



**DALLA FORMA STATO ALLA FORMA MERCATO PER ARRIVARE AGLI “STATI
FALLITI”. L’ESTENSIONE “ICONOCLASTICA” DELLA LOGICA ECONOMICA
GLOBALE AI BENI COMUNI CULTURALI E L’AFRICA
ALLA PROVA DELLA GLOBALIZZAZIONE.***

di

Emma A. Imperato

*(Ricercatrice di Diritto pubblico comparato,
Università degli Studi di Napoli “L’Orientale”)*

30 maggio 2012

*“La vera cultura è mettere radici e sradicarsi.
Mettere radici nel più profondo della terra natia,
nella sua eredità spirituale, ma anche sradicarsi e
cioè aprirsi alla pioggia e al sole
ai fecondi apporti delle civiltà straniere”.*

L.S. Senghor

Sommario: **1.** La logica economica e il passaggio al nuovo modello di Stato. I beni culturali come paradigma identitario. **2.** Premesse metodologiche. **2.1** Profili introduttivi allo studio dei Paesi africani e al concetto di identità culturale. **3.** La ‘contestualizzazione’ del diritto africano o, meglio, dei diritti africani. L’ordinamento dell’Africa subsahariana francofona. **4.** Il costituzionalismo africano. **5.** La tutela del patrimonio culturale tra tradizione e diritto. **6.** L’approccio ‘democratico’ ai beni culturali in alcune Costituzioni africane subsahariane. **6.1** La legislazione nazionale. **7.** Uno sguardo lontano: la Costituzione italiana. **7.1** L’orientamento del legislatore e suoi recenti sviluppi. - **8.** Brevi riflessioni conclusive.

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente contributo è destinato al *Liber Amicorum in onore di Carlo Amirante*, in corso di stampa. Si ringraziano i curatori del Volume per aver voluto autorizzare l'anticipo di pubblicazione.

1. La logica economica e il passaggio al nuovo modello di Stato. I beni culturali come paradigma identitario.

Parafrasando il titolo di un libro di Amirante che senza remore vuole denunciare gli effetti negativi prodotti dal processo di globalizzazione sulle istituzioni e sull'ordinamento giuridico dello Stato, a sua volta questo articolo intende muovere dalla profonda crisi e conseguente trasformazione - *in peius* per i diritti e gli interessi dei cittadini - che il modello 'storico' dello Stato da diverso tempo sta subendo, investendo i più svariati settori: dall'assistenza sanitaria alla previdenza sociale, dalla tutela dei lavoratori alla promozione dello sviluppo della cultura, crisi da cui non sembra uscirne indenne neanche il più specifico ambito della tutela del patrimonio culturale. Anzi, a fronte di questo processo evolutivo ispirato a logiche e principi 'privatistici' che tendono a contrarre il tradizionale spazio pubblicistico, l'eventuale (s)travolgimento dell'assetto gestionale dei beni 'comuni'¹ per eccellenza non potrebbe che apparire una conseguenza inevitabile. Non solo.

La trasformazione della forma Stato alla forma mercato rischia infatti di non arrestarsi a quest'ultimo stadio evolutivo, correndo il pericolo di svilupparsi ulteriormente in un stadio 'estremo' – minacciato più volte a esempio per la Grecia - quello cioè degli “Stati falliti”. La cosa non può di certo sorprendere visti i valori e gli interessi a cui gli Stati stessi si trovano oggi a essere assoggettati.

Con la radicale trasformazione del proprio *humus*, da cui pure ha preso origine, lo Stato contemporaneo è infatti portato a seguire valori e principi diversi da quelli da cui era tradizionalmente mosso. Non riuscendo più a personificarsi in un'istituzione chiamata a rispondere in maniera pronta ed efficace alle richieste di prestazioni – sociali, 'culturali' ma anche economiche - nel 'nome' e nell'interesse del proprio popolo, sembra piuttosto orientato

¹ La Commissione cd. Rodotà, dal nome del suo presidente, incaricata nel 2007 di redigere uno schema di disegno di legge delega per la riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici, ha previsto, tra l'altro, l'introduzione all'art 810 cod. civ. della categoria innovativa proprio dei “*beni comuni*”: non rientrando in senso stretto nella specie dei beni pubblici, questi beni si caratterizzano non tanto per la titolarità (potendo appartenere non soltanto a soggetti pubblici ma anche a privati) ma per il fatto di esprimere – secondo le parole dello stesso schema del disegno di legge proposto - “utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future”. Ne fanno parte, essenzialmente, oltre alle risorse naturali (come, ad esempio, i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi, la fauna selvatica e la flora tutelata), altresì, i beni archeologici, culturali, ambientali. V. in merito, U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2009, nonché, sui lavori della Commissione Rodotà e sullo schema del disegno di legge da questa elaborato, M. RENNA, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in G. Colombini (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale*, Jovene, Napoli 2009. Più di recente, sui 'beni comuni', in particolare sull'acqua, si rinvia all'interessante lavoro di A. LUCARELLI, “*Beni comuni*”. *Dalla teoria all'azione politica* (con contributi di Luigi De Magistris e Alex Zanotelli), Feltrinelli, Napoli, 2012.

ad abbandonare il modello del *welfare state* per optare in favore di uno volto a inseguire interessi esclusivamente economici.

Dovendo “restare concorrenziali sui mercati mondiali sempre più importanti”, gli Stati sono oggi spesso “costretti a prendere iniziative che danneggiano irreparabilmente la coesione della società civile”², obbligati come sono a ispirarsi soprattutto ai principi della *lex mercatoria* e, con questi, alla regolazione di natura privatistica a discapito di quella pubblicistica e dunque degli interessi e dei bisogni dei cittadini, dei lavoratori, in ultimo, del popolo. Seppure restano in piedi, magari in modo vacillante, gli elementi tradizionali e costitutivi dello Stato nazione – ovvero, il territorio, la sovranità e il popolo – questi fattori non rappresentano più l’obiettivo ultimo delle politiche e delle scelte strategiche statali, ormai soppiantati da un altro elemento: il mercato globale, divenuto oggi il reale obiettivo rispetto cui quegli stessi caratteri originari sembrano porsi in un rapporto di “funzionalizzazione”³. E’ proprio questo ‘soggetto’ a dominare oggi la scena con il suo complesso sistema a rete – costituito da organismi, comitati e agenzie internazionali e nazionali di regolazione e controllo (cosiddetta *global governance*)⁴ – nell’ambito del quale gli Stati si muovono come meri attori secondari.

