioni regionali di coordinamento, le quali avevano il compito di coordinare Stato, Regioni, Province, Comuni e altri soggetti per cercare di individuare e concordare la programmazione economica. È strana la forma quasi schizofrenica di procedere dalla quale sembriamo afflitti.

Il terzo titolo, il terzo spunto – arrivo subito in fondo – è quello delle *competenze*: probabilmente la faccenda la possiamo dirimere o avviare a soluzione non

solo disquisendo sulle differenze fra tutela e valorizzazione, fra compiti dello Stato e delle Regioni, stabilendo di conseguenza quali siano poi quelli nei quali possano concorrere anche i privati, ma facendo chiarezza sul termine di “competenza esclusiva”. La competenza esclusiva non significa la possibilità o la facoltà di escludere qualcuno, ma significa il diritto di non essere esclusi, indica una titolarità: allora, finché si farà confusione ancora su questo e cioè finché vi sarà un ufficio statale, regionale, provinciale, comunale, ecclesiastico o privato che dica: “siccome sono il titolare della competenza esclusiva voglio fare tutto da solo, senza ascoltare nessuno”, allora resteremo ancora fuori dal seminato, nel campo della inutile litigiosità.

Il quarto titolo riguarda il tema delle strutture, delle soprintendenze: se guardiamo non a come vorremmo essere, ma a come stiamo diventando, possiamo fare un primo passo avanti. Si tratta di aprire gli occhi sul fatto che già di fatto abbiamo *strutture parallele*, soprintendenze parallele e procedure di controllo parallele. Il caso dei Fori Imperiali a Roma, ad esempio, lo insegna: sarà stato un bene, non lo sarà stato, ma c'è stata la positiva concorrenza, in senso buono, fra le soprintendenze del Comune e dello Stato. Non si dica che Roma è un caso a sé, per via della questione romana, della storia dei rapporti tra Stato e Chiesa. Sarà certamente pur vero ma anche altrove, come ad esempio nel caso dell'Emilia Romagna, esistono da tempo strutture parallele in materia di beni culturali. Quindi il modello – forse non voluto – ma reale, è quello di un parallelismo.

Il quinto e ultimo titolo in materia di *governance* dei beni culturali, e qui mi fermo, è quello delle *dotazioni perenni*: lo insegna la storia del medioevo, del rinascimento, lo dimostrano gli avi: per dare gambe, fiato e corpo alle nuove generazioni, oppure ad una istituzione, ad un museo, gli si dà una dote. Anche in altri paesi le dotazioni perenni sono quelle che permettono di respirare, sono il contrario dei contratti a termine precari per le persone e dei finanziamenti straordinari (o previsti periodicamente ma sempre episodicamente da ogni legge finanziaria) per le istituzioni. I nostri musei possono avere un reddito, sia pur basso, perenne: ad un giardino monumentale, per non andare in malora, bastano a volte 50.000 euro l'anno, anche se si tratta di un grande parco, ma servono tutti gli anni, non serve a nulla finanziare ogni tanto un costoso restauro straordinario e poi più niente.

Per le dotazioni perenni, grazie al consiglio dell'amico Giuseppe Fiengo, si era fatto 4 anni fa un esperimento nelle Marche: quello di depositare in banca, dopo una opportuna procedura di individuazione tramite gara, non alla stregua di un deposito ordinario ma come vera e propria spesa effettuata in cambio di servizi, le somme di cui fosse stato autorizzato il prelievo in contanti. Erano certo solo gli spiccioli di bilancio: ma se era possibile tenerli in cassaforte, a maggior ragione li si doveva poter tenere in banca: era più chiara la gestione e più trasparente. Inoltre fruttavano, aumentavano: a quel punto potevano costituire un primo piccolissimo nucleo di una quota perenne, anche se solo per assicurare le spese correnti, per comprare la carta, per pagare le bollette l'ultimo giorno utile, tramite domiciliazione.

RAFFAELE TAMIOZZO
Avvocato dello Stato

I musei diocesani

Consentitemi di fare una breve premessa per rivolgere anche da parte mia un sincero, personale apprezzamento all'organizzatore dell'incontro di studio, l'Avv. Giuseppe Fiengo, al quale attribuisco fra i tanti, tre fondamentali meriti, il primo di essere un validissimo collega dell'Avvocatura dello Stato, il secondo di essere da sempre, prima che un collega, un ottimo amico, il terzo, infine, riferito al fatto che ci accomuna una certa simpatia, da qualcuno definita in maniera un po' rude passione demenziale, per il settore dei beni culturali.

Cercherò di occuparmi di problemi di *governance* nel settore dei beni di interesse religioso, tentando alcune considerazioni anche *de iure condendo* perché di diritto consolidato in questo settore esistono solo la Costituzione (il che non è poca cosa), l'articolo 9 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (Codice Urbani) e le intese che sono state stipulate tra lo Stato e la Chiesa, le autorità religiose, il rappresentante della CEI e il Ministro per i beni e le attività culturali (le ultime del 13 settembre 1996, del 18 aprile 2000 per archivi e biblioteche e del 2004: l'autorizzazione alla stipula di quest'ultima, destinata a sostituire quella del 1996, è stata autorizzata dal Governo il 3 agosto del 2004).

La Costituzione stabilisce il principio della libertà di culto e del rispetto delle religioni; come sapete, lo Stato e la Chiesa sono ciascuno nel proprio ordine indipendenti e sovrani; i loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi, le cui modifiche non richiedono procedimento di revisione costituzionale; questo per l'articolo 7; l'articolo 8, poi, fissa il principio che tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge e i rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze.

Ecco, queste due norme sostanzialmente costituiscono il presupposto della attività normativa che lo Stato svolge con riferimento alle autorità religiose del nostro Paese, ivi compreso il profilo della disciplina del patrimonio storico, archivistico, librario e artistico che le confessioni religiose, in particolare quella cattolica, contengono, posseggono e gestiscono e relativamente ai quali il Ministero e le regioni provvedono ai sensi dell'articolo 9 del Codice Urbani d'accordo con le rispettive autorità.

Una prima considerazione va fatta con riferimento al bene culturale religioso che, a differenza di quelli che costituiscono il patrimonio nazionale, è patrimonio delle stesse autorità religiose: non può considerarsi immanente a questo patrimonio il complesso delle regole che disciplinano i beni che, anche se in proprietà privata, costituiscono il cosiddetto *patrimonio nazionale*; voi mi insegnate come sia dubbia l'opportunità di continuare a parlare di patrimonio nazionale; la difesa del patrimonio culturale di uno Stato non è fatta con riferimento ad un presunto dominio eminente da parte dei soggetti costituenti la collettività nazionale (patrimonio nazionale), ma è e deve essere visto solo con riferimento a valenze storiche e cioè alla circostanza che quei beni, quel patrimonio culturale, prescindendo dalla posizione dei

singoli che allo stesso possono essere anche, e spesso sono, del tutto indifferenti, rappresentano l'identità della nazione, sia che si tratti di patrimonio artistico sia che si tratti di patrimonio paesaggistico, entrambi questi beni – storico-artistici o culturali in senso stretto e paesaggistici – accomunati nell'unitario concetto recepito dal Codice Urbani di *patrimonio culturale*.

Se quindi è vera la qualità peculiare di questi beni, è necessario indagare quali possono essere le forme per valorizzare beni di siffatta natura e, nell'ambito delle varie forme che possono essere utilizzate (pensiamo soltanto ai beni di proprietà del Ministero dell'interno – Fondo per il culto, le chiese che costituiscono patrimonio del Fondo per il Culto), la mia attenzione si rivolge ad una particolare tipologia di enti che raccolgono tali beni, enti che sono rappresentati dai *musei diocesani*.

I musei diocesani nel nostro Paese hanno una peculiarità specifica: sono istituzioni che raccolgono beni che hanno la caratteristica di appartenere territorialmente ad una diocesi.

Esistono anche i cosiddetti musei di arte sacra, che però non costituiscono il *genus* rispetto alla *species* musei diocesani; i musei di arte sacra sono da considerare a parte, sono destinati ad una fruizione esclusivamente estetica, storico-artistica, laica e non possono essere confusi con i musei diocesani; i musei di arte sacra trovano la loro limitazione nella mancanza di esposizione e considerazione dell'uso liturgico; hanno un contenuto oggettivamente limitato alla sfera culturale ma senza alcuna particolare vocazione alla valorizzazione di detta sfera culturale, che è invece caratteristica propria del museo diocesano.

Un museo d'arte sacra si connota come museo storico-artistico, a differenza del museo diocesano che invece può, anzi deve, essere *comunicatore del valore iconografico dell'opera*.

Numerosi fattori purtroppo negli ultimi anni hanno determinato l'accantonamento di opere d'arte religiose, che hanno rischiato e rischiano con molta facilità di cadere nell'oblio.

Anche beni culturali di ingente valore sono stati eliminati o rimossi per far luogo ad una nuova suppellettile di moderna fattura, ispirata ai dettami dell'arte contemporanea; chi non ha avuto notizia della sostituzione di candelabri di fattura celliniana con moderni, stilizzati candelabri, che sicuramente danno una impronta, una ventata di modernità, di contemporaneità anche all'arredo di chiese e altari? Gran parte della suppellettile dimessa, non trovando collocazione più consona ed appropriata, viene accatastata nei meandri delle chiese, causando concreto rischio per la loro conservazione.

Le percentuali indicate annualmente dei furti dei beni di interesse culturale dal nostro Comando tutela del patrimonio culturale dimostrano che accadono sempre numerosi furti proprio nei luoghi, negli edifici comunque sotto gestione religiosa.

Che cosa fa allora il museo diocesano? Dovrebbe come principale vocazione accogliere ciò che rischia di essere disperso, dovrebbe essere destinato a valorizzare, ad accrescere la cultura relativa alla *significazione* storico-religiosa di quell'oggetto, quell'opera d'arte che, estrapolata dal contesto originario per il quale era stata creata, assume valore storico per eccellenza di testimonianza del passato, fruibile non soltanto da una comunità cristiana, religiosa ma anche da una comunità laica: e

qui ho usato volutamente il termine fruibile: *est enim proprie frui aeternorum sicut uti terrenorum*: Sant'Agostino insegnava che è proprio caratteristica fondamentale delle cose eterne essere fruito e delle cose terrene essere usate; l'uso logora e finisce per distruggere il bene; la fruizione costituisce un valore aggiunto del bene, lo valorizza viepiù e ne esalta le qualità estetiche, storiche, in definitiva culturali.

È necessario quindi rivedere l'atteggiamento che porta a distruggere tutti quei beni o arredi sacri non più utilizzati nel culto e quindi non più fruibili nell'espletamento della liturgia e creare una nuova mentalità, che porti a vedere, in queste opere, retaggi e segni del passato anche in ambito culturale, segni idonei a indicare e testimoniare le caratteristiche e i cambiamenti della sfera sacra e ad assicurare la memoria storicizzata degli oggetti che hanno contraddistinto la comunità cristiana nelle passate generazioni.

Ciò che vale per la religione cattolica può e deve valere anche per le altre confessioni religiose.

Tornando alla problematica specifica dei musei diocesani, occorre naturalmente valutare il grado di conservazione in cui si trovano i beni culturali d'interesse religioso: per garantirne uno stato di conservazione adeguato è necessaria una manutenzione specifica, che assicuri una lunga vita al bene, soprattutto se si considera l'antichità, la vetustà del patrimonio ecclesiastico italiano, se si considera l'importanza e la vastità di questo patrimonio.

Le opere e gli oggetti eliminati dalla specifica, quotidiana funzione liturgica, nei casi più fortunati ma rari, vengono accolti all'interno dei musei diocesani appositamente realizzati; nei casi più frequenti, questi beni culturali finiscono, come si è detto, relegati in cantina o nelle soffitte delle chiese.

Come spiega Monsignor Giancarlo Santi, direttore dell'Ufficio Nazionale Beni Culturali Ecclesiastici della CEI e presidente fino allo scorso anno dell'AMEI (Associazione Musei Ecclesiastici Italiani), la crisi della conservazione dei beni culturali religiosi può essere ricondotta ad una frattura tra la non più utilità del bene e la conseguente mancanza di manutenzione. La variazione di impiego di alcuni beni religiosi, e quindi il loro allontanamento dall'uso liturgico, ha causato una mancanza di cura sullo stesso patrimonio, destinandolo all'oblio. Pensiamo soltanto ad alcuni particolari oggetti come cartegloria, candelieri d'altare in legno, paliotti d'altare in stoffa, alcuni paramenti sacri come manipoli e pianete sostituite dalle più recenti casule, stendardi processionali, tronetti per l'esposizione eucaristica e reliquiari che ormai, non essendo più in uso, sono custoditi in maniera non del tutto consona all'interno di armadi o in cantina. La manutenzione al solo scopo della conservazione, non invece in vista dell'uso, costituisce in ambito strettamente religioso una novità, non prevista, onerosa, non capita e perciò, spesso, non più effettuata, come ormai le indagini di settore da tempo hanno dimostrato e dimostrano.

In ambito ecclesiale esistono difficoltà e nodi problematici inerenti il settore della tutela dei beni culturali.

Manca infatti un sistematico impegno formativo da parte della Chiesa in grado di realizzare un disegno unitario fatto di programmi, sussidi, itinerari educativi per la conservazione dei beni culturali ecclesiastici.

L'impegno svolto a favore dei beni culturali nelle chiese italiane si rivela spes-

so quale espressione di una sensibilità spontanea da parte di un singolo sacerdote, piuttosto che una convinzione radicata e teoricamente motivata, dettata dalla chiesa. In alcuni casi il cattivo stato di conservazione del patrimonio religioso è imputabile proprio all'incuria di alcuni sacerdoti, spesso ad una loro non adeguata preparazione, al mancato rispetto delle discipline canoniche nonché ad un altro fenomeno sempre in triste crescita, il ricordato grave fenomeno dei furti nelle chiese.

Un rimedio può essere rappresentato dalla revisione di determinati atteggiamenti di indifferenza, con il conseguente recupero di una mentalità della manutenzione verso oggetti obsoleti, che sono obsoleti peraltro solo dal punto di vista dell'uso liturgico, ma non certo dal punto di vista della storia e della dottrina.

Vanno in questa direzione alcune proposte avanzate dalla CEI, relative alla sensibilizzazione costante sul valore dei beni culturali ecclesiastici da suscitare sin dal seminario e l'istituzione di organismi preposti alla tutela del patrimonio religioso a livello diocesano, regionale, statale; va in tal senso anche la proposta di individuare un organo nazionale che coordini e orienti siffatte scelte e siffatte revisioni di cultura.

Si è pensato addirittura all'ideazione e alla creazione di società di servizi destinate a controllare e monitorare il patrimonio storico della chiesa, al fine di evitare non solo cattivi esempi di manutenzione, ma addirittura suggerire le argomentazioni per una conservazione adeguata del patrimonio; si tratterebbe evidentemente di un sussidio pratico per la manutenzione, inteso come contributo da elargire con l'accordo di Stato, Chiesa, associazioni e privati, nell'ottica di una prospettiva imprenditoriale che si occupi proprio di gestione del patrimonio culturale ecclesiastico.

Oltre alla manutenzione bisogna comunque ricordare che altri fattori giocano a scapito dei beni culturali ecclesiastici e sono l'abbandono e la chiusura di chiese nell'entroterra italiano nonché la diminuzione del numero dei sacerdoti in grado di sorvegliare il patrimonio stesso, si comprende quanto sia ancor più necessaria la creazione di un museo diocesano che raccolga queste emergenze, trovando una soluzione ottimale alla conservazione dei beni culturali di interesse religioso. Alla luce di siffatte argomentazioni, l'istituzione di un museo diocesano assume sempre più il carattere di necessità, ossia di strumento indispensabile al fine di evitare la dispersione del patrimonio storico e religioso italiano, dispersione che in alcuni casi è collegata anche all'eliminazione della suppellettile ecclesiastica.

Stando ai dati forniti nel 1997, i musei diocesani erano allora 105, di cui 60 aperti secondo varie modalità, 12 chiusi o in restauro, 20 in progettazione e 13 in fase di allestimento. La situazione sembrava notevolmente mutata in meglio nel 2001 in quanto i musei diocesani raggiungevano il numero di 215, tra questi 90 aperti con orari fissi, 10 visitabili ad orari da concordarsi, 14 in restauro, 60 in progettazione e 37 in fase avanzata di allestimento.

Un'ulteriore indagine, aggiornata al 2005, ha attestato l'entità dei musei diocesani intorno alle 228 unità. Tra questi 129 aperti con orario fisso e 16 a richiesta, 35 in fase avanzata di progettazione, 4 in restauro e 41 in fase di progettazione iniziale.

Se si considera che le diocesi italiane ammontano ad un totale di 227, sembra evidente che in media ogni diocesi è provvista di un museo diocesano.

La regione più ricca di musei diocesani è la Campania con 27 unità; seguono le Marche e la Puglia con 24 unità, mentre la Toscana si attesta sulle 19 unità.

Basandoci sui dati forniti dalla CEI, purtroppo datati al 2001, il museo diocesano con maggior numero di presenze nel 2000 è stato il Museo Diocesano di Bressanone (che è anche il più antico) con un'affluenza di 68.302 visitatori.

Con riferimento al numero complessivo dei musei diocesani in Italia – dai 105 del 1997 ai 228 del 2005 – si nota immediatamente un forte incremento del fenomeno durante gli anni.

I musei diocesani sono sottoposti alla giurisdizione dell'Ordinario Diocesano e sono di stretta pertinenza della diocesi. Per natura essi devono definirsi "aperti" in quanto svolgono una funzione di centri di raccolta, di studio e di valorizzazione e talvolta di restauro di tutto il patrimonio della diocesi.

Questi musei assumono il principale obiettivo di conservare il patrimonio artistico laddove sia divenuto obsoleto e non più utilizzabile, riconoscendo tuttavia che la normale collocazione di un'opera d'arte religiosa è insindacabilmente all'interno della chiesa. Il patrimonio storico-ecclesiastico, infatti, non è stato costituito in funzione dei musei, ma per esprimere il culto, la catechesi, la cultura, la carità. Mutando però nel corso del tempo le esigenze pastorali e i gusti delle persone, molti manufatti diventano obsoleti, così che si impone il problema della loro conservazione, al fine di garantirne la persistenza, dato il valore storico e artistico che li caratterizzano e qualificano.

Unitamente all'alto valore pastorale, l'opera d'arte religiosa è anche e fortemente congiunta con le esigenze culturali del luogo e con il contesto storico e territoriale dal quale proviene.

Un museo diocesano quindi si impegna a far emergere questi valori radicandosi con il territorio, collegandosi all'azione della chiesa e conformandosi con l'aspetto pastorale, rendendo dunque ragione di una lettura globale dell'opera d'arte.

Il museo diocesano deve garantire un costante contatto tra il bene musealizzato e quello ancora in loco; deve consentire l'utilizzo temporaneo del bene depositato sia per motivi liturgici e pastorali sia per motivi sociali e culturali, e soprattutto deve avviare iniziative di promozione e di animazione culturale per lo studio, la fruizione, l'utilizzazione dei beni musealizzati.

Il museo diocesano è un museo specificamente ecclesiologicalo. Si distingue dagli altri musei per essere insieme un museo storico, teologico e liturgico con finalità pastorali.

I presupposti fondamentali del museo diocesano sono la ecclesialità e la territorialità poiché esso appartiene alla chiesa e svolge il proprio compito in favore di una determinata comunità, legata ad un territorio: esso quindi appartiene alla comunità dei credenti perché il patrimonio culturale della chiesa si è costituito e le opere d'arte religiose sono sorte in funzione della comunità cristiana.

Il museo diocesano è anche un museo *storico*; esso dovrebbe essere in grado di poter, con i mezzi a disposizione, descrivere il cammino cristiano e civile di una comunità, presentarne la vita nei suoi multiformi aspetti. Dovrebbe esporre con chiarezza ed equilibrio il concetto che nella comunità cristiana la fede agì e operò da protagonista principale in quanto la fede ha redento l'uomo e ha creato una società saggia; di conseguenza i beni culturali di un museo diocesano debbono offrire concrete testimonianze circa la fecondità della Buona Novella nello spirito e nelle attività di un popolo.

Sotto il profilo espositivo, sembra evidente che i musei religiosi non debbano necessariamente seguire l'ordinamento storico-artistico, ma rendersi autonomi, potendo anche scegliere una presentazione diversa rispetto a quella tradizionale.

Il museo diocesano infatti è anche un museo *teologico* perché deve presentare gli oggetti d'arte in chiave iconografica e iconologica. Se da una parte questo concetto si basa sull'esigenza di porre in risalto la storia della liturgia nella diocesi e le forme di artigianato locale, intese la prima come spiegazione della funzioni di un oggetto nell'espletamento del rito e la seconda come testimonianza della qualità della vita lavorativa e artigianale messa a servizio della chiesa, sicuramente più interessante risulta l'accento alla storia della *pietas* popolare e al fenomeno dell'*urbanesimo*. I costumi e le tradizioni popolari, congiuntamente alle festività per i santi patroni e alle usanze e abitudini che vengono esplicitate in queste ritualità folcloristiche e locali, devono essere citati ed evidenziati con chiarezza in un museo religioso; inoltre molti agglomerati urbani sono storicamente sorti proprio a seguito del potere aggregante di una pieve montana o di una chiesa.

Le professionalità che devono partecipare all'allestimento di un museo diocesano sono quindi notevolmente diversificate e ognuna fa riferimento alla propria sfera di competenza. Il museologo e il museografo devono essere affiancati da un antropologo culturale, da un liturgista, da uno storico dell'arte e da uno studioso di iconografia e iconologia.

Ne deriva un quadro del museo diocesano particolarmente complesso e poliedrico, che cerca di afferrare tutti gli aspetti più reconditi e primari di una società cristiana.

La domanda che è lecito porsi a questo punto è se un museo diocesano non possa diventare *una nuova tipologia di museo etnografico-antropologico* e quindi essere assimilato non più alla categoria dei musei storico-artistici, ma appunto a quella dei *musei etnografici e antropologici*. Un assunto di questo genere richiederebbe una riflessione puntuale, che purtroppo non ci sembra sia stata ancora affrontata.

Anche il museo diocesano non può trascurare la finalità pastorale che va inserita nell'ambito della missione evangelizzatrice della chiesa e questa finalità pastorale il museo diocesano la può perseguire con l'attività didattica, di valorizzazione delle proprie raccolte, attività da intensificare e favorire in ogni modo, perché è quella che rende il museo vivo e non solamente deposito di materiali.

Ai Musei diocesani è così affidato un duplice compito, da un lato valorizzare la cultura locale in maniera dettagliata, dall'altro realizzare una rete che connetta dinamicamente i beni culturali ecclesiastici con l'intero territorio. Il trasferimento dell'opera d'arte religiosa dalla chiesa al museo infatti comporta un impoverimento delle strutture di provenienza ed è quindi auspicabile che contestualmente si crei una rete di contatti e collegamenti attraverso visite guidate, esposizioni, convegni, giornate di studio, che possano agevolare l'integrazione delle diverse strutture decentrate, nell'ottica di un museo diffuso. In questo modo la suppellettile mantiene la propria integrità, culturale e materiale, in quanto non è avulsa dal contesto di riferimento.

La suppellettile ecclesiastica, creata per un determinato contesto territoriale, è espressione, testimonianza di quella precipua realtà e come tale non deve essere trasferita.

La Diocesi di Milano ha considerato la possibilità di dar vita a consorzi museali ecclesiastici coordinati con consorzi di altra caratterizzazione e tipologia e quindi instaurare un collegamento costante tra il museo diocesano e gli altri istituti culturali presenti nel territorio della diocesi.

Tale richiamo induce a valutare la possibilità di creare una sorta di rete tra le diverse istituzioni museali presenti nel territorio nazionale, che superi quindi i limiti territoriali della diocesi.

È ormai acquisito che per monumenti, musei, gallerie, scavi archeologici, archivi di stato, biblioteche e altri istituti dell'amministrazione statale risulta spesso finanziariamente conveniente affidare in concessione a soggetti privati, ad enti pubblici economici, a fondazioni culturali e bancarie, a società e a consorzi costituiti a tal fine, a cooperative regolarmente costituite, i servizi che non possono essere svolti mediante le risorse umane e finanziarie dell'amministrazione.

L'applicazione anche al museo diocesano della normativa statale in materia di coordinamento, di biglietti integrati, di consorzi museali e di società di servizi che controllino le modalità di valorizzazione sembra sia senz'altro da tenere presente e da auspicare, ma da auspicare in maniera più ferma e decisa sembra l'avvio di una attività sinergica e convergente non soltanto del museo con il territorio della diocesi, ma anche e soprattutto fra musei diocesani, affinché dalle autorità religiose venga coltivata la possibilità di favorire e intensificare i rapporti non solo dei musei diocesani con gli istituti statali e pubblici esistenti al di là del ristretto limite territoriale della diocesi, ma anche degli istituti e dei musei diocesani fra loro, con la stipula di accordi di collaborazione reciproca, ciò proprio al fine di favorire quella maggiore e migliore conoscenza e fruizione delle particolari collezioni negli stessi musei conservate.

È necessario assicurare il potenziamento di una concreta e intensa attività di scambio, la realizzazione di mostre ad esempio in un museo diocesano della Lombardia che possa ospitare collezioni conservate in un museo diocesano della Puglia ed esporle con criteri scientifici alla pubblica fruizione – sia pure temporanea – in un diverso ambito territoriale: è questo, a mio avviso, un segnale indubbiamente positivo che può emergere dal nostro incontro e che mi auguro sia condiviso e recepito.

Carlo Chenis, sacerdote e illustre accademico, particolarmente attento alle problematiche del patrimonio religioso del nostro Paese, che fra l'altro ho avuto modo di apprezzare in qualità di componente di una commissione speciale per il controllo delle attività amministrative e degli interventi strutturali connessi alla ricostruzione della cattedrale di Noto (uno dei gioielli del barocco siciliano), esprime l'avviso che, laddove una suppellettile risulti ormai totalmente inadeguata, piuttosto che rovinarla sia preferibile eliminarla in maniera consona, e quindi procedere al seppellimento o alla bruciatura.

In particolare, i manufatti non più funzionali, alla stregua delle spoglie mortali, devono essere – qualora risulti necessario – distrutti secondo una regolamentazione canonica (abituamente si brucia o si seppellisce ciò che va eliminato), o, aggiunge Chenis, ricollocati in ambienti ancora dedicati al sacro quali musei ecclesiastici, nella accezione più ampia del termine.

Questa affermazione sembra contraddittoria: da un lato distruggere le opere, i manufatti di interesse religioso, dall'altro conservarli in un museo: e ciò malgrado l'autore sostenga che le opere religiose sono portatrici di un significato intrinseco. Queste forme di eliminazione, note anche in passato, sono riconducibili alla concezione che l'incenerimento di un oggetto o l'incinerazione di un defunto sono viste come un trasferimento di stato, un'elevazione, che dalla sfera umana conduce a quella trascendente. L'incinerazione riconduce al divino, intendendo per quest'ultimo una sfera trascendentale fuori dall'universo conosciuto.

Non possiamo, da credenti, non concordare con questa concezione del trascendente e con il significato attribuito all'incinerazione del corpo, che significa soltanto distruzione di una spoglia morta, dalla quale l'anima si è già levata, sollevata per salire al cielo; non siamo invece d'accordo sull'assunta omogeneità della soluzione riferita ai beni culturali di interesse religioso; optiamo quindi – e decisamente – per quella che viene considerata dal Chenis solo una soluzione alternativa e residuale, che sarebbe quella di inserire il bene culturale, che non si è ritenuto di incenerire, in un museo e per l'appunto nel museo diocesano.

Siamo infatti convinti, anche con riferimento ai beni culturali di interesse religioso, che per quanto riguarda la valenza storica e culturale del bene materiale, questa è una proprietà che attraverso la fruizione il bene culturale è destinato a produrre in continuazione, senza soluzioni di continuità, esattamente come la memoria di un uomo illustre e che ha meritato per la Chiesa, per la religione, per l'umanità, è destinato a protrarsi senza soluzioni di continuità nei secoli dei secoli: pensiamo soltanto ai dottori della Chiesa e al loro insegnamento, pensiamo a Sant'Agostino, a San Tommaso, a San Francesco, a Suor Teresa di Calcutta, a Giovanni Paolo Secondo.

Ma, mentre per gli uomini la memoria, la foscoliana memoria delle loro opere, del loro agire terreno e dei loro insegnamenti si tramanda nei secoli, per quanto riguarda le cose è necessario che si mantenga integra, anche se non in perfetta conservazione, la testimonianza materiale avente valore di civiltà che la Commissione Franceschini ci ha insegnato ad apprezzare come definizione del bene culturale, normalmente, unanimemente anche dal legislatore, e non solo da quello nazionale, ormai da tempo condivisa e recepita.

Su tale ultima considerazione si basa l'auspicio di un potenziamento, anche e soprattutto attraverso l'adozione di modelli simili a quelli statali di *governance*, potenziamento – dicevo – delle funzioni di conservazione, valorizzazione e tutela dei patrimoni culturali religiosi e dei musei diocesani che tali patrimoni custodiscono e che a tali finalità di tutela e valorizzazione sono espressamente deputati.

RECENSIONI

FRANCESCO MARCELLI E VALERIA GIAMMUSSO, «*La giurisprudenza costituzionale sulla novella del Titolo V. 5 anni e 500 pronunce*», Senato della Repubblica, Servizio studi, Quaderni di documentazione n. 44, ottobre 2006.

L'attività giurisprudenziale della Corte Costituzionale in materia di rapporti tra Stato e Regioni dopo la riforma del Titolo V intervenuta nel 2001, rappresenta l'oggetto dell'analisi compiuta nel Quaderno di Documentazione n. 44, ottobre 2006, dal titolo "*La giurisprudenza costituzionale sulla novella del Titolo V. 5 anni e 500 pronunce*" di Francesco Marcelli e Valeria Giammusso, edito dal Senato della Repubblica. L'opera rappresenta una raccolta sintetica di tutte le sentenze della Corte costituzionale dal 2002 fino al 2006, che hanno avuto ad oggetto questioni di legittimità costituzionale delle leggi statali o regionali e conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni.

La sintesi delle pronunce è preceduta da una completa introduzione nella quale vengono affrontate le molteplici questioni poste dalle disposizioni del Titolo V, dalla difficile definizione delle materie di competenza statale e dall'esistenza di materie cd. trasversali, nonché dalla possibilità dello Stato di riappropriarsi di materie di competenza concorrente o residuale delle Regioni sulla base di esigenze unitarie, all'autonomia organizzativa e al federalismo fiscale. Tale trattazione introduttiva non tradisce la natura dell'opera, in quanto viene effettuato un costante richiamo alle sentenze riportate successivamente, consentendo un riscontro immediato dei principi affermati dal Giudice delle Leggi e, quindi, un simultaneo approfondimento.

Per quanto riguarda la parte dedicata alle pronunce la scelta è stata quella di evitare una riproposizione del testo, prediligendo una concisa redazione che mettesse in luce tutti gli aspetti salienti e i risvolti problematici posti; al tempo stesso, laddove lo si è ritenuto necessario, non si è rinunciato a riproporre le espressioni utilizzate dalla stessa Corte Costituzionale e, nel tentativo di far comprendere il percorso logico seguito, sono stati inseriti riferimenti ai cd. *obiter dicta*.

I criteri redazionali scelti consentono un'individuazione immediata delle pronunce raccolte, rappresentando, un ottimo strumento di ausilio.

A tal proposito non va trascurato che di strumento di ausilio si tratta, essendo raccomandabile, come gli stessi Autori sottolineano, l'esame dei testi originali delle sentenze alle quali, ovviamente, la sintesi non si può sostituire. In effetti la lettura dell'opera richiede una conoscenza delle stesse pronunce che contempla, potendo risultare, contrariamente agli intenti perseguiti, un po' ostica qualora si scegliesse, anche solo per avere un'informazione orientativa, di procedere direttamente ad una sua consultazione.

Dott.ssa Valeria Santocchi (*)

(*) Dottore in giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

DOTTRINA

La cultura dell'amministrazione pubblica in Italia fra tradizione e riforme^(*)

*di Monica De Angelis ^(**)*

SOMMARIO: 1.- Alla base della definizione di "cultura amministrativa": una premessa teorica. 1.1.- La cultura amministrativa in Italia. 1.2.- La cultura amministrativa italiana in movimento: dalla cultura formale e burocratica alla cultura della qualità e del risultato. 2.- Caratteristiche ricostruttive dell'ambiente culturale della P.A. italiana: tratti di una amministrazione in transizione. 2.1.- I tratti di una amministrazione tradizionale. 2.2.- Tratti di una amministrazione in trasformazione. Nuovi principi e nuovi strumenti per una nuova cultura. 3.- Elementi tradizionali e innovativi a confronto: la riforma della pubblica amministrazione italiana e le politiche per il cambiamento della cultura. 3.1.- la cultura della semplificazione e della prossimità al cittadino. 3.2.- Cultura del servizio e cultura del mercato. 3.3.- La cultura della comunicazione. 3.4 – Cultura "del personale". 4.- L'immagine della pubblica amministrazione oggi. 5.- Riflessioni conclusive.

1. Alla base della definizione di "cultura amministrativa": una premessa teorica

La Pubblica Amministrazione (PA) può essere descritta in tanti possibili modi: è interessante la definizione secondo la quale è "una rappresentazione della realtà correlata a valori politico-sociali contingenti"; è "valutazione, condizionamento, soddisfazione e sintesi degli interessi rilevanti in un determina-

(*) Il saggio è stato elaborato sulla base della relazione presentata alla Conferenza internazionale "Administrative Cultures in Europe", Strasburgo, Consiglio d'Europa, 10-11 ottobre 2006.

(**) Ricercatrice di Diritto Amministrativo presso la facoltà di Economia, Dipartimento di Scienze Sociali, Università Politecnica delle Marche, Ancona.

to momento storico” (1). Qualunque descrizione, comunque, non può prescindere dalla storia stessa della PA, dai sistemi cui essa si è ispirata, dalle caratteristiche tradizionali e più recentemente acquisite che le sono proprie, dai modelli amministrativi eterodeterminati dalle norme e quelli nati dalla prassi, dalla qualità delle strutture e del personale che la anima, etc. In altre parole, per una corretta descrizione della PA occorre considerare sia elementi materiali, che, soprattutto, immateriali e ben si comprende dunque perché negli ultimi anni l’attenzione degli studiosi delle realtà organizzative si è indirizzata allo studio della dimensione culturale e simbolica. Gli orientamenti della ricerca in questo campo sono numerosi e spesso anche contraddittori, ma tutti convengono nell’attribuire una significativa rilevanza agli aspetti meno strutturali e qualitativi delle realtà organizzate, come la cultura. Se dunque quest’ultima è assai utile per descrivere e studiare le organizzazioni (la PA) anche in funzione del loro cambiamento, occorre subito chiedersi cosa debba intendersi per cultura. La risposta a quest’ultima domanda non è univocamente concorde.

Posto che gli studi sulla cultura sono indissolubilmente legati alle analisi sulle organizzazioni, allo stato attuale si possono distinguere vari approcci teorici che hanno fatto della dimensione culturale il nucleo centrale di indagine (2). Da un lato si sostiene che la cultura organizzativa è l’insieme coerente di *assunti fondamentali* che un dato gruppo ha inventato, scoperto o sviluppato per imparare ad affrontare i problemi di adattamento esterno e di integrazione interna; assunti che hanno funzionato abbastanza bene da poter essere considerati validi (il modo corretto di percepire, pensare e sentire in relazione a specifici problemi) e perciò tali da essere insegnati ai nuovi membri. In questa prospettiva la cultura è una variabile indipendente che si aggiunge alle altre ed è capace di influenzare tanto la struttura quanto i comportamenti di una organizzazione (3). Secondo un’altra impostazione, inve-

(1) Così DE LUCA F., *Una nuova missione per la funzione pubblica*, in *Funzione pubblica*, n. 1/2005, p. 26.

(2) Lo studio della cultura si connota per la sua valenza interdisciplinare. Sul punto cfr. GAGLIARDI P., *Teoria dell’organizzazione e analisi culturale*, in Gagliardi P. (a cura di), *Le imprese come culture: nuove prospettive di analisi organizzativa*, Torino, 1986, p. 23 e ss. Al momento non si è ancora giunti ad una teoria unitaria del concetto di cultura: le analisi sviluppate non pongono in evidenza solo gli aspetti strumentali, economici e materiali delle organizzazioni, ma soprattutto i profili simbolici ed ideativi. Cfr. S. GHERARDI, *Può il concetto di cultura organizzativa contribuire allo studio della pubblica amministrazione ed al suo mutamento?*, in *Rivista trimestrale di Scienza dell’amministrazione*, n.1, 1987, che parla in proposito di “codice di molti colori”. Un’opera di sistematizzazione della letteratura in tema di cultura è stata operata da SMIRCICH L. (*Concepts of Culture and Organizational analysis*, in *Administrative Science Quarterly*, n. 28, 1983), portando, quale risultato, all’elaborazione di un modello interpretativo sul rapporto tra teoria organizzativa e teoria della cultura nell’ambito del quale sono stati individuati alcuni principali filoni di studio. Le differenze rinvenibili in questi filoni sembrano poter essere ricondotte a tre principali concezioni di cultura. La prima considera la cultura come variabile indipendente (corrispondente al filone del *management comparativo*), la seconda come “qualcosa che l’organizzazione ha” (corrispondente al filone del *corporate culture*), la terza come “qualcosa che l’organizzazione è”.

(3) E.H. SCHEIN, *Cultura organizzativa e processi di cambiamento aziendale*, in *Sviluppo e organizzazione*, n. 84, 1984.

ce, la cultura è un concreto processo di attribuzione di *sensi* e di *significati* che coinvolge i membri di una organizzazione. In tale prospettiva la cultura non è una variabile, qualcosa che l'organizzazione ha, ma qualcosa che l'organizzazione è; si sottolinea l'importanza del linguaggio e dei simboli nell'organizzazione, la quale diventa un sistema condiviso di significati, idee e convinzioni.

Gli studi sulla cultura organizzativa utilizzano anche concetti e metodi di indagini propri dell'antropologia culturale e mutuano concetti chiave da alcune significative correnti del pensiero sociologico (4): con tali apporti l'organizzazione appare come il risultato di interazioni quotidiane dei suoi membri e ai fini della definizione della cultura assumono importanza i c.d. *artefatti*, ovvero i simboli, il rituale ed il mito, il linguaggio, i valori, le ideologie: tutti strumenti che l'uomo utilizza per costruire il senso ed il significato della realtà in cui vive e lavora (5). Ed infatti se la cultura è un sistema di significati collettivamente e pubblicamente accettati, la costruzione di simboli può essere considerata il veicolo primo attraverso cui si forma un gruppo o un'organizzazione perché è attraverso il lessico, la forma degli edifici, le credenze relative all'uso ed alla distribuzione del potere e dei privilegi che un'organizzazione si presenta a sé e al mondo esterno; attraverso il rituale i rapporti sociali diventano convenzionali e prescritti, quindi prevedibili e controllabili, mentre i miti sono il mezzo attraverso cui legare il presente al passato e servono spesso per dare spiegazioni e quindi legittimare le azioni. Vi è poi il linguaggio, che è sicuramente fra i più importanti artefatti della cultura di un'organizzazione, in quanto attraverso esso si stabilizzano concettualmente le esperienze che vengono così integrate in un sistema dotato di senso (6). La cultura può, altresì, essere considerata come costruzione di un modello normativo e di un sistema di valori. I valori influenzano la scelta fra modelli, mezzi, obiettivi; la cultura genera il sistema di norme che presiede al funzionamento dell'organizzazione, distribuendo il potere e le informazioni, definendo gli *standards* ed i criteri di decisione, indicando le mete. Anche l'ideologia è elemento costitutivo delle identità culturali: essa serve a mobilitare le coscienze individuali e sociali per il conseguimento di principi etici generali e a stimolare l'impegno necessario allo svolgimento dei compiti organizzativi quotidiani.

(4) Ad esempio dalla sociologia fenomenologica che parte dall'assunto fondamentale del conferimento di senso alla realtà da parte degli attori o dall'interazionismo simbolico, che considera il rapporto con il mondo fisico e sociale mediato da processi simbolici.

(5) GAGLIARDI P. (a cura di), *Le imprese come cultura*, ISEDI, 1986: "gli artefatti culturali realizzano un articolato processo di integrazione fra dimensione operativa ed affettiva, fra esperienze passate e presenti, fra livello individuale e collettivo".

(6) Vedi M. C. RISIMINI, *La cultura organizzativa e la pubblica amministrazione italiana*, paper Formez, Master in Economia del settore pubblico, Napoli, 1992 che fra l'altro cita Mills riferendosi al significato del linguaggio: "Un vocabolario non è una mera sfilza di parole: in esso sono immanenti tessuti sociali – coordinate istituzionali e politiche. Dietro il vocabolario vi sono serie di azioni collettive" (Mills, 1972).

Se dunque ogni organizzazione è una realtà sociale costituita dalle persone e dalle loro relazioni e ogni realtà sociale è costruita sulla base di significati e valori, di simboli, di relazioni, etc. sembra consequenziale ritenere che il mondo sia abitato da tante organizzazioni quante sono le realtà in cui si usano linguaggi, consuetudini, comportamenti, norme e valori specifici. Esistono quindi molteplici organizzazioni nelle quali le interazioni fra i soggetti vanno viste come il frutto di un continuo processo di produzione culturale legato strettamente all'azione. Se questo è vero allora per cultura organizzativa può intendersi quel sistema di elementi che consente ad un gruppo che lavora insieme di intendersi, di (poter) comunicare e di (poter) portare avanti l'attività concreta che rappresenta lo specifico contributo lavorativo, ideativo ed emotivo all'organizzazione nel suo insieme (7). Grazie alla cultura gli individui che fanno parte di una organizzazione imparano a muoversi in essa, ad essere cioè *competenti*. Appartenere ad una organizzazione significa condividere una identità e una struttura di sensi e significati; significa sentirsi membri dell'organizzazione e portatori del messaggio cui essa è preordinata; significa avere in comune la stessa cultura.

1.1. La cultura amministrativa in Italia

Data questa serie di premesse, si vuole subito precisare che non è facile stabilire in maniera definitiva cosa si intenda per cultura amministrativa e quale sia dunque la cultura che promana dall'amministrazione pubblica italiana, stante altresì la scarsità di studi specifici sul tema (8). Solo a partire dagli anni Novanta nelle scienze aziendali si registrano analisi volte ad occuparsi specificamente di cultura nelle PPAA (9). Secondo l'approccio aziendalistico la cultura è *una variabile macro*: infatti, rispetto ad un dato ente pubblico - qualunque esso sia - "il complesso e più ampio sistema pubblico di appartenenza si presta ad essere considerato come «ambiente» in relazione ai valori «forti» che afferma, diffonde e viene a reiterare". Così se "il sistema pubblico-ambiente può essere concepito come l'insieme delle amministrazioni pubbliche operanti a diversi livelli di governo, per cui oggetto di analisi tenderebbe a divenire la dinamica delle relazioni interistituzionali che si sviluppano tra diversi enti pubblici", allora per *cultura del sistema pubblico* si può intendere "l'insieme dei valori, delle convinzioni e delle credenze attorno ai fenomeni organizzativi diffusi all'interno del sistema delle pubbliche amministrazioni inteso in senso lato" e si palesa con i principi e i criteri che ispirano le caratteristiche e il funzionamento delle strutture pubbliche

(7) Così GHERARDI S., *Le micro-decisioni nelle organizzazioni*, Bologna, 1990.

(8) Come segnalato nel 1990 da S. GHERARDI, V. MORTARA, *cit.*, i quali sostengono altresì che la stessa metodologia necessaria per uno studio di questo tipo conduce ad una raccolta di informazioni relative a micro-realtà e, quindi, una loro generalizzazione ed estensione a tutta la pubblica amministrazione potrebbe essere fuorviante.

(9) Si veda BONTI M., *Dal sistema burocratico alla cultura della qualità nelle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2000 e *ivi* bibliografia citata.

stesse (10): tali principi e criteri oggi possono essere definiti come giuridico-formali-burocratici.

Esiste anche una dimensione *micro* della cultura, dimensione tuttavia difficile da studiare nell'ambito delle amministrazioni pubbliche (11): in queste, infatti, non è agevole individuare una cultura organizzativa con tratti propri e specifici, a differenza di quanto normalmente avviene nei contesti aziendali. Si può parlare di cultura tecnica, di cultura medica, etc., cioè di cultura in riferimento a funzioni o professionalità specifiche, espressione di un sistema di valori condivisi all'interno di un gruppo o di un sottosistema organizzativo (in letteratura *sub-culture*), piuttosto che essere indicativa in modo diretto della cultura organizzativa della struttura complessiva di riferimento. A conferma di questo si consideri che "quando si vuole parlare di cultura organizzativa con riguardo ad una unità pubblica si è soliti fare riferimento al concetto di cultura burocratica, laddove non può sfuggire alla riflessione come quest'ultima accezione non sia tale da qualificare la singola unità pubblica, così differenziandola dalle altre appartenenti al medesimo sistema, risultando piuttosto quale connotato peculiare di quest'ultimo" (12). Nelle PPAA, dunque, si assiste spesso alla associazione dei concetti di amministrazione e cultura burocratica proprio per la "forza" che esercita il sistema pubblico-ambiente, forza che impedisce la formazione di culture organizzative distinte.

(10) BONTI M., *op. cit.*, p. 57. Peraltro secondo l'autrice la cultura giuridico-formale-burocratica dominante all'interno del sistema pubblico tenderebbe ad operare, nei confronti di ogni singola unità, molteplici condizionamenti in relazione alla possibilità non solo di realizzare, ma anche di definire possibili innovazioni sotto il profilo organizzativo e gestionale. Tale circostanza "contribuirebbe a far luce sui motivi per cui la modifica degli orientamenti culturali prevalenti all'interno di una singola unità organizzativa, come pure lo sviluppo di nuovi, risulti particolarmente difficile da realizzare qualora non trovi una sorta di conferma, ratifica e sostegno in un cambiamento degli stessi ovvero in un consenso sugli stessi a livello di intero sistema pubblico" (p. 60).

(11) Così come rilevato da GHERARDI S., MORTARA V., *Culture organizzative e amministrazione pubblica*, in *Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, n.1, 1987.

(12) BONTI M., *op. cit.*, p. 61. Peraltro laddove culture distinte esistono, il loro incontro crea contraddizioni e si finisce per assistere alla prevalenza della cultura burocratica sulle altre. A proposito delle culture dell'amministrazione scrive Melis (MELIS G., *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, p. 13): "Che inizialmente siano state molte, era forse scontato: un'amministrazione ancora attrezzata per eseguire materialmente le funzioni affidate ebbe, sino almeno al fascismo se non oltre, forti competenze professionali e tecniche, ognuna delle quali collegata a un mondo di conoscenze e a un patrimonio di valori professionali propri. Il conflitto tra questo pluralismo originario e la cultura del diritto amministrativo così come verrà configurandosi specie nell'età giolittiana è invece meno scontato. Quel conflitto [...] si sarebbe riprodotto con alterne vicende sino almeno a questo secondo dopoguerra ed avrebbe largamente coinciso con l'altro conflitto, tra conservatori e riformatori o – se si preferisce – tra formalisti e cultori del controllo da una parte e sperimentalisti e sostenitori dell'efficienza dall'altra".

(13) Sulla storia della PA italiana si veda CASSESE S., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983; MELIS G., *Storia dell'amministrazione italiana*, *op. cit.*; MELIS G., *La burocrazia*, Bologna, 1998; BONINI F., *Storia della pubblica amministrazione in Italia*, Firenze, 2006.

Utilizzando l'approccio della cultura offerto dalle scienze aziendali e la definizione di cultura fornita dall'istituto di Potsdam, è possibile sostenere che esiste un sistema pubblico-ambiente caratterizzato da principi e valori giuridico-formali-burocratici e costituito da una pluralità di amministrazioni ed esistono distinte subculture, derivanti anche dalla storia della PA italiana (13). La cultura organizzativa dominante è stata per molto tempo quella burocratica, ovvero quella dell'attenzione alla forma, al precedente, del controllo degli atti, del culto dell'interpretazione letterale delle norme, del rispetto della gerarchia. Organizzazione e cultura burocratica si sono consolidate reciprocamente, andando a determinare un forte elemento di freno rispetto a qualsivoglia spinta innovativa. Ma è pur vero che la cultura è un concetto fondamentale dinamico e se, come è stato affermato, "descrivere la PA equivale a descrivere un mutante nel momento stesso in cui muta" (14), anche i suoi tratti culturali cambiano, con tempi (a volte lentissimi) e metodi diversi sia a livelli *micro* che al livello *macro*.

1.2. *La cultura amministrativa italiana in movimento: dalla cultura formale e burocratica alla cultura della qualità e del risultato*

Se si sintetizzano i tratti della cultura burocratica quali rigidità e incapacità ad adattarsi al cambiamento; enfasi eccessiva sui controlli formali e sulle regolarità procedurali; peso rilevante accordato alla logica giuridica e dunque diffidenza e resistenza nei confronti di strumenti e tecniche quantitativo-economiche; scarsa importanza riconosciuta alla comunicazione e alla trasparenza delle azioni sia all'interno che all'esterno; ridotta integrazione e coordinamento tra unità appartenenti al medesimo sistema; mancanza di logiche di programmazione di lungo periodo, allora si può sostenere che oggi, soprattutto dopo il processo di riforma della PA avviato negli anni Novanta del secolo scorso, le caratteristiche della cultura burocratica non appaiono più dominanti. Anzi in taluni casi (pochi) superate e sostituite con altre, che fanno riferimento a valori tipici della cultura della qualità e del risultato; caratteristiche che si rifanno alla capacità di gestire sistemi prima ancora che atti e procedure o alla capacità di integrare tra loro le diverse logiche che sottintendono al funzionamento delle strutture pubbliche (politica, sociale, tecnologica, organizzativa, giuridica, contabile, economica, etc.) (15). L'obiettivo perseguito con le norme dell'azione riformatrice degli ultimi quindici anni è stato quello di promuovere *una traslazione dell'asse portante della PA dall'atto giuridico all'atto economico, dal giuridicismo all'aziendalismo*; di iniettare elementi per una nuova cultura i cui valori fondanti sono l'efficienza e la trasparenza e i cui metodi sono quelli gestionali, economici e progettuali in luogo (e spesso accanto) di quelli formali e autorizzativi (16).

(14) Così DE LUCA F., *cit.*, p. 26.

(15) Cfr. BONTI M., *op. cit.*, pagg. 62-65.

(16) CANZIANI A., *La nuova organizzazione della pubblica amministrazione*, in Napoli M. (a cura di), *Riforma del pubblico impiego ed efficienza della pubblica amministrazione*, Torino, 1996, p. 180.

Ma, come è evidente, una cosa è comunque il dato positivo, altra è quello reale: si è inteso attivare un nuovo modello culturale, consapevoli del fatto che la cultura è una risorsa forte per un'organizzazione, non facilmente mutabile, soprattutto se tutti gli attori non la considerano come leva per smuovere le difficoltà che si frappongono all'inserimento del nuovo. La promozione di cambiamenti culturali ha bisogno di tempo e di strumenti diversificati (comunicazione, formazione, personale, tecniche di misurazione delle *performances*, etc.) per poter attecchire, per influire in maniera sistematica su ogni singolo aspetto e struttura dell'amministrazione pubblica e consentire a tutti gli attori di entrare in possesso dei codici necessari per leggere le diverse realtà (17). La cultura, del resto, è il risultato di un lungo processo, di una storia, evoca la memoria di un percorso di apprendimento, di prove ed errori, di crisi e successi. Essa è il frutto della fusione e della sintesi dell'azione degli individui e dei gruppi nell'ambiente e nel tempo ed entro i confini dell'organizzazione determina il modo concreto di fare le cose. Indica, per esempio, le attività alle quali ci si deve dedicare con più assiduità, suggerisce quali informazioni hanno maggiore rilevanza ai fini decisionali, evidenzia quali categorie di persone godono di maggiori competenze all'interno della struttura.

I modi di lavorare, le regole interne, la chiarezza dei ruoli e delle responsabilità, la definizione dei poteri ed i limiti del loro esercizio, il sistema della remunerazione e del riconoscimento e quello della comunicazione, sono gli elementi da rivedere per cambiare la cultura ed è proprio su questi aspetti che ha puntato l'attenzione il legislatore degli anni Novanta, consapevole che il principio del buon andamento della PA proclamato dall'art. 97 della Costituzione comprende sì, secondo una affermata tendenza giurisprudenziale della Corte costituzionale, il rispetto della legalità e della legittimità evoca il raggiungimento di altri parametri: quello dell'efficienza, della trasparenza, dell'economicità, dell'efficacia, dell'autonomia e della responsabilità, della sussidiarietà e della differenziazione.

2. Caratteristiche ricostruttive dell'ambiente culturale della PA italiana: tratti di una amministrazione in transizione

2.1. I tratti di una amministrazione tradizionale

L'apparato amministrativo italiano è stato lungamente contraddistinto da un'immagine negativa: caratterizzato da lentezza e vischiosità, permeato da un diffuso atteggiamento di conservazione tenace della tradizione e di chiusure a ogni fermento di innovazione. Emblematico il ritratto che emerge dal Rapporto Giannini sullo stato della PA del 1979: "lo Stato non è amico sicuro e autorevole, ma una creatura ambigua, irragionevole, lontana...la fiducia dei cittadini non si avrà finché non sia cancellata l'odierna figura dello Stato" (18).

(17) Lo stesso recepimento delle norme spesso può dar vita ad applicazioni molto diversificate, perché mediate da contesti subculturali, politici ed organizzativi diversi.

(18) Ministero della Funzione pubblica, "Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato", in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1982, 750. Nel 1979 il Ministro per la

I tratti dell'amministrazione scolpiti nel Rapporto Giannini nel 1979 non sono molto diversi da quelli delineati nel Rapporto Cassese nel 1993 (19). Notevoli differenze, invece, emergono dal quadro dell'amministrazione presentato nell'ultimo rapporto al Parlamento sullo stato della PA ad opera del Dipartimento della funzione pubblica. Scorrendo i primi due Rapporti appare una amministrazione tradizionale, pesante, lenta, costosa, che non soddisfa i cittadini. Nel terzo Rapporto invece si notano in maniera evidente gli effetti prodotti da oltre un decennio di riforme: occorre subito rilevare comunque che le forme più attraenti che assume la PA nelle ricerche effettuate negli anni più recenti sono ancora ben lontane dall'idea di un sistema pubblico efficiente, moderno e orientato alla soddisfazione del cittadino.

Nei primi due Rapporti, dunque, l'amministrazione appare ancorata ad un modello formale-burocratico e presenta una cultura che ad esso ben si coniuga. Fra gli elementi caratterizzanti di tale modello e di tale cultura rileva, innanzi tutto, un'elevata ritualizzazione delle procedure (protocollo, istruttoria, revisione, visto), che produce i medesimi effetti attribuiti al linguaggio politico, il quale ottunde più che acuire le facoltà critiche, fornisce più simboli che sostanza a coloro che non sono strettamente coinvolti dalla responsabilità della decisione (20). Si può quindi avanzare l'ipotesi che attraverso la formalizzazione dell'azione, tanto il funzionario pubblico quanto i

Funzione Pubblica, Massimo Severo Giannini trasmetteva al Parlamento il "*Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*" noto oggi come "*Rapporto Giannini*", una radiografia di 1.400 pagine "sulle amministrazioni dello Stato centrali e periferiche". Si tratta di un documento storico, sempre attuale, nel corpo del quale viene fatta l'anatomia dell'organizzazione della macchina pubblica, vengono indicati i percorsi di riforma e prospettati i mezzi di intervento; tutto per rendere questa organizzazione idonea a reggere le azioni per lo sviluppo ed a sostenere quindi il peso di un'azione determinante per lo sviluppo del Mezzogiorno. Si è detto, giustamente, che il Rapporto Giannini ha avuto un grande merito storico-culturale-politico: quello di aver posto con la chiarezza propria di chi ne è stato ideatore l'esigenza di affrontare, per una riforma seria e fondata della pubblica amministrazione, non soltanto i problemi di carattere normativo ed istituzionale, ma anche quelli di carattere operativo ed organizzativo, ed ha sottolineato in particolare il peso che un'attenta valutazione dell'efficienza e dell'organizzazione del lavoro può avere nel concorrere a risolvere i mali di una pubblica amministrazione che voglia essere servente dello sviluppo. Occorre racciare questa valutazione con una riflessione di chiusura del Rapporto che assegna allo Stato, nelle sue articolazioni - richiamando l'art. 5 della Costituzione -, la fisionomia di un apparato di servizio per i cittadini e non invece quella di una realtà a sé stante, quella di "un amico sicuro ed autorevole" e non di "creatura ambigua, irragionevole, lontana". Una situazione che il Rapporto definiva in quel momento essere ancora "gravissima ma non irreversibile", lungimirante profezia di possibili manifestazioni di insofferenza nel caso in cui non si fosse attivato il necessario processo di riforma e adeguamento di un apparato pubblico che fosse idoneo strumento per avvicinare il cittadino al governo pubblico dell'economia.

(19) S. CASSESE, *Rapporto sulle condizioni della PA*, Roma, 1993, Ministero della funzione pubblica.

(20) EDELMAN M., *Costruire lo spettacolo politico*, Torino, 1992.

cittadini hanno gestito e ricevuto simboli (riferiti a specifici interessi) espressi da una coalizione dominante, che, nella storia della amministrazione italiana, può essere individuata anche nell'ambito politico (21).

Un altro elemento importante che potrebbe aver influito sulla formazione della cultura amministrativa è legato al sistema dei controlli e al conseguente regime delle responsabilità. In molti casi, le varie fasi in cui si articola il procedimento amministrativo non trovano giustificazione in compiti diversi in ragione dell'obiettivo da raggiungere, bensì nel susseguirsi di passaggi in linea gerarchica in cui si sviluppa un'operazione di revisione che si conclude con l'apposizione di un visto. L'attività è concepita come preparazione di una pratica che spetta a qualcun altro controllare, visionare, firmare e non già come espletamento di una specifica funzione della quale si è responsabili. In tal modo si crea una sorta di *de-responsabilizzazione* rispetto a ciò che si fa, il risultato del lavoro non viene valutato e quindi, di conseguenza, non si attiva alcuna responsabilità. In ogni procedimento si riscontra un'enfasi sull'atto e sulla norma e si trascura il ruolo del singolo attore e la sua azione nel contesto organizzativo (22).

Rileva, poi, nell'amministrazione tradizionale, un certo immobilismo, una scarsa attitudine a produrre innovazione: ed infatti per molti anni la PA italiana è rimasta in pratica uguale a sé stessa, nonostante i diversi tentativi di riforma concretizzati in altrettanti provvedimenti normativi: le cause dell'immobilismo sono molteplici, ma non può non segnalarsi l'atteggiamento di chiusura di gran parte della dirigenza, gelosa delle proprie prerogative e del potere e la latitanza dell'autorità politica accusata di inadeguatezza nello svolgimento delle proprie funzioni di guida e controllo (23).

Si vogliono sottolineare, infine, quelle che sono state definite da autorevole dottrina "disfunzioni" (24): tipicamente amministrative, tecniche e funzionali. Le innumerevoli disfunzioni, gravando sui cittadini e sulle imprese, che oltre a sostenerne i costi diretti, ne hanno anche subito i costi indiretti connessi ai numerosi adempimenti burocratici, hanno determinato altresì una forte insoddisfazione, che trova la sua principale ragion d'essere nell'eccesso di regolamentazione e nella rigidità della disciplina normativa, nella complessità e nella lentezza dei procedimenti, nella pressoché assente trasparenza dell'azione pubblica, nell'accentramento delle funzioni e/o frammentazione e sovrapposizione delle competenze, nella duplicazione di attività.

(21) Cfr. RISIMINI C., *cit.*, p. 6 e ss. e MELIS G., *La burocrazia, op. cit., passim*.

(22) È risaputo che l'organizzazione del lavoro nella PA non è certo tale da valorizzare e promuovere la variabilità umana, almeno in termini di contributo personale, rispetto alla definizione delle procedure e alle attività di esecuzione che sono tutte rigorosamente previste e routinizzate. Questo spesso induce il pubblico dipendente a perseguire strategie, attraverso tante micro-decisioni che gli consentono di mettere in campo le proprie competenze relazionali essenziali, in realtà, per l'attività lavorativa nella PA. Cfr. GHERARDI, *Le micro-decisioni, op. cit., passim*.

