

NUOVI PROBLEMI DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Studi diretti da
Franco Gaetano Scoca

MATTEO TIMO

L'intangibilità dei beni culturali



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

NUOVI PROBLEMI DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Studi diretti da
Franco Gaetano Scoca

La Collana di Studi raccoglie il frutto delle ricerche del Programma Interuniversitario di rilevante interesse nazionale sul tema "Principio di legalità e amministrazione di risultati" di cui il Prof. Franco Gaetano Scoca è coordinatore scientifico nazionale.

Tale Programma di ricerca è frutto del cofinanziamento del Ministero della Università e della Ricerca Scientifica e delle sedi universitarie consorziate (Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Università degli Studi di Ancona, Seconda Università degli Studi di Napoli, Università degli Studi di Palermo, Università degli Studi di Perugia e Università degli Studi di Teramo).

I volumi pubblicati nella presente collana a fare data dal marzo 2012 sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (double blind peer review), secondo un procedimento standard concordato dal Direttore della collana con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

MATTEO TIMO

L'intangibilità dei beni culturali



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO 21 - TEL.: 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4603-7
ISBN/EAN 978-88-921-7861-8 (e-book - pdf)

Contributo alla stampa assegnato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

*Alla professoressa Piera Maria Vipiana,
con riconoscenza*

Introduzione

Il diritto dei beni culturali ha subito talune recenti innovazioni che inducono ad un nuovo interessamento per il settore in ragione della natura giuridica, materiale o meno, del bene culturale medesimo.

In anni recenti, dapprima, il d.lgs. 26 marzo 2008, n. 62, ha inserito nel codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 22 gennaio 2004, n. 42, all'art. 7-*bis*) la tutela delle c.d. “espressioni di identità culturale collettiva”, successivamente, il d.l. 8 agosto 2013, n. 91¹, ha esteso tale disciplina alle “attività di artigianato tradizionale e altre attività commerciali tradizionali”; in seguito, la legge 8 marzo 2017, n. 44, nel modificare la legge 20 febbraio 2006, n. 77², ha introdotto il riferimento agli “elementi del patrimonio culturale immateriale”; da ultimo, la legge n. 133/2020³ ha autorizzato la ratifica della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società, meglio nota come “Convenzione di Faro”, con conseguente entrata in vigore della medesima per la Repubblica italiana in data 1° aprile 2021.

Interventi legislativi che, nell'introdurre nuove disposizioni o nel novellare quelle esistenti, pongono l'attenzione sul c.d. “bene culturale immateriale” e, più in generale, sul c.d. “patrimonio culturale immateriale”, in contrapposizione alla familiare nozione codicistica di “patrimonio culturale”, a sua volta frutto di una, ormai secolare, tradizione giuridica interna, fondata sulla tutela delle “cose” munite d'interesse culturale o – nel seguire la terminologia invalsa nel diritto amministrativo all'indomani dei lavori della c.d. “Commissione Franceschini” – sulla protezione della “testimonianza materiale avente valore di civiltà”.

Il diritto pattizio dell'UNESCO – inerente alla Convenzione di Parigi del 3 novembre 2003 – aveva posto l'attenzione sul tema dell'immaterialità, quale naturale sviluppo della protezione assicurata dai precedenti accordi in materia di beni culturali. Nel diritto amministrativo della cultura si era, pertanto, avviato un processo di adeguamento del “patrimonio culturale” al c.d. *intangible cultural herita-*

¹ Convertito con modificazioni dalla legge 7 ottobre 2013, n. 112.

² Relativa a “Misure speciali di tutela e fruizione dei siti e degli elementi italiani di interesse culturale, paesaggistico e ambientale, inseriti nella ‘lista del patrimonio mondiale’, posti sotto la tutela dell'UNESCO”.

³ Legge 1° ottobre 2020, n. 133, “Ratifica ed esecuzione della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società, fatta a Faro il 27 ottobre 2005”.

ge sfociato nelle menzionate novelle al codice del 2004 e nella legge n. 77/2006. Processo che, allo stato, resta incompiuto, dal momento che l'ordinamento italiano non dispone né di una puntuale definizione giuridica dell'intangibilità connessa all'interesse culturale – in altri e più diretti termini, non è ravvisabile alcuna disposizione che sancisca la consistenza del “bene culturale immateriale” e del “patrimonio culturale immateriale” –, né di una regolazione idonea a delineare i rapporti sussistenti fra la sfera corporea (il codice del 2004 appunto) e la dimensione intangibile, a livello interno, sovranazionale ed internazionale.

Proprio quest'ultimo aspetto reca – pur nella meritoria *ratio* ispiratrice, come si vedrà nel capitolo primo, del codice del 2004 – con sé evidenti carenze di sistematizzazione, giacché, a fianco di un modello UNESCO non ancora compiutamente trasposto nella regolazione amministrativa settoriale, oggi s'impone il meccanismo proposto dal Consiglio d'Europa – la menzionata “Convenzione di Faro”, parimenti ratificata dal legislatore italiano –, privo di una qualsivoglia forma di normazione interna che vada oltre la legge di ratifica, ma potenzialmente idoneo ad alterare i procedimenti e i provvedimenti amministrativi descritti nel codice del 2004, dal momento che la nozione di *cultural heritage* promossa dall'accordo in parola si presenta onnicomprensiva, di un'ampiezza che supera il sistema UNESCO e certamente quello codicistico italiano.

