



OSSERVATORIO EMERGENZA COVID-19  
PAPER – 22 APRILE 2020

L'impatto del coronavirus sulle  
concessioni relative alle mostre di beni  
culturali

di Alessandro Botto  
Avvocato presso il Foro di Roma



# L'impatto del coronavirus sulle concessioni relative alle mostre di beni culturali\*

**di Alessandro Botto**

Avvocato presso il Foro di Roma

L'emergenza sanitaria che ha colpito il nostro Paese dal mese di febbraio 2020 ci sta costringendo ad un cambio di abitudini e di stili di vita a tutti noto. Meno esplorato, invece, è l'impatto che tale emergenza sta provocando anche su di una serie di rapporti negoziali e che sta mettendo a dura prova la tenuta degli antichi insegnamenti in tema di *vis maior* o di *factum principis*. I temi, infatti, che si stanno ponendo hanno a che fare con la qualificazione di forza maggiore<sup>1</sup> dell'evento epidemico e dell'impatto di tale sopravvenienza sui rapporti negoziali in essere.

Nell'ambito di tali approfondimenti una nicchia di sicura rilevanza, sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo, è rappresentata dalla gestione delle mostre (di beni culturali) in essere (ma il discorso potrebbe valere anche per quelle già calendarizzate e in via di allestimento), ove tale gestione sia stata affidata con il modello concessorio: sono i casi in cui l'operatore economico si è assunto il compito di organizzare la mostra, addossandosi tutti i relativi oneri economici, a fronte della gestione della stessa, con conseguente incasso di tutto (o parte) del prezzo del biglietto e contestuale gestione dei servizi connessi (bookshop, audioguide ecc.).

Le difficoltà in questo caso nascono, infatti, poiché a venire impattata è proprio la struttura del modello concessorio, che si basa (com'è noto) sulla traslazione del rischio operativo in capo al concessionario, tenuto anche conto della difficoltà di trovare forme di riequilibrio del sinallagma alla luce del fatto che il periodo abbracciato dalla concessione in questi casi è usualmente limitato nel tempo (normalmente pari ad alcuni mesi), tale da non consentire forme di riequilibrio che in altri rapporti concessori sono invece conosciute dalla prassi negoziale e giurisprudenziale.

---

\* Paper non sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Il riferimento alla forza maggiore deve ritenersi estensibile anche alla qualificazione come *factum principis*, risolvendosi anche questa ipotesi in un fatto imprevisto e imprevedibile sopravvenuto comunque non imputabile in alcun modo alla sfera giuridica soggettiva del soggetto coinvolto.

Su tali concetti, da sempre di difficile perimetrazione, cfr da ultimo: S. Verzoni, "Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19" in *Giustizia Civile.com* del 25 marzo 2020; F. Gigliotti, "Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate", *ibidem*, del 1 aprile 2020; A. De Mauro, "Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione", *ibidem*, del 27 marzo 2020, tutti con ampi richiami dottrinali al tema della *vis maior* sotto le fattezze della eccessiva onerosità sopravvenuta e della impossibilità sopravvenuta.

Nel caso delle mostre, infatti, la calendarizzazione delle stesse avviene con largo anticipo per poter acquisire i necessari prestiti delle opere da esporre da parte dei rispettivi detentori (musei, fondazioni, privati ecc.). Di conseguenza, appare difficile ipotizzare, ad esempio, un prolungamento del periodo concessorio mediante allungamento dello stesso, poiché in questo modo si verrebbe a creare una sovrapposizione con la successiva mostra già calendarizzata, nell'ambito di un circuito nazionale (o spesso anche internazionale) caratterizzato da incastri temporali a catena.

Difficile appare pure l'altra possibilità, astrattamente utilizzabile, di riequilibrio mediante affidamento di altre iniziative espositive, nell'ambito di un possibile accordo transattivo a carattere novativo. Infatti, anche in questo caso, a tacere di possibili dubbi sulla stessa legittimità dell'accordo novativo<sup>2</sup>, la calendarizzazione su base pluriennale degli eventi espositivi rende di fatto difficilmente percorribile questa strada per l'inevitabile perdita di *appeal* di soluzioni eccessivamente lontane nel tempo.