In questa sorta di metamorfosi ovidiana, gli Stati si mostrano come esseri che se un tempo erano dotati di ‘pieno’ potere decisionale, oggi sembrano condannati a “decadere” dal loro *status* superiore per finire con l’essere subordinati a un’entità che a sua volta li sottopone, come è evidente soprattutto per l’Italia ma ormai per tutti i Paesi della zona euro come del mondo, a un giudizio di ‘*rating*’ non diverso da quello che si impone su un’impresa⁵. Gli Stati, com’è ormai sotto gli occhi di qualunque cittadino comune, risultano rimessi, in ultimo, alla volontà suprema del mercato stesso che li ‘declassa’ sino a poter decretarne, al pari di qualunque impresa, il ‘fallimento’.

Si può ben dire allora, in termini estremamente sintetici e lapidari, che il momento storico attuale risulta praticamente ‘egemonizzato’ dal dio economico - agevolato com’è nella sua azione anche dall’esistenza di un sistema di *governance* senza *gouvernement*⁶ - al cui cospetto ogni altro interesse – ambientale, culturale sinanche umano-sociale – sembra doversi piegare. Ed è appunto seguendo questa *ratio* evolutiva che si è arrivati al passaggio, come chiaramente

² Così, R. DAHRENDORF, *Quadrare il cerchio*, Laterza, Roma-Bari, 1995, p. 42 e ss. V. anche di recente dello stesso autore, *Quadrare il cerchio ieri e oggi. Benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, , Laterza, Roma-Bari, 2009.

³ Cfr. C. AMIRANTE, op. cit., *introduzione*, p. XXIV.

⁴ Tra i quali ed, *in primis*, il Fondo monetario internazionale (FMI), la Banca Mondiale (BM) e l’Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC).

⁵ In tal senso, vedi S. CASSESE, *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Quaderni Rassegna Parlamentare, ISLE, Roma, 2000, p. 15 e ss.

⁶ Con tale espressione si vuole descrivere l’attuale sistema caratterizzato al centro, quanto all’effettivo potere decisionale e regolativo, da istituzioni economiche non statuali collegate in rete e prive di rappresentanza popolare (*governance*), e solo a *latere* dalle classiche forme di governo con i suoi tradizionali istituti di rappresentanza e partecipazione pubblica.

messo in luce da Amirante diverso tempo fa, delle istituzioni statali alla nuova dimensione dello stato-mercato. Ossia, della forma mercato ove lo Stato e i suoi caratteri originari, come si diceva, sono messi in una posizione funzionale e in ultimo subordinati alle regole e alle esigenze del mercato stesso e come tali trasformabili nell'ultimo modello, in aggiunta alla sequela proposta dallo stesso Amirante, degli "Stati falliti".

Un esempio di Stati falliti, per ragioni che saranno meglio evidenziate in seguito, è costituito proprio da taluni Paesi africani. Il caso più noto in queste terre è senza dubbio quello della Somalia. Le motivazioni del 'collasso' sono legate qui prevalentemente a fattori storico-coloniali, all'assenza, quindi, anche di una condivisa identità nazionale a causa di forti fratture etnico-linguistiche. Di certo, però, poi hanno concorso, in qualche modo, pure le forti pressioni della globalizzazione economica e del regime neoliberale nonché le politiche delle organizzazioni internazionali.

Di qui, in questa egemonia degli interessi economici e finanziari, il ruolo che di contro i beni culturali può giocare come elemento di 'forza', di 'coesione sociale' per quei Paesi ma anche, per un altro verso, di valorizzazione socio-culturale per il nostro e che di certo si profila lontano dalla logica del "fondamentalismo" mercantile, considerato alla stregua di un rimedio salvifico.

Nella loro accezione, come nella loro essenza e percezione, invero, questi tipi di beni non possono essere "oggettificati", costituendo il mezzo materiale veicolante quell'elevato valore umano-spirituale dato dalla 'cultura' e inteso come un *quid* attraverso cui "una persona o un gruppo esprime la propria umanità e i significati che dà alla propria esistenza e al proprio gruppo"⁷. Sono, cioè, il fondamento di qualunque civiltà⁸, ben potendola rappresentare e dare unità: essi costituiscono, con il paesaggio⁹, per i beni notoriamente 'tangibili'¹⁰, il paradigma

⁷ Così, *I diritti culturali. Dichiarazione di Friburgo*, art. 2a, adottata a Friburgo, il 7 maggio 2007, in www.unifr.ch/iiedh, quanto al termine 'cultura' ('il termine cultura copre i valori, le credenze, le convinzioni, le lingue, i saperi e le arti, le tradizioni, istituzioni e modi di vita tramite i quali una persona o un gruppo esprime la propria umanità e i significati che dà alla propria esistenza e al proprio gruppo'). Modificando in maniera significativa un precedente progetto del 1998 redatto per l'UNESCO da un gruppo internazionale di lavoro (il "gruppo di Friburgo"), questo documento è rimesso alla volontaria adesione di persone, comunità, istituzioni e organizzazioni che intendano partecipare allo sviluppo dei diritti, delle libertà e delle responsabilità nello stesso enunciati.

⁸ Vedi, in merito, anche A. LUCARELLI, *I beni culturali oggetto di studio e testimonianza di civiltà*, in *Rass. Dir. civ.*, 1990, p. 2 e ss.

