

Giacomo Biasutti

# Brevi note intorno alla nozione di servizio pubblico culturale. Nomina sunt consequentia rerum?

(doi: 10.7390/102984)

Aedon (ISSN 1127-1345)

Fascicolo 3, settembre-dicembre 2021

**Ente di afferenza:**

()

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

## Licenza d'uso

Questo articolo è reso disponibile con licenza CC BY NC ND. Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it/>



## I percorsi della valorizzazione culturale

### Brevi note intorno alla nozione di servizio pubblico culturale. Nomina sunt consequentia rerum?

di [Giacomo Biasutti](#) [\*]

**Sommario:** [1. Beni culturali e servizio pubblico.](#) - [2. Da principio sul concetto di servizio pubblico: una nozione complessa.](#) - [3. Il bene culturale come bene a fruizione collettiva necessaria.](#) - [4. I referenti normativi del servizio pubblico culturale.](#) - [5. Segue. L'intervento in materia di sciopero e le conseguenze in re aliena.](#) - [6. Le conseguenze dell'applicazione della legge e la qualificazione del "diritto" al bene culturale.](#) - [7. I principi da applicare al servizio pubblico culturale: verso un sistema incoerente.](#) - [8. Tirando le somme: la qualifica del servizio ne segue la natura?](#)

#### **Brief notes on the notion of cultural public service. Nomina sunt consequentia rerum?**

The essay focuses on the notion of public service related to the management of cultural heritage. Starting from the prospective of general administrative law, the concept of public service is very complex and difficult to summarize in a standard form. Even more so if we try to apply the notion to the management of cultural heritage, being cultural heritage itself so complex and elusive. Even so, there are some clues in the Italian legislation that can be useful in the analysis of cultural heritage management by public administration, such as the strike law. By coherently interpreting these elements, the essay then tries to understand if the position of the citizen who relates to cultural heritage can properly be a right (such is called by legislation) or if, in reality, is something less, such as a legitimate interest (interesse legittimo). The conclusion is not in itself irrelevant, because different solutions lead to different tools by which public administration manages the cultural heritage but also by which the citizen can access that same heritage.

**Keywords:** Public Service; Management of Cultural Heritage; Subjective Right to Cultural Heritage.

#### **1. Beni culturali e servizio pubblico**

Specie in tempi recenti, nel cercare di proporre un discorso intorno alla gestione dei beni culturali, consapevolmente o meno si finisce molte volte con il riferirsi a concetti che hanno più a che fare con l'economia - come *marketing*, sostenibilità, bancabilità, equilibrio di bilancio e molto altro - piuttosto che condurre il ragionamento in termini giuridici. Eppure, l'inquadramento e la qualificazione della legittima pretesa dei cittadini alla fruizione del patrimonio storico-artistico è questione propriamente, appunto, giuridica, proprio perché riguarda una aspirazione dell'individuo verso beni "pubblici quanto a fruizione" [1]. Di qui l'esigenza di comprendere se la risposta che l'ordinamento appronta per fare fronte a questa pretesa qualificata possa essere ricondotta nell'alveo di quei servizi che vengono comunemente considerati ad erogazione necessaria [2] e, pertanto, garantiti ad opera della mano pubblica. Comprendere quindi se nell'ordinamento italiano possa avere cittadinanza il concetto di "servizio pubblico culturale" implica, a monte, di riflettere sul significato dei diversi termini che compongono questa espressione. Anzitutto, si deve capire quali sono gli stilemi ripetitivi e caratteristici del servizio garantito dalla p.a. a soddisfacimento dei bisogni dei cittadini. Dopodiché, si può inferire se un oggetto specifico di questo servizio possa essere il patrimonio culturale italiano, reperendo i necessari referenti normativi. Infine, articolato il percorso per questi passaggi, si può in esito stabilire se l'oggetto particolare del servizio interferisca - financo alteri - quelle che precedentemente si sono individuate come le caratteristiche consolidate del servizio pubblico.

#### **2. Da principio sul concetto di servizio pubblico: una nozione complessa**

Dunque, è proprio da alcune riflessioni intorno nozione di servizio pubblico che si deve partire nell'articolare l'analisi che si vuole proporre. Come noto, gli esiti della discussione [3] intorno a quale sia l'elemento che realmente può far distinguere una prestazione resa sul mercato dei servizi da un vero e proprio servizio pubblico, ha visto nel tempo prevalere soluzioni alterne. Da un lato vi era chi sosteneva dovesse comunque sussistere l'ascrizione soggettiva del servizio ad una amministrazione, dall'altro chi rimarcava fosse invece dirimente la destinazione oggettiva al soddisfacimento dei bisogni della collettività dell'attività considerata. Oggi, per quanto mai sopita, questa contrapposizione dottrina e giurisprudenziale prosegue forse maggiormente sottotraccia, con andamento carsico. Non si dimentica, infatti, come in tempi relativamente recenti siano emerse pure autorevoli ricostruzioni che si potrebbero definire sintetiche, poiché propongono di risolvere la questione sulla base della possibile imputazione [4] dell'attività ad una struttura gestionale che garantisca l'adeguato soddisfacimento delle finalità pubblicistiche perseguite [5].

Pur nella complessità definitoria, ciò di cui però non sembra si possa dubitare, è che l'erogazione di un servizio pubblico implichi la spendita di attività non eminentemente autoritativa da parte della p.a. ma, anzi, essenzialmente materiale. Il concetto stesso di servizio, infatti, si appalesa in sé stesso neutro [6], poiché connotato all'esercizio di professionalità che si pongono in rapporto di mezzi a fine rispetto ad un obiettivo di garanzia delle posizioni giuridiche soggettive individuato a livello normativo, secondo principi di adeguatezza, efficacia ed efficienza. In questi termini, la neutralità si apprezza pure sotto il profilo finalistico, perché gli interessi ultimi che vengono ad essere soddisfatti non sono mediati dall'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione [7]. Ogni eventuale margine di valutazione riconosciuto in capo alla p.a., per vero, dovrebbe essere ammesso soltanto con riferimento alla concreta massimizzazione dell'efficacia dei risultati rispetto ai mezzi contingenti a disposizione. Il che, evidentemente, esclude anzitutto che l'amministrazione possa selezionare individualmente i beneficiari dell'erogazione [8]. Dunque, a prescindere da come si voglia risolvere in termini definitivi la questione generale sopra tratteggiata, si può convenire sul fatto che la massima espressione del concetto di "servizio" ha certamente carattere obiettivo quale attività materiale con assenza tendenziale di autoritatività - e connessa discrezionalità.

Questo ultimo profilo consente allora di introdurre il tema di interesse del presente scritto, ossia di proporre una riflessione intorno alle posizioni giuridiche soggettive che interagiscono nell'ambito della erogazione del servizio pubblico in ambito culturale. Dal momento che la nozione di servizio implica infatti l'abdicazione di una certa posizione di preminenza amministrativa alla luce della particolare consistenza riconosciuta alle legittime pretese dei cittadini [9], vien spontaneo chiedersi se lo *status* di chi pretenda un'azione positiva o negativa della p.a. debba in questi casi limitarsi ad essere qualificata come interesse legittimo o possa ambire a qualcosa di più.

### 3. Il bene culturale come bene a fruizione collettiva necessaria

Per capire se abbia cittadinanza nell'ordinamento il "servizio pubblico culturale", è anzitutto necessario occuparsi per brevi cenni di cosa si intenda nello specifico con il termine "bene culturale" [10]. Per fare ciò, però, non si può andare ad analizzare cosa concretamente intenda una data collettività con riferimento alla culturalità, quanto piuttosto, ai fini del presente studio, quale sia il regime funzionale del patrimonio storico-artistico all'interno dell'ordinamento di diritto pubblico contemporaneo.

Il dibattito intorno alla corretta ricostruzione di questa nozione, un tempo particolarmente vivo [11], è oggi giunto ad alcuni punti fermi, che vengono condivisi per proporre ulteriori riflessioni [12]. Più di tutti, in effetti, rileva l'inquadramento teorico operato da M.S. Giannini [13], che riguarda non tanto le caratteristiche esteriori o d'uso del bene [14], bensì la relativa destinazione e, quindi, la funzionalizzazione che gli viene predicata all'interno dell'ordinamento. La caratteristica propria e distintiva del bene culturale, infatti, è quella di essere pubblico non quanto alla titolarità, bensì "per fruizione" [15]. Trattandosi di un bene asservito alla collettività, insomma, l'elemento proprietario recede rispetto a quello di destinazione [16]; e questo poiché ciò che risulta garantito dall'esercizio della potestà pubblica sul bene [17] non è la relativa titolarità [18], bensì il fine ultimo ordinamentale che al patrimonio storico artistico è riconosciuto. La funzionalizzazione [19] si giustifica, infatti, in seno al disposto costituzionale, laddove a partire dall'art. 9 si ascrivono delle missioni di protezione qualificata di questa categoria di *res* proprio allo Stato come soggetto giuridico. Il che non può che avere delle conseguenze qualificatorie sugli stessi oggetti della protezione, che sono infatti elementi fondanti della Repubblica.

Così, anche in dottrina [20], si è progressivamente riconosciuto come lo statuto giuridico di un bene ne qualifichi anche il regime dispositivo, specie con riferimento ai poteri pubblici che vi possono inerire. E questo approdo, peraltro, non è affatto contraddittorio rispetto ad una economia di libero mercato [21]. Infatti, ancora una volta la stessa Costituzione, all'art. 41, pur riconoscendo la funzione di accrescimento economico della proprietà privata, la vincola, con il successivo art. 42, al potere pubblico [22] in relazione alla possibile sussistenza di confliggenti interessi sovraordinati [23]. Ciò che conta, insomma, è che vi sono "diritti" [24], come quello inerente alla fruizione collettiva del bene culturale, che sono opponibili *erga omnes* e dunque si possono dire assoluti. Dacché, di converso, l'aspetto utilitaristico-proprietario che con tali diritti confligga è destinato a recedere, degradando verso posizioni soggettive di diritto relativo [25].

Da quanto detto si può dedurre che, a prescindere da definizioni empiriche che di fatto delegano alla scienza non giuridica la ricostruzione di cosa sia un bene culturale, ad essere realmente definitorio quanto al regime giuridico di questi beni è il vincolo di destinazione funzionale sugli stessi appuntato. Che è pubblico, indisponibile e a protezione garantita. Il che, se da un lato potrebbe apparire una constatazione induttiva a posteriori [26], risulta in realtà la migliore definizione del significato della culturalità nel diritto pubblico.

### 4. I referenti normativi del servizio pubblico culturale

Se questo è quanto si può inferire dalla definizione in termini di diritto positivo circa i beni culturali come dei beni a destinazione pubblica [27], è parimenti nel diritto positivo che si debbono cercare gli elementi che consentano di definire l'attività amministrativa relativa al patrimonio storico-artistico come attività volta all'erogazione di un servizio a prestazione garantita.