Né, tantomeno, appare ipotizzabile un aumento del biglietto a carico dei visitatori per evidenti ragioni di *par condicio* con chi ha già visitato la mostra pagando un prezzo differente, nonché per evitare che un'attività qualificabile come servizio pubblico possa essere resa a prezzi non coerenti con la *mission* stessa dell'iniziativa<sup>3</sup>. A ciò si aggiunga che in alcuni casi, come in quello da cui abbiamo preso le mosse

---

<sup>2</sup> Sull'accordo novativo le voci della giurisprudenza e della dottrina sono decisamente in senso contrario: M. DELSIGNORE, *La transazione e l'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici*, 2019, 361 ss, evidenzia come lo strumento della transazione non possa essere utilizzato per affidamenti in deroga alla disciplina del Codice dei contratti pubblici e richiama a tale proposito C.d.S., V, 2 febbraio 2010, n. 445. Afferma, in particolare, che “*l'amministrazione certo non può aggirare con strumenti privatistici le regole inderogabili e imperative poste a tutela della scelta del contraente migliore*”. In senso analogo: AVCP, delibera del 3 dicembre 2008 n. 56; parere 26 settembre 2013 n. 40/13; TAR Abruzzo, Pescara, I, 5 novembre 2014 n. 434; TAR Sardegna, I, 18 settembre 2017 n. 586. Sul tema anche AA.VV., *Autorità e consenso nei contratti pubblici: dalle direttive 2014 al Codice 2016*, Torino 2017.

Non può sottacersi come emerge un atteggiamento, peraltro coerente con l'impostazione di fondo sia del legislatore che degli interpreti, salvo rare eccezioni, di vero e proprio pregiudizio ideologico rispetto alla possibilità di risolvere una controversia (anche) mediante nuovi affidamenti: infatti, l'ottica nella quale si muovono gli interpreti è sempre quella della situazione patologica trattata come assetto fisiologico: i casi di transazione novativa, in altre parole, non potrebbero che dissimulare tentativi di eludere la normativa sui contratti pubblici; di conseguenza, va considerato come illecito l'uso della transazione a questi fini. Si arriva addirittura ad affermare che, ove si verifichi un'alterazione del sinallagma, l'unico strumento è rappresentato dalla risoluzione del rapporto negoziale, con conseguente indizione di una nuova gara, senza alcuna valutazione della possibile inefficienza di tale soluzione in determinate circostanze.

<sup>3</sup> Sulla natura di servizio pubblico dell'attività espositiva e di mostra in genere, F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *Federalismi.it*, 3 gennaio 2018, secondo cui “*I servizi culturali vanno dunque qualificati servizio pubblico nel senso sopra specificato, nell'ambito di una concezione di servizio pubblico che vede al suo interno non solo attività materiali, ma anche funzioni in senso stretto e attività di diritto comune.*”

Cass., S.U., 12 maggio 2009 n. 12252 ha qualificato come servizio pubblico l'attività dei servizi aggiuntivi (bookshop, biglietteria, audioguide ecc.) sulla base dei seguenti presupposti: a) la titolarità del servizio è in capo alla P.A.; b) la destinazione del servizio, nel senso che trattasi di attività destinata a soddisfare esigenze della collettività; c) residuano in capo alla P.A. poteri di indirizzo e vigilanza in ordine alla erogazione dei servizi stessi.

L'art. 1, comma 1, lett. e) del DPCM 22 marzo 2020, decreto emanato proprio per disciplinare l'emergenza derivante dall'epidemia di coronavirus, dopo avere contemplato i servizi di pubblica utilità tra le attività che devono comunque proseguire anche nel periodo di interdizione per il contagio, opera un'eccezione espressa per i servizi di apertura al pubblico di musei e altri istituti e luoghi di cultura. In questo modo, quindi, viene confermata l'ascrivibilità dei servizi museali-espositivi alla categoria dei servizi di pubblica utilità.