⁹ Questa valenza identitaria è evidente soprattutto a livello comunitario laddove espressamente nella Convenzione europea del paesaggio - adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e aperta alla firma degli Stati a Firenze il 20 ottobre 2000 - si afferma che il paesaggio, identificato "in ogni luogo importante della qualità della vita delle popolazioni", concorre "all'elaborazione delle culture locali e rappresenta una componente fondamentale del patrimonio culturale e naturale dell'Europa, contribuendo così al benessere e alla soddisfazione degli esseri umani e al consolidamento dell'identità europea". In merito sia consentito rinviare, in particolare, a quanto elaborato nel mio lavoro, anche in una prospettiva interna statale e regionale, *Identità culturale e territorio tra Costituzione e politiche regionali*, in ISSIRFA-Istituti di studi sui sistemi regionali", Giuffrè, Milano, 2010, p.1-300. Per un'attenta analisi e ricostruzione, anche storica, dell'identità delle regioni italiane si veda anche A. FERRARA, *Forma e contenuti degli statuti regionali adottati dopo le riforme*, in Atti del Convegno ISSIRFA "Il regionalismo italiano dall'unità alla Costituzione e alla sua riforma" (in corso di pubblicazione).

identitario per eccellenza, non diversamente peraltro dai beni culturali cosiddetti immateriali¹¹, in questo lavoro tuttavia non considerati, meritando una sede più specifica.

In quanto dotati di alto valore identitario che dal passato si sviluppa nel presente proiettandosi nel futuro, i beni culturali rappresentano la comunità a cui si riferiscono. Potremmo quasi sostenere che essi, considerata la loro natura identitaria, ‘sono’ la comunità stessa. A essa sono inestricabilmente connessi. Dalla comunità non possono, allora, essere separati, come accadrebbe qualora li si considerasse alla stregua di meri ‘oggetti’¹².

Non si tratta tuttavia nella fattispecie di rivendicare una mera appartenenza pubblica (come pure tradizionalmente avviene nel caso specifico dei ‘beni pubblici’). L’aspetto dominicale, legato alla materialità, in questo tipo di beni – come meglio si dirà – passa, a parer nostro, in secondo piano rispetto a quello della ‘essenza’ e, dunque, alla connessa funzionalità all’esercizio di diritti fondamentali indispensabili per la realizzazione del libero sviluppo dell’umana personalità nella comunità e al raggiungimento della coesione economico-sociale¹³. Si può piuttosto parlare qui di *res communis omnium*, ovvero, di ‘beni comuni’.

Anche in quest’epoca, designabile come ‘terza era’¹⁴ della globalizzazione¹⁵, contraddistinta da forti trasformazioni degli interessi e delle politiche sociali nonché, conseguentemente, del

¹⁰ Vedi, in merito, [Convenzione per la tutela del patrimonio culturale e naturale](#), adottata dalla Conferenza Generale dell’UNESCO, il 16 novembre del 1972, a Parigi come ratificata dalla Ig. n. 184 del 6 aprile 1977. In tale trattato internazionale il ‘patrimonio culturale’, come quello naturale, è infatti chiaramente considerato, attraverso la distinzione in ‘monumenti’, ‘agglomerati’ e ‘siti’, soprattutto nella sua fisicità.

¹¹ Si rinvia, in proposito, alla [Convenzione per la Salvaguardia dei Beni Culturali Immateriali](#), approvato dalla Conferenza Generale dell’UNESCO, il 17 ottobre 2003, a Parigi. Con il termine “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 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”.

¹² Sul punto ed, in particolare, sull’attenta ricostruzione dei beni comuni soggetti necessariamente ad una “percezione solistica che ne colga appieno gli inestricabili nessi con la comunità di riferimento e con le altre comunità ad esse contigue o che ad essa si sovrappongono”, vedi l’interessante scritto di U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 55 e ss.

¹³ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni*, op. cit p. 37 e ss., nello specifico, laddove si propone, per costruire ed identificare la nozione giuridica del bene comune, “di partire dall’individuazione di una cornice di principi e dalla natura del diritto, piuttosto che partire dall’individuazione del bene – processo tra l’altro estremamente complesso”. In quest’ottica, sarà necessario prendere le mosse “da principi generali, quali la coesione economico-sociale e territoriale, da diritti fondamentali, ovvero dall’universalizzazione dei diritti naturali, per passare poi, attraverso decisioni politiche, a processi tipici del diritto positivo, alla tutela della persona sia come individuo morale, che sociale”.

¹⁴ Le due precedenti fasi della globalizzazione sono riferibili rispettivamente agli anni 1870-1914 e 1945-1980. Si rinvia, in proposito, al Rapporto della Banca Mondiale del 2003 per il quale vari furono i fattori determinanti della prima fase di “globalizzazione”, tra cui in particolare la diminuzione dei costi di trasporto e la riduzione delle barriere tariffarie. La seconda fase di globalizzazione – cosiddetta “globalizzazione nordamericana” - fu, invece, caratterizzata da una notevole riduzione della povertà nei Paesi dell’area OCSE, pur senza comportare l’eliminazione o quanto meno la diminuzione della disuguaglianza mondiale. In merito, P. COLLIER-D. DOLLAR (a cura di), *Globalizzazione, crescita economica e povertà. Rapporto della Banca Mondiale*, Il Mulino, Bologna, 2003.

¹⁵ Sul piano scientifico, gli elementi identificativi del termine globalizzazione non sono affatto pacifici, non esistendo a tale livello “una seria ed accettabile convergenza sugli elementi di identificazione né sugli approcci analitici fruibili per raffrontarlo o contrapporlo a concetti usuali quali l’internazionalizzazione (dell’economia e della cultura), le relazioni internazionali, la costituzione economica materiale internazionale”. Così, C. AMIRANTE, *Unioni sopranazionali e riorganizzazione costituzionale dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 48 e ss. V., più in generale, anche, R. RUGGIERO, *Il WTO e la globalizzazione*, in *Politica Internazionale* n.1/2, 1997, U.TRIULZI - P. MONTALBANO, *Mondializzazione degli*

diritto non può non restare valida allora quella definizione, ormai risalente agli anni '60 del secolo scorso, che considera come culturale “ogni bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà”¹⁶. Esaltando la valenza rappresentativa ed ‘evocativa’ del bene stesso - laddove questo si rivela ben in grado di testimoniare la ‘civiltà’, dunque la storia e l’identità culturale delle popolazioni stanziate nel relativo territorio - questa formula è stata poi ripresa dal nostro legislatore, nel 2004, con il “Codice dei beni culturali”¹⁷, sia pure epurata, a giusta ragione, dal riferimento alla ‘materialità’. Non costituendo di certo la cultura un valore adducibile “unicamente alle cose dotate di un supporto tangibile e corporeo”¹⁸, il legislatore sembra invero aver voluto, in ultimo, rafforzare maggiormente la natura sostanziale-testimoniale del bene culturale.