(23) CERASE P., *Un'amministrazione bloccata*, Milano, 1990, *passim*.

(24) GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, 1985.

L'amministrazione tradizionale, precedente alle riforme degli anni Novanta, è basata dunque su un sistema ordinato e circoscritto di componenti che funzionano in modo *routinizzato* e prevedibile (25). Fa riferimento ad un modello fondato sull'osservanza della regola, sulla divisione del lavoro, sulla formulazione di una linea gerarchica che lega superiori e subordinati, sulla commistione fra sfera politica e sfera gestionale.

L'esigenza di cambiamento di tale modello di riferimento, dei valori che esso favorisce e dei simboli cui si riferisce si avverte più fortemente quando appare evidente il contrasto dell'azione amministrativa con i principi di efficienza e efficacia, con la necessità di arrivare a *performances* soddisfacenti per tutti gli attori del sistema (cittadini, imprese, amministrazioni pubbliche stesse, etc.); quando la struttura di tipo gerarchico-funzionale mal si concilia con il bisogno di snellire l'attività amministrativa (meno vincoli, meno passaggi intermedi, meno verifiche di carattere formale, maggiore celerità) e di attribuire autonomia operativa e decisionale – e dunque diretta responsabilità – alle unità organizzative rispetto ai risultati conseguiti; quando l'attività amministrativa non può più essere basata solo su norme e regole di carattere formale, ma deve aderire all'idea del miglioramento continuo e del necessario raggiungimento del risultato corrispondente agli interessi dei cittadini.

2.2. *Tratti di una amministrazione in trasformazione. Nuovi principi e nuovi strumenti per una nuova cultura*

Il legislatore degli anni Novanta ha inteso attivare una netta inversione di tendenza: rinnovare l'amministrazione pubblica, iniettandole componenti per definire una nuova cultura volta ad applicare concretamente i principi della semplificazione, della trasparenza, del decentramento, della sussidiarietà, dell'efficienza, etc. Ha costruito un percorso riformatore in cui la norma costituzionale che presidia le regole di funzionamento della P.A. (art. 97 Cost.) è

(25) Merita qui precisare che le disfunzioni delle PA trovano una loro prima giustificazione e spiegazione nel ritardo con cui si è giunti alla formazione dello Stato italiano e nella ritardata evoluzione del sistema politico-amministrativo. Inoltre gli studi sulla cultura organizzativa hanno mostrato che talune disfunzioni che appaiono effettivamente tali nel complesso possono, dal punto di vista di singole categorie di individui, avere una valenza positiva. Ad esempio se la PA per un verso è stata refrattaria ai cambiamenti di struttura, dimostra di converso, una certa capacità di assorbimento dei problemi emergenti attraverso la prassi dell'adattamento contingente, del giorno per giorno, o facendo ricorso alla tattica del rinvio. Tutto ciò è funzionale ad una logica di azione in cui il conseguimento di obiettivi generali viene, di fatto, piegato al conseguimento di interessi specifici che la sfera politica impone in ordine alle circostanze. Peraltro, facendo anche riferimento all'effetto anestetizzante delle abitudini di cui parla Proust nella sua *Ricerche*, l'azione caratterizzata da routine ha una funzione tranquillizzante nella misura in cui dà certezza e prevedibilità agli attori sociali. WEICK K., *Organizzazione*, Torino, Isedi, 1993 (ed. orig. 1969-1979). Tutto ciò che non è previsto nella procedura o che non è sacramentato dalla prassi è una sfida al sistema della PA e quindi rappresenta una minaccia alla chiarezza e certezza dell'azione. Quanto più l'organizzazione è istituzionalizzata tanto meno si adatta ai cambiamenti, data anche la forte capacità di persistenza giocata dai ruoli, dalle norme e dai programmi.

oggetto di una autentica “rilettura”: i principi del buon andamento e dell’imparzialità, precedentemente perseguiti attraverso una amministrazione autoreferenziale, solenne e rituale ed anche impenetrabile, vengono ora affidati a modelli organizzativi nuovi ed a regole di funzionamento fondate sui principi della chiarezza, del controllo dei risultati e della comunicazione. Nella consapevolezza che i profondi mutamenti della struttura amministrativa (simboli) possono determinare (e si accompagnano a) profondi mutamenti della cultura del sapere e dell’agire, le norme provvedono a disegnare una organizzazione più flessibile, a ridistribuire le funzioni amministrative, a *privatizzare* il rapporto di pubblico impiego, a distinguere (non separare) tra poteri di gestione (ai dirigenti) e di indirizzo (agli organi politici). Postulando l’obbligo di collaborazione fra tutti gli attori del sistema, si perviene al definitivo superamento - sostituendolo con quello fiduciario - del rapporto gerarchico tra l’organo politico e quello gestionale; inoltre il venir meno del rapporto fiduciario, al pari dell’accertata inidoneità allo svolgimento delle funzioni e del mancato raggiungimento degli obiettivi, costituisce il fondamento della responsabilità dirigenziale (26). Si procede altresì con la progressiva diminuzione dei controlli preventivi di legittimità a favore dei controlli di risultato tesi a verificare la rispondenza fra gli obiettivi prefissati e gli esiti prodotti (27). Il principio della semplificazione amministrativa risulta essere elemento imprescindibile per i processi organizzativi dell’amministrazione e strumento principe per il cambiamento del rapporto fra amministrazione e cittadini, i quali non sono più collocati in posizione di sudditanza ma sono titolari di diritti e poteri formalmente sanciti: si tenta di superare la logica del formalismo e della gerarchia e di pervenire ad una rete organizzativa pubblica che rivesta più correttamente i caratteri dell’*amministrazione condivisa*.

A favorire il passaggio dal modello permeato da una *cultura formale-burocratica* al modello a *cultura orientata al risultato e alla qualità* vi è la crisi del sistema politico-istituzionale, connessa alle contestuali problematiche economiche e fiscali dell’ultimo decennio del secolo scorso: l’inserimento, all’interno della pubblica amministrazione, delle logiche di mercato rompe gli equilibri su cui si era assestato il funzionamento della macchina statale e richiede l’acquisizione di una nuova dimensione operativa; il ridimensionamento della sfera pubblica e la privatizzazione dei servizi pubblici (28), non-

(26) Sulla distinzione fra funzioni gestionali e di indirizzo cfr. BERTI G., *Amministrazione come responsabilità*, in *Riforme amministrative e responsabilità dei pubblici dipendenti* (a cura di CAMELLI C., BOTTARI C. E RECCHIONE S.), Rimini, 1996; GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione: organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, 2003.

(27) Sui controlli di nuova generazione sia consentito rimandare a M. DE ANGELIS, *La giuridicità dei controlli di nuova generazione*, in questa *Rassegna*, n. 2/2002 (aprile-giugno), p. 285. Vd. anche IANNOTTA L., a cura di, *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003; SPASIANO M. R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

(28) L'Italia appartiene alla categoria dei paesi a tradizione statiste; in questo modello lo Stato assume un ruolo paterno dal quale dipendono le sorti dei suoi sudditi. Naturale con-

ché la ricerca di una maggiore prossimità del potere pubblico al livello locale (sussidiarietà verticale) e l'allargamento della legittimazione partecipativa investono i contenuti identificativi del modello statale che aveva retto per tanti decenni.

L'esigenza di riformare la PA nasce dunque da diversi fattori, alcuni di carattere propriamente interno al sistema amministrativo italiano, messo in crisi non solo dalle sue ridondanze ed inefficienze, ma anche dal progressivo superamento dello *Stato-provvidenza*; altri sono determinati da fattori esterni, legati all'appartenenza all'Unione europea, alla necessità di ridurre la politicizzazione dell'apparato pubblico, alla ricerca di forme di statualità leggera, alla esigenza di produrre servizi pubblici efficienti e di qualità comparabile a quella dei servizi privati (29).

seguenza dello Stato paterno è il suo interventismo. Nei primi cinquant'anni di vita nazionale lo Stato ha costruito da sé l'economia moderna dell'Italia, creando imprese e imprenditori e affrontando i problemi dello sviluppo attraverso la creazione degli enti pubblici.

Oggi le cose sono assai cambiate: la gestione pubblica di imprese, con le privatizzazioni, si è ridotta anche se sono aumentati i controlli sull'economia privata poiché resta "immutata la trama di fondo che fa discendere poteri ed elargizioni dello Stato anziché far salire diritti dei cittadini" cui sono ora riconosciuti diritti di cittadinanza politica ma sono ancora trascurati i diritti della cittadinanza amministrativa, benché oggi si affermi, con enfasi, che il cittadino/utente è sovrano. Cfr. CASSESE S., *Lo Stato introvabile*, Roma, 1998, p. 29.

(29) Due sono stati i filoni culturali del cambiamento amministrativo: la *Public choice* e il *New public management*. La *Public choice* ha per prima gettato le basi per una diversa interpretazione del rapporto esistente tra politica e amministrazione: gli studi condotti negli anni '70 con riferimento alla situazione americana hanno messo in evidenza come le burocrazie tendano a perseguire una visione particolare "privatistica" dell'interesse pubblico poiché orientate a massimizzare i rispettivi *budget* di spesa sottraendosi al controllo politico. Questa visione di una burocrazia, ben lontana dall'adoptare strumenti imparziali nel conseguimento del pubblico interesse, si è diffusa con un certo vigore nel corso degli anni '80, creando una situazione in cui, accanto alla necessità di ridurre il deficit statale, andava aumentando il crescente fastidio dell'opinione pubblica nei confronti dei vertici burocratici. Si è così delineato un ulteriore scarto tra la domanda e l'offerta delle PA che ha contribuito a delegittimarne socialmente l'immagine.

La conseguente proposta della *Public choice* si risolve, semplicisticamente, nella riduzione del settore pubblico in nome di un ritorno ai principi del mercato. Proprio guardando al mercato, alla sua presunta superiorità rispetto ai tradizionali criteri organizzativi dello Stato, si è andato imponendo l'altro filone culturale: il *New public management*, il quale nega l'esistenza di una specifica via di amministrazione pubblica, ribadendo la superiorità delle tecniche gestionali utilizzate nelle imprese private. La soluzione manageriale diviene così la terapia adeguata per risolvere qualunque tipo di disfunzione, una sorta di *deus ex machina* pronto a rivoluzionare l'idea stessa della PA. La letteratura su tali aspetti è assai vasta. Si veda a titolo esemplificativo ANDRISANI P.J., HAKIM S., SAVAS E.S., *The New Public Management: Lessons from Innovating Governors and Mayors*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 2002; BARZELAY M., 2001; BORGONOV, E., 2002, *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Egea, Milano; FERLIE E., ASHBURNER L., FITZGERALD L., PETTIGREW A., 1996, *The New Public Management in Action*, Oxford University Press, New York; GRUENING G., 2001, *Origini e basi teoriche del New Public Management*, in MENEGUZZO M., *Managerialità, Innovazione e Governance: La Pubblica*

La riforma amministrativa nelle sue diverse sfaccettature (dalle privatizzazioni di ampi settori dell'economia pubblica, all'introduzione di criteri di economicità nella gestione delle risorse pubbliche, al decentramento amministrativo volto a meglio corrispondere ai bisogni dei singoli e al contempo responsabilizzare i governi locali,) è stata recepita dunque come necessaria per ridurre i costi della spesa pubblica e per rispondere alle esigenze di un cittadino più consapevole ed esigente. Tuttavia se da un lato la riforma "ha rappresentato uno strumento per incidere sulla riduzione del debito pubblico", dall'altro si è risolta "in un continuo, ramificato susseguirsi di norme che costituiscono un labirinto quasi inquietante. Ogni legge importante introduce una notevole quantità di regolamenti, decreti, circolari; essa poi viene modificata nel corso delle legislature impedendo quel cambiamento culturale, ancor prima che strutturale, che si vorrebbe attuare" (30).

Ed infatti occorre altresì evidenziare che i tentativi di riforma della PA in Italia non sono stati espressione di un comune progetto riformatore né di un indirizzo politico unitario, ma la maggior parte dei cambiamenti, soprattutto negli ultimi 20 anni, sono derivati dall'adozione di nuove regole e di interventi per settori posti in essere al di fuori di una politica globale volta a considerare le trasformazioni in un quadro ben definito. Il che ha determinato non pochi disagi nello svolgimento dell'attività amministrativa e situazioni di transizione e di *stand by* che non hanno giovato ai cittadini e alla stessa amministrazione (31). Gli sforzi verso l'innovazione sono comunque continui ed evidenti e merita rilievo l'impegno politico manifestato negli ultimi

Amministrazione verso il 2000, II ed., Aracne; JONES L.L., THOMPSON F., 1997, *L'implementazione strategica del New Public Management*, in *Azienda Pubblica*, n.6, 1997. (Titolo originale *The strategic implementation of the New Public Management*, edizione it. a cura di MUSSARI R.); MENEGUZZO M., 1997, *Ripensare la modernizzazione amministrativa e il New Public Management. L'esperienza italiana: innovazione dal basso e sviluppo della governance locale*, in *Azienda Pubblica*, n.6, 1997; POLLITT C., BOUCKAERT G., 2000, *Public Management Reform: a Comparative Analysis*, Oxford University Press, Oxford, (trad. it., BORGONOVÌ E., ONGARO E., 2002, *La riforma del management pubblico*, Egea, Milano); ZUFFADA E., 2000, *Amministrazioni Pubbliche e Aziende Private*, Egea, Milano

(30) ZACCAGNINI S., *Ricerche empiriche sulla Pubblica amministrazione negli anni '90*, in *Rivista trimestrale di Scienza dell'amministrazione*, n. 1, 2004, § 2.1.

(31) Si ricordi, peraltro, che criteri e modelli organizzativi, prassi diffuse e più o meno accettate e quant'altro, dipendono in gran parte dal tipo di cultura politica prevalente in un determinato paese in un certo momento storico. Nel corso degli ultimi due secoli, la cultura politica italiana (così come quella di altri paesi dell'Europa continentale) è stata caratterizzata da un'eredità dottrinale di tipo dirigistico, e quindi dalla ben radicata convinzione dell'importanza del ruolo direttivo dello Stato nello sviluppo economico del Paese. Al contrario in Gran Bretagna (oltre che negli USA) la cultura politica, dominata sin dal XVIII secolo dalla dottrina della libertà naturale, il ruolo dello Stato ai fini dello sviluppo economico era considerato di carattere secondario. Tale cultura ha costituito la giustificazione (e la ragion d'essere), in Italia, di modelli organizzativi e di intervento la cui esistenza e permanenza richiedevano la presenza di uno Stato forte ed ambizioso, artefice di ricchezza, garante di libertà, arbitro ultimo dei rapporti socio-economici e della conseguente creazione di amministrazioni specializzate per materia, altamente centralizzate, con il compito di

anni dalle diverse coalizioni governative nel porre mano, anche se spesso in direzioni contrapposte, a riforme dirette a razionalizzare e a migliorare strutture e modi operativi della PA. Una riflessione globale su queste vicende mette in evidenza una situazione alquanto confusa, una quasi atavica inerzia e resistenza al cambiamento ed una sconcertante indecisione nello stabilire e perseguire modelli chiari fra quelli prescelti (32): il punto nodale nel determinare contraddizioni e confusioni probabilmente sta in quello che si può definire “equivoco della managerialità e dell’orientamento ai risultati”. In altre parole il più volte invocato inserimento di una cultura manageriale mutuata dalle organizzazioni economiche, nella PA ha completamente trascurato di considerare la specificità della stessa: si è cercato di equiparare la PA ad un’azienda di servizi, senza tenere in adeguato conto la presenza di particolare norme e di atti collegati all’applicazione delle stesse che si ispirano a un sistema di valori assai diverso di quello dei principi di un’azienda. E se i valori – come visto – sono una delle componenti essenziali della cultura, allora la contraddizione fra essi può limitare e/o frenare non poco l’innesto di una cultura diversa. Proprio le contraddizioni fra impianti culturali diversi contribuiscono ad alimentare la convinzione secondo cui le amministrazioni tradizionali sono incapaci di trasformarsi da organizzazioni che producono procedure (spesso non applicate) in amministrazioni di risultato in grado di assicurare la qualità dei servizi offerti e di contenere i costi necessari a realizzarli.

3. Elementi tradizionali e innovativi a confronto: la riforma della pubblica amministrazione italiana e le politiche per il cambiamento della cultura

Ogni riforma amministrativa è stata caratterizzata, in Italia come del resto anche in altri Paesi occidentali, da un insieme di interventi che - in parte ridondanti e sovrapposti – hanno tentato, attraverso la sollecitazione di più leve di riformare la PA incidendo sulla sua cultura amministrativa.

Nel caso italiano il cammino delle “grandi riforme” ha ricevuto un incredibile impulso grazie all’emanazione di una serie di leggi basilari (fra queste le leggi nn. 142 e 241 del 1990 e le c.d. leggi “Bassanini” del 1997-2000) (33) che hanno introdotto principi innovativi per l’apparato amministrativo italia-

realizzare e mantenere efficienti i vari tipi di infrastrutture, di promuovere lo sviluppo economico, di regolare a tal fine industria, commercio ed agricoltura, di soccorrere ed assistere i più bisognosi, di promuovere lo sviluppo dell’istruzione, di tutelare la sanità pubblica e così via. Per molti anni la realtà amministrativa italiana, dunque, registra una organizzazione altamente specialistica e centralizzata.

(32) BONTADINI-TARADEL, *Il rapporto tra criteri organizzativi, contenuti tecnici, modelli strutturali e cultura politica nelle amministrazioni: alcune note*, in *Rivista trim. di Scienze dell’Amministrazione*, n. 2, 2003, p. 39.

(33) Molto è stato scritto sulla Legge 241/90 soprattutto perché ha rivoluzionato, dettando nuove regole, i rapporti tra i cittadini e le istituzioni. Il senso straordinario della innovazione sta nell’aver capovolto lo sguardo con il quale le “autorità” si debbono mettere in relazione con il cittadino. Non è quest’ultimo che deve conformarsi ed interpretare le logiche, i linguaggi, i modi d’essere delle amministrazioni, ma viceversa. È l’amministrazione

no quali la trasparenza, la semplificazione, il decentramento, la sussidiarietà, l'efficacia (ovvero il risultato conseguito quale criterio di valutazione di ogni attività amministrativa). Ridisegnando il sistema amministrativo, il legislatore ha inteso introdurre un nuovo modo di gestire la PA e il rapporto tra questa e i cittadini anche al fine di superare quelle gravi insufficienze e inefficienze che per molti anni hanno contrassegnato l'immagine della PA e i servizi da essa resi, con crescente insoddisfazione dei cittadini e delle imprese nonché con alti costi economici per l'intera comunità. L'azione intrapresa è per taluni aspetti quasi rivoluzionaria, postulando un cambiamento profondo: vi sono elementi di forte innovazione e modernizzazione prodromici al più ampio progetto di riforma dello Stato che ha trovato luce nella riforma costituzionale del 2001 e con la quale si è definita altresì una nuova allocazione delle competenze all'interno delle istituzioni pubbliche.

Utilizzando i nuovi principi, redistribuendo gran parte delle funzioni, evitando sovrapposizioni e delimitando i confini tra una amministrazione ed un'altra, di fatto il legislatore impone rinnovate responsabilità, conferisce elevata autonomia decisionale ai dirigenti, esige il raggiungimento di risultati e l'efficienza nell'impiego delle risorse. In estrema sintesi l'analisi normativa mette in evidenza che le attività di modernizzazione della PA hanno seguito diverse direzioni (riassumibili nella c.d. *buona governance*): potenziamento e qualità dei servizi pubblici; attenzione e intensificazione degli investimenti nelle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (*e-government*); miglioramento della qualità della regolazione e delegificazione (diminuzione della normativa, codificazione e valutazione dell'impatto delle norme); corretta gestione e formazione delle risorse umane; liberalizzazioni (soppressione di vincoli e abolizione di procedure, lasciando più libertà ai privati); semplificazione delle procedure e dell'organizzazione anche mediante il decentramento, riducendo i tempi per cittadini ed imprese, e i costi per le pubbliche amministrazioni. Il tutto con riferimento a una serie di principi, di ordine strutturale, etico e culturale, definiti anche a livello comunitario, come la trasparenza, l'*accountability*, l'armonizzazione delle prestazioni amministrative.

Fra i percorsi seguiti dal legislatore per l'innesto di nuovi valori (e simboli) e dunque per attivare concretamente dei cambiamenti nella cultura della PA, particolarmente interessanti appaiono talune politiche e taluni strumenti che rappresentano (e sono a loro volta portatori) valori, codici, regole, simboli tali da costruire e costituire *culture*.

che deve organizzarsi per dare risposte al cittadino in un rapporto alla pari attraverso il quale sono finalmente visibili i suoi reali bisogni. L'affermazione contenuta nella legge 241/90 dei principi (intrinseci, ovviamente, ad un ordinamento democratico) di trasparenza, pubblicità e accesso del procedimento amministrativo è esplicita perché attribuisce alla struttura pubblica un "nuovo" ruolo; si chiede cultura ed atteggiamenti mentali conseguenti che devono portare ad uno scambio alla pari attraverso processi di comunicazione. Proprio dalla l. 241 nascono tutti gli spunti culturali fondamentali per la grande riforma della Pubblica Amministrazione avviata negli anni Novanta.

3.1. *La cultura della semplificazione e della prossimità al cittadino*

Il termine semplificazione può incorporare finalità tra loro piuttosto diversificate, ovvero: 1. mira a perseguire l'obiettivo di ridurre le aree di regolazione che equivale, in alcuni casi, ad una retrocessione dello Stato da alcune aree d'intervento; 2. punta all'aumento dell'efficienza dell'azione amministrativa, mantenendo l'intervento da parte dello Stato, ma diminuendo i costi che esso produce; 3. affronta i problemi relativi all'efficacia dell'azione amministrativa attraverso un miglioramento del servizio reso all'utenza.

Questi tre aspetti sono spesso compresenti in un'azione di riforma, anche se appartengono a scelte di carattere metodologico tra loro non sempre convergenti. La semplificazione può, quindi, in alcuni casi, indicare la liberalizzazione dell'esercizio di attività private; in altri casi, invece, mira più ad una riduzione dei tempi procedurali; in altri casi ancora, se ne riducono invece i costi; oppure si tratta soltanto di interventi di delegificazione, per cui lo stesso tipo di normazione viene, per così dire, tolta dalla fonte legislativa primaria, più rigida e con bassi margini di flessibilità, e ricondotta a strumenti normativi più flessibili.

In particolare la semplificazione delle procedure, a differenza delle riforme sulle strutture (numero dei Ministeri, delle unità amministrative, delle posizioni a livello dirigenziale), ragiona più sulla dinamica e sull'efficacia del sistema, piuttosto che sulle interdipendenze esistenti tra le diverse unità amministrative. La PA attualmente, appare orientata ad assumere un modello reticolare, in cui si realizza una frequente interdipendenza tra diverse unità organizzative che non sono in rapporto gerarchico tra loro e dalla quale può scaturire un problema di coordinamento chiaramente evidenziato quando si sviluppa l'analisi delle procedure (34).

(34) Il modello reticolare è strettamente legato allo sviluppo dell'*e-government*. Il governo elettronico rappresenta – tra le altre cose – una occasione straordinaria per la modernizzazione della Pubblica Amministrazione e per dare una risposta positiva alla crescente domanda di servizi efficienti e efficaci dei cittadini e delle imprese e all'esigenza di maggiore partecipazione dei cittadini alla vita pubblica (dall'*e-government* all'*e-democracy*). Tra i progetti approvati negli anni più recenti sono identificabili alcuni interventi destinati a incidere sulla trasparenza e sulla tempistica dei procedimenti amministrativi e, più in generale a promuovere - attraverso l'automazione dello scambio di informazioni tra le diverse amministrazioni pubbliche e tra i diversi uffici all'interno della stessa amministrazione – significativi ritorni in termini di miglioramento dei processi operativi e della cultura organizzativa (progetto di protocollo informatico e gestione dei flussi documentali, progetto di mandato informatico e di revisione dei sistemi dei pagamenti, sistema informativo unitario del personale): questi interventi costituiscono uno stimolo allo sviluppo del flusso d'informazioni tra le amministrazioni e, quindi, una possibilità di più stretta cooperazione tra il livello centrale e il livello locale in una logica di amministrazione a rete. Per l'*e-government* cfr. Ministro per l'Innovazione e le tecnologie, *Linee guida del Governo per lo sviluppo della Società dell'Informazione nella legislatura*, Roma, 2002; M. MARCIANO, *Monografie CNIPA, Elementi per lo sviluppo di un modello di pubblica amministrazione digitale*, 2003; A.C. FRESCHI, F. DE CINDIO, L. DE PIETRO, "E-democracy: modelli e strumenti delle forme di partecipazione emergenti nel panorama italiano", FORMEZ- Progetto CRC, 2004.

Anche gli obiettivi specifici perseguiti mediante la semplificazione delle norme procedurali sono, in realtà, molto diversi, ma comunque tutti volti a *eterodeterminare* elementi per una cultura *performed oriented*.

Il processo di semplificazione può presentare, comunque, alcune criticità che possono essere limitate ricorrendo ad un approccio delle problematiche secondo il quale è necessario porre delle regole che siano effettivamente utili agli attori del sistema (35); è necessario sviluppare una partecipazione effettiva dei destinatari dei provvedimenti, i quali devono poter intervenire formulando eventuali proposte di assetti normativi alternativi. Inoltre ogni nuova regolazione giuridica deve essere connessa al cambiamento organizzativo; la modifica di una norma presuppone, infatti, per essere attuata, che sia strettamente integrata con innovazioni anche nella struttura organizzativa e con i canoni che governano le relazioni intersoggettive. In particolare: l'azione di regolazione e di semplificazione deve essere sistematica e la realizzazione di interventi di regolazione giuridica deve essere attuata anche sulla base della valutazione economica degli effetti che produce, comparandone i costi con i benefici. A tal fine sono state intraprese una serie di *azioni* volte anche a rivedere le strutture che presidiano il processo di semplificazione e a portare verso il basso il baricentro della regolazione, valorizzando quelle che sono le capacità, le conoscenze, le attitudini delle singole amministrazioni e degli attori coinvolti: a titolo esemplificativo si pensi all'introduzione dell'analisi di impatto della regolamentazione - AIR (36). Un secondo ordine di misure ha riguardato anche i processi, con l'introduzione di una valutazione economica obbligatoria degli effetti dell'azione amministrativa, sia per quanto riguarda i costi delle amministrazioni che per i costi dei privati (ed es. controlli di risultato, carte dei servizi, nuclei di valutazione).

Al dire unilaterale si è sostituito un po' ovunque il dialogo, alla staticità procedimentale è stata affiancata la visione dinamica dell'esperienza, all'impersonalità dell'azione amministrativa è subentrata l'attenzione per la persona e il risultato. In questo contesto acquista pieno significato il riferimento al principio di sussidiarietà che accompagna la riorganizzazione delle compe-

(35) Secondo tale approccio occorre utilizzare con maggiore consapevolezza ed accortezza lo strumento normativo, per evitare che questo si ritorca su coloro che lo utilizzano: le regole devono essere quindi utilizzate con un orientamento all'efficacia che vada oltre il mero risparmio dei tempi e dei costi dell'azione amministrativa.

(36) Il clima culturale e legislativo degli ultimi anni ha evidenziato l'esigenza di rivedere i modi del "fare norme", cercando strumenti in grado di ancorare il procedimento legislativo a previsioni e interventi correttivi adeguati. Il Council dell'OECD, nel marzo 1995, propone una vera e propria *check list* per migliorare la qualità della regolazione amministrativa e nel 1997 ne propone una per la progettazione legislativa. L'attenzione è richiamata non solo sulla *cost benefit analysis* (BCA) e cioè al solo effetto economico ma su un nuovo modo di fare progettazione legislativa vincolato all'identificazione del problema, alla giustificazione del tipo di intervento proposto, ai costi, agli obiettivi e all'impatto sulla società socioeconomica consentendo il passaggio da una cultura delle regole ad una cultura dei risultati.

tenze delle istituzioni pubbliche in ragione delle loro reale capacità di raggiungere gli obiettivi di rilevanza comune. La domanda avanzata ai soggetti pubblici di essere “il più vicino possibile ai cittadini” impone una autentica trasformazione valoriale. Attraverso la “sussidiarietà”, dunque, lo Stato si organizza per garantire che la gestione della cosa pubblica avvenga affidando le funzioni alle autorità territorialmente (sussidiarietà verticale) e funzionalmente (sussidiarietà orizzontale) più vicine ai cittadini interessati. Sul piano interno, in un’ottica di razionalizzazione e semplificazione dell’azione, la nuova distribuzione dei compiti, delle funzioni e delle risorse tra enti (volta a garantire una maggiore autonomia nell’organizzazione e nella gestione delle risorse umane, strumentali e finanziarie) ha posto in primo piano altresì la necessità di decentrare le sedi decisionali.

Nel complessivo contesto riformatore non poteva non trovare spazio, infine, anche la questione relativa all’innovazione del linguaggio amministrativo. Sulla scia degli interventi volti a migliorare l’impatto della legislazione, si inseriscono le iniziative che mirano a rinnovare il lessico usato dalle amministrazioni pubbliche (*drafting* formale): fra queste merita menzione il “*Manuale di stile*” per la semplificazione del linguaggio delle amministrazioni pubbliche a cura del Dipartimento della funzione pubblica che rientra a pieno titolo tra le misure necessarie per un processo di modernizzazione del sistema pubblico (37). Ancora oggi, tuttavia, molti documenti amministrativi presentano frasi poco comprensibili e tecnicismi; i cittadini hanno dunque ragione a lamentare la perdurante oscurità del lessico della PA (c.d. *burocratese*). Affrontare concretamente il problema significa, però, non puntare solo sulla semplificazione testuale, ma intervenire sul costume e sulle mentalità, sull’immagine che l’Amministrazione ha di sé, sul modo in cui opera per consolidata tradizione: e questo richiede tempi lunghi e interventi diversificati. Il problema ha infatti – come accennato – radici antiche: all’indomani dell’Unità lo Stato aveva funzioni essenzialmente d’ordine, i pubblici poteri non dialogavano con gli amministrati, esercitando semplicemente il loro potere di *imperium*. Oggi naturalmente non è più così, anche se parte dell’opinione pubblica è rimasta in qualche misura ancorata a quell’idea della PA e resiste tuttora l’archetipo di una specie di sacralità dell’Amministrazione che giustifica il suo linguaggio inaccessibile, il suo atteggiamento distaccato e un po’ altero verso gli utenti.

(37) Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento della funzione pubblica, *Manuale di stile. Strumenti per semplificare il linguaggio delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1997. Oltre al manuale di stile è stato realizzato un apposito programma informatico, il *software* errata corrige-pubblica amministrazione, con l’obiettivo di facilitare la revisione dei testi ai fini di semplificazione. Si osservi che l’oscuro linguaggio giuridico utilizzato dal funzionario pubblico è da sempre, nella percezione del cittadino forse il principale elemento con il quale si identifica la burocrazia nella sua accezione più negativa. Il “*burocratese*” è un linguaggio che non facilita la relazione, negando al cittadino il diritto e la garanzia della trasparenza su quello che l’amministrazione vuole e offre.

3.2. *Cultura del servizio e cultura del mercato*

Nelle organizzazioni che operano in regime di libera concorrenza e di mercato, l'attenzione riservata al concetto di qualità del prodotto o servizio erogato fonda la sua ragion d'essere nel clima di competitività in cui tutte le aziende si trovano ad agire. L'impresa ha bisogno di un consumatore soddisfatto e fidelizzato, poiché l'aumento della soddisfazione rappresenta un investimento redditizio e da privilegiare se l'obiettivo è l'incremento delle quote di mercato. Un sistema produttivo orientato alla qualità fornisce ai clienti un'immagine di affidabilità e garantisce trasparenza, efficienza e controllabilità. Al contempo viene a crearsi con il cliente l'auspicato collante con l'impresa e i suoi prodotti, dovuto al fatto che l'organizzazione è capace di conformarsi alle sue aspettative.

Tutto ciò sembrerebbe avere poco a che fare con la PA, giacché, a differenza delle aziende che operano nei mercati, gli uffici pubblici sono organismi "istituzionalizzati", perché voluti dall'ordinamento e fondati con legge. Essi esistono a prescindere dalla possibilità di soddisfare il cittadino poiché, indipendentemente dal fatto che siano in condizioni di fornire servizi di qualità, o che, al contrario, non lo siano, o che trascurino di farlo, non subiscono i condizionamenti della concorrenza. Questo è il motivo per il quale nel settore pubblico, sino a poco tempo fa, erano mancati approcci all'innovazione, ritenuti non necessari a causa del ruolo non concorrenziale svolto dalla pubblica amministrazione. Solo negli ultimi anni si è avvertita l'esigenza di importanti spinte verso l'innovazione, la necessità di adeguarsi ai parametri di efficienza espressi dalle PPAA europee. Se l'obiettivo primario della pubblica amministrazione è rappresentato dalla piena soddisfazione dei bisogni espressi dal cittadino, è evidente come venga ad assumere sempre maggiore rilievo la qualità delle prestazioni nell'ambito dell'offerta dei servizi di ciascun ente pubblico e come la qualità dell'offerta coinvolga il complesso delle strutture e dei soggetti che, a vario titolo, partecipano al processo. Una svolta significativa, rispetto alle forme giuridiche di garanzia ispirate ai principi della trasparenza e della tutela del cittadino, si è avuta con le c.d. Carte dei Servizi, che hanno previsto l'obbligo di stabilire modalità di definizione, miglioramento, valutazione e controllo della qualità dei servizi erogati. Con le Carte (ma non solo con queste) sono stati introdotti nel sistema nuovi strumenti volti ad ottimizzare il risultato delle prestazioni con l'adozione di standard di qualità (indicati dalle norme come *obiettivi di qualità di cui gli enti erogatori assicurano il rispetto*) e forme di valutazione della qualità del servizio, attraverso l'analisi degli scostamenti rispetto agli standard prefissati per la soddisfazione del cittadino; il rimborso degli utenti da parte del soggetto erogatore nel caso il servizio erogato risulti di livello inferiore rispetto a quanto prestabilito; la ricerca costante della qualità nell'erogazione del servizio (38).

(38) Tale obiettivo richiede un'elevata capacità di interazione e quindi di conoscenza dell'ambiente esterno. L'ente pubblico deve, quindi, mettersi in una posizione di ascolto verso l'utente allo scopo di prevederne e interpretarne i bisogni che sono sempre più

Va sottolineata dunque l'attenzione la c.d. *customer satisfaction*, intensificata da ultimo con la direttiva del ministro della funzione pubblica n. 80 del 5 aprile 2004, sulla rilevazione della qualità percepita. In altre parole, nel quadro normativo è evidente come il ruolo svolto dal cittadino sia molto cambiato: non è soltanto il destinatario dei servizi, ma diventa una risorsa per le stesse amministrazioni al fine di valutare la rispondenza dei servizi erogati ai bisogni reali, così come percepiti dagli stessi fruitori. In tal modo le amministrazioni escono dalla propria autoreferenzialità e si relazionano con i cittadini, destinatari dei servizi, utilizzando il più possibile il metodo della collaborazione.

La diffusione della cultura della qualità rende consapevoli gli attori della PA della necessità di abbandonare l'idea dell'esclusività per la gestione dei servizi erogati e del bisogno di rendere la partecipazione dell'utente al processo di produzione/erogazione del servizio e della definizione dell'azione amministrativa in generale una componente fondamentale (39). Se per molto tempo gli utenti non hanno avuto voce, né alternative rispetto a prestazioni insufficienti e/o scadenti, ora alle PA ed ai suoi attori si chiede di essere *meno servant of the Crown e più servant of the Public*.

3.3. La cultura della comunicazione

Negli ultimi anni la comunicazione sembra entrare tra le priorità della PA come mezzo strategico per conseguire obiettivi nell'interesse dei cittadini. La consapevolezza dell'importanza della comunicazione coincide con la riforma della PA ed infatti, a partire dagli anni Novanta, trasparenza, partecipazione, ascolto, efficienza ed efficacia sono le parole d'ordine per ridisegnare l'immagine e il governo delle istituzioni e le loro modalità di rapporto con la cittadinanza. Si comincia a trattare in modo organico di informazione amministrativa, cioè del dovere di tutti gli organi della PA di trasmettere

differenziati e in rapida evoluzione. Anche sulla posizione delle Carte nel sistema giuridico si veda M. DE ANGELIS, *La partecipazione in Sanità fra comunicazione e qualità*, comunicazione al Convegno Calass 2006, Milano 4-6 ottobre 2006.

(39) L'abbandono dell'esclusività è testimoniato anche dal ricorso sempre più massiccio all'*outsourcing*. Si noti che secondo la ricerca Censis/TESS del 2003 presso numerosi grandi Enti Pubblici emerge come nelle PA l'*outsourcing* sia inteso come strumento che permette di: concentrare le risorse (sia umane che finanziarie) su specifiche funzioni e attività di rilevanza strategica, tralasciando quelle meno rilevanti e secondarie; controllare le attività più difficili da gestire e soprattutto per accelerare i processi di cambiamento o di riorganizzazione interni alle singole strutture. La bibliografia sulle esternalizzazioni è assai vasta. Per il fenomeno in generale si veda: DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, *Guida all'esternalizzazione di servizi e attività strumentali nella pubblica amministrazione*, 2005; DE PAOLIS A., *Outsourcing e valorizzazione delle competenze: le regole base per un governo efficace*, Milano, 2000; DI LASCIO F., *Dall'esercizio privato delle funzioni pubbliche all'esternalizzazione*, Quaderni del Consiglio regionale, Ancona, 2004; FUMAGALLI L., DI CIOCCIO P., *L'outsourcing e i nuovi scenari della terziarizzazione*, Milano, 2003; RICCIARDI A., *L'outsourcing strategico*, Milano, 2000; VENTICELLI G., *Outsourcing. Conviene davvero esternalizzare?*, Milano, 2004.

dati e notizie ai cittadini: dal diritto di accesso al diritto di ottenere dati e notizie, dal diritto di informazione al diritto di partecipazione fino ad arrivare alla trasparenza amministrativa. Ma è piuttosto recente la legge che definisce sia gli obiettivi della comunicazione tra istituzioni e cittadini, sia gli strumenti necessari per attuare le direttive. Le leggi nn. 142 e 241 del 1990, infatti, segnano solo l'inizio del processo prevedendo norme riguardanti la partecipazione popolare all'amministrazione locale, l'accesso agli atti amministrativi, la possibilità di presentare memorie, etc. I contenuti e le finalità del rinnovato rapporto con i cittadini regolati dalle citate leggi rappresentano poi i presupposti delle norme introdotte nel 1993 con il d.lgs. n. 29 con il quale si impone l'obbligo a tutti gli enti pubblici di istituire gli URP (40). L'amministrazione *apre le porte*, almeno formalmente, si obbliga a comunicare o, se si preferisce, a dotarsi degli strumenti necessari ad attivare le tanto attese "relazioni con il pubblico". Il legislatore presenta finalmente una forte volontà di porre fine, dopo decenni, a una burocrazia autoreferenziale, mettendosi alle spalle la vecchia mentalità che non aveva logiche partecipative. La nuova amministrazione che *comunica* con i cittadini è ben rappresentata nella legge n. 150 del 2000 (41). Tale legge ha consegnato assai chiaramente alla PA la responsabilità di dover considerare la comunicazione, esterna ed interna, come lo strumento attraverso il quale viene percepita la qualità o la inefficacia di un servizio e, perciò, come componente che condiziona decisamente i processi di cambiamento. Infatti comunicare dovrebbe significare organizzare amministrazioni trasparenti che utilizzano tecnologie e linguaggi adeguati e soprattutto hanno attori che si esprimono con rinnovati codici e comportamenti. La comunicazione è un contenitore dentro il quale coesistono norme, modi d'essere, conoscenze, che insieme esaltano e rinnovano l'organizzazione, la rendono capace di dare risposte di qualità alle aspettative della collettività. È un valore aggiunto che ha a che fare con: il diritto (un atto amministrativo, seppure dovuto, non produce efficacia se non ha in sé processi di comunicazione); l'immagine (gli sforzi, le prerogative, la missione di un ente non saranno mai visibili senza un processo di comunicazione); il dialogo (lo scambio alla pari all'interno fra gli operatori, fra il dirigente ed i collaboratori, fra i dirigenti, non avviene se non si è consapevoli della prerogativa della comunicazione); la conoscenza (la comunicazione aumenta la conoscenza interpersonale tra gli attori e quella delle dinamiche di azione interne ed esterne, modificando ogni giorno i comportamenti e le decisioni conseguenti); l'organizzazione (il riconoscimento dei ruoli, la esplicitazione delle responsabilità non producono *sinergia* senza un percorso di comunicazione corretto).

(40) Cfr. DE ANGELIS M., *La ricerca dell'efficienza*, in AA. VV., *La nuova disciplina del rapporto di impiego pubblico* (a cura di D'ALESSIO G., D'ANTONA M., ALLEVA P.), Roma, 1995.

(41) G. ARENA (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2001.

3.4. Cultura “del personale”

Se è vero che le risorse umane costituiscono parte essenziale del patrimonio immateriale di ogni organizzazione, è anche vero che le caratteristiche possedute dal personale e la qualità delle relazioni che esso instaura con l'utenza definiscono il grado di soddisfazione dei cittadini non meno delle caratteristiche intrinseche dell'attività resa; se è vero altresì che per raggiungere obiettivi di semplificazione, responsabilizzazione, etc. è imprescindibile una adeguata politica del personale (*management* delle regole, benessere organizzativo, valutazione per obiettivi, privatizzazione del pubblico impiego), allora ben si comprende come sia necessario porre in essere azioni specifiche se si vuole incidere sulla cultura dell'organizzazione. L'acquisizione, la gestione, la valorizzazione del personale, ovvero la politica delle risorse umane, trova precisi riferimenti legislativi (a partire dal d.lgs n. 29/1993) secondo i quali, avendo come presidio culturale del comportamento degli attori il principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost., le amministrazioni pubbliche vanno ad accrescere l'efficienza in relazione a quella dei corrispondenti uffici e servizi dei Paesi dell'Unione europea, anche mediante il coordinato sviluppo di sistemi informativi pubblici, realizzando, al contempo, la migliore utilizzazione delle risorse umane con la cura, la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti, garantendo altresì l'adeguamento dei programmi formativi, al fine di contribuire allo sviluppo della cultura di genere della pubblica amministrazione, ovvero di una cultura propria, specifica della PA. Proprio quest'ultima affermazione, sulla quale quasi nulla è stato scritto, consente di ritornare a soffermarsi brevemente sul valore *diverso* che ha lo svolgimento delle attività di servizio pubblico da quelle che attività di servizio pubblico non sono. Molte delle attività della PA, infatti, richiedono ragionamenti e valutazioni in termini di qualità, in termini di standard, in termini di risultato che vanno assolutamente condivisi dagli utenti e giudicati dagli stessi. Ebbene tutte le peculiarità della PA vanno assorbite anche attraverso una forte opera di formazione, perché questa è uno strumento formidabile di innovazione e di creazione di valori. Verificare se effettivamente negli ultimi anni vi sia stata nelle diverse realtà istituzionali una offerta formativa adeguata alla domanda di conoscenza, se effettivamente la formazione, in quanto capace di creare *nuova cultura* (saperi) così come *disponibilità di cambiamento* (comportamenti), sia stata utilizzata per migliorare le *performances* della PA e taluni valori di riferimento è assai difficile. Tuttavia si può registrare una viva e continua attenzione sul tema, testimoniata peraltro anche dalla Direttiva del Dipartimento della funzione pubblica del 13 dicembre 2001 sulla formazione del personale della PA. La direttiva indica metodi, propone procedure, sollecita comportamenti diversi rispetto al passato, sposando la logica secondo la quale la formazione è un investimento; deve consentire la crescita professionale degli operatori pubblici e il miglioramento dei servizi resi dalle PPAA ai cittadini, così come influire sulla costruzione di nuovi valori e dunque di una nuova cultura, tenendo conto delle singole realtà amministrative caratterizzate dalla diversità dei saperi e delle tecniche operative (42).

4. *L'immagine della pubblica amministrazione oggi*

Quale sia l'immagine e la percezione (aspettative, opinioni, giudizi, stereotipi) che i cittadini hanno oggi della PA, quale sia la sua rappresentazione da parte degli addetti ai lavori e quale livello di trasformazione sia stato raggiunto è difficile da dire, perché la memoria dell'amministrazione tradizionale tende a persistere nel tempo, alimentata dai *mass media*, i quali spesso tendono a esaltare gli aspetti critici, paradossali, allarmanti, tratti dalle cronache di *ordinaria vita burocratica*, leggendo le notizie alla luce di opinioni già possedute e di stereotipi correnti. Rispondere a questa domanda è però utile specie se può costituire l'occasione di un confronto con quanto detto nelle pagine precedenti (43). Utilizzando una serie di indagini relative al funzionamento della PA e altre indirizzate specificatamente a rilevare il grado di informazione e di soddisfazione dei cittadini, si può avere un quadro significativo della considerazione della PA dal suo interno (i dipendenti) e dall'esterno (gli utenti), consentendo in qualche caso di valutare i cambiamenti avvenuti negli ultimi anni. Se si guardano i dati relativi all'apprezzamento del funzionamento degli uffici pubblici (file agli sportelli, tempi di risposta per ottenere le prestazioni, quantità di documenti e di passaggi richiesti) a quello del personale (cortesia, disponibilità all'ascolto, efficienza, competenza e professionalità), si nota come giudizi positivi siano espressi dalla metà dei cittadini intervistati, e come soltanto un quarto di loro giudichi il funzionamento della PA peggiorato nell'ultimo anno, mentre più di un terzo lo considera migliorato (44). Significativo è anche il dato relativo

(42) In tale prospettiva una citazione merita "il kit del benessere organizzativo". Si tratta di una vera e propria "cassetta degli attrezzi" per le amministrazioni che desiderano avviare un'indagine sull'ambiente di lavoro nei propri uffici, al fine di utilizzarne i risultati per la messa a punto di innovative politiche di gestione e formazione. Cfr. M. BACCINI, *Human governance: per una cultura della pubblica amministrazione ovvero l'umanizzazione della pubblica amministrazione*, in *Funzione pubblica*, n. 1/2005, p. 11. La *Human governance* è la proposta italiana di umanizzazione della PA che si inserisce nel processo di miglioramento della regolazione (*better regulation*) e dei sistemi di *governance*, con l'obiettivo di rafforzare la fiducia dei cittadini nei confronti delle Istituzioni, stimolando un processo di rinnovamento culturale che investa non solo l'Amministrazione ma anche i cittadini stessi. La *Human governance*, su proposta italiana, è stata inserita nella dichiarazione finale del VI *Global Forum* di Seoul; nella risoluzione finale adottata a Lussemburgo dai Ministri europei della Funzione pubblica e nel programma a Medio termine 2005-2006 approvato dalla medesima assemblea.

(43) Una lettura dell'impatto delle riforme degli anni Novanta sul personale della PA può essere colta in MELIS, G., *La burocrazia*, cit., pp. 83-99. Scrive l'autore a p. 99: "Luci ed ombre...hanno caratterizzato la stagione delle riforme. Due passi avanti e uno indietro. All'irruente volontarismo che ha animato le politiche razionalizzatrici è sembrato spesso contrapporsi la spessore impenetrabile di una burocrazia che non vuole cambiare: perché teme di perdere piccoli ma consolidati privilegi; o semplicemente perché il nuovo lo spaventa, e la induce ad arretrare".

(44) Si osservi che i giudizi più positivi provengono da intervistati con istruzione superiore e universitaria (il 46,9 % degli intervistati provvisti di laurea giudica migliorato il fun-

alla percezione, da parte dei cittadini, delle capacità comunicative dei dipendenti pubblici: essi sono ritenuti capaci di farsi capire *molto* o *abbastanza* dalla maggioranza degli intervistati. Se si articola il giudizio di soddisfazione per singoli aspetti relativi all'attività degli uffici pubblici, emerge come l'aspetto tecnologico sia ancora una volta la *carta vincente* della percezione degli utenti: il giudizio positivo sull'utilizzo delle nuove tecnologie dà luce all'immagine della PA, ma sono assai apprezzati anche la preparazione del personale, la vicinanza e la comodità degli sportelli. Le indagini consentono anche di rilevare alcune aree di insoddisfazione. Gli elementi maggiormente critici sono rappresentati ancora adesso dalla mancanza di integrazione tra i vari uffici preposti alle informazioni e alle operazioni amministrative richieste e dai tempi troppo lunghi delle risposte amministrative.

La lettura dei dati sollecita a considerare fondamentali per la modernizzazione della PA l'attenzione e gli investimenti finanziari e organizzativi a favore dell'*e-government*, supportato da adeguate politiche di informazione e di promozione, rivolte ai soggetti più svantaggiati: è appena il caso di notare che nell'ambito delle ricerche sulla complessità delle procedure amministrative risalta la stretta correlazione tra sensibilità di talune aree della vita del cittadino (salute, previdenza sociale) e rilievi critici che riguardano l'adeguatezza, la competenza e, anche, la disponibilità e cortesia del personale, la capacità informativa del *front-office*, etc. Rispetto alle aspettative di miglioramento hanno un certo peso proprio quelle richieste che sono al centro dei processi di riforma della PA e delle politiche di sviluppo delle risorse umane: competenza professionale, responsabilità personale, orientamento all'utente degli atteggiamenti e dei comportamenti degli operatori pubblici.

A proposito dell'efficienza amministrativa, è sicuramente positiva la valutazione da parte delle imprese: il miglioramento è individuato soprattutto sul versante della chiarezza e della semplicità delle procedure. Va ricordato, tuttavia, che le imprese così come altre organizzazioni collettive, si muovono nel rapporto con le pubbliche amministrazioni in una condizione *privilegiata* rispetto al cittadino perché dispongono di maggiori risorse organizzative e perché riescono a ottenere un maggior ascolto dalle pubbliche amministrazioni.

Confrontando i giudizi sullo stato della PA provenienti dal suo interno e dall'esterno, si nota come le valutazioni *interne* della PA siano più favorevoli rispetto a quelle *esterne*, con qualche eccezione dettata da temi che sollecitano di più la sensibilità dei dipendenti. Dipendenti e cittadini, poi, sono piuttosto d'accordo nel riconoscere l'importanza dei sistemi informatizzati

zionamento della P.A.) che fruiscono di maggiori informazioni e che sono certamente più dotati di "destrezza amministrativa", cioè delle risorse informative e relazionali necessarie per muoversi tra uffici e procedure. Le fonti dei dati sono rinvenibili in *Relazione al Parlamento sullo stato della pubblica amministrazione in Italia* dell'anno 2003 (a cura del Ministro della Funzione pubblica), p. 136 e ss.; FORMEZ, *Indagine di scenario sull'innovazione nella pubblica amministrazione*, 2005.

per il raggiungimento di standard soddisfacenti di efficienza amministrativa e per l'adeguatezza dei servizi offerti ai cittadini. Più forte, invece, è il divario relativo al giudizio sulla modernizzazione della PA: i segnali di trasformazione sono più visibili per i dipendenti che per i cittadini. Fra coloro, dipendenti o cittadini, che ritengono la PA ancora lenta, inefficiente, rigida, rileva come causa principale di questa condizione l'eccessivo numero delle leggi e le complicazioni presenti nelle procedure. La manifestazione dei giudizi positivi o negativi sulla PA sembra influenzata dalla maggiore o minore ampiezza valoriale che essa assume per l'intervistato: di fronte alla proposta di opinioni che richiamano, in termini generali, il tema dell'effettivo cambiamento della PA, le valutazioni presentano un certo scetticismo, anzi, molti rifiutano la stessa ipotesi di un possibile cambiamento e soltanto una bassa percentuale di dipendenti, di imprese e di cittadini accetta la piena evidenza delle trasformazioni avvenute. Confortante è comunque il riconoscimento del rinnovamento rispetto ad alcuni servizi pubblici e in particolare per taluni aspetti concreti della attività amministrativa, come l'utilizzo dell'autocertificazione. Una indicazione positiva deriva anche dalla certezza, condivisa da tutti i soggetti (con una più forte convinzione da parte dei dipendenti pubblici), che il rinnovamento della PA si espanderà ulteriormente oltre i casi di isolata eccellenza; ma nessuno nasconde l'idea che la strada del cambiamento potrà incontrare i maggiori ostacoli nella cultura burocratica e, di conseguenza, in certe abitudini amministrative consolidate: può apparire singolare che siano in misura minore i cittadini a segnalare questo rischio e che a condividerlo siano invece, insieme alle imprese, i dipendenti. In tutti gli studi, infine, l'analisi dei dati rivela la presenza di numerose contraddizioni e la persistenza di vecchi stereotipi: il punto è che non soltanto ogni amministrazione è *una storia a sé*, ma che ogni cittadino, impresa, dipendente pubblico ha una molteplicità di esperienze amministrative e ciascuna di esse provoca effetti o imprime immagini che alimentano (o possono alimentare) valutazioni e reazioni diverse.

5. Riflessioni conclusive

Alla luce di quanto detto si prova ora a trarre delle riflessioni conclusive procedendo per punti.

1. La PA sta attraversando in questo momento una fase di transizione: sembra caratterizzata dalla sovrapposizione di un modello antico e radicato che continua a voler far prevalere i principi consolidati di un sistema statico, formale, e - in fondo - sicuro a quello c.d. *innovativo* ispirato ai principi dell'efficienza (l'attenzione all'efficienza consente anche un maggiore svincolo dalla politica), dell'efficacia e dell'economicità. La coesistenza di suddetti modelli, tuttavia, complica la reale attuazione delle trasformazioni amministrative e rende il passaggio dall'amministrazione "per atti" all'amministrazione per risultati (con tutte le dovute implicazioni) più sviluppato in chiave formale che culturale.

2. Nella PA italiana i valori del "pubblico" si intersecano con le ragioni del "privato"; le resistenze del "centro" si confrontano con le esigenze e le

richieste delle “periferie”; i principi di “autonomia” incontrano limiti direttivi a volte vincolanti; la gestione delle risorse umane è sempre limitata dai flussi delle risorse economiche: questo catalogo esemplificativo di ambiguità rileva i motivi che stanno a fondamento dello stato autentico del processo di cambiamento in atto della PA, ma pone, al contempo, la necessità di indagare sulle scelte di fondo che l’ordinamento italiano è chiamato a compiere nei prossimi anni. È vero che alla “cultura dell’adempimento” va, oggi, contrapponendosi una nuova “cultura della soddisfazione dei bisogni dei cittadini”; è vero cioè che non è più sufficiente assicurare la corrispondenza dell’attività svolta con il dettato normativo ed i principi politico - istituzionali, ma è necessario porre l’utente al centro dell’attività amministrativa. Ma è altresì vero che sviluppare un atteggiamento culturale orientato a costruire un nuovo rapporto con il cittadino, riconquistare la fiducia degli utenti verso le strutture pubbliche attraverso un’informazione sempre chiara, completa e tempestiva e una loro attiva partecipazione; predisporre un’organizzazione interna flessibile e veloce, attraverso la previsione di procedimenti amministrativi più semplici; restituire credibilità nelle istituzioni pubbliche attraverso la qualità de servizio intesa come piena rispondenza a bisogni e alle aspettative, non è cosa facile e necessita di tempi lunghi e strumenti diversificati. È un dato che la tradizionale rappresentazione della pubblica amministrazione come sistema statico e uniforme arretra progressivamente di fronte a una realtà articolata di pubbliche amministrazioni che esprimono dinamicità e competitività, che accrescono il proprio capitale relazionale e che tendono ad avviare nuove modalità relazionali con i cittadini caratterizzate da una più elevata capacità d’ascolto, dalla molteplicità dei canali relazionali offerti, dalla qualità stessa delle relazioni rivolte tendenzialmente ad assicurare non soltanto la piena soddisfazione delle domande del cittadino, ma di farlo divenire protagonista del processo amministrativo. Ma è pur vero che si tratta di un percorso più lento di quanto sarebbe necessario, anche se di direzione costante, di cui si colgono – e si coglieranno – di anno in anno i piccoli, ma significativi progressi.

3. Le teorie del cambiamento organizzativo sottolineano come ogni cambiamento efficace abbia un forte contenuto autopoietico (autocritico e auto-creativo): è necessario, infatti, che alla base di ogni cambiamento vi sia una convinta e partecipata contribuzione degli stessi soggetti interessati, che si appoggi in qualche modo su valori culturali condivisi. Solo se i pubblici amministratori si sentiranno soggetti, e non soltanto oggetti, del cambiamento, tutte le contraddizioni del sistema potranno essere superate, probabilmente anche grazie ad un rinnovamento generazionale degli operatori della PA che potrebbe facilitare un maggior orientamento alla cultura del servizio (45).

4. È vero che il processo di riforma e di ammodernamento della PA avviato a partire degli anni Novanta si è andato consolidando grazie al soste-

(45) SAPORITO L., *Una nuova cultura della pubblica amministrazione nel contesto dell’Unione Europea*, in *Regioni e comunità locali*, n. 3-4, 2002, p. 10.

gno offerto da una costante diffusione della cultura dell'informazione e della comunicazione, della semplificazione e dell'efficienza; ma è altresì vero che il "pubblico" non può acquisire e fare propria acriticamente la logica del mercato *tout court*. Può essere produttivo mutuare dal diritto privato valori, principi ed istituti che possano favorire la realizzazione di obiettivi volti al cambiamento; ma va forse rimessa in discussione la diffusa tendenza a stemperare l'attività amministrativa nel modulo consensual-privatistico e va parimenti rigettata la suggestione culturale che i parametri espressivi dell'azione amministrativa, sintetizzabili in efficacia, efficienza, economicità, debbano rispondere ad una logica aziendalistica.

5. Come è stato sottolineato dal Dipartimento della funzione pubblica nel 2003 (nella "Relazione al Parlamento sullo stato della pubblica amministrazione in Italia"), il generale processo verso una dislocazione dei poteri pubblici più vicina ai cittadini si è avviato non soltanto attraverso la maggiore valorizzazione delle autonomie locali (sia nell'ambito delle istituzioni pubbliche sia nell'ambito dell'associazionismo civico e sociale), ma anche attraverso una tendenziale riforma del modello organizzativo e della cultura della pubblica amministrazione. Sono stati aperti (e se ne aprono sempre più) ampi spazi di sussidiarietà verticale (tra diversi livelli di governo) e orizzontale (tra istituzioni pubbliche e realtà, organizzate e non, della società civile). Queste spinte verso la democratizzazione reale dei rapporti tra poteri pubblici e cittadini hanno come orizzonte valoriale e funzionale la *centralità* del cittadino come portatore di bisogni, ma anche come risorsa insostituibile, per il suo patrimonio di conoscenze e di disponibilità cooperative, di un nuovo modo di "fare amministrazione". Gli apparati pubblico-amministrativi escano progressivamente dalla logica autoreferenziale (quando non autoritativa) che ha connotato tradizionalmente il modello burocratico di amministrazione; assumono – anche se il cammino è ancora all'inizio – le connotazioni di una amministrazione *colloquiale*: e ciò implica la capacità di comunicare efficacemente strategie e politiche, di aprirsi all'*ascolto* e alla *partecipazione*, di semplificare le procedure, di valutare l'efficacia degli interventi e, infine, se e in quanto questi obiettivi vengono perseguiti quotidianamente e in ogni ambito della vita amministrativa, l'attenzione a trasmettere una *immagine* di sé che aiuti lo sviluppo all'interno dell'amministrazione identità professionali forti e incrementi all'esterno quel capitale di fiducia civica che costituisce la principale fonte di legittimazione dei poteri amministrativi.