(epidemia di coronavirus), esistono dei veri e propri impedimenti normativi, qualificabili come *facta principis*, che vietano proprio l'accesso ai nuovi potenziali visitatori (tipo il divieto di apertura dei musei e delle mostre per evitare il propagarsi dell'epidemia).

In altre parole, quegli strumenti che sono usualmente utilizzati per riequilibrare il piano economico finanziario che ha subito un'alterazione per fatti non imputabili al concessionario non si prestano in concreto a consentire il riequilibrio della concessione espositiva.

Ed allora *quid juris*?

L'art. 165, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) prevede che, in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possano recedere dal contratto di concessione.

Quindi, come primo effetto, l'accertata impossibilità di riequilibrio del PEF legittima le parti a recedere dal contratto: ritengo che si possa parlare in questo caso di recesso consensuale, giustificato proprio dall'impossibilità di riequilibrio<sup>4</sup>.

Che poi un'epidemia come quella da coronavirus possa pienamente configurare il giusto presupposto per la revisione del PEF credo che sia indubbio e di comune condivisione, trattandosi di un fatto assolutamente non previsto né prevedibile al momento della sottoscrizione del contratto di concessione e sicuramente non imputabile al concessionario né in alcun modo ascrivibile alla sua sfera di possibile controllo. Sul piano quali-quantitativo, inoltre, si tratta di un fenomeno di portata talmente grave e pervasiva da incidere fortemente sull'assetto del rapporto negoziale, tanto da stravolgere completamente l'equilibrio ipotizzato inizialmente e contemplato nell'ambito del PEF posto a corredo dell'offerta<sup>5</sup>.

Lo strumento della revisione del PEF, d'altronde, rientra nell'alveo del più generale principio del necessario equilibrio del sinallagma contrattuale che presiede a tutti i rapporti negoziali ed è consacrato dall'art. 1467 c.c., che disciplina l'ipotesi della eccessiva onerosità sopravvenuta. Tale principio, infatti, consente la risoluzione del contratto a patto che la causa perturbatrice dell'equilibrio negoziale sia imputabile ad "*avvenimenti straordinari ed imprevedibili*".

Infatti, pur pacifico che nel contratto di concessione il rischio operativo viene assunto dal concessionario, ciò non può peraltro tramutare il contratto stesso in un negozio aleatorio. In altre parole, i rischi fisiologici

---

<sup>4</sup> Sul recesso cfr., F. ROSELLI, *Il recesso dal contratto*, in A.CHECCHINI, M.COSTANZA, M.FRANZONI, A. GENTILI, F.ROSELLI, G.VETTORI, *Effetti del contratto*, Torino, 2002.

<sup>5</sup> Ciò trova conferma espressa nell'art. 88, comma 2, del d.l. 17 marzo 2020 n. 88, ai sensi del quale: "2. A seguito dell'adozione delle misure di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) e d) del decreto del Presidente del Consiglio 8 marzo 2020 e a decorrere dalla data di adozione del medesimo decreto, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura."

che il concessionario può assumere su di sé sono quelli tipici dell'oggetto contrattuale di volta in volta interessato e legati all'usuale andamento dei rapporti di simile natura. Non certamente quelli imputabili ad eventi del tutto eccezionali e che non presentano alcuna connessione con l'attività in essere (o da svolgere).

Altrimenti opinando, si ribadisce, il contratto di concessione verrebbe ad assumere una connotazione di aleatorietà, con il connesso corredo di insormontabili difficoltà operative quale, ad esempio, la difficoltà di trovare operatori economici disposti ad esporsi a tale tipo di rischi o, in caso in cui lo siano, a costi notevolmente superiori rispetto all'assetto attuale, tali da rendere molto problematica la tenuta economico-finanziaria delle operazioni.

Lo stesso art. 3, lett. zz), del Codice, nel dettare la definizione di rischio operativo, non a caso fa riferimento al rischio assunto secondo “*condizioni operative normali*”, ossia quelle condizioni che secondo un giudizio prognostico di buona fede e di ordinaria diligenza si possono ipotizzare in via preventiva. Di sicuro, un'epidemia della portata del coronavirus ben difficilmente può essere ascritta a questo tipo di condizioni, trattandosi, lo ripeto, di un evento assolutamente straordinario e gravemente impattante sull'assetto negoziale<sup>6</sup>.