Ed è sempre e soprattutto in questo momento storico, caratterizzato da un fenomeno capace di ‘smaterializzare’ i confini territoriali dello Stato-nazione e di far così venir meno l’elemento idoneo a fissare l’identità dei luoghi e a determinare l’appartenenza – politica, linguistica, in certi casi etnica e religiosa – di un popolo a un specifico ambito territoriale, che questi beni devono tornare al centro dell’attenzione: come una sorta di ‘baluardi di difesa’ essi meritano una particolare salvaguardia ed esaltazione ben rappresentando e ricordando la storia, le radici, l’identità di quello stesso popolo che si ritrova smarrito di fronte alla perdita dei propri riferimenti non soltanto spazio-territoriali. De-localizzandosi, portati come sono fuori dai propri luoghi, gli individui e le società si trovano privati anche dei propri riferimenti storico-temporali e con questi dei propri caratteri storico-identitari e della propria identità culturale. Si scoprono in definitiva altresì de-storicizzati.

Gli esseri umani, in questa sottrazione di limiti territoriali e storici, “mai si ritrovano insieme (sempre, l’uno contro o di fronte all’altro), e mai confluiscono in forme di unità. L’uniformità, ossia la regolarità ripetitiva, tiene luogo dell’unità”¹⁹.

scambi, in *Politica Internazionale*, n.3, 1997, U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione*, Carocci, Roma, 1999, UCSEI – PRODOCS – OSVIC, *Percorsi di lettura della globalizzazione*, Fratelli Palombi Ed., Roma, 2000.

¹⁶ Elaborata dalla Commissione Franceschini, nella Dichiarazione I, istituita con l. 26 aprile 1964, n. 310. Sui suoi lavori vedi, in particolare, *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1966, p. 19 e ss.

¹⁷ Secondo l’art. 2, comma 2, del Codice dei beni culturali e del paesaggio (adottato con d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, ai sensi dell’art. 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137, come modificato dal d. lgs. 24 marzo 2006, n. 156 e d. lgs. 24 marzo 2006, n. 157 nonché dal d. lgs. 26 marzo 2008, n. 62 e d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63), sono da considerarsi “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”.

¹⁸ Così M. AINIS e M. FIORILLO, *I beni culturali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 1067 e ss., in merito, specificamente, al [d.lgs. 31 marzo 1998 n. 112](#). Già in questo testo, infatti, all’art. 148 recante la formula definitoria del bene culturale, prima ancora del Codice sui beni culturali, viene eliminato il riferimento alla ‘materialità’ presente invece nella definizione di proposta dalla Commissione Franceschini di cui alla nota n. 17.

¹⁹ Cfr. N. IRTI, *Geo-diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 30 e ss. al quale si rinvia per le considerazioni nel testo sopra brevemente accennate.

I beni culturali, o meglio, l'identità culturale di un popolo a questi beni intimamente connessa può rivelarsi allora anche elemento fondamentale per la 'tenuta' dello stesso tessuto sociale della collettività rappresentata da un determinato Stato²⁰ pure in una fase storica capace di restringere notevolmente l'ambito di indipendenza delle scelte politiche statale e, con questo, la 'misura' degli obiettivi di tutela dello stesso patrimonio culturale²¹. In quest'epoca che tende praticamente a cancellare gli Stati sotto il profilo della 'autonomia' dei poteri per sostituirli con entità superiori (come l'Unione europea, tuttavia priva di uno spazio politico effettivamente partecipato dai suoi "cittadini europei"²²), i beni culturali ben possono concorrere a garantire la sopravvivenza di un'autonomia almeno identitaria degli Stati, tutt'oggi unici soggetti caratterizzati da 'efficaci' meccanismi di rappresentanza e partecipazione popolare.

²⁰ Sulla identità nazionale "divenuta il fondamento dell'unità politica e della legittimità dello Stato" nello Stato moderno governato da un'economia capitalistica e mercantile si veda, in posizione tuttavia critica, G. PITRUZZELLA, *Il Costituzionalismo del XXI secolo e la sfida delle identità*, in *Percorsi costituz.*, 2008. L'autore, invero, dopo aver delineato le diverse problematiche legate anche al riconoscimento di più identità culturali e considerato il fallimento della Nazione e i partiti di massa, volge l'attenzione alla 'religione' al fine di verificare se sia possibile trovare in essa il "collante sociale e la base di legittimazione dello Stato".

²¹ In un senso più generale, sull'analisi del problema circa la determinazione della 'misura' in cui gli obiettivi, pure affermati costituzionalmente, di tutela della cultura in generale come specificamente del patrimonio culturale, devono essere perseguiti, si rinvia a G. CLEMENTE DI SAN LUCA – R. SAVOIA, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Jovene, Napoli, 2005, p. 51 e ss.