È evidente che siffatte regolazioni sovranazionali – l'attualità delle quali si pone all'intera comunità internazionale nel pregevole intento di arricchire gli strumenti di tutela globalizzata dei beni culturali – sono sottese ad un accresciuto bisogno di salvaguardia e di promozione di interessi culturali altri rispetto a quelli che la legislazione italiana conosce dall'inizio del '900 e, di conseguenza, impone un ripensamento di categorie giuridiche consolidate in questa branca del diritto amministrativo. Non è un caso, dunque, che parte della giurisprudenza amministrativa si sia avveduta di questo mutamento e abbia sottolineato la policromia del bene culturale, nel quale la dimensione intangibile assume dignità autonoma, eventualmente in modo del tutto disancorato dal substrato materiale o anche in assenza del medesimo.

Il presente studio, muovendo da una ricostruzione diacronica e sincronica del “bene culturale” e del “patrimonio culturale”, si propone di sondare il fondamento giuridico dell'intangibilità. Tale proposito sarà affrontato, dapprima, sulla base di un'analisi della disciplina costituzionale e primaria che racchiude la vigente nozione di bene culturale; successivamente, nella ricerca delle prescrizioni sovranazionali ed internazionali che consentono un inquadramento del *intangible cultural heritage* o, più semplicemente, del *cultural heritage*; in seguito, sarà proposto un raffronto, in rapporto dialettico, di queste ultime con l'ordinamento italiano, anche per la via di cenni ad alcune esperienze di Stati consimili al nostro.

Da ultimo, si tenterà di proporre talune chiavi di lettura del fenomeno complessivamente inteso, esponendo alcune soluzioni terminologiche e possibili revisioni normative.

Capitolo Primo

Genesi della nozione giuridica di bene culturale: la tutela dell'interesse culturale quale peculiarità dell'ordinamento italiano

SOMMARIO: 1. Rilevanza della tematica al fine di un corretto inquadramento della natura giuridica del bene culturale. – 2. L'originaria vocazione di tutela espressa dalla normativa italiana: la salvaguardia delle "cose d'arte". – 3. L'interesse culturale nei lavori dell'Assemblea costituente e in Costituzione: possibilità di una lettura dinamica. – 4. Per una rilettura dell'art. 9 della Costituzione. – 5. Ulteriori considerazioni sull'art. 9 della Costituzione. – 6. (*Segue*) La legge cost. n. 1/2022: un'occasione mancata? – 7. Evoluzione di un modello: la Commissione Franceschini fra innovazione e preservazione dei caratteri dell'oggetto tutelato. – 8. La permanente materialità della legislazione italiana. – 9. La codificazione del modello italiano: il "patrimonio culturale" quale sintesi e tentativo di sistematica.

1. Rilevanza della tematica al fine di un corretto inquadramento della natura giuridica del bene culturale

L'oggetto d'indagine della presente ricerca – ossia l'analisi della dimensione immateriale del patrimonio culturale e, nello specifico, dei beni culturali – esige che le categorie giuridiche proprie della tradizione italiana e legate ad una certa concezione di tutela e di valorizzazione siano sottoposte ad un processo di revisione di non secondario rilievo, nella misura in cui è necessario comprendere sino a quale punto si possa assistere ad un ampliamento dell'oggetto di tutela, come regolato dalla vigente normativa¹.

Estensione quest'ultima che potrebbe spingersi fino al limite massimo di comprendere manifestazioni *lato sensu* culturali che non rinvergono alcun appiglio nel sostrato materiale. In altri e più chiari termini, occorre indagare quali siano e quali possano essere i meccanismi di salvaguardia di "patrimoni culturali" – e l'espressione è volutamente impiegata al plurale in ragione della natura

¹Di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, recante il "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137".

multilivello² della tutela dell'interesse culturale, ormai pienamente consolidata nella letteratura interna e straniera³ – che non dispongono di connessione alcuna con le “cose” intese in senso stretto, quindi in entità passibili di una apprensione fisica.

Invero, sulla scorta di esperienze e di studi tanto interni, quanto stranieri, sin dagli anni '70 del secolo scorso⁴, si è assistito ad un sempre più attento interesse per tutti quei fenomeni sociali che, pur essendo espressivi di uno o più tratti significativi di una cultura, di una civiltà o di una società, sono stati esclusi dalla tutela approntata dalla legislazione in materia di beni culturali per la sola ragione di non essere ascrivibili a cose. Conseguenza diretta di quanto riportato – e che sarà meglio chiarita nel prosieguo del presente capitolo – è stata una generalizzata dequotazione dei citati fenomeni ad espressioni di una cultura, come dire, di “seconda classe”, usualmente denominata con termini quali *folklore* o *cultura popolare*.

In effetti, per un verso, la legislazione italiana – pur stratificata nei secoli e, per quanto concerne l'Italia unita, con disposizioni rintracciabili già nel XIX secolo⁵ – ha mantenuto costante il tratto distintivo della “materialità”, anche richiamata con le espressioni “realità” o “corporeità”, di guisa che l'oggetto della tutela si dovesse imprescindibilmente identificare in fenomeni connotati da una dimensione fisica: su questo tratto genetico dell'ordinamento della cultura⁶ si è, peraltro, costruita l'azione amministrativa di tutela.

² Su questo aspetto, oltre alle osservazioni che saranno svolte nel prosieguo, è possibile ricordare, sin da ora, S. MABELLINI, *La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello*, II ed., Torino, 2021.