Né appare utile ai fini in esame il richiamo all'art. 3, comma 6 bis, del d.l. 6/2020 (come modificato dal d.l. n. 18/2020), ai sensi del quale non è imputabile alla responsabilità da inadempimento contrattuale l'impossibilità delle prestazioni conseguente a provvedimenti adottati dall'autorità per contenere il contagio epidemico in atto. Questa previsione, infatti, ancorché probabilmente pleonastica e meramente esplicativa di un principio comunque immanente all'ordinamento, rileva al diverso fine di esonerare da responsabilità da inadempimento nell'ambito di un rapporto negoziale. Non incide, invece, nella diversa ipotesi della individuazione dei presupposti per la revisione del PEF squilibrato dall'evento eccezionale sopravvenuto.

Nei rapporti concessori, infatti, la peculiarità del rapporto negoziale risiede nella impostazione trilaterale dello stesso, ove il concessionario assume l'obbligo di svolgere un determinato servizio nei confronti di

---

<sup>6</sup> L'ANAC, con Delibera n. 318 del 28 marzo 2018 – Linee guida n. 9, ha evidenziato che “*Tra gli eventi non imputabili all'operatore economico che danno diritto a una revisione del PEF rientrano gli eventi di forza maggiore tali da rendere oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso, in tutto o in parte, l'adempimento delle obbligazioni contrattuali... omissis... A titolo esemplificativo, possono considerarsi eventi di forza maggiore: a) scioperi, fatta eccezione per quelli che riguardano l'amministrazione o l'operatore economico, ovvero l'affidatario di lavori o servizi oggetto del contratto di PPP; b) guerre o atti di ostilità, comprese azioni terroristiche, sabotaggi, atti vandalici e sommosse, insurrezioni e altre agitazioni civili; c) esplosioni, radiazioni e contaminazioni chimiche; d) fenomeni naturali avversi di particolare gravità ed eccezionalità, comprese esondazioni, fulmini, terremoti, siccità, accumuli di neve o ghiaccio; e) epidemie e contagi; f) indisponibilità di alimentazione elettrica, gas o acqua per cause non imputabili all'amministrazione, all'operatore economico o a terzi affidatari di lavori o servizi oggetto del contratto; g) impossibilità, imprevista e imprevedibile, per fatto del terzo, di accedere a materie prime e/o servizi necessari alla realizzazione dell'intervento.*”

un'utenza terza: quindi, l'inadempimento nei confronti del concedente si risolve, in concreto, nell'inadempimento nei riguardi dell'utenza, privata del servizio oggetto di concessione.

Consegue da ciò che nei rapporti concessori l'inadempimento per forza maggiore non resta circoscritto al rapporto bilaterale negoziale tra concedente e concessionario, da valutare in termini di mera responsabilità contrattuale, ma comporta il ben più grave effetto della non fruibilità del servizio da parte dell'utenza nell'ambito di una *utilitas* a valenza generale: da qui la preoccupazione del legislatore di consentire un possibile riequilibrio del rapporto concessorio, al fine di evitare (nei limiti del possibile) l'interruzione di un servizio di pubblica utilità (qual è sicuramente l'organizzazione di mostre del patrimonio culturale).

Ovviamente nella rinegoziazione a fini di riequilibrio occorre tenere conto anche di altre esigenze, quali quelle derivanti dalla indisponibilità totale della *res litigiosa* da parte del concedente: quest'ultimo, infatti, non può spingersi fino a stravolgere totalmente il contenuto o l'oggetto del rapporto concessorio e ciò al fine di evitare che un riequilibrio si trasformi nell'attribuzione di vero e proprio nuovo contratto di concessione, in violazione delle norme a presidio della selezione concorsuale del concessionario<sup>7</sup>.