Si è visto, anzitutto, che ove si parla di servizio si parla di attività non autoritativa di invero materiale delle posizioni giuridiche. Il lemma, sicuramente, non ha quindi questo significato nel [d.lgs. n. 42/2004 - Codice dei beni culturali e del paesaggio](#) [28]. Il decreto vi si riferisce, infatti, per definire una serie di prestazioni che possono essere rese in regime di accessoria per il pubblico rispetto alla gestione museale [29]. Non è quindi un caso che la formulazione codicistica sia stata invocata quale sorta di prova indiretta del fatto che non ci si possa riferire ad un vero servizio pubblico nella materia *de qua*: le prestazioni in parola sono meramente complementari e, come tali, in effetti nulla hanno a che vedere con la funzione propria del bene culturale, se non per il fatto che la fruizione di quest'ultimo è occasione anche per l'erogazione di tali prestazioni [30]. Proprio per tale ragione, esse possono essere gestite in regime di mercato e sono fungibili.

Ma, allora, se il riferimento al servizio in seno al d.lgs. n. 42/2004 non porta referenti utili alla ricerca, i termini della questione debbono essere astratti, ricercando altrove appigli normativi che consentano di includere alla definizione di servizio pubblico culturale tutte le prestazioni afferenti [31] alla complessiva gestione del patrimonio storico-artistico.

Forse, allora, qualche elemento utile può essere reperito andando alla ricerca di quelle disposizioni del Codice ove, appunto, questo si riferisce a come debba essere appunto "gestito" [32] un bene culturale. Come noto, nel tempo dall'annosa distinzione e contrapposizione tra i concetti di tutela e valorizzazione, che ha occupato e intensamente occupa la dottrina [33] e la giurisprudenza [34], è emerso sempre più preminente in tempi recenti il diverso concetto gestionale [35]. È nella gestione che si vede infatti compiuta la sintesi tanto della protezione quanto della fruizione del patrimonio. Questo però non da un punto di vista privatistico o economico, bensì, piuttosto, riferendosi alla sintesi dei poteri di carattere pubblicistico che si concentrano sul bene culturale. La concentrazione dei due diversi aspetti [36], peraltro trova la sua giustificazione *in apicibus*, ma anche il suo risultato a valle, nella già individuata funzione ordinamentale della cultura quale sostrato metagiuridico di comunità [37] e obiettivo di accrescimento della cittadinanza. È dunque la funzione statutale del bene, come si anticipava, a giustificare la gerenza accentrata ed unitaria da parte della p.a., posto che non vi può essere reale tutela senza valorizzazione, e viceversa [38].

Quindi, quando si parla di servizio pubblico culturale ci si riferisce, dal lato obiettivo, a quella attività di complessiva gestione del patrimonio, che ne implica tanto la tutela quanto la valorizzazione: questo è il primo punto fermo che l'ordito normativo ci può consegnare.

Nel tempo, però, ulteriori elementi di diritto positivo che potessero far pensare ad un servizio pubblico culturale non sono stati molti. Certo, vi è ancora una volta il d.lgs. n. 42/2004. Al relativo art. 101, comma 1, si individuano quali luoghi di cultura i musei, le biblioteche, gli archivi, le aree e i parchi archeologici nonché i complessi monumentali. Al comma 2, poi, questi stessi luoghi, ove appartenenti a soggetti pubblici, vengono destinati alla pubblica funzione e qualificati come espletanti un servizio pubblico. Vi è però che l'interpretazione di questa disposizione sia stata nei fatti sostanzialmente riduttiva, venendo a riconoscerle contenuto di divieto [39] piuttosto che norma quadro dal valore propulsivo o di qualificazione funzionale del servizio.

Se a questo si aggiunge come lo stesso Codice paia riferirsi con il termine servizio, come si accennava, alle sole prestazioni complementari, è facile comprendere come sia stato ben difficile ricostruire in termini coerenti quale fosse il compito di gestione del patrimonio storico-artistico da parte dei soggetti pubblici titolari. E non solo per il fatto che la stessa nozione di servizio pubblico ha subito nel tempo un progressivo scolorimento [40].

Peraltro, la specificazione circa la titolarità pubblica dei luoghi di cultura, porterebbe a revocare in dubbio i due assiomi dai quali si era partiti nel ragionamento: da un lato il fatto che la qualifica soggettiva di chi eroga un servizio pubblico sia indifferente al regime del servizio stesso, dall'altro che la titolarità del bene culturale sia, a sua volta, indifferente rispetto al regime giuridico del bene stesso quanto alla relativa funzionalizzazione. Il che, a sua volta, imporrebbe di verificare ove vi siano effettivamente dei distinguo nella misura in cui il patrimonio storico artistico, pur partecipando *in toto* e *in parte* della medesima natura, muti qualificazione nel momento in cui la fruizione debba essere garantita da un proprietario privato ovvero da un proprietario pubblico. Il che, alternativamente, porterebbe a negarne la natura unitaria, ovvero a impedire la qualificazione oggettiva del servizio pubblico in materia di patrimonio storico-artistico.

Per cercare superare gli ossimori concettuali cui porta la lettura delle diverse disposizioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio, è divenuto nel tempo chiaro che il referente normativo che poteva essere risolutivo avrebbe dovuto essere reperito altrove.

È per questo che viene qui in rilievo un intervento legislativo del 2015, il decreto-legge n. 146 [41]. Il provvedimento, per vero, non aveva l'intenzione di individuare dei punti fermi all'interno di una tematica così complessa né, con tutta probabilità, mirava a qualificare normativamente una figura di servizio pubblico già per così dire socialmente tipica. Più semplicemente, in esito a tornate di sciopero museali che molto avevano ridonato nella opinione pubblica interna ed internazionale, si è cercato di porre un freno alla possibilità che i lavoratori, in un settore particolarmente sensibile per l'economia, potessero liberamente astenersi dal lavoro per protesta. Con ciò però, in un classico caso di eterogeneità dei fini [42], consegnando all'interprete dei referenti normativi di grande rilevanza nell'ambito delle riflessioni che si vanno proponendo.

## 5. Segue. L'intervento in materia di sciopero e le conseguenze in re aliena

L'intervento involge, come si anticipava, la modifica alla disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali recata nella legge n. 146/1990. Come noto, nel relativo articolo 1, vengono qualificati come servizi pubblici essenziali quelli volti alla tutela di diritti costituzionalmente garantiti. Tra queste posizioni fondamentali da tutelare, dopo la modifica, è richiamata oggi anche quella afferente alla apertura al pubblico di musei ed istituti di cultura elencati all'art. 101, comma III, d.lgs. n. 42/2004 [43], poiché tutela e valorizzazione del patrimonio culturale sono essi stessi livelli essenziali delle prestazioni che debbono essere garantiti in maniera omogenea su tutto il territorio nazionale [44].

Questo, almeno, quanto risulta alla lettura del dato normativo, seppure la legge concluda con la oramai sempre presente disposizione di invarianza finanziaria [45].

Il combinato disposto dei riferimenti operati dal decreto, però, è dirompente. Anzitutto, si stabilisce per la prima volta in maniera inequivoca che quelli attinenti ai beni culturali sono veri e propri diritti: da questo non può che conseguire una ben precisa consistenza della posizione giuridica soggettiva [46] di cui si discute. Invero, piuttosto che *stabilire*, in realtà la norma *ricosce* queste posizioni giuridiche, proprio nella consapevolezza che, trattandosi di diritti fondamentali, questi preesistono al legislatore [47]. Al contempo, però, il riferimento ai luoghi di cultura è operato al comma terzo dell'art. 101 del Codice dei beni culturali e del paesaggio: questa disposizione, come si è visto, afferma che solo i musei di pertinenza pubblica esplicano un pubblico servizio [48]. Il che fa sorgere il dubbio, cui si accennava, di una diversa consistenza della posizione giuridica sulla base del regime proprietario del bene: proprio la negazione di

quanto si era acquisito sulla scorta delle riflessioni di Giannini.

Ma, in ogni caso, unendo questo prodromo - riconoscimento della consistenza della posizione giuridica di pretesa sui beni - alla conseguenza operata dal legislatore - il servizio che garantisce il soddisfacimento di queste pretese è da considerarsi essenziale - non si può eludere dalla conseguenza che quando si parla di gestione del patrimonio culturale ci si riferisce ad un vero e proprio servizio pubblico, tanto in senso soggettivo [49] quanto in senso oggettivo [50].

## 6. Le conseguenze dell'applicazione della legge e la qualificazione del "diritto" al bene culturale

Le ultime disposizioni normative, pur dettate in altro ambito e per differenti motivi [51], ricostruisco in termini di onere amministrativo a risultato vincolato la gestione complessiva del patrimonio culturale, quantomeno con riferimento ai beni di titolarità pubblica. Non ci si può addentrare in questa sede sulla annosa distinzione tra funzione e servizio [52], che attiene alla complessa tematica della definizione di cosa sia intimamente pubblico e, pertanto, non esternalizzabile. Piuttosto, preme ricordare che, comunque si voglia intendere la (co)gestione della cosa culturale, questa non può in ogni caso assumere forme che devino da quella che è la funzione ordinamentale del patrimonio storico-artistico, della quale sopra si è accennato. Non è, allora, tanto una questione di definire cosa sia pubblico e cosa no - nemmeno a livello proprietario, in fondo - quanto piuttosto di comprendere quale sia lo strumentario adatto per raggiungere il fine prefissato in apice dal legislatore costituzionale e, più a valle, anche recentemente dal legislatore ordinario.

Su questa premessa, pertanto, si deve "ritenere che la qualificazione come servizio pubblico possa valere a riconoscere che la disciplina delle attività in esso ricomprese segua logiche diverse da quelle di una pura e semplice attività economica perché se ne garantisce l'accesso in condizioni di eguaglianza e non discriminazione" [53]. Queste logiche, in essenza, sono quelle volte a garantire che la generalità dei cittadini possa avere, per l'appunto, un accesso equo alla risorsa, in termini di continuità temporale, a parità di condizioni e in maniera non discriminatoria [54], oltre che ad un costo che non può essere tanto elevato da divinare una barriera al relativo godimento che verrebbe in contrasto con l'elemento funzionale di cui si è dato conto [55].

Se queste sono le prime conseguenze della qualificazione operata, la seguente domanda da porsi, quindi, è se effettivamente il diritto [56] riconosciuto ai cittadini rispetto all'accesso alla risorsa culturale [57] possa dirsi "fondamentale" e, come tale, debba essere garantito dallo Stato. Ossia, in poche parole, se ci si trovi innanzi ad una di quelle posizioni solitamente ritenute incompressibili [58] e che, in quanto tali, preesistono al legislatore ed all'esercizio dei poteri pubblici, dovendo da questi ultimi soltanto essere riconosciute e garantite.

Per fare un tanto, si può partire da un dato empirico di sicura rilevanza, leggendo quali sono gli analoghi diritti riconosciuti, ancora una volta, ad opera della normativa in tema di scioperi. Anzitutto, l'art. 1 della legge n. 146/1990 considera essenziali tutti i diritti [59] afferenti alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, alla assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione [60]. Dopodiché, nel comma 2, lett. a), premessa la necessità di tutela dei beni culturali [61], la fruizione dei luoghi di cultura è inserita proprio nell'elenco nel quale compaiono i precitati diritti di salute, sicurezza della persona, dell'ambiente, di protezione civile, dell'approvvigionamento di risorse naturali e di prima necessità, l'accesso ai servizi di giustizia e la protezione ambientale.