6. L'idea guida delle riforme degli ultimi quindici anni è quella di una amministrazione *performance-oriented*, cioè di una amministrazione di risultato (46). Al risultato si fa infatti riferimento come elemento essenziale

(46) Dubita sulla assoluta validità della formula CASSESE S., *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (A CURA DI), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2002; critico specialmente nei confronti di una applicazione generalista della formula, G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, *Annuario AIPDA*, Milano, 2002, p. 127 e ss.

della dirigenza e dei c.d. controlli di gestione; è il parametro per la ripartizione delle risorse fra apparati (riforma del bilancio); è canone di tutela degli utenti (carte dei servizi); è misura della responsabilità (ministeriale e dirigenziale), etc.; ma il legislatore si riferisce al risultato anche perché spinto dalla necessità di rispondere al bisogno di (ri)legittimazione delle istituzioni pubbliche, di controllo della spesa pubblica, di apertura dei mercati. Tuttavia, il passaggio da una amministrazione vincolata nel suo agire dal formalismo legalistico ad una responsabile del conseguimento di risultati utili per la collettività non sembra obiettivo di breve periodo come dimostrano proprio gli esiti dei diversi interventi succedutisi negli ultimi anni: il numero delle leggi - e dei tipi di legge - continua ad aumentare, mentre in taluni casi le c.d. semplificazioni diventano esse stesse una selva più intricata di quella che avrebbero dovuto abbattere (47); monitoraggi, verifiche e certificazioni soffocano negli standard, nelle tabelle e nelle statistiche e la responsabilità personale dei funzionari ha l'occhio più attento ai revisori o alle fonti di finanziamento che alla ragion d'essere dell'attività considerata.

7. I cambiamenti intervenuti in Italia come negli altri Paesi, sono evidenti e altrettanto lo sono i risultati positivi. Tuttavia oscurità, lentezza e distanza sono ancora oggi i termini che vengono sovente usati per indicare il rapporto dei cittadini con la PA. Esaminato da questo punto di vista, il problema finisce con l'avere, nella sostanza, radici essenzialmente culturali: cultura della PA ma anche cultura del cittadino con la logica conclusione che l'obiettivo finale cui si deve tendere è un cambiamento che investa anche (e soprattutto) gli aspetti culturali connessi alla gestione della cosa pubblica.

(47) Basti pensare alla semplificazione nel *drafting* legislativo che ha condotto, sul modello della legge finanziaria, al contenimento del numero degli articoli di cui le leggi si compongono (derivante dal tentativo di ovviare alle lungaggini della votazione articolo per articolo della legge) e alla moltiplicazione dei commi: una complicazione per l'interprete e per il cittadino.

Sulla rilevabilità giudiziale della decadenza dell'appaltatore di opera pubblica per mancata iscrizione di "riserva"

di Giancarlo Pampanelli ()*

1 – Il sistema normativo in materia di appalto di opere pubbliche tralattivamente contempla, come noto, la previsione dello specifico onere, a carico dell'appaltatore, della apposizione di "riserve" sugli atti contabili onde far valere le proprie pretese economiche nei confronti dell'Amministrazione committente.

In sostanza, l'appaltatore, qualora abbia a voler richiedere alla stazione appaltante pagamenti che non risultino dovuti in relazione alla contabilità dell'appalto, è tenuto ad iscrivere, in occasione della prima registrazione successiva al verificarsi dell'evento dedotto come generatore del diritto al compenso, apposita riserva sul documento contabile, che deve essere altresì esplicitata nei termini prescritti (cfr. al riguardo art. 54 del R.D. 25 maggio 1895 n. 350 ed ora art. 165 del d.P.R. 21 dicembre 1989 n. 554; in tema di lavori del Genio Militare art. 33 del RD. 17 marzo 1932 n. 366 ed ora art. 204 del d.P.R. 19 aprile 2005 n. 170 ecc.).

La giurisprudenza (e la dottrina) è concorde, pur con diverse sfumature, nell'affermare che la ragione fondamentale giustificatrice delle preclusioni implicite ed esplicite nel sistema dell'iscrizione delle riserve consiste nella necessità, nel quadro generale delle esigenze proprie del bilancio pubblico, della continua evidenza delle spese dell'opera, in relazione alla corretta utilizzazione ed all'eventuale e tempestiva integrazione dei mezzi finanziari all'uopo predisposti, nonché alle altre determinazioni che l'amministrazione deve prendere, anche in funzione di immediato controllo delle pretese avanzate dall'appaltatore.

Nell'appalto di opere pubbliche, l'onere di immediata denuncia di ogni fatto connesso all'esecuzione dell'opera, che l'appaltatore ritenga produttivo di conseguenze patrimoniali a sé sfavorevoli, è espressione di un principio generale, e pertanto sussiste anche riguardo ai fatti c.d. continuativi, come quelli prodotti da una causa costante o da una serie causale di non immediata rilevanza onerosa. (Cass., sez. prima, 24 gennaio 1997 n. 746).

La conseguenza del mancato adempimento dell'onere di apposizione di riserva e sua esplicitazione è dato dalla decadenza dell'appaltatore dalla possibilità di far utilmente valere la relativa pretesa economica.

(*) Avvocato dello Stato.

“Nell’appalto di opere pubbliche, la mancata tempestiva iscrizione nel registro di contabilità, da parte dell’appaltatore, di riserva intesa ad ottenere il riconoscimento di maggiori costi sostenuti per le opere eseguite (nella specie, per lavori di sbancamento), ne comporta la decadenza dal diritto al pagamento e preclude la proposizione dell’azione di arricchimento, la quale è connotata dal requisito della sussidiarietà” (Cass., sez. prima, 12 settembre 2003 n. 13440 tra le tante).

Inoltre, “in tema di appalto di opere pubbliche, l’onere della prova di avere tempestivamente iscritto le riserve nel registro di contabilità (o nel verbale di sospensione dei lavori) grava sull’appaltatore che intenda avanzare pretesa per compensi ed indennizzi aggiuntivi rispetto al corrispettivo originariamente pattuito” (Cass., sez. prima, 3 novembre 2000 n. 14361).

2 – Rammentato quanto sopra, occorre osservare che, sul piano giudiziale, la intervenuta decadenza dell’appaltatore di opera pubblica per mancata tempestiva apposizione di riserva sugli atti contabili è ritenuta dalla Suprema Corte – seguita dalla giurisprudenza di merito ed arbitrale – formare oggetto di una cd. “eccezione in senso stretto”, non rilevabile *ex officio*.

Di conseguenza, la relativa eccezione deve essere sollevata nei prescritti termini perentori stabiliti dal cod. proc. civ., sotto pena di decadenza (v. al riguardo recentemente Cass., sez. prima, n. 1637/06; *idem*, sez. prima, n. 3824/03; *idem* n. 14361/00, ed altre precedenti della Cassazione a Sezione singola).

Nella su citata decisione n. 3824/03, in ordine alla decadenza per mancata iscrizione di riserva, si legge tra l’altro che “la previsione si deve ritenere appartenente a materia di diritti patrimoniali disponibili, quali non possono che essere quelli che disciplinano il momento contrattuale del rapporto tra appaltatore e P.A. nell’appalto di opere pubbliche.

Altra è, infatti, l’evidente “*ratio*” della previsione volta a tutelare la P.A. consentendole di valutare in ogni momento l’opportunità della permanenza del rapporto o la convenienza di un recesso con riguardo ai maggiori costi prospettati (Cass. 13399/99), ed altro è affermare che da tanto derivi la irrilevanza sostanziale e processuale dell’atteggiamento, rispetto alla assenza di tempestiva riserva, della stessa P.A., essendo invece coerente con la natura dell’istituto la possibilità che l’appaltante stesso ritenga di “non far valere” le conseguenze sanzionatorie di quella norma.

La tempestività della iscrizione delle riserve, pertanto, quale adempimento imposto con le specifiche prescrizioni di cui al citato R.D. 350 del 1895 ed al d.P.R. 1063/62 (applicabili al caso sottoposto), opera – impedendo, in caso di inosservanza, l’esercizio dei diritti a maggiori compensi – solo ove la Amministrazione appaltante abbia contestato la predetta mancanza di tempestiva iscrizione e, quindi, abbia nel processo eccepito la decadenza avveratasi”.

3 – Ciò posto, attualmente non può dirsi che, nella specifica materia della decadenza dell’appaltatore di cui ci occupiamo, sussista un ben delineato contrapposto indirizzo della Suprema Corte.

Tuttavia, l’orientamento sopra rammentato assunto dalla Cassazione nel delicato settore in questione non appare pienamente convincente e trova

ostacolo in posizioni ed affermazioni rivenienti dalla stessa giurisprudenza del Giudice di legittimità.

Anzitutto, a divergenti conclusioni rispetto a quelle sopra cennate sembra dover condurre una integrale ed attenta lettura della sentenza n. 3197, in data 4 luglio 1989, delle Sezioni Unite della Cassazione.

Detta pronunzia, seppure riferita ad un caso di specie (sancisce che la decadenza dall'azione giudiziaria per la riliquidazione della pensione prevista dall'art. 37, comma 5, della legge n. 830/1961, in quanto indisponibile dall'ente previdenziale nel cui interesse è sancita, può essere rilevata d'ufficio), ha tuttavia una ricaduta e portata di carattere generale.

Invero, nel testo della articolata motivazione della decisione in parola, si afferma il principio della non necessaria coincidenza della astratta "disponibilità" del diritto con l'esclusione dell'esistenza di "materia sottratta alla disponibilità delle parti", a mente dell'art. 2969 cod. civ.

Precisamente, il carattere disponibile del diritto azionato in giudizio non è di per sé elemento decisivo per escludere che si verta in materia sottratta alla disponibilità delle parti, mentre il carattere indisponibile del diritto (in quei pochi casi in cui esso è tale, come succede per i diritti relativi allo stato e alla capacità delle persone, o c.d. "*jura status*") è già chiaro indice che si verte in materia sottratta alla disponibilità delle parti.

Ma soprattutto, nell'arresto giurisprudenziale *de quo*, le Sezioni Unite si sono "*funditus*" poste il problema di individuare un criterio di carattere generale per la ricognizione dei casi di decadenze c.d. "di ordine pubblico", rilevabili *ex officio* dall'organo giudicante e da sussumere nel disposto dell'art. 2969 cod. civ.

Ciò al dichiarato e condivisibile fine di evitare pronunzie "che non approfondiscono il problema e contengono proposizioni meramente assertive".

Così, indicate come decadenze di ordine pubblico quelle in materia tributaria e previdenziale stabilite in favore dell'Amministrazione, la Suprema Corte ha rilevato che la decadenza di ordine pubblico ricorre "solo quando alla sua base vi sia un interesse superiore e specifico, diverso dal generale interesse alla certezza delle relazioni sociali, che ogni previsione di decadenza è, per sua natura, destinata a soddisfare."

Ciò premesso, le Sezioni Unite hanno fissato il principio generale per cui, al fine della individuazione delle dette decadenze non subordinate a rilievo di parte, "la chiave di soluzione del problema appare doversi individuare nella considerazione dell'interesse tutelato: la rilevanza d'ufficio ed il complessivo regime proprio dell'indisponibilità possono essere affermati se la decadenza in esame viene annoverata tra quelle dettate a protezione dell'interesse pubblico alla definitività e certezza delle determinazioni che concernono le erogazioni di spese gravanti sui pubblici bilanci, se, cioè, si esclude, come deve escludersi, che l'ente possa rinunciare alla decadenza stessa, derogare negozialmente alla disciplina legale di questa o riconoscere il diritto a questa soggetto, con effetti impeditivi della decadenza".

Non solo. Con riferimento specifico al settore delle opere pubbliche ed alla decadenza dell'appaltatore per mancata iscrizione di riserva, deve esse-

re tenuta in conto la posizione assunta da Cassazione, Sez. prima Civile, n. 8014 del 26 agosto 1997, sentenza che si riallaccia alla pronunzia menzionata delle Sezioni Unite e ne dà applicazione – per così dire – nella materia che ne occupa.

La decisione ribadisce che, pur sussistendo la tendenziale corrispondenza tra i “diritti indisponibili”, cui fa riferimento la rubrica dell’art. 2968 c.c., e la “materia sottratta alla disponibilità delle parti”, menzionata nel testo della citata disposizione, non v’è tra le due espressioni una coincidenza assoluta, talché, pur potendo esser disponibile il diritto colpito da decadenza, questa può essere prevista dalla legge a tutela di un interesse superiore rispetto a quello delle parti in contesa, ossia per regolare una materia sottratta alla loro disponibilità.

Pertanto, a ciò consegue – secondo la Cassazione – che “... non vi è dubbio che il diritto dell’appaltatore ai maggiori compensi per i quali è stata iscritta riserva sia disponibile, ma non può per ciò solo ritenersi disponibile la posizione dell’ente pubblico tenuto al pagamento, il quale è soggetto alle norme sulla contabilità pubblica e non può rinunciare alla decadenza disposta dalla legge in ordine alla regolarità della procedura stabilita per l’iscrizione delle riserve nei registri di contabilità. Tale orientamento interpretativo, che è stato ulteriormente ribadito anche in tema di appalto di opere pubbliche – Cass., 14 luglio 1992, n. 8548 – consente perciò di ribadire che la decadenza dell’appaltatore dalle riserve relative a domande di maggiori compensi non può, comunque, formare oggetto di rinuncia da parte della P.A., né in forma espressa, né in forza di un comportamento tacito concludente”.

4 – A tal punto, tirando la fila del discorso, pare – ad avviso di chi scrive – che l’attuale indirizzo giurisprudenziale maggioritario in tema di rilevanza giudiziale della decadenza dell’appaltatore in questione, debba essere sottoposto a critica e rimeditato.

Invero, se – come è pacifico – la predisposizione da parte del legislatore del sistema normativo delle “riserve” dell’appaltatore di opera pubblica, con le connesse decadenze a suo carico dalle pretese economiche in caso di mancata iscrizione, radica la sua “ratio” nella necessità di immediata consapevolezza per l’Amministrazione committente delle spese comportate dall’opera pubblica, rapida determinazione sulla sorte dell’appalto, controllo e riscontro di dette pretese e spese e tempestiva programmazione delle risorse finanziarie per farvi fronte, in relazione anche con la disponibilità e trasparenza dei pubblici bilanci;

– se, ancora – come del pari non è fondatamente contestabile – la decadenza dell’appaltatore in parola risulta discendere non da una mera generica esigenza di definitiva certezza di relazioni giuridiche, bensì trovare giustificazione in un “interesse superiore e specifico” qual è quello sopra delineato, attinente al controllo e programmazione delle erogazioni di denaro pubblico per la realizzazione dell’opera divisa;

– la logica conseguenza è allora che siamo di fronte ad una decadenza rientrante tra quelle “di ordine pubblico”, rilevabili *ex officio*, secondo il paradigma tracciato dalle Sezioni Unite con la ripetuta pronunzia n. 3197 del

1989, nonché – è da aggiungere – secondo una necessaria considerazione della natura degli interessi in gioco.

Del resto, vale pure osservare che la sentenza n. 3197/89 *de qua*, provenendo dalle Sezioni Unite della Cassazione e non essendo più stata rimessa in discussione, in successivi interventi del medesimo Alto Collegio, rappresenta un precedente nomofilattico che si impone rispetto agli indirizzi delle singole Sezioni ed il cui contenuto appare essere manifestazione della funzione di assicurare “l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale” (come recita l’art. 65 ord. giudiz.).

Si osserva che la fissazione da parte delle Sezioni Unite delle su rammentate linee-guida in tema di decadenze rilevabili *ex officio* ha proprio l’evidente funzione di orientare i giudici in riferimento alla relativa problematica e chiudere la via a decisioni dettate da convinzioni soggettive.

Non è però solo quello di cui sopra il profilo da tenere in considerazione.

Come visto, ed a prescindere dal richiamo allo “schema generale” fornito dalla decisione n. 3197/1989, la Cassazione, Sez. prima, con la pronuncia n. 8014/1997 ha decisamente affermato che l’ente pubblico non può rinunciare – né in forma espressa né in forza di un comportamento tacito concludente – ad opporre la decadenza dell’appaltatore dalle riserve relative a domande di maggiori compensi, non trattandosi di posizione disponibile dell’ente pubblico stesso.

Il che sta ragionevolmente a significare (anche se la Corte non ha avuto modo di direttamente esplicitarlo) che si tratta di una decadenza “sottratta alla disponibilità delle parti” e dunque rilevabile *ex officio* ai sensi del citato art. 2969 cod. civ.

In definitiva, sia che si privilegi, nell’ottica generale delle Sezioni Unite, l’interesse superiore e specifico connesso con le erogazioni di denaro pubblico sotteso alle previsioni di decadenza, sia che si affermi l’indisponibilità ed irrinunciabilità per l’ente pubblico a far valere in particolare la decadenza in parola dell’appaltatore, la coincidente e condivisibile conseguenza è quella di una ricomprensibilità della fattispecie decadenziale in questione nel disposto del più volte menzionato art. 2969 cod. civ.

Né in contrario potrebbe obiettarsi che non è sufficiente una riconosciuta indisponibilità della posizione soggettiva da parte dell’ente pubblico per giustificare l’applicazione dell’art. 2969 cod. civ. e, più in generale, una deroga al principio dispositivo che sovrintende al processo civile.

Così, in particolare, anche la prescrizione non è come noto rinunziabile dall’Amministrazione, ma rimane eccezione in senso stretto non rilevabile d’ufficio, salvo espresse previsioni legislative.

Invero, a tale osservazione appare doversi opporre che il parallelismo non è correttamente proponibile, in quanto la disciplina della rilevabilità giudiziale della prescrizione è di carattere generale e non conosce una normativa – qual è quella di cui all’art. 2969 cod. civ. – che, in ragione della specifica rilevanza dell’interesse superiore implicato dalla previsione di decadenza, attribuisca all’organo giudicante il potere di diretto intervento e rilievo della stessa.

Va altresì sottolineato che la problematica trattata, oltre ad involgere interessi spesso di notevole rilevanza economica, tende oggi ad acquisire maggiore incidenza a seguito delle modifiche introdotte dalle leggi nn. 80/2005 e 51/2006 al processo civile (in particolare agli artt. 180 e 183 cod. proc. civ.), con la accentuata rigidità normativa in tema di tempestività della proposizione giudiziale delle c.d. eccezioni in senso stretto.

Peraltro, è da osservare che il senso comune mal tollera, a fronte di erogazioni di denaro pubblico, una divaricazione tra le ragioni dell'ente pubblico riconosciute dal diritto sostanziale e l'ostacolo frapposto dalle preclusioni processuali.

Conclusivamente, non può che auspicarsi in materia un intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Suprema Corte.

Le fasi della formazione del contratto pubblico: brevi note a prima lettura sugli artt. 11 e 12 del codice dei contratti pubblici

di *Jacopo Polinari* (*)

SOMMARIO: 1.– La fase di aggiudicazione. 1.2.– Aggiudicazione provvisoria e definitiva. 2.– La fase di stipulazione.

L'art. 11 del c.d. codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, D.Lgs. 163/06 (d'ora in avanti codice degli appalti), disciplina, con abbondante ricorso a rinvii alle norme (pre)vigenti ed agli ordinamenti delle stazioni appaltanti, le diverse fasi della procedura di affidamento dei contratti pubblici. La disposizione si apprezza per la scelta, condivisa dal Consiglio di Stato e dalla scarsa dottrina che si è occupata dell'argomento (1), di semplificare ed unificare la procedura attraverso l'introduzione di una netta distinzione tra la fase di scelta del contraente, che culmina nell'aggiudicazione, atto unilaterale dell'amministrazione, e nella stipulazione del contratto, la prima tutta di diritto amministrativo, l'altra tutta regolata dal diritto privato.

Le nuove norme introducono una disciplina generale delle varie fasi in cui si articola la procedura di affidamento e stipula del contratto, con l'evidente intento di rendere il procedimento uniforme almeno nelle sue linee generali, introducendo una serie di regole e scansioni temporali precise da applicare a tutte le procedure di affidamento, salve le singole discipline speciali.

1. La fase di aggiudicazione

La disposizione si apre con una previsione di incerta rilevanza pratica e portata precettiva: «le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici, se previsti dal presente codice o dalle norme vigenti». La disposizione impone, nella procedura di affidamento, di rispettare il quadro definito con gli atti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici, ove previsti; della quale cosa, peraltro, nessuno poteva dubitare. Semmai più

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

(1) V. Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli atti normativi, Adunanza del 6 febbraio 2006; SANTORO, *L'approvazione dell'aggiudicazione e del contratto nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Trim. degli App.* 2006, 231 ss.

interessante ed utile sarebbe stata una disposizione che avesse fissato, al rango di norma generale, le conseguenze della violazione di tali disposizioni nei rapporti con i contraenti e sul contratto.

Al comma 2 dell'art. 11 si prevede che «prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decret(i)no o determin(i)no di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli *elementi essenziali* del contratto e i criteri di *selezione degli operatori* economici e delle offerte» (2).

La determinazione o il decreto di contrarre assumono rilevanza esterna con la pubblicazione di bandi di gara, o degli inviti ad offrire o partecipare al dialogo competitivo od a negoziare, secondo le disposizioni contenute nella sezione seconda, capo terzo, titolo primo, parte seconda del codice degli appalti. Alla pubblicazione dei bandi e degli avvisi segue, quindi, la fase di gara vera e propria, che culmina con la selezione dei partecipanti che deve avvenire, secondo quanto disposto «con formula un po' ridondante (3)» dal comma 4 prima parte art. 11, mediante uno dei criteri di selezione previsti dal codice.

Al termine della procedura è dichiarata l'*aggiudicazione provvisoria*, che, diversamente da quanto poteva ritenersi sotto il precedente sistema, appare come un atto endoprocedimentale, incapace di produrre posizioni di aspettativa, né effetti lesivi degli interessi legittimi degli altri partecipanti alla gara, e pertanto non autonomamente impugnabile (4). L'aggiudicazione

(2) La disposizione si apprezza perché, la necessità di una preventiva deliberazione a contrattare, pure se affermata pressoché pacificamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza (si vedano, per tutti, CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, 277 ss.; MASSERA, *I contratti*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, 1577; ROSSI, *Diritto amministrativo, II – Approfondimenti*, Milano, 2005, 99. In giurisprudenza v., ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 28 ottobre 1996, n. 1159; Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 1997, n. 760; T.A.R. Emilia Romagna – Bologna, Sez. I, 27 gennaio 1998; T.A.R. Puglia – Bari, Sez. I, 3 luglio 1995, n. 705), si presenta estremamente utile sia relativamente alla predeterminazione degli scopi, dei criteri e delle modalità della successiva attività contrattuale dell'amministrazione, sia ai fini della successiva attività di controllo non era mai stata prevista da una disposizione a carattere generale, se non dall'art. 192 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL).

Inoltre, l'espressa previsione della determinazione a contrarre può avere importanti riflessi sul problema degli effetti dell'eventuale invalidità della stessa sul contratto concluso, risolto in linea di massima da dottrina e giurisprudenza ricostruendo l'invalidità della deliberazione in termini di errore-vizio della volontà, a cui segue l'annullabilità del contratto o la sua inefficacia *ab origine*. Cfr. CARANTA, *op. cit.*, 282. Nel senso dell'inefficacia del contratto in caso caducazione della deliberazione a contrattare, v. Cons. Stato, Sez. VI, 27 ottobre 2003.

(3) PIANESI, *La disciplina della procedura di affidamento: prima lettura degli artt. 11 e 12 del codice dei contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, 2006; SANTORO, *Dall'aggiudicazione provvisoria all'aggiudicazione del contratto*, in *www.appaltiecontratti.it*, 2006, 8. Cfr. anche TAR Campania 28 ottobre 2005 n. 17855, in *Foro Amm.*, TAR 2005, 3252; C. Stato, Sez. V, 24 marzo 2006, n. 1525, in *Foro amm. CDS* 2006, 3 885.

(4) Nello stesso senso v. PIANESI, *La disciplina della procedura di affidamento*, *cit.*, 3

provvisoria ha il solo effetto di sottoporre l'aggiudicatario ai controlli previsti dal primo comma dell'art. 12 codice (5). Se i controlli hanno esito positivo la stazione appaltante provvede alla aggiudicazione definitiva (comma 5), che non equivale ad accettazione dell'offerta (comma 7), e diventa efficace solo una volta verificata la sussistenza dei requisiti previsti dal bando o dall'invito (6). Tale controllo, peraltro, si riduce ad una mera ricognizione delle prove documentali fornite dall'aggiudicatario, e riguardanti il possesso dei requisiti già valutati sulla base dell'autodichiarazione resa in fase di offerta (7).

Peraltro, poiché, l'aggiudicazione definitiva ed efficace non equivale ad accettazione dell'offerta, come invece avveniva sotto il previgente sistema, questa produce l'unico effetto di vincolare l'aggiudicatario alla propria offerta finché non venga stipulato il contratto, oltre che quello, invero più importante, di determinare il sorgere di legittime posizioni di aspettativa, relativamente alla natura delle quali si dirà tra breve, verso la tempestiva conclusione del contratto.

Ai sensi dell'art. 79 comma 5 lett. a) del codice, l'amministrazione aggiudicatrice deve in ogni caso comunicare d'ufficio «l'aggiudicazione, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, nonché a coloro la cui offerta sia stata esclusa, se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare detta impugnazione» (8).

(5) «L'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, l'aggiudicazione si intende approvata». Art. 12 comma 1 codice degli appalti.

(6) Come ha giustamente notato la dottrina meglio avveduta «quello che rimane anomalo e proceduralmente scorretto è il fatto che la verifica condizionante (l'efficacia dell'aggiudicazione) sia indirizzata verso l'aggiudicazione definitiva e non verso l'aggiudicazione provvisoria». SANTORO, *Dall'aggiudicazione provvisoria alla stipula del contratto*, cit. 10.

(7) SANTORO, *Op. loc. cit.*

(8) V. sul punto PIANESI, *La disciplina della procedura di affidamento*, cit., 4: «Questa disposizione, in cui sembra leggersi l'intento di rendere il più certo ed il più ravvicinato possibile il momento della conoscenza dell'aggiudicazione da parte non solo dell'aggiudicatario, ma anche di chi avrebbe interesse a ricorrere avverso l'aggiudicazione medesima, introducendo la comunicazione d'ufficio (andando oltre, pertanto, quanto previsto dall'art. 41 della direttiva 2004/18/CE), anche per limitare il lasso di tempo in cui eventuali ricorsi possano essere proposti, oltre ad individuare espressamente i controinteressati relativamente all'aggiudicazione, è richiamata dall'art. 11, comma 10, laddove prevede che il contratto non possa comunque essere stipulato prima di 30 giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione ai sensi dell'art. 79».

Una volta divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva termina la fase di scelta del contraente e si apre la successiva fase di stipulazione del contratto.

1.2. Aggiudicazione provvisoria e definitiva

Come si è detto, il tenore degli artt. 11 e 12 codice sembrerebbero riconoscere alla aggiudicazione provvisoria esclusivamente natura di atto endoprocedimentale, non idoneo né a costituire legittime aspettative nell'aggiudicatario, né a ledere l'interesse degli altri partecipanti alla gara. L'aggiudicazione provvisoria sembra avere il solo effetto di sottoporre il partecipante che ha presentato la migliore offerta ai controlli di cui all'art. 12 primo comma codice (9), all'esito positivo dei quali viene pronunciata l'aggiudicazione definitiva, questa sì vero atto avente natura provvedimentale, dal momento che determina in via definitiva la volontà dell'amministrazione nella scelta del contraente (10).

Cessano pertanto di avere albergo nel nuovo sistema tutti i dubbi riguardanti l'efficacia propria dell'aggiudicazione provvisoria, e financo l'ammissibilità della figura (11).

Per quanto riguarda l'aggiudicazione definitiva, che si ha in seguito all'esito dei controlli di cui all'art. 12 comma 1, posti in essere dagli organi competenti secondo gli ordinamenti delle singole amministrazioni aggiudicatrici, questa sembra oggi comportare un vincolo solamente per l'aggiudicatario, la cui offerta diviene irrevocabile sino a che non sia decorso il termine entro cui deve essere stipulato il contratto, mentre la legge dispone espressamente che il vincolo contrattuale vero e proprio sorgerà, per ogni ipotesi e dunque non più solo per i casi diversi dall'asta pubblica e dalla licitazione privata, in seguito alla eventuale stipulazione del contratto, con cui l'offerta viene «accettata» dalla stazione appaltante.

L'aggiudicazione appare ora esclusivamente l'atto con cui l'amministrazione formalizza l'individuazione del contraente, sulla base dell'offerta presentata, mentre tutto quanto riguarda il vincolo contrattuale è spostato sul contratto che andrà stipulato successivamente, diversamente da quanto disposto nel previgente sistema dalla legge contabile del 1923, in base alla quale l'aggiudicazione equivaleva a conclusione del contratto, mentre la successiva stipulazione si riteneva avesse esclusiva funzione ricognitiva di un accordo già perfezionato.

Questo, in ogni caso, non toglie all'aggiudicazione definitiva la qualità di atto provvedimentale, conclusivo del procedimento di scelta del contraen-

(9) Nello stesso senso SANTORO, *Dall'aggiudicazione provvisoria, cit.*, 8

(10) Anche se ancora priva di efficacia, almeno fino all'esito del controllo dei requisiti (art. 11 comma 8).

(11) Cfr. SANTORO, *L'approvazione dell'aggiudicazione, cit.*, 232 ss.; FAVIERE, *Brevi note sul dibattito in materia di aggiudicazione provvisoria e definitiva*, in *Giustamm.it*, 2004.

te, e quindi autonomamente impugnabile ove lesivo degli interessi degli altri partecipanti alla gara.

Infatti, a parte eventualità patologiche quali l'annullamento dell'aggiudicazione in via di autotutela, l'aggiudicazione definitiva rappresenta il provvedimento con il quale viene scelta, appunto in via definitiva, la controparte contrattuale della pubblica amministrazione.

Sino al momento della stipulazione, del resto, permangono i poteri pubblicistici dell'amministrazione, che può agire in via di autotutela, come si preoccupa di precisare il comma 9 dell'art. 11. In ogni caso, comunque, il contratto non può essere stipulato prima che siano trascorsi trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, salvo motivate ragioni di urgenza particolare che non consentano all'amministrazione di attendere tale termine.

Il comma 9 dell'art. 11 dispone altresì che la stipulazione deve avvenire non oltre sessanta giorni dalla data in cui è divenuta efficace l'aggiudicazione, trascorsi i quali l'aggiudicatario «può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale».

Si impongono alcune questioni: in primo luogo la disposizione consente all'aggiudicatario, una volta trascorso inutilmente il termine *de quo*, di sciogliersi dal vincolo dell'offerta, e di *recedere dal contratto*. Ora, poiché il termine che è appena trascorso è proprio quello per la conclusione del contratto, non si vede da quale contratto l'aggiudicatario possa recedere. Lo stesso per quanto riguarda le *spese contrattuali* delle quali l'aggiudicatario può ottenere il ristoro. In questo caso peraltro sembra corretto ritenere che le spese cui il codice degli appalti si riferisce sono quelle precontrattuali, sostenute dall'aggiudicatario confidando nella tempestiva conclusione del contratto (12).

Non sono disciplinate, invece, le ipotesi in cui l'aggiudicatario non revochi l'offerta e la stipulazione del contratto avvenga molto oltre i sessanta giorni, né quella in cui l'amministrazione rifiuti di stipulare il contratto, al di fuori delle ipotesi di autotutela.

(12) Come ulteriore conseguenza si deve ritenere altresì che la disposizione limiti, per il caso di recesso dell'aggiudicatario, l'area della responsabilità precontrattuale ad un mero indennizzo dell'aggiudicatario, in mancanza di ogni espresso riferimento al risarcimento del danno, ed anzi nella espressa previsione secondo la quale non spetta all'aggiudicatario «alcun indennizzo». Per inciso non si può fare a meno di notare l'improprietà di linguaggio usata dai codificatori: non si vede infatti quale altro *indennizzo* possa essere preteso dall'aggiudicatario oltre ristoro delle spese precontrattuali documentate. In altre parole pare a chi scrive che ciò che è stato escluso non è l'*indennizzo*, ma il *risarcimento del danno*.

In mancanza di ogni previsione legislativa, è da ritenere che nella prima ipotesi l'aggiudicatario possa, se e quando il contratto verrà stipulato, domandare ristoro degli eventuali pregiudizi subiti a causa del decorso del tempo (perdita di occasioni contrattuali, danni causati dal fermo dell'organizzazione ecc.).

La seconda questione è a tutta evidenza notevolmente più seria. Occorre infatti domandarsi di quale tipo sia la posizione soggettiva dell'aggiudicatario, se interesse legittimo o diritto soggettivo, e soprattutto quali rimedi abbia a sua disposizione per il caso in cui l'amministrazione rifiuti di stipulare il contratto.

Quanto al primo problema non sembra seriamente contestabile che la situazione giuridica soggettiva che si crea in capo all'aggiudicatario sia un vero e proprio diritto soggettivo avente ad oggetto la stipulazione del contratto, salvo che sia espressamente previsto il differimento del sorgere del vincolo al momento della stipulazione (13). Ritenere infatti che, a fronte dei poteri in capo alla Amministrazione di non stipulare il contratto in esercizio di autotutela, la posizione dell'aggiudicatario presenti la consistenza di un interesse legittimo al corretto uso del potere, pare contrastare, sul piano sistematico, con l'affermata configurabilità di una responsabilità precontrattuale della P.A. di fronte al legittimo affidamento dell'aggiudicatario alla stipulazione del contratto (14).

Inoltre, la situazione muta qualora si veda nell'aggiudicazione definitiva ed efficace un obbligo a contrarre per l'amministrazione o meno. Se un obbligo a contrarre fosse configurabile (15), tuttavia la pedissequa applicazione del primo comma dell'art. 2932 c.c. è resa difficile dalla circostanza, di cui si dirà *infra*, che il contratto, una volta stipulato, è sottoposto alla condizione sospensiva dell'approvazione di cui al comma 2 dell'art. 12 codice degli appalti. Diversamente, qualora si ritenesse che l'aggiudicazione definitiva efficace non costituisca alcun obbligo a contrarre in capo all'amministrazione, non si vedono ostacoli all'applicazione della disciplina della responsabilità precontrattuale (16).

(13) Cass. Sez. Un. 11 giugno 1998, n. 5807, in *Riv. C. Conti*, 1998, II, 240.

(14) V., *ex multis*, TAR Lazio, sez. I, 7 luglio 2003 n. 5991, in *Foro Amm. TAR*, 2003, 2297, con riferimento alla mancata stipula del contratto per sopravvenuta carenza di fondi; C. Stato, sez. IV, 7 marzo 2005, n. 920, in *Foro Amm. CDS*, 2005, 738; C. Stato, Ad. Plen, 5 settembre 2005 n. 6, *ivi*, 2005, 2515.

(15) Ciò che è escluso, a mio parere giustamente da SANTORO, *Dall'aggiudicazione alla stipula del contratto*, cit., 13. Ciò è vero «specie se l'offerta, a seguito della procedura di gara sia giudicata non conveniente fermo restando che la determinazione di non concludere deve essere adeguatamente motivata».

(16) V., in senso analogo, PIANESI, *La disciplina della procedura di affidamento*, cit., 4: «Occorrerà, poi, verificare se il fatto che sia stato legislativamente previsto un termine specifico per l'esercizio del potere discrezionale di stipulazione del contratto, la possibilità di reazioni dell'aggiudicatario nei termini appena visti e l'esclusione dell'indennizzo escludano sempre e comunque la configurabilità di un ritardo colpevole e dunque la sussistenza di una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione o se detta responsabilità possa comunque verificarsi se, nel far decorrere inutilmente il termine, la stazione appaltante abbia comunque posto in essere comportamenti contrari all'art. 1337 del codice civile».

Ancora, la stipulazione del contratto non può avvenire prima che siano trascorsi trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati (ed all'aggiudicatario) della comunicazione di cui all'art. 79 comma 5 lettera *a*) del codice. Questo termine dilatorio può essere derogato (ad eccezione dei contratti relativi ad infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi) solo se si manifestano motivate ragioni di particolare urgenza che impongano alle amministrazioni di concludere il contratto entro un termine più breve.

Infine possono ancora verificarsi due ipotesi ostative alla stipulazione.

In particolare, la intempestiva prestazione della garanzia fideiussoria prevista dall'art. 113 del codice, provoca la revoca dell'affidamento e l'acquisizione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, della cauzione provvisoria di cui all'art. 75 codice.

Ancora, le disposizioni antimafia recate nella legge 575/1965 impongono alle amministrazioni aggiudicatrici il divieto di concludere contratti d'appalto qualora le imprese aggiudicatrici siano soggette a misure preventive o siano pendenti procedimenti per l'irrogazione delle medesime.

La sanzione interdittiva può operare sull'aggiudicazione, determinandone la revoca (17) o pregiudicandone l'approvazione (18).

2. La fase di stipulazione.

Terminata la complessa e ben scandita fase della aggiudicazione e stipulato il contratto, questo non è ancora efficace: è infatti sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori (art. 11 comma 11). L'approvazione deve avvenire nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento del contratto da parte dell'organo competente. Qualora gli ordinamenti dell'organo competente a concedere l'approvazione non prevedano termini specifici, questo si intende di trenta giorni. Una volta decorsi inutilmente i termini il contratto si intende approvato.

Solo con l'approvazione il contratto diventa pienamente efficace, e le obbligazioni assunte dall'amministrazione, nonché l'impegno contabile di cui all'art. 20 comma 3 legge 468/78, diventano giuridicamente efficaci ed azionabili, salvo il diritto, di compiere atti conservativi (art. 1356 c.c.).

Fino a che non pervenga l'approvazione il contratto, pienamente valido, non è ancora efficace, ma sarebbe errato concludere, come fa parte della dottrina, che solo con l'approvazione sorgono le obbligazioni assunte dalla pubblica amministrazione, o che, fino all'avveramento della condizione la posizione dell'aggiudicatario verso l'amministrazione integri un interesse legit-

(17) C. Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2002, n. 149, in *Foro amm.* C.d.S. 2002, 145; TAR Lazio, 1 febbraio 2005 n. 854, in *TAR*, 2005, 854.

(18) TAR Palermo 6 novembre 2003 n. 1814, in *Foro Amm. TAR*, 2003, 3385.

timo e non invece un diritto soggettivo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo (19).

Quanto al primo problema, è noto che la condizione incide sull'efficacia del contratto, non sulla sua esistenza, né sulla validità, né tantomeno sulla sua vincolatività. Il contratto sottoposto a condizione sospensiva è bloccato quanto agli effetti, ma è perfezionato col compiersi del procedimento di formazione: esso è vincolante ed impegnativo per le parti che sono già sottoposte al vincolo contrattuale ed agli obblighi generali di buona fede e correttezza, e di tutela degli interessi dell'altro contraente. Pertanto ogni avvenimento diverso dall'approvazione che dovesse accedere nella pendenza della condizione va inquadrato nella disciplina della responsabilità contrattuale propriamente detta.

Allo stesso modo sottostà alle regole del codice civile, ed alla giurisdizione del giudice ordinario, anche l'esecuzione anticipata del contratto eventualmente domandata dalla stazione appaltante alla stregua del comma 12 art. 11 del codice dei contratti pubblici.

Venendo alla seconda questione, è palese che, nella pendenza della condizione, la posizione del contraente non può in alcun modo essere un interesse legittimo. In primo luogo non si vede per quale ragione, in assenza di espressa previsione di legge, la posizione del contraente nella pendenza della condizione dovrebbe essere diversa a seconda della natura, pubblica o privata, di controparte. Inoltre la nuova disciplina ha voluto tenere nettamente distinte, anche con riguardo alle posizioni soggettive delle parti private, la fase, tutta di diritto amministrativo, della scelta del contraente, dalla fase, tutta di diritto privato, della stipulazione ed esecuzione del contratto.

Diversa, invece, è la posizione del contraente, questa sì qualificabile come interesse legittimo, con tutte le altre conseguenze in ordine alla giurisdizione, nei confronti della legittimità della procedura di approvazione del contratto.

(19) SANTORO, *L'approvazione dell'aggiudicazione*, cit., 244; Cass. Sez. Un. 26 luglio 1985 n. 4332, in *Cons. Stat.* 1985, II, 1790.

Espropriazione per pubblica utilità e brevetti industriali

di Grazia Sanna (*)

SOMMARIO: 1.– Premesse. 2.– Diritti umani fondamentali. Nozione. 3.– Il bene giuridico. Beni immateriali. 4.– Tutela italiana e tutela internazionale del brevetto. 5.– Il potere ablativo della P.A. L'espropriazione per pubblica utilità prima del T.U. n. 327/2001 e successive modificazioni. 6.– L'espropriazione per pubblica utilità dopo la novella di cui al T.U. n. 327/2001 e successive modificazioni. 7.– Conclusioni.

1. Premesse

Il presente contributo intende proporre alcune riflessioni sulla questione se la Pubblica Amministrazione possa ricorrere allo strumento dell'espropriazione per pubblica utilità sacrificando, ove ne sussistano i presupposti costituzionali, la proprietà privata industriale, qualora ciò si renda indispensabile per la salvaguardia di diritti umani fondamentali.

Sul piano legislativo internazionale parrebbe essersi ormai consolidata una visione – di segno contrario allo spirito che animò le Rivoluzioni Americana e Francese – che, fondando su un orientamento giurisprudenziale di *common law* relativamente recente, mira ad affermare la supremazia della *lex mercatoria* persino su diritti e libertà costituzionalmente protetti e sin qui considerati inviolabili.

Per valutare la portata “rivoluzionaria” di siffatto orientamento, resa discreta dai contesti in cui si celebrano i suoi riti e dalla specialità della materia, è sufficiente ricordare alcuni casi giurisprudenziali emblematici: il caso Diamond/Chakrabarti, il caso Moore/ UCLA, il caso della multinazionale W.R. Grace-Governo U.S.A./ Gruppo Europeo Verdi *et al.*, ed il più recente Schmeiser/Monsanto.

I casi citati sono accomunati da un unico aberrante denominatore, ormai cristallizzato in norme internazionali, regionali e nazionali: il presupposto che privatizzazione e commerciabilità della “materia vivente” siano cosa lecita (1).

Nelle more di tale impressionante processo di cambiamento può essere particolarmente interessante domandarsi se, alla luce del diritto positivo

(*) Avvocato.

(1) a) Il caso Diamond/Chakrabarti, Corte Suprema degli Stati Uniti, sentenza n. 79-136 del 16 giugno 1980. Nel 1971, un microbiologo indiano, Mr. Ananda Chakrabarti, si rivolse all'Ufficio Brevetti e Marchi degli Stati Uniti, per registrare un microrganismo geneticamente manipolato. L'Ufficio respinse la richiesta, affermando che la legge americana vietava la brevettabilità di forme viventi.

A sostegno del proprio provvedimento di reiezione, l'ufficio governativo richiamò la circostanza che nei pochi casi in cui i brevetti erano stati estesi a forme viventi (cioè ad alcuni tipi di piante), il Congresso aveva dovuto promulgare leggi *ad hoc* di carattere eccezio

vigente nell'ordinamento italiano, l'istituto espropriativo rimanga uno strumento esperibile al fine di riequilibrare il potere di privativa che oligarchie monopolistiche sempre più voraci sono andate estendendo anche su beni strategici essenziali per la vita, su beni, cioè, che costituiscono il nucleo di diritti fondamentali, quali sono, in primo luogo, la signoria sul proprio corpo, il diritto alla salute, il diritto ad un cibo sicuro, il diritto all'acqua, in una parola, il diritto ad esistere.

nale. Mr. Chakrabarti e la società presso cui prestava servizio proposero la questione in sede giurisdizionale e, con grande sorpresa generale, ottennero una pronuncia favorevole. La motivazione della sentenza recitava, infatti, che il microrganismo brevettato «era più simile a composti chimici inanimati, come reagenti e catalizzatori, che a cavalli, api, rose e lamponi». La causa proseguì il suo corso dinanzi alla Corte Suprema Federale. L'Ufficio Brevetti e la *People's Business Commission*, si affannarono nel tentativo di dimostrare che il caso all'esame della Corte riguardava direttamente il valore e il significato della vita. Se la validità del brevetto fosse stata confermata – argomentavano – «la vita costruita, piccola o grande che sia non sarebbe più considerata vita, ma solo un comune reagente chimico» (così in *Il secolo Biotech* di J. RIFKIN, Milano, Baldini & Castoldi, 1998, p. 84). La *People's Business Commission* dichiarò, inoltre, che una sentenza favorevole avrebbe aperto le porte alla prassi di brevettare, in futuro, tutte le forme di vita. Nel 1980, la richiesta di Mr. Chakrabarti fu definitivamente accolta e, conseguentemente, venne affermato il principio della brevettabilità della vita manipolata geneticamente. La decisione della Corte Suprema costituì la premessa fondamentale per avviare il processo di privatizzazione e sfruttamento commerciale delle risorse genetiche, negli Stati Uniti e altrove. Ai fini della valutazione del suo impatto nel mondo dell'economia può essere interessante notare che, pochi mesi dopo la pubblicazione della sentenza, una piccola società, la Genentech, oggi un colosso, offrì al pubblico più di un milione di azioni a 35 dollari l'una. Nei primi venti minuti di contrattazione, il valore di un'azione era salito a 89 dollari. Nel tardo pomeriggio, l'azienda *biotech* aveva guadagnato 36 milioni di dollari.

b) Il caso Moore/UCLA. John Moore, un *business man* originario dell'Alaska, scoprì che parti del suo corpo, estratte durante un'operazione chirurgica, erano state brevettate dall'Università della California e date in concessione ad una grossa azienda senza il suo consenso e a sua insaputa. Il valore della linea cellulare ceduta dall'Università ammontava a circa 3 miliardi di dollari. Moore intentò causa all'Università, reclamando il diritto di proprietà sui tessuti estratti dal proprio corpo. Nel 1990 la Corte Suprema della California gli diede torto, sostenendo che non poteva vantare alcun diritto sulle linee cellulari ricavate dalla sua milza (cfr. *Supreme Court of California*, n. S006987 del 9 luglio 1990). Una vicenda analoga, ma senza risvolti giudiziari, ha avuto una certa eco sui media italiani a proposito di alcuni cittadini di Limone sul Garda, un comune vicino a Como. Negli anni '80, il prof. Sirtori, farmacologo milanese, scoprì nel sangue di un certo numero di cittadini del piccolo comune un'anomalia genetica che dava luogo alla produzione di una proteina, la A-I Milano, capace di impedire l'insorgere di alcune malattie cardiovascolari. Il gene venne isolato e brevettato dallo stesso professore insieme ad una multinazionale svedese. Il brevetto è stato successivamente venduto alla multinazionale farmaceutica statunitense Pfizer. Attualmente, la popolazione di Limone, che possiede quei geni per eredità biologica, non li possiede più giuridicamente: ne può fare, se così possiamo dire, un uso personale, ma se volesse regalarli a qualcuno non potrebbe, perchè sono coperti da brevetto.

c) Nel 1994 la multinazionale W.R. Grace di New York e il Governo USA, rappresentato dal Ministero dell'Agricoltura, ottennero dall'Ufficio Europeo Brevetti (EPO) il brevetto n. 436257, avente ad oggetto un fungicida estratto da un albero indiano autoctono: il

Ancora una volta la Storia ci pone dinanzi alla necessità di interrogarci sul rapporto tra *lex* e *jus*; segno che, dai tempi in cui Sofocle cantò le gesta d'Antigone, tutto è cambiato ma in fondo nulla è cambiato (2).

Allo scopo di meglio definire i termini della presente ricerca, tenderemo innanzitutto di inquadrare la categoria dei Diritti Umani fondamentali.

Successivamente, prenderemo in considerazione il concetto di bene giuridico, in particolare quello di "bene immateriale", atteso che la tendenza monopolistica cui sopra accennavamo si va esplicando con sempre maggior forza per mezzo del controllo e della tutela giuridica del sapere relativo alle leggi sottili che governano la materia inerte – ma da ultimo, anche la materia vivente – piuttosto che sull'oggetto materiale in sé, come prevalentemente accadeva in passato. Infatti, stiamo assistendo ad un'accelerazione parossistica del processo di materializzazione di quanto sinora abbiamo considerato Spirito, categoria del pensiero, quest'ultima, tradizionalmente associata

Neem. Nove mesi dopo, l'Europe deputata verde Aelvoet, Vandana Shiva, Presidente della Fondazione di Ricerca per le Scienze, la Tecnologia e l'Ecologia e l'IFOAM chiesero l'annullamento del brevetto, denunciando l'atto di "biopirateria" perpetrato dalla multinazionale e dando prova che il Neem, *ab immemorabile*, era utilizzato nella medicina ayurvedica per la cura di certe affezioni dermatologiche e come antiparassitario nelle coltivazioni. L'8 marzo del 2005 il brevetto fu revocato dalla Commissione Tecnica Ricorsi dell'EPO. Tale decisione rappresenta un importante precedente. Onere della prova e costi iniziali, tuttavia, sono stati sopportati dalle vittime dell'atto di "pirateria". Questa circostanza meriterebbe particolare attenzione.

d) Il caso Schmeiser contro Monsanto. In Canada è recentemente accaduto, per citare un esempio tra tanti, che un imprenditore agricolo abbia subito l'irreversibile inquinamento dei propri campi – coltivati con un tipo di colza da lui stesso selezionata nel corso di lunghi anni – e sia stato, nonostante la non colpevolezza provata in tre gradi di giudizio, ritenuto responsabile di violazione del brevetto rilasciato alla Monsanto per la colza Roundup Ready. Secondo i giudici Canadesi, infatti, l'intenzione non sarebbe rilevante ai fini dell'accertamento della responsabilità dato che: «nella maggior parte delle violazioni di brevetto, consentire una difesa fondata sull'ignoranza o sulla mancanza di volontà di operare la violazione distruggerebbe l'efficacia del brevetto stesso, perché l'effettivo contenuto di ogni particolare brevetto è noto solo a poche persone (Cfr. sentenza pronunciata dalla Corte Suprema del Canada il 21 maggio 2004 SCC 034, *file* n. 29437).

(2) Sul punto, particolarmente denso di significato, mi pare il monito del Prof. Zagrebelsky: «Antigone ci ammonisce ancora, senza *jus* la *lex* diventa debole ed, al tempo stesso, tirannica. La scommessa del costituzionalismo sta tutta qui: nella capacità della Costituzione, posta come *lex*, di diventare *jus*; [...] nella capacità di uscire dall'area del potere e delle fredde parole di un testo scritto, per farsi attrarre nella sfera vitale delle convinzioni e delle idee care, senza le quali non si può vivere ed alle quali si aderisce con calore» in *La Repubblica*, 25 aprile 2003.

Guido Alpa, sottilmente osserva che oggi «il conflitto (tra *lex* e *jus*, n.d.a.) non è superato, tutt'al più si riveste di una nuova immagine: "Ora il conflitto non è più tra due leggi, ma tra due interpretazioni dello stesso valore fondamentale"», così in *L'Avvocato*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 111. Per una analogia interessante sul tema dei principi che reggono l'arte dell'interpretazione si veda E. PICOZZA, *L'interpretazione musicale e il metronomo*, in *Annuario di Ermeneutica Giuridica*, n. 9, 2004.

a “libertà” e “gratuità” perché trascendente e dunque non suscettibile d’inquadramento in un sistema di quantificazione del suo “valore” (3). E, per quanto l’ago della bilancia dell’economia in termini di valore appaia inclinato in modo crescente verso l’immateriale, è tuttavia agevole rilevare come, in sostanza, il fenomeno rappresenti un mero slittamento concettuale della “materialità” del bene verso un grado di maggiore evanescenza, mentre tuttora immutato rimane l’assunto epistemologico sotteso, espressione della cultura dualistica che domina il pensiero occidentale da oltre 2.500 anni.

Prova ne sia il fatto che, nonostante l’uso e l’abuso che oggi giorno si fa dell’aggettivo “olistico”, siamo ben lontani dall’applicare alle scienze giuridiche e sociali la visione fatta propria dalla fisica sin dai tempi dell’enunciazione della teoria quantistica – visione peraltro perfettamente aderente a quella propria d’altre grandi tradizioni (4) – secondo cui la realtà è manifestazione di un’unità fondamentale in virtù della quale, ciò che accade ad una foglia d’erba, si riverbera anche sulla stella più lontana.

Tornando ai nostri beni, passeremo sommariamente in rassegna, oltre alla categoria dei beni immateriali, i più importanti strumenti apprestati dall’ordinamento italiano e da quello internazionale a protezione di detti beni; quindi ci occuperemo sommariamente della espropriazione per pubblica utilità ed infine verificheremo se, dopo l’entrata in vigore del T.U. sull’espropriazione per pubblica utilità di cui al d.P.R. n. 327/2001 e del D.L. 10 febbraio 2005 n. 30, la Pubblica Amministrazione -nel suo ruolo di Potere dello Stato deputato in concreto al temperamento della pluralità d’interessi di cui sono portatori i singoli individui e le varie formazioni umane che compongono la società – sia ancora intitolata all’esercizio del potere espropriativo in materia di proprietà intellettuale.

2. Diritti umani fondamentali

Pare proprio non sia cosa facile da inquadrare, la loro fisionomia, se persino un’autorità come Norberto Bobbio afferma che «oltre che mal definibile e variabile, la classe dei diritti dell’uomo è anche eterogenea» (5).

(3) La questione, tuttavia, meriterebbe maggiore attenzione. Tutto ciò che ci siamo abituati a chiamare Spirito, anche a voler tralasciare il contesto religioso, non sarebbe “veramente Spirito” se avesse ragione Lao Tzu (e anche il nostro Eraclito). Il mistico Cinese padre del Taoismo, vissuto nel V sec. a. C., in una sua famosa massima, affermava: «Il *Tao* (cioè lo Spirito che si rivela come “Via”, *n.d.a.*) che può essere nominato non è il vero *Tao*».

(4) «Noi siamo parte della Terra ed essa è parte di noi. I fiori profumati sono nostri fratelli, il cervo, il cavallo, il grande condor... Le creste rocciose, gli spiriti dei prati, il calore del corpo del pony, e l’uomo, appartengono tutti alla stessa famiglia... Tutte le cose condividono lo stesso respiro: gli animali, gli alberi e l’uomo, partecipano tutti dello stesso respiro». (Discorso rivolto dal Capo Indiano Seathle al Presidente degli Stati Uniti George Washington a Puget Sound, Washington, nel dicembre del 1853. Trascrizione originale di Ted Perry, pubblicata a Milano, da RED edizioni, 2004, p. 50).

(5) N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1997, p. 11.

Sull'argomento si sono confrontate, specie nel corso degli ultimi tre secoli, varie posizioni filosofiche riconducibili, sostanzialmente, a due scuole di pensiero: il *giusnaturalismo* e il *giuspositivismo*.

Le premesse epistemologiche della prima, trovano fondamento nell'assunto che alcuni diritti umani trarrebbero giustificazione da una loro natura quasi archetipica, assoluta, che trascende la storia.

Per la seconda scuola, viceversa, caratteristica di tutti i diritti, persino dei diritti umani fondamentali, sarebbe la relatività. Mutando nel tempo con le convinzioni degli uomini, la loro incorporazione nel diritto positivo vigente in un dato ordinamento sarebbe l'atto costitutivo imprescindibile per portarli ad esistenza, in quanto non sarebbero altro che diritti pubblici soggettivi, cioè diritti riflessi dal potere dello Stato, che dipendono dalla sua disponibilità ad autolimitarsi.

Tuttavia, neppure il loro esplicito riconoscimento in atti solenni garantisce la loro protezione, se è vero che «anche fra i cosiddetti diritti fondamentali, ve ne sono pochi che non vengono sospesi in qualche circostanza o negati per qualche categoria di persone; in altre parole, sono ben pochi i diritti ritenuti fondamentali che non vengano in concorrenza con altri diritti ritenuti pur essi fondamentali e che non impongano pertanto, in certe situazioni e con riguardo a particolari categorie, una scelta» (6).

Lucidamente, si può concludere con lo stesso Bobbio che «il problema relativo ai diritti dell'uomo, oggi, non è tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli. Non è un problema filosofico, ma politico» (7).

Dalla Rivoluzione Americana e Francese in poi, la tendenza generale degli Stati è stata quella di riconoscere alcuni fondamentali diritti dell'uomo, attraverso la loro solenne proclamazione contenuta in atti formali: Dichiarazioni, Statuti e Costituzioni.

Dopo la Seconda Guerra mondiale, anche l'organizzazione delle relazioni internazionali è stata caratterizzata dalla tendenza a considerare e proteggere interessi di spiccato valore umano, mentre nel passato prevaleva la considerazione degli interessi politici degli Stati.

La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, proclamata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a Parigi, è l'espressione più significativa del processo di internazionalizzazione della dignità e delle libertà fondamentali che dovrebbero esser prerogativa di ciascun essere umano per il solo fatto di esser venuto al mondo.

Solo due anni più tardi, nel corso del passaggio dall'enunciazione degli ideali della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo a forme pratiche

(6) *Ivi*, p. 11.

(7) *Ivi*, p. 16. Secondo l'Autore, il problema del fondamento dei diritti dell'uomo sarebbe superato dalla Dichiarazione universale dei Diritti dell'uomo del 1948 che «rappresenta la manifestazione dell'unica prova con cui un sistema di valori può essere considerato umanamente umano e quindi riconosciuto e questa prova è il consenso generale circa la sua validità». Attuale e sempre più urgente sarebbe il problema delle «garanzie».

di tutela internazionale e di garanzia istituzionale, il Consiglio d'Europa adottò un atto regionale di portata storica: la Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre del 1950.

Nel suo preambolo, i paesi firmatari, membri del Consiglio d'Europa, riaffermarono il «loro profondo attaccamento a queste libertà fondamentali che costituiscono le basi della giustizia e della pace nel mondo» e si dichiararono decisi a «prendere le prime misure atte ad assicurare la garanzia collettiva di certi diritti affermati nella Dichiarazione Universale».

Nel marzo del 1952, fece seguito un primo Protocollo addizionale, espressione di una tecnica giuridica che comporta l'automatica estensione del sistema di garanzie preordinato con la Convenzione di Roma ai diritti costituenti l'oggetto d'ogni singolo protocollo addizionale.

C'è da dire, in proposito, che l'Europa ha scelto un atteggiamento prudente sulla via dell'attuazione pratica dei diritti e delle libertà contenuti nell'atto fondamentale, ritenendo il sistema di garanzie adottato adatto alla protezione degli interessi civili e politici, ma meno adatto per quanto concerne i diritti economici, culturali e sociali.

In ogni caso, sono coperti dal sistema di garanzie preordinato dalla Convenzione di Roma: il diritto alla vita (art. 2); il diritto all'integrità fisica delle persone (art. 3); l'interdizione della schiavitù, della servitù e del lavoro forzato o obbligatorio (art. 4); il diritto alla libertà e alla sicurezza personale (art. 5); il diritto ad una buona amministrazione della giustizia, con riguardo sia al giudizio sulle contestazioni dei diritti e dei doveri di carattere civile di una persona, sia nel giudizio sulle accuse penali contro di essa rivolte (art. 6); interdizione di condanne non fondate sul principio di legalità dei delitti e delle pene (art. 7); il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza (art. 8); il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9); la libertà d'espressione (art. 10); libertà di riunione pacifica e di associazione (art. 11); il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia (art. 12). I vari diritti delle persone e i vari obblighi statali formulati nel primo protocollo addizionale riguardano la protezione della proprietà (art. 1); il diritto all'istruzione e il diritto dei genitori ad assicurare l'educazione della prole e l'insegnamento in conformità alle loro convinzioni filosofiche e religiose (art. 2); l'impegno delle parti contraenti ad organizzare libere elezioni a scrutinio segreto per l'elezione del corpo legislativo (art. 3).

La carta di Nizza, secondo alcuni interpreti autentico momento di discontinuità nel processo di costruzione europea, si presenta come il nucleo di una vera e propria costituzione. A differenza della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, la Carta include, seppur blandamente, anche i diritti sociali. Tuttavia, in dottrina se n'è negata l'efficacia vincolante (se si eccettua la pur significativa applicazione da parte di alcuni giudici nazionali e il richiamo costante ad essa operato da parte degli avvocati generali presso la Corte di Giustizia), almeno fino a che non sarà incorporata nella Costituzione europea, cosa che in effetti è avvenuta con il suo inserimento nel titolo secondo del testo approvato.

La Costituzione Europea, adottata dopo un *iter* lungo e tormentato, sorvola sulla definizione dei “diritti fondamentali”, limitandosi a fornirne un elenco; i diritti sono identificati all’interno dei singoli titoli dedicati alla dignità, alla libertà, all’uguaglianza e alla solidarietà.

La Carta, che avrebbe dovuto segnare il momento decisivo del passaggio dall’Unione economica all’Unione dei cittadini, in Italia è stata ratificata in base alla legge d’autorizzazione n. 57/2005.