Quello che rileva ai nostri fini, comunque, è che una espressa previsione normativa consente (in deroga al principio di generale immutabilità dei contratti aggiudicati in esito ad una gara) di modificare l'assetto negoziale del rapporto concessorio, nei limiti in cui ciò non si traduca in una nuova concessione, al fine di evitare i più gravi costi derivanti dalla traumatica interruzione di un servizio a favore dell'utenza. In altre parole, ciò che relativamente ad un rapporto negoziale caratterizzato da un'eccessiva onerosità (o addirittura da una impossibilità) sopravvenuta usualmente avviene nell'ambito della libera determinazione negoziale delle parti, nel caso delle concessioni è direttamente disciplinato dalla norma di legge e ciò a causa della peculiare struttura costitutiva del rapporto concessorio, sopra descritta.

\* \* \*

---

<sup>7</sup> Sui limiti della rinegoziazione della concessione non esistono certezze e la giurisprudenza naviga, per così dire, a vista, valutando caso per caso. Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, del 19 agosto 2016 n. 3653: “Solo nel caso in cui il mezzo (cioè la gestione per il tempo contrattualmente definito) si dimostri, in virtù di un avvenimento “straordinario ed imprevedibile”, essere divenuto strutturalmente inidoneo a far conseguire, anche solo potenzialmente, un possibile equilibrio tra le attribuzioni patrimoniali, solo in questo caso potrà escludersi l'alea normale del contratto, il rischio (collegato all'andamento della gestione), accettato dal privato e tanto più immanente (come ipotesi “normale” e/o prevedibile) quanto più ampio è il tempo di gestione contrattualmente previsto”. Ed ancora: “Quanto ora esposto, già desumibile dal previgente art. 3 d. lgs. n. 163/2006 (applicabile al caso di specie) è ora esplicitato dall'art. 3 d. lgs. n. 50/2016, laddove prevede l'assunzione da parte del privato del “rischio operativo”, cioè della possibilità che questi non rientri degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti “in condizioni normali” (in ciò, sostanzialmente, riproponendo la generale distinzione tra alea normale ed alea straordinaria ed imprevedibile).

La previsione della assunzione del rischio operativo, richiedendosi altresì che il privato si esponga ad una “reale esposizione alle fluttuazioni del mercato”, escludendosi dal concetto stesso di “rischio” quelle perdite stimate che siano “puramente nominali o trascurabili”, non trasforma il contratto di concessione di lavori pubblici o di concessione di servizi da commutativi in contratti aleatori “per loro natura” (art. 1469 cod. civ.)”. ANAC, Delibera del 6 luglio 2016 n. 738/16: “Viene, pertanto, riconosciuta ammissibile, in via generale, la modifica delle concessioni al ricorre di due circostanze: che non ci sia alterazione della natura generale della concessione; che le mutate condizioni derivino da circostanze che la stazione appaltante, utilizzando l'ordinaria diligenza, non abbia potuto prevedere”.

Alla luce di quanto finora esposto, pertanto, deve ritenersi comprovato che l'epidemia da coronavirus sia causa legittimante la richiesta di revisione del PEF delle concessioni in materia di attività museali ed espositive<sup>8</sup>. E deve altresì ritenersi acclarato che nel caso delle concessioni in questione ben difficilmente ricorreranno le condizioni fattuali per un riequilibrio del PEF nel senso usualmente proposto nell'ambito dei rapporti concessori<sup>9</sup>.

In questa situazione di *impasse*, quindi, si perfeziona il presupposto per il recesso dal contratto da parte di entrambe le parti, concedente e concessionario, e ciò configura, come sopra evidenziato, un'ipotesi di recesso consensuale (privo, quindi, di alcun connotato, ancorché in senso lato, sanzionatorio e dunque non rilevante ai fini dell'iscrizione nel casellario informatico gestito dall'ANAC, contemplato dall'art. 213, comma 10, del Codice, neanche sotto il profilo residuale delle notizie utili).

Ciò detto, resta il tema delle conseguenze economiche di tale recesso consensuale dal rapporto concessorio: l'art. 165, comma 6, del Codice, infatti, prevede che in questo caso siano rimborsati al concessionario "gli importi di cui all'art. 176, comma 4, lett. a) e b)" (con esclusione espressa degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso d'interesse).