Si tratta, in effetti, di posizioni giuridiche che si ritrovano tutte al novero proprio di quei c.d. diritti a garanzia necessaria che, come tali, costituiscono la spina dorsale dello Stato e non possono essere abdicati. Non vi è nessun dubbio che tutte queste voci - dalla salute allo smaltimento dei rifiuti alle prestazioni attinenti alla giustizia - si riferiscano per conseguenza a dei servizi pubblici. E, allora, essendo l'accesso ai beni culturali elencato in uno con queste qualificate prestazioni, esso deve essere a tutti gli effetti considerato un servizio pubblico propriamente inteso [62]. Non vale a smentire questo assunto il fatto che la qualifica operata dalla legge n. 146/1990 sia settoriale: se i diritti ivi considerati non fossero sostanzialmente - e non quindi settorialmente - fondamentali, non si potrebbe comprimere in virtù di questi un diritto altrettanto garantito dalla Costituzione, quale quello di sciopero.

## 7. I principi da applicare al servizio pubblico culturale: verso un sistema incoerente

Se la conclusione cui si è giunti è quella di ritenere che la pretesa al bene culturale [63] debba essere qualificata come diritto essenziale, il nocciolo duro di un tale diritto non dovrebbe considerarsi "degradabile" [64]. E, pertanto, ogni questione che incida sulla sua effettiva garanzia, dovrebbe ritenersi riservata al giudice ordinario [65]. Sotto questo profilo, però, non pare che la soluzione prospettata ad esempio per il diritto alla salute possa dirsi applicabile in via diretta alla materia dei beni culturali.

Questo per una precisa ragione: quando si parla del diritto alla salute tutelato dal g.o. ci si riferisce nella generalità dei casi ad una pretesa negativa verso atti di disposizione del proprio corpo. Ossia a questioni che afferiscono la libertà di ciascuno di non vedere intaccata la propria integrità per il tramite di azioni della pubblica amministrazione [66]. Nel caso di una pretesa di fruizione del bene culturale, invece, la posizione del privato, anche se qualificata in termini di diritto perfetto, rimane pur sempre di pretesa. E, pertanto essa resta in senso tecnico un diritto in attesa di espansione perché condizionato all'azione della p.a. che deve nel concreto garantire le condizioni di espletamento del servizio. Vi è così che, rispetto ad una risorsa non riproducibile - il bene culturale - ed a risorse che sono invece fungibili - denaro e forza lavoro - i pubblici poteri devono operare una scelta discrezionale in ordine alle modalità di migliore perseguimento degli interessi di cui sono tributari. E, di converso, in tale ottica un ordine del giudice che imponga la direzione da prendere sarebbe automaticamente violativa del principio di separazione dei poteri che ha il suo precipitato in quella norma del codice del processo amministrativo che vieta anche al g.a. di pronunciarsi su poteri pubblici che non siano ancora stati esercitati [67].

In questi termini, insomma, il diritto di cui parliamo è sicuramente condizionato: ma ciò non tanto con riferimento alle risorse economiche, che comunque dovrebbero essere reperite a garanzia della sua qualifica di posizione giuridica

essenziale, quanto piuttosto ad una attività amministrativa propria di ponderazione degli interessi nel rapporto mezzi-risultato. Ciò che non può essere scelto, come si è visto al paragrafo che precede, è chi sia destinatario del servizio, posto che questo è reso a favore della collettività indistinta.

Non a caso si parte dalla giurisdizione, quando si analizzano i principi che si dovrebbero veder applicati al servizio pubblico culturale. Come noto, infatti, la tutela giurisdizionale determina l'effettiva esigibilità delle posizioni giuridiche soggettive. Al contempo, però, consente di apprezzare la coerenza dei ragionamenti sin qui proposti. Se la legge afferma esistere un diritto essenziale, ne si dovrebbe dedurre che ciò sia incompatibile con l'esistenza di un interesse legittimo sullo stesso bene ordinamentale [68] che, concorrendo con questa posizione giuridica primaria [69], dia accesso alla giurisdizione amministrativa una volta esclusa quella ordinaria. Quindi, sostenere che a conoscere delle questioni inerenti al servizio pubblico culturale debba essere soltanto il Tar pare in sé un ossimoro concettuale. Non che il Codice del processo amministrativo non riconosca la cognizione esclusiva anche quando si faccia questione di diritti particolarmente rilevanti [70]; nondimeno l'individuazione del giudice a cognizione piena basata sulla tipologia del bene cui si relaziona il diritto (un bene culturale) anziché sulla consistenza della pretesa azionata (che resta appunto un diritto), sembrerebbe collidere con la traccia normativa [71] nata dalla nota sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004. E, invece, proprio il disposto di legge conforta nella soluzione proposta, consolidandosi con la natura "amministrativamente condizionata" [72] del diritto di cui trattiamo: l'art. 133, comma I, lett. c) [73], devolve proprio alla cognizione piena [74] ed esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi. E questo, indifferentemente alla consistenza che i diritti o gli interessi riflessi e coinvolti nel servizio possano venire ad assumere.

Non è quindi, in realtà, sul riparto di giurisdizione che agisce la qualifica in termini di pubblico servizio della gestione del bene culturale.

A ben vedere, essa opera su di un piano diverso e direttamente conseguente alla doverosità dell'azione amministrativa che viene riconosciuta con riferimento ai beni storico-artistici coinvolti. Questa, in concreto, si riconverte nell'applicazione dei corollari da tempo individuati come necessariamente consequenziali all'iscrizione pubblica di una funzione di garanzia rispetto alla fruizione di beni determinati [75].

*In primis*, ciò che il legislatore vuole quando individua una categoria di interessi super protetti [76], è imporre che la relativa funzione permanga garantita a prescindere dalle diseconomie di mercato. Dacché ne conseguirebbe, in teoria, che lo Stato debba farsi carico del soddisfacimento delle pretese concorrenti dei cittadini su tali beni, nella misura in cui questa concorrenza non sia di danno ai beni stessi.

In secondo luogo, poi, è predicato di questo principio come l'accesso alla risorsa debba essere non discriminatorio ed a prezzo calmierato o definito in via amministrativa: trattiamo, infatti, di una tariffa, non del controprezzo di un contratto [77]. E questo crea non poche criticità. Sebbene si parli, in effetti, ad esempio di tariffa museale, la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha, a suo tempo, dichiarato illegittima la prassi di non prevedere riduzioni per i turisti esteri che visitino i musei allo stesso modo in cui queste sono previste per i cittadini italiani [78]. Ed un tanto, come si immagina, si giustifica secondo i giudici di Lussemburgo per il fatto che in regime concorrenziale non può esservi discriminazione tra i cittadini comunitari.

Ciò, in effetti, sul presupposto che vi sia un mercato [79]: con la conseguenza per cui la dottrina è giunta alla conclusione che "siamo di fronte ad un bene di merito, definito come un bene la cui domanda è affetta da fallacia telescopica. In altri termini, se non intervenisse lo Stato, gli individui non creerebbero una quantità sufficiente del bene museale, né frequenterebbero i musei quanto necessario al fine di costruire una cultura condivisa, condizione di coesione sociale. ... Se il problema è visto in questo modo, e se il turista non è affetto da fallacia telescopica, allora i turisti debbono pagare l'intero il biglietto, siano essi studenti o anziani; mentre i residenti, studenti e anziani, debbono poter godere dell'esenzione. Ne segue che hanno torto sia l'Italia sia la Corte di Giustizia: la prima perché non sa la ragione per la quale effettua una riduzione sul biglietto, e la seconda che non sa che sta trattando di un bene di merito e non di un bene di mercato" [80].

Insomma, il contrario del servizio pubblico, poiché si consente la discriminazione sulla base della provenienza e dello scopo che assume l'accesso alla risorsa culturale. Che diviene bene di mercato se l'individuo è turista, dunque vi accede per scopi ricreativi [81], mentre resta bene indisponibile per i cittadini italiani, quale fonte di accrescimento culturale. Il che, visto lo statuto funzionale del patrimonio storico-artistico, evidentemente non è: il cespite mantiene la propria funzione, che è appunto pubblica nell'essenza, a prescindere dalla qualifica del soggetto che vi venga a contatto [82].

La questione delle tariffe di accesso, peraltro, riverbera anche sulla doverosa garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Andando anche in questo caso, in definitiva, in contrasto pure con quelle che sono conclusioni che si considerano oggi raggiunte in dottrina. Alla fine di "un pluriennale "intenso dibattito culturale e politico" sui musei: ... (è stata) a) "afferzata esigenza che i musei statali (o, almeno, i più importanti) vengano eretti ad organi dello Stato, con piena autonomia finanziaria e amministrativa compresa la facoltà di disporre di un proprio bilancio e di ricevere entrate finanziarie"; b) "afferzata esigenza che tutti i musei italiani, ivi compresi i musei scientifici e demotnoantropologici [...], indipendentemente dalla loro appartenenza giuridica, vadano a costituire il Sistema museale nazionale"; c) "l'esigenza di restituire all'amministrazione dei beni culturali la piena potestà sulle sue risorse" [83].

Infatti, se le strutture pubbliche e in sé l'intero apparato divengono finanziariamente autonome, la funzione di mitigazione e controllo sul costo di accesso alla risorsa si dilava, specie ove non vengano previsti organi di monitoraggio o cabine di regia centralizzati. Come garantire, infatti, il livello essenziale della prestazione sul suolo nazionale se il sistema di gestione del servizio culturale viene molecularizzato senza prevedere controlli finali? La tariffa, infatti, è la misura della garanzia del livello essenziale della prestazione culturale tanto quanto lo è la tutela di conservazione del patrimonio.

Si parla dunque del biglietto museale come una tariffa che in realtà tariffa non è. E si va verso una gestione museale molecularizzata perché il sistema centralizzato si è rivelato cronicamente inefficiente, così mettendo a repentaglio quei



livelli essenziali delle prestazioni che debbono essere garantiti dallo Stato. E si raggiungono conclusioni che non sono coerenti con le premesse del ragionamento, che era partito dal definire l'accesso al bene culturale come un diritto essenziale dell'individuo, che quindi certo non può essere sottoposto *ex lege* al pagamento di una prestazione contrattuale e sottratto alla garanzia amministrativa di effettività.

## 8. Tirando le somme: la qualifica del servizio ne segue la natura?

Le riflessioni sin qui proposte consentono di trarre qualche conclusione general dal discorso che si va proponendo. Anzitutto, è assodato che nell'attuale periodo storico, complice la oramai nota progressiva contrazione della spesa pubblica [84], si finisce con il pensare che la gestione puramente imprenditoriale sia la migliore garanzia dell'equilibrio tra entrate e uscite. Se questo è vero in linea generale, calato nel caso dei beni culturali si deve considerare che il loro particolare regime giuridico impedisce una delegazione automatica delle funzioni a soggetti privi di potestà pubblicistiche [85]. E questo per un ben preciso motivo: nel caso della gestione di un bene culturale, il bene stesso non è l'oggetto di un servizio ai cittadini ma è piuttosto esso stesso lo scopo del servizio pubblico [86]. Che, come noto, è indisponibile alla stessa amministrazione proprietaria.