Tuttavia l’esito negativo del referendum francese, seguito da quello olandese, che hanno impedito il recepimento della Carta Costituzionale Europea nei rispettivi ordinamenti, rimanda il momento in cui tutti i cittadini dell’Unione potranno godere di una Costituzione valida.

Il problema è di non lieve portata, perché l’epoca storica in cui viviamo è sempre più caratterizzata dallo squilibrio tra il riconoscimento astratto dei diritti fondamentali e la loro effettiva tutela, mancando in capo ai singoli, tranne per alcune limitate materie, la possibilità di richiederne l’attuazione effettiva per via giurisdizionale, a livello regionale ed internazionale.

3. *Il bene giuridico. Beni immateriali*

Nell’ambito della teoria generale del diritto classica, il bene giuridico è stato più o meno unanimemente definito – valga per tutte la formulazione adottata da Arturo Rocco – come «tutto ciò che, esista o no attualmente, abbia esistenza materiale o immateriale, può soddisfare un bisogno umano». Oggetto del rapporto «non è la *cosa* in quanto tale, come non lo è neppure del diritto, perché la “cosa” (il *gegenstand*) sia nell’economia, sia nel diritto, è considerata rispetto all’uomo e all’utilità che egli ne può trarre» (8).

I beni si classificano, innanzitutto, sulla base delle caratteristiche fisiche o strutturali influenti sul loro regime giuridico.

Pertanto, si distinguono cose *quae tangi possunt*, percepibili con i nostri sensi o con appositi strumenti (ad esempio l’energia elettrica) e “beni immateriali”, creazioni della nostra mente concepibili solo astrattamente (opere d’autore, marchi, insegne, segni distintivi d’impresa).

Il diritto sul bene immateriale derivante dalla creazione intellettuale (*corpus mysticum*), nel passato, si concepiva come un *quid* ben distinto e separato dal diritto sulla cosa materiale (*corpus mechanicum*): il quadro, il foglio di carta, il pennello, «ciò in cui l’opera creativa s’incarna» (9). In ter-

(8) A. LEVI, *Teoria Generale del Diritto*, Padova, Cedam, 1967, p. 422.

(9) La nascita del concetto di “bene immateriale” si deve a Josef Kohler, interprete massimo del pensiero positivista in ambito giuridico, che tentò di dare “scientificità” alla tematica del diritto d’autore e delle invenzioni proponendo la nuova figura in questione. Nella seconda metà del XIX secolo, di fronte all’esistenza di leggi relativamente giovani che accordavano il diritto di sfruttamento esclusivo di invenzioni, di opere letterarie ed artistiche, Kohler propose di concettualizzare la giovane esperienza normativa, presentando come bene l’invenzione o l’opera. La specificità di tali beni, connotati dall’aggettivo “immateriale”, consisteva non nel nuovo dispositivo in cui s’incarna la scoperta dell’inventore, né nel

mini di valore, la maggior considerazione era riservata al prodotto concreto in sé e per sé.

Ultimamente, invece, si è verificato uno spostamento dell'accento sul valore intrinseco del *corpus mysticum*, come elemento di gran lunga preponderante rispetto al fattore materiale impiegato nella produzione: «L'evoluzione economica è certamente in questo senso, e negli ultimi decenni il prodotto delle società industrializzate è diventato sempre più immateriale»(10).

Non solo. La tendenza, ormai, è di attribuire valore all'elemento immateriale in ogni singolo manufatto prodotto dall'uomo, e ciò anche in quei casi in cui esso sia di dominio pubblico - come accade, ad esempio nelle lavorazioni tradizionali - e, dunque, nella coscienza collettiva, la sua sussistenza e la sua funzione appaiano eclissate in favore dell'aspetto meramente materiale (11).

Questo punto è quanto mai interessante se si considera che, nel secolo scorso, in dottrina, vi furono lunghe diatribe persino sulla possibilità di intendere certi beni immateriali come oggetto di diritti (ci fu, del resto, anche chi negò l'idea che una produzione dell'ingegno potesse essere oggetto di proprietà).

I paladini di siffatta interpretazione restrittiva non si sarebbero certo aspettati, in tempi così relativamente brevi, di veder rientrare nel novero dei beni suscettibili di transazione commerciale anche la pelle e le ossa umane, divenute "prodotti" grazie ad un procedimento brevettato, per le loro caratteristiche di superconduttività. Né avrebbero immaginato che, mediante una tecnologia suicida - la famigerata GURT (*Genetic Use Restriction Technology*), meglio conosciuta come "*Terminator*" - un pugno di monopolisti potessero assicurarsi il controllo riproduttivo di sementi cui Madre Natura ha dato vita nel corso di migliaia di anni (12).

libro che veicola il pensiero dello scrittore, bensì nella "soluzione originale" di un problema tecnico o nella creazione estetica, ossia «in un prodotto spirituale e dunque immateriale e non nelle cose che lo rendono socialmente accessibile e fruibile». P. SPADA *et al*, *Diritto Industriale, Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 7.

(10) G. SENA, *Beni materiali, beni immateriali e Prodotti industriali. Il complesso intreccio delle diverse proprietà*, in *Rivista di Diritto Industriale*, Milano, Giuffrè, 2004, parte I, p. 55. In proposito è interessante osservare che Taichi Sakaiya, direttore generale dell'*Economic Planning Agency* giapponese, ha colto la natura del cambiamento in atto nella percezione dei beni, affermando che «I beni materiali avranno importanza solo come contenitori o veicoli del bene-conoscenza» (così in T. SAKAIYA, *The knowledge-value revolution, or, a history of the future*, trad. di G. Fields e W. Marsh, Tokio, Kodanska International, 1991, p. 60).

(11) G. SENA, *Beni materiali, beni immateriali e Prodotti industriali. Il complesso intreccio delle diverse proprietà*, cit., p. 56.

(12) Pelle e ossa umane nei limiti delle loro caratteristiche di superconduttività elettrica. Brevetto Microsoft del 22 giugno 2004: licenza numero 6.754.472 rilasciata dall'Ufficio brevetti degli Stati Uniti, PTO (*United States Patent and Trademark Office*) col titolo *Metodi e apparecchi per trasmettere energia e dati usando il corpo umano*. In generale, poi, per la *vexata quaestio* che riguarda il procedimento di *enclosure* - attuato da un esiguo numero di *corporations* multinazionali - della gran parte del germoplasma e, più in generale, del patrimonio genetico di ogni creatura vivente, si veda J. RIFKIN, *Il secolo biotech*,

Nei tempi più antichi, la tutela dell'originalità dello spirito creativo umano e, dunque, la protezione dello sfruttamento economico esclusivo delle nuove invenzioni, sostanzialmente dipendeva da un solo fatto giuridico: la capacità dell'inventore di mantenere segreto il nuovo processo produttivo.

Da almeno due secoli, tuttavia, gli ordinamenti giuridici moderni hanno elaborato altre possibilità di privativa più pratiche. Tra queste, ve n'è una che si è attestata come strumento principe di tutela nel campo dell'innovazione tecnologica: la facoltà per l'inventore di richiedere ed ottenere, ricorrendone le condizioni, un brevetto.

Il brevetto è un provvedimento concesso da un'Autorità Amministrativa, nazionale o internazionale, che attribuisce al titolare un diritto d'esclusiva allo sfruttamento dell'invenzione, per un tempo determinato ed in cambio di una descrizione sufficiente a mettere un esperto del ramo in grado di attuarla, quando sia stata accertata la sussistenza dei requisiti della "novità", "originalità", "industrialità" e "liceità" dell'invenzione medesima.

Il diritto d'esclusiva, garantito per mezzo del brevetto, è riconducibile alla categoria dogmatica dei "beni immateriali" e si configura come un diritto reale e assoluto che può essere liberamente fatto oggetto di atti dispositivi a titolo definitivo o temporaneo.

4. Tutela italiana e tutela internazionale del brevetto

Come si è detto in precedenza, il brevetto è un provvedimento concesso dalla Pubblica Amministrazione che attribuisce al titolare un diritto d'esclusiva allo sfruttamento dell'invenzione per un tempo determinato, quando sussistano i requisiti della novità, originalità, industrialità e liceità dell'invenzione medesima.

Generalmente parlando, nella disciplina delle privative industriali, il concorso di norme nazionali ed internazionali è quasi costante.

Oltre alle leggi italiane c.d. di "iniziativa propria" (13) infatti, esistono numerose convenzioni internazionali (bilaterali, ma soprattutto multilaterali) grazie alle quali, le normative di molti paesi, sono contraddistinte da una

Milano, Baldini & Castoldi, 1999; AA. VV., *OGM: le verità sconosciute di una strategia di conquista*, Roma, Editori Riuniti, 2003.

(13) Il regime giuridico italiano dei diritti nascenti dal brevetto è ricavabile, innanzitutto, dai RR. DD. 1127/39 e n. 244/40 (titolate, rispettivamente, *Testo delle Disposizioni Legislative in materia di brevetti per invenzioni industriali* e *Testo delle disposizioni regolamentari in materia di brevetti per invenzioni industriali*); in secondo luogo dalla disciplina di carattere generale contenuta nel codice civile, agli artt. 2584-2591 per le invenzioni industriali, e agli artt. 2592 - 2594 per i disegni e i modelli industriali; quindi, il d.P.R. n. 540/72 recante *Semplificazione dei procedimenti amministrativi in materia di brevetti per invenzioni industriali, per modelli di utilità, modelli e disegni ornamentali e in materia di registrazione di marchi d'impresa*. Vengono poi in considerazione altre norme, frutto dell'esigenza di adeguare l'ordinamento nazionale alle numerose convenzioni intervenute in materia di brevetti per invenzioni, cui partecipa anche l'Italia. In questo quadro vanno ricordate la legge n. 260 del 26 maggio 1978 e il d.P.R. 22 giugno 1979 n. 338 che, traendo occa-

notevole affinità. Le convenzioni stipulate in ambito regionale Europeo sono caratterizzate, oltre che da una vasta coincidenza della cerchia dei contraenti, anche da una normativa sostanziale omogenea, talvolta persino coincidente nella formulazione testuale (cfr. la disciplina dettata in materia di requisiti di brevettabilità dell'invenzione industriale: artt. 52 Conv. Monaco; art. 1.2. Conv. Lussemburgo; 1 Conv. Strasburgo; 33 PCT) (14).

In Europa, la protezione dei brevetti è attuata essenzialmente per mezzo di due diversi sistemi: il sistema nazionale proprio di ciascun singolo stato membro ed il sistema del Brevetto Europeo, istituito con la Convenzione Europea Brevetti e con la Convenzione Brevetti della Comunità, parte integrante dell'Accordo Brevetti della Comunità firmato nel 1989.

La Convenzione Europea Brevetti non crea una protezione uniforme, ma fornisce al richiedente la possibilità di ottenere tanti brevetti quanti sono i paesi firmatari nei quali intenda rendere effettiva la protezione dell'invenzione.

Pertanto, chiunque voglia ottenere il provvedimento in questione può richiederlo a livello nazionale, presso il competente Ufficio brevetti ovvero, in alternativa, richiedere un brevetto europeo all'Ufficio Europeo Brevetti (EPO) (15).

Il brevetto europeo, una volta rilasciato, s'inserisce in un coacervo di brevetti nazionali la cui validità e i cui effetti sono determinati dalle leggi

sione dall'esecuzione della Convenzione di Strasburgo (1963) sull'unificazione di taluni elementi del diritto dei brevetti, del Trattato di Cooperazione in materia di Brevetti (PCT) (1971), delle Convenzioni di Monaco (1973) e di Lussemburgo (1975) sui brevetti europei e comunitari, hanno profondamente innovato l'intera normativa italiana. E ancora il d.P.R. . n. 32/79 recante norme di applicazione per i brevetti europei e i brevetti comunitari. Di fondamentale importanza, per la portata innovativa, il D.Lgs. n. 198/96, di adeguamento della legislazione interna alle prescrizioni obbligatorie dell'accordo TRIP's in materia di proprietà industriale. Recentemente, con il decreto D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, è stato emanato il nuovo Codice della Proprietà Industriale, per tentare una sistemazione unitaria della materia.

(14) M. CORDA, voce *Brevetti*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, Treccani, 1997, p. 7.

(15) Come si è detto in precedenza, il diritto di brevetto si concreta attraverso il rilascio di un provvedimento concessorio da parte della Pubblica Amministrazione, e attiene al diritto pubblico. Da questa caratteristica discende la "territorialità" che connota la sua disciplina, com'è facilmente desumibile dall'analisi della normativa vigente, nazionale e internazionale. Secondo la migliore dottrina, la territorialità, nella sua massima estensione concettuale, significa essenzialmente tre cose: *a*) che le condizioni in presenza delle quali gli interessi in esame sono tutelati da un ordinamento statale devono verificarsi nell'ambito dello Stato (territorialità del fatto costitutivo della tutela); *b*) che i fatti impeditivi della costituzione della tutela o estintivi della tutela devono verificarsi nell'ambito di un medesimo territorio (territorialità dei fatti impeditivi ed estintivi della tutela); *c*) che sono rilevanti, e quindi sanzionati, i fatti lesivi degli interessi tutelati solo se si verificano nel territorio dello Stato in osservazione (territorialità dell'illecito). La territorialità è una nozione di diritto sostanziale che però si riferisce anche alle norme vigenti in un certo Stato che siano preordinate, non già a proteggere o a reprimere determinati comportamenti (com'è proprio delle norme finali), ma a prescegliere la regola di protezione o di repressione quando insorga una

nazionali. Ne consegue che, ogni violazione o richiesta di revoca, va denunciata presso i tribunali nazionali di ciascuno dei paesi per i quali è stato concesso il Brevetto Europeo. La mancanza di una Corte comune, perciò, comporta il rischio che i tribunali competenti dei vari stati membri emettano sentenze contraddittorie.

La Convenzione per i Brevetti Comunitari ha lo scopo di unificare le protezioni nazionali e creare un Brevetto Europeo comunitario. Tuttavia, né la Convenzione Brevetti della Comunità né l'Accordo dell'89 sono ancora entrati in vigore, dato che non tutti gli stati firmatari hanno ratificato (16).

In ambito internazionale, un ruolo centrale è svolto dall'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (ONMI o WIPO), con sede a Ginevra, organismo istituito con la Convenzione del 14 aprile del 1967 (17) e deputato ad operare in un quadro di strumenti preesistenti, i più importanti dei quali sono: la *Convenzione d'Unione di Parigi* (CUP) (18) per la protezione della proprietà industriale, risalente al 1883; la *Convenzione d'Unione di Berna*

lite che non sia in tutti i suoi elementi (contendenti e materia contesa) collocata nel territorio di un dato Stato e, quindi, si profili un conflitto tra le regole applicabili. In questo secondo caso la territorialità si atteggia come nozione di diritto internazionale privato e può compendiare sia le regole di conflitto tra leggi, sia le regole sulla condizione giuridica degli stranieri. A quest'accezione della territorialità deve ricondursi la recente riforma del diritto internazionale privato attuata con la legge n. 218/95, secondo cui «I diritti su beni immateriali sono regolati dalla legge dello Stato di utilizzazione». Ciò significa che la tutela del diritto d'esclusiva, che si costituisce in capo al soggetto mediante il rilascio del brevetto, va ricondotta alla competenza della legge che accorda il titolo concessorio, e che tale legge ha carattere dell'esclusività, non potendo l'autorità pubblica tollerare che il rapporto di cui essa è parte possa essere disciplinato da norma diversa da quella nazionale, appunto di applicazione necessaria. A tale regime territoriale è subordinata anche la disciplina inerente al contenuto dei diritti ("patrimoniali" e "moralì") sui beni immateriali, il loro modo d'esercizio, i loro limiti e, dunque, anche la durata, fatto salvo l'obbligo di recepire il contenuto degli accordi internazionali ratificati che dettino in proposito norme uniformi.

(16) Occorre precisare che non tutte le creazioni intellettuali riconducibili al campo della proprietà industriale possono servirsi della protezione assicurata dal brevetto. Certamente brevettabili sono le invenzioni e i modelli industriali. Il marchio, invece, ad esempio, non è più brevettabile dopo la novella di cui al D.Lgs. n. 480/92, che ha recepito la direttiva comunitaria n. 89/104. Secondo la nuova terminologia adottata, il marchio che si voglia proteggere con diritto d'esclusiva non si brevetta più: ora, si registra. Le altre creazioni intellettuali – c.d. opere dell'ingegno – sfuggono al campo della proprietà industriale e sono garantite dal diritto d'autore.

(17) Ratificata dall'Italia con legge n. 424/76.

(18) Un nodo importante nella revisione della Convenzione di Unione è stato rappresentato dall'ipotesi di un abbassamento del livello di protezione minima internazionale delle invenzioni, che si verificherebbe qualora si ampliasse la discrezionalità degli stati in materia di concessione di licenze obbligatorie, anche dotate di esclusiva, e si consentisse agli stessi di far uso dell'invenzione o di autorizzare i terzi a farne uso senza il consenso del titolare del brevetto, ove ricorrano motivi di pubblico interesse. Di segno contrario, cioè mirante all'innalzamento della protezione dei brevetti è un altro negoziato, l'*Uruguay Round* del GATT (Cfr. M. CORDA, voce *Brevetti*, cit., p. 4).

per la protezione delle opere letterarie ed artistiche (CUB), del 1886; l'*Arrangement di Madrid per la Registrazione Internazionale dei Marchi* del 1891; la *Convenzione di Monaco* del 5/10/1973 sul Brevetto Europeo ed il *Patent Cooperation Treaty* adottato a Washington nel 1979.

Il numero degli Stati aderenti all'OMPI che ritengono necessario considerare omogenee – e quindi da assoggettare ad un regime normativo e amministrativo internazionale – le materie afferenti alla “proprietà intellettuale” (19), si è ampliato per effetto di un successivo trattato internazionale che ha inserito la proprietà intellettuale tra i temi necessari alla creazione di un regime mondiale del commercio.

Il trattato in questione, firmato il 15 aprile del 1994 dagli stati membri dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO), a Marrakech, ed attuato in Italia con il D.Lgs. n. 198/96, prende il nome di TRIP'S (*Trade Related Intellectual Property Rights*). Promuove l'uniformazione delle singole legislazioni nazionali in materia di proprietà intellettuale al diritto dei brevetti statunitense e sostanzialmente copre tutto ciò che è commerciabile.

Il suo aspetto economicamente più rilevante e allo stesso tempo più controverso, è quello che riguarda i diritti di proprietà intellettuale sulle risorse genetiche.

In pratica, attraverso l'accordo TRIP's, tutti i paesi firmatari sono stati persuasi ad accettare una miscellanea di brevetti *biotech* che permettono la privatizzazione e la concentrazione, nelle mani di poche società transnazionali tecnologicamente attrezzate, di geni, linee cellulari, organismi e processi vitali propri di specie vegetali, animali e dell'uomo.

Ciò è potuto accadere perchè sin dagli anni '80, gli Stati Uniti hanno adottato una nuova concezione di “merce” che considera la “vita” come “risorsa biologica e genetica”.

Per la prima volta nella storia, infatti, con la sentenza pronunciata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti sul caso *Chachkrabharti\PTO*, è stato affermato il principio della brevettabilità degli organismi viventi (ancorché, nel caso specifico, si trattasse di un microrganismo geneticamente manipolato) (20).

Dopo soli 7 anni il *Patent and Trademark Office* (PTO), sino ad allora critico acerrimo della sentenza, mutò indirizzo emanando un decreto che considerava i componenti delle creature viventi (geni, cromosomi, cellule e tessuti) brevettabili e tutelabili come proprietà intellettuale in favore di

(19) Art. 2 VIII Convenzione OMPI: «*les droits relatifs: – aux œuvres littéraires, artistiques et scientifiques, – aux interprétations des artistes interprètes et aux exécutions des artistes exécutants, aux phonogrammes et aux émissions de radiodiffusion, – aux inventions dans tous les domaines de l'activité humaine, – aux découvertes scientifiques, – aux dessins et modèles industriels, – aux marques de fabrique, de commerce et de service, ainsi qu'aux noms commerciaux et dénominations commerciales, – à la protection contre la concurrence déloyale, et tous les autres droits afférents à l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique*».

(20) Cfr. *sub nota n. 1.*

chiunque ne avesse isolato per primo le proprietà, descritto le funzioni, ovvero individuate le applicazioni commerciali utili (21).

Prima della rivoluzionaria sentenza del 1980, solo le invenzioni rispondenti a certi requisiti, non già le scoperte, potevano essere brevettate.

Ad esempio, a nessuno sarebbe mai venuto in mente di dichiarare proprio, con diritto ventennale d'esclusiva, un elemento chimico scoperto in natura.

Infatti, nel 1928, al gruppo di scienziati che aveva scoperto e per primo purificato il tungsteno, fu negato il brevetto con la motivazione che tale elemento era sempre esistito e perciò una semplice scoperta naturale non poteva essere considerata "invenzione".

Una volta acquisita consapevolezza di quanto stava divenendo possibile a seguito dell'accordo TRIP's, l'opinione pubblica mondiale, sorretta dalle perplessità avanzate dagli ambienti scientifici più responsabili, ha sollevato la questione dei rischi connessi dell'impiego delle biotecnologie e contrastato con fermezza i fondamenti dell'accordo sulla proprietà intellettuale, esponendone gli intenti predatori soprattutto ai danni del Sud del pianeta.

In ogni caso, quanto sin qui riportato mostra essenzialmente il fatto incontrovertibile che i governi di tutti gli Stati sono stati spinti ad accettare l'accordo TRIP's sui brevetti *biotech* prima che fosse possibile averne chiare le implicazioni scientifiche ed etiche.

Tanto ciò è vero che, solo pochi anni più tardi, a Nairobi, oltre 100 nazioni hanno ratificato il *Protocollo di Cartagena* sulla Biosicurezza (22), un atto che impone ai governi la massima precauzione quale principio guida in materia di biotecnologie.

Allo stato attuale, alcuni geni e cellule dell'uomo, così come quelli d'altre creature e di quasi tutte le piante, sono già stati brevettati e gli osservatori prevedono che, in meno di 25 anni, gran parte del patrimonio genetico comune, eredità di milioni d'anni d'evoluzione di tutte le specie terrestri, sarà stata isolata, identificata e posta sotto il controllo esclusivo, come forma di proprietà intellettuale, di uno sparuto gruppo di multinazionali della biologia.

È già accaduto che le aziende di settore che controllano la produzione agricola mondiale di sementi strategiche (soya, mais, cotone e riso, ad esempio) si siano trasformate da "venditori" in "fornitori", mentre gli agricoltori sono diventati "utenti", costretti ogni anno a riacquistare il "diritto d'accesso" al germe della vita.

Esame a parte e ben altro spazio, infine, meriterebbe l'*iter* che ha portato allo stravolgimento del diritto fondamentale alla proprietà assoluta del proprio corpo e la conseguente attribuzione al mercato del potere di espropriarlo. Una sentenza pronunciata in California nel 1990, ha stabilito il precedente giurisprudenziale per la definizione di ciò che può o non può essere

(21) Il decreto *Animals patentability*, adottato dal *U.S. Patents and Trademark Office (PTO)* Washington, D.C., *U.S Government Printing Office*, 7 aprile 1987.

(22) Firmato a Montreal il 29 gennaio 2000, ratificato dall'Italia con legge 15 gennaio 2004, n. 27, in *G.U.* 4 febbraio 2004 n. 28.

reclamato come diritto di proprietà su sé stesso, in un essere umano (cfr. il già citato caso Moore/UCLA, *sub* nota n. 1) (23).

Quanto alla razzia perpetrata ai danni della biodiversità (23bis) e del sapere tradizionale delle collettività collegato alle risorse genetiche – giustamente bollata come “biopirateria” – vi è un aspetto particolarmente inquietante, desumibile dalla inversione logica che lo caratterizza. Se il brevetto, infatti, ha storicamente avuto la funzione di proteggere il sapere individuale per renderlo di pubblico dominio al fine di soddisfare interessi generali, l’ottenimento di brevetti sul sapere tradizionale collegato a risorse genetiche può essere visto come un atto di rimozione di un sapere già di dominio pubblico, al fine di asservirlo al dominio privato per un beneficio privato. È già accaduto che società detentrici di brevetto abbiano sfidato la distribuzione di prodotti da sempre sul mercato (es., il caso dei fagioli gialli), sottraendo di fatto l’accesso al libero uso di risorse da parte delle comunità e dei singoli individui che ne fanno parte (23ter).

È da auspicarsi che un ripensamento generale della materia su scala internazionale riporti chiarezza, ordine ed equità.

5. Il potere ablativo della P.A. L’espropriazione per pubblica utilità in materia di proprietà intellettuale prima del T.U. 327/2001 e successive modificazioni.

Nel nostro ordinamento giuridico, il fondamento del potere ablativo della P.A. va ricercato nell’ambito dell’art. 42 3°c. della Costituzione, che prevede la possibilità d’espropriazione della proprietà privata per motivi d’interesse generale «nei casi previsti dalla legge e salvo indennizzo».

L’orientamento prescelto dai nostri padri Costituenti diverge da quello incorporato nello Statuto Albertino che, mentre da un lato dichiarava inviolabile il diritto di proprietà, dall’altro – dato il carattere di flessibilità della Carta – lo rendeva di fatto derogabile mediante l’adozione di leggi ordinarie che potevano limitare o sottrarre l’indennizzo.

L’attuale precetto costituzionale, invece, impone che la determinazione dei modi d’acquisto, di godimento e dei limiti, che connotano l’istituto della proprietà privata nell’ordinamento vigente, non possa violare la garanzia accordata dalla Costituzione al diritto in parola sopprimendolo (ovvero negando e comprimendone singole facoltà) senza indennizzo.

La logica dell’impianto impone di considerare che la violazione della garanzia sussisterebbe non solo nei casi in cui fosse posta in essere la traslazione totale o parziale del diritto, ma anche nei casi in cui, pur restandone

(23) Cfr. *sub* nota n. 1.

(23bis) Per la definizione di biodiversità secondo la Convenzione sulla diversità Biologica, cfr. nota n. 29.

(23ter) Così KARL MUTTER in *Traditional Knowledge related to genetic resources and its intellectual protection in Colombia*, in *European Intellectual Property Review*, n. 9 del 2005, p. 329.

intatta la titolarità, il diritto di proprietà venisse annullato o menomato senza indennizzo.

In proposito, meritano di essere ricordate alcune storiche sentenze emanate dalla Corte Costituzionale (cfr. la sent. n. 55 /68).

Pure la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha più volte appuntato la propria attenzione sull'istituto espropriativo, affermando che il diritto di proprietà rientra a pieno titolo tra i diritti fondamentali costituenti parte essenziale dei "principi generali del diritto comunitario".

La questione dell'indennizzo, tuttavia, rimane il vero punto cruciale delle controversie in materia.

Tra i provvedimenti ablatori che limitano negativamente la sfera giuridica del destinatario e che possono incidere su diritti reali, personali, o su obblighi a rilevanza patrimoniale, sono comprese le espropriazioni, le occupazioni, le requisizioni, le confische ed i sequestri.

Ai fini che qui interessano, tuttavia, ci limiteremo ad occuparci dell'espropriazione.

L'espropriazione è il provvedimento che ha l'effetto di costituire un diritto di proprietà o altro diritto reale in capo al soggetto espropriante, previa estinzione del diritto in capo all'espropriato, al fine di consentire la realizzazione di un'opera pubblica o per altri motivi di pubblico interesse, dietro versamento di un indennizzo riconosciuto come indefettibile dall'art. 42, 2° comma, della Costituzione.

L'espropriazione deve avere, come presupposto legittimante la sua adozione, "l'interesse generale". Deve escludersi, quindi, non solo che il provvedimento ablatorio possa perseguire interessi meramente privati ma occorre, inoltre, che esso miri alla soddisfazione d'esigenze concrete ed attuali effettivamente rilevanti per la collettività (24).

L'individuazione delle esigenze che danno contenuto all'interesse generale può rinvenirsi nella stessa legge che prevede la potestà ablatoria (25), oppure può trovarsi definita come fattispecie astratta (clausola generale) che poi impone l'individuazione, nella fase applicativa, dei concreti motivi d'interesse generale.

In ogni caso, è necessario che, secondo un criterio di ragionevolezza, sia identificabile una plausibile idoneità del mezzo a perseguire il fine, in altri termini, un'apprezzabile proporzionalità tra l'interesse da tutelarsi per mezzo dello strumento prescelto ed il sacrificio imposto al privato.

6. L'espropriazione per pubblica utilità dopo la novella di cui al T.U. 327/2001 e successive modificazioni

Recentemente, l'entrata in vigore del testo unico sull'espropriazione per pubblica utilità, emanato con il Decreto del Presidente della Repubblica n.

(24) Corte Cost. sent. n. 95/66.

(25) Corte Cost., sent. n. 155/95.

327 dell'8 giugno 2001 e successivamente modificato con il D.Lgs. 302/2002, ha significativamente innovato il regime giuridico dell'istituto.

Dietro incarico governativo, il Consiglio di Stato ha predisposto la nuova impalcatura normativa in materia d'espropriazione, selezionando e riorganizzando il quadro preesistente.

In considerazione della natura del redigendo Testo Unico sull'esproprio, il Consiglio di Stato ha predisposto l'articolato in coerenza con la distinzione tra norme procedimentali, che continuano ad avere valore regolamentare, e norme sostanziali, con forza di legge, di talché il risultato finale è uno strumento normativo che si «caratterizza per la coesistenza di una parte legislativa ed una regolamentare, che restano diverse sotto il profilo sostanziale nel sistema della gerarchia delle fonti» (26).

Nel T.U. sono state inserite le norme di natura urbanistica direttamente incidenti sul procedimento, per armonizzarle con i principi affermati dalla Corte Costituzionale.

Quanto ai profili sostanziali della materia espropriativa, in particolare con riferimento ai criteri di computo dell'indennità, se n'è razionalizzato l'assetto positivo, anche se in modo non totalmente compiuto.

Il risultato forse più rilevante è che, con il testo unico ora in vigore, è stato previsto un solo "tipo" di procedimento espropriativo ed è stata conseguentemente decisa l'eliminazione della pluralità di modelli espropriativi previgenti, che contrastavano tra loro perché adottati in tempi diversi e con norme diverse mai coordinate.

Trattandosi di un testo unico che dovrebbe contemplare ogni possibile ipotesi normativa collegata a tale istituto, è sorto il dubbio se la materia dell'espropriazione della proprietà industriale rientri o meno nella novella.

La risposta si trova nella già citata Relazione Illustrativa, dove il Consiglio di Stato afferma testualmente che «il riferimento ad un testo unico della materia "urbanistica ed espropriazione", nell'allegato 3 della legge n. 50 del 1999, ha indotto a redigere l'articolato con riferimento ai soli fenomeni espropriativi di matrice urbanistica (ossia le espropriazioni immobiliari strumentali alla realizzazione d'interventi ed opere di pubblica utilità), con esclusione delle espropriazioni di beni mobili o non riguardanti la trasformazione del territorio» (27).

Sembra doversi escludere con sufficiente grado di certezza, quindi, che la materia delle espropriazioni aventi ad oggetto opere dell'ingegno sia da ricondursi sotto al regime normativo di cui al testo unico sin qui considerato.

Ai fini che qui rilevano, conviene aggiungere una breve osservazione. L'art. 4, comma 5° ha previsto un ampio rinvio a tutte le norme internazionali, consuetudinarie e pattizie in cui l'Italia intervenga, che eventualmente

(26) Relazione illustrativa al T.U. predisposto *ex art.* 5 legge n. 50/99, delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità.

Ad. Generale, Parere 29 marzo 2001 n. 4/2001 Prot. Norm. n. 124/2000; Gab. n. 4/2001 (27) *Ibid.*

disciplinino l'espropriazione. *In tali ipotesi è riconosciuto il primato del diritto internazionale.*

Il rinvio operato, ha carattere di rinvio mobile a tutte le disposizioni presenti e future in materia espropriativa: una norma di *self-restraint* dell'ordinamento nazionale rispetto a quello internazionale.

L'espropriazione della proprietà intellettuale per il momento è, e tale rimane anche dopo l'entrata in vigore del T.U. sulle espropriazioni, un istituto disciplinato specificamente ed espressamente dal Codice della Proprietà Industriale *ex* D.Lgs. n. 30 del 10 febbraio 2005, agli artt. 141 e segg.

L'art. 141 del citato Codice della Proprietà Industriale, infatti, così testualmente recita:

1. Con esclusione dei diritti sui marchi, i diritti di proprietà industriale, ancorché in corso di registrazione o di brevettazione, possono essere espropriati dallo Stato nell'interesse della difesa militare del Paese o per altre ragioni di pubblica utilità.

2. L'espropriazione può essere limitata al diritto d'uso per i bisogni dello Stato, fatte salve le previsioni in materia di licenze obbligatorie, in quanto compatibili.

3. Con l'espropriazione anzidetta, quando si effettua nell'interesse della difesa militare del Paese e riguarda titoli di proprietà industriale di titolari italiani, è trasferito all'Amministrazione espropriante anche il diritto di chiedere titoli della proprietà industriale all'estero.

La norma disciplina il ricorso alla procedura ablatoria dei diritti inerenti ai titoli di proprietà industriale, marchio escluso, per ragioni d'interesse militare o di pubblica utilità.

L'espropriazione può avere ad oggetto il diritto nel suo complesso o limitarsi al diritto all'uso dell'invenzione per i bisogni dello Stato.

Nel caso d'esproprio prima della presentazione della domanda di concessione, il provvedimento determina il trasferimento coattivo del diritto di brevetto.

Il successivo art. 142, precisa i termini procedurali dell'intervento prescrivendo che:

1. L'espropriazione viene disposta per decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro competente, di concerto con i Ministri delle attività produttive, sentito il Consiglio dei Ministri, se il provvedimento interessa la difesa militare del Paese o, negli altri casi, la Commissione dei Ricorsi.

2. Il decreto d'espropriazione nell'interesse della difesa militare del Paese, quando viene emanato prima della stampa dell'attestato di brevettazione o di registrazione, può contenere l'obbligo e stabilire la durata del segreto sull'oggetto del titolo di proprietà industriale.

3. La violazione del segreto è punita ai sensi dell'art. 262 del codice penale.

4. Nel decreto d'espropriazione è fissata l'indennità spettante al titolare del diritto di proprietà industriale, determinata sulla base del valore di mercato dell'invenzione, sentita la Commissione dei Ricorsi.

5. *Contro i decreti d'espropriazione per causa di pubblica utilità è ammesso ricorso al Tribunale Amministrativo regionale competente per territorio, il quale provvede con giurisdizione esclusiva e con applicazione del rito speciale di cui all'art. 23 bis, legge 6 dicembre 1971, n. 1034.*

Sotto l'egida del codice della proprietà industriale previgente, una norma di tenore simile ha avuto sporadiche applicazioni (28).

Come espressamente previsto nel testo, l'Autorità titolare del potere di proporre l'intervento espropriativo – nel caso in cui l'invenzione sia d'interesse per la difesa militare del paese – è il Ministro competente per materia, di concerto con i Ministri per le Attività Produttive, Commercio e Finanze e sentito il Consiglio dei Ministri, ovvero sentita la Commissione dei Ricorsi negli altri casi.

Il Presidente della Repubblica, invece, interviene a disporre l'espropriazione per decreto.

Non sembra siano contemplate ipotesi di delega delle funzioni alle Regioni o ad altri Enti locali.

L'esproprio, come già accennato, può riguardare l'esclusiva nel suo complesso o il diritto d'uso nell'interesse dello Stato, caso quest'ultimo, che permetterebbe al privato di mantenere concomitanti diritti.

In ipotesi d'esproprio per causa di pubblica utilità, il diritto del titolare degrada ad interesse legittimo sotto il profilo dell'interesse al corretto esercizio del potere d'esproprio e rimane diritto soggettivo per quanto riguarda la misura dell'indennità.

L'art. 142 del testo unico vigente innova in modo sostanziale rispetto al passato, in quanto l'indennità è determinata in ogni caso nel decreto d'espropriazione mentre nel precedente sistema poteva essere fissata anche in un secondo momento. Inoltre, il suo ammontare è agganciato alla logica dei prezzi di mercato, anche se non è indicato alcun parametro specifico per stimare il valore dell'invenzione.

Per quanto attiene alla tutela giurisdizionale, prima della riforma del processo amministrativo la materia costituiva riserva di giurisdizione esclusiva del T.A.R. territorialmente competente ed era assoggettata al rito speciale di cui all'art. 23 bis, legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

La nuova legge sul processo – art. 34 del D.Lgs. 80/98 – ha mantenuto l'originaria giurisdizione esclusiva del T.A.R. nelle controversie contro provvedimenti e comportamenti della P.A. che riguardano il procedimento espropriativo, mentre, in materia di opposizione alla stima per l'indennità, è confermata la giurisdizione del giudice ordinario (art. 34 u.c.).

(28) Si può solo ricordare il caso HAG deciso dalla Corte di Giustizia, o il caso del marchio *Sidol*, gestito da una società italiana il cui capitale fu sequestrato ed espropriato alla fine della seconda guerra mondiale dal Comitato Internazionale di liquidazione dei beni tedeschi in Italia (il resoconto storico è reperibile in Trib. Milano sent. 663/94 del 16 dicembre 1993) così riportato in M. SCUFFI, M. FRANZOSI, A. FITANTE *Il codice della proprietà industriale*, Padova, Cedam, 2005, p. 679.

Infine, l'art. 143, disciplina le vicende relative all'indennità d'esproprio come segue:

1. Ove il titolare dell'indennità non accetti l'indennità fissata ai sensi dell'art. 142 ed in mancanza d'accordo fra il titolare e l'Amministrazione procedente, l'indennità è determinata da un collegio d'arbitratori.

2. All'inventore o all'autore, il quale provi d'aver perduto il diritto di priorità all'estero per il ritardo della decisione negativa del Ministero in merito all'espropriazione, è concesso un equo indennizzo, osservate le norme relative all'indennità di espropriazione.

3. I decreti di espropriazione devono essere annotati nel registro dei titoli di proprietà industriale a cura dell'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi.

L'articolo in esame si occupa delle modalità di determinazione dell'indennità d'esproprio. A differenza di quanto avviene nei casi d'espropriazione nell'interesse militare, in mancanza d'accordo, l'indennità è fissata tramite arbitraggio.

Nel nuovo testo è scomparso ogni riferimento al lodo che evocava la figura dell'arbitrato, con ogni conseguente dubbio di costituzionalità della procedura, nella parte che non contemplava la possibilità di proporre ricorso giurisdizionale. Contro la determinazione degli arbitratori, è ammessa impugnazione avanti all'A.G.O.

Date queste premesse di carattere tecnico-giuridico, è necessario spendere alcune parole per spiegare l'importanza e l'attualità che lo strumento espropriativo potrebbe rivestire nell'ambito dei diritti di proprietà intellettuale, limitandoci a proporre alcune ipotesi apparentemente paradossali ma, di fatto, già verificatesi in concreto, ad esempio, con i brevetti sul riso basmati, sulla curcuma, il neem, i fagioli gialli ecc., cui si rimanda perchè vi si è accennato innanzi.

Ma andiamo oltre con l'immaginazione e supponiamo che una entità privata decida di acquistare i diritti di esclusiva sulla produzione di farmaci salvavita, al solo fine di sottrarli alla libera circolazione sul mercato analogamente a quanto è già accaduto, talvolta, in materia di *copyright* relativi ad opere dell'ingegno ritenute troppo "avanzate" per essere diffuse presso il grande pubblico.

Non si può pensare che la nostra civiltà giuridica abbia ommesso di indicare i mezzi per proteggere i più deboli. È di tutta evidenza che debba esistere uno strumento giuridico capace di contemperare gli interessi in gioco e di contrastare effetti così nefasti come quelli appena prospettati.

Uno degli strumenti possibili a disposizione della Pubblica Amministrazione, una volta accertata la sussistenza dell'interesse pubblico specifico, concreto ed attuale, ad avviso di chi scrive, può essere l'espropriazione.

7. Conclusioni

Nell'ordinamento italiano, alla luce di quanto sinora argomentato, è in astratto concepibile la possibilità di ricorrere all'espropriazione per pubblica utilità del brevetto (attualmente, come si è visto, principale protagonista nel processo di predazione di risorse che sino a qualche decennio fa erano con-

siderate patrimonio comune dell'umanità, ma anche strumento potenziale di arbitraria esclusione dall'accesso a beni essenziali per la vita) una volta che la Pubblica Amministrazione abbia ritenuto sussistenti le ragioni di pubblica utilità e validamente effettuato il giudizio di comparazione tra l'interesse del privato da sacrificare e l'interesse della collettività.

Tuttavia, l'aspettativa che l'Autorità competente *ex lege* attivi il potere espropriativo nella materia in questione e con le finalità indicate in premesse, è un'ipotesi assai remota. E ciò per due ordini di motivi.

In primo luogo, lo strumento espropriativo in materia industriale, così come si connota nel nostro diritto positivo, sembra esser stato concepito per mantenere una sorta di privilegio residuale derivato dallo *ius principis*, che riserva all'apparato governativo la facoltà di decidere se rendere o meno disponibili al pubblico le 'primizie' prodotte dall'ingegno umano.

A riprova di quanto si assume, è sufficiente considerare che siffatta prerogativa non è attribuita alle autonomie locali, cioè agli enti istituzionali tradizionalmente più prossimi e dunque più sensibili ai bisogni reali delle comunità amministrate.

In secondo luogo, le specifiche Autorità governative che detengono in astratto il potere in questione, oltre ad essere istituzionalmente tenute a curare gli interessi di un'industria dal volto sempre più transnazionale, sono viepiù dipendenti dalle istituzioni internazionali nate per proteggere il mercato e, dunque, rappresentano interessi che spesso contrastano con la pubblica utilità intesa come benessere *latu sensu*, della collettività dei cittadini.

Sarebbe quindi auspicabile, *de iure condendo*, che il legislatore italiano, riconsiderato l'istituto espropriativo alla luce del nuovo ruolo assunto dalla proprietà intellettuale su scala globale, indirizzasse la propria attenzione verso la necessità di estendere il corrispondente potere anche in favore degli locali. Ciò consentirebbe, quantomeno, di creare un primo possibile strumento di difesa contro atti di "biopirateria" ai danni di beni collettivi riconducibili al concetto di "biodiversità", nell'ampia accezione indicata nella *Conferenza sull'ambiente di Rio de Janeiro*, nel 1992 (29), oltre a contribuire all'elevazione della consapevolezza circa il valore delle risorse collettive locali e quindi rafforzare il senso di appartenenza di coloro che ne fanno parte. Occorre avvertire che il rischio più serio tuttavia, data la difficoltà della materia, può esser costituito dalla mancanza di informazione dei rappresentanti delle comunità, non solo in termini legali, ma anche in termini commerciali e tecnici. Sarebbe perciò opportuno creare spazi di condivisione del sapere aperti all'interazione più vasta e ricca possibile tra enti locali, rappresentanti del mondo accademico, esperti indipendenti, ONG, operatori che si confrontano ogni giorno con tali nuove problematiche e cittadini.

(29) «La variabilità tra tutti gli organismi viventi, inclusi ovviamente, quelli del sottosuolo, dell'aria, gli ecosistemi acquatici e terrestri, marini e i complessi ecologici dei quali sono parte; questa include la diversità all'interno di specie, tra specie ed ecosistemi». *Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo* del 3-14 giugno 1992.

In questa fase storica in cui l'incertezza sulla nuova fisionomia degli Stati nazionali rende difficile tracciare una correlatività specifica tra apparati governativi e garanzie di tutela effettiva dei diritti dei soggetti più deboli, mi pare che un ruolo attivo molto importante possa essere svolto dalle autonomie locali collegate in *network* l'una con l'altra, sì da raggiungere una massa critica capace di esercitare sufficiente pressione sulle istituzioni internazionali che maggiormente condizionano l'esercizio della democrazia effettiva. In tal modo potrebbero promuovere un miglior equilibrio rispetto all'attuale assetto dei poteri contrassegnato dall'egemonia del mercato.

Vorrei concludere con questa considerazione finale. È stato autorevolmente affermato che la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo è qualcosa di più di un sistema dottrinale e un qualcosa di meno rispetto alle norme giuridiche: i principi che enuncia si limitano ad esprimere l'«ideale comune da raggiungersi da tutti i popoli e da tutte le nazioni» (30).

Un richiamo espresso alle norme giuridiche, tuttavia, esiste.

Quasi fosse un monito a non dimenticare, infatti, nel *Preambolo* si legge che «è indispensabile che i diritti dell'uomo siano protetti da norme giuridiche, se si vuole evitare che l'uomo sia costretto a ricorrere, come ultima istanza, alla ribellione contro la tirannia e l'oppressione».

Di fronte alle sfide sempre più difficili che saremo costretti a fronteggiare, cioè alla riduzione delle risorse naturali (31) causata da un modello di sviluppo economico non più sostenibile, agli squilibri derivanti da una distribuzione delle risorse da molti percepita come non equa, al fondamentalismo religioso che sembra aver trovato nuova linfa, all'ideologia del terrore che si diffonde, penso che la direzione indicata, cioè il rafforzamento della coesione sociale nelle comunità locali, il recupero di modelli economici meno aggressivi, lo stretto collegamento cooperativo tra le comunità locali e l'avvio di un processo che dia voce e dignità istituzionale alle stesse comunità sul piano internazionale, sia quanto di più auspicabile.

(30) Così N. BOBBIO, *Presente e avvenire dei Diritti dell'Uomo*, in *La comunità internazionale*, XXIII, 1968, pp. 3-18.

(31) *Millennium Ecosystem Assessment: Synthesis Report*, marzo 2005 (FAO e WWF su incarico ONU): «Siamo in bancarotta ecologica e i primi beni iniziano a essere pignorati: negli ultimi 25 anni abbiamo visto scomparire una foresta di mangrovia su tre e una barriera corallina su cinque; due ecosistemi su tre mostrano segni di declino; il 25 per cento dei mammiferi, il 12 per cento degli uccelli e il 32 per cento degli anfibi sono a rischio di estinzione».

Le cartolarizzazioni immobiliari: profili giuridici

di Xavier Santiapichi (*)

DEFINIZIONI E QUADRO NORMATIVO NAZIONALE DI RIFERIMENTO

Scopo di questo breve scritto è l'illustrazione del fenomeno delle cartolarizzazioni immobiliari (1); operazioni finalizzate all'accelerazione del processo di dismissione di patrimoni immobiliari pubblici, attraverso il conferimento degli stessi (o dei futuri crediti derivanti dalla loro alienazione) ad una società veicolo, con l'attribuzione di uno specifico mandato di vendita e l'ordine di convertire i crediti derivanti da tale futura cessione in liquidità immediata, attraverso emissioni obbligazionarie o l'assunzione di finanziamenti.

La cartolarizzazione, o *securitization*, è una tecnica finanziaria, nata nel mondo anglosassone, successivamente importata a livello europeo dalla seconda metà degli anni '80, che ha preso avvio anche nel mercato finanziario italiano, grazie all'entrata in vigore della legge 30 aprile 1999 n. 130 *Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti*.

Il legislatore non introduce una definizione di "cartolarizzazione" (2): si limita piuttosto a descrivere i tratti caratterizzanti che un'iniziativa finanziaria deve possedere, affinché possa essere riconosciuta rilevante ai fini dell'applicazione delle disposizioni della legge n. 130/99 (3).

(*) Avvocato.

(1) Sulle cartolarizzazioni immobiliari si rinvia, in particolare, a: I. BORRELLO, *La cartolarizzazione dei proventi delle dismissioni immobiliari*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 2/2002; L. CAROTA, *Le operazioni di cartolarizzazione relative agli immobili pubblici*, in *Contratto e Impresa* 2/2003; R. COLAGRANDE, *La dismissione del patrimonio immobiliare degli enti previdenziali pubblici*, in *NLCC* 2-3/2002; M. TAMPONI, *Cartolarizzazione immobiliare e (dubbia) tutela dell'investitore*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 5/2002; M. RENNA, *Privatizzazioni e beni pubblici*, in *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni 90, un primo bilancio*, a cura di Cammelli-Sciullo, Rimini, 2004.

(2) Più in generale sulla cartolarizzazione si rinvia a: V. TROIANO, *Le operazioni di cartolarizzazione*, Padova, 2003; G. FAUCEGLIA, *La cartolarizzazione dei crediti: commento alla legge n. 130 del 1999*, Torino, 2002; A. GIANNELLI, *La società per la cartolarizzazione dei crediti: questioni regolamentari e profili di diritto societario e dell'impresa*, in *Rivista delle società* n. 4/2002; G. GUERRIERI, in *Legge 30 aprile 1999 n. 130. Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti*. Commentario a cura di A. Maffei Alberti, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2000; G. MORBIDELLI, *Cartolarizzazione. Aspetti teorici e applicazione pratica*, Torino, 2002; R. PARDOLESI, *La cartolarizzazione dei crediti in Italia. Commentario alla legge 30 aprile 1999 n. 130*, Milano, 1999; A. PETRAGLIA, *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti: brevi riflessioni*, in *Corriere Giuridico*, 1999; C. PROTO, *La nuova legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Il Fallimento*, 1999; C. RUCCELLAI, *Il disegno di legge sulla cartolarizzazione dei crediti. Rischi e opportunità*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1998/1.

(3) V. TROIANO, *op.cit.*, p. 54.

Il verbo “cartolarizzare” significa letteralmente trasformare un qualche cosa che ha un valore economico – ossia un bene (4) – in un documento che ne rappresenta l’effettivo valore monetario (5). Anche l’omologo termine anglosassone “*securitization*” significa, letteralmente, *conversione in titoli*.

L’analisi del fenomeno della cartolarizzazione è stato fino ad oggi pressoché interamente focalizzato, da parte della letteratura nazionale, sulla disciplina contenuta nella legge 130/99 e, nell’ambito di questa, sulla figura portante che essa prevede, articolata sulla cessione dei crediti ad una società veicolo e sulla emissione di titoli da parte di questa società, garantiti dai crediti ceduti. La disposizione legislativa nazionale descrive un modello, un prototipo normativo, piuttosto flessibile, che lascia all’interprete ampi spazi applicativi ed interpretativi ed a questo “prototipo” finiscono per ricollegarsi numerose varianti.

Nell’ambito di questo prototipo normativo si pone la cartolarizzazione “pubblica” che, per la verità, nasce ben prima della disposizione della 130. Già prima di tale legge il d.l. 28 marzo 1997, n. 79, *Misure urgenti per il riequilibrio della finanza pubblica*, convertito con modificazioni dalla legge 28 maggio 1997 n. 140, aveva stabilito che le amministrazioni pubbliche avrebbero potuto cedere con procedure ad evidenza pubblica i loro crediti, esclusi quelli di natura tributaria e contributiva, “*a soggetti abilitati all’esercizio dell’attività di recupero crediti di comprovata affidabilità*”. A questa disposizione fece seguito il d.l. 2 novembre 1998 n. 378 *Restituzione del contributo straordinario per l’Europa ed altre disposizioni tributarie urgenti*, non convertito in legge, cui si aggiunse la legge 23 dicembre 1998, n. 448, *Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo*, ove fu disciplinata la cessione e la cartolarizzazione dei crediti contributivi vantati dall’INPS, nonché la cessione e la cartolarizzazione dei crediti d’imposta. Per la prima volta il legislatore disciplinava una operazione di cartolarizzazione in Italia.

Successivamente con il d.l. 6 settembre 1999 n. 308 *Disposizioni urgenti in materia di cessione e cartolarizzazione dei crediti INPS, nonché di società per la gestione dei rimborsi*, convertito dalla legge 4 novembre 1999 n. 402, sopravvenne la legge 23 dicembre 1999 n. 488 *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (Legge Finanziaria 2000), che ha attribuito al Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica, la facoltà di definire modalità e tempi di un’operazione di cartolarizzazione dei crediti di locazione degli immobili di proprietà degli enti previdenziali pubblici.

La legge 23 dicembre 2000 n. 388 *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (Legge Finanziaria 2001) ha riformato

(4) Il codice civile definisce beni le cose che possono formare oggetto di diritti (art 810). I diritti di credito sono anch’essi beni (art. 812) ed in particolare beni mobili (art 813).

(5) G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 25.

mulato l'art. 15 della richiamata legge n. 448/98, relativo alla cartolarizzazione dei crediti d'imposta e contributivi maturati e maturandi dallo Stato e dagli Enti pubblici previdenziali.

Il d.l. 25 settembre 2001 n. 351 *Disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare*, convertito con modificazioni dalla legge 23 novembre 2001 n. 410 (recentemente modificata con la legge 24 novembre 2003 n. 326 *Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*), ha dettato regole per la cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato e di altri enti pubblici. Alcune modifiche al sistema sono state poi introdotte dal d.l. 15 aprile 2002 n. 63 *Disposizioni finanziarie e fiscali urgenti in materia di riscossione, razionalizzazione del sistema di formazione del costo dei prodotti farmaceutici, adempimenti ed adeguamenti comunitari, cartolarizzazioni, valorizzazione del patrimonio e finanziamento delle infrastrutture*, convertito con la legge 15 giugno 2002 n. 112 che ha istituito la "Patrimonio dello Stato S. p. a." e dalla legge finanziaria 2003 (Legge 289/2002).

I diversi interventi legislativi in materia di cartolarizzazione "pubblica" hanno di fatto generato un istituto peculiare, riconducibile in prevalenza ad una operazione di *securitization* con a monte la garanzia indiretta derivante da un bene immobile, dalla sua futura vendita o dai proventi derivanti dalla sua locazione.

LA LEGISLAZIONE REGIONALE

La Legge Finanziaria 2003 (6) ha esteso alle regioni, province, comuni, nonché ai loro enti strumentali, alle aziende sanitarie ed ospedaliere, la facoltà di effettuare operazioni di cartolarizzazione dei proventi conseguenti alla vendita di beni immobili degli enti stessi.

Per la verità tale norma estende ai citati enti la disciplina che, per gli immobili dello Stato, era già stata introdotta con il d.l. 351/01.

L'art. 84 della Legge n. 289/2002, richiamando espressamente alcune previsioni del d.l. n. 351/01, delinea – seppure con i necessari adeguamenti connessi alla diversa natura degli enti coinvolti – il seguente sistema.

Con apposite delibere dell'organo competente degli enti proprietari vengono individuati i beni immobili suscettibili di dismissione (7). In questo c'è

(6) La legge 27 dicembre 2002 n. 289, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*, all'art. 84/1, *Privatizzazione del patrimonio immobiliare delle regioni, degli enti locali e degli altri enti pubblici*, dispone che le regioni, le province, i comuni e gli altri enti locali sono autorizzati a costituire o a promuovere la costituzione, anche attraverso soggetti terzi, di più società a responsabilità limitata con capitale iniziale di 10.000 euro, aventi ad oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione dei rispettivi patrimoni immobiliari.

(7) Art. 84, commi 3 e 4, della legge finanziaria 2003.

la prima rilevante differenza con la disciplina di cui al d.l. n. 351/01; mentre in quel caso l'inclusione dei beni nei decreti ministeriali di cui al comma 1 dell'art. 3 del d.l. n. 351/01 produce il passaggio dei beni stessi al patrimonio disponibile, l'inclusione dei beni nelle delibere degli organi degli enti locali "non modifica il regime giuridico previsto dagli artt. 823 e 829, primo comma, del codice civile, dei beni demaniali trasferiti". Ciò crea alcuni problemi interpretativi, almeno per alcune tipologie di beni. Infatti, qualora tali beni siano di proprietà di enti locali, da un lato sarà necessario – ai sensi del disposto dell'art. 829, comma 1, cod. civ. – attendere la dichiarazione di "sdemanializzazione" (ove necessaria) da parte della competente autorità e la sua pubblicazione sulla *GU.*; dall'altro si pone il dubbio circa la portata del richiamo all'art. 823 cod. civ. (in particolare, quindi, con riguardo all'inalienabilità di tali beni), visto che per tali stessi beni si prevede esplicitamente il loro trasferimento a società ed addirittura la possibilità che essi costituiscano una forma di garanzia di diritto di credito. Un ulteriore dubbio sorge dal contenuto del comma 5 del citato art. 84 che prevede la possibile cessione senza la preventiva autorizzazione del Ministro per i Beni e le Attività Culturali per i beni appartenenti al cosiddetto demanio culturale; ma c'è da chiedersi se sia possibile la loro cessione.

La fase più delicata della dismissione è rappresentata dalla costituzione della società veicolo, che acquista il patrimonio da destinare alla successiva collocazione sul mercato. Le società, la cui natura giuridica è di società a responsabilità limitata, con capitale non inferiore a 10 mila euro, possono essere costituite o promosse da regioni, province, comuni ed altri enti locali. L'oggetto sociale sarà ovviamente la cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione del loro patrimonio immobiliare.

Il quadro complessivo della legislazione in materia di cartolarizzazione pubblica non può dirsi completo sin tanto che non si sono espresse – seppur assai sinteticamente – anche le relative disposizioni regionali.

Le stesse ragioni che hanno indotto il Governo nazionale ad assumere provvedimenti per accelerare il processo di dismissione del patrimonio immobiliare e – prima ancora – per generare immediati flussi di cassa, hanno spinto le regioni a legiferare in materia. Il "Patto di stabilità interno" ha sostanzialmente obbligato la P.a. ad incidere il meno possibile sul livello di indebitamento; per il raggiungimento di tale obiettivo le amministrazioni regionali hanno realizzato o hanno in corso di studio e attuazione progetti di valorizzazione del proprio patrimonio immobiliare.

In particolare gli enti territoriali hanno seguito ben presto l'esempio fornito dallo Stato in tema di *securitization*, anche se, relativamente alle cartolarizzazioni immobiliari, esisteva qualche difficoltà dovuta alla particolarità della legge 410, modellata sulle esigenze delle amministrazioni centrali.

La legge 289/02 ha previsto all'art. 84 la sostanziale estensione del modello di cui al d.l. 351/01 per operazioni della specie poste in essere da parte di regioni, province, comuni, altri enti territoriali.

La legge 289/02 (art. 84) ha infatti esplicitamente autorizzato regioni, province e comuni a promuovere la costituzione di s.r.l. aventi ad oggetto

esclusivo la realizzazione di operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione dei rispettivi patrimoni immobiliari.

Con la stessa legge è stata prevista l'estensione dei principi della l. 410/01 anche agli enti territoriali.

Attualmente sono nove le regioni che si sono dotate di alcune norme di recepimento di tale materia, e più precisamente, il Lazio (L.R. 18/94 e successive mod.), la Puglia (L.R. 27/95), l'Emilia Romagna (L.R. 10/00), il Friuli Venezia Giulia (L.R. 3/02), il Molise (L.R. 7/02), l'Abruzzo (L.R. 7/03), la Sicilia (L.R. 4/03), la Liguria (L.R. 7/04), ed il Veneto (L.R. 5/04). Recentemente la provincia Autonoma di Trento ha approvato una legge provinciale (Legge Provinciale 23 novembre 2004 n. 9, *Disposizioni in materia di programmazione, di contabilità e di usi civici*) in cui ha disposto la dismissione del proprio patrimonio immobiliare attraverso operazioni di cartolarizzazione, conformemente a quanto previsto dall'art. 84 della legge 289/02 (art. 31bis l. p. n. 7/79 mod. l. p. n. 9/04).

Di seguito verranno riportate le norme regionali che si sono occupate di cartolarizzazione immobiliare, considerando che spesso si è trattato di un mero richiamo alla normativa statale di riferimento.

Lazio

La Regione Lazio è stata la prima regione italiana a condurre un'operazione di dismissione di immobili delle Asl, facendo ricorso ad un'operazione di cartolarizzazione.

La L.R. n. 18 del 16 giugno 1994 "*Disposizioni per il riordino del servizio sanitario regionale ai sensi del D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e successive modificazioni e integrazioni. Istituzione delle aziende unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere*", all'art. 24, ha disposto che i beni trasferiti in comunione alle aziende unità sanitarie locali sono gestiti con determinate modalità, specificate nella stessa norma, attraverso operazioni di cartolarizzazione, e mediante l'apporto ad un fondo comune di investimento immobiliare chiuso.

La creazione di un Fondo è stata imposta al fine di facilitare la dismissione del patrimonio immobiliare delle AaSsLl del Lazio, attraverso la scelta del conferimento di tali beni al fondo immobiliare ed alla successiva cartolarizzazione delle quote del fondo.

La peculiarità della norma introdotta dalla Regione sta nell'aver combinato i vantaggi delle operazioni di cartolarizzazione con quelli derivanti dall'immissione del patrimonio immobiliare nel Fondo.