³ In merito ai riferimenti alla letteratura straniera si veda, in particolare, la disamina compiuta nel capitolo quarto e nelle relative note. Per la dottrina interna, invece, si rinvia a quella menzionata nel presente capitolo.

⁴ Oltre agli studi che saranno citati nel prosieguo del presente capitolo, si richiama, sin da ora, S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *L'amministrazione dello Stato*, Milano, 1976.

⁵ Ulteriori considerazioni saranno espresse nel seguente § 2. Tuttavia, è possibile ricordare come il nostro Paese abbia assistito al precoce affermarsi di disposizioni normative a tutela dei beni culturali, delle cose di carattere artistico e archeologico in particolare. A tali regolazioni – elaborate in modo autonomo dagli Stati preunitari – non ha fatto seguito una altrettanto pronta azione dello Stato italiano, il quale ha atteso sino all'inizio del XX secolo per redigere una normativa valevole per l'intero territorio nazionale. Ad ogni buon conto, con la vistosa eccezione del Regno di Sardegna, ognuno degli Stati preunitari ha elaborato una normativa di tutela più o meno intensa e, ad ogni modo, sempre incentrata sulla salvaguardia di beni materiali, muniti di un qualche pregio artistico o estetico. In tal senso, l'esperienza più nota, nonché più articolata, è quella dello Stato della Chiesa, il quale, sin dal XIV secolo, iniziò a percepire la necessità di strutturare un insieme di regole che ostacolassero le espiazioni e, negli anni immediatamente successivi alle guerre napoleoniche, predispose un *corpus* normativo a carattere generale della materia che ci occupa. In questo senso, militano il “Chirografo di Pio VII”, l'editto del Cardinal Pacca e l'editto del Cardinale Doria Pamphili.

⁶ G. SEVERINI, *La nozione di bene culturale e le tipologie di beni culturali*, in G. CAIA (a cura di), *Il testo unico sui beni culturali e ambientali*, Milano, 2000, 1 ss.

Per un altro verso, occorre tenere nella dovuta considerazione che le categorie giuridiche cui si è fatto brevemente cenno presentano confini marcatamente labili e ciò non tanto per l'imprecisione del legislatore – anzi, quest'ultimo ha dimostrato una certa attenzione alla sempre più chiara definizione dell'oggetto di tutela; il "patrimonio culturale" e, di conseguenza, i "beni culturali" –, quanto per l'imprescindibile connessione che sussiste fra le suddette nozioni giuridiche e la realtà, la quale appare estremamente variopinta, capace di dilatarsi e di porre l'attenzione sulla necessità di avvalorare fenomeni sociali esterni al campo di salvaguardia legislativa.

Per il vero, il problema cui si è appena fatto cenno risiede anche nella non sempre agevole intersecazione fra elaborazione giuridica, realtà fenomenica ed evoluzione della società.

Il tema non appare certo adesso per la prima volta nel dibattito dottrinale⁷: nondimeno, *mutatis mutandis*, continua a manifestare un cospicuo interesse per la materia e la sua regolazione, tanto da costituire una sorta d'inesauribile propulsore per lo studio e la critica della legislazione per i beni culturali. In questo senso, il difficoltoso contemperamento di dimensioni diverse è stato esso stesso un tratto costitutivo di quel particolare settore del diritto amministrativo che è la "legislazione per i beni culturali" o, più in generale, il "diritto del patrimonio culturale", nella misura in cui, a titolo esemplificativo, lo sviluppo di una normativa di tutela si è scontrata con una fortissima propensione al liberismo in economia propria dello Stato italiano nei primi decenni successivi all'unificazione nazionale⁸ o, ancora, al riscontrare quali e quante difficoltà ha dovuto fronteggiare la c.d. "Commissione Franceschini"⁹ nel momento in cui ha proposto il superamento della vetusta nozione di "cose d'arte"¹⁰, a favore di quella più flessibile di "bene culturale"¹¹.

Lo stesso attrito si presenta ora con il profilarsi della dimensione immateriale, ove si nota una forte tensione fra ciò a cui il codice del 2004 attribuisce l'"etichetta di patrimonio culturale" e ciò che, di converso, chiede – e quindi aspira – di essere ascritto al patrimonio medesimo.

Le tre dimensioni richiamate (elaborazione giuridica, realtà fenomenica ed evoluzione della società), infatti, coesistono, ma non sono speculari; esse hanno confini non direttamente sovrapponibili e consentono di affermare che l'oggetto

⁷ Cfr. M. AINIS-M. FIORILLO, *I beni culturali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, tomo II, II ed., Milano, 2003, 1449 ss.

⁸ Si veda oltre al § 2.

⁹ "Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio", istituita con legge 26 aprile 1964, n. 310: i lavori della Commissione Franceschini, per quanto d'interesse alla presente disamina, saranno presi in considerazione al § 6 di questo capitolo.

¹⁰ Su cui *infra* al § 2.

¹¹ Si rinvia, in proposito, al § 7.

della tutela in senso proprio “culturale” – quella, vale a dirsi, che si riconosce nel “patrimonio culturale” – non collima con la realtà fenomenica e tanto meno con il sentire della società. Invero, appare, innanzitutto, che le manifestazioni culturali percepite dalla società come meritevoli di tutela siano in numero sempre più consistente, ma, in secondo luogo, che le stesse espressioni artistiche tendano ad implementarsi, spesso con l'aiuto della mano pubblica, arricchendo il novero dei fenomeni culturali: si pensi, tra le tante, alla c.d. *street art*¹².