Partendo quindi nella ricerca di referenti normativi per individuare un concetto di servizio pubblico culturale che consentisse una distinzione dall'ordinario concetto di servizio pubblico, si è visto come già il d.lgs. n. 42/2004 [87] lasciava intravedere come il patrimonio bibliotecario, archivistico e museale pubblico fosse destinato al soddisfacimento di una pretesa giuridica particolarmente qualificata della popolazione. Il decreto guarda però ai luoghi piuttosto che il servizio [88]: è così solo con l'intervento del d.l. n. 146/2015, che si può porre un nuovo punto fermo, inquadrando non solo in termini di servizio pubblico, ma pure in termini di essenzialità, la prestazione di accesso al patrimonio storico-artistico resa dai pubblici musei e delle strutture analoghe. In materia di scioperi, infatti, l'elemento qualificante è la posizione giuridica coinvolta nel servizio a qualificarlo.

Ora, è ben vero che la nozione di servizio pubblico essenziale non è condivisa trasversalmente nell'ordinamento [89]; così come è vero che la stessa legge n. 146/1990 qualifica i servizi a soli fini della disciplina dello sciopero. Non è men vero, però, che, come visto, i referenti non sono solamente quelli della legge del 1990, posto che si trova un primo aggancio concettuale già a livello costituzionale, concretamente sviluppato a valle nel Codice dei beni culturali e del paesaggio. Il che consente anche di superare il vaglio di quella giurisprudenza del Giudice delle leggi che ritiene non equiordinati i servizi pubblici, pretendendo una valutazione concreta della relativa collocazione ordinamentale ai fini di ritenerli o meno, per l'appunto, essenziali [90].

Insomma, le conseguenze del coacervo di referenti normativi multilivello non paiono oramai eludibili nel qualificare l'erogazione della prestazione culturale in favore della cittadinanza da parte della p.a. quale vero e proprio servizio pubblico. Se prima dalla legge era considerata solo la vigilanza [91], ora è imposta pure la valorizzazione - *rectius* gestione. Il che, però, porta a riflettere sul fatto che la disposizione del 2015, pur dando un impulso alla materia, ha come limite l'invarianza finanziaria delle risorse. A dire che la p.a. deve garantire quello che è un servizio essenziale, ma senza poter aumentare gli esborsi. L'impatto della qualifica operata, insomma, sembra destinato a rimanere lettera morta proprio in virtù di quel condizionamento finanziario proprio anche dei diritti essenziali [92]. E ciò è aggravato anche dal fatto che il prezzo di accesso alle strutture museali, in quanto afferente ad un servizio pubblico, ha natura tariffaria, non privatistica e dunque non è flessibile per migliorare la gestione economica delle strutture stesse. Proprio per questo, si dovrebbe, forse, iniziare concretamente a riflettere sulla necessità di una gestione omogenea o di comparto [93] delle strutture culturali, perché solo ove vi sia un controllo operato in via amministrativa, vi è garanzia del rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni. Così, pur non escludendola, si irregimenta la discrezionalità amministrativa, fermi i principi generali di accesso alla risorsa pur nell'invarianza finanziaria [94]. Ciò che resta di una riforma in materia di pubblici servizi che non vuol trarre le conseguenze da sé stessa, allora, è però anzitutto la giustificazione della funzione amministrativa, poiché l'intervento pubblico è consentito proprio dal momento trattiamo di un diritto essenziale. È questa, forse, l'unica conseguenza reale della qualificazione in termini di servizio pubblico della gestione del patrimonio culturale. Ossia, la giustificazione dell'ingerenza amministrativa in un settore che con sempre più forza si auspica venga aperto alla concorrenza [95].

Altro è, invece, riflettere in termini giuridici anziché in termini di politica del diritto. Infatti, il diritto fondamentale all'accesso alla risorsa si deve sempre accompagnare ad una pretesa strumentale con consistenza di interesse legittimo che si appunta sull'attività amministrativa servente a questo diritto [96].

Ed è questa combinazione di situazioni giuridiche che porta beneficio al cittadino a prescindere dal piano economico-finanziario. L'individuazione di un servizio pubblico culturale consente infatti di riconoscere interessi legittimi rafforzati - in quanto serventi un diritto essenziale alla cultura - che hanno tutela giurisdizionale e, si ritiene, anche tutela risarcitoria nel momento in cui la lesione dell'interesse servente riverberi in via diretta sul diritto servito. Essi sono rafforzati proprio perché consento di valutare il merito amministrativo, nella misura in cui pretendono dal giudice di raffrontare il concreto raggiungimento di un livello essenziale della prestazione rispetto alle risorse strumentali in dotazione alla p.a. E, quindi, sono pretesa di apprezzamento delle scelte che l'amministrazione pone in essere per raggiungere l'obiettivo prestabilito dalla legge con i mezzi a sua disposizione. Il che è il merito amministrativo per come oggi viene generalmente inteso [97].

È su questo profilo che si deve riflettere se non si vuole svuotare il senso di aver riconosciuto il diritto all'accesso alla cultura come diritto fondamentale e l'attività della p.a. che lo garantisce quale servizio pubblico essenziale.

## Note

[\*] Giacomo Biasutti, assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli

[1] Questa, come si avrà modo di vedere, la nota definizione di bene culturale ad opera di M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1, 3 ss.

[2] Già [M. Dugato, Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità pubblica](#), in *Aedon*, 2007, 2, rilevava questa caratteristica proprio con riferimento ai servizi erogati dalla p.a. in relazione ai beni culturali. Un tanto rimarcando la circostanza, però, di come a livello codicistico (d.lgs. n. 42/2004) l'attenzione del legislatore si fosse concentrata più sul bene oggetto del servizio che sull'utente destinatario dello stesso. Il che, probabilmente, inverte i termini della questione rispetto alle considerazioni che ordinariamente si suole proporre quando si parla di servizio pubblico universale.

[3] Per una introduzione generale sul tema, si vedano gli scritti di U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, S. Cattaneo, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, XLII, 1990, 355 ss., nonché la ricostruzione sistematica, ancor oggi valida per i numerosi spunti frutto di una attività di ricerca di lungo corso, di M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000. In ultimo, non manca di cogliere come il tema della qualificazione in termini soggettivi ovvero oggettivi della questione, ove intesa in senso eccessivamente rigido, possa dirsi oramai da tempo superata, R. Villata, *I servizi pubblici*, Padova, 2003.

[4] Diretta o mediata, questo è indifferente, a dimostrazione della pervasività del concetto di servizio pubblico che è forse più tipica di nozioni oggettivistiche.

[5] Ci si riferisce agli spunti dottrinari offerti da G. Caia, *I servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano Tassone, F.A. Roversi Monaco, Bologna, 2005, pag. 146 ss., ove si riconosce un indubbio elemento teleologico nella individuazione di un soggetto pubblico quale tutore delle posizioni giuridiche soggettive riconnesse al servizio. Di contro, però, l'elemento caratterizzante sotto il profilo estrinseco permane pur sempre l'individuazione di una struttura - o diremmo pure di modelli istituzionali o di partenariato - che possa garantire effettivamente la concreta rispondenza agli scopi di utilità collettiva nell'uso delle risorse messe a disposizione da parte della pubblica amministrazione.

[6] In questi termini si esprime invero F. Gigliani, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di «servizio pubblico»*, in *Foro Amm.*, 1998, 7-8, 2264 ss. L'Autore, in particolare, parla di neutralità del servizio perché questo farebbe in realtà "riferimento a quelle attività professionali o altamente specialistiche caratterizzate dall'uso di mezzi tecnologici particolarmente avanzati e che sono rivolte alla persona al fine di offrirle le condizioni per autodeterminare liberamente e paritariamente una vita dignitosa e di qualità", pag. 2265.

[7] Se non, come si vedrà, in termini di rapporto costi-benefici rispetto al perseguimento degli obiettivi prefissati, che impone scelte prioritarie all'operatore.

[8] Proprio così si apprezza il concetto di servizio universale, dapprima introdotto a livello europeo (si vedano le comunicazioni del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001 su "I servizi di interesse generale in Europa"; il Libro Verde su "I Servizi di interesse generale" del 21 maggio 2003; il Libro Bianco su "I Servizi di interesse generale" del 12 maggio 2004; la Comunicazione "I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un impegno europeo" n. 725 del 20 novembre 2007; la Comunicazione "Riforma delle norme UE in materia di aiuti di Stato relativamente ai servizi di interesse economico generale" del 23 marzo 2011), e che oggi è un dato acquisito quando si parla di pubblico servizio, anche soprattutto a seguito dell'opera interpretativa giurisprudenziale. Ci si riferisce, in particolare, alla giurisprudenza di cui ad esempio alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. III, 17 febbraio 2011, C-16/10, significativamente riferita alla c.d. direttiva sul servizio universale delle telecomunicazioni del Parlamento e del Consiglio europeo, 7 marzo 2002, 202/20/CE. In dottrina, opera una ricostruzione articolata della nozione G.F. Cartei, *Il servizio universale*, Milano, 2002, fornendo spunti sulla possibile evoluzione del concetto *de iure condendo*.

[9] Non a caso, secondo alcuni, definibili come "diritti in attesa di espansione". Sul punto, utile il riferimento a F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, che si concentra nella ricerca di quale sia in effetti l'oggetto proprio dell'interesse del cittadino, venendo a concludere come sia in effetti non il bene della vita cui questi ambisce ma proprio il comportamento amministrativo strumentale al conseguimento dello stesso. Questa tesi ben si attaglia alla concezione classica di servizio pubblico.

[10] La dottrina sul tema è amplissima. Ancor prima della introduzione del Testo unico del 1998, sono state autorevolmente tracciate le linee evolutive del concetto da T. Alibrandi - P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 1995. Più recentemente, gli spunti legislativi sono stati raccolti con chiara sinteticità da [V. De Santis, L'evoluzione del concetto di bene culturale](#), in *Aedon*, Dibattito sul Testo Unico, 2001. Gli studi più recenti, peraltro, non dimostrano di discostarsi troppo dai risultati nel tempo raggiunti, salvo evolvere esaminando singoli aspetti del patrimonio storico-artistico, quali ad esempio quelli afferenti ai c.d. beni culturali immateriali, cfr. G. Soricelli, *Beni culturali immateriali e diritto al bene culturale: prospettive per una ricerca*, in *Federalismi.it*, 2019, 15.

[11] Non si dimentica, infatti, come la stessa locuzione "bene culturale" sia stata utilizzata per la prima volta da M. Grisolia, *La tutela delle cose d'arte*, Roma, 1952, pag. 124. Nondimeno, in un testo giuridico già si potevano leggere queste parole, poiché il rapporto di Georges Berlia a conclusione della riunione di esperti convocati dall'Unesco a Parigi dal 17 al 21 ottobre 1950 per lo studio ed elaborazione di testi convenzionali di tutela del patrimonio storico artistico, descrive i beni culturali come "i beni mobili o immobili, pubblici o privati, che costituiscono dei monumenti d'arte o di storia, o sono delle opere d'arte, o documenti di storia, od oggetti di collezione". Inoltre, i risultati dei lavori di questa commissione di studio sono stati parzialmente trasferiti successivamente nella Convenzione dell'Aja per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato del 1954. Nondimeno, come osservato da L. Casini, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 3, pag. 651, nota 2, ciò non toglie che a Grisolia debba essere riconosciuta la primigenia dell'espressione in un testo dottrinario. E questo pur nella consapevolezza del fatto che l'Autore non giunga ancora a dare una definizione compiuta del peculiare statuto giuridico che è direttamente implicato al riconoscimento della culturalità di un bene in senso materiale - prima ancora che di un bene in senso giuridico.