Come già detto, le operazioni di cartolarizzazione hanno come obiettivo primario la trasformazione immediata del patrimonio immobiliare in liquidità, attraverso, ad esempio, emissioni obbligazionarie. Si tratta, cioè, di un fenomeno statico, che ha alla sua base un obiettivo essenzialmente liquidatorio: vendere gli immobili sul mercato, con i proventi rimborsare l'emissione obbligazionaria e coprire i costi della procedura. In estrema sintesi: la cartolarizzazione ha la funzione di dare immediata liquidità.

L'immissione in fondi comuni, al contrario, non ha una finalità prettamente liquidatoria, ma essenzialmente gestoria, e dunque di valorizzazione del patrimonio.

Ebbene, la combinazione delle due tecniche, evidentemente, produce rilevanti vantaggi per il soggetto che dismette: da una parte, l'immissione del patrimonio immobiliare in fondi comuni di investimento determina l'impegno del fondo a valorizzare i beni conferiti. Dall'altra, poi, le quote rappresentative dell'apporto, venendo cedute alla società veicolo che ne attua la cartolarizzazione, consente di realizzare prontamente la liquidità necessaria all'ente che dismette. Ovviamente, quest'ultimo non solo riceve i proventi derivanti dalla cartolarizzazione, ma altresì il sovrappiù derivante dalla vendita degli immobili così come valorizzati dal Fondo.

La Regione Lazio, con L.R. 11 settembre 2003 n. 29, "*Assestamento del bilancio di previsione della Regione Lazio per l'anno finanziario 2003*", attuando la previsione dell'articolo 84 della legge n. 289/02, ha individuato nell'Agenzia Sviluppo Lazio S.p.A. il soggetto incaricato di costituire o promuovere la costituzione di un veicolo, avente ad oggetto la realizzazione di operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione dei patrimoni immobiliari della Regione, dei suoi enti pubblici strumentali e delle aziende sanitarie locali e ospedaliere.

Puglia.

In attuazione dell'art. 33 della L.R. 26 aprile 1995, n. 27, "*Disciplina del demanio e del patrimonio regionale*", come novellato dall'art. 21, L.R. 7 marzo 2003, n. 4, la Giunta regionale è stata autorizzata a dismettere i beni o parte di essi, facenti parte del patrimonio disponibile della Regione, sulla base di un programma nel quale siano indicate le modalità di dismissione, al fine di promuovere il riordino, la valorizzazione e l'alienazione del patrimonio immobiliare della Regione.

La stessa Giunta regionale ha, poi, previsto la dismissione anche attraverso operazioni di cartolarizzazione e la partecipazione a fondi istituiti con apporto di beni immobili ai sensi dell'articolo 14 *bis* (Fondi istituiti con apporto di beni immobili) della legge 25 gennaio 1994 n. 86 *Istituzione e disciplina dei fondi comuni di investimento immobiliare chiusi*.

Emilia Romagna.

La legge regionale 25 febbraio 2000 n. 10 (*Disciplina dei beni regionali* – Abrogazione della L.R. 10 aprile 1989 n. 11), all'art. 11, comma 4-ter (comma inserito dalla legge regionale 12 marzo 2003 n. 3, *Disciplina dei beni regionali – modifiche ed integrazioni alla L.R. 25 febbraio 2000, n. 10*) ha consentito alla Giunta regionale di procedere alla dismissione di immobili avvalendosi delle disposizioni statali in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico.

Friuli Venezia Giulia.

La legge regionale 25 gennaio 2002 n. 3 *Disposizioni per la formazione del bilancio pluriennale ed annuale della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia* (legge finanziaria 2002) ha disposto che l'Amministrazione regionale è autorizzata ad attuare progetti di dismissione di beni appartenenti al patrimonio immobiliare disponibile della Regione attraverso operazioni di

cartolarizzazione dei proventi derivanti dalle dismissioni medesime. A questo fine, l'Amministrazione regionale è autorizzata a costituire o a promuovere la costituzione, anche attraverso soggetti terzi, di una o più società di capitali, ai sensi della legge n. 130/99, ovvero a ricorrere a società già costituite ai sensi della medesima legge.

Inoltre il Servizio per la gestione del patrimonio immobiliare, in virtù della Delib. G.R. 28 maggio 2004 n. 1362 Direzione centrale del patrimonio e dei servizi generali – Servizio per la gestione del patrimonio immobiliare – Indirizzo politico per l'anno 2004 ai sensi dell'articolo 6, comma 1 della legge regionale n. 18/1996, ha avuto tra gli obiettivi prioritari, per l'esercizio 2004, quello di proseguire nel processo di dismissione del patrimonio immobiliare disponibile anche con operazioni di cartolarizzazione.

Molise.

Con L.R. 3 giugno 2002 n. 7 – Legge finanziaria regionale 2002 è stato previsto, in alternativa o in concorrenza all'indebitamento tradizionale, per il triennio 2002/2004 che vengano emessi prestiti obbligazionari o che vengano effettuate operazioni di cartolarizzazione del patrimonio immobiliare e dei crediti verso lo Stato e/o verso terzi.

Sicilia

Per quanto riguarda questa regione, la cartolarizzazione ha avuto ad oggetto la dismissione degli immobili delle Aziende unità sanitarie locali e delle Aziende ospedaliere.

A tal fine, la legge regionale 16 aprile 2003 n. 4 – *Disposizioni programmatiche e finanziarie per l'anno 2003* aveva disposto la verifica della congruità dei proventi derivanti dal patrimonio, di cui trattasi, ai valori di mercato, verifica da effettuarsi da parte dei direttori generali delle Aziende sanitarie stesse.

Tuttavia, qualora i proventi determinati dalla gestione immobiliare fossero risultati inferiori ai corrispondenti valori di mercato, i direttori generali avrebbero dovuto procedere all'immediato adeguamento della rendita o alla dismissione del relativo patrimonio immobiliare.

È stato compito dei direttori generali redigere l'elenco degli immobili e definire gli esiti delle verifiche, dandone comunicazione all'Assessorato regionale della sanità e all'Assessorato regionale del bilancio e delle finanze per gli aspetti finanziari.

I direttori generali hanno posto in essere tutti gli adempimenti finalizzati all'ottimale gestione del patrimonio immobiliare, procedendo alla vendita dei beni immobili non proficuamente utilizzati mediante aste pubbliche per lotti costituiti da singoli immobili o porzioni immobiliari, dandone comunicazione secondo i criteri di cui al decreto legislativo 24 luglio 1992, n. 358 e successive modifiche ed integrazioni.

Abruzzo.

Al fine di massimizzare e rendere maggiormente efficiente l'afflusso nelle casse del sistema sanitario regionale di risorse finanziarie da destinare

prioritariamente alle aziende sanitarie, anche per la copertura dei disavanzi, con L.R. 17 aprile 2003 n. 7 *Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2003 e pluriennale 2003-2005 della Regione Abruzzo* (legge finanziaria regionale 2003) la Giunta regionale è stata autorizzata ad effettuare operazioni di finanza strutturata, incluse operazioni di cartolarizzazione disciplinate dalla legge n. 130/1999 e dall'art. 84 della legge n. 289/2002 in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico, ed a costituire società regolate dalle predette leggi.

Liguria

La legge regionale 2 aprile 2004 n. 7 *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione Liguria* (legge finanziaria 2004) disciplinando la Cartolarizzazione del patrimonio immobiliare della Regione e delle Aziende Sanitarie (art. 15), ha previsto che la Regione sia autorizzata a costituire o a promuovere la costituzione, anche attraverso soggetti terzi, di una società a responsabilità limitata con capitale iniziale di euro 10.000,00 avente per oggetto esclusivo la realizzazione di operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione dei patrimoni immobiliari della Regione medesima e delle Aziende Sanitarie. In queste operazioni possono essere inclusi i patrimoni immobiliari degli enti strumentali della Regione, dei Comuni, delle Province e degli altri enti locali che ne facciano richiesta.

Inoltre è importante sottolineare che il ricavo delle operazioni di cartolarizzazione su patrimoni immobiliari della Regione e delle Aziende Sanitarie viene prioritariamente destinato al finanziamento delle esigenze del settore sanitario; in modo particolare il ricavato dovrà essere destinato a favore delle aziende proprietarie.

Veneto

La Regione Veneto, nell'ambito delle proprie finalità volte allo sviluppo economico e sociale del territorio ed al fine di migliorare la gestione del proprio patrimonio immobiliare e valorizzarne il rendimento, ha promosso, con la L.R. 27 febbraio 2004 n. 5 *Valorizzazione dei beni immobili della Regione Veneto e utilizzazione delle risorse mediante cartolarizzazione*, la costituzione di un fondo comune di investimento immobiliare chiuso, o di società veicolo, con apporto di beni immobiliari di proprietà della Regione o di enti e società da essa controllati, comprese le aziende ULSS e ospedaliere e con l'esclusione delle Aziende territoriali per l'edilizia residenziale (ATER) provinciali.

Tale scopo può essere raggiunto anche mediante il trasferimento di parte degli immobili di proprietà della Regione ad una o più società veicolo aventi per oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione di parte del patrimonio immobiliare della Regione.

A queste operazioni di cartolarizzazione si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni della legge n. 410/01e della legge n. 130/99.

LA CARTOLARIZZAZIONE DEI CREDITI NELLE REGIONI.

Le regioni che si sono occupate di cartolarizzazione immobiliare hanno anche applicato la disciplina propria della cartolarizzazione dei crediti, come la Regione Abruzzo o il Molise che le hanno disciplinate nella stessa norma (Abruzzo – art. 61 L.R. n. 7/03; Molise – art. 3 L.R. n. 7/02). Alcune regioni hanno disciplinato distintamente i due tipi di cartolarizzazione, come la regione Lazio, Sicilia, e Veneto, mentre altre regioni si sono occupate soltanto della cartolarizzazione dei crediti, come la Campania, la Sardegna, la Toscana e l'Umbria.

In particolare, la Regione Lazio si è occupata di cartolarizzazione dei crediti a proposito del patrimonio immobiliare delle aziende sanitarie locali.

A tal proposito ha emanato la L.R. 3 agosto 2001 n. 16 *Misure urgenti di contenimento e razionalizzazione della spesa sanitaria* in cui ha promosso la costituzione di una società a prevalente capitale regionale, quale strumento per immettere liquidità nel sistema delle aziende e risanare parte del deficit accumulato nella gestione sanitaria, il cui oggetto sociale prevede: 1) l'acquisizione di beni facenti parte del patrimonio immobiliare indisponibile delle aziende, rispettandone la destinazione d'uso, e la contestuale concessione in locazione finanziaria dei medesimi beni alle aziende venditrici, con facoltà a loro favore di esercitare il diritto di opzione per il riacquisto, al termine della locazione finanziaria, della proprietà dei rispettivi beni al prezzo stabilito; 2) la cessione di tutti i crediti relativi alle operazioni di cui al numero 1) ad altra società di capitali, avente i requisiti di cui alla legge 30 aprile 1999, n. 130, affinché provveda all'acquisto ed alla cartolarizzazione dei crediti ad essa ceduti.

Successivamente, la Regione Lazio ha autorizzato la Giunta regionale a mettere a disposizione delle singole Aziende Unità Sanitarie Locali ed aziende ospedaliere, in via di anticipazione, le somme che devono essere finanziate per il ripiano delle maggiori occorrenze finanziarie del servizio sanitario regionale – in attesa della loro effettiva erogazione da parte dello Stato – anche mediante operazioni di cartolarizzazione dei crediti ai sensi della legge 30 aprile 1999, n. 130.

Anche la Regione Veneto, con L.R. 11 settembre 2000 n. 19 – *Provvedimento generale di rifinanziamento e di modifica di leggi regionali in corrispondenza dell'assestamento del bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2000* – si è occupata di operazioni finanziarie delle unità locali socio sanitarie e delle aziende ospedaliere attraverso lo strumento della cartolarizzazione dei crediti. La stessa necessità è stata avvertita anche dalla Regione Sicilia, che ha regolamentato la cartolarizzazione dei crediti della sanità, con L.R. 3 maggio 2001 n. 6 *Disposizioni programmatiche e finanziarie per l'anno 2001*. Infatti i crediti vantati dalle aziende unità sanitarie locali e dalle aziende ospedaliere nei confronti della Regione sono stati pagati dalla Regione con la cessione di crediti nel quadro di operazioni di cartolarizzazione poste in essere ai sensi e con le modalità di cui alla legge 30 aprile 1999 n. 130.

Nella stessa legge sono state previste operazioni di cartolarizzazione anche per i crediti delle imprese.

Le regioni che si sono interessate esclusivamente di cartolarizzazione dei crediti sono la Campania, la Sardegna, la Toscana e l'Umbria.

Nello specifico, la Regione Campania, con L.R. 26 luglio 2002 n. 15 *Legge finanziaria regionale per l'anno 2002*, ha autorizzato la Giunta Regionale, previa analitica ricognizione e valutazione dei residui attivi, di cui è data comunicazione alla Commissione bilancio, anche al fine della verifica di sussistenza dei requisiti per il loro mantenimento in bilancio, a porre in essere, per l'esercizio 2002, operazioni di cessione e cartolarizzazione dei crediti ai sensi della legge regionale 30 aprile 2002 n. 7, articolo 14, comma 1, lettera a).

La Regione Sardegna, con una norma alquanto scarna, l'art. 37 bis, della L.R. 5 maggio 1983 n. 11 *Norme in materia di bilancio e di contabilità della Regione*, introdotto dalla L.R. 29 aprile 2003, n. 3 *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione* (legge finanziaria 2003) ha stabilito che la Regione ha facoltà di procedere a operazioni di cessione e di cartolarizzazione dei crediti vantati nei confronti dei terzi.

La Regione Toscana, ha previsto degli interventi finanziari per le aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione. A tal fine ha emanato la L.R. 26 gennaio 2001 n. 3 *Disposizioni per il finanziamento di provvedimenti di spesa per il periodo 2001-2003*, in cui, all'art. 13, ha autorizzato la Giunta Regionale a mettere a disposizione delle aziende sanitarie locali e delle aziende ospedaliere, in via di anticipazione, le risorse di competenza della Regione comprese negli accantonamenti di cui alla tabella A della legge 23 dicembre 1999, n. 488 *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (Legge finanziaria 2000) per il ripiano delle maggiori occorrenze finanziarie del servizio sanitario, in attesa della loro effettiva erogazione da parte dello Stato, nel limite complessivo di lire 900 miliardi (464.811.209,18 euro).

Per queste finalità la Giunta regionale è stata autorizzata ad acquisire negli esercizi 2001 e 2002 le risorse necessarie mediante la cessione ad intermediari finanziari dei crediti di competenza della Regione, entro i limiti precedentemente indicati, ai sensi dell'articolo 1260 e seguenti del codice civile. La Giunta regionale può procedere, in alternativa alla cessione ad intermediari finanziari, a cedere, negli esercizi 2001 e 2002, i crediti di competenza della Regione, mediante operazione di cartolarizzazione dei crediti, ai sensi della legge 30 aprile 1999, n. 130.

Infine, la Regione Umbria ha disposto la cessione dei crediti con L.R. 27 aprile 2001 n. 14 *Bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2001 e bilancio pluriennale 2001-2003*. In relazione alle opportunità di mercato, e nel rispetto delle vigenti disposizioni di legge, la Giunta regionale è stata autorizzata a ricorrere alla cessione ad intermediari finanziari dei crediti della Regione, da realizzarsi anche mediante la cartolarizzazione dei crediti ai sensi della legge 30 aprile 1999, n. 130, determinando le condizioni e le modalità di massima delle operazioni e ponendo in essere tutte le procedure necessarie all'esecuzione.

La stessa norma è stata riprodotta negli anni successivi fino alla L.R. 13 aprile 2004 n. 4 *Bilancio di previsione annuale per l'esercizio finanziario 2004 e Bilancio pluriennale 2004-2006*.

DALLA CARTOLARIZZAZIONE DEI CREDITI ALLA CARTOLARIZZAZIONE IMMOBILIARE

La cartolarizzazione dei crediti è una tecnica finanziaria che si sostanzia nella conversione di crediti in emissioni obbligazionarie, attività finanziaria che consente lo smobilizzo e la conversione in titoli da collocare sul mercato dei capitali (8).

Essa assolve all'esigenza di procedere alla smobilizzazione dei propri crediti e consiste in un'operazione volta al reperimento, sul mercato dei capitali, di somme di danaro dirette a finanziare l'impresa titolare di un portafoglio crediti, o di altre attività di bilancio, in cambio della destinazione in via esclusiva di tale portafoglio alla soddisfazione del diritto degli investitori alla restituzione del capitale concesso a prestito, maggiorato degli interessi (9).

La cartolarizzazione dei crediti è un'operazione complessa, che coinvolge vari attori, generalmente secondo la seguente formula: il cedente (*originator*) trasferisce il suo portafoglio di prestiti da cartolarizzare ad una società esterna creata *ad hoc* denominata società veicolo (*Special Purpose Vehicle* – veicolo di destinazione speciale) che ha per unico oggetto sociale la gestione della operazione di cartolarizzazione; la SPV emette obbligazioni garantite dal valore capitale e dal flusso di interessi attesi sui crediti cartolarizzati e le colloca (direttamente o per il tramite di una banca di investimento) sul mercato; con il ricavato, la società paga all'*originator* i crediti acquistati. I pagamenti dei debitori principali sono utilizzati per corrispondere gli interessi ed il capitale agli investitori finali (10).

Mediante la SPV si separano patrimonialmente i crediti oggetto della cartolarizzazione dagli altri che rimangono nel portafoglio del cedente. Infatti il ruolo della SPV, nella sua duplice veste di cessionario del portafoglio crediti e di emittente dei titoli garantiti dal portafoglio medesimo, consiste essenzialmente nella funzione di "segregazione" o separazione patrimoniale del portafoglio crediti ceduti, separazione intesa a costituire il portafoglio crediti in garanzia esclusiva dei diritti dei portatori dei titoli emessi dalla SPV medesimo.

È insomma, uno strumento per realizzare in modo perfetto quella separatezza patrimoniale che, nel processo di cartolarizzazione, costituisce il fondamentale requisito per assicurare la tutela e, quindi, la fiducia dei risparmiatori e, più in generale, degli investitori nei titoli garantiti dal portafoglio così separato (11).

(8) I. BORRELLO, *op. cit.*, p. 133.

(9) G. GUERRIERI, *op. cit.*.

(10) I. BORRELLO, *op. cit.*, p. 133.

(11) C. RUCCELLAI, *op. cit.*, p. 644.

Le caratteristiche generali dell'istituto della cartolarizzazione sono disciplinate dalla legge 30 aprile 1999 n. 130 *Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti*.

Le maggiori novità contenute nella legge in esame consistono appunto nella individuazione della società veicolo (SPV), quale società cessionaria dei crediti detenuti dalle banche o da altre società cedenti, nella non applicazione alle emissioni di titoli effettuate da questa società veicolo delle disposizioni contenute nel codice civile agli art. 2410 e ss., nel peculiare regime applicabile in materia fallimentare ai pagamenti effettuati dai debitori ceduti ed alla operazione di cartolarizzazione nel suo complesso, oltre che nelle disposizioni di natura fiscale previste per questo tipo di operazione finanziaria.

L'art. 1 della legge in commento circoscrive l'ambito di applicazione della disciplina peculiare della legge 130/99 ad una fattispecie caratterizzata dai seguenti presupposti: *a)* che la cessione deve avere ad oggetto crediti pecuniari, sia presenti sia futuri (12); *b)* che il trasferimento avvenga a titolo oneroso; *c)* che la qualità di cessionaria deve essere assunta da una società avente le caratteristiche di cui all'art. 3 della legge; *d)* che il cessionario deve provvedere all'acquisto dei crediti grazie al finanziamento ricevuto in seguito all'operazione di emissione di titoli della stessa società o di altra società; *e)* che le somme pagate dai debitori ceduti all'atto della riscossione debbono essere destinate in via esclusiva al soddisfacimento dei portatori dei titoli.

In merito, si è avuto modo di sottolineare come la norma non abbia voluto dettare un modello "imperativo e rigido" di cartolarizzazione, ma che abbia inteso predisporre uno "schema-tipo" rimesso alla discrezionalità degli operatori, i quali vi possono ricorrere, solo se intendono profittare della disciplina di "favore" ivi indicata (13).

La conferma risiede nella stessa legge, che, all'art. 7, prevede forme differenziate di cartolarizzazione attraverso il ricorso a fondi comuni di investimento o al modello della *subparticipation*, dichiarando applicabile la disciplina "in quanto compatibile".

In tal modo sembra che il legislatore abbia voluto adottare come riferimento dell'intervento normativo le possibili e più diffuse tipologie di cartolarizzazione, ricercando criteri di compatibilità con l'esigenza primaria della tutela dei portatori dei titoli e del mercato (14).

(12) D. ARENA, *op. cit.*. Secondo l'autore *sul significato e sulla possibilità che i crediti futuri possano costituire oggetto di contrattazione vi è stata una lunga evoluzione giurisprudenziale; si può sintetizzare affermando che qualora per "futuro" si intenda qualcosa di semplicemente sperato, ciò non può formare oggetto di negozio giuridico. Nella nostra accezione il termine "futuri" si riferisce a quei rapporti di credito non ancora attuali, ma derivanti da rapporti giuridici già in atto e normalmente collegati a contratti di durata: come a dire che il credito è sì futuro, ma nasce da rapporti esistenti.*

(13) C. PROTO, *op. cit.*, p. 1173.

(14) G. FAUCEGLIA, *op. cit.*, p. 44.

In questo quadro devono essere inserite le “cartolarizzazioni pubbliche”, in rapporto di genere (la cartolarizzazione *ex* 130) a specie (la cartolarizzazione “pubblica”).

La tecnica della cartolarizzazione, nata per far fronte eminentemente ad esigenze di finanziamento delle imprese private, di natura finanziaria, commerciale o industriale, ha trovato nel nostro Paese un’ampia, crescente diffusione anche nel settore della pubblica amministrazione.

Ed anzi, come già abbiamo ricordato, la prima occasione nella quale il legislatore nazionale ha normato sulla cartolarizzazione, è stata per disciplinare un’operazione avente ad oggetto i crediti di un istituto previdenziale.

La legge 130/99 non pone limitazioni sotto il profilo soggettivo, per quanto concerne la figura del soggetto cedente, che ben potrebbe essere un ente o un’amministrazione pubblica.

Tuttavia l’introduzione di apposite previsioni normative per la regolamentazione delle operazioni di cartolarizzazione pubbliche, ha risposto all’interesse di disciplinare simili operazioni, e, pur richiamando la normativa della legge 130/99, se ne discosta, in ragione delle peculiarità proprie della natura pubblica dell’*originator*, e per consentire modalità operative non ammesse dalle regole generali.

La disciplina delle cartolarizzazioni pubbliche si qualifica, infatti, per presentare soluzioni e configurazioni tecniche più avanzate rispetto a quelle della legge 130/99: mi riferisco alla tipologia degli *assets* – i beni suscettibili di cartolarizzazione – all’estensione del patrimonio separato, all’organizzazione dei sottoscrittori dei titoli emessi per le operazioni in questione.

Il quadro normativo di riferimento della cartolarizzazione pubblica si mostra particolarmente articolato (se si considerano anche le disposizioni contenute nell’ambito della legislazione regionale) ed oggetto di ripetuti interventi di integrazione dell’ambito applicativo delle figure regolate.

Tuttavia, pur nella frammentazione di cui si è detto, è possibile cogliere, attraverso una lettura diacronica dell’evoluzione normativa in materia, le linee di un’ideale traiettoria di sviluppo della disciplina delle cartolarizzazioni pubbliche (15).

Le operazioni di cartolarizzazione pubbliche costituiscono, infatti, parte integrante di un disegno più ampio che coinvolge la riforma della contabilità dello Stato e la definizione di modalità più efficienti per la gestione dell’attivo patrimoniale pubblico.

Della specie cartolarizzazione pubblica è poi possibile scindere due diverse tipologie, a seconda del bene offerto in garanzia, sia esso diritto di credito o diritto di credito collegato ad un bene immobile.

Nel primo caso, quello più semplice e più vicino al prototipo della legge 130 (cartolarizzazione “pubblica” di un diritto di credito), le disposizioni di

(15) V. TROIANO, *op. cit.*, p. 89.

riferimento sono contenute negli artt. 13 e 15 della legge 448 del 1998, *Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo*.

L'art. 13 ha costituito il primo momento di emersione a livello normativo della tecnica della cartolarizzazione, consentendo la cessione, a titolo oneroso ed in massa, dei crediti contributivi vantati dall'INPS, già maturati o che maturassero entro un determinato periodo di tempo: attualmente si fa riferimento ai crediti che verranno a maturazione sino al 31 dicembre 2005. Nella prima formulazione dell'art. 13, il negozio di cessione, e gli effetti scaturenti da questo, venivano regolati mediante rinvio espresso alla disciplina della cessione di crediti di impresa di cui alla legge 21 febbraio 1991 n. 52, *Disciplina della cessione dei crediti di impresa*.

In origine la norma prevedeva che il cessionario fosse individuato tra banche ed intermediari finanziari e fosse a propria volta autorizzato a costituire una società per azioni avente quale oggetto esclusivo l'acquisto dei crediti INPS. Il modello introdotto contemplava i profili di struttura, ma non quelli funzionali dell'operazione: mancava ogni riferimento alle modalità per vincolare al servizio del rimborso dei sottoscrittori dei titoli i ricavi dei crediti ceduti, né erano previste forme di segregazione dei crediti stessi presso il cessionario.

Tali aspetti sono stati integrati dal d.l. 6 settembre 1999 n. 308, convertito con legge 5 novembre 1999 n. 402 *Disposizioni urgenti in materia di cessione e cartolarizzazione dei crediti INPS, nonché di società per la gestione dei rimborsi*. Si prevede ora la diretta cessione ad una società per azioni, avente ad oggetto esclusivo l'acquisto e la cartolarizzazione dei crediti INPS; questa società potrà finanziarsi, per esplicita previsione di legge, oltre che mediante emissione di titoli, mediante contrazione di prestiti.

Il successivo articolo 15 della 448/98 – sempre in materia di cartolarizzazione pubblica dei crediti – prevede più in generale l'operazione di cartolarizzazione dei crediti dello Stato e degli altri enti pubblici, non solo quelli dell'INPS. La norma ha subito diverse modifiche che hanno riguardato la rubrica della disposizione, che dimostra la mutazione funzionale che ha interessato tale previsione: si passa dall'iniziale *Società per la gestione dei rimborsi*, alla denominazione di *Società per l'acquisto e la cartolarizzazione dei crediti*, per poi giungere, con il d.l. 350/01, all'attuale formulazione di *Società per la cartolarizzazione*.

La disposizione dell'art. 15 viene creata per rendere maggiormente efficiente la gestione dei rimborsi d'imposta e contributivi mediante la costituzione di un'apposita società, la quale avrebbe potuto assicurare il pagamento di quanto dovuto per tali rimborsi mediante la riscossione dei crediti d'imposta e contributivi dello Stato e degli enti pubblici previdenziali dei quali si fosse resa cessionaria.

Il mutamento funzionale di questa disposizione si realizza con la legge 23 dicembre 2000 n. 388 *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (legge finanziaria 2001), all'art. 102, stabilendo che la società per azioni ha come oggetto esclusivo l'acquisto e la cartolarizzazione dei crediti di imposta e contributivi maturati e maturandi dallo Stato e dagli altri enti pubblici.

La tipizzazione della struttura per realizzare le operazioni di cartolarizzazione consentite dall'art. 15 avviene ad opera del d.l. 350/01 *Disposizioni urgenti in vista dell'introduzione dell'euro in materia di tassazione dei redditi di natura finanziaria, di emersione di attività detenute all'estero, di cartolarizzazione e di altre operazioni finanziarie* (conv. in legge 409/01)

Per quanto attiene alla tipologia dei beni oggetto di cartolarizzazione, l'art. 15 assimila ai crediti futuri i proventi di natura non tributaria appartenenti allo Stato; prevede espressamente che il patrimonio separato sia costituito dai crediti e dai proventi ceduti, nonché dai diritti acquisiti nell'ambito delle singole operazioni.

Nell'ambito di ciascuna operazione di cartolarizzazione viene precisato che delle obbligazioni assunte dalla società risponde esclusivamente il patrimonio separato; viene stabilito che la società per la cartolarizzazione possa finanziarsi non solo mediante l'emissione di titoli, ma anche tramite assunzione di finanziamenti.

La tipologia di operazione delineata dall'art. 15 (come recentemente modificato dall'art. 84, comma 9, della legge 27 dicembre 2002 n. 289 – Legge Finanziaria 2003, e dal d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito dalla legge 24 novembre 2003, n. 274) viene assunta a modello per le operazioni di cartolarizzazioni pubbliche di crediti (16).

Alla cartolarizzazione dei crediti si affianca un'altra specie di cartolarizzazione che ha ad oggetto i proventi derivanti dalla dismissione immobiliare del patrimonio pubblico.

Rispetto al prototipo normativo della legge 130 e rispetto a quello – più sopra delineato – della cartolarizzazione pubblica dei crediti, la cartolarizzazione immobiliare, che più propriamente interessa il presente scritto, ha ad oggetto un'obbligazione che è indirettamente garantita dalla presenza di un bene immobile.

La garanzia "indiretta" deriva dalla circostanza che non è il bene immobile a rappresentare il credito a monte del quale si pone l'operazione di *securitization*, ma gli utili derivanti dalla sua dismissione o dal suo godimento (affitto, locazione). Come correttamente è stato osservato la locuzione "cartolarizzazione immobiliare" costituisce una contraddizione in termini, giacché la *cartula*, ovvero sia il documento, può incorporare un credito, non un immobile (17).

La procedura della cartolarizzazione è stata utilizzata anche nell'ambito della privatizzazione del patrimonio immobiliare pubblico.

Più precisamente, attraverso la ricostruzione dell'evoluzione normativa, si cercherà di esaminare l'incidenza delle più recenti disposizioni rispetto al previgente regime.

(16) La legge finanziaria 2003 modifica l'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo: da un punto di vista oggettivo, oggetto delle cartolarizzazioni sono oltre che i crediti d'imposta e contributivi, anche altri crediti; sul versante soggettivo si ammette che possano assumere la qualifica di *originator*, oltre che lo Stato anche altri enti pubblici.

(17) TAMPONI, *op. cit.*, p. 531.

In linea generale (18), il primo intervento normativo in tema di dismissione dei beni immobiliari dello Stato è rappresentato dalla legge 25 gennaio 1992 n. 35 – *Conversione in legge del decreto-legge 5 dicembre 1991, n. 386, recante trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione di beni patrimoniali suscettibili di gestione economica* –, un intervento normativo che tuttavia non ha avuto un concreto seguito e che è stato assorbito dai successivi interventi della legge 23 dicembre 1996 n. 662 *Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*, e della legge 23 dicembre 1998 n. 448 *Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo*.

Nel frattempo, però, con particolare riguardo ai beni immobiliari degli enti previdenziali pubblici, il Governo ha introdotto, con il D.Lgs. 16 febbraio 1996 n. 104 – *Attuazione della delega conferita dall'art. 3, comma 27, della legge 8 agosto 1995, n. 335, in materia di dismissioni del patrimonio immobiliare degli enti previdenziali pubblici e di investimenti degli stessi in campo immobiliare* – una specifica disciplina sulla gestione di detti beni, sulle forme del trasferimento della proprietà degli stessi, e sulle forme di realizzazione di nuovi investimenti immobiliari secondo principi di trasparenza, economicità e congruità di valutazione economica.

Con la legge 23 dicembre 1996 n. 662 sono state disciplinate in linea generale le modalità di attuazione dei programmi di dismissione del patrimonio immobiliare pubblico, secondo i principi inderogabili previsti all'art. 3, comma 109, della stessa legge.

Durante la fase di attuazione delle disposizioni di cui al D.Lgs. 104/96, è entrato in vigore il d.l. 28 marzo 1997 n. 79 (convertito in legge 28 maggio 1997 n. 140), con il quale il Governo, ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di adottare misure per il riequilibrio finanziario del bilancio e per il contenimento del disavanzo pubblico, aveva previsto che il Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale, di concerto con il Ministro del Tesoro, avrebbe dovuto provvedere, entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto legge, a definire i criteri per la stima del valore commerciale del predetto programma sulla base di valutazioni di mercato, relative ad immobili aventi analoghe caratteristiche, ad individuare i beni oggetto di dismissione, ed a definire uno schema-tipo di contratto d'acquisto dei predetti beni, e ad individuare il soggetto disponibile ad acquistare il compendio dei beni appartenenti a ciascun ente interessato.

Più precisamente, l'art. 7 della legge 140/97 si era limitato a stabilire che il soggetto acquirente si sarebbe dovuto impegnare, nel caso avesse proceduto a vendita frazionata degli immobili così acquistati, a garantire il rispetto del diritto di prelazione degli eventuali conduttori secondo i criteri di cui all'art. 6 del D.Lgs. 104/96, ed all'art. 3, comma 109 della legge 662/96, con la conseguenza che, di fatto, il diritto di prelazione sembrava condizionato ad un evento incerto nell'*an* e nel *quando*.

(18) Per la ricostruzione normativa cfr. R. COLAGRANDE, *op. cit.*, p. 242 e ss..

Anche le successive integrazioni apportate dall'art. 2, comma 1, della legge 488/99 *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge finanziaria 2000)* non hanno contribuito a chiarire la posizione degli inquilini coinvolti nel programma straordinario.

Nell'incertezza derivante all'interpretazione delle disposizioni susseguite nel tempo in punto di configurazione dei diritti di opzione e di prelazione nell'ambito del piano straordinario di dismissione, con D.M. 27 settembre 2000 del Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale, di concerto con il Ministero del tesoro, del bilancio e della Programmazione Economica, si è inteso sostituire il criterio di individuazione dei beni immobili da dismettere con la disciplina straordinaria già individuata con il D.M. 16 marzo 2000, e si è inteso stabilire le specifiche modalità di vendita degli stessi beni.

A distanza di circa un anno dall'adozione del decreto interministeriale che regolava la vendita immobiliare pubblica, il Governo è intervenuto con il d.l. 351/01, conv. in legge 410/01, recante *Disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare*.

Con tale legge è stata introdotta una nuova disciplina organica per la ricognizione, la privatizzazione e la cessione del patrimonio immobiliare pubblico.

La prima e più importante differenza della legge 410/01 rispetto alla legge 130/99 consiste nella possibilità di cedere alle società veicolo, costituite ai fini della realizzazione dell'operazione di cartolarizzazione, non solo i crediti di cui sia titolare l'*originator* (in questo caso lo Stato o altro ente pubblico) ma gli immobili di proprietà di quest'ultimo.

A questo fine la legge contempla una specifica procedura per l'individuazione degli immobili oggetto di cessione, e dunque di cartolarizzazione, stabilendo all'art. 3, comma 1, che l'inclusione di tali beni nel decreto del Ministero dell'Economia e delle finanze, produce il passaggio dei beni al patrimonio disponibile.

Il programma di alienazione del patrimonio immobiliare pubblico si articola in due tipologie di operazioni:

1) la cessione dei beni ad una o più società appositamente costituite (le società veicolo), che finanziano l'acquisto attraverso una o più operazioni di cartolarizzazione e versano l'importo raccolto con tale operazione a titolo di prezzo iniziale ai proprietari cedenti;

2) come alternativa alla cartolarizzazione, l'apporto dei beni pubblici ad uno o più fondi comuni di investimento immobiliare, destinando allo Stato ed agli enti pubblici cedenti i proventi delle operazioni di collocamento delle quote dei fondi medesimi.

Il punto che interessa questa ricerca è la prima tipologia.

L'art. 1 della legge 410/01 disciplina una nuova procedura volta ad accelerare l'individuazione dei beni, che fanno parte del patrimonio immobiliare dello Stato e che possono essere alienati.

In questa prima fase – in cui non è prevista la partecipazione di intermediari finanziari – vi è l'attività di ricognizione del patrimonio immobiliare

pubblico a cura dell'Agazia del Demanio: ad essa è demandato il compito di individuare, mediante appositi decreti dirigenziali, i beni immobili dello Stato, distinguendoli tra beni demaniali, beni disponibili ed indisponibili, al fine di procedere al riordino, alla gestione e alla valorizzazione del patrimonio immobiliare dello Stato. I decreti dell'Agazia del Demanio, da pubblicare nella *Gazzetta Ufficiale*, hanno effetto dichiarativo della proprietà, in assenza di precedenti trascrizioni, e producono gli effetti previsti dall'articolo 2644 del codice civile (effetti della trascrizione), nonché effetti sostitutivi dell'iscrizione del bene in catasto.

A differenza della legge 130/99, che non specifica quale forma giuridica debba assumere la SPV, la normativa in esame, all'art. 2, recita che il Ministro dell'Economia e delle Finanze è autorizzato a costituire una o più società a responsabilità limitata con capitale iniziale di 10.000 euro.

La società che realizza la cartolarizzazione deve essere iscritta nell'elenco generale degli intermediari finanziari, di cui all'art. 106 del T.U.B..

Un'ulteriore novità rispetto alla legge 130/99 è rappresentata dalla previsione della possibilità di costituire o di promuovere la costituzione della società anche attraverso soggetti terzi (il caso, ad esempio, dei crediti INPS), pur ammettendosi l'ipotesi di una costituzione per atto unilaterale del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

I beni acquisiti dalle società veicolo, nonché ogni altro diritto acquisito nell'ambito dell'operazione di cartolarizzazione, costituiscono "patrimonio separato".

Tale principio corrisponde al c.d. principio della "segregazione" già contenuto nell'art. 3, comma 2, della legge 130/99, il cui fine è tutelare, più che la società veicolo, i soggetti coinvolti nell'operazione in qualità di acquirenti dei titoli ovvero finanziatori dell'operazione o di qualunque altro creditore nell'ambito di ciascuna operazione.

La legge chiarisce che delle obbligazioni nei confronti dei portatori dei titoli e dei concedenti i finanziamenti risponde esclusivamente il patrimonio separato con i beni ed i diritti acquisiti.

Sotto il profilo del rimborso dei titoli emessi dalla società veicolo, la cartolarizzazione, così come è disciplinata dalla legge 410/01, differisce, rispetto al prototipo della 130, per il fatto che il rimborso è legato alla realizzazione delle procedure di vendita dei beni immobiliari.

Da parte di alcuni si è notato che le procedure di vendita presentano caratteristiche di aleatorietà, sia nel *quantum*, sia nel tempo, rispetto al caso in cui l'ammortamento dei titoli è connesso unicamente all'incasso dei crediti (19). Ad avviso di chi scrive – al contrario – rispetto ad una "comune" operazione di cartolarizzazione collegata – ad esempio – a crediti incagliati di una banca (statisticamente è l'opzione più diffusa), la cartolarizzazione immobiliare pubblica ex 410 genera maggior tutela per l'obbligazionista, che

(19) D. ARENA, *op. cit.*, p. 1094 ss.

ha prestato liquidità ad una SPV proprietaria non solo del credito derivante dalla vendita futura, ma dello stesso immobile.

Come si è già detto la differenza sostanziale rispetto all'archetipo di cartolarizzazione previsto dalla legge 130/99 risiede nella circostanza che nel caso della legge 410/01 alla società veicolo si trasferiscono a titolo oneroso immobili e non (solo) crediti, e si cartolarizzano i proventi della loro gestione e vendita.

La diversa natura del bene trasferito provoca da un lato un ampliamento del ruolo svolto dalla società veicolo e dall'altro una maggior tutela per l'obbligazionista. Nel caso della cartolarizzazione dei crediti, essa ha il compito di rendersi cessionaria di crediti e di provvedere a soddisfare le ragioni dei sottoscrittori dei titoli emessi per finanziare l'operazione attraverso la loro gestione e riscossione; nel caso di cartolarizzazione immobiliare pubblica, la società veicolo ha, invece, il compito di rendersi cessionaria di immobili da gestire e vendere, dovendo provvedere a soddisfare i diritti dei portatori dei titoli emessi per finanziare l'operazione, attraverso la gestione e la riscossione dei proventi derivanti dalla vendita di quegli immobili.

C'è dunque solo un passaggio in più: passaggio che la società per la cartolarizzazione deve porre in essere per trasformare i beni di cui si è resa cessionaria nei proventi cartolarizzati.

Si può quindi affermare che la cartolarizzazione è realizzabile attraverso il trasferimento di un bene la cui natura non è rilevante e che in ogni caso il trasferimento non è casualmente autonomo, ma è funzionale alla realizzazione dell'operazione (20).

Non risulta pertanto alterato lo schema dell'operazione, che rimane lo stesso sia nella cartolarizzazione dei crediti sia in quella degli immobili seppur con le riportate precisazioni.

In applicazione della legge 410/01, sono state realizzate 2 operazioni di cartolarizzazione utilizzando patrimoni segregati della medesima società (S.C.I.P. Società Cartolarizzazione Immobili Pubblici S.r.l.) nel prosieguo indicate come SCIP 1 e SCIP 2 per brevità). Le operazioni sono state concluse rispettivamente il 21 dicembre 2001 ed il 4 dicembre 2002.

I dati seguenti sono tratti dalla relazione al Parlamento sulle operazioni di cartolarizzazione dei proventi da dismissione del patrimonio immobiliare pubblico del secondo semestre 2002.

In attuazione alla legge 410/01 sono state fatte due operazioni denominate SCIP 1 e SCIP 2.

Nell'operazione Scip 1, sette enti previdenziali pubblici (ENPALS, INAIL, INPDAL, INPDAP, INPS, IPOST ed IPSEMA) hanno ceduto alla S. 27.250 unità ad uso prevalentemente residenziale e ad un consorzio per i 262 immobili ad uso prevalentemente commerciale per un valore lordo complessivo (confermato *ex-post* da un primario valutatore immobiliare, come imposto dalle agenzie di *rating*) pari, al netto degli sconti massimi previsti per legge, a 3,83

(20) L. CAROTA, *op. cit.*, p. 801.

mldi di euro. La gestione degli immobili fino alla rivendita è stata affidata ai precedenti proprietari mentre la vendita è stata attribuita ai precedenti proprietari per gli immobili ad uso prevalentemente abitativo e ad un consorzio per i 262 immobili ad uso commerciale. Quest'ultimo consorzio era già stato designato dal MLPS quale *advisor* per la vendita. Il relativo contratto è stato mantenuto sostanzialmente inalterato. La remunerazione degli enti previdenziali è su base commissionale e parametrata agli effettivi risultati di vendita mentre la gestione è remunerata in percentuale agli affitti percepiti. A fronte della cessione degli immobili, SCIP ha corrisposto agli enti venditori il ricavo, al netto delle spese, di due emissioni di titoli, entrambe con *rating* triplo A da 3 agenzie di *rating* rispettivamente di 1 ed 1,3 miliardi di euro. Per entrambe le serie, la scadenza legale (data ultima per il rimborso nella previsione delle agenzie di *rating*) è stata fissata al dicembre 2005. La scadenza attesa è stata invece fissata rispettivamente al 21 dicembre 2002 e 21 dicembre 2003. La remunerazione per gli investitori è stata determinata in base alle richieste degli investitori rispettivamente nello 0,17% e 0,22% di maggiorazione sul tasso interbancario Euribor. L'operazione è stata strutturata e collocata da un consorzio formato da Banca IMI, Banca Intesa, Deutsche Bank e Lehman Brothers.

Con l'operazione SCIP 2, sette enti previdenziali pubblici (ENPALS, INAIL, INPDAL, INPDAP, INPS, IPOST ed IPSEMA) e lo Stato hanno ceduto alla SCIP 53.241 unità ad uso residenziale e 9.639 unità ad uso commerciale per un valore lordo complessivo (determinato dall'Agenzia del Territorio e confermato da un primario valutatore immobiliare, come imposto dalle agenzie di *rating*) pari, al netto degli sconti massimi previsti per legge, a circa 7,79 miliardi di euro. Con l'operazione SCIP 2 è stata di fatto privatizzata la totalità degli immobili ad uso residenziale degli enti previdenziali coinvolti.

La gestione degli immobili fino alla rivendita è stata affidata ai precedenti proprietari mentre la vendita è stata attribuita ai precedenti proprietari per gli immobili ad uso prevalentemente abitativo (all'Agenzia del Demanio per gli immobili precedentemente dello Stato) ed ad un consorzio per gli immobili ad uso commerciale. La remunerazione dei venditori è su base commissionale e parametrata agli effettivi risultati di vendita mentre la gestione è remunerata in percentuale agli affitti percepiti. A fronte della cessione degli immobili, SCIP ha corrisposto ai soggetti venditori il ricavo, al netto delle spese, di cinque emissioni di titoli, di totali euro 6.637 milioni con *rating* triplo A (euro 5.216 milioni), doppio A (euro 858 milioni) e singolo A (euro 536 milioni) da 3 agenzie di *rating*.

LE FASI ED I PROTAGONISTI DELL'OPERAZIONE

La legge 410 prevede che, per procedere al riordino, gestione e valorizzazione del patrimonio immobiliare dello Stato, l'Agenzia del demanio, con propri decreti dirigenziali, individuali, sulla base e nei limiti della documentazione esistente presso gli archivi e gli uffici pubblici, i singoli beni, distinguendo tra beni demaniali e beni facenti parte del patrimonio indisponibile e disponibile. I decreti hanno effetto dichiarativo della proprietà, in assenza di precedenti trascrizioni, e producono gli effetti previsti dall'articolo 2644 del codice civile, nonché effetti sostitutivi dell'iscrizione del bene in catasto.

Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato a costituire o a promuovere la costituzione, anche attraverso soggetti terzi, di più società a responsabilità limitata con capitale iniziale di 10.000 euro, aventi ad oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato e degli altri enti pubblici.

Le società possono essere costituite anche con atto unilaterale del Ministero dell'economia e delle finanze; non si applicano in tale caso le disposizioni previste dall'articolo 2497, secondo comma, del codice civile. Delle obbligazioni nei confronti dei portatori dei titoli e dei concedenti i finanziamenti, nonché di ogni altro creditore nell'ambito di ciascuna operazione di cartolarizzazione, risponde esclusivamente il patrimonio separato.

Il Ministro dell'economia e delle finanze riferisce al parlamento ogni 6 mesi, a decorrere dalla data di costituzione delle società di cui al presente comma, sui risultati economico-finanziari conseguiti.

Le società costituite ai sensi del comma 1 effettuano le operazioni di cartolarizzazione, anche in più fasi, mediante l'emissione di titoli o l'assunzione di finanziamenti. Per ogni operazione sono individuati i beni immobili destinati al soddisfacimento dei diritti dei portatori dei titoli e dei concedenti i finanziamenti. I beni così individuati, nonché ogni altro diritto acquisito nell'ambito dell'operazione di cartolarizzazione, dalle società ivi indicate nei confronti dello Stato e degli altri enti pubblici o di terzi, costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello delle società stesse e da quello relativo alle altre operazioni. Su ciascun patrimonio separato non sono ammesse azioni da parte di qualsiasi creditore diverso dai portatori dei titoli emessi dalle società ovvero dai concedenti i finanziamenti da esse reperiti.

All'art. 3 della medesima legge vengono esplicate le modalità di cessione degli immobili.

In particolare, i beni immobili individuati possono essere trasferiti a titolo oneroso alle società di cartolarizzazione con uno o più decreti di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, da pubblicare nella *Gazzetta Ufficiale*. L'inclusione nei decreti produce il passaggio dei beni al patrimonio disponibile. Con gli stessi decreti sono determinati:

- il prezzo iniziale che le società corrispondono a titolo definitivo a fronte del trasferimento dei beni immobili e le modalità di pagamento dell'eventuale residuo, che può anche essere rappresentato da titoli;

- le caratteristiche dell'operazione di cartolarizzazione che le società realizzano per finanziare il pagamento del prezzo. All'atto di ogni operazione di cartolarizzazione è nominato un rappresentante comune dei portatori dei titoli, il quale, oltre ai poteri stabiliti in sede di nomina a tutela dell'interesse dei portatori dei titoli, approva le modificazioni delle condizioni dell'operazione;

- l'immissione delle società nel possesso dei beni immobili trasferiti;

- la gestione dei beni immobili trasferiti e dei contratti accessori, da regolarsi in via convenzionale con criteri di remuneratività;

- le modalità per la valorizzazione e la rivendita dei beni immobili trasferiti.

Per quanto concerne i beni immobili di enti pubblici soggetti a vigilanza di altro Ministero, i decreti del Ministro dell'economia e delle finanze sono adottati di concerto con il Ministro vigilante. Per i beni dello Stato di particolare valore artistico e storico i decreti del Ministro dell'economia e delle finanze sono adottati di concerto con il Ministro per i beni e le attività culturali.

Fino alla rivendita dei beni immobili trasferiti i gestori degli stessi sono responsabili a tutti gli effetti ed a proprie spese per gli interventi necessari di manutenzione ordinaria e straordinaria, nonché per l'adeguamento dei beni alla normativa vigente.

Per tutte le modalità di determinazione del prezzo, del diritto di opzione e di prelazione si rinvia alla norma precedentemente richiamata.

Analizzeremo la struttura dell'operazione come delineata dalla legge 130/99, perché la legge 410/01 rinvia ad essa per tutto ciò non espressamente previsto nella stessa.

Abbiamo detto che la legge 130/99 non dà una definizione delle operazioni di cartolarizzazione, ma stabilisce le condizioni in presenza delle quali alle operazioni di cessione dei crediti, attuate mediante "cartolarizzazione" possano e debbano essere applicate le disposizioni della legge stessa (21).

Il legislatore non si limita ad indicare l'oggetto della cessione, ma prevede espressamente le caratteristiche del cessionario e l'ulteriore presupposto dell'obbligo di quest'ultimo di destinare le somme corrisposte dal debitore o dai debitori ceduti in via esclusiva al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi, dalla stessa o da altre società, per finanziare l'acquisto dei crediti, nonché al pagamento dei costi della operazione.

Il fulcro dell'intera operazione di cartolarizzazione è rappresentato dalla "società per la cartolarizzazione dei crediti", disciplinata dall'art. 3 della legge.

Il ruolo della SPV consiste essenzialmente nella *funzione di segregazione* o separazione patrimoniale del portafoglio dei crediti ceduti, separazione intesa a costituire il portafoglio crediti in garanzia esclusiva dei diritti dei portatori dei titoli emessi dalla SPV medesima.

La legge 130/99 non fornisce alcuna espressa indicazione circa la possibilità o meno per i creditori cosiddetti riservatari, e cioè quelli legittimati a soddisfarsi in via esclusiva sui crediti cartolarizzati e sulle somme corrisposte a pagamento degli stessi, di estendere la loro azione esecutiva anche sul residuo patrimonio del debitore (società per la cartolarizzazione).

Di conseguenza non a tutti è sembrato possibile qualificare la situazione di separazione prevista dalla legge in esame come una forma di vera "segregazione", caratterizzata dalla c.d. "incomunicabilità bidirezionale" fra il patrimonio separato ed il soggetto che ne è titolare (22).

(21) C. PROTO, *op. cit.*, p. 1173.

(22) L. CAROTA, *Le operazioni di cartolarizzazione relative agli immobili pubblici*, in *Contratto e Impresa* 2/2003, p. 796.

Secondo un'interpretazione restrittiva e puramente letterale della legge 130/99, alcuni interpreti ne deducono che i crediti, i titoli e le somme liquide che la società di cartolarizzazione acquista, investe e disinveste nella gestione di questo patrimonio separato, *non* farebbero parte del patrimonio separato e sarebbero pertanto inopponibili e quindi attaccabili anche da terzi creditori diversi dai portatori dei titoli e dagli altri soggetti partecipanti all'operazione (23).

Tuttavia le successive leggi del 23 novembre 2001 n. 409 e 410 (di conversione dei d.l. 25 settembre 2001 n. 350 e 351) fanno espresso riferimento, come parte integrante del patrimonio separato, anche ad *ogni altro diritto acquisito nell'ambito dell'operazione di cartolarizzazione*.

Questa recente precisazione legislativa non è stata peraltro recepita dalla pratica come strumento di interpretazione della legge n. 130/99. Si è anzi ritenuto di argomentare, *a contrario*, che proprio perché la legge 130, a differenza delle leggi n. 409 e 410 del 2001, non contiene il citato riferimento estensivo, essa sarebbe da interpretare restrittivamente, nel senso cioè di limitare la nozione e gli effetti del patrimonio separato esclusivamente ai suoi componenti originari – i crediti ceduti e le somme corrisposte dai debitori ceduti – ai quali la stessa legge 130/99 fa specifico riferimento.

Secondo questa tesi i beni – quali i crediti della società di cartolarizzazione verso soggetti terzi (diversi dai debitori ceduti) e le somme liquide ed i titoli a breve – *non* farebbero parte pertanto del patrimonio separato.

Tuttavia la nozione giuridico – finanziaria di patrimonio non si cristallizza certo negli elementi costitutivi iniziali del patrimonio stesso, così come conferiti al gestore, ma si estende necessariamente a tutti quei beni in cui gli elementi costitutivi originari del patrimonio necessariamente si trasformano nel corso della gestione (24).

Ridurre il concetto di patrimonio separato ai suoi soli componenti iniziali, solo perché la legge 130/99 fa letterale espresso riferimento a questi componenti iniziali, vanifica lo scopo stesso della separatezza patrimoniale e della gestione del patrimonio separato.

Affinché questo principio della separazione patrimoniale sia effettivamente realizzato, alla SPV dovrebbe essere impedito di svolgere un'attività imprenditoriale sua propria – come abbiamo precedentemente sostenuto (25) –, il che non è sfuggito al legislatore che, non a caso, all'art. 3, comma 3, della legge prevede l'inapplicabilità alla SPV del requisito della capitalizzazione previsto dall'art. 106, comma 3, lettera c), del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (D.Lgs. 385/1993) (26).

(23) C. RUCELLAI, *Cartolarizzazione e tutela del mercato*, in G. MORBIDELLI, *Cartolarizzazione. Aspetti teorici e applicazione pratica*, op. cit., p. 14.

(24) C. RUCELLAI, op. cit., p. 15.

(25) Vedi *supra* “Dalla cartolarizzazione dei crediti alla cartolarizzazione immobiliare”.

In particolare, con Provvedimento del 23 agosto 2000, il Governatore della Banca d'Italia ha stabilito che la SPV dovrà essere iscritta nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del T.U.B. (27), che prevede l'assoggettamento alla vigilanza prudenziale della Banca d'Italia, avente ad oggetto, tra l'altro, l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, l'organizzazione contabile-amministrativa, ed i controlli interni del soggetto vigilato.

La portata dei poteri di vigilanza della Banca d'Italia derivanti dall'iscrizione dell'elenco speciale di cui all'art. 107, comma 3, T.U.B., appare quanto meno sproporzionata rispetto alle caratteristiche ed alle finalità della società di cartolarizzazione (28).

Per quanto riguarda la disciplina, le modalità e l'efficacia della cessione, l'art. 4 non fa alcun cenno alla natura della cessione stessa, se questa debba avvenire *pro soluto* o *pro solvendo*.

Tuttavia appare evidente che la finalità principale dell'operazione richieda che si tratti di una cessione *pro soluto*, in cui il rischio di insolvenza del debitore ceduto si trasferisce sul cessionario (29).

Il legislatore si limita a prevedere che l'operazione abbia riguardo ad una cessione di crediti pecuniari, sia esistenti sia futuri, evidentemente postulando che per i crediti in questione la "pecuniarietà" sussista fin dall'origine (30).

I crediti in questione devono essere presenti o futuri: a quest'ultimo riguardo, si è posto il problema se ai fini della determinazione del carattere "futuro" del credito si possa far riferimento alle disposizioni di cui all'art. 3 della legge 21 febbraio 1991 n. 52 *Disciplina della cessione dei crediti di impresa* (art. 3 *Cessione di crediti futuri e di crediti in massa*).

Con riferimento alle cessioni di crediti futuri, occorre premettere che la norma di riferimento è contenuta, oltre che nell'art. 1348, anche nell'art. 1346 codice civile, che richiede il requisito della determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto. La giurisprudenza ha ritenuto che per il requisito della determinabilità del credito occorra, quanto meno, che al momento della cessione esista già il rapporto specifico dal quale traggono origine i crediti (31).

(26) Questa norma subordina l'iscrizione nell'elenco degli intermediari finanziari ad un capitale sociale versato non inferiore a cinque volte il capitale minimo previsto per la costituzione delle società per azioni.

(27) Il D.M. 4 aprile 2001 del Ministero del tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica, ha espressamente incluso le società per la cartolarizzazione dei crediti – non solo quelle di cui all'art. 3 della legge 130/99, ma anche quelle istituite ai sensi delle leggi speciali – tra gli intermediari finanziari soggetti in ogni caso all'obbligo di iscrizione nell'elenco speciale.

(28) Per un esame più approfondito si veda A. GIANNELLI, *La società per la cartolarizzazione dei crediti: questioni regolamentari e profili di diritto societario e dell'impresa*, in *Rivista delle società*, n. 4/2002, p. 924.

(29) D. ARENA, *op. cit.*, p. 1086.

(30) A. U. PETRAGLIA, *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti: brevi riflessioni*, in *Corriere Giuridico*, 1999, p. 1072.

(31) Vedi, *ex plurimis*, Cass. 5 giugno 1978 n. 2798.

Più recentemente, si è ritenuta valida la cessione del credito sperato, nella quale venga indicato l'ammontare del credito, oltre che il debito ceduto ed il tempo in cui presumibilmente il credito verrà ad esistenza (32).

L'art. 3 della legge 52/91 comporta una deroga a questo principio stabilendo espressamente che la cessione in massa di crediti futuri si considera con oggetto determinato se indicato il debitore ceduto e purché relativa a crediti derivanti da contratti che il cedente stipulerà con il debitore ceduto entro ventiquattro mesi dalla data della cessione.

In quest'ultima ipotesi si cedono crediti senza che neppure sia stato stipulato il negozio dal quale dovrebbero sorgere: si cede, in altri termini una mera speranza di credito.

Si manifesta il problema di stabilire se alle cessioni di crediti in massa futuri, finalizzate alla realizzazione di un'operazione di cartolarizzazione, si debba applicare, in ordine al requisito di determinabilità dell'oggetto, la normativa civilistica o quella prevista per le operazioni di *factoring*.

Secondo autorevole dottrina la nozione di crediti futuri desumibile dalla legge 52/91 non può essere applicata alla cessione di cui alla legge sulla cartolarizzazione (33).

Nello stesso senso altra dottrina afferma che la cessione di cui alla disciplina sulla cartolarizzazione comprenderebbe soltanto i crediti futuri derivanti da rapporti esistenti, essendo inadeguata a ricomprendere i crediti futuri derivanti da rapporti non ancora sorti nell'accezione della legge sul *factoring* (34).

Al riguardo il Ministero del Tesoro (35) ha precisato che "per crediti futuri si intendono i crediti non ancora esistenti in quanto generabili nel normale esercizio dell'attività del cedente".

È evidente l'ampliamento introdotto da questa normativa secondaria, ai fini delle operazioni di cartolarizzazione, rispetto alla definizione di credito futuro elaborata dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione e delle corti di merito, ed anche rispetto alla definizione di credito futuro contenuta nella legge 52/91 sul *factoring*.

È evidente, del pari, che questo ampliamento normativo della nozione tradizionale di credito futuro è stato introdotto allo scopo specifico di consentire la cartolarizzazione su base "revolving" o rotativa anche ai sensi della legge 130/99.

Un ulteriore requisito è quello della individuabilità in blocco dei crediti pecuniari ceduti.

Trattasi di requisito che viene definito dallo stesso decreto del Ministero del Tesoro come "l'insieme di crediti pecuniari individuabili sulla base di criteri predeterminati e tali da assicurare l'omogeneità giuridico-finanziaria degli stessi".

(32) Cass., 8 maggio 1990 n. 4040.

(33) Per le motivazioni, vedi C. PROTO, *op. cit.*, p. 1178.

(34) A. U. PETRAGLIA, *op. cit.*, p. 1072.

(35) Decreto del Ministero del Tesoro del 4 aprile 2001 *cit.*

Purtroppo questa definizione non contribuisce a determinare, né a chiarire, il campo dei crediti cartolarizzabili.