²² Il fatto che i cittadini degli Stati membri siano equiparati, quali cittadini comunitari, all'interno dello spazio giuridico europeo (vigendo i principi di libertà, sicurezza e giustizia), senza che tuttavia a questo spazio corrisponda poi un effettivo e sostanziale sviluppo di uno 'spazio politico europeo' induce parte della dottrina a definire tale cittadinanza come "una cittadinanza economica in veste giuridica". Così C. AMIRANTE, voce *Cittadinanza*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, vol. XII, Treccani, Roma, 2004, p. 13 e ss. In tal senso v. anche, M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000. Questi autori sottolineano l'ambivalenza di tale cittadinanza dovuta alla natura giuridica della Comunità europea per cui, a differenza della cittadinanza tradizionale che riguarda "la posizione dell'individuo rispetto all'ente o all'ordinamento di appartenenza, la cittadinanza europea è destinata a far sentire i suoi effetti prevalentemente sulla posizione del cittadino nell'ambito di *altri* ordinamenti. Più precisamente, la maggior parte dei diritti che fanno parte dello *status* di cittadino dell'Unione incidono sul rapporto dei singoli con gli Stati membri (diversi da quello di cui sono cittadini), mentre solo limitatamente modificano la posizione dell'individuo nei confronti delle istituzioni europee". V., però, A. LA PERGOLA, *L'Unione attraverso la cittadinanza europea*, in *Rivista studi e documentazione sull'integrazione europea*, Ed. Philos, Roma, 2002, p. 88, che vede nell'introduzione della cittadinanza europea un intento teso a "dar sostanza all'Unione". In generale, sullo stesso tema si veda: M. CARTABIA, voce *Cittadinanza europea*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, vol. IV, Treccani, Roma, 1995; S. CASSESE, *La cittadinanza europea e le prospettive di sviluppo dell'Europa*, in *Riv. it .dir .pubbl. comunit.*, 1996, p. 869; F. CERRONE, *La cittadinanza europea: integrazione economica e identità*, in A.A. V.V., *Sovranità, rappresentanza, democrazia*, Jovene, Napoli, 2000, p. 17, nonché dello stesso autore, *La cittadinanza europea fra costituzione ed immaginario sociale*, in *Riv. crit .dir. priv.*, 2002, p. 475; E. GROSSO, *I cittadini europei e i diritti di partecipazione nella Carta di Nizza: un'occasione perduta*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 53 e ss.; V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea dopo il Trattato di Amsterdam*, in A. Del Vecchio (a cura di), *La cittadinanza europea. Atti del Convegno di Roma*, 26 marzo 1998, Giuffrè, Milano, 1999, p. 21 (vedi, *ivi*, anche il contributo di U. Vattani); M. ORLANDI, *Cittadinanza europea e libera circolazione delle persone*, ESI, Napoli, 1996 e G. RUSCONI, *La questione della cittadinanza europea*, in *Teoria politica*, n. 1/2000, p. 25.

2. Premesse metodologiche

Questo lavoro intende incentrarsi principalmente sul ‘diritto africano’, per così dire in termini sintetici ma alquanto generici e inesatti.

Come meglio si chiarirà, infatti, i sistemi dei Paesi africani non possono essere assoggettati a un’operazione giuridica di *reductio ad unicum*. Peraltro, anche nel caso dei Paesi appartenenti all’area subsahariana, qui privilegiati, malgrado il sistema risulti inquadrabile in un unico tipo, permangono comunque profonde differenze giuridiche, oltre che economiche e sociali, tra i vari paesi interni alla stessa area.

Uno sguardo rapido sarà invece rivolto alla disciplina giuridica italiana al fine di sviluppare la riflessione su alcuni concetti ritenuti fondamentali, come quello di valore identitario, così rafforzando le considerazioni in merito ai risultati dell’analisi sui Paesi africani. In ogni caso si ritiene di non poter andar oltre alcune considerazioni ‘parallele’: le forti differenze, sotto il profilo giuridico-sistemico ma anche economico-sociale, che corrono tra tali paesi e il nostro non rendono possibile una comparazione in senso ‘tecnico’, sia pure per ‘differenza’.

Pur consapevole allora dei limiti e della complessità, a quanto a breve si puntualizzerà nel paragrafo successivo, che un discorso identitario incentrato sul patrimonio culturale nei Paesi africani può comportare, questo lavoro – nell’ovvio e necessario rispetto del criterio della ‘contestualizzazione’ che vuole ed esige che significato e portata giuridica delle norme debbano essere dedotti, potremo dire, dall’‘inquadramento’ delle stesse norme nel sistema giuridico di riferimento - si propone di offrire spunti di riflessione in grado di incidere su diversi aspetti

Innanzitutto, quello sulla peculiare rilevanza del patrimonio culturale data, nello specifico, dalla sua capacità, per essenza e funzionalità, di farsi ‘portatore’ di coesione sociale come ben possibile anche nei Paesi africani, al contempo intendendosi rafforzare, seguendo uno sguardo parallelo, questa stessa coscienza nel nostro Paese. Sulla necessità, poi, in generale di trovare il giusto equilibrio, ai fini della conservazione-gestione dei beni culturali, tra ‘sostegno’ del privato al settore (con la tutela dei relativi interessi) - inevitabile in questa fase storica che pone sempre più in rilievo le enormi difficoltà della finanza pubblica – e interessi (pubblici) connessi alla ‘buona gestione’ dei beni culturali senza per forza giungere alla ‘imprenditorializzazione’ o, peggio ancora, alla ‘svendita’ dei beni stessi.

Dal canto loro, i Paesi africani, quanto al quadro di protezione del patrimonio culturale africano, costituiscono un interessante caso di studio sotto più profili.

In primis, vantano un vasto patrimonio culturale: molti sono i siti africani inclusi nella lista del Patrimonio Mondiale UNESCO, in una proporzione del 10% dei siti elencati, laddove

tuttavia della stessa lista sono anche tanti i beni culturali appartenenti al continente africano che rischiano di andare in rovina - e perciò iscritti in una sorta di sotto-lista denominata 'lista del patrimonio mondiale in pericolo'²³ - tali da arrivare a coprire un totale del 40% dei siti dichiarati in pericolo.

In un'epoca caratterizzata dall'ideologia del 'libero' mercato e dalle politiche di globalizzazione, l'Africa, storicamente terra-mercato aperta e, in quanto tale, 'globalizzata' da sempre, può costituire poi anche un valido banco di prova delle dinamiche e delle tendenze dello stesso ordine economico globale, persino rispetto al patrimonio culturale. Anticipando qui ciò che meglio si dirà in prosieguo, la risposta africana a tale fenomeno sembra essere quella di un ritorno al 'locale'²⁴, tendenza peraltro in atto anche per la tutela e gestione dei beni culturali.