[12] Come fa, ad esempio, G. Soricelli, *Beni culturali immateriali e diritto al bene culturale: prospettive per una ricerca*, cit.

[13] Seppure il Maestro sia tornato a più riprese sul tema, anche parzialmente rimaneggiando la propria opinione, il testo cui si suole fare riferimento è M.S. Giannini, *I beni culturali*, cit. L'inquadramento teorico ivi compendiato, infatti, è stato successivamente trasposto pure ad opera della commissione ministeriale Franceschini nei propri lavori. La commissione, istituita per lo studio del concetto di bene culturale (alla quale ha partecipato lo stesso Giannini) ha presentato delle conclusioni che sono fortemente debitorie dell'apporto concettuale già individuato nello scritto ora ricordato. Del medesimo Autore, a maggiore chiarezza dell'evoluzione del relativo pensiero, si ricorda poi quanto ampiamente argomentato in *I beni pubblici*, Roma, 1963, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. Civ.*, 1959, pag. 11 ss. e *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950. Gli esiti di queste riflessioni sono stati quelli di una sostanziale riconsiderazione della nozione funzionale della proprietà privata, come dimostra quanto in ultimo sostenuto in M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica e diritto*, 1971, pag. 459 ss.



[14] Appannaggio queste ultime di altre branche scientifiche, a partire dalla sociologia.

[15] M.S. Giannini, *I beni culturali*, cit., pag. 31.

[16] Sul punto erano già chiare le conclusioni cui giungeva la dottrina contemporanea allo scritto gianniniano: cfr. V. Caputi Jambrenghi, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979. Questo ultimo Autore, in particolare, riconosce come l'utilizzo dei beni pubblici - in questo caso pure per titolarità - potesse essere diretto da parte della p.a., promiscuo tra amministrazione e soggetti diversi, ovvero generalizzato e, in ultima graduazione, pure esclusivo a favore di singoli cittadini. Ciò che in ogni caso non poteva essere alterata era la destinazione finale d'uso del bene che, anche ove circoscritta in favore di un singolo cittadino individuato, non può comunque essere propriamente individuale. Anche qualora il bene, infatti, sia destinato a produrre reddito, comunque le entrate vengono poi ripartite in favore della collettività, donde il cespite ha comunque una utilità pubblica indiretta.

[17] Questo concetto, infatti, è ben chiaro ad esempio nello scritto di F. Benvenuti, voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 537 ss. L'Autore sostiene infatti che l'esercizio di poteri autoritativi sul patrimonio da parte della p.a. debba ritenersi ristretto ai soli atti di c.d. polizia demaniale, essendo relegata la funzione regolatrice a diversi tipi di poteri che sono invece improntati alla tutela della funzione pubblica del patrimonio.

[18] Ossia, la pubblica funzione sul bene culturale non tutela il regime proprietario pubblico.

[19] Il procedimento di individuazione di una funzione che preordina il bene alla pubblica utilità, invero, è ben individuato da A. Lolloi, *I beni pubblici per destinazione: formazione ed estinzione della fattispecie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pag. 633 ss., ove in particolare l'Autore si concentra sulle modalità concrete della *dicatio ad patriam* ad opera del legislatore. Per vero, la giurisprudenza ha nel tempo ampliato il novero delle modalità di destinazione al pubblico uso dei beni, specie quelli immobili, assumendo agli atti formali di legge ed a quelli di programmazione amministrativa generale e minuta pure le modalità di utilizzo conformate per lungo tempo. In punto, vedasi in particolare Consiglio di Stato, sez. V, 13 settembre 2018, n. 5372 e sez. II, 12 maggio 2020, n. 2999. Nella seconda pronuncia, in particolare, i giudici di Palazzo Spada hanno sottolineato che "Sulla base di un diritto di uso pubblico una determinata collettività di persone può ... essere ... ammessa ad una parziale utilizzazione di tali beni che, in tal modo, pur rimanendo di proprietà privata, nel contempo sono destinati al soddisfacimento del predetto pubblico interesse".

[20] Ci si riferisce, in particolare, alla teorica di inquadramento sistematico proposta da M. Ainis, M. Fiorillo, *Manuale di legislazione dei beni culturali*, Milano, 2008, ove si sostiene che la stessa ripartizione delle competenze tra Stato e regioni, nei fatti, abbia dato un impulso alla definizione ordinamentale del concetto di bene culturale. Questo poiché la reale funzione del patrimonio storico artistico, pur nella proliferazione di testi di legge anche da parte di soggetti decentrati titolari di potestà esclusiva, non può essere intaccata dalla ridefinizione dell'assetto competenziale tra le varie componenti statuali. Da qui, insomma, la reale pervasività dello statuto giuridico del bene culturale. Gli interessi costituzionali influiscono poi, come sottolineato da G. Guarino, *Pubblico e privato nell'economia, La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, pag. 21 ss., pure sulla disponibilità nel mercato che il privato proprietario abbia sui beni. Insomma, si può dire che lo statuto costituzionale del bene culturale abbia implicazioni quanto alla indisponibilità relativa tanto sotto il profilo del diritto pubblico quanto con riferimento agli scambi e agli atti dispositivi che avvengono nel mercato. E, per altra via, ciò dimostra come il patrimonio storico artistico sia intrinsecamente pubblico, non per proprietà bensì per fruizione.

[21] Anzi, queste conclusioni - qui notevolmente sintetizzate - nella sostanza erano state anticipate, ancora una volta, da M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, cit., seppur in più articolato discorso anche giustificativo del regime proprietario privato all'interno di un sistema costituzionale democratico.

[22] Così G. Alpa, M. Bessone, A. Fusaro, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Roma, 2002, in specie pag. 262 ss., ove si analizzano le possibili letture dell'art. 42 della Costituzione in relazione alle funzioni programmatiche e più latamente di tutela del pubblico interesse operate dalla pubblica amministrazione con forme di ingerenza più o meno penetranti sui beni privati.

[23] Questo, a sua volta, consente però di ingerire nella sfera di disponibilità del cittadino sul proprio patrimonio solo nella misura in cui un tanto sia necessario a garantire l'utile sociale. Così, di fatto, sottintendendo in fondo come l'utile sociale sia pure il fine ultimo della proprietà individuale - o quantomeno che con questo la proprietà *uti singuli* non possa andare in contrasto. In effetti, la sistematica complessiva all'interno della quale inserire il discorso sulla funzionalizzazione della proprietà privata è proprio quella di una architettura di valori tra loro posti su livelli diversi, ove alcuni principi sono effettivamente superiori agli altri. Tra questi ultimi, si è soliti annoverare quelli dei primi due titoli della parte prima della Costituzione, che tendono ad essere ritenuti come fondativi della stessa nozione di Repubblica democratica. Quasi che, insomma, l'ordine numerico della Carta fondamentale sia corrispondente ad un criterio di priorità quanto all'importanza dei diritti riconosciuti. Sul tema, vedasi V. Baldini (a cura di), *Che cosa è un diritto fondamentale?*, in *Atti del Convegno Annuale di Cassino, 10-11 giugno 2016*, Napoli, 2017, pag. 337 ss., ove in particolare si distingue tra criteri classificatori di stampo formale (quale è quello numerico che si è ora riferito), differenziandoli da quelli più puntuali e ragionati - ma giocoforza più aleatori - di carattere sostanziale, che implicano invece lo studio dell'ordinamento al quale il testo costituzionale si riferisce nella sua evoluzione diacronica. Non si può mancare di sottolineare, quanto a questa seconda linea di pensiero, come vi siano anche posizioni essenzialiste. Pur non potendo entrare nel merito della complessa discussione sul tema, utile segnalare le tesi di F. Bottari - F. Totaro, *Universalismo ed etica pubblica*, Milano, 2006, laddove si afferma che "La caratteristica dell'universalità appartiene al concetto stesso di "diritti umani". Se i diritti umani fossero pensati come particolari, perché mai qualificarli così? Non avrebbe alcun senso qualificare come "umani" diritti che sono "particolari", cioè propri di un popolo o di una classe di individui", pag. 155.

[24] Si utilizza il virgolettato in questa fase della trattazione per fare assumere al lemma un connotato neutro in virtù della successiva analisi che verrà operata.

[25] La distinzione tra diritti fondamentali assoluti e relativi, che in effetti ha carattere non costitutivo, in quanto non direttamente prevista nel testo costituzionale, è stata ampiamente tratteggiata da R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino 2015, in particolare a pag. 524 e seguenti, per poi essere ripresa nei suoi tratti essenziali da F. Modugno, *Diritto pubblico*, Torino, 2012.

[26] Critica che però, per vero, veniva in ogni caso ad essere mossa pure con riferimento alla legislazione preunitaria di cui alle leggi Bottai. Ma che, sorprendentemente, autorevole dottrina ha constatato aver subito un vero e proprio rimbalzo negli anni seguenti all'avvento della Costituzione, laddove si è passati da una disciplina analitica e di dettaglio, che non consentiva una ricostruzione sistematica della nozione di bene culturale, ad una sorta di pancultralismo. Ossia una corrente di pensiero che estenderebbe in maniera abnorme la caratteristica di culturalità del patrimonio fino a farla divenire sostanzialmente irrilevante per la stessa definizione dell'oggetto di studio. In questi termini si veda quanto illustrato da D. D'Orsogna, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in *Arte e critica*, XXI, supplemento al n. 80/81, (a cura di) D. D'Orsogna, P.L. Sacco, M. Scuderi, pag. 6 ss. L'Autore propone proprio una critica complessiva non solo della nozione "estetizzante" del bene culturale quale ricostruzione riduttiva del fenomeno, ma muove pure significativi rilievi alla estensione

indebita del concetto presso plessi della fenomenologia sociale che non gli sono propri.

[27] Per il significato di questa espressione si rinvia a S. Cassese, voce *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, in *Dizionario di diritto pubblico*, (a cura di) S. Cassese, Milano, 2006, pag. 1449 ss., nonché M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, laddove in particolare l'Autore riconnette la ricostruzione della destinazione pubblicistica alle diverse norme che all'interno dell'ordinamento consentono all'amministrazione l'esercizio di potestà sui beni volte alla tutela della relativa funzione. Utile poi per una ricognizione delle diverse posizioni maturate in relazione alla questione della complessiva distorsione dell'ordinario regime proprietario che la funzionalizzazione al pubblico interesse dei beni comporta, G. Colombini (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali*, Atti del convegno di Pisa del 2007, Napoli, 2009.

[28] Ove il riferimento, in effetti, corre al solo art. 117, che si occupa dei servizi aggiuntivi o per il pubblico. Cfr per un commentario delle disposizioni M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012.