La questione principale è quella di stabilire se questo requisito dell'individuabilità in blocco sia da intendersi come rigorosamente obiettivo, nel senso di richiedere la cessione di tutti i crediti che corrispondono alle caratteristiche individuate e che assicurano l'omogeneità giuridico-finanziaria del blocco, o se possa intendersi anche come soggettivo, nel senso di consentire al cedente di scegliere quali crediti cedere tra quelli che corrispondono alle caratteristiche individuate.

La stessa Banca d'Italia, ancorché informalmente sembri propendere per la seconda alternativa, non ha preso alcuna posizione scritta, ufficiale od ufficioso, al riguardo.

È pertanto escluso che il cedente, o chiunque altro, possa fornire garanzie contrattuali in merito al soddisfacimento di questo requisito, come invece troppo spesso pretendono, con una certa insensibilità giuridica, alcune agenzie di *rating*, riconoscendo che tale insensibilità è favorita da una formulazione normativa non felice e restrittiva (36).

La legge 130/99, nulla disponendo in ordine alla "qualità" dei crediti oggetto della cessione, implicitamente ammette la cartolarizzazione dei crediti in sofferenza (37) – di difficile esazione –, che rappresenta, in verità, una peculiarità tutta italiana nell'ampio panorama internazionale della *securitization*, utilizzata non solo dalle banche, ma pure dagli enti pubblici, con la predisposizione di normative di favore emanate *ad hoc* (vedi la cartolarizzazione dei crediti INPS ed INAIL) (38).

L'operazione di cartolarizzazione può essere utilizzata come strumento, ad esempio, per la collocazione sul mercato dei titoli derivanti dal *project financing* come disciplinato dalla legislazione sui lavori pubblici (Merloni *ter*), oppure per la cartolarizzazione del trattamento di fine rapporto dei lavoratori dipendenti delle aziende private, o per facilitare le operazioni di dismissione dei patrimoni immobiliari degli enti pubblici.

Per quanto concerne in particolare la cessione dei crediti della P.A., non è dato riscontrare alcuna incompatibilità con l'art. 8 della legge 140/97 *Misure urgenti per il riequilibrio della finanza pubblica*, disciplinante il c.d. "factoring pubblico", in considerazione della diversa funzione di questa norma la quale è fundamentalmente finalizzata a consentire un recupero più celere, da parte della P.A., dei propri crediti liquidi ed esigibili, ricorrendo ad intermediari specializzati (39).

Non sembra che la cessione dei crediti della P.A. debba essere giocoforza disciplinata da provvedimenti di legge *ad hoc*, a meno che non s'intenda

(36) C. RUCELLAI, *Cartolarizzazione e tutela del mercato*, in *Cartolarizzazione, Aspetti teorici e applicazione pratica*, a cura di G. Morbidelli, *op. cit.*, p. 13.

(37) A. U. PETRAGLIA, *op. cit.*, p. 1071, nota 4, "sono già stati oggetto di cartolarizzazione crediti ipotecari in sofferenza del S. Paolo –IMI, del Banco di Sardegna".

(38) G. FAUCEGLIA, *op. cit.*, p. 49.

(39) A. U. PETRAGLIA, *op. cit.*, p. 1073.

espressamente derogare ad altre particolari disposizioni di legge dettate in materia, com'è di recente avvenuto per la prima cartolarizzazione codificata nel nostro paese (quella dei crediti INPS) con l'art. 13 della legge 448/98, ove si è derogato sia al citato art. 8 della legge 140/97, sia agli artt. 1264 e ss., sia all'art. 111 c.p.c..

Appare utile riportare il quadro delle operazioni e dei soggetti che compongono il processo di cartolarizzazione dei crediti.

I soggetti che in ipotesi possono essere coinvolti nel processo di *securitization*, possono divenire numerosi, anche in relazione alle esigenze particolari che in ciascuna operazione può manifestarsi e alle capacità "creative" espresse nella costruzione delle stesse:

- Agenzia di *rating*;
- Garante, che presta eventuali garanzie assicurative collaterali;
- Assicuratore, che interviene per coprire alcuni possibili rischi finanziari;
- *Merchant bank*, che fornisce la consulenza per la costruzione dell'operazione e si occupa del classamento dei titoli;
- *Trustee*, soggetto che rappresenta i portatori dei titoli e garantisce il corretto comportamento dell'S.P.V. emittente attraverso la possibilità di effettuare dei controlli e dare direttive, nonché, in alcuni casi, di sostituirsi al *Servicer*;
- *Sponsor*, che fornisce il proprio ausilio nella quotazione degli A.B.S. in un mercato regolamentato;
- *Conduit bank*, che si interpone tra l'S.P.V. cessionario e l'S.P.V. emittente per evitare problemi fiscali;
- *Servicer*, che può essere lo stesso *Originator*, incaricato di incassare ed amministrare i crediti ceduti, nonché di recuperare i crediti nel caso di inadempimento del debitore;
- *Back up servicer*, che subentra in tempi rapidissimi al *Servicer* nel caso in cui si verifichi un *Servicer Termination Event* (ad es. fallimento);
- *Liquidity Provider*, che anticipa al cessionario la liquidità necessaria per il pagamento puntuale dei flussi necessari a fronteggiare le scadenze degli A.B.S., nel caso in cui vi siano ritardi negli incassi dei flussi finanziari relativi al portafoglio crediti;
- *Swap provider*, che fornisce all'S.P.V. le opzioni che consentono a quest'ultimo di proteggersi dai rischi di variazione dei tassi di interesse e di cambio;
- Collocatore, che si occupa del collocamento dei titoli.

L'*Arranger* è quel soggetto che cura la "costruzione" dell'operazione di cartolarizzazione. Si tratta spesso di una società finanziaria o una banca che espleta la funzione di *merchant bank*, oppure una SIM o una società di consulenza finanziaria. Quasi sempre, pertanto, si tratta quindi di un soggetto sottoposto a vigilanza.

L'*Arranger* cura spesso anche altre attività che rientrano nel quadro della cartolarizzazione: il collocamento sul mercato, la quotazione in borsa dei titoli e la loro sponsorizzazione. Normalmente interviene anche per realizzare le tecniche di *credit enhancement*, volte a rendere le caratteristiche dei titoli da emettere più aderenti alle esigenze del mercato.

La figura dell'*Arranger* non è disciplinata dalla legge 130/99 ma, a seconda della sua natura giuridica (SIM, banca), dalla normativa che regola il settore di appartenenza (rispettivamente Testo Unico sull'intermediazione finanziaria e Testo Unico bancario).

La legge 130/99 non contiene alcuna disciplina con riferimento all'*Originator*, che può pertanto essere qualsiasi soggetto che ha interesse a cartolarizzare i propri crediti.

Peraltro, la normativa si attaglia maggiormente ai soggetti aventi natura finanziaria. L'esigenza che le operazioni sottostanti siano uniformi e omogenee e la limitazione posta dall'art. 1, comma 1, legge 130/99 ai soli "crediti pecuniari" comporta che l'*Originator* dell'operazione di cartolarizzazione, pur potendo essere qualsiasi tipologia di impresa, è spesso rappresentato da un intermediario finanziario sottoposto a vigilanza (banca, intermediario finanziario disciplinato dal titolo V del Testo Unico bancario).

Il processo, composto da più operazioni e in cui intervengono diversi soggetti, si articola sostanzialmente in tre fasi:

1. individuazione degli *asset* da cartolarizzare;
2. cessione degli *asset* allo *Special Purpose Vehicle*;
3. emissione e collocamento dei valori mobiliari rappresentativi degli *asset* ceduti.

Nella individuazione degli *asset* da "cartolarizzare" occorre tener presente che questi devono essere adatti a produrre i flussi di cassa per il pagamento degli interessi ed il rimborso dei titoli emessi.

Normalmente tali *asset* sono pertanto rappresentati da crediti molto frazionati con un elevato grado di trasparenza statistico-finanziaria. Negli Stati Uniti, dove tale meccanismo finanziario si è sviluppato maggiormente, gli *asset* che hanno formato oggetto più frequentemente di operazioni della specie sono stati i crediti derivanti dall'utilizzo delle carte di credito, il *leasing*, i finanziamenti personali, i mutui ipotecari, e, da ultimo, i diritti cinematografici e musicali. Le operazioni finora effettuate in Italia hanno riguardato principalmente le sofferenze bancarie e i contratti di *leasing*.

Una volta individuati gli *asset* che presentano le caratteristiche per essere cartolarizzati, il processo di *securitization* prosegue nella individuazione della struttura della cessione. In questa fase assumono un ruolo chiave i meccanismi di isolamento, segregazione degli *asset* oggetto della *securitization* dal bilancio del cedente.

L'operazione presuppone normalmente la costituzione di un intermediario specializzato (*Special Purpose Vehicle* – *S.P.V.*) che si rende titolare delle attività e che emette i titoli, allo scopo di garantire la completa indipendenza degli *asset* da cartolarizzare dal patrimonio e dalle vicende che interessano il soggetto cedente (*bankruptcy remote*).

L'emissione e il collocamento degli *A.B.S.* deve rispondere alle esigenze degli investitori e pertanto i flussi generati dagli *asset* devono essere "aggiustati e ricomposti" per costruire quelle caratteristiche (piano di ammortamento, tasso di interesse, valuta di denominazione, ecc.) dei titoli oggetto della "cartolarizzazione" che soddisfino le esigenze del mercato.

Questa fase di “*repackaging*” è pertanto fondamentale per la riuscita dell’operazione e può comportare l’affiancamento di garanzie, l’utilizzo di forme di assicurazione, di strumenti derivati sui tassi o sulle valute, ecc. (cfr. *infra*).

I titoli (*Asset Backed Securities*), dovranno comunque essere emessi con la clausola “*limited recourse*”, in base alla quale il pagamento degli interessi ed il rimborso del finanziamento potrà avvenire solo a condizione che abbia luogo l’incasso degli *asset* acquistati con il finanziamento dei titoli. Pertanto il soggetto emittente non risponde nei confronti dei soggetti eroganti se non nei limiti del portafoglio separato degli *asset* ceduti.

Una volta realizzata la cartolarizzazione occorre procedere alla gestione degli attivi ceduti per garantire i flussi di cassa al servizio dei titoli emessi.

Le operazioni di cartolarizzazione vengono realizzate per trasferire il rischio relativo agli *asset* ceduti ad altri soggetti. Il trasferimento è completo quando:

- la cessione avviene pro-soluto;
- vi è assenza di garanzia sui titoli da parte del cedente e del gruppo di appartenenza;
- non vi sono rapporti partecipativi tra cedente e ceduto;
- viene evitato il riacquisto dei titoli da parte del cedente e degli altri soggetti appartenenti al medesimo gruppo dello stesso.

LO STATO GARANTE ED IL RISPETTO DEI PARAMETRI DEL “PATTO DI STABILITÀ”

Il Patto di stabilità e di crescita, firmato ad Amsterdam nel 1997, prevede che gli stati aderenti all’euro siano sottoposti ad obblighi finanziari più rigorosi rispetto a quelli contenuti nel trattato sull’Unione europea, consistenti nel raggiungimento, a medio termine, del pareggio o del quasi pareggio del bilancio.

In previsione di questi risultati, la Commissione ed il Consiglio hanno richiesto agli Stati partecipanti al Sistema monetario europeo (Sme), di indicare, annualmente, in un documento avente carattere informativo, denominato Programma interno di stabilità, le misure finanziarie adottate per centrare gli obblighi comunitari.

Le misure da inserire nel Programma interno di stabilità e da presentare alla Commissione sono individuate in un atto che prende il nome di Patto interno di stabilità. Tale patto non solo deve prendere in considerazione la finanza statale ma anche quella locale.

Il cosiddetto Patto di stabilità interno è stato introdotto con l’art. 28 della legge 23 dicembre 1998 n. 448 *Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo*.

Di questa disciplina assumono particolare rilievo quattro aspetti.

Il primo consiste nell’obbligo ricadente sugli enti esponenziali delle collettività infranazionali (regioni, province, comuni) di concorrere – in attuazione del principio del coordinamento della finanza pubblica sancito dall’art. 119 della Costituzione – alla realizzazione degli impegni assunti in sede europea mediante la riduzione dell’indebitamento in rapporto al prodotto interno lordo.

Il secondo aspetto degno di nota risiede nella discriminazione tra i disavanzi, a seconda che siano generati dal consumo e dagli investimenti.

Le spese in conto capitale sono, infatti, escluse dal computo del disavanzo (risultante dalla differenza tra le entrate finali effettivamente riscosse, inclusive dei proventi delle dismissioni dei beni patrimoniali, e le uscite finali di parte corrente al netto degli interessi) ed è, a tal fine, incentivata la riduzione dei mutui contratti in passato con la Cassa depositi e prestiti, nel senso che gli enti che abbiano conseguito la riduzione del disavanzo nella misura stabilita hanno titolo ad ottenere una riduzione dei tassi dei mutui concessi entro il 1997 (40).

In terzo luogo, sono precisati alcuni tipi di interventi diretti a raggiungere l'obiettivo prestabilito, come la riduzione della spesa per il personale e le consulenze esterne e, soprattutto, l'indicazione di rivedere le modalità di gestione dei servizi.

Infine, per garantire il rispetto degli obiettivi stabiliti, sono previsti sia il monitoraggio da parte del potere centrale, sia adempimenti interni alle istituzioni interessate, come l'obbligo di fornire relazioni ai rispettivi consigli, in sede di assestamento.

In sostanza, tutti i poteri pubblici sono sottoposti all'obbligo di adottare le misure necessarie per rispondere ai parametri della convergenza interna, che, a sua volta, è essenziale ai fini della integrale ed effettiva osservanza degli standard europei.

Proprio in ordine all'adempimento degli obblighi assunti nei confronti dell'Unione europea, ribaditi con il Patto di stabilità, il congegno introdotto in sede nazionale assume un preciso significato.

Qualora l'Italia incorra nella sanzione prevista per il mancato contenimento del disavanzo entro la soglia prestabilita, il relativo importo verrà posto a carico degli enti che non abbiano realizzato gli obiettivi loro assegnati.

Come nell'Unione europea, così all'interno della Repubblica, è previsto un meccanismo volto a dissuadere i vari poteri pubblici dall'incorrere in disavanzi eccessivi, addossando loro specifiche responsabilità di tipo finanziario, senza che ciò comporti peraltro la caducazione della validità dei bilanci e degli atti di gestione adottati dagli enti interessati.

Per quanto riguarda gli strumenti da utilizzare per la riduzione della spesa sono stati previsti: l'aumento del ricorso al finanziamento fondato sulle capacità dei singoli enti (ad esempio, l'aumento delle tariffe dei servizi pubblici); la riduzione dei costi dei servizi pubblici; il potenziamento delle attività di accertamento dei servizi propri; le dismissioni di immobili di proprietà non funzionali alle attività istituzionali; la riduzione della spesa del personale; la limitazione del ricorso a contratti stipulati al di fuori della dotazione organica; il ricorso ai contratti di risultato per l'acquisto di beni e di servizi.

Inoltre la LF per il 1999 aveva previsto una vigilanza mensile dei dati da parte del Ministero del tesoro e del bilancio e della programmazione econo-

(40) Circolare del Ministero del Tesoro 26 marzo 1999; D.M. Tesoro 29 gennaio 2001.

mica ai fini della verifica della realizzazione degli obiettivi del Patto (art. 28, comma 5).

Il comma 18 dello stesso articolo 28 LF 1999 aveva previsto, nei confronti degli enti, un obbligo di comunicazione riguardante i dati consuntivi della gestione di cassa per l'anno 1998 e 1999, al fine di consentire un tempestivo monitoraggio dei conti pubblici, obblighi che sono stati confermati dalla LF per il 2003 (contenere il costo dell'indebitamento e monitorare gli andamenti della finanza pubblica).

Sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 28 del 4 febbraio 2004 è stato pubblicato il Decreto 1° dicembre 2003 n. 389 del Ministero dell'Economia che regola l'accesso al mercato dei capitali degli enti locali.

Il Regolamento attua l'art. 41, comma 1, della legge n. 488 del 2001 (legge finanziaria 2002).

È stabilito che gli enti (province – comuni – unione dei comuni – città metropolitane – comunità montane e isolane – consorzi tra enti territoriali – regioni) comunichino, entro il giorno 15 del mese di febbraio, maggio, agosto e novembre di ogni anno, al Ministero dell'Economia e delle Finanze, i dati relativi all'utilizzo netto di forme di credito a breve termine presso il sistema bancario, ai mutui accesi con soggetti esterni alla pubblica amministrazione, alle operazioni derivate concluse e ai titoli obbligazionari emessi nonché alle operazioni di cartolarizzazione concluse.

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze coordina l'accesso ai mercati dei capitali degli enti individuati.

Il coordinamento è limitato alle operazioni di finanziamento a medio e lungo termine o di cartolarizzazione di importo pari o superiore a 100 milioni di euro.

Il Dipartimento del Tesoro si riserva di determinare quale sia il momento più opportuno per l'effettiva attuazione di operazione di accesso al mercato.

Restano escluse dalla comunicazione preventiva le operazioni di provvista con oneri a carico del bilancio dello Stato.

È inoltre fissato che i contratti relativi alla gestione di un fondo per l'ammortamento del capitale da rimborsare o, alternativamente per la conclusione di uno *swap* per l'ammortamento del debito di cui all'art. 41, comma 2, della legge 28 dicembre 2001 n. 448, possono essere conclusi soltanto con intermediari contraddistinti da adeguato merito creditizio, così come certificato da agenzie di *rating* riconosciute a livello internazionale.

Le somme accantonate possono essere investite esclusivamente in titoli obbligazionari di enti e amministrazioni pubbliche nonché di società a partecipazione pubblica di Stati appartenenti all'Unione Europea.

Vivaci sono apparse le reazioni al Decreto ministeriale n. 389/2003, soprattutto per l'ingeneroso accostamento con quanto è accaduto ai titoli obbligazionari di società private e soprattutto perché viene intravista una minaccia all'autonomia finanziaria degli enti locali. Per altro verso il decreto è stato sostanzialmente condiviso poiché colma un vuoto normativo circa la possibilità per gli enti di utilizzare strumenti finanziari innovativi.

Il secondo punto sul quale i Comuni attendono chiarimenti è l'ambito nel quale deve esercitarsi il coordinamento del Tesoro e del Cicer in questa materia. L'azione di coordinamento esercitata dallo Stato deve avvenire – ad avviso dell'ANCI – entro limiti strettamente necessari a contenere il costo dell'indebitamento e monitorare gli andamenti di finanza pubblica.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 376 del 2003, ha escluso che con l'articolo 41 della legge n. 488/2001 “si attribuisca al Ministero (dell'Economia) il potere di incidere sulle scelte autonome degli enti quanto alla provvista o all'impiego delle loro risorse o, peggio, di adottare determinazioni discrezionali che possano concretarsi in trattamenti di favore o di sfavore nei confronti di singoli enti”.

Coordinamento e monitoraggio da parte dello Stato sono, pertanto, elementi che concorrono in positivo all'andamento della finanza locale ma nel rispetto dei principi costituzionalmente protetti.

Passando ora ad analizzare il rapporto tra cartolarizzazione e patto di stabilità interno, si può affermare che essendo la cartolarizzazione un'operazione mediante cui determinati beni sono trasformati in strumenti finanziari da collocare sul mercato, in modo da acquisire subito quella liquidità che tali beni sarebbero in grado di fornire soltanto in futuro, essa presenta un rilievo quanto meno finanziario, per cui influisce sui conti pubblici che, in base all'ordinamento comunitario, non devono presentare disavanzi eccessivi.

Bisogna indagare su quale sia l'influenza che queste operazioni svolgono sui conti pubblici (se sia di segno migliorativo o peggiorativo), sia il rilievo che questo miglioramento o peggioramento dei conti pubblici presenta ai fini del rispetto del vincolo comunitario.

L'ente pubblico infatti, nel cedere i propri beni alla società veicolo e nell'avvalersi dei suoi servizi di intermediazione, instaura rapporti con una impresa che viene scelta in luogo di altre, per cui assumono rilievo le norme comunitarie poste a tutela dell'assetto concorrenziale del mercato.

D'altra parte, la presenza degli intermediari, il fatto cioè che ricorra una cessione a titolo oneroso di beni a loro favore e che siano questi ad emettere gli strumenti finanziari, comporta un diversa rappresentazione nei conti pubblici dell'operazione di cartolarizzazione. Quanto infine al rapporto giuridico che rende redditizio il bene cartolarizzato e che fornisce le risorse per remunerare i portatori degli strumenti finanziari, si tratta di profilo che in ogni caso, anche in assenza di intermediari, sarebbe rilevante per le norme comunitarie a tutela della concorrenza, ma che risulta in questo caso complicato dal fatto che tale rapporto intercorre non più con l'ente pubblico, bensì con un ente privato che però è in qualche modo legato all'amministrazione.

Per quanto attiene alla procedura di scelta della società l'atto che realizza questo trasferimento è, nel caso della legge n. 410/01, un decreto “di natura non regolamentare” del Ministro per l'economia (art. 3 comma 1), la cui pubblicazione produce gli effetti della trascrizione ai sensi dell'art. 2644 c.c. (art. 3 comma 16); analogamente nel caso della legge n. 112/2002 (*Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 15 aprile 2002, n. 63, recante disposizioni finanziarie e fiscali urgenti in materia di riscossione, razionalizzazione del sistema di formazione del costo dei prodotti farmaceutici, adempimenti ed*

adeguamenti comunitari, cartolarizzazioni, valorizzazione del patrimonio e finanziamento delle infrastrutture); nel caso invece della finanziaria 2003, il trasferimento è disposto con atto pubblico o scrittura privata autenticata, previa delibera dell'organo competente dell'ente territoriale proprietario.

Va ricordato che nell'ordinamento comunitario manca una disciplina delle procedure di dismissione del patrimonio pubblico, del tipo di quelle previste per gli appalti: ciò non significa però che gli Stati membri non sono tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato e, in particolare, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità. Ma vi è di più, un vincolo più specifico potrebbe discendere dal divieto di aiuti di Stato alle imprese.

Tra le molte definizioni di aiuti di Stato, quella forse più incisiva si ritrova nella giurisprudenza della Corte di giustizia che considera tali tutte le misure che si traducano, per le imprese destinatarie, in un vantaggio economico di qualunque tipo che esse non avrebbero ottenuto in normali condizioni di mercato (41).

Su tale base sono stati ricompresi nella categoria degli aiuti anche quelli in natura e, in particolare, la cessione di edifici o terreni a condizioni favorevoli (42).

Nel caso della legge n. 410 e della finanziaria 2003 è detto espressamente che le società, a cui le cessioni sono destinate, hanno "ad oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione": ciò corrisponde, del resto, alla disciplina generale sulla cartolarizzazione dei crediti, stabilita dalla legge 30 aprile 1999, n. 130, che prevede che la società cessionaria deve avere ad oggetto esclusivo la realizzazione di operazioni di cartolarizzazione. Le società acquistano conseguentemente i beni all'unico fine di rivenderli nell'ambito di una operazione di cartolarizzazione effettuata per conto dell'amministrazione, per cui il prezzo corrisposto al momento del trasferimento è indicato come definitivo da entrambe le leggi nel solo senso che la relativa somma non è retrocedibile qualora risulti superiore a quella della successiva rivendita, ma, al contempo, è un prezzo a titolo di acconto sull'esito della definitiva vendita dei beni. In un contesto del genere, per valutare che la dismissione del bene non avvenga a condizioni favorevoli diventa assolutamente irrilevante il prezzo di cessione alle società ed il modo in cui esso si è formato, ma semmai bisogna considerare il prezzo della successiva rivendita a terzi, giacché, per un verso, le società devono comunque riversare all'amministrazione la differenza (detratti gli oneri delle operazioni finanziarie, le spese e le provvigioni) mentre, per altro verso, gli unici eventualmente a beneficiare di condizioni favorevoli sono coloro che acquistano i beni dalle società.

(41) Corte Giust. CEE 11 luglio 1996, causa 39/94, *Syndicat française de l'Express international (Sfei) c. La Poste*, in *Dir. com. e degli scambi inter.*, 1996, pp. 709 ss..

(42) Sulla prassi decisionale della Commissione, che ricomprende tra gli aiuti anche la cessione di edifici o terreni a condizioni particolarmente favorevoli, si veda G. BELOTTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario della concorrenza. Della tutela dei terzi*, in *Dir. com. e degli scambi intern.*, 1995, pp. 470 ss.

Per quanto riguarda il caso della legge n. 112 il discorso è in parte differente: l'oggetto sociale della *Patrimonio dello Stato SpA* è ben più ampio, perché riguarda "la valorizzazione, gestione ed alienazione del patrimonio" conferitole dallo Stato ed è nell'ambito di tali compiti che essa può effettuare operazioni di cartolarizzazione (art. 7, comma 11, ma anche comma 10 nella parte in cui richiama la legge n. 410).

Sulla base di una ricostruzione testuale e sistematica della legge si può affermare che alla società possono essere ceduti beni sia per effettuare operazioni di cartolarizzazione per conto dell'amministrazione sia per provvedere alla gestione dei medesimi e senza il vincolo di doverli rivendere e di dover corrispondere all'amministrazione il saldo tra il prezzo di cessione e quello di rivendita.

L'art. 7, comma 10, dopo aver detto che alla società possono essere trasferiti i beni dello Stato, stabilisce che il trasferimento "può essere operato con le modalità e per gli effetti "della legge n. 410, e cioè in funzione di una cartolarizzazione per conto dello Stato stesso: poiché questa è soltanto una delle possibilità, viene lasciato intendere che vi può essere anche un diverso trasferimento, effettuato in modi e con effetti di altro tipo. Inoltre, la stessa disposizione stabilisce che "il trasferimento non modifica il regime giuridico" dei beni demaniali, e quindi la loro inalienabilità, per cui viene con ciò prefigurata una cessione che, potendo riguardare anche beni che non possono essere rivenduti, presuppone che quella in funzione della cartolarizzazione per conto dello Stato sia una delle possibili, e non l'unica, forma di trasferimento di beni alla società.

In sostanza, vi sono più elementi che consentono di affermare che, in base alla legge n. 112, vi possono essere due diversi tipi di cessioni immobiliari: quella finalizzata alla cartolarizzazione per conto dello Stato, nelle cui operazioni la società opera come cessionaria e per la quale valgono appieno le cose dette a proposito delle altre due leggi in esame; l'altra è quella invece che non presenta questa natura, che si configura come ordinario trasferimento immobiliare, che serve a mettere i beni nella piena disponibilità della società, tanto che questa può su essi effettuare operazioni di cartolarizzazione in posizione di soggetto cedente, e che ripropone in termini differenti il problema della configurazione di un aiuto di Stato. Ma anche per questo secondo tipo di cessione è agevole escludere che ricorrano aiuti di Stato.

Rispetto alle imprese pubbliche il problema degli aiuti di Stato non va impostato in termini di condizioni favorevoli di cessione del bene. È giurisprudenza consolidata che rispetto alle imprese pubbliche il criterio sulla cui base valutare un qualsiasi conferimento da parte dello Stato è quello "dell'investitore privato" (43).

(43) Per tutte, Corte Giust. CEE 10 luglio 1986, causa 234/84, *Regno del Belgio c. Commissione (Meura)*, in *Raccolta*, 1986, pp. 2263 ss. in generale si veda, E. M. APPIANO, *Aiuti di Stato alle imprese pubbliche e privatizzazioni nel diritto comunitario della concorrenza*, in *Dir. com. e degli scambi intern.*, 1994.

Non ricorre, invece, aiuto di Stato allorché qualsiasi altro investitore privato, mosso da motivazioni di razionalità economica, sarebbe stato indotto ad effettuare analoga operazione. Questo criterio è stato poi sviluppato in una pluralità di corollari, ma è di per sé sufficiente ad escludere che le cessioni immobiliari a favore della *Patrimonio dello Stato SpA* possano configurarsi come aiuti di Stato, tenuto conto che i beni conferiti non sono strumentali ad una attività di altro tipo dell'impresa, ma costituiscono l'oggetto stesso di tale attività, che, nel caso in esame, consiste appunto nella loro gestione e valorizzazione e nella loro eventuale rivendita. In definitiva, mediante questo conferimento di beni, l'ente pubblico assume una decisione che non è di investimento, e che quindi non si presta neppure ad essere valutata alla stregua delle motivazioni che potrebbero indurre un qualsiasi investitore privato, ma che è invece di tipo organizzativo, in quanto relativa alla esternalizzazione della propria attività di gestione dei beni.

In realtà la cessione degli immobili alle società, quando è collegata alla cartolarizzazione per conto dell'amministrazione, diventa un passaggio prodromico e strumentale alle relative operazioni che l'ente potrebbe svolgere direttamente, ma che, una volta abbia deciso di servirsi delle società, finiscono inevitabilmente per assorbire in sé anche la cessione dei beni, in quanto richiedono, per essere realizzate, lo svolgimento di una serie di attività (emissione di titoli rappresentativi della proprietà o ricorso al credito con accensione di garanzie sui beni, successiva vendita del bene e conseguente estinzione dei titoli o del credito) che presuppongono appunto la proprietà dei beni.

A venire in rilievo è quindi il servizio, appunto di cartolarizzazione, che le società, a seguito della cessione a loro favore dei beni, sono tenute a compiere a favore dell'ente. Stando così le cose, si è in presenza non tanto di una vendita quanto piuttosto dell'affidamento di un servizio di intermediazione e rispetto a tale fattispecie si ripropone il problema delle procedure concorsuali di scelta del soggetto affidatario.

In questo caso il quadro di riferimento è più diretto, perché costituito dalla direttiva 92/50/CEE del Consiglio relativa agli appalti pubblici di servizi, che è stata recepita dal D.L. 17 marzo 1995, n. 157. La questione dell'applicazione di questa direttiva alle fattispecie in esame presenta risvolti differenti nelle tre leggi, ma la soluzione a cui bisogna comunque pervenire è nel senso che l'affidamento di questi servizi di cartolarizzazione è sottratta a tale disciplina.

Rispetto alla legge n. 112 il ragionamento che si può utilizzare è quello dei servizi *in house*.

La più recente giurisprudenza della Corte di giustizia è orientata a dare rilievo ai processi di integrazione verticale tra le pubbliche amministrazioni e le loro imprese e ad escludere l'applicazione delle direttive sugli appalti in presenza di fenomeni del genere. Nella nota sentenza *Teckal* (44) si legge che

(44) Corte Giust. CEE 18 novembre 1999, causa 107/98, *Teckal Srl c. Comune di Viano*, in *Riv. ital. dir. com.*, 2000, pp. 1399 ss. Conforme, sulla medesima vicenda, Cons. Stato, V, 9 maggio 2001, n. 2605 che ha capovolto la conclusione a cui era pervenuto Tar

queste direttive riguardano l'instaurazione di rapporti contrattuali tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un ente da essa "distinto sul piano formale ed autonomo ... sul piano decisionale": presupposto questo che non ricorre quando l'ente pubblico "eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato su propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti ... che la controllano". In altri termini, casi del genere sfuggono alle direttive comunitarie per il solo fatto che non sussiste alcun appalto, perché il presunto contraente è in realtà parte dell'amministrazione ed il presunto appalto è in realtà una delegazione intersoggettiva di compiti.

Una situazione del genere è riscontrabile anche nella *Patrimonio dello Stato SpA*, almeno stando alle disposizioni della legge che la istituisce. Il capitale sociale è e deve rimanere interamente pubblico, giacché il Ministro per l'economia può cedere le relative azioni, ma può farlo a titolo gratuito e soltanto a favore di altre società di cui lo Stato detenga l'intero capitale. Infine, l'oggetto sociale consiste nella "valorizzazione, gestione ed alienazione del patrimonio dello Stato", per cui sembrerebbe che la società debba limitarsi a prestare la propria attività soltanto allo Stato.

Incerta è invece la spiegazione delle altre due leggi in termini di servizi *in house*.

Esse, infatti, non provvedono direttamente alla costituzione delle società, ma si limitano ad autorizzare, rispettivamente, il Ministro per l'economia e gli enti territoriali a costituirle o a promuoverne la costituzione, anche attraverso soggetti terzi: con ciò sembrerebbe *non escluso* che questi terzi possono essere anche privati e che l'ente pubblico, limitandosi a promuoverne la costituzione, neppure partecipi ad esse; ma non è neppure esclusa l'ipotesi opposta e addirittura è contemplata la possibilità di una partecipazione dell'ente pubblico come unico azionista, visto che l'art. 2 comma 1 della legge n. 410, richiamato poi anche dall'art. 84 comma 2 della finanziaria 2003, esclude l'applicazione a queste società dell'art. 2497 c.c..

In definitiva, una delle condizioni (quella del controllo pubblico) affinché ricorrano servizi *in house* viene a dipendere dal modo in cui queste società sono costituite.

Quanto poi all'altra condizione, quella dell'attività prevalentemente svolta a favore degli enti pubblici controllanti, le due leggi seguono soluzioni differenti. Sicuramente le società previste dalla finanziaria 2003, quelle cioè costituite dagli enti territoriali, operano soltanto nei confronti degli enti che ad esse partecipano, poiché hanno come esclusivo oggetto sociale la realizzazione di operazioni di cartolarizzazione "dei rispettivi patrimoni immobiliari": dove il termine "rispettivi" lascia appunto intendere proprio la necessità

Emilia-Romagna, Parma, 17 ottobre 2000, n. 444: entrambe le sentenze in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2002, pp. 171 ss., annotate ivi da L. R PERFETTI, *Pubblico servizio, capacità di diritto privato e tutela della concorrenza. Il caso del facility management*.

di un nesso del genere. Ciò è poi confermato dal fatto che la norma, per soddisfare anche l'esigenza di enti pubblici strumentali degli enti territoriali e delle aziende sanitarie e ospedaliere di avvalersi di queste società, prevede che ciò può avvenire soltanto indirettamente, e cioè mediante un ulteriore e preventivo trasferimento dei beni da questi enti ai relativi enti territoriali.

Viceversa la legge n. 410 configura come oggetto sociale la cartolarizzazione del patrimonio immobiliare non soltanto dello Stato, ma anche degli altri enti pubblici per i quali l'Agenzia del demanio abbia effettuato la ricognizione dei loro beni: ed infatti le prime operazioni effettuate in attuazione di questa legge hanno riguardato esclusivamente beni degli enti previdenziali. Anche per questo aspetto, quindi, la possibilità di configurare servizi *in house* finisce per dipendere dal modo in cui viene data attuazione alle leggi in esame.

Dalle cose dette si può trarre, quanto meno, la conclusione che non è escluso che l'affidamento del servizio di cartolarizzazione alle società previste dalla legge n. 410 e dalla finanziaria 2003 può configurarsi, secondo l'ordinamento comunitario, come vero e proprio appalto: e ciò, sebbene non sia sempre possibile rinvenire un atto consensuale da cui questo affidamento deriverebbe, in quanto, nel sistema della legge n. 410, ad esempio, le attività di cui le società sono investite e le modalità del loro svolgimento sono stabilite dal decreto del Ministro per l'economia che dispone contestualmente la cessione dei beni.

Pur tuttavia, ricorrono vari elementi che inducono a ritenere che, se non ricorre l'ipotesi di servizi *in house* e se quindi vi è appalto, questo è comunque sottratto alla disciplina comunitaria, perché le società si configurano comunque come organismi di diritto pubblico e, in quanto tali, si presentano esse stesse come amministrazioni aggiudicatrici.

Per quanto riguarda le modalità di contabilizzazione delle operazioni di cartolarizzazione è necessario chiarire l'incidenza che queste operazioni presentano in ordine alla osservanza del divieto di disavanzi eccessivi.

Nella sostanza, mediante le operazioni di cartolarizzazione le componenti attive del patrimonio immobiliare vengono impiegate per creare strumenti finanziari da collocare sul mercato, in modo da acquisire liquidità. L'esito di una operazione del genere è duplice: nel conto del patrimonio si determina una posta passiva (il debito nei confronti dei soggetti presso i quali sono collocati gli strumenti finanziari) accanto a quella attiva (il bene che resta di proprietà dell'ente pubblico che ha emesso gli strumenti finanziari); mentre nella contabilità finanziaria si registra, nell'esercizio in cui l'operazione viene compiuta, una entrata che, derivando da accensione di prestiti, determina un peggioramento dei saldi. Se però l'operazione viene effettuata avvalendosi di un soggetto terzo, la rappresentazione contabile cambia completamente: dal conto del patrimonio viene cancellata una componente attiva (il bene che passa in proprietà dell'intermediario), mentre sul versante finanziario si determina un aumento delle entrate patrimoniali (il prezzo pagato dall'intermediario, e riscosso dall'ente pubblico cedente, al momento del trasferimento del bene), con conseguente miglioramento dei saldi.

In realtà, la sostanza delle cose non sembrerebbe cambiare per il solo fatto che la cartolarizzazione sia realizzata direttamente oppure mediante intermediari caratterizzati nel senso che si diceva. Da ciò l'impressione che il ricorso alle "società veicolo" sia semplicemente un ingegnoso accorgimento di "finanza creativa" che consente di contabilizzare un miglioramento dei saldi di bilancio, in modo da renderli coerenti con i vincoli a cui essi sono sottoposti. Vi è allora da chiedersi se questo miglioramento è o meno rilevante per il rispetto del divieto di disavanzi eccessivi e delle regole del patto di stabilità interna e se esso consente di portare a buon fine l'intento di eludere tali vincoli.

Per quanto riguarda i vincoli comunitari di convergenza, viene in rilievo il limite al disavanzo pubblico. Il regolamento (CE) 3605/93 del Consiglio ha precisato che il disavanzo oggetto del divieto si riferisce al settore amministrazioni pubbliche ed ha rinviato alle regole del *Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella Comunità* la delimitazione del settore amministrazioni pubbliche; queste regole (SEC 95) sono state poi approvate dal regolamento (CE) 2223/96 del Consiglio.

Il SEC 95 ricomprende nel settore amministrazioni pubbliche tutte le unità istituzionali che non producono prevalentemente beni e servizi per destinarli alla vendita, intendendo con ciò il fatto che questi non siano offerti in prevalenza gratuitamente o "a prezzi economicamente non significativi". Inoltre, affinché ricorra unità istituzionale è necessario che essa disponga di "autonomia di decisione nell'esercizio della propria funzione principale" e di "una contabilità completa" o della possibilità "di compilare una contabilità completa qualora gliene sia fatta richiesta". Gli organismi che dispongono di una contabilità completa "ma non hanno autonomia di decisione nell'esercizio della loro funzione principale sono assimilati alle unità istituzionali che le controllano". Sulla base di questa definizione e tenendo conto delle cose già dette, appare inevitabile ricomprendere nel settore amministrazioni pubbliche sicuramente la *Patrimonio dello Stato SpA*, ma anche le altre società. Conseguentemente le operazioni di cartolarizzazione, se per un verso migliorano indubbiamente i saldi del bilancio dell'ente pubblico a favore del quale sono effettuate, nel contempo peggiorano il disavanzo dell'aggregato amministrazioni pubbliche, che è rilevante ai fini dei vincoli comunitari, per cui l'intento di eluderli è destinato all'insuccesso.

In questo stesso senso si è del resto espressa la Corte dei conti nell'audizione sul d.legge 63/2002 che è stato poi convertito dalla legge n. 112. In tale occasione la Corte ha inoltre precisato che, anche nell'ipotesi in cui le società non dovessero essere ricomprese nel settore amministrazioni pubbliche, le operazioni di cartolarizzazione, pur non determinando un peggioramento del disavanzo del settore, non contribuirebbero comunque al miglioramento di tale saldo. Infatti il regolamento (CE) 3605/93 del Consiglio ha chiarito che per disavanzo o avanzo pubblico si deve intendere l'indebitamento o accreditamento netto ed ha, anche in questo caso, rinviato al SEC la determinazione delle modalità di calcolo di tale grandezza. In base al *Manuale sul disavanzo e sul debito pubblico* elaborato dall'Eurostat, che è

l'organismo preposto a sovrintendere al SEC, l'indebitamento o accreditalimento netto va calcolato senza tener conto delle entrate e spese derivanti da operazioni finanziarie, quali, rispettivamente, i prelevamenti e conferimenti di capitale dalle/alle società partecipate: conseguentemente le entrate che l'ente pubblico, a seguito della cessione dei beni, riceve dalla società partecipata vanno iscritte in bilancio (contrariamente a quanto è stato fatto quest'anno) tra i prelevamenti di capitale, poiché costituiscono una sorta di liquidazione del capitale della società, e di esse non è possibile tener conto nella determinazione dell'indebitamento o accreditalimento. Anche per questo aspetto, quindi, ogni intento elusivo è destinato all'insuccesso.

Quanto poi al rispetto dei limiti posti dal patto di stabilità interno, le operazioni di cartolarizzazione, in qualsiasi modo effettuate e cioè sia direttamente sia mediante l'intermediazione di "società veicolo", appaiono assolutamente irrilevanti. Infatti, per le Regioni è stabilito un limite all'incremento delle spese correnti (45), per cui le risorse acquisite mediante la cartolarizzazione non incidono in alcun modo su tale limite e le relative disponibilità sono liberamente impiegabili in investimenti. Il vincolo imposto agli EE.LL. riguarda la differenza tra entrate e spese correnti, ma, siccome è previsto che nel calcolo delle entrate non si tiene conto di quelle derivanti dalla dismissione di beni immobili, anche su questo vincolo le operazioni di cartolarizzazione non presentano alcun rilievo, limitandosi a fornire risorse liberamente impiegabili in spese di investimento.

CRITERI E MODALITÀ DI DETERMINAZIONE DEL PREZZO DI VENDITA DEGLI IMMOBILI PUBBLICI OGGETTO DI CARTOLARIZZAZIONE

Il D.L. 23 febbraio 2004 n. 41, *Disposizioni in materia di determinazione del prezzo di vendita di immobili pubblici oggetto di cartolarizzazione*, convertito in legge 24 aprile 2004 n. 104, ha modificato il precedente sistema di modalità di determinazione del prezzo di vendita degli immobili pubblici.

Secondo l'attuale normativa il prezzo di vendita delle unità immobiliari ad uso residenziale, ai conduttori che abbiano manifestato (46) la volontà di acquisto entro il 31 ottobre 2001, è determinato, al momento dell'offerta in opzione e con le modalità di cui diremo in prosieguo, sulla base dei valori di mercato del mese di ottobre 2001.

Per quanto riguarda le modalità di vendita, il prezzo è fissato applicando, al prezzo determinato secondo le disposizioni dell'articolo 3, comma 7, del d.l. 351/01, coefficienti aggregati di abbattimento calcolati dall'Agenzia del territorio sulla base di eventuali aumenti di valore degli immobili tra la data della suddetta offerta in opzione ed i valori medi di mercato del mese di ottobre 2001, quali pubblicati dall'Osservatorio del mercato immobiliare (OMI) e di altri parametri di mercato.

(45) Si veda l'art. 28 della legge finanziaria 2003.

(46) Nelle ipotesi e con le modalità previste dal secondo periodo del comma 20 dell'articolo 3 del D.L. 351/01, conv., con mod., dalla legge 410/01, e successive modificazioni.

La precedente determinazione di prezzo di vendita si applica anche agli immobili venduti prima della data di entrata in vigore del presente decreto. La determinazione del prezzo non produce alcun effetto in merito alle opzioni e prelazioni che non siano state esercitate e in relazione alle quali si siano verificate scadenze. Il rimborso per il maggiore prezzo eventualmente pagato per le vendite già concluse è corrisposto ai relativi acquirenti dai soggetti originariamente proprietari degli immobili. Il rimborso è effettuato nei limiti delle risorse derivanti dalla dismissione di ulteriori immobili di proprietà dello Stato, da individuare con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto in commento.

Le risorse derivanti dalla dismissione confluiscono all'entrata del bilancio dello Stato per essere successivamente assegnate, nel medesimo esercizio finanziario, ad apposito fondo da istituire presso il Ministero dell'economia e delle finanze. Le disponibilità del fondo sono ripartite tra i soggetti originariamente proprietari degli immobili in proporzione ai rimborsi dovuti.

Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

I criteri e le modalità con cui applicare la determinazione del prezzo di vendita sono fissati con uno o più decreti di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali

In tali decreti si provvede alla definizione dei rapporti con le società a responsabilità limitata, conseguenti ai minori introiti derivanti dall'applicazione delle disposizioni in esame. A tale fine si utilizzano le somme previste nell'art. 3, comma 12 del d.l. 351/01 in relazione alle quali non si applica il vincolo di cui al medesimo comma 12. Per le finalità di cui sopra può essere concessa, con i medesimi decreti, la garanzia dello Stato. Al termine dell'operazione di cartolarizzazione per l'eventuale minore entrata per i soggetti originariamente proprietari degli immobili ovvero per l'escussione della garanzia eventualmente concessa dallo Stato, si provvede mediante utilizzo delle maggiori entrate derivanti dalla vendita di ulteriori immobili dello Stato che saranno individuati con appositi decreti. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio. Il Ministro dell'economia e delle finanze presenta, ogni sei mesi, una relazione al Parlamento sulle operazioni di vendita di ulteriori immobili effettuate ai sensi dell'art. 1 comma 4 d.l. 41/2004, sui relativi proventi e sulla quota parte del ricavato destinato alle finalità indicate.

Per le unità immobiliari occupate da conduttori ultrasessantacinquenni o nel cui nucleo familiare siano compresi soggetti conviventi, legati da rapporti di coniugio o di parentela in linea retta, portatori di *handicap*, è consentita l'alienazione della sola nuda proprietà, quando essi abbiano esercitato il diritto di opzione e prelazione con riferimento al solo diritto di usufrutto.

Lo Stato sussidiario

di Paola Maria Zerman ^(*)

SOMMARIO: a) *Origine e significato del principio di sussidiarietà; b) La impostazione tradizionale dei rapporti P.A.-cittadini; c) L'art. 118 della Costituzione; d) Il rapporto tra sussidiarietà verticale e orizzontale: viene prima la P.A. o il cittadino? e) La sussidiarietà verticale alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale: 1.- La sussidiarietà come principio dinamico. 2.- La attribuzione di funzioni amministrative in deroga all'art. 118. 3.- L'accordo con le Regioni quale manifestazione della leale collaborazione: presupposto di legittimità dell'azione sussidiaria; 4.- La deroga alle competenze legislative di cui all'art. 117 Costituzione nell'ipotesi di applicazione del principio di sussidiarietà; 5.- La legittimità dei finanziamenti statali; 6.- La "chiamata in sussidiarietà" in caso di interventi finanziari che riguardano lo sviluppo dell'intero Paese; f) La sussidiarietà orizzontale: 1.- La esplicazione del principio secondo il Consiglio di Stato; 2.- Esame dell'art. 118 della Costituzione: è norma immediatamente precettiva? 3.- La nuova visione del cittadino come risorsa: il capitale sociale; 4. Da un welfare assistenziale ad uno sussidiario. g) La sussidiarietà in Europa: 1.- La sussidiarietà verticale; 2.- La sussidiarietà orizzontale.*

Sussidiarietà "verticale", "orizzontale", "ascendente", "discendente"... la sussidiarietà sta assumendo sempre nuovi volti, creando specificazioni (e confusione) che poco hanno a che vedere con l'originario significato del termine.

È necessario procedere con ordine e, come prima cosa, illustrare la genesi del concetto e del principio.

a) ORIGINE E SIGNIFICATO DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ

Il termine "sussidiarietà" pare abbia origini non solo antiche, ma anche militari.

La parola "sussidiarietà" proviene dal termine latino *subsidium*, che significa "aiuto dalla riserva". Nel linguaggio militare romano le "*subsidiarii cohortes*" erano quelle che stavano di retroguardia pronte ad aiutare la *prima acies* (truppe di prima linea) se si fossero trovate in difficoltà.

Il principio di sussidiarietà fa riferimento, quindi, al ruolo di aiuto che ogni entità superiore deve svolgere nei confronti della inferiore, nella misura in cui questa non sia in grado di adempiere ai suoi compiti. La applicazio-

(*) Avvocato dello Stato.

ne tipica di questo principio riguarda il rapporto tra Stato e cittadini: il primo deve aiutare e coordinare i secondi, ma non sostituirsi ad essi a meno che non si tratti di circostanza eccezionale. Tale principio già esisteva nella dottrina politica dell'antichità classica e in quella sociale della Chiesa, ufficialmente, fin dall'enciclica *Rerum Novarum* di Leone XIII del 1891. La definizione esplicita del principio si trova nella *Quadragesimo anno* di Pio XII. Nel 1931. Il principio è stato inserito dapprima in sede europea nel Trattato di Maastricht (art. 3B) e poi nella Costituzione italiana con la legge 3/2001 che ha riformato il titolo V della Costituzione.

Certo, il termine latino evoca una funzione di aiuto, supporto "sussidio", svolta, con ogni evidenza nei confronti di chi non è in grado di agire autonomamente.

Il concetto implica quindi anche la presenza di più soggetti impegnati, in senso lato, verso il medesimo compito: l'uno, però, coinvolto direttamente, l'altro solo in via indiretta e nell'ipotesi in cui il primo non sia in grado di svolgere la sua azione.

L'azione sussidiaria è quindi come un'"azione di riserva" effettuata solo in supplenza del soggetto principalmente coinvolto nella missione da svolgere.

Nell'enciclica "*Quadragesimo anno*" emanata in occasione del 40° anniversario dalla pubblicazione della enciclica "*Rerum novarum*", Pio XI si esprime così:

"È vero certamente e ben dimostrato dalla storia, che, per la mutazione delle circostanze, molte cose non si possono più compiere se non da grandi associazioni, laddove prima si eseguivano anche delle piccole. Ma deve tuttavia restare saldo il principio importantissimo nella filosofia sociale: che siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, *così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare*. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle e assorbirle.

Perciò è necessario che l'autorità suprema dello Stato, rimetta ad associazioni minori e inferiori il disbrigo degli affari e delle cure di minor momento, dalle quali essa del resto sarebbe più che mai distratta; e allora essa potrà eseguire con più libertà, con più forza ed efficacia le parti che a lei solo spettano, perché essa sola può compierle; di direzione cioè, di vigilanza di incitamento, di repressione, a seconda dei casi e delle necessità. Si persuadano dunque fermamente gli uomini di governo, che quanto più perfettamente sarà mantenuto l'ordine gerarchico tra le diverse associazioni, conforme al principio della funzione suppletiva dell'attività sociale, tanto più forte riuscirà l'autorità e la potenza sociale, e perciò anche più felice e più prospera la condizione dello Stato stesso" (da: *Quadragesimo Anno* p. 80 e 81).

Occorre cercare di comprendere più in profondità quale è stata da sempre la preoccupazione della Chiesa nei confronti dello Stato: la necessità di mettere – nei rapporti con lo Stato – in primo luogo la persona. Evitare cioè

i rischi dello statalismo, che assorbe in sé tutte le attività che possono essere svolte dai cittadini e quindi toglie agli stessi la possibilità di esercitare la propria capacità di azione, personalità e libertà; evitare, d'altra parte, i pericoli propri del liberalismo, che – lasciando unicamente ai privati l'azione civile ed economica ispirata dalla logica del profitto – può condurre ad una impostazione sociale egoista e di emarginazione dei più deboli.

Salvare il ruolo dei cittadini nell'azione privata e pubblica, e salvare il ruolo dello Stato: un equilibrio di rapporti regolato dal principio della sussidiarietà, questo è il principio ispiratore della dottrina sociale della Chiesa, recepito poi anche dalla Costituzione italiana e a livello europeo. Significa, questo, che il cittadino è il vero protagonista dell'azione civile e amministrativa, e che lo Stato deve intervenire solo nella misura in cui i privati non siano in grado di esercitare le funzioni a loro spettanti (ad esempio, nel campo dell'insegnamento, dell'educazione, della sanità, dell'assistenza ecc.).

b) L'IMPOSTAZIONE TRADIZIONALE DEI RAPPORTI P.A. - CITTADINI.

Pubblica Amministrazione e cittadini sono portatori, secondo l'impostazione che ha caratterizzato per decenni il diritto amministrativo, di interessi contrapposti: la P.A. persegue per definizione l'interesse pubblico, il cittadino l'interesse privato.

Questa contrapposizione, oltre ai profili giuridici, trova anche le radici in una visione culturale di antica diffidenza reciproca: la P.A. ritiene che l'interesse del cittadino sia per definizione "egoistico" e diretto ad ottenere il massimo utile; d'altra parte il cittadino non di rado si sente vessato dalla P.A. o comunque ostacolato nella sua azione.

Il difficile equilibrio pubblico-privato trova di frequente composizione davanti al Giudice Amministrativo: come è noto la figura dell'interesse legittimo definisce la possibilità, per il singolo che si trova interessato dall'azione della Amministrazione pubblica, di sindacarne la legittimità dell'operato.

La legge 241/1990 prevedendo la possibilità per l'interessato di partecipare al procedimento amministrativo, ha comportato un superamento significativo di questa radicale contrapposizione: nell'ottica della legge, infatti, il cittadino, singolo o anche associato, coopera nello svolgimento di un'attività pubblica, quale la formazione del procedimento.

Successivamente altre leggi, in particolare le leggi "Bassanini" (tra cui la 59/97) e la legge 328/2000 relativa alla integrazione pubblico-privato dei servizi sociali, hanno via via riconosciuto un ruolo di maggiore rilievo al privato nel perseguimento delle pubbliche finalità.

c) L'ART. 118 DELLA COSTITUZIONE

Un totale cambio di rotta in questo senso, si è avuto con il "nuovo" art. 118 della Costituzione, introdotto dalla legge 3/2001.

La norma così recita:

"Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropoli-

tane, Regioni e Stato sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

(omissis)

Stato, Regioni, Città metropolitane, province e Comuni favoriscono la autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”.

Come si può leggere il principio di sussidiarietà è due volte richiamato dalla norma costituzionale: nel primo comma – in relazione alla distribuzione delle competenze amministrative tra enti pubblici – e nell’ultimo, in ordine ai rapporti tra enti pubblici e Stato.

Dottrina e giurisprudenza hanno denominato il rapporto tra Enti pubblici: sussidiarietà verticale; quello tra Enti pubblici e cittadini: sussidiarietà orizzontale.

La sussidiarietà verticale opera quindi nel rapporto tra Enti pubblici, partendo da quello più vicino al cittadino.

Come enuncia la norma, le funzioni amministrative sono attribuite in via generale al Comune, e, in via subordinata, ove lo richiedano esigenze di gestione unitaria, agli enti di grado superiore.

Come dichiarato dalla Corte Costituzionale, in tal caso, la sussidiarietà non opera come “aprioristica modificazione delle competenze regionali in astratto, ma metodo per l’allocazione di funzioni a livello più adeguato” (Corte Cost. 303/2003).

La sussidiarietà verticale, quindi, costituisce un principio dinamico che può comportare ad una modifica delle competenze attribuite per legge (Corte Cost. sent. cit.)

Mentre invece, la sussidiarietà orizzontale è principio regolatore dei rapporti cittadino-P.A.

Quest’ultima deve favorire l’azione del privato – singolo o associato -. Ciò significa che è il cittadino che può perseguire direttamente l’attività di interesse generale.

Il privato è quindi da considerare come risorsa per l’espletamento di attività utili per la collettività, non più (o non solo) portatore di interessi individuali di carattere egoistico.

Il cambio di prospettiva emerge con chiara evidenza dal combinato disposto delle due norme sopra richiamate: l’azione amministrativa è infatti costituzionalmente attribuita sia alla P.A., sia al cittadino. È finita l’epoca della contrapposizione.

Inizia – o dovrebbe cominciare – l’era della collaborazione di entrambi i soggetti, pubblico e privato, nel perseguimento del pubblico interesse.

In realtà occorre rilevare che già da alcuni anni lo Stato si sta accorgendo dell’importante ruolo del privato nell’ambito sociale: si pensi a tutta la attività svolta dagli organismi “no-profit” in vari settori, specie in quello socio-assistenziale (assistenza agli anziani, ai tossicodipendenti, ai malati terminali) di tutela del patrimonio artistico, dell’istruzione. E qualche riconoscimento c’è stato, da parte legislativa, con una disciplina di alleggerimento degli oneri fiscali per le ONLUS (d.lgs. 1997 n. 460: riordino della disci-

plina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale: sono di diritto considerate ONLUS le ONG regolate dalla legge 49/1987).

E qualche anno fa, la legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali (legge 328/2000), nel riconoscere il ruolo fondamentale dell'azione dei privati in tale ambito, ha esplicitamente preso atto del compito essenziale svolto dalla famiglia nella formazione e nella cura della persona, nella promozione del benessere e nel perseguimento della coesione sociale (art. 16).

In questo contesto occorre chiedersi: come si inserisce il principio della sussidiarietà orizzontale nell'attuale organizzazione amministrativa e che conseguenze concrete può avere?

È necessario quindi approfondire il meccanismo di azione del principio, nonché il coordinamento tra il primo e l'ultimo comma, e cioè della sussidiarietà verticale e di quella orizzontale.

Chi viene prima: il cittadino o la P.A.? Chi è da considerarsi il vero protagonista dell'azione amministrativa?

d) IL RAPPORTO TRA SUSSIDIARIETÀ VERTICALE E ORIZZONTALE: VIENE PRIMA LA P.A. O IL CITTADINO?

A non individuare bene il rapporto tra i due principi regolatori (sussidiarietà verticale e orizzontale) si può correre il rischio – come avviene non di rado – di trattare separatamente la sussidiarietà verticale ed orizzontale, vanificando la portata innovatrice, o meglio, rivoluzionaria, della norma.

Occorre infatti sottolineare che la maggior parte degli sforzi dottrinali e giurisprudenziali, sono diretti ad approfondire la portata e l'operatività del rapporto di sussidiarietà verticale, e cioè tra Enti pubblici.

Molteplici sono le sentenze della Corte Costituzionale che hanno esaminato la materia, in ragione dei numerosi conflitti di attribuzione e di legittimità costituzionale sollevati dalla Regioni e dallo Stato.

Centrare l'attenzione solo sulla sussidiarietà verticale, lasciando da parte quella orizzontale come estranea alla prima, comporta il rischio di eliminare la sussidiarietà orizzontale, e, paradossalmente, di rendere ancora più incalzante l'azione della pubblica amministrazione nei confronti del cittadino, visto che è l'ente più "vicino al cittadino" che, in applicazione della sussidiarietà verticale deve prendersi cura dei suoi interessi.

È stato acutamente osservato che, "se il principio di sussidiarietà verticale non viene esplicitamente coniugato con quello di sussidiarietà orizzontale, si cade in modo inequivocabile in una più subdola e pericolosa forma di statalismo celebrato nella formula: ciò che non fa il pubblico lo fa comunque il pubblico" (Dario Antiseri).

Già nel 1849 J. S. Mill pubblica "On Liberty" ritenendo che "i mali cominciano quando invece di fare appello alle energie e alle iniziative di individui e associazioni, il governo si sostituisce ad essi; quando invece di informare, consigliare e all'occasione, denunciare, e imporre vincoli, ordina loro di tenersi in disparte e agisce in loro vece".

Il problema non è di poco conto e può davvero determinare una distorta applicazione dell'art. 118 della Costituzione, se non addirittura una disapplicazione dell'ultimo comma del medesimo, laddove appunto prevede la sussidiarietà orizzontale.

È necessario infatti comprendere che non si può parlare di sussidiarietà verticale "saltando" a piè pari quella orizzontale, e questo per il fatto che la prima si pone in termini di azione solo eventuale nei confronti della seconda.

In altri termini: la sussidiarietà orizzontale viene prima rispetto a quella verticale, e ciò sia dal punto di vista logico-giuridico che storico-culturale.

Sotto il primo profilo, perché se la sussidiarietà orizzontale riguarda "il favore" dell'azione dei cittadini rispetto a quella della p.a., ne consegue che il vero protagonista dell'azione amministrativa è il cittadino. È questi che deve svolgere l'azione diretta al bene generale e, solo in mancanza, la pubblica amministrazione.

Diversamente opinando si viene di fatto ad escludere ogni possibilità di azione del cittadino: se infatti si pensasse di applicare dapprima la sussidiarietà verticale e solo dopo quella orizzontale, quest'ultima non troverebbe mai spazio, dato che verrebbe superata dalla attribuzione dell'esercizio della funzione all'ente pubblico vicino al cittadino.

Non bisogna dimenticare che l'azione dell'ente pubblico, in virtù della sussidiarietà, è comunque sempre un'azione *di riserva, eventuale* e non viceversa.

Mentre, invece, secondo la visione, anche giuridica oltre che culturale, di impostazione ancora statalista, è l'azione del privato che viene considerata eventuale e di riserva.