La norma richiamata (art. 176, comma 4, del Codice) disciplina a sua volta l'ipotesi della risoluzione della concessione per inadempimento del concedente e della revoca della stessa per motivi di pubblico interesse<sup>10</sup>, ipotesi entrambe comunque imputabili alla sfera giuridica soggettiva del concedente. Da ciò

---

<sup>8</sup> L'impossibilità della prestazione derivante dalle misure restrittive adottate dalle pubbliche autorità non impedisce, a mio avviso, di configurare la possibilità di richiamo alla revisione del PEF, tenuto conto che tale strumento è messo a disposizione delle parti contraenti di una concessione in tutte le ipotesi di anomala alterazione dell'equilibrio contrattuale, tra cui può essere annoverata anche l'impossibilità sopravvenuta, ovviamente ove tale impossibilità non renda *sine die* impossibile la prestazione del servizio oggetto di concessione.

<sup>9</sup> Resta ovviamente inteso che la negoziazione tra concedente e concessionario ai fini del possibile riequilibrio del PEF deve essere improntata a canoni di buona fede e di correttezza contrattuale, nel senso che il concessionario non potrà dolosamente provocare il fallimento della trattativa al fine di poter lucrare il ristoro dei costi sostenuti. In questi casi, infatti, verrebbe a configurarsi un vero e proprio inadempimento contrattuale a carico del concessionario, con conseguente non operatività del meccanismo di riequilibrio economico previsto nel caso di oggettiva impossibilità di revisione del PEF.

<sup>10</sup> Sulla revoca delle concessioni cfr. C.d.S., A.P., 29 giugno 2014 n. 14. Le perplessità relative alla coerenza logica di tale decisione risiedono, innanzitutto, nel fatto che, dopo avere enfaticamente affermato che deve ritenersi insussistente il potere di revoca nella fase esecutiva, poi riconosce che tale potere sussista nelle concessioni. Tale decisione finisce con il ritenere che l'esercizio del potere di revoca sia inibito dopo la stipulazione del contratto solo perché è stato espressamente codificato lo speciale potere di recesso in sede contrattuale (ai sensi dell'art. 134 del precedente Codice e dell'art. 109 del nuovo Codice, per gli appalti), mentre coerenza logica avrebbe dovuto condurre a ritenere che la stipulazione del contratto rappresenti un vero e proprio argine naturale all'esercizio di potestà pubblicistiche unilaterali. Una recente sentenza del Tar Lazio, II, 3 ottobre 2019, n. 11545, sembra essersi allineata a questa impostazione e, in materia di concessioni, ha affermato: "...l'attività in questione viene data in concessione dallo Stato a soggetti privati: circostanza, questa, da cui discende l'esistenza di un potere del primo di incidere sui rapporti con i secondi". Il Tar non sembra avere considerato che la concessione è un contratto stipulato con un operatore economico che investe nell'attività data in concessione e l'esistenza di un tale potere di supremazia in un rapporto contrattuale potrebbe mettere a rischio la stessa sopravvivenza dell'istituto concessorio.



la previsione dell'obbligo in questi casi per il concedente stesso di ristorare al concessionario sia le spese sostenute che di corrispondere un indennizzo a fronte del mancato guadagno (pari al dieci per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui le opere siano state già realizzate, pari al dieci per cento del valore dei ricavi, previsti dal PEF, relativi alla gestione del servizio).