In questo lavoro l'attenzione si soffermerà in particolare, a quanto si preannunciava, su alcuni paesi dell'Africa subsahariana di tradizione francofona, in questo specifico aspetto non troppo distanti, per via delle radici comuni di *civil law*, dal nostro diritto.

2.1 Profili introduttivi allo studio dei Paesi africani e al concetto di 'identità culturale'.

Nel periodo successivo all'affrancamento dal regime coloniale nei Paesi come quelli africani appartenenti all'area subsahariana, in particolare di tradizione francofona, è stato anche il difetto di identità comune, di tipo nazionale, a giocare a sfavore dell'instaurazione 'effettiva' ed efficace di uno Stato-sovrano con pieni poteri. Per ragioni connesse all'imposizione coloniale di confini territoriali artificiali che hanno finito con l'aggregare comunità diverse per cultura, etnie, lingua ma anche, e ancor prima, soprattutto per motivazioni legate alla storica tendenza delle popolazioni nell'Africa pre-coloniale alla mobilitazione e alla migrazione²⁵, questi Paesi si sono trovati a essere contraddistinti per l'elevata percentuale di diversità etnica e per la conseguente alta frammentazione linguistica di un popolo pure appartenente allo stesso Paese. Qui l'imposizione della lingua coloniale - e con questa, di poteri e diritti-doveri statuali - è servita solo, nei fatti, a distanziare ancora più i ristretti gruppi istruiti dal popolo 'composito', vincolato per tradizione alle lingue locali africane. Le

²³ Prevista all'art. 11, comma 4, della Convenzione sulla "protection du patrimoine mondial cultural et naturel", adottata dalla Conferenza generale UNESCO, 16 novembre 1972.

²⁴ In particolare, v. B. CEUPPENS – P. GESCHIERE, *Autochthon: Local or Global, New Modes in the Struggle over citizenship and belonging in Africa and Europe*, in *Annual Review of Anthropology*, 2005, p. 385 e ss.

²⁵ Su questo punto come sulla ricostruzione del quadro concernente i nessi tra democratizzazione e cittadinanza nell'Africa post 1989, vedi, in particolare, M.C. ERCOLESSI, *Democrazia e cittadinanza in Africa al tempo del neoliberalismo*, in *Meridione. Sud e Nord nel mondo. Oltre la democratizzazione*, III, 2009, p. 5 e ss.

molteplici etnie, quasi sempre, sono e restano separate tra loro, non riuscendo a trovare un collante identitario comune.

Al fondo delle criticità e delle resistenze storiche per la condivisione di valori di tipo civile e politico si può ben rinvenire dunque anche un problema di carenza di un 'valore' culturale condiviso, l'assenza cioè di una comune identità culturale che, quale valore in parte dato ma anche in parte in continua evoluzione, possa ricondurre a 'unità' una collettività e tramutarla, in ultimo, in comunità, nella fattispecie specifica, di tipo nazionale. Ne è derivata altresì una certa avversità a identificarsi 'effettivamente' in un'unica entità pubblica superiore.

Quest'assenza di un 'comune sentire', questa mancanza di capacità di vedersi come individui e gruppi confluenti in un più grande 'insieme', si traduce sul piano pratico in un'enorme difficoltà a instaurare una reale e valida 'democrazia'²⁶ e uno Stato che possa pragmaticamente rappresentare 'tutte' le varie etnie, riconducendole unitariamente in un singolo 'popolo'.

La questione non è tuttavia solo questa. O almeno se è proprio la molteplicità etnica il punto, a questo poi si sono aggiunte altre problematiche scaturite dalla incapacità di affrontare lo stesso nel modo più opportuno. Si vuol cioè dire che il problema della mancanza di un'identità comune se trova radici storico-pragmatiche nella presenza di più etnie con proprie caratteristiche è stato poi amplificato proprio dai poteri statuali che implicitamente lo hanno trasposto su un piano giuridico, aggravandolo.

Come meglio si approfondirà, lo Stato africano – coloniale ma anche post-coloniale – è percepito, dal medesimo popolo africano, come un soggetto artificiale che è sopravvenuto, 'imponendosi', al locale-tradizionale. Rispetto a questa visione, l'autorità statale piuttosto che tentare di integrare le due sfere di diritto – quella statale e quella tradizionale – alla fine ha concorso a generare un sistema di tipo dualistico: nell'esercizio del suo potere, nel periodo coloniale, utilizzando la razza e l'etnia come fattore 'selettivo' per il riconoscimento di prerogative e diritti, in particolare relativi alla cittadinanza²⁷, ha dato luogo all'idea giuridica, seppure inespressa, di 'identità etnica'²⁸ tramandata poi anche in epoca successiva.

²⁶ V., in generale, sul rapporto intercorrente tra costruzione dello Stato e democratizzazione, M. BRATTON – E.C.C., CHANG, *State Building and Democratization in Sub-Saharan Africa: Forwards, Backwards, or together?*, in *Comparative Political Studies*, 9/2006, pp. 1059-1083.

²⁷ Con una sorta di duplice cittadinanza, ovvero di sfere separate di cittadinanza: "una sfera moderna, riservata ai *settlers* (i coloni di origine europea) e/o a poche *élites* occidentalizzate urbane, e una sfera della tradizione, nella quale sono stati relegati (per l'esercizio delle loro prerogative e diritti) i cosiddetti *natives*, secondo gli usi e i costumi di ciascuna componente etnica della popolazione assoggettata in base allo schema dell'*indirect rule*". Vedi sul punto, in maniera più ampia, M. C. ERCOLESI, *Democrazia e cittadinanza in Africa al tempo del neoliberalismo*, op. cit., p. 8

²⁸ M. MANDANI, *Beyond Settler and Native as Political Identities: Overcoming the political Legacy of Colonialism* *Comparative Studies in Society and History*, n. 43, 2001, pp. 651-664.