Il che implica il rovesciamento dei termini e il tradimento del significato profondo del principio.

Vero è che, come è stato da qualcuno osservato (Pizzetti), in realtà la sussidiarietà è unica, non si può dividere e separare come in un binario parallelo.

È pertanto la sussidiarietà orizzontale che segna i rapporti tra cittadino e p.a. ad avere la precedenza: solo laddove manchi l'azione dei cittadini, interviene l'ente pubblico, secondo un principio di sussidiarietà verticale molto vicino, in realtà, ai concetti di decentramento amministrativo o autarchico.

La interpretazione in tal senso della norma costituzionale è ampiamente suffragata dalla *ratio* storico-culturale del principio di sussidiarietà orizzontale, che è diretto a valorizzare sempre di più l'azione dei "corpi intermedi" tra Stato e cittadino, in armonia con il primitivo spirito della Costituzione originaria.

È noto, infatti, che quest'ultima ha segnato il superamento della concezione illuministica che, abolendo i corpi intermedi tra Stato e cittadino, lasciava questi solo di fronte allo Stato, privo del riconoscimento dei diritti come essere "sociale" quali la costituzione di associazioni, enti e, in primo luogo, il riconoscimento della soggettività sociale della famiglia, definita dall'art. 29 della Costituzione come "società naturale" fondata sul matrimonio.

Senza ulteriormente considerare che il suddetto principio è mutuato dalla dottrina sociale della Chiesa e rappresenta il punto di equilibrio tra l'a-

zione dei cittadini e quella dello Stato: solo laddove il cittadino non sia in grado di svolgere l'azione diretta all'interesse generale (come ad esempio l'istruzione, la cultura, l'assistenza ecc.) allora deve intervenire lo Stato.

Pertanto, la domanda previa di fronte alla corretta applicazione della sussidiarietà verticale è: "È stata data effettiva possibilità ai privati di esercitare tale attività?"

Solo in ipotesi affermativa e nel caso gli stessi rimangano inattivi, si può procedere ad esaminare quale sia l'Ente pubblico competente a svolgere l'azione.

Occorre da ultimo sottolineare la fondamentale importanza della domanda relativa alla possibilità offerta ai cittadini di svolgere una certa azione.

Risulta del tutto evidente che tale enunciazione non può essere ricondotta al riconoscimento delle attività che i privati già svolgono fruendo di quelle libertà fondamentali già riconosciute dalla costituzione.

In tale ottica, infatti, il principio di sussidiarietà costituirebbe solo una enunciazione di principio e sarebbe del tutto superfluo. Tale criterio si inserisce invece in una norma di carattere organizzativo che riguarda la suddivisione delle competenze amministrative: il primo comma, riguarda la primarietà dei Comuni nello svolgimento dell'azione amministrativa, l'ultimo azione dei cittadini.

Ne consegue che l'enunciazione in esame ha rilevanza *organizzativa* nel senso che lo Stato riconosce la competenza dei cittadini allo svolgimento delle funzioni pubbliche e che – pertanto – ne favorisce l'azione.

Sicché il termine "favorire" deve essere inteso nel senso di far "assumere una posizione prioritaria al privato rispetto al pubblico anche in settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi" (Cons. Stato, parere 1794/2002).

E per questo, si rende necessario il sostegno economico a tale azione, come pacificamente riconosciuto anche per la sussidiarietà verticale: ovvero lo Stato deve mettere in grado i cittadini di svolgere attività nell'interesse sociale, senza che questo costituisca un personale e gravoso onere per i medesimi.

Diversamente, si sarebbe di fronte ad un riconoscimento "fasullo" della sussidiarietà: si lascerebbe il privato agire in teoria, ma in pratica gli si precluderebbe tale possibilità lasciandolo privo di risorse adeguate.

La corretta applicazione della sussidiarietà orizzontale, invece, comporta, come esplicitato dalla norma costituzionale, una *azione positiva di sostegno* dell'azione dei cittadini diretta al perseguimento di un interesse generale.

e) LA SUSSIDIARIETÀ VERTICALE ALLA LUCE DELLE SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

1.- La sussidiarietà come principio dinamico

Numerose sono le sentenze della Corte Costituzionale intervenute a seguito di ricorsi inoltrati, per lo più dalle Regioni che assumevano lesa da parte dello Stato la competenza legislativa prevista dall'art. 117 della Costituzione.

La Corte è andata gradatamente elaborando la portata della sussidiarietà verticale alla luce del nuovo assetto costituzionale.

Interessante è rilevare che la stessa ha chiarito che la sussidiarietà indicata dall'art. 118 è diversa da quei richiami alla sussidiarietà contenuti nelle varie leggi di decentramento (le c.d. Bassanini).

“Enunciato nella legge 15 marzo 1997 n. 59 come criterio ispiratore della distribuzione legale delle funzioni amministrative fra lo Stato e gli altri enti territoriali e quindi già operante nella sua dimensione statica, come fondamento di un ordine prestabilito di competenze, quel principio, con la sua incorporazione nel testo della Costituzione, ha visto mutare il proprio significato. Accanto alla primitiva dimensione statica, che si fa evidente nella tendenziale attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai Comuni, è resa, infatti, attiva una vocazione dinamica della sussidiarietà, che consente ad essa di operare non più come *ratio* ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie” (Corte Cost. 303/2003).

Secondo la Corte, permane nell'ordinamento l'attività unificante dello Stato, la quale non è da considerarsi limitata alle sole materie di competenza esclusiva dello Stato o ai principi fondamentali in materie di competenza concorrente. Il principio di sussidiarietà, può comportare deroghe alle competenze previste dall'art. 118 proprio in considerazione di questa esigenza unitaria.

2. - *La attribuzione di funzioni amministrative in deroga all'art. 118*

Molteplici sono i casi sottoposti al vaglio della Corte Costituzionale in cui quest'ultima invece di dichiarare la illegittimità di una legge perché in violazione dell'art. 118 ha enunciato la applicabilità del principio di sussidiarietà verticale in nome di esigenze di esercizio unitario di determinate attività amministrative.

Così ad esempio la sentenza della Corte n. 6/2004 che ha ritenuto legittima la autorizzazione, prevista nella legge, del Ministero delle Attività produttive per la costruzione di impianti di energia elettrica.

“La qualificazione della normativa in esame come espressiva di una scelta del legislatore statale di considerare necessario il conferimento allo Stato della responsabilità amministrativa unitaria in materia, “sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza” di cui *all'art. 118, primo comma, Cost.*, deve superare la preliminare obiezione delle Regioni ricorrenti sull'idoneità della fonte statale a compiere questa scelta anche là dove le norme costituzionali affidano solo limitati poteri legislativi allo Stato, come appunto nel caso delle materie di cui al terzo comma *dell'art. 117 Cost.*.”

“Il superamento di questa obiezione appare agevole se si considera che la valutazione della necessità del conferimento di una funzione amministrativa ad un livello territoriale superiore rispetto a quello comunale deve essere necessariamente effettuata dall'organo legislativo corrispondente almeno

al livello territoriale interessato e non certo da un organo legislativo operante ad un livello territoriale inferiore (come sarebbe un Consiglio regionale in relazione ad una funzione da affidare – per l'esercizio unitario – al livello nazionale).

“Questa scelta legislativa che trova sicuro, seppur implicito, fondamento costituzionale nell'art. 118 Cost., in relazione al principio di legalità, deve giustificarsi in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza; questi ultimi, tuttavia, non possono trasformarsi – come questa Corte ha affermato nella sentenza n. 303 del 2003 – “in mere formule verbali capaci con la loro sola evocazione di modificare a vantaggio della legge nazionale il riparto costituzionalmente stabilito, perché ciò equivarrebbe a negare la stessa rigidità della Costituzione”.

“Proprio per la rilevanza dei valori coinvolti, questa Corte ha quindi affermato, nella medesima sentenza, che una deroga al riparto operato dall'art. 117 Cost. può essere giustificata “solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata”.

“In altri termini, perché nelle materie di cui all'art. 117, terzo e quarto comma, Cost., una legge statale possa legittimamente attribuire funzioni amministrative a livello centrale ed al tempo stesso regolarne l'esercizio, è necessario che essa innanzi tutto rispetti i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza nell'allocazione delle funzioni amministrative, rispondendo ad esigenze di esercizio unitario di tali funzioni.

“È necessario, inoltre, che tale legge detti una disciplina logicamente pertinente, dunque idonea alla regolazione delle suddette funzioni, e che risulti limitata a quanto strettamente indispensabile a tale fine. Da ultimo, essa deve risultare adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, deve prevedere adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali. Quindi, con riferimento a quest'ultimo profilo, nella perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi – anche solo nei limiti di quanto previsto dall'art. 11 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) – la legislazione statale di questo tipo “può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà” (sentenza n. 303 del 2003).

“Se si applicano i menzionati criteri alla normativa oggetto del presente giudizio, si rileva anzitutto la necessità dell'intervento dell'amministrazione statale in relazione al raggiungimento del fine di evitare il “pericolo di interruzione di fornitura di energia elettrica su tutto il territorio nazionale”

(art. 1 del *D.L. n. 7 del 2002*); non v'è dubbio, infatti, che alle singole amministrazioni regionali – che si volessero attributarie delle potestà autorizzatorie contemplate dalla disciplina impugnata – sfuggirebbe la valutazione complessiva del fabbisogno nazionale di energia elettrica e l'autonoma capacità di assicurare il soddisfacimento di tale fabbisogno. In relazione agli altri criteri, d'altra parte, non si può non riconoscere da un lato la specifica pertinenza della normativa oggetto del presente giudizio in relazione alla regolazione delle funzioni amministrative in questione, dall'altro che tale normativa si è limitata – nell'esercizio della discrezionalità del legislatore – a regolare queste ultime in funzione del solo fine di sveltire le procedure autorizzatorie necessarie alla costruzione o al ripotenziamento di impianti di energia elettrica di particolare rilievo.

“Resta da valutare il rispetto dell'ultimo criterio indicato, in relazione alla necessaria previsione di idonee forme di intesa e collaborazione tra il livello statale e i livelli regionali.

“Da quest'ultimo punto di vista devono considerarsi adeguati i due distinti livelli di partecipazione delle Regioni disciplinati nel *D.L. n. 7 del 2002*, quale convertito dalla *legge n. 55 del 2002*: per il primo comma dell'art. 1, quale opportunamente modificato in sede di conversione, la determinazione dell'elenco degli impianti di energia elettrica che sono oggetto di questi speciali procedimenti viene effettuata “previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano”; per il secondo comma dell'art. 1, l'autorizzazione ministeriale per il singolo impianto “è rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano le Amministrazioni statali e locali interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità di cui alla *legge 7 agosto 1990, n. 241*, e successive modificazioni, d'intesa con la Regione interessata”. Appare evidente che quest'ultima va considerata come un'intesa “forte”, nel senso che il suo mancato raggiungimento costituisce ostacolo insuperabile alla conclusione del procedimento – come, del resto, ha riconosciuto anche l'Avvocatura dello Stato – a causa del particolarissimo impatto che una struttura produttiva di questo tipo ha su tutta una serie di funzioni regionali relative al governo del territorio, alla tutela della salute, alla valorizzazione dei beni culturali ed ambientali, al turismo, etc.

“I due distinti livelli di partecipazione – dell'insieme delle Regioni nel primo caso e della Regione direttamente interessata nel secondo – realizzano quindi, ove correttamente intesi ed applicati dalle diverse parti interessate, sufficienti modalità collaborative e di garanzia degli interessi delle istituzioni regionali i cui poteri sono stati parzialmente ridotti dall'attribuzione allo Stato dell'esercizio unitario delle funzioni disciplinate negli atti impugnati. Né mancano, ovviamente, strumenti di tutela contro eventuali prassi applicative che non risultassero in concreto rispettose della doverosa leale collaborazione fra Stato e Regioni”.

“L'insieme di tali considerazioni evidenzia quindi l'infondatezza dei rilievi delle Regioni ricorrenti relativamente alla pretesa violazione dell'art.

118 Cost., sia in riferimento ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, sia per quel che concerne la fonte statale utilizzata.

“Devono ora essere affrontate le censure sollevate dalle ricorrenti in relazione a specifiche disposizioni degli atti normativi oggetto del presente giudizio.

“In particolare, alcuni di tali rilievi di costituzionalità riguardano la pretesa illegittima compressione dei poteri amministrativi e rappresentativi degli enti locali interessati, alla luce degli *articoli 117 e 118 Cost.*: più specificamente, si nega, da parte delle Regioni ricorrenti, che l’autorizzazione unica possa legittimamente essere configurata come sostitutiva di ogni altra autorizzazione di competenza degli enti locali e come modificativa degli strumenti urbanistici o del piano regolatore portuale, in quanto ciò sarebbe incompatibile con le competenze legislative regionali in materia di “governo del territorio”, nonché con le funzioni amministrative che sarebbero riconosciute *dall’art. 118 Cost.* a Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni.

“Tali censure non sono fondate.

“Quanto alla pretesa violazione *dell’art. 117 della Costituzione*, in questa sede ci si può limitare a richiamare le considerazioni svolte più sopra. La disciplina impugnata, infatti, concerne la allocazione e la regolazione di funzioni amministrative (in una materia affidata alla legislazione concorrente) e conseguentemente è *nell’art. 118 della Costituzione* e nei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza che deve trovare il proprio decisivo parametro di giudizio, secondo quanto esposto in precedenza”. (Sent. 6/2004 *cit.*)

3. L'accordo con le Regioni quale manifestazione della leale collaborazione: presupposto di legittimità dell'azione sussidiaria

Perché lo Stato possa legittimamente amministrare in sussidiarietà, al posto delle Regioni o degli altri enti territoriali, è necessario che si profilino esigenze di esercizio unitario.

Ma non è sufficiente: un’ulteriore condizione di legittimità richiede la Corte. Questa applica in analogia l’art. 120 della Costituzione, relativo ai poteri sostitutivi da parte del Governo, il quale esplicitamente prescrive che il comportamento di quest’ultimo sia ispirato alla “leale collaborazione”.

Ritiene la Corte che tale principio debba applicarsi ogniqualvolta lo Stato ritenga di applicare il principio di sussidiarietà verticale:

“Da questo punto di vista, va ritenuto insufficiente il meccanismo previsto dalla disposizione censurata, che – ai fini della emanazione del D.P.C.M. per la ripartizione del fondo e a differenza di quanto previsto dall’art. 20, comma 5, del *D.Lgs. n. 422 del 1997* – si limita a richiedere che sia “sentita” la Conferenza unificata Stato-Regioni di cui all’art. 8 del *D.Lgs. n. 281 del 1997*, riducendo in tal modo gli spazi di autonomia riconosciuti alle Regioni nel complessivo sistema di finanziamento del trasporto pubblico locale. È invece costituzionalmente necessario, al fine di assicurare in modo adeguato la *leale collaborazione* fra le istituzioni statali e regionali, che il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri cui fa riferimento la dispo-

sizione impugnata sia adottato sulla base di una vera e propria intesa con la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del *D.Lgs. n. 281 del 1997*." (*Corte Cost. 6 giugno 2005 n. 222*).

Pertanto, la verifica della legittimità costituzionale di una norma va condotta alla luce del principio di leale collaborazione, che determina la necessità di accordo con la Regione interessata o altre intese che costituiscano un reale coinvolgimento della Regione.

Diversamente, ove non sussista tale condizione, la norma deve essere dichiarata illegittima.

Interessante sul principio di leale collaborazione la recente sentenza n. 31/2006 che nel dichiarare che non spetta allo Stato, e per esso all'Agenzia del demanio, escludere la partecipazione delle Regioni al procedimento diretto all'alienazione di aree situate nel territorio della stessa Regione e appartenenti al demanio idrico dello Stato ha chiarito quanto segue :

“L'art. 86 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59) dispone che «Alla gestione dei beni del demanio idrico provvedono le Regioni e gli enti locali competenti per territorio»; il secondo comma aggiunge: «I proventi dei canoni ricavati dall'utilizzazione del demanio idrico sono introitati dalla Regione». I successivi artt. 89 e 105 elencano in modo dettagliato le funzioni conferite alle Regioni e agli enti locali.

“Alla luce del nuovo testo dell'art. 118 Cost., dopo la riforma del Titolo V della Parte II, l'attribuzione alle Regioni ed agli enti locali delle funzioni amministrative in materia è sorretta dal principio di sussidiarietà, che implica l'allocazione delle funzioni amministrative al livello di governo il più possibile prossimo alle comunità amministrative. D'altronde, l'esercizio dei poteri dominicali dello Stato nei confronti dei beni del demanio idrico deve necessariamente ispirarsi anche al principio costituzionale di leale collaborazione, proprio perché occorre in concreto bilanciare l'interesse dello Stato proprietario e gli interessi delle collettività locali fruitrici dei beni.

“Questa Corte ha costantemente affermato che il *principio di leale collaborazione* deve presiedere a tutti i rapporti che intercorrono tra Stato e Regioni: la sua elasticità e la sua adattabilità lo rendono particolarmente idoneo a regolare in modo dinamico i rapporti in questione, attenuando i dualismi ed evitando eccessivi irrigidimenti. La genericità di questo parametro, se utile per i motivi sopra esposti, richiede tuttavia continue precisazioni e concretizzazioni. Queste possono essere di natura legislativa, amministrativa o giurisdizionale, a partire dalla ormai copiosa giurisprudenza di questa Corte. Una delle sedi più qualificate per l'elaborazione di regole destinate ad integrare il parametro della leale collaborazione è attualmente il sistema delle Conferenze Stato-Regioni e autonomie locali. Al suo interno si sviluppa il confronto tra i due grandi sistemi ordinamentali della Repubblica, in esito al quale si individuano soluzioni concordate di questioni controverse.

“In materia di demanio idrico, in sede di Conferenza unificata è stato sottoscritto, nella seduta del 20 giugno 2002, un accordo rilevante per l'og-

getto della presente controversia: «Risultando in alcuni casi particolarmente attive le procedure di “sdemanzializzazione” (vendita al privato di aree demaniali), il provvedimento finale di sdemanzializzazione potrà essere assunto solo a seguito di parere favorevole delle Regioni e Province autonome, tenuto anche conto degli indirizzi della Autorità di bacino».

“Accordi come quello appena citato rappresentano la via maestra per conciliare esigenze unitarie e governo autonomo del territorio, poteri dominicali e interessi delle collettività amministrative. Il principio di leale collaborazione, anche in una accezione minimale, impone alle parti che sottoscrivono un accordo ufficiale in una sede istituzionale di tener fede ad un impegno assunto.

La via di concretizzazione del parametro della leale collaborazione che passa attraverso gli accordi in sede di Conferenza Stato-Regioni appare anche la più coerente con la sistematica delle autonomie costituzionali, giacché obbedisce ad una concezione orizzontale-collegiale dei reciproci rapporti più che ad una visione verticale-gerarchica degli stessi. ..” (sent. del 1 febbraio 2006 n. 31).

4. La deroga alle competenze legislative di cui all’art.117 Costituzione nell’ipotesi di applicazione del principio di sussidiarietà.

Di grande importanza risulta essere la sentenza 303/2003 che nell’esplicitare il meccanismo di funzionamento del principio di sussidiarietà ne ha esaminato anche il riflesso sulle competenze legislative indicate dall’art.117 della Costituzione.

Afferma in proposito la Corte che:

“Il nuovo *art. 117 Cost.* distribuisce le competenze legislative in base ad uno schema imperniato sulla enumerazione delle competenze statali; con un rovesciamento completo della previgente tecnica del riparto sono ora affidate alle Regioni, oltre alle funzioni concorrenti, le funzioni legislative residuali.

“In questo quadro, limitare l’attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principî nelle materie di potestà concorrente, come postulano le ricorrenti, significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze [basti pensare al riguardo alla legislazione concorrente dell’ordinamento costituzionale tedesco (*konkurrierende Gesetzgebung*) o alla clausola di supremazia nel sistema federale statunitense (*Supremacy Clause*)]. Anche nel nostro sistema costituzionale sono presenti congegni volti a rendere più flessibile un disegno che, in ambiti nei quali coesistono, intrecciate, attribuzioni e funzioni diverse, rischierebbe di vanificare, per l’ampia articolazione delle competenze, istanze di unificazione presenti nei più svariati contesti di vita, le quali, sul piano dei principî giuridici, trovano sostegno nella proclamazione di unità e indivisibilità della Repubblica. Un elemento di flessibilità è indubbiamente contenuto *nell’art. 118, primo comma, Cost.*, il quale si riferisce esplicitamente alle funzioni

amministrative, ma introduce per queste un meccanismo dinamico che finisce col rendere meno rigida, come si chiarirà subito appresso, la stessa distribuzione delle competenze legislative, là dove prevede che le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principî di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. È del resto coerente con la matrice teorica e con il significato pratico della sussidiarietà che essa agisca come *subsidiium* quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere; ma se ne è comprovata un'attitudine ascensionale deve allora concludersi che, quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato. *Ciò non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa, giacché il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge*, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto.

– “Una volta stabilito che, nelle materie di competenza statale esclusiva o concorrente, in virtù dell'art. 118, primo comma, la legge può attribuire allo Stato funzioni amministrative e riconosciuto che, in ossequio ai canoni fondanti dello Stato di diritto, essa è anche abilitata a organizzarle e regolarle, al fine di renderne l'esercizio permanentemente raffrontabile a un parametro legale, resta da chiarire che i principî di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel Titolo V e possono giustificare una deroga solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata. Che dal congiunto disposto degli artt. 117 e 118, primo comma, sia desumibile anche il principio dell'intesa consegue alla peculiare funzione attribuita alla sussidiarietà, che si discosta in parte da quella già conosciuta nel nostro diritto di fonte legale. Enunciato nella *legge 15 marzo 1997, n. 59* come criterio ispiratore della distribuzione legale delle funzioni amministrative fra lo Stato e gli altri enti territoriali e quindi già operante nella sua dimensione meramente statica, come fondamento di un ordine prestabilito di competenze, quel principio, con la sua incorporazione nel testo della Costituzione, ha visto mutare il proprio significato. Accanto alla primitiva dimensione statica, che si fa evidente nella tendenziale attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai Comuni, è resa, infatti, attiva una vocazione dinamica della sussidiarietà, che consente ad essa di operare non più come *ratio* ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie.

“Ecco dunque dove si fonda una concezione procedimentale e consensuale della sussidiarietà e dell'adeguatezza. Si comprende infatti come tali

principî non possano operare quali mere formule verbali capaci con la loro sola evocazione di modificare a vantaggio della legge nazionale il riparto costituzionalmente stabilito, perché ciò equivarrebbe a negare la stessa rigidità della Costituzione. E si comprende anche come essi non possano assumere la funzione che aveva un tempo l'interesse nazionale, la cui sola allegazione non è ora sufficiente a giustificare l'esercizio da parte dello Stato di una funzione di cui non sia titolare in base *all'art. 117 Cost.* Nel nuovo Titolo V l'equazione elementare interesse nazionale = competenza statale, che nella prassi legislativa previgente sorreggeva l'erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni, è divenuta priva di ogni valore deontico, giacché l'interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità, né di merito, alla competenza legislativa regionale.

“Ciò impone di annettere ai principî di sussidiarietà e adeguatezza una valenza squisitamente procedimentale, poiché l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà”.

Dall'ampio stralcio della sentenza riportato emerge con chiarezza che, in ossequio al principio di legalità, la deroga all'allocazione delle competenze amministrative, in nome del principio di sussidiarietà, determina anche una deroga alle competenze legislative previste dall'art. 117.

Considerato, infatti, che solo la legge può regolare le funzioni amministrative, ne consegue che in tal caso dovrà essere la legge statale a regolarle anche in materia che non appartiene alla sua competenza esclusiva o che non rientri nei principi fondamentali previsti per la legislazione concorrente.

5.- La legittimità dei finanziamenti statali

Particolare attenzione è stata posta dalla Corte alle ipotesi di finanziamento, da parte dello Stato, ad attività rientranti in materia di competenza regionale.

Molteplici sono le pronunce ove è stata presa in considerazione – per vagliarne la legittimità – una norma di legge statale che prevedeva un finanziamento diretto o comunque la costituzione di un fondo destinato a determinate finalità.

Con l'occasione, la Corte ha rilevato che il finanziamento vincolato incide sulla gestione od organizzazione di una materia, e quindi può determinare una lesione della ripartizione di competenze stabilita dall'art.117 della Costituzione.

“– La questione è fondata.

La norma impugnata – come si desume dalla sua formulazione letterale, nonostante la complessità dei molteplici richiami a disposizioni precedenti, e dalla stessa rubrica dell'art. 47 – disciplina interventi destinati alla formazione professionale: questa materia appartiene, nell'assetto definito dal

nuovo art. 117 della Costituzione, alla competenza residuale delle Regioni, in quanto non è inclusa nell'elenco delle materie attribuite dal secondo comma alla legislazione dello Stato ed è nel contempo espressamente esclusa dall'ambito della potestà concorrente in materia di istruzione, sancita dal successivo terzo comma (v. sentenza n. 13 del 2004).

“(omissis) – Con riferimento ai finanziamenti disposti da leggi statali in favore di soggetti pubblici o privati (mediante la costituzione di appositi fondi o il rifinanziamento di fondi già esistenti), questa Corte ha più volte affermato che – dopo la riforma costituzionale del 2001 ed in attesa della sua completa attuazione in tema di autonomia finanziaria delle Regioni (cfr. sentenze n. 320 e n. 37 del 2004) – l'art. 119 della Costituzione pone, sin d'ora, al legislatore statale precisi limiti in tema di finanziamento di funzioni spettanti al sistema delle autonomie (sentenza n. 423 del 2004).

“Anzitutto non è consentita l'erogazione di nuovi finanziamenti a destinazione vincolata in materie spettanti alla competenza legislativa, esclusiva o concorrente, delle Regioni (sentenze n. 16 del 2004 e n. 370 del 2003). Infatti il ricorso a questo tipo di finanziamento può divenire uno strumento indiretto, ma pervasivo, di ingerenza dello Stato nell'esercizio delle funzioni delle Regioni e degli enti locali, nonché di sovrapposizione di politiche e di indirizzi governati centralmente a quelli legittimamente decisi dalle Regioni negli ambiti materiali di propria competenza. (Corte Cost. 51/2005).

“In secondo luogo – giacché “le funzioni attribuite alle Regioni ricomprendono pure la possibilità di erogazione di contributi finanziari a soggetti privati, dal momento che in numerose materie di competenza regionale le politiche pubbliche consistono appunto nella determinazione di incentivi economici ai diversi soggetti che vi operano e nella disciplina delle modalità per la loro erogazione” (sentenza n. 320 del 2004) – questa Corte ha ripetutamente chiarito che il tipo di ripartizione delle materie fra Stato e Regioni di cui all'art. 117 Cost., “vieta comunque che in una materia di competenza legislativa regionale, in linea generale, si prevedano interventi finanziari statali seppur destinati a soggetti privati, poiché ciò equivarrebbe a riconoscere allo Stato potestà legislative e amministrative sganciate dal sistema costituzionale di riparto delle rispettive competenze” (sentenze n. 320, n. 423 e n. 424 del 2004).

“– Sulla base di tali consolidati principi (ed a maggior ragione, trattandosi di interventi in materia di competenza regionale residuale) il comma 1 dell'art. 47 deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo” (Corte Cost. 51/2005).

Il finanziamento vincolato da parte dello Stato deve essere quindi limitato alle materie rientranti nella sua competenza esclusiva, come ad esempio la tutela della concorrenza e del risparmio (art.117 lett. e) Cost.). A questo proposito, la Corte ha avuto modo di precisare che alla tutela della concorrenza sono da ascrivere quegli interventi che si caratterizzano per la loro dimensione nazionale e funzione di stimolo del mercato (Corte Cost. 134/2005).

Esaustiva in tal senso è la motivazione riguardante la tutela del c.d. “made in Italy”:

“Preliminarmente, deve osservarsi che il carattere (asseritamente) modesto dal punto di vista finanziario dell'intervento non è certamente decisivo per escludere la sua riconducibilità alla materia della “tutela della concorrenza” di cui *all'art. 117 Cost.*, secondo comma, ma può, al più, costituire un indizio in tale senso: ed infatti, deve rilevarsi che questa Corte ha sottolineato che “proprio l'aver accorpato, nel medesimo titolo di competenza, la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, i sistemi tributario e contabile dello Stato, la perequazione delle risorse finanziarie e la tutela della concorrenza rende palese che quest'ultima costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico ma anche in quell'accezione dinamica che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali” (*sentenza n. 14 del 2004*).

“Questa Corte ha quindi precisato (*sentenza n. 272 del 2004*) che “non spetta (ad essa) valutare in concreto la rilevanza degli effetti economici derivanti dalle singole previsioni di interventi statali stabilire, cioè, se una determinata regolazione abbia effetti così importanti sull'economia di mercato tali da trascendere l'ambito regionale (ma solo) che i vari strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi”.

“La (pretesa) modestia dell'intervento statale non determina, quindi, di per sé l'estraneità alla materia di cui alla lettera *e*) dell'*art. 117 Cost.*, secondo comma, ma potrebbe semmai costituire sintomo della manifesta irrazionalità della pretesa dello Stato di porre in essere, attraverso quell'intervento, uno strumento di politica economica idoneo ad incidere sul mercato; in breve, le scelte del legislatore sono, in questa materia, censurabili solo quando “i loro presupposti siano manifestamente irrazionali e gli strumenti di intervento non siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi” (*sentenza n. 14 del 2004*) e, pertanto, «il criterio della proporzionalità e dell'adeguatezza appare essenziale per definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla “tutela della concorrenza” e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali» (*sentenza n. 272 del 2004*).

“– Considerata alla luce dei principi appena ricordati, e che vanno qui ribaditi, la norma censurata rivela pianamente la sua natura di “ragionevole e proporzionato” intervento statale nell'economia volto a promuovere lo sviluppo del mercato attraverso una campagna che diffonda, con il marchio “*made in Italy*”, un'immagine dei prodotti italiani associata all'idea di una loro particolare qualità: dove è evidente la presenza di un rapporto, che certamente non può ritenersi irragionevole (e, tanto meno, manifestamente irragionevole), tra lo strumento impiegato e l'obiettivo (di sviluppo economico del Paese) che si è prefisso il legislatore statale, così come è evidente che sussiste il requisito dell'adeguatezza per ciò solo che lo strumento impiegato, per sua natura, suppone che sia predisposto e disciplinato dallo Stato perché solo lo Stato può porre in essere strumenti di politica economica tenden-

ti a svolgere sull'intero mercato nazionale un'azione di promozione e sviluppo (*sentenza n. 303 del 2003*).

“È ben vero che, dichiaratamente, il comma 61 dell'art. 4 mira alla diffusione all'estero (nei mercati mediterranei, dell'Europa continentale e orientale) del “*made in Italy*”, ma tale previsione, lungi dall'implicare la riconducibilità alla (ovvero una commistione con la) materia del “commercio con l'estero”, esprime soltanto l'auspicata ripercussione sul commercio con l'estero dell'intervento statale volto alla diffusione di un'idea di qualità dei prodotti (in generale) di origine italiana. La circostanza che un intervento di pertinenza dello Stato (come la Regione ricorrente riconosce, non contestandone la legittimità e l'opportunità) abbia in futuro ricadute (anche) su un settore dell'economia soggetto alla potestà legislativa concorrente non comporta interferenze tra materie (come non la comporterebbe, ad esempio, con il commercio con l'estero un intervento statale in tema di “dogane” o di “rapporti internazionali”).

“L'inquadramento della disciplina *de qua* nella materia-funzione della “tutela della concorrenza” – nel senso più volte affermato da questa Corte e qui ribadito – esclude che possa ravvisarsi una violazione del precetto di cui *all'art. 117 Cost.*, sesto comma, per il fatto che il regolamento disciplinante “le indicazioni di origine e l'istituzione ed uso del marchio” sia emanato dal Ministro delle attività produttive (di concerto con altri) senza coinvolgimento delle Regioni” (*Corte Cost. 175/2005*).

6.- *La “chiamata in sussidiarietà” in caso di interventi finanziari che riguardano lo sviluppo dell'intero Paese*

Anche per quanto concerne gli interventi finanziari, la Corte Costituzionale ne ha affermato la legittimità in ragione della chiamata in sussidiarietà nelle ipotesi in cui venga in rilievo un'esigenza di carattere nazionale, che trascende l'ambito di operatività delle singole Regioni. Allo Stato competono quegli strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese e che perciò rispondono ad un'esigenza unitaria, come si può bene leggere nella decisione che segue:

– “Tuttavia, questa Corte ha altresì già avuto occasione di affermare nella sentenza n. 14 del 2004 (anch'essa successivamente più volte confermata) che dal complessivo disegno di riparto delle competenze di cui al Titolo V della Costituzione ed in particolare dagli strumenti statali di intervento esclusivi elencati *nell'art. 117 Cost.*, comma 2, lettera *e*), emerge “l'intendimento del legislatore costituzionale del 2001 di unificare in capo allo Stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero paese”; ciò mentre “appartengono, invece, alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale tali comunque da non creare ostacolo alla libera circolazione delle persone e delle cose fra le Regioni e da non limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale (*art. 120 Cost.*, primo comma)”.

“Ciò significa che sussiste in generale una ineludibile responsabilità degli organi statali in tema di scelte di politica economica di sicura rilevan-

za nazionale, anche al di là della specifica utilizzabilità dei singoli strumenti elencati nel secondo comma *dell'art. 117 Cost.* (come appunto la “tutela della concorrenza” nel caso affrontato nella sentenza n. 14 del 2004); peraltro, in questi diversi casi, gli organi statali dovranno necessariamente utilizzare altri poteri riconosciuti allo Stato dal Titolo V della Costituzione.

“Nel caso di specie non si opera nell’ambito della “tutela della concorrenza”, neppure a volerla intendere in senso dinamico, dal momento che gli interventi previsti appaiono finalizzati semplicemente ad agevolare una maggiore capitalizzazione di alcune imprese medio-grandi, con un evidente ed importante impatto sul miglioramento del sistema societario, ma con una ricaduta necessariamente limitata e solo indiretta sull’attività economica nei tanti e diversi settori produttivi che potranno essere interessati.

“Ciò non toglie, peraltro, che il legislatore statale possa considerare necessario che anche in materie affidate alla competenza legislativa residuale o concorrente delle Regioni, si possano attrarre a livello centrale determinate funzioni amministrative “sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza” di cui al primo comma *dell'art. 118 Cost.*, dettando la relativa disciplina della funzione amministrativa in questione.

“Ciò è precisamente quanto avviene con la disciplina qui oggetto di censura, *la quale opera l’attribuzione al livello statale di una funzione amministrativa di temporaneo sostegno finanziario a determinate imprese produttive per evidenti finalità di politica economica.*

“– Come ben noto, questa Corte ha più volte ammesso che la legge statale “chiami in sussidiarietà” alcune funzioni in ambiti di normale competenza delle Regioni, peraltro nel rispetto di determinate condizioni.

“In linea generale, è ammissibile una deroga al normale riparto di competenze “solo se la valutazione dell’interesse pubblico sottostante all’assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata”, e “non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità” (*sentenza n. 303 del 2003*). Più precisamente, “perché nelle materie di cui *all'art. 117 Cost.*, terzo e quarto comma, una legge statale possa legittimamente attribuire funzioni amministrative a livello centrale ed al tempo stesso regolarne l’esercizio, è necessario che essa innanzi tutto rispetti i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza nella allocazione delle funzioni amministrative, rispondendo ad esigenze di esercizio unitario di tali funzioni. È necessario, inoltre, che tale legge detti una disciplina logicamente pertinente, dunque idonea alla regolazione delle suddette funzioni, e che risulti limitata a quanto strettamente indispensabile a tale fine” (*sentenza n. 6 del 2004*).

“Per poter compiere tale valutazione nel caso di specie, dirimente è la considerazione dell’esplicita finalizzazione del Fondo rotativo nazionale alla crescita e allo sviluppo del tessuto produttivo nazionale, in quanto per il raggiungimento di tale finalità *appare strutturalmente inadeguato il livello regionale, al quale inevitabilmente sfugge una valutazione d’insieme.* Ciò è

ancor più avvalorato dalla considerazione che il Fondo previsto dalle disposizioni impugnate si riferisce alle sole imprese medie e grandi “come qualificate dalla normativa nazionale e comunitaria”, nonché dall’affidamento al Comitato interministeriale per la programmazione economica del decisivo potere di determinare “le condizioni e le modalità di attuazione degli interventi di cui ai commi da 106 a 109”. Si tratta, pertanto, di un intervento volto a realizzare finalità di politica economica da attuare in contesti particolari che almeno in parte sfuggono alla sola dimensione regionale (l’intervento tramite Sviluppo Italia s.p.a. prefigurato dalla disciplina impugnata non esclude quello analogo delle Regioni, come reso evidente dallo stesso comma 106 dell’art. 4 della *legge 24 dicembre 2003, n. 350*, là dove prescrive che Sviluppo Italia s.p.a. intervenga nei settori dei beni e dei servizi “con priorità per quelli cofinanziati dalle Regioni”).

“Tuttavia, come già chiarito da questa Corte, la “chiamata in sussidiarietà” di funzioni che costituzionalmente spettano alle Regioni comporta anche la necessità che lo Stato coinvolga sostanzialmente le Regioni stesse, “poiché l’esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà” (cfr., ancora, *sentenza n. 303 del 2003*).

“Su questa linea si è anche ammesso che, ove non sussistano ancora adeguati strumenti di partecipazione delle Regioni ai procedimenti legislativi statali, quanto meno debbano essere previsti “adeguati meccanismi di cooperazione per l’esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali” (*sentenza n. 6 del 2004*).

“Nel caso in esame, mentre non appare configurabile alcun tipo di coinvolgimento delle Regioni nell’ambito dell’attività meramente gestoria affidata a Sviluppo Italia s.p.a., il fondamentale ruolo di tipo normativo in materia riconosciuto al CIPE è senz’altro in grado di costituire la sede idonea per un coinvolgimento delle Regioni che risulti adeguato ad equilibrare le esigenze di leale collaborazione con quelle di esercizio unitario delle funzioni attratte in sussidiarietà al livello statale; ciò comporta, necessariamente, la conseguenza che il comma 110 dell’art. 4 della *legge n. 350 del 2003* sia integrato dalla previsione che i poteri del CIPE in materia di determinazione delle condizioni e delle modalità di attuazione degli interventi di gestione del Fondo rotativo nazionale per gli interventi nel capitale di rischio possano essere esercitati solo di intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano” (Corte Cost. 242/2005).

Come sopra affermato dalla Corte, la “chiamata in sussidiarietà” deve rispondere ad un’esigenza unitaria, deve essere limitata e congrua rispetto al fine, e deve rispettare il canone della concertazione con le Regioni, in applicazione del principio di leale collaborazione.

f) *LA SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE*

1.- *La esplicazione del principio secondo il Consiglio di Stato*

In base al riformulato art.118 della Costituzione, “*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale*”.

La portata della norma è di grande rilievo giuridico e operativo, ed apre nuovi orizzonti di collaborazione tra cittadini e pubbliche amministrazioni.

Certo è che l’applicazione piena del principio comporta un cambiamento culturale, prima che giuridico, considerata la diffusa diffidenza nei confronti dell’azione del privato, portatore, storicamente, di un interesse contrapposto a quello generale perseguito per definizione dalla Pubblica Amministrazione.

I punti chiave della disposizione in esame sono rappresentati dalle seguenti enunciazioni della norma:

il significato del termine “favoriscono”;

la “autonoma iniziativa”

dei cittadini “singoli” o associati;

per lo svolgimento di attività di “interesse generale”.

Vale la pena prendere l’avvio dalla disamina effettuata dal Consiglio di Stato in alcuni pareri:

“Ben diversa è la nozione di sussidiarietà orizzontale che emerge dal quarto comma dell’articolo 118 Cost.: essa costituisce esito di un processo di rivisitazione dei rapporti tra autorità territoriali e comunità reso esplicito dall’articolo 4 c. 3 della legge 15 marzo 1997, n. 59, secondo il quale il conferimento di funzioni agli enti territoriali deve osservare, tra gli altri, :”*il principio di sussidiarietà, ... attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l’assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati*”, nonché dall’articolo 3, comma 5, ultima parte del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (già art. 2 della legge 3 agosto 1999, n. 265), secondo il quale: “*I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali*”.

“Tali norme (soprattutto l’articolo 4 c. 3 della legge n. 59 del 1997) rappresentano l’antecedente logico o, forse meglio, il precetto sostanziale poi inserito a livello fondamentale nella gerarchia delle fonti. Esse, al pari della disposizione costituzionale che le riproduce, non pongono alcun problema di riconoscimento, di autorizzazione per dir così e di qualificazione da parte delle pubbliche autorità rispetto alle attività di interesse generale poste in essere da soggetti comunitari in un contesto diverso da quello dello svolgimento dei pubblici poteri.

“È questa la prova di una *riserva originaria di materie* (attribuzioni si potrebbe dire utilizzando l’analogia con quanto la legge conferisce alle potestà pubbliche) *a soggetti esponenti del fenomeno della cittadinanza societa-*

ria, secondo la definizione di una recente dottrina sociologica. Per *cittadinanza societaria* deve intendersi l'aspetto relazionale che ai soggetti, prevalentemente comunitari (famiglie, associazioni), è conferito per il solo fatto di porsi nel contesto sociale e di operarvi al di fuori di regole pre confezionate da autorità munite di pubblici poteri: gli interessi sociali e generali che tali comunità esprimono attraverso l'assunzione di compiti, la risoluzione di problemi pratici compresenti in una collettività, la gestione di attività coerenti allo sviluppo della comunità stessa costituiscono manifestazioni originarie e non comprimibili di *cittadinanza societaria* che le autorità territoriali sono tenute a favorire e a rispettare, posto che esse si traducono, in una valutazione per dir così a posteriori, in uno svolgimento implicito di funzioni tipiche dell'ente pubblico di riferimento, come suggerisce il comma 5 dell'articolo 3 del testo unico sulle autonomie locali n. 267 del 2000.

“Si tratta, in altre parole, di prendere atto della coesistenza di interessi e di istanze che non necessariamente devono essere assunti dall'ente pubblico, quasi che quest'ultimo sia in grado di fagocitare gli interessi costituenti l'intera esponentza della collettività di riferimento. Esistono, cioè, forme di impegno e di attività, soprattutto nel versante sociale, ma non esclusivamente in quest'ultimo, che sono dislocate (e non possono non esserlo) a livello di soggetti utenti e agenti al medesimo tempo.

“L'articolo 118 Cost. enuncia il dovere per gli enti territoriali componenti la Repubblica di favorire tali forme di assunzione di responsabilità in contesti di interesse generale non gestiti dalla mano pubblica (o dalle organizzazioni privatistiche che sempre più frequentemente sono i successori dell'ente pubblico nelle gestioni dei servizi).

“Il fenomeno in esame, sorto dalla consapevolezza democratica che sempre di più emerge nella società civile, esprime una forma di relazione con i pubblici poteri non riconducibile al modulo formale della cittadinanza partecipativa o procedimentale, nella quale si realizzano le garanzie prevalentemente giuridiche del soggetto privato: esso costituisce quasi una specie di premessa alle forme di partecipazione (ovviamente elaborate e complesse dell'ordinamento pubblico generale), che mantiene una sua autonomia e un suo campo di azione riservato.

“Favorire e rispettare queste forme di attività, se riconosciute di interesse generale, costituisce per l'ente pubblico un dovere. È significativo, in proposito, rilevare come il quarto comma dell'articolo 118 della Costituzione disponga nei confronti di tutte le autorità territoriali, a partire dallo Stato, eliminando così in radice il dubbio (già revocato con sentenza della Corte costituzionale 14 dicembre 1998, n. 408) di una possibile funzione antiregionalista o, in genere, antiautonomista del principio di sussidiarietà (non solo in senso verticale).

“Il riconoscimento della coerenza all'interesse generale degli interventi della comunità di base non costituisce anche il titolo per la qualificazione del fenomeno comunitario e della sua ricezione nell'ordinamento generale, posto che, in quest'ultimo, il riconoscimento opera in virtù della primaria forma di espressione della soggettività a livello singolo o associati-

vo qui definita come *cittadinanza societaria*. Si tratta, in definitiva, di rideterminare le metodiche della democrazia non solo con riferimento ai poteri dei singoli nell'ordinamento generale (diritti soggettivi pubblici e situazioni giuridiche collegate), ma anche con riguardo alle forme di estrinsecazione della personalità sociale nel proprio contesto di base in ragione della consapevolezza democratica e della volontà sempre più decisa delle singole comunità di base di regolare al proprio interno scelte di interesse generale.

“Sotto un profilo puramente teorico, si tratta di prendere atto della sussistenza di ordinamenti di base muniti di una intrinseca capacità di gestione di interessi con rilievo sociale. In tali ordinamenti lo sviluppo delle relazioni e la scelta dei mezzi per il conseguimento di un fine giusto e adeguato è rimessa alla capacità delle organizzazioni societarie (in quanto munite della relativa cittadinanza) di interpretare e gestire i bisogni della collettività di riferimento.

“Il precetto costituzionale sancisce e conclude, a questa stregua, un percorso di autonomia non più collegato al fenomeno della entificazione, ma correlato più semplicemente alla società civile e al suo sviluppo democratico a livello quasi sempre volontario. Corollario di questa concezione della sussidiarietà orizzontale è che la medesima opera esclusivamente nel proprio ambito di riferimento senza commistioni con le attività che presuppongono, invece, uno statuto di situazioni correlate all'esercizio di pubblici poteri.

“In questa prospettiva, è evidente come le imprese (e gli eventuali aiuti alle stesse) nulla abbiano a che fare con il fenomeno della sussidiarietà orizzontale.

“Quest'ultima si esprime in forme diverse dall'impresa: l'art. 118 Cost. indica come protagonista del fenomeno il cittadino singolo o associato, le leggi ordinarie n. 59 del 1997 e n. 265 del 1999 collegano la sussidiarietà orizzontale alle famiglie, alle formazioni sociali, alle associazioni e alla comunità, configurando una capacità relazionale che si estrinseca in percorsi e metodiche rispetto alle quali, pur che sia salvaguardato il principio di democraticità implicito alle previsioni dell'articolo 18 Cost., i pubblici poteri non hanno sostanzialmente titolo all'intromissione.

“A prescindere dalla qualità del soggetto è comunque certo che la metodica dell'ausilio finanziario pubblico erogato in ambiti territoriali determinati può essere applicata anche ai fenomeni tipici della sussidiarietà orizzontale purché sussistano tutte le condizioni che implicitamente sono poste dai precetti (costituzionali e ordinari): sussistenza di una attività a cura e iniziativa di cittadini, famiglie, associazioni, comunità che si riveli adeguata e di interesse generale, tipicità della stessa attività e sua riferibilità esclusiva a quei soggetti, giudizio da parte dell'ente pubblico della necessità che il servizio o l'attività possano continuare per beneficio della comunità di riferimento, erogazione dell'ausilio quale forma di concorso per l'implicita utilizzazione dei benefici dall'intera collettività, anche politica, di riferimento.” (Consiglio di Stato, Adunanza del 25 agosto 2003, Sezione consultiva per gli atti normativi n.1440/2003).

In un altro importante parere il Consiglio di Stato afferma che:

“Come la Sezione ha già avuto modo di affermare nel suo parere n. 1354/02 reso dall’adunanza del 1° luglio 2002, in materia di fondazioni bancarie, l’intervento legislativo nei settori tipici dell’autonomia privata trova, ora, un fondamentale principio generale di riferimento nell’articolo 118, ultimo comma, della Costituzione, nel testo novellato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, che ha introdotto nel nostro ordinamento il cd. principio di “sussidiarietà orizzontale” affermando che *“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”*”.

“Come è stato affermato da autorevole dottrina pubblicistica e ribadito dal parere n. 1354/02, tale principio costituisce *“il criterio propulsivo in coerenza al quale deve da ora svilupparsi, nell’ambito della società civile, il rapporto tra pubblico e privato anche nella realizzazione delle finalità di carattere collettivo”*”.

“Sotto un altro profilo, si dà attuazione ad un principio economico anch’esso strettamente legato a tali premesse ideologiche, nel senso che appare meno necessario impiegare risorse pubbliche là dove operano, o sono in grado di operare, i privati, mediante il ricorso a forme di autofinanziamento e/o incremento delle risorse che provengono dall’apporto disinteressato dei singoli.

“Inoltre, il riconoscimento della portata innovativa della nuova norma costituzionale dispiega significative conseguenze anche con riferimento al Titolo I della Costituzione e, in particolare, alle norme di ordine sostanziale che disciplinano le garanzie dei cittadini – singoli e associati – nei confronti dei pubblici poteri. Ciò muta la stessa nozione di autonomia privata, nel senso che il suo riconoscimento assume portata prioritaria non solo quando essa è orientata alla realizzazione dei bisogni individuali (art. 41 Cost.), ma anche quando persegue utilità generali, configurando spazi autonomi di tutela per “attività strumentali” mediante le quali si persegue la realizzazione delle “utilità generali”, così da far assumere una posizione prioritaria al privato rispetto al pubblico anche in settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi.

“Naturalmente – afferma, tra l’altro, il menzionato parere n. 1354/02 – resta pur sempre nell’autonomia del legislatore accompagnare l’attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale con l’individuazione di strumenti di vigilanza e di controllo. Tale prospettiva appare confermata, nella materia in esame, dalla particolare cautela che la Costituzione e il legislatore ordinario hanno sempre posto non soltanto nella materia della “tutela” dei beni culturali ambientali, ma anche in quelle della “gestione” e “valorizzazione” degli stessi. Avendo riguardo alla “misura” dell’intervento pubblico, è stato fondatamente sostenuto che essa deve rispondere a criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, raffrontando i benefici dell’attività di vigilanza e controllo con i possibili costi economico-sociali che possono derivare, ad esempio, dal ritardo o dal rallentamento che tali funzioni di vigilanza possono provocare

sulle attività operative degli organismi privati vigilati” (Cons. Stato, parere della sezione consultiva per gli atti normativi 1794/2002).

L'importanza del ruolo del privato è evidenziata ulteriormente dal Consiglio di Stato:

“Come è stato affermato da autorevole dottrina pubblicistica, tale principio costituisce “*il criterio propulsivo in coerenza al quale deve da ora svilupparsi, nell’ambito della società civile, il rapporto tra pubblico e privato anche nella realizzazione delle finalità di carattere collettivo*”.

“Ciò trova riscontro in una visione – già delineata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale a partire dalla nota sentenza del 7 aprile 1988, n. 396, sulle IPAB – secondo cui lo Stato e ogni altra Autorità pubblica proteggono e realizzano lo sviluppo della società civile partendo dal basso, dal rispetto e dalla valorizzazione delle energie individuali, dal modo in cui coloro che ne fanno parte liberamente interpretano i bisogni collettivi emergenti dal “sociale” e si impegnano direttamente per la realizzazione di quelle che sulla base di tale parametro sono avvertite come utilità collettive, come esigenze proprie della comunità di cui fanno parte.

“Sotto un altro profilo, si dà attuazione ad un principio economico anch’esso strettamente legato a tali premesse ideologiche, nel senso che appare meno necessario impiegare risorse pubbliche là dove operano, o sono in grado di operare, i privati, mediante il ricorso a forme di autofinanziamento e/o incremento delle risorse che provengono dall’apporto disinteressato dei singoli.

“Il riconoscimento della portata innovativa della nuova norma costituzionale dispiega significative conseguenze anche con riferimento al Titolo I della Costituzione e, in particolare, alle norme di ordine sostanziale che disciplinano le garanzie dei cittadini – singoli e associati – nei confronti dei pubblici poteri.

“Ciò muta la stessa nozione di autonomia privata, nel senso che il suo riconoscimento assume portata prioritaria non solo quando essa è orientata alla realizzazione dei bisogni individuali (art. 41 Cost.), ma anche quando persegue utilità generali, configurando spazi autonomi di tutela per “attività strumentali” mediante le quali si persegue la realizzazione delle “utilità generali”, così da far assumere una posizione prioritaria al privato rispetto al pubblico anche in settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi.

“Il principio della sussidiarietà orizzontale introdotto dall’ultimo comma dell’articolo 118 Cost. produce implicazioni non meno rilevanti in tema di formazioni sociali, consentendo una lettura evolutiva dell’articolo 18 Cost. che vada oltre la letterale protezione, nei limiti del lecito, dei “fini” perseguiti dalle formazioni sociali e che consenta di sottolineare quel “valore aggiunto” che, rispetto ai singoli, esse sono in grado di produrre mediante il potenziamento e la previsione di organizzazioni articolate e complesse, capaci di avvalersi dell’apporto diretto e/o indiretto degli associati o di terzi, per l’affermazione dei valori collettivi di cui si fanno portatrici.

“Naturalmente, resta pur sempre nell’autonomia del legislatore accompagnare l’attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale con l’indivi-

duazione di strumenti di vigilanza e di controllo. Tale prospettiva appare confermata, nella materia in esame, dalla recente legge n. 112 del 2002, che rende esplicita l'esistenza di un "regime giuridico privatistico speciale" (Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere 1354/2002).

2.- Esame dell'art.118 della Costituzione: è norma immediatamente precettiva?

Come affermato dal parere su richiamato del Consiglio di Stato (Sezione consultiva per gli atti normativi n.1440/2003), è configurabile il sostegno anche economico alle attività svolte dai privati, ai sensi dell'art. 118, qualora sussistano le seguenti condizioni:

- sussistenza di una attività a cura e iniziativa di cittadini, famiglie, associazioni, comunità che si riveli adeguata e di interesse generale;
- tipicità della stessa attività e sua riferibilità esclusiva a quei soggetti;
- giudizio da parte dell'ente pubblico della necessità che il servizio o l'attività possano continuare per beneficio della comunità di riferimento;
- erogazione dell'ausilio quale forma di concorso per l'implicita utilizzazione dei benefici dall'intera collettività, anche politica, di riferimento.

Che del resto sia ammissibile il sostegno economico a favore dei privati che pongono in essere attività di interesse generale è insito nella novità contenuta nell'art.118 della Costituzione, atteso che, come già rilevato, anche prima dell'introduzione del principio di sussidiarietà, erano riconosciuti i diritti di libertà che permettevano ai cittadini di svolgere attività di ogni genere anche di interesse generale.

È proprio la natura *organizzativa del principio* che fa scaturire la logica conseguenza di un doveroso sostegno, anche economico, a favore dei cittadini, così come gli enti pubblici che svolgono le funzioni amministrative – anche in applicazione del principio di sussidiarietà – devono avere le risorse economiche per il svolgimento di tali compiti.

In definitiva il privato che agisce ai sensi dell'art. 118 non svolge un'attività di volontariato, ma una funzione sostanzialmente pubblica, che, come tale, deve essere sostenuta economicamente dall'ordinamento.

Quest'ultimo provvederà anche agli opportuni controlli relativi alla regolarità di utilizzazione delle risorse in relazione al tipo di attività svolta.

A conferma di quanto esposto, sia pure in modo stringato, interviene la legge 131/2001 (c.d. Legge "La Loggia"), secondo cui "*quando sono impiegate le risorse pubbliche, si applica l'art. 12 della legge 7 agosto 1990 n. 241*". (art. 7 comma 1).

Come è noto, l'art. 12 citato prevede che le amministrazioni pubbliche predeterminino e pubblicino i criteri e le modalità di corresponsione di contributi o altri vantaggi economici a privati.

Preso atto che legittimamente le p.a. possono stabilire la erogazione a privati, singoli o associati, di contributi per lo svolgimento di attività di interesse generale, occorre chiedersi, ai fini della immediata precettività della norma, quali siano i criteri di valutazione dell'interesse generale perseguito dalla attività.

Il problema non è di poco conto, considerato che, da una parte, non è necessario che la attività sia “delegata” dalla p.a. ai cittadini: il dettato della norma si riferisce, infatti, alla iniziativa “autonoma” dei cittadini, singoli o associati.

Si potrebbe forse pensare che i cittadini agiscano “in surroga” dell’Amministrazione, ogniqualevolta questa sia inadempiente, come ad esempio nel caso di una cattiva manutenzione di una strada, o di sporcizia in ambienti pubblici, o mancata manutenzione di locali o macchinari presenti in edifici pubblici (come scuole, ospedali, ecc.).

In tal caso si renderebbe necessaria, da parte dei privati, una sorta di diffida ad adempiere, i cui termini scaduti legittimerebbero l’azione dei privati e quindi il rimborso delle spese sostenute (per la riparazione, la manutenzione, l’apposizione di un segnale di pericolo, la pulizia di locali ecc.).

Sotto il profilo contenutistico pare che le attività “in surroga” sopra descritte non esauriscano la portata dell’art. 118.

“Autonoma iniziativa” non si esaurisce né facendo riferimento ad una attività meramente delegata, né sostituiva di un’inadempienza del soggetto pubblico, anche se comunque comprensiva delle predette ipotesi.

Sotto il profilo giuridico si pongono alcuni problemi, correlati in particolare modo al profilo della responsabilità per danni nel corso dell’esercizio della attività, nonché del titolo per il riconoscimento della attività rimborsabile.

Ulteriore elemento di riflessione è dato dal comma 1-ter della legge 241/1990, introdotto dall’art. 1 della legge 11 febbraio 2005 n. 15.

Secondo tale norma: “I soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1” e cioè quei criteri di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza secondo le disposizioni previste dalla stessa legge 241/1990 e delle altre che disciplinano i singoli procedimenti.

Per quanto concerne un primo aspetto si ritiene che comunque l’attività svolta dal privato rimanga tale anche se indirizzata ad un interesse pubblico, e tale debba essere regolata sotto i diversi profili giuridici.

Più delicato è il profilo relativo al riconoscimento della attività rimborsabile da parte della p.a., stante anche il profilo contabile che deve essere considerato.

Quali sono le spese che legittimamente la P.A. può impegnare in ordine ad attività svolte da privati ai sensi dell’art. 118?

Il problema è senz’altro complesso e di non semplice soluzione: si ritiene tuttavia che non costituisca un ostacolo alla immediata precettività della norma.

La soluzione, infatti, può venire proprio dall’art. 7 della legge 131/2000, sopra richiamato, che rinvia alla applicabilità dell’art. 12 della legge 241/1990 ogni volta che siano impiegate risorse pubbliche.

In conclusione, non c’è dubbio che la corretta applicazione dell’art. 118 u.c. richieda un approfondimento dottrinale, e giurisprudenziale, circa la applicabilità degli istituti previsti dalla legge 241/1990 per fornire le linee

guida di azione sia per le pubbliche amministrazioni che per i privati desiderosi di impegnarsi per il bene della comunità.

Si ritiene, però, che buona parte della soluzione del problema sia nella mentalità e nelle mani dei pubblici amministratori che, in considerazione dell'esistenza del nuovo principio di sussidiarietà orizzontale, provvedano a predeterminare e a rendere pubblici i criteri di erogazione di somme a favore di privati, con la contestuale indicazione delle attività di interesse generale, per il cui svolgimento vengono erogate.

3.- La nuova visione del cittadino come risorsa: il capitale sociale

La impostazione sopra descritta, cambia radicalmente i rapporti cittadino-pubblica amministrazione: lo stesso è infatti considerato sempre di più dall'ordinamento come una risorsa per il Paese.

Come è stato autorevolmente osservato (Pizzetti), l'art. 118 u.c. introduce non solo un nuovo modello di amministrazione, ma anche un nuovo modello di democrazia ove i cittadini prendono parte alla vita civile non solo attraverso l'esercizio del diritto di voto, ma anche attraverso l'assunzione in prima persona del ruolo di protagonisti nella gestione della cosa pubblica.

In questa prospettiva, il cittadino diventa sempre di più una ricchezza umana in grado di rinnovare in modo positivo e propositivo le strutture spesso burocraticizzate delle varie pubbliche amministrazioni.

A questo proposito, recenti studi evidenziano l'esistenza di un nuovo indicatore del livello di ricchezza di una società: il "capitale sociale", costituito da quelle relazioni positive, basate sulla fiducia, che facilitano la collaborazione tra individui, famiglie e gruppi sociali.

Secondo il noto sociologo Pierpaolo Donati, il capitale sociale è rappresentato da "quelle caratteristiche – di forma e contenuto – inerenti alla struttura delle relazioni sociali che facilitano l'azione cooperativa di individui, famiglie e gruppi sociali e organizzazioni in genere".