Come si cercherà di dimostrare in questo studio, l'attuale contesto nazionale ed internazionale¹³ esige che si ponga seria attenzione all'ampiezza del patrimonio culturale, giacché la nozione giuridica di quest'ultimo codificata all'interno del d.lgs. n. 42/2004 (di seguito anche “codice”) si presenta di tutta evidenza¹⁴ non corrispondente a quella profilata, sempre più spesso, da strumenti di diritto internazionale sottoscritti dalla Repubblica italiana e tradotti in leggi di ratifica, che – almeno in alcuni casi¹⁵ – non sembrano tenere nella dovuta considerazione, anche a livello puramente terminologico, la preesistenza di un sistema di tutele dell'interesse culturale frutto di una lunghissima e ponderata elaborazione normativa, dottrinale e giurisprudenziale.

Una precisazione sul punto appare doverosa. Con quanto scritto non si vuole certo intendere che la legislazione italiana non sia stata capace di compiere un processo evolutivo che, da ultimo, ha comportato una profonda mutazione dell'oggetto tutelato, bensì si vuole mettere in evidenza come il sistema codicistico sia assoggettato ad una forte pressione, in larga misura evidenziante la non corrispondenza fra la nozione italiana di patrimonio culturale e quelle emergenti in

¹²Tra i molti contributi che si sono occupati, tra l'altro, di *street art* si ricordano: B. GRAZIOSI, *Riflessioni sul regime giuridico delle opere della street art: tutela e appartenenza “pubblica”*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 4, 423 ss.; N.A. VECCHIO, *Problemi giuridici della Street art*, in *Diritto dell'informatica e dell'informazione*, 2016, 4-5, 625 ss.; F. BENATTI, *La Street Art musealizzata tra diritto d'autore e diritto di proprietà*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2017, 5, 781 ss.; A. SIMONATI, *Rigenerazione urbana, politiche di sicurezza e governo del territorio: quale ruolo per la cittadinanza?*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 1, 31 ss.; L. PRINCIPATO, *La libertà dell'“arte di strada”*, in *Giur. cost.*, 2019, 6, 3441 ss.; M. CINELLI, *Street art, diritto e dintorni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 3, 97 ss. Con puntuale riferimento ad una delle Convenzioni internazionali che saranno menzionate nel prosieguo di questo capitolo e nei successivi (capitoli terzo e quarto in particolare) – ossia la Convenzione quadro di Faro – si rinvia a A. SIMONATI, *Il ruolo della cittadinanza nella valorizzazione dei beni culturali alla luce della Convenzione di Faro: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 2, 248 ss.

¹³Il riferimento è, in particolare, alle Convenzioni ratificate dalla Repubblica italiana nell'ambito dell'UNESCO e del Consiglio d'Europa, inerenti alla protezione di beni culturali immateriali: si veda oltre in questo capitolo, nonché, con maggior precisione, nei capitoli terzo e quarto.

¹⁴La mancata corrispondenza attiene, in particolare, al requisito della materialità.

¹⁵Il riferimento è, con precisione, alla legge 1° ottobre 2020, n. 133, recante “Ratifica ed esecuzione della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società, fatta a Faro il 27 ottobre 2005”. Oltre che nel presente capitolo, la Convenzione di Faro e la menzionata legge di ratifica saranno prese in puntuale esame ai capitoli terzo e quarto.

altri contesti. Resta da comprendere, tuttavia, se simile “non corrispondenza” sia una patologia, un mero accadimento transitorio, ovvero un’opportunità grazie alla quale sarebbe possibile pervenire a una nuova sistematica della materia.

Anticipando talune delle considerazioni che si avrà modo di approfondire nel prosieguo¹⁶, chi scrive è dell’opinione che la tendenza all’ampliamento delle fattispecie tutelate potrebbe costituire l’opportunità per un ripensamento delle categorie interne, non tanto nel senso di una scarsa validità dell’attuale modello di tutela – appare difficile, se non impossibile, superare *tout court* il modello codicistico al fine di giungere ad una indiscriminata commistione fra patrimonio materiale e patrimonio immateriale –, quanto con l’obiettivo di addivenire ad un *corpus* normativo in cui sia più evidente che ciò che è tutelato dal d.lgs. n. 42/2004 non equivale ad ogni espressione culturale e che tale finalità di salvaguardia generalizzata non è nemmeno l’obiettivo perseguito dalla legislazione italiana del 2004.

Per fare ciò è necessario operare sulla definizione codicistica di patrimonio culturale, cercando una via che assicuri all’interprete – primo fra tutti il cittadino, ma, non da ultimo, la stessa pubblica amministrazione e i giudici – di comprendere come, ragionevolmente, una cosa sia la “cultura”, mentre altra cosa sia il “patrimonio culturale”. Con ogni probabilità, grande rilievo dev’essere ascritto alla terminologia impiegata¹⁷, da un lato, dal legislatore italiano e, dall’altro lato, dagli accordi internazionali.

È di tutta evidenza, a titolo esemplificativo, che la definizione codicistica di “patrimonio culturale” – incardinata sulla dicotomia sussistente fra i beni culturali e i beni paesaggistici – esprima un portato del tutto diverso dal “patrimonio culturale” di cui alla legge di ratifica di uno dei più recenti atti sovranazionali, la c.d. “Convenzione di Faro”¹⁸, benché entrambe le normative impieghino la

¹⁶ Soprattutto, al successivo capitolo terzo.