[29] Si tratta, ad esempio, della gestione dei *book shop* all'interno delle strutture museali e più in generale di una serie di servizi connessi ma del tutto collaterali rispetto alla prestazione principale resa dalla struttura pubblica.

[30] Proprio a questo tipo di ricostruzione muove critica G. Severini, *L'immateriale economico nei beni culturali*, in *L'immateriale economico nei beni culturali*, (a cura di) A. Bartolini, G. Morbidelli, Torino, 2016, pag. 9 ss., laddove l'Autore sottolinea in particolare come partendo dall'art. 111 del d.lgs. n. 42/2004 si debba proporre invece un ripensamento del concetto di valorizzazione del bene culturale, intendendo con il termine non solo la garanzia di fruizione per i cittadini, ma anche lo sfruttamento commerciale del cespite.

[31] In quanto direttamente preordinate alla gestione o riconnesse alla stessa.

[32] Una definizione, lo si anticipa, che si basa sulla distinzione delle funzioni che, come sottolineato da F. Liguori, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *Federalismi.it*, 2018, 1, non implica una contrapposizione di posizioni antitetiche ma, semmai, la corretta ascrizione delle competenze ai soggetti individualmente interessati nel procedimento decisionale.

[33] Basti pensare a quanto già acutamente osservava del "conflitto" nei termini contenuti all'art. 9 della Costituzione S. Cassese, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1988, pag. 673 ss. Persino in allora, infatti, l'Autore sottolineava l'importanza della mutata consapevolezza sociale rispetto ad una scienza che non era direttamente quella giuridica (bensì quella delle discipline sociali, i cui risultati di studio venivano raccolti con valenza non costitutiva dal diritto). Dal che ne si deduceva come si dovesse superare la ritenuta antinomia tra tutela e valorizzazione, poiché anche il secondo elemento del dittico implicava in sé il primo, formandone, come si dirà, anzi a sua volta un elemento costitutivo.

[34] In effetti, la Corte costituzionale si è nel tempo concentrata nelle sue decisioni soprattutto sul tema del conflitto di attribuzioni tra centro e periferia, specie in conseguenza della modifica del Titolo V della Costituzione operata con legge costituzionale del 2001. Si veda, per un esempio di come il Giudice delle leggi sia stato investito delle questioni post-riforma, Corte costituzionale, 28 marzo 2003, n. 94. Sul punto, ha una acuta previsione della evoluzione del contenuto del contenzioso istituzionale sulle competenze, [N. Aicardi, Recenti sviluppi sulla distinzione tra "tutela" e "valorizzazione" dei beni culturali e sul ruolo del ministero per i Beni e le Attività culturali in materia di valorizzazione del patrimonio culturale di appartenenza statale](#), in *Aedon*, 2003, 1. Per un approfondimento ulteriore, vedasi pure il coevo scritto di C. Barbati, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali dopo la riforma del Titolo V: la separazione delle funzioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, pag. 2 ss., ove, anche se parzialmente in controtendenza rispetto alle linee di pensiero già espresse a suo tempo dal prof. Cassese a partire dallo scritto citato nella nota che precede, riteneva sussistente - quantomeno nelle intenzioni del legislatore - una effettiva possibilità di differenziare le due nozioni complementari di tutela e valorizzazione. Un tanto, è bene precisarlo, quantomeno a livello liminale e ai fini di una distinzione dei compiti da affidare ai diversi plessi istituzionali nell'ambito del più generale concetto di sussidiarietà verticale.

[35] Latamente, la nozione viene adombrata in seno alla corrente riduttiva del termine "servizio" culturale già da [R. Grossi, L'esperienza delle istituzioni per la gestione dei servizi culturali degli enti locali](#), in *Aedon*, 1998, 2. Nondimeno, l'evoluzione del concetto viene compiuta nella ricognizione operata da L. Casini, *Valorizzazione e gestione*, in *Diritto del patrimonio culturale*, (a cura di) C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciuillo, Bologna, 2017, pag. 200 ss. Non si possono tuttavia dimenticare nemmeno gli studi che arrivavano alla conclusione per cui la questione gestoria andrebbe invece inquadrata più propriamente all'interno della più ampia tematica della esternalizzazione ai privati della funzione di valorizzazione attraverso tipologie di partenariato istituzionale ovvero contrattuale: cfr. [G. Fidone, Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione](#), in *Aedon*, 2012, 1-2.

[36] Che si intendono "diverse" per il solo fatto di essere individuate separatamente all'interno del disposto costituzionale.

[37] Il riferimento, nell'utilizzo di questa terminologia, non può che correre alla Convenzione di Faro del 2005, recentemente ratificata ad opera del Parlamento italiano nel 2020. Il testo pattizio, in particolare, erige a figura istituzionale nella gestione del bene culturale la "comunità di cultura" ritenendo che la stessa si riferisca a quella particolare collettività che crea un legame biunivoco con il patrimonio ad essa riferito. Da un lato, infatti, la comunità riconosce il valore culturale che è il presupposto sociale della qualifica del bene come appunto culturale; dall'altro, il concetto garantisce ai singoli cittadini il "diritto" ed il dovere di partecipare nella gestione del bene all'interno di una programmazione quadro di carattere pubblicistico. La peculiare natura del patrimonio storico-artistico, nondimeno, impone che comunque questa sussidiarietà orizzontale sia ritenuta dalla Convenzione cedevole rispetto alla necessità di una programmazione unitaria che garantisca effettiva tutela della funzione e reale valorizzazione rispetto alla popolazione. Sul punto vedasi [M. Cammelli, La ratifica della convenzione di Faro: un cammino da avviare](#), in *Aedon*, 2020, 3.

[38] Il riferimento corre in particolare a M. Dugato, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità pubblica*, cit.. Sebbene l'Autore indichi quale appannaggio amministrativo - salvo delega - il compito di rendere fruibile alla collettività il patrimonio culturale, un tanto non esprime ancora appieno la consapevolezza del fatto che la stessa valorizzazione è una forma di tutela. Come si va sostenendo, infatti, anche alla luce della Convenzione di Faro, la via principale per tutelare i beni storico-artistici è mantenerne viva la memoria, proprio partendo dalle comunità più piccole nelle quali questi sono nati - e seppur nell'ambito di una programmazione unitaria. È, infatti, con riferimento ai reperti meno conosciuti e meno dotati di risorse per l'autosostentamento che emerge con maggiore forza il rischio di vedere messa a repentaglio la relativa funzione culturale.

[39] A dire che la disposizione, piuttosto che essere interpretata come una indicazione di ciò che deve essere fatto per garantire il ruolo ordinamentale dei beni culturali - ossia aprirli alla pubblica fruizione - pare prescrivere cosa non si può fare con i luoghi che li custodiscono, ossia adibirli ad un uso che non è compatibile con la pubblica finalità. Dunque, sostanzialmente, un uso particolare o singolare (sul significato di questi termini, vedasi V. Caputi Jambrenghi, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, cit., poi ripreso anche da A. Police, *I beni di proprietà pubblica*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) F.G. Scoca, Torino, 2014, pag. 518 ss.

[40] Con questo termine M.A. Sandulli, *Editoriale*, in *Munus*, 2011, 1, richiama infatti l'attenzione sulla circostanza che non si sia riusciti nel tempo a dare una definizione univoca al concetto di servizio pubblico. Esso stesso, insomma, pare al contempo divenire nozione liminale allo studio dei pubblici poteri in ambito economico-sociale pur essendo nei fatti del tutto inafferrabile.

[41] Recante *Misure urgenti per la fruizione del patrimonio storico e artistico della Nazione*, e convertito con modificazioni giusta [legge 12 novembre 2015, n. 182](#).

[42] Si può avere contezza delle ragioni che hanno indotto il governo alla decretazione d'urgenza, oltre che a mezzo delle dichiarazioni agli organi di stampa, anche attraverso la lettura dei lavori parlamentari che hanno portato alla conversione in legge del d.l. E, infatti, nella relazione illustrativa si sostiene che la modifica apportata alla legge n. 146/1990 doveva considerarsi impellente e non più procrastinabile "alla luce del ripetuto verificarsi, nelle ultime settimane, di manifestazioni sindacali e scioperi che hanno impedito l'apertura al pubblico e l'accesso ai luoghi della cultura di appartenenza pubblica, specialmente siti di particolare interesse culturale e attrattività turistica (come Pompei e il Colosseo)". Un tanto laddove, peraltro, nel preambolo del provvedimento si sostiene pure sussistere la "straordinaria necessità e urgenza di adottare misure che assicurino la continuità del servizio pubblico di fruizione del patrimonio storico e artistico della Nazione".

[43] Il lemma si riferisce in realtà al precedente comma 1. Le due previsioni, in combinato disposto tra loro, consentono di considerare così disciplinati i musei, le biblioteche e gli archivi, le aree e i parchi archeologici, i complessi monumentali che appartengono a soggetti pubblici.

[44] Come si vedrà, proprio questo è uno degli aspetti salienti nella qualificazione di un servizio in termini di servizio pubblico, perché connota la relativa erogazione in termini di doverosità da parte della pubblica amministrazione, che deve garantire il soddisfacimento degli interessi riconosciuti a livello normativo. Significativo in tale ambito, pure per gli spunti che si avrà modo di approfondire nel prosieguo, C. Di Marco, *La difesa dei diritti fondamentali, beni comuni incompressibili dello Stato sociale. In margine alla Sent. n. 274/2016 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2017, 6, ove l'Autore si concentra nel rispondere alla domanda se nel diritto contemporaneo si possa ancora parlare di una attualità del tema dei diritti incompressibili quali fondamenta costruttive dell'ordinamento costituzionale. Vedasi, anche, A. Lucarelli, *Crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale. Verso i beni comuni*, in *Dir. società.*, 2016, 3, 483 ss.

[45] Contenuta all'art. 1-bis, del d.l. e introdotta in sede di conversione a specificare che anche in fase emergenziale, comunque il precetto contenuto all'art. 97, comma I, della Costituzione, che impone l'equilibrio di bilancio, non può essere disatteso. E questo, nemmeno qualora si faccia questione della garanzia di diritti espressamente definiti come essenziali.

[46] Posizione che è pretensiva, nel momento in cui il cittadino ambisca alla fruizione *pro quota* del bene culturale, ma che è pure oppositiva, nella misura in cui ciascun consociato vanta il medesimo interesse a non vedere danneggiato il patrimonio storico-artistico sul quale si appunta il suo desiderio di fruizione parziaria. Con il che, evidentemente, si apre la relevantissima questione della concreta azionabilità procedurale e processuale di queste posizioni.

[47] Sul punto si richiamano le idee espresse da D. Messineo, *La garanzia del contenuto essenziale dei diritti fondamentali: dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012.