Questo assetto statale, invero, se a seguito del processo di affrancamento dal dominio coloniale “è stato derazzializzato (estendendo i diritti di cittadinanza politica, a partire dal diritto di voto, alle popolazioni indigene dei nuovi stati indipendenti)”, non è stato anche “effettivamente de-etnicizzato, facendo coincidere tutta una serie di diritti (moderni, come il diritto di voto a livello locale o quote di accesso all’istruzione, o “tradizionali”, come la distribuzione della terra agricola o il diritto di famiglia) con l’identità ‘culturale’ dei singoli cittadini, potenziando il possibile conflitto tra cittadinanza nazionale e cittadinanza etnica o locale e tra le due sfere di diritti”²⁹.

Gli Stati africani, dal canto loro, come si chiarirà, non godono tutt’oggi, di una piena sovranità se non a livello internazionale³⁰. Essi si mostrano deboli sotto il profilo della capacità regolativa e della potestà, riuscendo solo con forti difficoltà a dispiegare concreti effetti giuridici sull’intero territorio statale nei riguardi di un popolo privo di un’identità culturale comune.

Quest’ultimo concetto, peraltro, per quanto ormai oggi di gran moda e utilizzato spesso, merita a questo punto delle precisazioni, tuttavia niente affatto agevoli. La sua definizione o, se si preferisce, caratterizzazione giuridica, pone diversi dubbi interpretativi.

In generale, prescindendo da qualunque sua classificazione giuridica³¹, può di certo affermarsi che la nozione di identità culturale va ben oltre quella del patrimonio culturale; non comprendendo solo l’arte e la letteratura, ma anche “i modi di vita, i diritti fondamentali degli esseri umani, i sistemi di valori, le tradizioni e le credenze”, essa riguarda aspetti, oltre che materiali, spirituali, intellettuali ed “emozionali unici nel loro genere che contraddistinguono una società o un gruppo sociale”³².

L’identità culturale si fonda, quanto al suo profilo soggettivo, sulla ‘percezione’: è la relazione ‘percettiva’ dell’individuo con i diversi aspetti caratterizzanti la comunità che

²⁹ Cfr. M.C. ERCOLESSI, *Democrazia e cittadinanza in Africa al tempo del neoliberismo*, op. cit., p. 8 e ss.

³⁰ Su questo punto, in particolare, R.H. JACKSON, *Quasi-States: Sovereignty, international relations, and the third world*, Cambridge University Press, Cambridge 1990.

³¹ Molto discussa è la classificazione dei diritti riconducibili all’identità culturale, ritenuti da taluni “nuovi” rispetto a quelli tradizionalmente previsti dall’ordinamento giuridico (F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995. Sull’ammissibilità che la Corte costituzionale possa ampliare il catalogo dei diritti costituzionalmente garantiti creando “nuovi diritti”, v. G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, vol. I, *Storia, fonti, interpretazione*, Giuffrè, Milano, 2000. In senso critico, A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 35 e ss.); da altri un “derivato”, per via di un ampliamento progressivo, del concetto di persona (in particolare, G. ROLLA, *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in *Quad. cost.*, 1997, p. 417 e ss.). Un ulteriore indirizzo più recente del costituzionalismo preferisce parlare invece di diritti “collettivi”, laddove l’individuo viene considerato nel contesto sociale in cui opera e non come soggetto isolato (J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Giuffrè, Milano, 1996; C. TAYLOR, *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Giuffrè, Milano, 1993; E. PARIOTTI, op. cit., p. 73. Sul problema della classificazione dei nuovi diritti e le diverse posizioni in merito, si rinvia anche a E. CECCHERINI, *Meccanismi istituzionali a garanzia delle identità culturali nelle recenti Costituzioni*, in *Dir. pub. comp. ed eu.*, 2001, p. 1697 e ss.).

³² *Conferenza mondiale sulle politiche culturali. Rapporto finale della conferenza internazionale*, organizzata dall’UNESCO a Città del Messico dal 26 luglio al 6 agosto 1982.

attribuisce un significato e un valore particolare a quegli stessi aspetti. In quest'accezione identitaria il soggetto, mediante l'elaborazione di valori, delle percezioni, del *modus vivendi* e di altri fattori simili, è posto in una posizione 'attiva', essendo in grado di sviluppare, secondo un processo dinamico, in continua evoluzione, la propria personalità nell'ambito della comunità³³. La nozione di identità culturale investe l'individuo, nel suo pieno sviluppo umano e sociale per ampliarsi alla specifica spiritualità di un popolo, di cui costituisce l'espressione, sino al suo concorso al processo storico dell'umanità³⁴. I beni culturali, insieme al paesaggio ma anche, come si è già accennato, alle tradizioni, i costumi, la lingua, sono, in questa visione, senza dubbio vettori privilegiati di percezione identitaria.

Posta la questione in questi termini, non può non apparire centrale allora anche per i Paesi africani il ruolo che il patrimonio culturale – specificamente di tipo, per così dire, 'materiale' per distinguerlo da quello invece considerato immateriale quali le tradizioni e la lingua³⁵ - può assumere quale bene 'comune' essendo posto in funzione del perseguimento di interessi collettivi: è proprio in questo senso, del resto, che tale patrimonio, in alcune Costituzioni africane, come vedremo, può essere inteso perché concepito come bene in grado di rappresentare, a prescindere dall'appartenenza, l'interesse che fa capo all'intero e unico gruppo nell'ambito dello Stato. Inglobando tale interesse - pure spesso qualificato nei testi costituzionali africani come 'nazionale' - il patrimonio culturale ben potrebbe donare al popolo africano un'identità condivisa a livello nazionale costituente, quale elemento di coesione sociale, base di legittimazione dello Stato. Questo almeno nella teoria dei principi degli atti costituzionali.