¹⁷ Anche su questo aspetto, che si concentra eminentemente sulle nozioni di patrimonio culturale e di bene culturale, si avrà modo di soffermarsi nei paragrafi seguenti.

¹⁸ Conviene, nell’intento di assicurare una più chiara comprensione delle questioni terminologiche trattate, riportare, sin da ora, tre definizioni di patrimonio culturale che saranno puntualmente esaminate nel prosieguo. In primo luogo, la definizione di patrimonio culturale di cui all’art. 2 del codice dei beni culturali e del paesaggio: «1. Il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici. 2. Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà. 3. Sono beni paesaggistici gli immobili e le aree indicati all’articolo 134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge». In secondo luogo, quella enucleata dalla Convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, conclusa a Parigi il 17 ottobre 2003, all’art. 2, commi 1 e 2: «per “patrimonio culturale immateriale” s’intendono le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale. Questo

stessa dicitura. Sebbene sul punto possa essere evidenziata una qualche leggerezza della regolazione – giacché una buona tecnica di redazione degli atti normativi avrebbe imposto di non impiegare gli stessi termini per regolare fenomeni solo parzialmente coincidenti e, invero, in larga misura differenti – è similmente doveroso osservare come la menzionata diversità non risieda in un errore di valutazione compiuto dal legislatore delegato del 2004 al momento di approntare la definizione dell'oggetto della tutela, quanto piuttosto indichi una diversità più profonda, che si rintraccia in una sfaccettatura della realtà fattuale e sociale, ove, con il trascorrere del tempo sono affiorati interessi ulteriori che pretendono di essere protetti. Pertanto, ad avviso di chi scrive, la *ratio* sottesa al codice del 2004 non viene in alcun modo messa in discussione, giacché essa corrispondeva (e, tuttora, corrisponde) alla volontà di tutela “vincolistica” di uno specifico interesse culturale, garantendo al contempo adeguata protezione al sotteso diritto di proprietà. Semmai, l'emersione d'interessi ulteriori (di stampo prettamente immateriale) esige un approfondimento sulla tutela della dimensione intangibile.

In questi termini, allora, il cerchio si chiude e si torna a ribadire quanto osservato poco sopra: nel settore che interessa queste pagine, l'elaborazione giuridica, la realtà fenomenica e l'evoluzione della società hanno seguito percorsi parzialmente diversi, conducendo a normative non collimanti, a categorie giuridiche identiche sotto il profilo nominalistico, ma marcatamente distanti sotto quello fattuale.

Segnatamente, il patrimonio culturale di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 42/2004 non è rappresentativo degli stessi interessi di cui al patrimonio culturale evocato, ad esempio, dalla legge n. 133/2020¹⁹ di ratifica della Convenzione di Faro.

Occorre quindi domandarsi quale sia la ragione per la quale con la stessa ter-

patrimonio culturale immateriale, trasmesso di generazione in generazione, è costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia e dà loro un senso d'identità e di continuità, promuovendo in tal modo il rispetto per la diversità culturale e la creatività umana. Ai fini della presente Convenzione, si terrà conto di tale patrimonio culturale immateriale unicamente nella misura in cui è compatibile con gli strumenti esistenti in materia di diritti umani e con le esigenze di rispetto reciproco fra comunità, gruppi e individui nonché di sviluppo sostenibile. 2. Il “patrimonio culturale immateriale” come definito nel paragrafo 1 di cui sopra, si manifesta tra l'altro nei seguenti settori: a) tradizioni ed espressioni orali, ivi compreso il linguaggio, in quanto veicolo del patrimonio culturale immateriale; b) le arti dello spettacolo; c) le consuetudini sociali, gli eventi rituali e festivi; d) le cognizioni e le prassi relative alla natura e all'universo; e) l'artigianato tradizionale». In terzo luogo, quella descritta dall'art. 2 della Convenzione di Faro: «il patrimonio culturale è un insieme di risorse ereditate dal passato che alcune persone considerano, a prescindere dal regime di proprietà dei beni, come un riflesso e un'espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni in continua evoluzione. Esso comprende tutti gli aspetti dell'ambiente derivati dall'interazione nel tempo fra le persone e i luoghi» (la traduzione è quella di cui al testo in italiano della Convenzione e allegato alla legge di ratifica, legge n. 133/2020, cit.).

¹⁹ Legge n. 133/2020, cit.

minologia si siano voluti indicare o, per meglio dire, regolare fenomeni significativamente diversi; se questa sia stata una sventatezza del legislatore; se effettivamente possano darsi occasioni di revisione del modello italiano, con lo scopo di meglio coniugare gli interessi in gioco; se sia opportuna o meno una modifica codicistica; fino a quale punto la protezione di interessi che – come si è visto – allo stato sembrerebbero ricadere in una nozione generalizzata di patrimonio culturale pertengano realmente a questo settore del diritto amministrativo, ovvero ricadano in materie contigue; se, di conseguenza, il baricentro costituzionale sia da rinvenirsi nel comma 2 dell'art. 9 Cost.²⁰ o, piuttosto, nel comma 1²¹ o, ora²², nel comma 3 del medesimo articolo e, quindi, nel successivo art. 33 Cost.²³.

Il tema non è secondario e nemmeno nominalistico come forse potrebbe apparire ad un primo esame e non solo per le ragioni giuridiche che sono state appena esposte. Rimosso, infatti, lo strato superficiale della questione – che sembrerebbe propendere per una incomprensione fra la tradizione giuridica italiana e il sedimentarsi di un diverso approccio a livello internazionale –, si accede ad una dimensione più profonda, dalla quale si portano in superficie ulteriori interrogativi di prioritario interesse.