[48] Riprendendo le parole dei lavori parlamentari in sede di conversione del d.l. n. 146/2015, invero, è utile ricordare che "L'articolo 101 del decreto legislativo n. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) definisce istituti e luoghi della cultura i musei, le biblioteche e gli archivi, le aree e i parchi archeologici, i complessi monumentali. In particolare, l'art. 101 del codice fa riferimento sia ad istituti e luoghi della cultura appartenenti a soggetti pubblici - i quali sono destinati alla pubblica fruizione ed espletano un servizio pubblico - sia alle strutture espositive e di consultazione, nonché ai luoghi della cultura, appartenenti a 4 soggetti privati e aperti al pubblico, i quali espletano un "servizio privato di utilità sociale". In base all'articolo 104 del decreto legislativo n. 42/2004, infatti, alcuni dei beni culturali di proprietà privata possono essere assoggettati a visita da parte del pubblico per scopi culturali. Si tratta, in particolare, dei beni culturali immobili indicati all'art. 10, co. 3, lett. a) e d), che rivestono interesse eccezionale, e le collezioni dichiarate di interesse culturale ai sensi dell'art. 13" (così, il dossier del Servizio Studi della Camera dei deputati per l'esame in assemblea). Sul punto, pure in vigenza del precedente Codice, vedasi per analogia delle disposizioni sugli istituti di cultura, M. Ainis, *Lo statuto giuridico dei musei*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 2, 393 ss. laddove i temi del servizio pubblico attinente alle strutture vengono per certi versi già concretamente anticipati.

[49] Trattandosi di un coacervo di attività, comunque, soggettivamente imputabili ad una pubblica amministrazione, non in quanto tale ma in quanto dotata di una struttura garantistica a tutela del vincolo finalistico imposto sui beni. Così G. Caia, *I servizi pubblici*, cit.

[50] Vertendosi in ipotesi di servizio operato con garanzia pubblicistica perché volto al soddisfacimento di un bisogno della cittadinanza indistinta, secondo l'insegnamento già da tempo noto di U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, cit.

[51] Ossia in materia di regolamentazione degli scioperi ed in vista della definizione di una situazione di criticità che era percepita come fortemente lesiva dell'immagine complessiva e della efficienza del Paese.

[52] Nell'ambito della quale, come noto, la funzione sarebbe sostanzialmente un appannaggio esclusivo dell'amministrazione, e, come tale, non può essere delegata o esternalizzata a soggetti privati, siccome caratterizzante la forma di ordinamento: così G. Napolitano, *Funzioni amministrative*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, pag. 2631 ss. Ma questo, a ben vedere, veniva in definitiva sostenuto per una questione di inquadramento anche lessicale della questione. Infatti, per l'Autore la funzione si pone in rapporto di genere a specie rispetto alla stessa nozione di Amministrazione, laddove quest'ultima viene intesa sostanzialmente come una entificazione dello scopo affidato ai pubblici poteri dalla legge. I questi termini, allora, vi sarebbe un nucleo di poteri che non possono essere di per sé - ulteriormente - delegati all'esterno. Se l'esempio viene più facile ove si pensi all'amministrazione della giustizia, in tema di beni culturali appare verosimile invece che la questione attenga all'inquadramento della posizione ordinamentale del patrimonio storico artistico, i cui obiettivi ultimi di accrescimento civico non possono essere abdicati alla decisione di soggetti privati o interessi individuali. I cittadini singoli, infatti, potrebbero al più partecipare del procedimento decisionale sugli obiettivi gestionali in questo senso.

[53] F. Liguori, *I servizi culturali come servizi pubblici*, cit., pag. 4 dell'estratto.

[54] Per le basi giuridiche di queste nozioni, si veda, *ex multis*, S. Cassese, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1998, pag. 234 ss., ove l'Autore opera una ricostruzione critica della evoluzione dei concetti, nonché M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1998, pag. 181 ss., il quale invece cerca di ricostruire un *trait d'union* della legislazione negli obblighi di servizio che si possono imporre autoritativamente anche a prescindere dalla redditività per il gestore di tali scelte.

[55] A questi caratteri, oramai piuttosto pacificamente qualificati come elementi essenziali del servizio pubblico, vi è chi nel tempo

ha affermato pure la sussistenza di un principio di economicità. Un tanto partendo da riflessioni come quelle proposte da S. Holmes - C.R. Sunstein, *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, New York, 1999, ove gli Autori giungono alla conclusione per la quale anche le c.d. libertà negative sono un centro di costo per lo Stato e dunque non sono diritti "a costo zero". Ad affermare il principio a livello interno, specie alla luce della modifica operata all'art. 97 della Costituzione, è stato ad esempio G. Caia, *Economicità ed efficienza nei servizi pubblici di trasporto regionale e locale*, in *Federalismi.it*, 2018, 20, ove l'Autore afferma in particolare che la questione della efficienza economica del sistema di servizio pubblico è strettamente correlata alla concreta possibilità dello stesso di aprirsi al mercato concorrenziale. Ne si deduce, così, che "si dovrebbe anche pervenire, per statuizione del legislatore, ad una liberalizzazione di determinate attività di prestazioni di servizi almeno nelle realtà territoriali in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica è idonea a garantire il soddisfacimento delle esigenze degli utenti", pag. 9. Più in generale, E. Boscolo, *L'unificazione attraverso la garanzia delle prestazioni di servizio pubblico*, in *Munus*, 2016, 2, 381 ss. ritiene l'economicità (da intendere come sostenibilità nel lungo periodo) quale elemento qualificante nella definizione moderna del servizio pubblico, anche nella prospettiva del diritto delle generazioni future.

[56] Si usa il termine riprendendolo dal disposto della legge n. 146/1990 come modificata dal citato d.l. n. 146/2015. Sulla effettiva consistenza della posizione, nondimeno, si tornerà un poco oltre.

[57] In uno con la speculare e contermina posizione di interesse negativo acciocché la risorsa sia tutelata secondo quanto prescritto dalla Costituzione.

[58] Ci si riferisce con questo lemma alla ricostruzione teorica operata, tra gli altri, dalla Corte costituzionale con la sentenza 16 dicembre 2016, n. 275, acutamente commentata da C. Di Marco, *La difesa dei diritti fondamentali, beni comuni incomprimibili dello Stato sociale. In margine alla Sent. n. 274/2016 della Corte costituzionale*, cit., e A. Lucarelli, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati. Nota a Corte Cost. n. 275 del 2016*, in *Giur. cost.*, 2016, 6, 2343 ss. Per parte propria, si deve poi ricordare che la giurisprudenza di legittimità, in tempo oramai risalente, ha individuato sulla scorta della rielaborazione teorica di matrice tedesca, una serie di diritti di rango costituzionale che non sarebbero "degradabili" da parte del pubblico potere, perché comunque a soddisfacimento garantito: Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 9 marzo 1979, n. 1436, in tema di diritto alla salute, con teoria poi successivamente evoluta ma costantemente richiamata (vedasi Tribunale civile di Milano, sez. I, 11 febbraio 2008 come pure, per parte delle valutazioni operate dal giudice amministrativo, Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 28 dicembre 2007, n. 27187, laddove si afferma che la non degradabilità della posizione giuridica non è di per sé escludente della giurisdizione speciale). In dottrina, vedasi, *ex multis*, D. Messineo, *La garanzia del contenuto essenziale dei diritti fondamentali: dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012, G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di governo*, in *Quad. cost.*, 2014, 1, 29 ss. e T.F. Giupponi, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. cost.*, 2014, 1, 57 ss.

[59] A prescindere dal regime giuridico di riferimento con il quale si viene ad erogare il servizio che agli stessi pertiene.

[60] Tutti questi diritti, è bene sottolinearlo, sono ritenuti ai sensi del comma II dell'art. 1, come costituzionalmente tutelati: è questo in effetti il presupposto del loro inserimento nel testo di legge.

[61] Per vero già presente precedentemente alla novella del 2015.

[62] Laddove il legislatore non opera differenze, invero, non pare dunque corretto che le distinzioni siano ricostruite dall'interprete con il solo scopo di negare un livello di tutela adeguato per i cittadini.

[63] In termini di tutela dello stesso e di richiesta di fruizione *pro quota*.

[64] Oltre alla ricostruzione di cui si è dato conto *supra*, è utile pure richiamare le conclusioni cui giunge R. Ferrara, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Salute e sanità*, (a cura di) R. Ferrara, Milano, 2010, pag. 4 ss., secondo cui, in definitiva, "il diritto alla salute non è degradabile in base ad atti amministrativi pur emanati nell'esercizio di un potere attribuito dalla legge, con il conseguente radicamento innanzi alla giurisdizione ordinaria delle domande volte ad ottenere, anche mediante provvedimenti cautelari ed urgenti, una pronuncia atta ad imporre all'amministrazione un determinato comportamento attivo o passivo", pag. 73.

[65] Si tratterebbe, ancora una volta, di diritti che non potrebbero essere compresi da parte dell'autorità amministrativa.

[66] Ben note, sul tema, le vicende riguardanti il tema della c.d. fine vita. Per tutti, pur nella consapevolezza della molteplicità delle voci che si sono interessate alla tematica, si vedano le riflessioni proposte da AA.VV., *Questioni di fine vita. Dalla Legge 22 dicembre 2017, n. 219 alla ordinanza della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, in *Giurisprudenza penale, I-bis*, 2019. Per un taglio civilistico all'inquadramento della questione, utile pure il riferimento a P. Morrozzo della Rocca, *Capacità di volere e rifiuto delle cure*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, pag. 387 ss., mentre, quanto agli spunti di riflessioni in termini di filosofia del diritto, cfr. D. Castellano, *Eutanasia: un diritto?*, Napoli, 2015.

[67] Il riferimento corre all'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 104/2010.

[68] Ossia, in altri termini, non pare coerente a livello di riparto giurisdizionale, pure memori della sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, dire che pur trattandosi di un servizio essenziale, ad avere competenza esclusiva sulle questioni che lo riguardano sia il giudice amministrativo.

[69] Questa, in sintesi, la critica operata da F.G. Scoca, *Le situazioni giuridiche soggettive dei privati*, in *Diritto amministrativo*, cit., pag. 44, alla ricostruzione tradizionale dell'interesse legittimo in termini di diritto degradato dal contatto con il potere amministrativo. L'Autore afferma infatti che è logicamente inspiegabile che un diritto continui ad esistere fintanto che non è emesso il provvedimento che lo degrada ma allo stesso tempo esista già come interesse legittimo dal momento di avvio del procedimento, consentendo così l'interazione del cittadino con la p.a.

[70] Ad esempio, nel caso in cui le prestazioni sanitarie vengano ad essere definite all'interno di un ambito distrettuale attraverso lo strumento dell'accordo di programma, non si dubita che la cognizione sull'atto, pur involgente evidentemente aspetti che intaccano anche direttamente il diritto alla salute, debba essere riconosciuta in via esclusiva al Tar. In termini, nella materia di programmazione convenzionata di diritto pubblico cui può accedere a valle attività esecutiva di diritto privato, vedasi Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 30 luglio 2017, n. 18985. In quella sede, il giudice ha avuto modo di regolare la giurisdizione stabilendo che "è applicabile la giurisdizione esclusiva di cui all'articolo al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, trattandosi di attuazione di moduli convenzionali attraverso i quali le Pubbliche Amministrazioni coordinano l'esercizio di funzioni proprie in vista del conseguimento di un risultato comune". Questo, in definitiva, a prescindere da quale sia l'oggetto concreto di regolazione. D'altro canto, la stessa giurisprudenza costituzionale, non solo con la già citata sentenza n. 204/2004, ha nel tempo sostanzialmente negato vi sia una riserva giurisdizionale ordinaria che operi in via esclusiva rispetto a situazioni giuridiche soggettive ritenute essenziali per l'ordinamento. E questo poiché quello che conta in ultima analisi è l'adeguatezza del livello di tutela concretamente conseguito dal cittadino. Sul punto vedasi F. Sciarretta, *Giurisdizione amministrativa "esclusiva"*



nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni, in *Federalismi.it*, 2018, 3, nonché M.C. Cavallaro, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato: brevi riflessioni a margine dei recenti orientamenti della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pag. 934 ss. Per tutti, in ogni caso, valgono le conclusioni di A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, ove l'Autore ricostruisce sinotticamente la giurisdizione esclusiva quale nuova forma completa di tutela delle situazioni giuridiche soggettive.