La norma, come purtroppo spesso capita nel Codice del 2016, non risulta di pregevole fattura (per usare un eufemismo) sotto vari punti di vista. Innanzitutto va evidenziata la confusione concettuale tra indennizzo e risarcimento contemplata alla lettera c) (*"indennizzo a titolo di risarcimento"*), quando com'è noto si tratta di istituti ben distinti sul piano teorico e pratico; poi, la difficoltà di comprendere l'esatta portata della medesima lettera c) che, da un lato, fa riferimento all'indennizzo del lucro cessante riferito alle opere ancora da realizzare e, dall'altro, fa riferimento alla gestione del servizio nel caso in cui le opere siano state già realizzate e collaudate. Resta il dubbio se abbia copertura normativa anche l'indennizzo del lucro cessante da mancato servizio nel caso delle opere in corso di realizzazione, essendo questa ipotesi priva di espressa previsione normativa, ma rispondente *naturaliter* alla stessa *ratio* del mancato guadagno per impossibilità di gestione del servizio. Infatti, anche nel caso della mancata conclusione delle opere si concretizzerà l'impossibilità di successiva gestione del relativo servizio che, ad una lettura formale, sembrerebbe invece ipotesi non contemplata dalla norma in esame.

\* \* \*

Ogni possibile interpretazione della portata del comma 4 dell'art. 176 deve quindi scontare un margine di incertezza dovuto alla non pregiata fattura della norma stessa; con questa consapevolezza occorre peraltro prendere in esame l'esatta perimetrazione delle conseguenze economiche del mancato accordo in sede di revisione del PEF.

---

Per un'impostazione decisamente pubblicistica C.d.S., IV, 19 agosto 2016 n. 3653, secondo cui (in una fattispecie concessoria di costruzione e gestione) *"Fermi i casi di contratto "integralmente" di diritto privato (per i quali trovano certamente applicazione le disposizioni del codice civile), nel caso invece di contratto ad oggetto pubblico l'amministrazione mantiene comunque la sua tradizionale posizione di supremazia. Tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti sempre "in quanto compatibili" e salvo che non si diversamente previsto"*.

Sul tema cfr. M. SANINO, *Procedimento amministrativo e attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Torino, 2003, e alcune pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, quale la sentenza dell'11 gennaio 2011 n. 391, secondo cui, una volta stipulato il contratto, la revoca dell'aggiudicazione per sopravvenuti motivi di opportunità dovrebbe essere ascritta al generale potere contrattuale di recesso.

L'espressa previsione normativa della revoca della concessione, contenuta nell'art. 176, comma 4, del Codice, dovrebbe quindi essere considerata una sorta di resilienza antropologica della vecchia costruzione della concessione in chiave pubblicistica e alla conseguente qualifica del concessionario quale *longa manus* del concedente, ormai del tutto superata alla luce della chiara qualificazione della concessione come contratto contenuta nella disciplina comunitaria e, poi, recepita nel nostro ordinamento, ma purtroppo non ancora abbandonata dalla cultura dei giudicanti, come sopra evidenziato..



Abbiamo visto in precedenza quali possono essere le motivazioni che giustificano l'espressa copertura normativa per il ristoro dei costi sostenuti dal concessionario nel caso in cui non si riesca a trovare un accordo per il riequilibrio del PEF.

Il primo quesito che si pone all'attenzione dell'interprete riguarda la possibilità di applicare alle concessioni di servizi la disciplina in esame: la lettera a) del comma 4 dell'art. 176, infatti, contempla espressamente solo *“il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti”*. Ciò denota che la norma è stata sicuramente pensata per le concessioni di costruzione (e gestione) e risponde all'esigenza di evitare una *iniusta locupletatio* da parte del concedente, che si trova ad incamerare nel proprio patrimonio le opere realizzate dal concessionario.

Nel caso delle concessioni di servizi ovviamente tale situazione non si configura e sicuramente ciò avviene nel caso delle concessioni di servizi culturali quale l'organizzazione e gestione di una mostra temporanea. In questi casi, infatti, la mostra viene montata in occasione della sua apertura e, alla fine del periodo previsto, viene smontata, con conseguente restituzione delle opere ai soggetti prestatori.

Peraltro, anche nel caso delle concessioni di servizi può individuarsi un presupposto razionale in qualche modo simile, ancorché diversamente conformato alla luce della oggettiva diversità di situazioni. Infatti, nel caso della organizzazione della mostra temporanea, ad esempio, si può ritenere che *“l'arricchimento”* del concedente-soggetto pubblico possa consistere proprio nell'aver messo a disposizione della collettività un'occasione di fruizione (oserei dire di condivisione) del patrimonio culturale per un dato periodo di tempo, con conseguente *“arricchimento”* della collettività dei possibili fruitori. E proprio a fronte di questo beneficio il legislatore intende ristorare, mediante la previsione di un indennizzo, i costi sopportati dal concessionario.