Innanzitutto, se le cose stanno davvero nel senso dell'emersione d'istanze di tutela degli aspetti immateriali – ovvero sia intangibili²⁴ – dev'essere inevitabilmente profuso uno sforzo della scienza giuridica per chiarire che non è ammissibile sussumere entità dissimili entro una categoria giuridica non creata a tal fine. Chiarimento che è quanto mai opportuno in prospettiva dell'operatore giu-

²⁰ Ossia la tutela del paesaggio e del «patrimonio storico e artistico della Nazione».

²¹ Il quale, seppure in rapporto circolare con il secondo comma, statuisce l'impegno della Repubblica nello «sviluppo della cultura» e della «ricerca scientifica e tecnica».

²² A seguito della recente revisione costituzionale che ha integrato il disposto dell'art. 9 Cost. con un nuovo terzo comma rivolto alla tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle generazioni future. V. *infra* in questo capitolo.

²³ Il quale, come risaputo, garantisce che «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento».

²⁴ Nelle pagine seguenti, non a caso, si avrà modo di mettere nella dovuta evidenza come il contrasto terminologico insito nelle nozioni di patrimonio culturale sia solo uno degli aspetti problematici della materia. All'opposto, anche l'impiego dello stesso termine "immateriale" presenta evidenti limiti, giacché con il medesimo attualmente si potrebbero designare due diversi aspetti del patrimonio culturale. Infatti, parte colta della dottrina (il riferimento è a M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1, 25 ss.) già in anni alquanto remoti ha speso considerevoli energie nello sforzo di chiarire come ogni bene culturale – quindi, ogni "cosa" munita di un interesse storico, artistico, archeologico e così via – disponga di una componente immateriale, data dal valore culturale insito nel bene (su questi aspetti vedi *infra* al capitolo secondo). Successivamente, sulla scorta del diritto internazionale – e, in particolare, degli sforzi che l'UNESCO ha profuso nell'ampliare la salvaguardia della cultura –, con la stessa "immaterialità" si è voluta indicare l'assenza di un appiglio corporeo nell'oggetto della tutela; in altri termini, si è voluta indicare l'"intangibilità". Anche in riferimento al bene culturale, quindi, lo stesso termine può evocare due concetti diversi.

ridico sia esso il ricercatore, il funzionario dell'amministrazione o il cittadino. Tanto è vero che l'operatore del diritto amministrativo speciale del patrimonio culturale sa bene come possa diventare ostico il confronto con esperti non giuristi del settore (ma anche di settori contigui), nella misura in cui questi – nel pur ammirevole intento di preservare l'identità del Paese che ci perviene da esperienze passate – sono propensi non solo ad un possibile ampliamento della tutela, ma anche a transitare verso una nozione quanto mai lata di patrimonio culturale, che finisce per dissolversi o sovrapporsi a quella sconfinata di “cultura”²⁵.

In questo frangente, il “patrimonio culturale immateriale” rappresenta un elemento acceleratore del processo descritto, ben prestandosi a inglobare la tutela delle tradizioni, delle lingue, delle credenze, dei rituali, delle cerimonie, del cibo e financo della flora e della fauna, pertanto, della diversità biologica e degli ecosistemi, e ancora delle tecniche di coltivazione e di allevamento. E ciò non esclusivamente nella prospettiva di preservare, si potrebbe dire, la memoria del passato, bensì anche delle manifestazioni attualmente in essere e in naturale evoluzione.

In seconda battuta, allora, è possibile osservare come ci si trovi innanzi a quello che solamente a prima vista appare come un mutamento – o, in termini più corretti, un dilatamento – del compito di tutela ascritto alla Repubblica, ma che, ad una riflessione approfondita, si rivela essere una variazione della stessa funzione di salvaguardia. Per un verso, le “tecniche di tutela” e di “valorizzazione” del patrimonio culturale non possono essere automaticamente estese alla componente immateriale, posto che esse sono state pensate per l'individuazione, la protezione, la conservazione e la fruizione di oggetti materiali. Per un altro verso, la natura “dinamica” del patrimonio immateriale esclude in radice un approccio di carattere conservativo proprio di una parte notevole della disciplina codicistica, proiettando, all'opposto, l'azione amministrativa sulla funzione di promozione. Per un altro verso ancora, se, come si è già accennato e come si avrà modo di meglio chiarire nel prosieguo, il patrimonio immateriale si compone *anche* di elementi in evoluzione, diviene estremamente difficile pensare ad una salvaguardia di questi ultimi declinata nelle forme del codice del 2004.

La protezione dei suddetti elementi parrebbe allora spostarsi, per riprendere

²⁵ Sul concetto di “cultura” nelle sue varie dimensioni – oltre alla dottrina che sarà puntualmente menzionata nel prosieguo anche in sede di definizione della nozione di *cultural heritage* – la letteratura assume dimensioni sconfinata. In questa sede, si richiamano, oltre al noto, E.B. TYLOR, *Primitive culture*, Londra, 1871, i contributi di E. SPAGNA MUSSO, *Lo stato di cultura nella Costituzione italiana*, Napoli, 1961; N. BOBBIO, *Politica e cultura*, Torino, 1955; E. LEACH, *Cultura/Culture*, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, 1978, 238 ss.; P. ROSSI, *Cultura e antropologia*, Torino, 1983; J. CLIFFORD, *The predicament of culture*, Cambridge, 1988; M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991; B. DE WITTE-H. POST, *Educational and Cultural Rights*, in A. CASSESE-A. CLAPHAM-J. WEILER (ed.), *Human Rights and the European Community: The substantive law*, Baden-Baden, 1991; A. PIZZORUSSO, *Diritto alla cultura e principi costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2000, 317 ss.

talune delle considerazioni delineate nelle pagine precedenti, dal comma 2 dell'art. 9 Cost. al binomio dato dal comma 1 del medesimo articolo congiuntamente all'art. 33, comma 1, Cost. Tuttavia, significative ricadute sul tema della tutela dell'interesse culturale e di quello paesaggistico derivano, oggi, dall'art. 9, comma 3.