Non è questa la sede per approfondire la disamina sulla rilevante importanza del "capitale sociale" per un Paese, che va ben al di là del PIL e dà il polso circa il benessere globale, e non solo economico, dello stesso.

Basti ricordare che la prima fonte di capitale sociale è individuata nella famiglia e che dalla stessa, in gran parte, scaturiscono risorse positive o negative per la società con conseguenze determinanti anche sotto il profilo economico.

Basti pensare che attualmente le famiglie garantiscono assistenza al 76% degli anziani non autosufficienti, e che l'indebolimento dei legami affettivi finirebbe per ripercuotersi sull'assistenza pubblica, con un aggravio dei costi sociali.

La famiglia, infatti, è il luogo privilegiato in cui si forgiavano gli stili di vita, dove prendono forma le abitudini alimentari, ma anche l'educazione al controllo di molte forme di uso-abuso: si pensi al fumo e all'alcool, ma anche a quegli atteggiamenti tossicofilici che preludono a ben più gravi forme di tossicodipendenza.

Nella famiglia, caratterizzata dalla gratuità e dalla fiducia, il rapporto di affetto produce autostima, è “fattore di protezione” contro l’uso di sostanze stupefacenti, e crea capacità di servizio agli altri, sia all’interno della famiglia che al di fuori, attraverso azioni di volontariato di vario genere che intessono il tessuto della società civile e ne migliorano il benessere globale.

4. - *Da un welfare assistenziale ad uno sussidiario.*

Secondo un modello di tipo assistenziale, il benessere sociale è stato essenzialmente perseguito in termini di esigui sussidi destinati all’individuo svincolato dal contesto familiare, attraverso l’erogazione di una varia gamma di prestazioni al cittadino anziano, disoccupato, invalido, in maternità ecc., considerando una situazione di disagio isolata che prescindeva dal suo inserimento in un contesto relazionale più ampio.

Queste forme di erogazione non hanno quasi mai determinato un miglioramento effettivo di tali situazioni, ma hanno comunque prodotto un deficit finanziario statale assai rilevante, al punto da mettere in crisi il modello assistenziale seguito e imporre la ricerca di nuove forme di solidarietà.

In sostanza, nel perseguimento del *welfare* non è stato valorizzato un fattore fondamentale di benessere discendente dal carattere relazionale legato all’essenza stessa della persona.

Questo benessere di tipo affettivo è determinato, come sopra ricordato, da un ambito familiare che si prende cura della persona nella sua totalità e quindi anche delle situazioni di disagio che riguardano ogni individuo nel corso della vita (anzianità, malattia ecc.).

Il benessere della famiglia si riverbera inevitabilmente con un immediato rapporto “causa-effetto” sul benessere della società, per cui rafforzare l’istituto della famiglia come luogo di relazioni e come fonte di benessere, prima personale e poi sociale, è quindi diventato urgente in un momento in cui il disavanzo pubblico impedisce di continuare ad intraprendere azioni isolate e frammentate senza alcuna strategia e coordinamento dati da una visione di insieme.

Eppure in Italia la spesa per la famiglia è la minore in Europa.

L’Italia dedica appena lo 0,9% della ricchezza nazionale alle politiche familiari.

Tutti gli altri Paesi dell’Unione a 15 spendono molto di più per la famiglia, a partire dal Portogallo e dai Paesi Bassi che destinano l’1,2% del loro Pil alle politiche familiari. Seguono (in ordine crescente): Irlanda 1,9%, Grecia 2,1%, Regno Unito 2,4%, Belgio 2,6%, Austria 2,9%, Francia e Germania 3%, Lussemburgo e Finlandia 3,4%, Svezia 3,5%, Danimarca 3,8%.

L’Italia è pertanto abbondantemente al di sotto della media dell’Unione Europea, che è pari al 2,3%. Solo la Spagna sta peggio di noi con lo 0,4% del Pil.

Questo mette in evidenza la difficoltà delle famiglie italiane a concepire figli (il tasso di fecondità medio per la donna italiana è pari a 1,2: il più basso d’Europa) a causa degli scogli economici e della latitanza delle politiche a sostegno della famiglia.

Uno dei principali strumenti a sostegno della famiglia è di natura fiscale. Il sistema fiscale italiano prevede infatti diverse misure di detrazioni Irpef per familiari a carico, in relazione al reddito del contribuente e al numero dei figli.

I sussidi monetari, attualmente in vigore a sostegno delle famiglie, appaiono del tutto inadeguati al mantenimento dei figli: l'arrivo del primo figlio comporta mediamente una diminuzione del reddito a disposizione tra il 18% il 45% ed una spesa aggiuntiva compresa tra i 500 e gli 800 euro mensili, variabili in relazione all'età e alla collocazione geografica.

L'insufficienza delle detrazioni fiscali in vigore nel nostro Paese risulta evidente nel confronto con Francia e Germania: per una famiglia con due figli a carico e un reddito complessivo di 30 mila euro il risparmio d'imposta previsto è pari a poco più di 500 euro in Italia, di tremila euro in Francia e di seimila in Germania.

Le famiglie che vivono in condizione di indigenza, in base agli ultimi dati disponibili sono circa 2 milioni e mezzo (l'11% del complesso), concentrate per i due terzi nel Mezzogiorno d'Italia.

La povertà è sensibilmente più diffusa tra le famiglie con una o più persone in cerca di occupazione: essa colpisce il 9,4% dei nuclei familiari in cui nessuno risulta disoccupato, il 21,1% delle famiglie con una persona in cerca di occupazione oltre un terzo (il 37,3%) di quelle con due o più persone disoccupate.

La famiglia è anche un operatore economico sul mercato interno che oggi ha difficoltà a formulare una domanda di beni di consumo, anche di prima necessità, a causa del rilevante aumento dei prezzi e del costo delle abitazioni (canoni d'affitto e mutui) con conseguente riduzione di risorse spendibili. Di qui le lamentate difficoltà del mercato interno, che si riversano sulla produzione.

È, pertanto, necessario restituire alla famiglia una capacità di spesa che può essere perseguita soltanto liberando risorse attraverso il classico strumento di sollecitazione dei consumi caratterizzato da riduzione d'imposte con conseguente liberazione di risorse.

È per questo che in molti paesi europei, dalla Francia alla Svezia, si è individuato un sistema di tassazione dei redditi familiari attraverso meccanismi diversi ma che in ogni caso hanno la caratteristica di depurare il reddito imponibile dalle spese necessarie per il mantenimento dei singoli, dei figli e degli anziani a carico della famiglia (c.d. "quoziente familiare" nell'ipotesi in cui il reddito si cumuli tra i due coniugi e si divida per un quoziente prestabilito a seconda del numero dei figli, BIF – *basic income family* – laddove il costo dei figli sia dedotto dall'imponibile nella misura stabilita per il mantenimento mensile di ogni figlio).

Tale impostazione, è stata autorevolmente denominata (Antonini) di "sussidiarietà fiscale".

La conseguenza sul piano economico è quella della liberazione di risorse, con effetti positivi sul mercato e quindi sul sistema fiscale nel suo complesso (per effetto dell'incremento degli scambi), e della riduzione di oneri a

carico dello Stato e degli enti pubblici in relazione all'assistenza per malati ed anziani che può essere assicurata in famiglia con vantaggi psicologici evidenti e riduzione del disagio.

g) *LA SUSSIDIARIETÀ IN EUROPA*

1.- *La sussidiarietà verticale*

Quali sono i rapporti tra gli Stati membri e la Unione europea?

La risposta non è così semplice ed implica la soluzione a importanti problemi sottesi: quali la natura stessa dell'Unione ma, ancor più – sotto l'aspetto politico – la delimitazione della sovranità degli Stati.

In un'Europa dove la conflittualità ha generato sanguinosi conflitti mondiali, fino a che punto i singoli Stati intendono spogliarsi di poteri conquistati non di rado con la forza, e gelosamente conservati?

C'è inoltre da considerare il “*deficit di democrazia*” lamentato da molti: come è noto, infatti, attualmente il Parlamento europeo, eletto dal popolo, non ha però compiti legislativi ma solo consultivi. Il potere normativo spetta ad organi, quali il Consiglio e la Commissione, che non sono rappresentativi dei cittadini, ma composti da pochi membri scelti dai Governi degli Stati.

Fino a dove, quindi, si può spingere l'Unione andando ad incidere sul diritto interno dei singoli Stati?

La risposta potrebbe sembrare chiara leggendo l'art. 5 del TCE, secondo il quale: “*La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente trattato.*”

“*Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possano essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario.*”

“*L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato.*”

Si osserva in proposito:

a) il Trattato distingue tra: le competenze che spettano in via esclusiva alla Comunità, e quelle che spettano congiuntamente agli Stati membri e alla Comunità;

b) In questo secondo caso, e cioè, nelle materie di competenze condivise -“concorrenti”-, il principio regolatore tra Comunità e Stati è quello di sussidiarietà della azione della Comunità rispetto ai singoli Stati.

Ma quali poteri hanno gli Stati membri di controllare il rispetto del principio?

Lo stesso è stato ritenuto in linea teorica talmente importante da giustificare la predisposizione di accordi per controllare la sua effettiva operatività.

Il “*Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*” firmato ad Amsterdam nel 1997 (ed entrato in vigore il 1 maggio 1999) prescrive tra l'altro che:

“(1) Ciascuna istituzione assicura, nell'esercizio delle sue competenze, il rispetto del principio della sussidiarietà. Assicura inoltre il rispetto del princi-

pio della proporzionalità, secondo il quale l'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del trattato.

(2) L'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità avviene nel rispetto delle disposizioni generali e degli obiettivi del trattato, con particolare riguardo al completo mantenimento dell'*acquis* comunitario e dell'equilibrio istituzionale; non deve ledere i principi elaborati dalla Corte di giustizia relativamente al rapporto fra diritto nazionale e diritto comunitario e dovrebbe tenere conto dell'articolo 6, paragrafo 4, del trattato sull'Unione europea, secondo il quale "l'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche".

(3) Il principio di sussidiarietà non rimette in questione le competenze conferite alla Comunità dal trattato, come interpretato dalla Corte di giustizia. I criteri di cui all'articolo 5, secondo comma del trattato, riguardano settori che non sono di esclusiva competenza della Comunità. Il principio di sussidiarietà dà un orientamento sul modo in cui tali competenze debbono essere esercitate a livello comunitario. *La sussidiarietà è un concetto dinamico e dovrebbe essere applicata alla luce degli obiettivi stabiliti nel trattato.* Essa consente che l'azione della Comunità, entro i limiti delle sue competenze, sia ampliata laddove le circostanze lo richiedano e, inversamente, ristretta e sospesa laddove essa non sia più giustificata.

(4) Le motivazioni di ciascuna proposta di normativa comunitaria sono esposte, onde giustificare la conformità della proposta ai principi di sussidiarietà e proporzionalità; le ragioni che hanno portato a concludere che un obiettivo comunitario può essere conseguito meglio dalla Comunità devono essere confortate da indicatori qualitativi o, ove possibile, quantitativi.

(5) Affinché l'azione comunitaria sia giustificata, devono essere rispettati entrambi gli aspetti del principio di sussidiarietà: *gli obiettivi dell'azione proposta non possono essere sufficientemente realizzati con l'azione degli Stati membri nel quadro dei loro sistemi costituzionali nazionali e perciò possono dunque essere meglio conseguiti mediante l'azione da parte della Comunità.*

Per valutare se la condizione di cui sopra è soddisfatta dovrebbero essere applicati i seguenti principi guida:

– il problema in esame presenta aspetti transnazionali che non possono essere disciplinati in maniera soddisfacente mediante l'azione degli Stati membri;

– le azioni dei soli Stati membri o la mancanza di un'azione comunitaria sarebbero in conflitto con le prescrizioni del trattato (come la necessità di correggere distorsioni di concorrenza o evitare restrizioni commerciali dissimulate o rafforzare la coesione economica e sociale) o comunque pregiudicherebbero in modo rilevante gli interessi degli Stati membri;

– l'azione a livello comunitario produrrebbe evidenti vantaggi per la sua dimensione o i suoi effetti rispetto all'azione a livello di Stati membri.

(6) La forma dell'azione comunitaria deve essere quanto più possibile semplice, in coerenza con un soddisfacente conseguimento dell'obiettivo della misura e con la necessità di un'efficace applicazione. La Comunità

legifera soltanto per quanto necessario. A parità di altre condizioni, le direttive dovrebbero essere preferite ai regolamenti e le direttive quadro a misure dettagliate. Le direttive di cui all'articolo 189 del trattato, mentre sono vincolanti per lo Stato membro al quale sono indirizzate per quanto concerne il risultato da raggiungere, lasciano alle autorità nazionali facoltà di scelta riguardo alla forma e ai metodi.

(7) Riguardo alla natura e alla portata dell'azione comunitaria, le misure comunitarie dovrebbero lasciare il maggior spazio possibile alle decisioni nazionali, purché sia garantito lo scopo della misura e siano soddisfatte le prescrizioni del trattato. Nel rispetto del diritto comunitario, si dovrebbe aver cura di salvaguardare disposizioni nazionali consolidate nonché l'organizzazione ed il funzionamento dei sistemi giuridici degli Stati membri. Se opportuno, e fatta salva l'esigenza di un'effettiva attuazione, le misure comunitarie dovrebbero offrire agli Stati membri vie alternative per conseguire gli obiettivi delle misure.

(8) Quando, in virtù dell'applicazione del principio della sussidiarietà, la Comunità non intraprende alcuna azione, gli Stati membri sono tenuti a conformare la loro azione alle norme generali enunciate all'articolo 5 del trattato, adottando tutte le misure idonee ad assicurare l'assolvimento degli obblighi loro incombenti in forza del trattato e astenendosi da qualsiasi misura che possa compromettere il conseguimento degli obiettivi del trattato.

(9) Fatto salvo il suo diritto d'iniziativa, la Commissione dovrebbe:

– eccettuati i casi di particolare urgenza o riservatezza, effettuare ampie consultazioni prima di proporre atti legislativi e se necessario pubblicare i documenti delle consultazioni;

– giustificare la pertinenza delle sue proposte con riferimento al principio di sussidiarietà; se necessario, la motivazione che accompagna la proposta fornirà dettagli a questo riguardo. Il finanziamento, totale o parziale, di azioni comunitarie con fondi del bilancio comunitario richiede una spiegazione;

– tenere nel debito conto la necessità che gli oneri, siano essi finanziari o amministrativi, che ricadono sulla Comunità, sui governi nazionali, sugli enti locali, sugli operatori economici, sui cittadini, siano minimi e commisurati all'obiettivo da conseguire;

– presentare una relazione annuale al Consiglio europeo, al Parlamento europeo e al Consiglio circa l'applicazione dell'articolo 5 del trattato. La relazione annuale deve anche essere inviata al Comitato delle Regioni e al Comitato economico e sociale.

(10) Il Consiglio europeo tiene conto della relazione della Commissione di cui al paragrafo 9, quarto trattino, nel quadro della relazione sui progressi compiuti dall'Unione, che deve presentare al Parlamento europeo a norma dell'articolo 4 del trattato sull'Unione europea.

(11) Nel pieno rispetto delle procedure applicabili, il Parlamento europeo e il Consiglio procedono all'esame della conformità delle proposte della Commissione con le disposizioni dell'articolo 5 del trattato, quale parte integrante dell'esame generale delle medesime. La presente disposizione riguar-

da sia la proposta iniziale della Commissione sia le modifiche che il Parlamento e il Consiglio prevedono di apportare alla proposta.

(12) Nel corso delle procedure di cui agli articoli 251 e 252 del trattato, il Parlamento europeo è informato della posizione del Consiglio sull'applicazione dell'articolo 5 del trattato mediante l'esposizione dei motivi che hanno indotto il Consiglio ad adottare la posizione comune. Il Consiglio informa il Parlamento europeo dei motivi in base ai quali una proposta della Commissione è giudicata in tutto o in parte non conforme all'articolo 5 del trattato.

(13) L'osservanza del principio di sussidiarietà è riveduta secondo le regole stabilite dal trattato."

L'articolato protocollo dimostra grande attenzione al principio di sussidiarietà ed indica in modo chiaro che solo laddove l'azione del singolo Stato non sia sufficiente al raggiungimento degli obiettivi comunitari, interviene l'Unione.

Tuttavia occorre rilevare che si contano a centinaia gli atti della Comunità (direttive, decisioni, risoluzioni, regolamenti) in cui, con formula ormai tralasciata contenuta in motivazione, si legittima l'intervento della Comunità nelle più diverse materie di competenza concorrente (dalle disposizioni sull'igiene dei mangimi; al rispetto dei diritti della proprietà intellettuale; alle statistiche sulla formazione professionale nelle imprese; ai sedili, ai loro ancoraggi e ai poggiatesta dei veicoli a motore; ai servizi armonizzati di informazione fluviale; ecc.), sulla base del presupposto che lo scopo perseguito dall'atto comunitario "*non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e, può dunque essere realizzato meglio a livello comunitario*".

Né risultano decisioni della Corte di Giustizia in materia, che contribuiscano a chiarire i termini di operatività del principio, al di là delle affermazioni contenute nel protocollo.

In definitiva di fronte ad una produzione normativa della Comunità quasi alluvionale, è difficile comprendere se il rispetto del principio di sussidiarietà costituisca solo un suono di parole o anche un criterio effettivo di valutazione dei limiti di legittimità dell'azione comunitaria.

Il principio di sussidiarietà verticale è stato ripreso dall'art. I-11 della *Costituzione europea*.

Secondo tale norma, che richiama integralmente la dizione già del Trattato CE sulla sussidiarietà, le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà "*conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto di tale principio secondo la procedura prevista in detto protocollo*".

La Costituzione adegua il *protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità* allegato al trattato che istituisce la Comunità europea (trattato CE) firmato ad Amsterdam: la principale innovazione introdotta, riguarda la creazione di un *meccanismo di controllo del-*

l'applicazione del principio di sussidiarietà che per la prima volta coinvolge direttamente i parlamenti nazionali.

Ogni parlamento nazionale potrà riesaminare i progetti di atti legislativi ed emettere un parere motivato, ogniqualvolta ritenga che il principio di sussidiarietà non sia stato rispettato. Se un terzo dei parlamenti condivide lo stesso parere, la Commissione o l'istituzione che ha presentato il progetto dovrà riesaminare la sua proposta.

Al termine di questo riesame, la Commissione o qualsiasi altra istituzione interessata potrà decidere di ritirare la sua proposta oppure di mantenerla o di modificarla, ma sarà comunque tenuta a motivare la sua scelta. Il protocollo, come si può leggere nel testo che sotto si riporta, conferisce inoltre ai parlamenti nazionali la facoltà di presentare alla Corte, attraverso il proprio Stato membro, un ricorso per violazione del principio di sussidiarietà da parte di un atto legislativo.

“Articolo 1.- Ciascuna istituzione vigila in modo continuo sul rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità definiti nell'articolo I-11 della Costituzione.

Articolo 2.- Prima di proporre un atto legislativo europeo, la Commissione effettua ampie consultazioni. Tali consultazioni devono tener conto, se del caso, della dimensione regionale e locale delle azioni previste. Nei casi di straordinaria urgenza, la Commissione non procede a dette consultazioni. Essa motiva la decisione nella proposta.

Articolo 3.- Ai fini del presente protocollo, per «progetto di atto legislativo europeo» si intende la proposta della Commissione, l'iniziativa di un gruppo di Stati membri, l'iniziativa del Parlamento europeo, la richiesta della Corte di giustizia, la raccomandazione della Banca centrale europea e la richiesta della Banca europea per gli investimenti, dirette all'adozione di un atto legislativo europeo.

Articolo 4.- La Commissione trasmette i progetti di atti legislativi europei e i progetti modificati ai parlamenti nazionali nello stesso momento in cui li trasmette al legislatore dell'Unione.

Il Parlamento europeo trasmette i suoi progetti di atti legislativi europei e i progetti modificati ai parlamenti nazionali.

Il Consiglio trasmette i progetti di atti legislativi europei presentati da un gruppo di Stati membri, dalla Corte di giustizia, dalla Banca centrale europea o dalla Banca europea per gli investimenti, e i progetti modificati, ai parlamenti nazionali.

Non appena adottate, le risoluzioni legislative del Parlamento europeo e le posizioni del Consiglio sono da loro trasmesse ai parlamenti nazionali.

Articolo 5.- I progetti di atti legislativi europei sono motivati con riguardo al principio di sussidiarietà e di proporzionalità. Ogni progetto di atto legislativo europeo dovrebbe essere accompagnato da una scheda contenente elementi circostanziati che consentano di valutare il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Tale scheda dovrebbe fornire elementi che consentano di valutarne l'impatto finanziario e le conseguenze, quando si tratta di una legge quadro europea, sulla regolamentazione che sarà attuata

dagli Stati membri, ivi compresa, se del caso, la legislazione regionale. Le ragioni che hanno portato a concludere che un obiettivo dell'Unione può essere conseguito meglio a livello di quest'ultima sono confortate da indicatori qualitativi e, ove possibile, quantitativi. I progetti di atti legislativi europei tengono conto della necessità che gli oneri, siano essi finanziari o amministrativi, che ricadono sull'Unione, sui governi nazionali, sugli enti regionali o locali, sugli operatori economici, sui cittadini, siano il meno gravosi possibile e commisurati all'obiettivo da conseguire.

Articolo 6.- Ciascuno dei parlamenti nazionali o ciascuna camera di uno di questi parlamenti può, entro un termine di sei settimane a decorrere dalla data di trasmissione di un progetto di atto legislativo europeo, inviare ai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione un parere motivato che espone le ragioni per le quali ritiene che il progetto in causa non sia conforme al principio di sussidiarietà. Spetta a ciascun parlamento nazionale o a ciascuna camera dei parlamenti nazionali consultare all'occorrenza i parlamenti regionali con poteri legislativi.

Se il progetto di atto legislativo è stato presentato da un gruppo di Stati membri, il presidente del Consiglio trasmette il parere ai governi di tali Stati membri.

Se il progetto di atto legislativo è stato presentato dalla Corte di giustizia, dalla Banca centrale europea o dalla Banca europea per gli investimenti, il presidente del Consiglio trasmette il parere all'istituzione o organo interessato.

Articolo 7.- Il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione e, se del caso, il gruppo di Stati membri, la Corte di giustizia, la Banca centrale europea o la Banca europea per gli investimenti, ove il progetto di atto legislativo sia stato presentato da essi, tengono conto dei pareri motivati trasmessi dai parlamenti nazionali o da ciascuna camera di uno di questi parlamenti.

Ciascun parlamento nazionale dispone di due voti, ripartiti in funzione del sistema parlamentare nazionale. In un sistema parlamentare nazionale bicamerale, ciascuna delle due camere dispone di un voto.

Qualora i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà da parte di un progetto di atto legislativo europeo rappresentino almeno un terzo dell'insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali conformemente al secondo comma, il progetto deve essere riesaminato. Tale soglia è pari a un quarto qualora si tratti di un progetto di atto legislativo europeo presentato sulla base dell'articolo III-264 della Costituzione riguardante lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Al termine di tale riesame, la Commissione e, se del caso, il gruppo di Stati membri, il Parlamento europeo, la Corte di giustizia, la Banca centrale europea o la Banca europea per gli investimenti, se il progetto di atto legislativo europeo è stato presentato da essi, può decidere di mantenere il progetto, di modificarlo o di ritirarlo. Tale decisione deve essere motivata.

Articolo 8.- La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi sui ricorsi per violazione, mediante un atto legislativo europeo, del principio di sussidiarietà proposti secondo le modalità previste all'artico-

lo III-365 della Costituzione da uno Stato membro, o trasmessi da quest'ultimo in conformità con il rispettivo ordinamento giuridico interno a nome del suo parlamento nazionale o di una camera di detto parlamento nazionale.

In conformità alle modalità previste dallo stesso articolo, tali ricorsi possono essere proposti anche dal Comitato delle regioni avverso atti legislativi europei per l'adozione dei quali la Costituzione richiede la sua consultazione.

Articolo 9.- La Commissione presenta al Consiglio europeo, al Parlamento europeo, al Consiglio e ai parlamenti nazionali una relazione annuale circa l'applicazione dell'articolo 11 della Costituzione. La relazione annuale deve anche essere inviata al Comitato delle regioni e al Comitato economico e sociale”.

2.- *La sussidiarietà orizzontale*

Unificazione dell'Europa non significa uniformità di trattamento di popolazioni che vivono in territori diversi, con cultura, storia, condizioni climatiche differenti. Invocare una maggiore unità per l'Europa significa anche coinvolgere i cittadini, perché possano dare il loro apporto in tema di idee, di risorse e di senso di cittadinanza europea.

Non si può inoltre dubitare del fatto che la vera ricchezza dell'Europa deriva appunto dalla società civile, e cioè dai cittadini che non solo singoli ma associati tra loro perseguono obiettivi di rilievo comune.

Ciononostante, nel Trattato non vi sono spazi di riconoscimento del principio di sussidiarietà orizzontale. L'art. 5 TCE, nell'enunciare il principio di sussidiarietà, fa infatti riferimento alla sola ripartizione delle competenze tra Comunità e Stati membri e quindi si riferisce unicamente a quella verticale.

Altre enunciazioni generali non sono contenute nel Trattato.

C'è chi sostiene che vi sia una apertura al principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 138, il quale dispone che:

“1. La commissione ha il compito di promuovere la consultazione delle parti sociali a livello comunitario e prende ogni misura per facilitarne il dialogo provvedendo ad un sostegno equilibrato delle parti.

2. A tal fine la Commissione, prima di presentare proposte nel settore della politica sociale, consulta le parti sociali sul possibile orientamento di un'azione comunitaria.

3. Se, dopo tale consultazione, ritiene opportuna un'azione comunitaria, la Commissione consulta le parti sociali sul contenuto della proposta prevista. Le parti sociali trasmettono alla Commissione un parere o, se opportuno, una raccomandazione”.

Se pure di apertura si possa parlare, la stessa risulta assai lontana dal recepimento dell'importanza dell'azione dei cittadini nello svolgimento di attività di interesse generale in ambito europeo, al punto che prevale la tesi secondo la quale non sia stato dato spazio alcuno alla sussidiarietà orizzontale in Europa.

Manca, inoltre, anche nella Costituzione, ogni riferimento alla sussidiarietà orizzontale. Non vi è stata, sul tema, una sensibilità a livello politico che abbia accolto l'istanza rivolta dalla società civile di introdurre il princi-

pio di sussidiarietà orizzontale nella Costituzione. C'è chi aveva proposto di inserire una norma simile a quella dell'art. 118 della Costituzione italiana per riconoscere il ruolo dei privati, singoli e associati, nella *Governance* europea.

Occorre ancora una maturazione culturale, sociale e politica, per scoprire la importanza di questo principio, dalla cui pratica attuazione dipenderà in buona misura il grado di democraticità e di rispetto del cittadino e della persona nell'Europa del futuro.

Bibliografia essenziale

ANTONINI LUCA, *Sussidiarietà fiscale*, Guerini e associati, 2005.

ARENA GREGORIO, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art.118, u.c. della Costituzione*. Relazione al Convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, Roma 7-8 febbraio 2003, *Astrid e Quelli del 118* (Comitato permanente per l'attuazione dell'art.118,u.c. della Costituzione).

ACTIVE CITIZENSHIP NETWORK, *Sussidiarietà Orizzontale, Governace Democratica e Referendum Europeo*, www.activecitizenship.net, 2002.

ALLEGRETTI GIOVANNI e HERZBERG CARSTEN, *Bilanci Partecipativi in Europa, Nuove Democratiche nel Vecchio Continente*, Ediesse, 2005.

ANTISERI DARIO, *Mercato, sussidiarietà, Europa nella tradizione del cattolicesimo liberale*, articolo del 20 febbraio 2003, inaugurazione anno accademico 2002/2003 della Scuola Superiore dell'Amministrazione dell'Interno.

ANTONUCCI CARLA, *Famiglie, interventi di welfare e sussidiarietà: quali sinergie fra pubblico e privato?*, Congresso Europeo, 6 ottobre 2005.

ARENA GREGORIO, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c.della Costituzione*, relazione al Convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, Roma il 7-8 febbraio 2003, *Astrid e Quelli del 118* (Comitato permanente per l'attuazione dell'art. 118, u.c., Cost.).

BONELLI ENRICO, *Governo Locale, Sussidiarietà e Federalismo Fiscale*, G. Giappichelli Editore-Torino, 2001.

BASSANINI FRANCO e TIBERI GIULIA, *La Costituzione Europea, Un Primo Commento*, Società editrice il Mulino, 2004.

CONVENZIONE EUROPEA, *Ruolo dei Poteri nella Costituzione Europea, Tipologia degli Atti e Gerarchia delle Norme nell'Unione Europea*, CONV517/03.

COTTURI GIUSEPPE, *Novità e portata progressiva della sussidiarietà orizzontale nella costituzione italiana*, A proposito dell'art. 118, nella revisione del Titolo V.

DE CARLI PAOLO, *Sussidiarietà e Governo Economico*, Giuffrè Editore, 2002.

DI DIEGO SEBASTIANO, FRANGUELLI FERDINANDO e MAURO TARANTINO, *Le Onlus, Disciplina civilistica e fiscale, Profili gestionali, organizzativi e contabili*.

DONATI PIERPAOLO, *Manuale di Sociologia della Famiglia*, Editori la Terza, 1999.

DONATI PIERPAOLO, *La Cittadinanza Societaria*, Editori la Terza, 2000.

DONATI PIERPAOLO, *Quale welfare amico delle famiglie?*, Università di Bologna

DONATI PIERPAOLO, *Lo Stato sociale in Italia, Bilanci e Prospettive*, Rapporti Mondatori.

DONATI PIERPAOLO, (a cura di), *Famiglia e Capitale Sociale Nella Società Italiana*, San Paolo, 2003.

DONATI PIERPAOLO, *Famiglia, welfare e sussidiarietà: la sfida di nuove politiche sociali che possono generare benessere comunitario*”, Convegno di Bologna, 6-8 ottobre 2005.

FERIOLI ELENA, *I servizi sociali dopo la revisione del Titolo V della Costituzione: verso una differenziazione dei modelli regionali di welfare*, Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant’Anna, Pisa.

GASPERI ANTONIO, *Il principio di sussidiarietà fra riflessione filosofica e applicazione legislativa*”, www.gildacentrostudi.it.

MIRANDA BOTO JOSÉ MARIA, *El Principio de Subsidiariedad en el Ordenamiento Comunitario y sus Aplicaciones en Materia Social*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Número 47, 2003.

MOSCARINI ANNA, *Competenza e Sussidiarietà nel Sistema delle Fonti*, CEDAM, 2003.

NOTARBARTOLO DANIELA, *Autonomia funzionale e libertà dei cittadini: dal CRISP un Seminario di studio sul sistema formativo nella Welfare society*, Sezione istruzione del CRISP.

PARLAMENTO EUROPEO, Commissione per gli affari costituzionali, *Relazione sulle Relazioni tra il Parlamento Europeo e i Parlamenti Nazionali nel Quadro della Costruzione Europea*, A5-0023/2002.

PARLAMENTO EUROPEO, Commissione per gli affari costituzionali, *Relazione sulla delimitazione delle competenze tra l’Unione Europea e gli Stati membri*, A5-00133/2002.

PARLAMENTO EUROPEO, Commissione per gli affari sociali, *Indagine conoscitiva sul terzo settore*”, documento conclusivo.

PETRANGELI FEDERICO, *Sussidiarietà e Parlamenti Nazionali: evitare la confusione istituzionale*, Osservatorio sull’Europa, 2002.

PETRANGOLINI TERESA e FERLA VITTORINO, con la consulenza di Giuseppe Cotturri, di Gregorio Arena, *Rapporto sul primo anno di attività per l’attuazione dell’articolo 118, ultimo comma, della Costituzione*, Roma, 6 giugno 2003, Casa Internazionale delle donne.

PISTOLESI GIANCARLO, *Sussidiarietà Orizzontale, I servizi alla Persona: Programmazione o Mercato*”, www.uil.it.

PIZZETTI FRANCO, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della democrazia della cittadinanza – Il principio di sussidiarietà nel nuovo art. 118*”, www.diritto.it/, 12 febbraio 2003.

PIZZETTI FRANCO, *UNIONCAMERE, AC 4862 – Modificazione di articoli della parte II della Costituzione*” (Audizione informale presso la I Commissione della Camera dei Deputati, 30 giugno 2004) articolo tratto dal sito web ISSiRFA – Le autonomie funzionali – Camere di Commercio.

PIZZETTI FRANCO, *Il principio di competenza concorrente nel Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa*”, tratto da *Sussidiarietà, interessi degli Stati e tutela dei cittadini* (La ripartizione di competenze in un multilevel system: due prospettive per l’Unione), 15 febbraio 2005.

PIZZETTI FRANCO, *Nuovo ordinamento amministrativo e principio di sussidiarietà*.

PIZZETTI FRANCO, *L’evoluzione del sistema italiano fra prove tecniche di governance e nuovi elementi unificanti. Le interconnessioni con la riforma dell’Unione Europea*, Trapani 3-4 maggio 2002, www.giurcost.org.

PIZZETTI FRANCO, *Le intese per l’attuazione dell’art. 116*, 10 dicembre 2001.

PIZZETTI FRANCO, *I nuovi elementi unificanti del sistema italiano: il posto della Costituzione e delle leggi costituzionali ed il ruolo dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, www.giurcost.org, marzo 2003.

PIZZETTI FRANCO, *Audizione del Presidente dell'A.I.C. al Senato sulla revisione del Titolo V, parte II della Costituzione*, tratto da: Associazione Italiana Costituzionalisti, 20 novembre 2001.

PIZZETTI FRANCO, *118: Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, Roma, 7-8 febbraio 2003.

POCAR FAUSTO, *Commentario Breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, CEDAM, 2001.

PRANDINI RICCARDO, *Famiglie, interventi di welfare e sussidiarietà: quali sinergie fra pubblico e privato?*, Congresso Europeo, 7 ottobre 2005.

PROPERSI ADRIANO, ROSSI GIOVANNA, *Gli Enti Non Profit*, Il Sole 24 Ore, 2003.

RAZZANO GIOVANNA, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giuris. italiana* 2004, pp. 718-722.

SIRCO ROBERTO, ANTISERI DARIO, *Il Principio di Sussidiarietà, la Difesa della Persona Umana*, Istituto Acton, 2003.

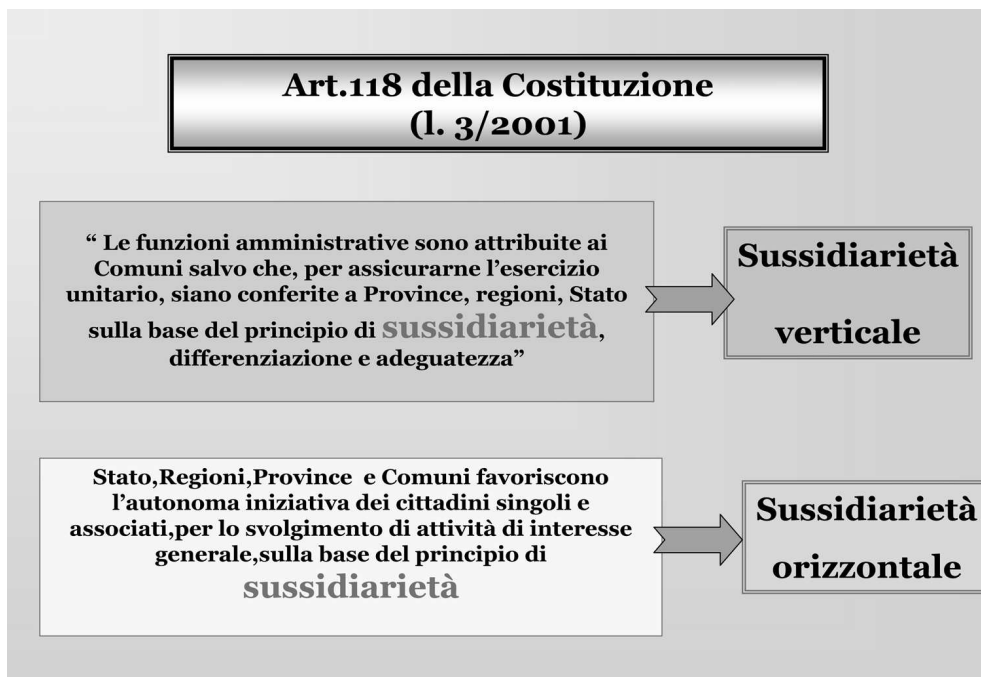
TONDI DELLA MURA VINCENZO, *Rapporti tra volontariato ed enti pubblici nell'evoluzione della forma di stato sociale*, Professore associato di Diritto Costituzionale, Facoltà di Giurisprudenza – Università di Lecce.

TONDI DELLA MURA VINCENZO, *Le prospettive di sviluppo del terzo settore avviate dalle riforme della XIII legislatura*, Professore associato di Diritto Costituzionale, Facoltà di Giurisprudenza – Università di Lecce.

Paola Maria Zerman

LO STATO SUSSIDIARIO



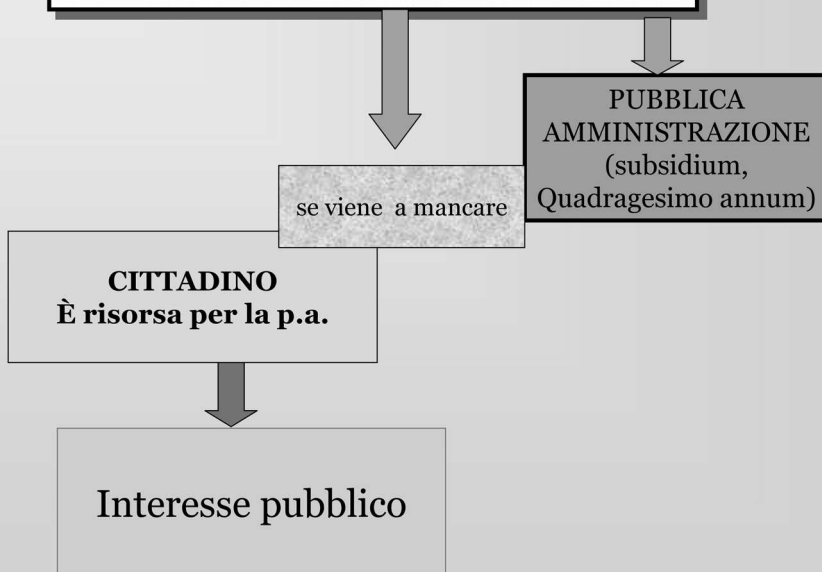


SUSSIDIARIETA' VERTICALE (rapporto tra Enti Pubblici)



La sussidiarietà non opera come “aprioristica modificazione delle competenze regionali in astratto, ma metodo per l’allocazione di funzioni a livello più adeguato”
(Corte Cost.303/2003)

Sussidiarietà orizzontale



QUALI RAPPORTI TRA SUSSIDIARIETA' VERTICALE E ORIZZONTALE ?

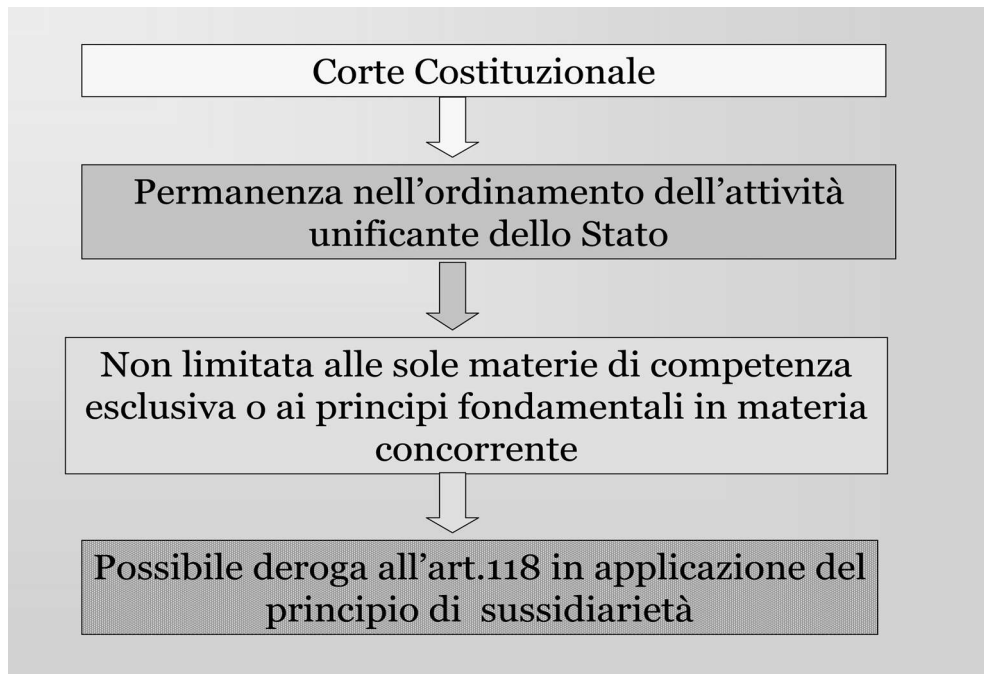
P.A.

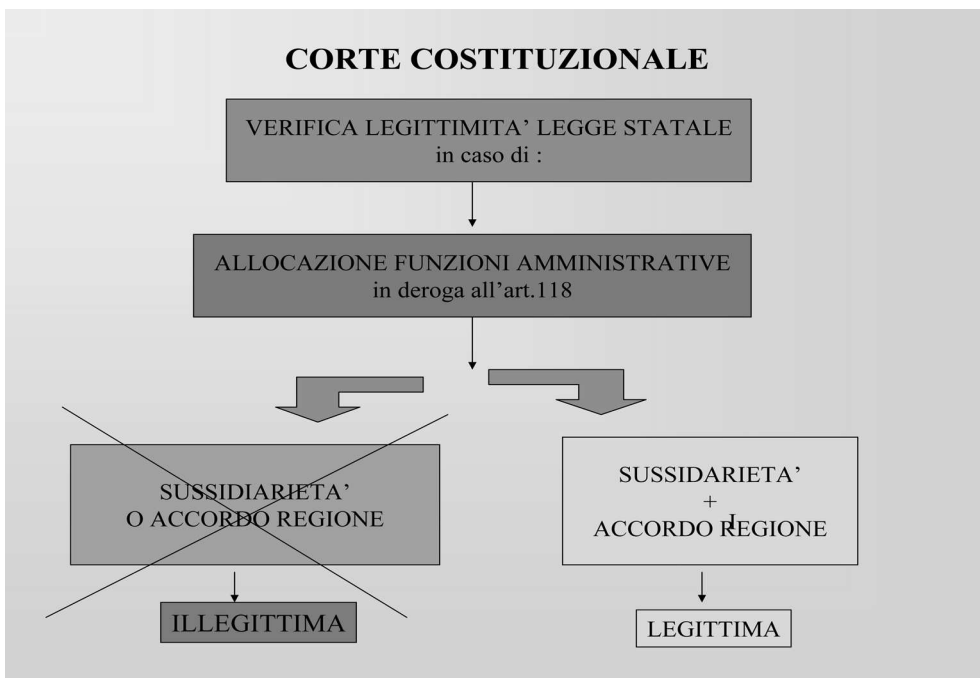
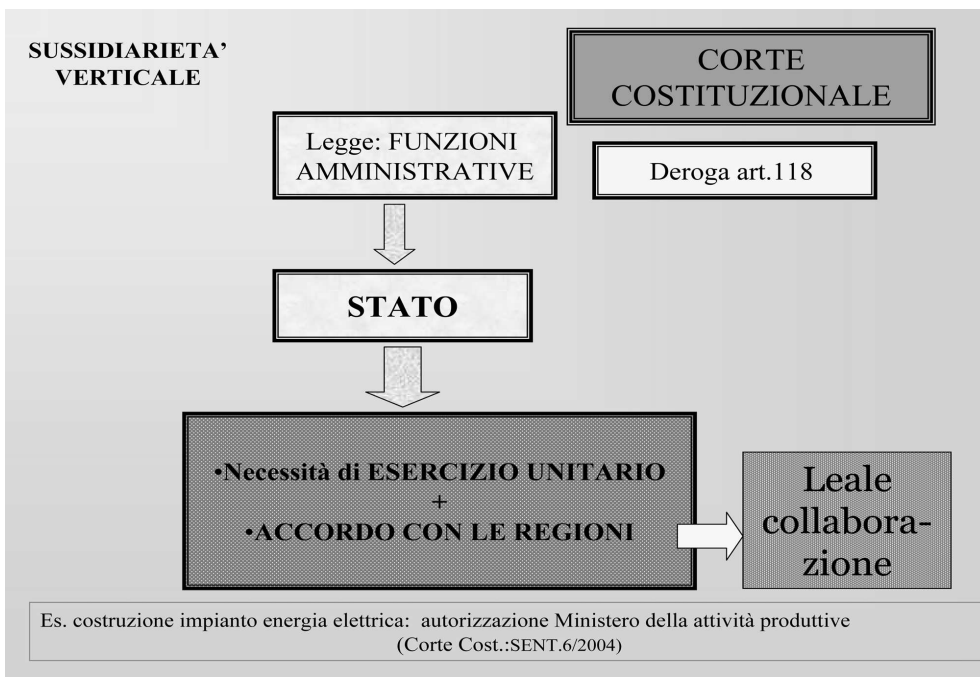
~~CITTADINO~~

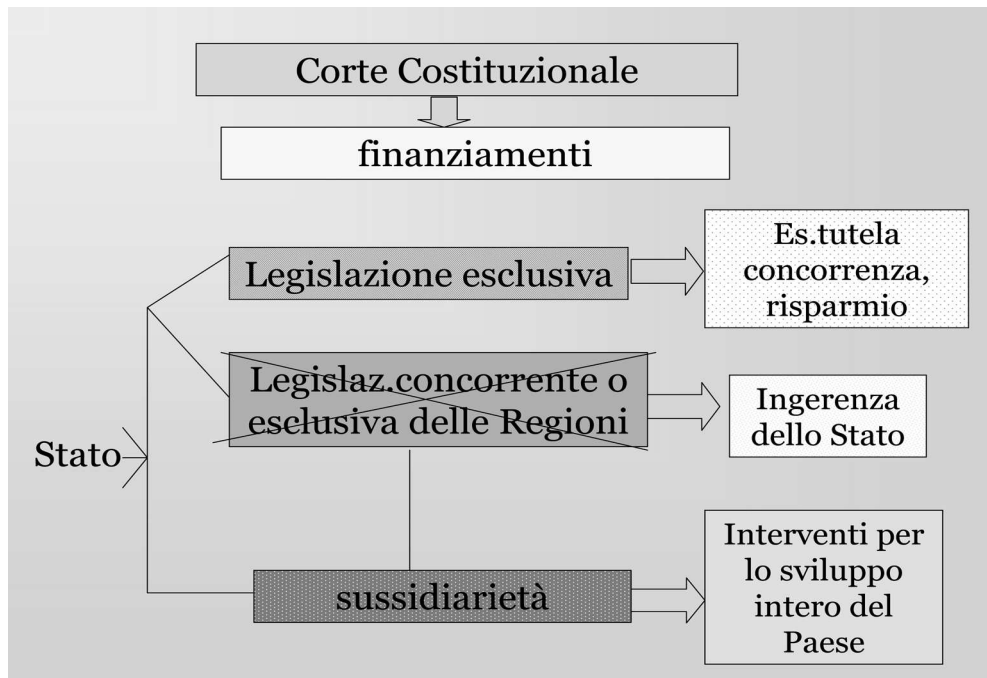
Interviene solo se il cittadino non ha agito

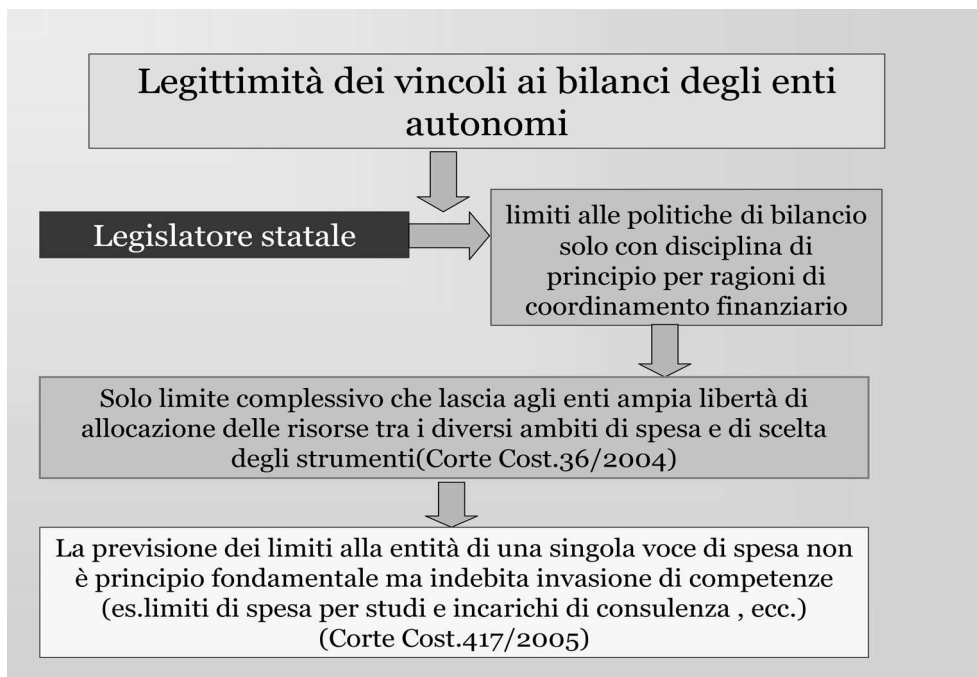
Viene prima la sussidiarietà orizzontale, poi la verticale

SUSSIDIARIETA' VERTICALE









SUSSIDIARIETA' ORIZZONTALE

Art.118

Gli Enti pubblici

favoriscono

la autonoma iniziativa

dei cittadini
singoli o associati

per lo svolgimento

di attività di interesse
generale

Sussidiarietà orizzontale: problemi applicativi



Quando il cittadino può intervenire?



E' necessaria la messa in mora della p.a.?



Chi paga l'intervento? Art.7 legge La Loggia: quando sono utilizzate risorse pubbliche si applica l'art.12 della legge 241/1990: previsione e pubblicazione dei criteri e modalità di erogazione

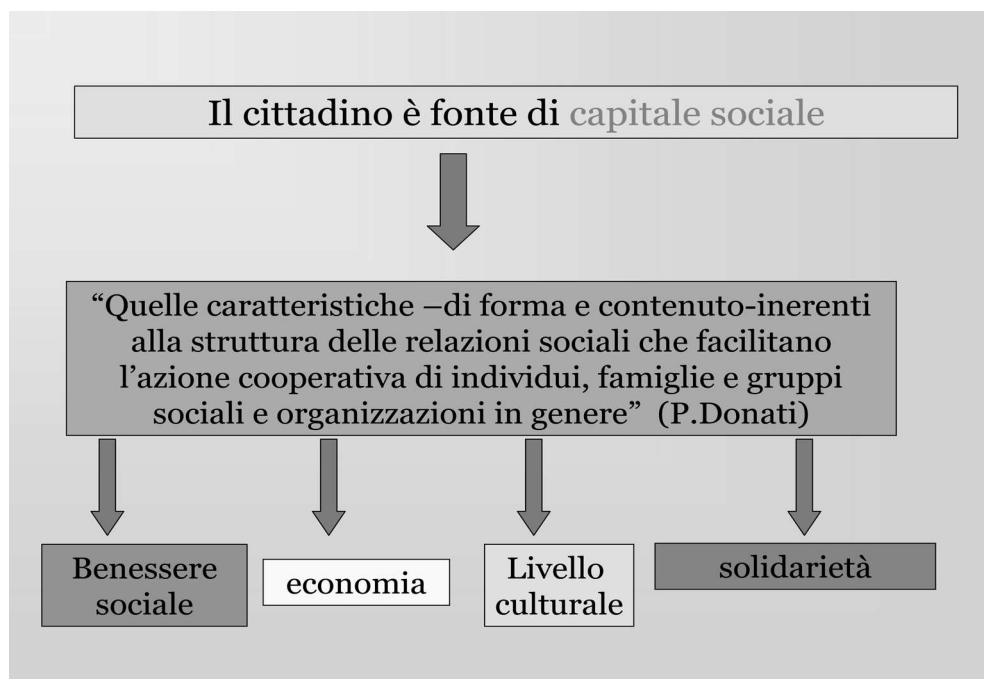


Chi è responsabile degli eventuali danni?

“Il nuovo art.118 sostiene i cittadini che vogliono fare di più”

1. **INFORMAZIONE.** Una campagna informativa sui mass media, l'istituzione di uffici e incaricati appositi, diffusione dell'art.118 nelle scuole, pubblicazioni diffuse sul territorio nazionale con la collaborazione delle organizzazioni civiche.
2. **CONSULTAZIONE.** Deve diventare un fatto normale il rapporto di consultazione, di convocazione e di ascolto con organizzazioni, gruppi, movimenti.
3. **CO-GOVERNO.** Ecco gli strumenti di collaborazione con le istituzioni: protocolli d'intesa, conferenze dei servizi e tavoli di lavoro comuni, attuazione delle forme di partecipazione già previste, verifica di qualità e degli appalti, incontri sulla valutazione dell'efficienza dei servizi e sulla ripartizione dei costi.
4. **SOSTEGNO E RICONOSCIMENTO.** Le istituzioni devono accompagnare e sostenere le azioni positive delle organizzazioni per l'interesse generale dei cittadini, prevedendo anche incentivi economici.
5. **LEGISLAZIONE.** Parte l'operazione statuti: si tratta di inserire il principio costituzionale di sussidiarietà negli statuti regionali, comunali e provinciali, nelle leggi e nei regolamenti. Si chiede anche l'elaborazione di una carta dei cittadini attivi.
6. **SENSIBILIZZAZIONE.** Convocare assemblee cittadini e sollecitarne la partecipazione.
7. **FORMAZIONE.** Seminari, conferenze e corsi di formazione rivolte sia ai funzionari pubblici che alle organizzazioni di cittadini.
8. **SPAZI DI ESPRESSIONE E AZIONE.** Maggiori possibilità per i cittadini mettendo a disposizione luoghi, locali, spazi, siti web e attivazione concreta di contrappesi di cittadinanza.

da: *Associaz.Cittadinanzattiva*



LA FAMIGLIA E' FONTE DI CAPITALE SOCIALE

Le relazioni positive all'interno della famiglia accrescono il benessere di ogni singolo componente e ne promuovono un equilibrato sviluppo. Tale positivo effetto si ripercuote sulla società in termini di ricchezza sociale, culturale e anche economica, in quanto riduce i disagi ad altissimo costo sociale (criminalità, tossicodipendenza, ecc.)

Da Studi condotti dal *National Institute on Drug Abuse* reperibili su www.nida.nih.gov

Capitale Sociale :qualità della relazione tra genitori e figli (e con gli altri membri se coabitanti)



Capitale finanziario: ricchezza economica della famiglia
Capitale umano: es. livello di istruzione dei genitori
Capitale sociale: per riuscire a scuola non basta avere genitori ricchi e ben istruiti, occorre anche che passino tempo con i loro figli e si impegnino a trasmettere le capacità necessarie alla riuscita scolastica



La forza della relazione (Capitale Sociale) aumenta con:

- 1) **la presenza fisica dei genitori**: famiglia composta da entrambi i genitori; presenza a casa di almeno uno dei genitori = maggiore CS
- 2) **l'attenzione dedicata dai genitori ai figli**: più tempo assieme = maggiore CS

Fattori di protezione contro l'uso di sostanze stupefacenti e altre dipendenze

- Forte senso di appartenenza alla famiglia
- Esperienza di controllo parentale con chiare regole di condotta e coinvolgimento dei genitori nella vita dei loro figli
- Forte senso di appartenenza ad istituzioni prosociali come scuola, organizzazioni religiose ecc.

Risk and Protective factors Nide 1997


**LA RELAZIONE FAMILIARE CREA
RICCHEZZA**

lo STATO ASSISTENZIALE non considera questo fattore perché interviene nei confronti dei singoli membri isolati dal contesto familiare (anziano, invalido, maternità ecc.): il costo economico è altissimo con scarsi risultati di benessere complessivo

La crisi economica e sociale impone di individuare un altro modello di *welfare* diretto a considerare la famiglia, unitariamente intesa, come soggetto protagonista dell'azione amministrativa

STATO SUSSIDIARIO (art. 118 Costituzione)

Investimento in politiche familiari

- ITALIA: 0,9 %  MINIMO IN EUROPA (con Spagna)
- DANIMARCA :3,8 MASSIMO IN EUROPA
- Famiglie povere in Italia: 2 milioni 500 mila=
c.a. 8 milioni di persone
- Famiglie a rischio povertà:2 milioni 400 mila
c.a.7 milioni e mezzo di persone

Dati: Eurispes

INDICE SISTEMATICO

ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

MONICA DE ANGELIS, <i>La cultura dell'Amministrazione pubblica in Italia fra tradizione e riforme</i>	pag. 151
GIUSEPPE FIENGO, <i>I caratteri originari della difesa dello Stato in Italia</i> »	29
GIUSEPPE FIENGO, <i>Relazione della Commissione di studio per l'istituzione delle fondazioni di diritto privato finalizzate alla gestione e all'attività di valorizzazione dei beni culturali (D.M. 13 giugno 2005) al Ministero per i Beni e le Attività culturali – Ufficio legislativo</i> »	50
OSCAR FIUMARA, WALLY FERRANTE, <i>Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato nella realizzazione dei principi di effettività ed efficacia della giustizia</i> (testo tratto dall'intervento dell'Avvocato Generale Oscar Fiumara al Convegno su "Nuove frontiere per la costruzione dell'Unione europea: l'effettività e l'efficacia del sistema di giustizia", organizzato dall'Unione degli Avvocati Europei, Venezia 23, 24 e 25 novembre 2006) »	1
<i>In Art we trust. Modelli di governance per i beni culturali (Roma, 22 giugno 2006, Avvocatura Generale dello Stato)</i> »	49
<i>Atti del Convegno – Tavola rotonda con interventi di:</i> OSCAR FIUMARA, LOUIS GODART, PATRIZIA ASPRONI, FRANCESCO RUTELLI, SALVATORE SETTIS, STEFANO BAIA CURIONI, PIO BALDI, MICHELE PORCARI, PIETRO PETRAROIA, SERGIO RISTUCCIA, ANDREA ZOPPINI, FRANCESCA QUADRI, GIUSEPPE PROIETTI, ANTONELLA ANSELMO LEMME, KAREN SANIG, PAOLO LEON, FABIO MERUSI, GIUSEPPE SEVERINI, ETTORE PIETRABISSA, DANIELE RAVENNA, FRANCESCO SCOPPOLA, RAFFAELE TAMIOZZO »	63
GIANCARLO PAMPANELLI, <i>Sulla rilevabilità giudiziale della decadenza dell'appaltatore di opera pubblica per mancata iscrizione di "riserva"</i> »	179
JACOPO POLINARI, <i>Le fasi della formazione del contratto pubblico: brevi note a prima lettura sugli artt. 11 e 12 del codice dei contratti pubblici</i> »	185

VITTORIO RUSSO, <i>L'impegno dell'Avvocatura dello Stato in un nuovo corso della giustizia</i> (relazione per il Convegno su "Nuove frontiere per la costruzione dell'Unione europea: l'effettività e l'efficacia del sistema di giustizia", organizzato dall'Unione degli Avvocati Europei, Venezia 23, 24 e 25 novembre 2006)	pag.	17
GRAZIA SANNA, <i>Espropriazione per pubblica utilità e brevetti industriali</i> »		193
XAVIER SANTIAPICHI, <i>Le cartolarizzazioni immobiliari: profili giuridici</i> »		214
VALERIA SANTOCCHI, recensione a: FRANCESCO MARCELLI, VALERIA GIAMMUSSO, <i>La giurisprudenza costituzionale sulla novella del Titolo V. 5 anni e 500 pronunce</i> , Senato della Repubblica, Servizio Studi, Quaderni di documentazione n. 44, ottobre 2006 »		149
PAOLA MARIA ZERMAN, <i>Lo Stato sussidiario</i> »		254

Finito di stampare nel mese di marzo 2007
Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo S.p.A.
Via Roberto Malatesta n. 296 - Roma