In questo modo la lettera della norma potrebbe venire letta nel senso più proprio della stessa, senza alcuna limitazione di operatività della stessa e, cosa ancora più importante, verrebbe fugato qualsiasi dubbio di irrazionale disparità di trattamento tra concessioni di opere e concessione di servizi. D'altronde, è indubbio che anche nel caso delle concessioni di servizi il concessionario è chiamato a fare dei consistenti investimenti iniziali (che poi saranno ammortizzati nel tempo mediante la gestione delle attività dedotte in concessione). Sarebbe sicuramente anomalo addossare questi investimenti al concessionario, mentre avviene il contrario nel caso delle concessioni di opere, ancorché in quest'ultimo caso rimangano delle opere materiali a disposizione del concedente. Il solo modo per riportare ad equilibrio il sistema passa quindi per la individuazione di una (per così dire) eredità a favore del patrimonio del concedente anche nel caso delle concessioni di servizi, pur se in questo caso tale eredità potrà avere la connotazione di beni immateriali quale l'incremento di fruizione da parte della collettività di determinate opere d'arte.

\* \* \*

Nel caso della impossibilità di riequilibrio del PEF, come evidenziato, l'art. 165, comma 6, richiama solo il rimborso dei costi e non anche la terza voce del comma 4 dell'art. 176 ossia il lucro cessante consistente nel mancato guadagno. Ciò, evidentemente, poiché nel caso in esame non si può in alcun modo individuare una causa di imputabilità in capo al concedente.

Ma quali sono i costi che devono essere rimborsati dal concedente al concessionario ?

Una lettura equilibrata del testo normativo in questione dovrebbe fare riferimento ai costi non ammortizzati, cioè quei costi che, proprio a causa della situazione di impossibilità/eccessiva onerosità sopravvenuta, il concessionario non sia stato in grado, non per fatto a lui imputabile, di recuperare mediante la gestione del servizio oggetto di concessione. In questo caso, infatti, tali costi costituiscono una voce del bilancio economico non più recuperabile al pari dei costi delle opere realizzate e non completate o non gestite per il tempo originariamente previsto dalla concessione.

Quindi, facendo un esempio (forse molto grossolano) sul piano economico-finanziario, si tratta di quei costi di investimento effettuati dal concessionario (in gran parte all'inizio del periodo concessorio e proprio per allestire la mostra) che si ipotizzava in sede di PEF di recuperare nell'arco temporale originariamente previsto. Il periodo di tempo di mancata gestione dovrebbe quindi consentire di effettuare un facile calcolo di percentuale di non ammortizzabilità (passatemi questo orrendo termine) di tale opere su base frazionaria (ad esempio tre dodicesimi se il periodo concessorio era annuale e il periodo di mancata fruizione pari a tre mesi).

Né la norma in esame lascia spazio alcuno alla condivisione di tali costi tra concedente e concessionario, in un'ottica di ripartizione delle conseguenze negative imputabili ad un fatto esterno alle volontà dei contraenti. Tale esigenza, infatti, pur rispondendo ad una intuibile esigenza equitativa, non appare fatta propria dal legislatore (delegato) che ha invece optato, nell'art. 176, comma 4 (come richiamato dall'art. 165, comma 6), per un addossamento del relativo onere economico a carico del concedente e ciò proprio in virtù di quel rationale normativo che sopra è stato richiamato.

Tale disciplina infine, così interpretata, rappresenta sicuramente anche una garanzia a favore degli operatori del settore, incentivati ad assumere i rischi "normali" dell'attività intrapresa, senza chiedere agli stessi di operare quali veri e propri garanti delle istituzioni culturali concedenti, snaturando la loro natura e imponendo un regime del rischio sicuramente esulante dal fisiologico assetto di interessi in ambito concessorio.