Ne discende allora una traslazione dalla tutela della cultura già stratificatasi – quella che ha compiuto il proprio ciclo vitale e che si è, per l'appunto, “patrimonializzata” – alla tutela della cultura²⁶ in essere, ancora in fase di sviluppo e di evoluzione, la quale semmai “attinge” contributi dal patrimonio culturale di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 42/2004, ma non ha ancora elaborato prodotti che possano entrare a far parte del patrimonio culturale medesimo.

Per tal via delineati i termini della questione dell'immaterialità, questa assume un'accentuata valenza giuridica, giacché una cosa è assicurare protezione a testimonianze del passato la cui conservazione dev'essere garantita di modo che continuino a trasmettere il proprio “valore culturale”, cosa ben diversa è proteggere una “entità culturale in atto”, quindi in evoluzione. La seconda – indipendentemente dalla valenza artistica – è compartecipe della libertà di espressione del pensiero, nonché di quella declinazione della libertà di cui all'art. 21 Cost. che è la libertà dell'arte e della scienza. Non è ammissibile, di conseguenza, una forma di tutela che si concretizzi in una qualche mera cristallizzazione.

Sarà possibile una descrizione, anche estremamente analitica, del fenomeno in un certo momento temporale, ma non potrà tollerarsi una cosiddetta “musealizzazione” del medesimo²⁷, poiché questa impedirebbe l'evolvere della manifestazione, traducendo nei fatti la tutela nel soffocamento. Di converso, sarà ammissibile ogni attività di promozione che assicuri anche alle manifestazioni minoritarie di continuare ad affermarsi, senza peraltro che la promozione possa surrettiziamente comportare una qualche forma di dirigismo.

La bontà delle osservazioni che sono state espone in queste pagine introduttive dovrà essere comprovata nei paragrafi e nei capitoli seguenti, cercando di analizzare e di comparare nozioni giuridiche connotate da una qualche labilità – quali quelle di patrimonio culturale, di bene culturale, di immaterialità e di intangibilità – in quanto tali, ma anche in relazione a nozioni extragiuridiche (quali cultura, civiltà, tradizione e così via) a loro volta incerte: il tutto, peraltro, reso

²⁶ Cfr. l'attento esame di S. CATTANEO, *Cultura e patrimonio culturale*, in A. CATELANI-S. CATTANEO (a cura di), *I beni e le attività culturali*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXXIII, Padova, 2002, 3 ss.

²⁷ Benché esistano disparati esempi di musei o esposizioni dedicati al “folklore”, tanto in Italia, quanto all'estero. Tra i molti, si possono ricordare: il Museo dei Costumi Popolari e Folclorici dal mondo di Trento (<https://www.cultura.trentino.it/Luoghi/Tutti-i-luoghi-della-cultura/Musei-e-collezioni/Museo-dei-costumi-popolari-e-folclorici-dal-mondo>); il Museo del Carnevale di Sciacca (<http://www.distrettoturisticoelinuntino.it/a.cfm?id=391>); il Museo del Palio di Asti (https://www.comune.asti.it/pagina936_museo-del-palio.html); il Museo della Festa del Grano di Jelsi (<https://www.mufeg.it/>), il Norsk Folkemuseum di Oslo (<https://norskfolkemuseum.no/>).

più complesso dallo stratificarsi di normative nazionali e sovranazionali non collimanti.

In aggiunta sarà necessario comprendere con maggior chiarezza due ulteriori caratteri della disciplina in esame: in primo luogo, quale sia effettivamente la copertura costituzionale dell'azione amministrativa, rispettivamente, nei confronti del patrimonio culturale e con riguardo al patrimonio culturale immateriale. In secondo luogo, circoscrivere i tratti giuridici del patrimonio culturale e, in particolare modo, del bene culturale, come regolati dal codice del 2004, anche al fine di appurare quale sia il valore immateriale che essi sono in grado di esprimere sebbene siano da identificarsi in “testimonianze materiali”²⁸.

2. L'originaria vocazione di tutela espressa dalla normativa italiana: la salvaguardia delle “cose d'arte”

Gli studiosi dell'organizzazione e dell'azione pubbliche dei beni culturali²⁹ hanno da tempo chiarito come il modello italiano rappresenti una stratificazione di esperienze che traggono la loro origine nei secoli passati, dimostrando come talune regolazioni, sebbene non dirette all'effettiva istituzione di quella che oggi chiameremmo “amministrazione del patrimonio culturale”, hanno ad ogni buon conto contribuito a plasmare una certa quale concezione giuridica e non giuridica di “bene culturale” e, successivamente, di “patrimonio culturale”.