[71] Ci si riferisce all'art. 133 del Codice del processo amministrativo.

[72] Con il termine, per vero, non ci si vuole riferire alla teorizzazione dei c.d. interessi amministrativamente protetti, ossia quegli interessi diffusi che trovano la propria misura di rilevanza nell'ordinamento solo se ed in quanto assunti ad oggetto della propria valutazione ad opera della p.a. In termini, F.G. Scoca, *Interessi protetti (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Roma, 1989, pag. 1 ss., e E. Cannada Bartoli, *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, pag. 1 ss. Peraltro, il primo Autore, in uno scritto di poco anteriore, aveva già avuto modo di affermare che "alla base del diritto affievolito c'è un equivoco, dovuto al fatto che si è voluta spiegare una vicenda tutta processuale (attinente al riparto delle giurisdizioni) con soluzioni di diritto sostanziale: poiché il diritto soggettivo inciso dal provvedimento amministrativo trova tutela dinanzi al giudice degli interessi legittimi, si è pensato che il provvedimento determinasse l'affievolimento del diritto, nel senso specifico di trasformarlo in interesse legittimo; inutile, perché il riparto delle giurisdizioni, e in particolare l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie relative a provvedimenti che abbiano sacrificato diritti, non presuppone affatto la vicenda (sostanziale) dell'affievolimento. Basta riflettere sulla possibile contemporanea sussistenza delle due situazioni soggettive (diritto ed interesse legittimo): occorre soltanto disporre di un criterio (processuale) che consenta di stabilire se e quando si tratti di controversie riguardanti il diritto ovvero di controversie riguardanti l'interesse legittimo. In definitiva il diritto affievolito non esiste: esso è la confusione in una unica (mostruosa) situazione soggettiva di due diverse situazioni contemporaneamente spettanti ad un solo titolare". Così, F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., pag. 23, con tesi poi ripresa a quasi trent'anni di distanza in F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017. Dal canto proprio, la giurisprudenza raramente si impegna in una ricostruzione puntuale delle conseguenze in ordine alla qualificazione giuridica delle situazioni sostanziali una volta che le condiziona all'azione amministrativa. Ad esempio, il Tar per la Basilicata, sede di Potenza, sez. I, 24 maggio 2008, 255, ha riconosciuto incidentalmente che "se la partecipazione procedimentale ha quale proprio fine la tutela dei destinatari dell'azione amministrativa, tale tutela si estende - ovviamente nella sola fase procedimentale - non solo ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi, ma anche ai cd. interessi semplici, o amministrativamente protetti". A dire che proceduralmente interessi dalla consistenza più labile possono avere accesso ad essere apprezzati lungo l'iter decisionale amministrativo venendoli ad influenzare. Solo che, in effetti, questa suscettibilità di influenzare la decisione amministrativa porta a considerare comunque allora consistenti queste posizioni giuridiche.

[73] La disposizione, in particolare, ascrive al plesso amministrativo "le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità".

[74] Cognizione che, secondo A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, cit., può dirsi piena proprio perché direttamente inerente al fatto - non, invece, come si suole ritenere con riferimento alla giurisdizione estesa al merito sulla base della circostanza che il giudice possa in potenza venire a sostituirsi alla pubblica amministrazione.

[75] Che è essa stessa definitoria della nozione di pubblico servizio, a ben vedere.

[76] Il termine, anche in questo caso non utilizzato in senso stretto per come ci si è allo stesso riferiti in diverse e variegate ricostruzioni dottrinarie, sta semplicemente a significare che il grado di garanzia delle posizioni giuridiche in parola è tutelato ad opera della p.a. quale propria missione istituzionale.

[77] Sulla differenza tra tariffa e controprestazione contrattuale, vedasi ad esempio in materia di ciclo idrico integrato, E. Furno, *La determinazione della tariffa del servizio idrico integrato al vaglio della Consulta tra tutela dell'ambiente e tutela della concorrenza*, in *GiustAmm.it*, 2013, 7 o F. Scittarelli, *Competenza tra Stato e Regioni in materia di tariffe del servizio idrico integrato*, in *Rass. Avv. Stato*, 2010, 2, 153 ss.

[78] Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. VI, 16 gennaio 2003, causa C-388/01.

[79] Utile pure ricordare, di contro, che la Repubblica Italiana giustificava la discriminazione sulla scorta del fatto che gli stranieri non versassero tasse a compensazione degli oneri dei quali lo Stato si faceva carico per finanziare i musei.

[80] P. Leon, *A proposito di "tariffe museali"*, in *Aedon*, 2002, 3.

[81] In disparte poi il fatto che nella cifra viene ricompreso pure il prezzo a volte di servizi accessori, quali audioguide, guardaroba etc. Cfr. L. Casini, *Il "nuovo" statuto giuridico dei musei italiani*, in *Aedon*, 2014, 3, ove l'Autore distingue specificamente i vari modelli museali risultanti dalla riforma del 2014: museo-ufficio, museo-ufficio dirigenziale dotato di autonomia speciale, polo museale regionale e museo fondazione. In questo caso, se un polo regionale garantisce meglio l'omogeneità prestazionale, il sistema più critico è quello della fondazione e, più in generale, degli enti con autonomia statutaria poiché, laddove a questa si accompagni una effettiva autonomia di spesa e di decisione sulle politiche di ingresso, potrebbero ingenerarsi problemi di uguaglianza sostanziale. Comunque, paiono condivisibili le conclusioni dell'Autore, nella misura in cui sottolinea che l'aspetto positivo della riforma rimane comunque indubbiamente quello di aver cercato di definire un assetto giuridico istituzionale della figura museale pubblica. Nell'ambito del servizio pubblico culturale, però, tale istituzionalizzazione dovrebbe in ultima analisi risultare coerente con la sistematica di indirizzo complessiva gestionale dei beni storico-artistici.

[82] Esso, insomma, partecipa di una funzione di accrescimento della comunità sostanzialmente universalistica.

[83] T. Alibrandi - P.G. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, cit., pag. 177.

[84] Se si eccettuano, evidentemente, le ingenti risorse stanziare con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, che però non costituiscono propriamente erogazioni "a regime" per la gestione del patrimonio storico-artistico.

[85] Senza addentrarsi nello spinoso tema della differenza tra funzione e servizio, preme evidenziare come da parte della dottrina vi sia anche chi abbia avanzato l'ipotesi che pure la funzione di tutela del bene culturale, a certe condizioni, potrebbe essere delegata al privato: cfr. A. Iacopino, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali*, Napoli, 2017.

[86] Si riprende, in questi termini, la felice intuizione di G. Sciuillo, *Tutela*, in *Diritto del patrimonio culturale*, cit., pag. 14 ss.



[87] Ci si riferisce, come si è visto, all'art. 101.

[88] In effetti, già ben prima della introduzione del Codice nel 2004 S. Cassese, *I beni culturali dalla tutela alla valorizzazione*, cit., intravedeva le potenzialità di una qualificazione organizzativa del sistema gestionale pubblico ai fini di garanzia della qualità del servizio. Intuizione poi per certi versi ripresa da [G. Piperata, Natura e funzione dei servizi aggiuntivi nei linguaggi di cultura \(nota a margine dell'ordinanza 27 maggio 2009, n. 12252 della Suprema Corte\)](#), in *Aedon*, 2010, 1.

[89] Posto che, ad esempio, l'art. 43 della Costituzione vi fa riferimento ad altri fini individuando le possibilità di esproprio pubblico per scopi di utilità collettiva.

[90] Ci si riferisce, *in primis*, alla risalente pronuncia della Corte costituzionale 3 agosto 1976, n. 222, secondo la quale "la interdipendenza e la correlazione tra i servizi costituiscono l'espressione di un fatto organizzatorio caratteristico di ogni tipo di comunità, da cui, tuttavia, non può trarsi la conclusione che tutti i servizi abbiano uguale grado di importanza e di indispensabilità. Certo, tutti sono necessari e tra loro in qualche modo complementari, quando la complessa attività cui dà luogo la vita della comunità si svolge in regime di normalità. Ma, quando ragioni di necessità impongono di ridurre, eventualmente anche al minimo, l'appagamento delle esigenze della collettività o di una più ristretta comunità sociale, è sempre possibile individuare tra i servizi quelli che debbono conservare la necessaria efficienza - e che sono poi quelli essenziali - e quelli suscettibili di essere sospesi o ridotti. Orbene, quando ricorrono i presupposti perché uno sciopero venga proclamato ed attuato, quei servizi essenziali debbono essere mantenuti in efficienza, ed in nessun caso possono essere trasgredite le specifiche norme inderogabili eventualmente al riguardo esistenti".

[91] Latamente ascrivibile al concetto di tutela. Questo, peraltro, senza dimenticare che autorevole dottrina ha sottolineato come la tutela così identificata non possa che finire con l'essere assorbita al concetto di valorizzazione ove si consideri che questa deve garantire la missione ordinamentale del bene. Cfr. G. Sciuillo, *Le funzioni*, in *Diritto e gestione dei beni culturali*, (a cura di) C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciuillo, Bologna, 2011, in specie pag. 62 ss.

[92] Seppure si possa convenire come la decretazione d'urgenza, per la sua stessa natura strutturale, pareva in effetti incompatibile con una revisione delle piante organiche o la ristrutturazione del finanziamento pubblico in materia di beni culturali. Si consideri però pure quella dottrina che ritiene che non abbia cittadinanza nell'ordinamento, nemmeno in via teorica, la categoria dei diritti fondamentali, laddove riconoscere una siffatta nozione giuridica consentirebbe all'interprete una classificazione valoriale che, oltre ad essere di fatto arbitraria, andrebbe in ogni caso al di là del disposto della legge fondamentale. Cfr. A. Pace, *Diritti fondamentali al di là della costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, 1, pag. 3 ss. Lo stesso Autore, ad esempio, qualifica come semplice diritto sociale - dunque economicamente condizionato - il diritto all'istruzione in *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003.

[93] Anche attraverso l'utilizzo di carte dei servizi omogenee per area territoriale.

[94] Che, a sua volta, è conseguente e non presupposta alla natura del bene culturale.

[95] Non si dimentica come, in ultimo, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza voglia sviluppare la cultura "in funzione di promozione dell'immagine e del brand del Paese".

[96] Che è, appunto, l'attività che la p.a. pone in essere per inverare nel concreto questo diritto fondamentale.

[97] Cfr. M.S. Giannini, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato dir.*, 1941, pag. 439 ss.