La circostanza non è scontata e, anzi, comporta delle immediate ricadute nella regolazione. Con quanto appena scritto si dimostra, non per nulla, che ogni epoca e ogni collettività umana (se vogliamo, ogni “società”) – per quanto possano essere remote – possiedono una propria concezione di cultura e, di conseguenza, un proprio insieme di regole atte ad incidere a diverso titolo su quella cultura. Con quanto scritto e con le successive osservazioni, si dimostra nondimeno quanto difficile possa rivelarsi il giungere ad una oggettivizzazione della cultura quale destinataria di un'azione di tutela pubblica, soprattutto qualora ci si sposti da una protezione della cultura “passata” ad una salvaguardia della cultura “in atto”.

Invero, le origini della regolazione possono rinvenirsi sin nel diritto romano che, ad esclusione di alcune ipotesi ascrivibili alla fase repubblicana³⁰, vede nel-

²⁸ Definizione di bene culturale questa che, come noto, è stata enucleata dalla prima delle dichiarazioni elaborate dalla c.d. “Commissione Franceschini”: si veda *infra* al § 7.

²⁹ Oltre alla dottrina citata in questo capitolo, si rinvia al recente studio di S. AMOROSINO, *Diritto dei beni culturali*, Milano, 2019, 19 ss.

³⁰ In proposito si vedano le considerazioni di A. MANSI, *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, III ed., Padova, 2004, 6 ss., ove l'Autore richiama i lavori di L. PARGLILOLO, *Codice delle antichità e degli oggetti d'arte*, Roma, 1932, e di C. FADDA, *L'arte e gli artisti nel diritto romano*, Genova, 1883. Nello stesso lavoro, Mansi riporta la tradizione che attribuisce al console romano Marco Vipsanio Agrippa la proposta di destinare al pubblico uso tutte le opere d'arte a chiunque appartenenti.

l'opera della dinastia Flavia una prima affermazione di regole di tutela dei monumenti – soprattutto quelli rappresentativi del potere imperiale – con la conseguente prevalenza dell'interesse pubblico alla conservazione su quello privato al libero godimento della proprietà.

L'esperienza regolatoria di Roma antica – la quale si tradusse anche nell'istituzione di apposite magistrature³¹, quindi, diremmo oggi di embrionali forme di pubblica amministrazione a tutela dell'interesse culturale – appare interessante nella misura in cui già duemila anni fa si pose il problema di proteggere manifestazioni esteriori di carattere artistico, monumentale o semplicemente estetico dal rischio di essere travolte e rimpiazzate da nuove espressioni ritenute più attuali in quanto più consone all'avvenuto mutamento sociale, peraltro dimostrando quanto sia breve il passo fra la tutela della cultura e il perseguimento di obiettivi ulteriori, anche di natura politica: emblematica è l'opera di protezione dei templi pagani promossa dall'imperatore Giuliano a fronte di un ormai dilagante cristianesimo³².

Peraltro, Mario Grisolia nel 1952³³, in quello che risulta il primo lavoro monografico dedicato a questa materia, già precisa come a Roma antica possano essere ascritti ulteriori meriti e, con maggior precisione due³⁴: l'istituzione delle prime pinacoteche e biblioteche a fruizione pubblica e il *legatum ad patriam*, anche noto come *dicatio ad patriam*, istituto tuttora presente nel diritto contemporaneo³⁵.

³¹ Il riferimento è, in particolare, alla magistratura dei *comites nitentium rerum*, incaricata di vigilare sul rispetto della normativa edilizia, nonché a quella dei *tutelari*, competenti per la tutela dei monumenti sepolcrali. Cfr. sul punto M. GRISOLIA, *La tutela delle cose d'arte*, Roma, 1952, il quale riporta come già le XII Tavole recassero un divieto per l'esportazione di statue e monumenti posti ad ornamento di edifici: regole che, evidentemente, erano per lo più concepite a protezione del decoro urbano, piuttosto che del patrimonio culturale quale lo intendiamo oggi.

³² S. MANCUSO, *Per una metodologia della valorizzazione dei beni archeologici: analisi e prospettive in Calabria*, Soveria Mannelli, 2004, 16.

³³ M. GRISOLIA, *La tutela delle cose d'arte*, cit., 23.

³⁴ Invero, S. MANCUSO, *op. cit.*, 17, pone l'attenzione sul numero cospicuo di istituti, riscontrabili nell'età imperiale e transitati nelle regolazioni successive, sino alle vigenti: l'interesse alla protezione dei beni pubblici, la normativa edilizia recante previ assenti amministrativi per la realizzazione di nuovi manufatti, il divieto di manomissione.

³⁵ Esso è istituto di grande importanza nel diritto romano e consente che su un bene di privata proprietà si possano configurare interessi pubblici che funzionalizzino il bene al pubblico godimento: il riferimento è, pertanto, alle "servitù di uso pubblico", note tanto al diritto amministrativo, quanto a quello privato, che, appunto, possono essere istituite per il mezzo della *dicatio ad patriam*. La *dicatio ad patriam*, infatti, pur essendo conosciuta al diritto romano, non trovava cittadinanza nel codice civile del 1865, mentre nel diritto settoriale delle cose d'arte, la legge 1° giugno 1939, n. 1089, all'art. 7, aveva attribuito all'allora competente Ministro della Pubblica Istruzione il compito di vigilare sui «diritti di uso e di godimento che il pubblico abbia acquisito sulle cose soggette alla presente legge», disposizione rimasta in vigore nel tempo e rinvenibile nell'attuale codice di beni culturali e del paesaggio all'art. 105. Per il vero, la *dicatio ad patriam* viene ricon-