Altra questione ancora, in questo scritto non esaminata e che qui si può solo accennare, è invece quella delle pressioni che le politiche internazionali neoliberali, da cui traggono ispirazione le stesse istituzioni internazionali di aiuto e sviluppo, esercitano sui processi interni agli assetti statali africani, in particolare di democratizzazione e cittadinanza. Le strategie dell'attuale fase di globalizzazione tendono invero alla costruzione di un'ideologia nazionale che se è basata sull'identità o appartenenza, sembra tuttavia originata da un progetto

³³ Sull'aspetto 'dinamico' dell'identità anche in rapporto con l'altro, o meglio sulle identità che "possono entrare nella vita degli individui solo come un compito non ancora realizzato, non compiuto, come un appello, come un dovere e un incitamento ad agire", v. Z. BAUMAN, *Intervista sull'identità*, in B. Vecchi (a cura di), Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 19 e ss.

³⁴ P. ROSSI, voce "Cultura", in *Enc. del novecento*, Giuffrè, Milano 1975, p. 1145.

³⁵ In merito si veda l'ampio e approfondito lavoro di V. PIERGIGLI, *La valorizzazione delle identità minoritarie e della diversità culturale nelle Costituzioni africane vigenti*, in *federalismi.it*, 3/2010

piuttosto che integrativo, come era nella fase dell'indipendenza, di 'esclusione' dalla cittadinanza³⁶.

3. La 'contestualizzazione' del diritto africano o, meglio, dei diritti africani. Il sistema dell'Africa subsahariana francofona.

L'ordinamento dei Paesi africani è di quelli cosiddetti 'misti', nel senso non solo della presenza, in alcune zone, della *civil law* affianco alla *common law*, ma anche della interazione o, meglio, 'stratificazione' in tutti i Paesi africani, del diritto positivo statale – diritto 'ufficiale' – con il diritto tradizionale pre-coloniale e il diritto di natura religioso.

Il diritto africano storicamente considerato tale è quello tradizionale. Quando tuttavia si parla di "diritto africano" *tout court* si vuol sottintendere proprio questa particolare caratteristica data dalla 'sovrapposizione' di diversi modelli, tutti – si badi bene – di natura 'giuridica'.

La forte valenza giuridica, rimasta immutata nel tempo, della tradizione e il suo stretto legame con il fenomeno religioso si traducono in specifiche caratteristiche del cosiddetto 'diritto africano' che lo portano, in ultimo – come si preannunciava – a essere identificabile come un diritto di tipo dualistico. Vedendo schierato, da una parte, il diritto statale, dall'altro, quello tradizionale e quello religioso, questo diritto è la proiezione di uno Stato per così dire "bicefalo": con il suo atteggiamento talora 'oppositivo', ma talora anche, come si sottolineava altrove, 'assecondante', esso ha finito, piuttosto che per stemperare, con il rafforzare la contrapposizione tra le due sfere dei diritti.

Il riferimento imprescindibile - come insegna il metodo del diritto comparato - ai contesti nonché alle valutazioni sociali determinate, come colti in un preciso momento storico ai fini della comprensione piena e vera della stessa portata e operatività dei relativi istituti, principi e regole, appartenenti a un dato ordinamento giuridico, mostra così nel caso dell'Africa tutta la sua *ratio*: la singolarità di tale diritto esige un'analisi del fenomeno giuridico e dei suoi profili dogmatici che non può assolutamente essere svincolata dalla considerazione dei dati empirici, dalle matrici culturali e sociali e, quindi, dalla realtà fattuale, nella consapevolezza della loro dinamica storicità³⁷.

³⁶ Su questo punto e, in particolare, sui processi di globalizzazione in connessione con la democratizzazione e la cittadinanza in Africa si veda più ampiamente, M.C. ERCOLESSI, *Democrazia e cittadinanza in Africa al tempo del neoliberalismo*, op. cit., p. 16 e ss.

³⁷ In tal senso, v. R. ORRÙ, *La promozione dei diritti nello spazio dell'Africa subsahariana*, in C. Amato, G. Ponzanelli (a cura di), *Global Law V. Local Law*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 214 e ss.

Prima di procedere alla disamina dei testi normativi, innanzitutto costituzionali, dell’Africa diretti a disciplinare la materia qui considerata, sarà perciò necessario affrontare, sia pure per brevissime battute, alcuni aspetti propri del ‘diritto africano’.

Per la verità, si dovrebbe qui finalmente puntualizzare che non sarebbe propriamente corretto far riferimento a un univoco diritto africano.

In considerazione del fenomeno fattuale che vede all’interno di un continente notevolmente esteso situazioni e contesti profondamente diversificati tra loro, sia sotto l’aspetto economico-sociale che sotto il profilo politico-istituzionale, si dovrebbe piuttosto parlare di ‘diritti africani’: diverso è tuttavia se con l’espressione ‘diritto africano’ si voglia intendere, anziché il diritto in senso Kelseniano – ovvero, come complesso di regole normative regolanti l’azione umana³⁸ – le ‘matrici’ comuni a tutti i diritti africani fondate sui bisogni che il diritto va a soddisfare e sui fattori caratterizzanti il *modus percipiendi* i rapporti sociali.

In questi termini, come ‘matrici’ comuni alle pur diverse società africane possono intendersi gli aspetti relativi, in particolare, alla concezione di vita della singola società quanto in particolare alla interazione, all’interno, tra i propri membri e, all’esterno, tra questi e gli altri soggetti estranei alla società medesima. Queste matrici, sebbene abbiano subito nel tempo forti indebolimenti, hanno comunque sempre retto all’urto dei tentativi di ‘oscuramento’, esperiti in particolare dalla ‘madrepatria’ coloniale, non riuscendo mai tali ‘attentati’ ad arrivare alla loro totale cancellazione: né, prima, durante il periodo coloniale e, con questo, di fronte all’intento di trapiantare, talora *obtorto collo*, il diritto ‘straniero’³⁹ (del paese ‘metropolitano’) né, poi, a seguito del colonialismo, con il tentativo di imporre un costituzionalismo di tipo occidentale ispirato a regole ed esigenze, formalismi e meccanismi politici propri dei grandi Stati europei ma non dei Paesi africani originari. Gli elementi originari comuni hanno sempre di fatto continuato a operare sia pure talora di nascosto.

In una rapida panoramica delle matrici condivise di certo vale per tutti gli Stati africani *in primis* quella caratteristica già detta in precedenza e che porta a parlare del diritto africano come di un diritto stratificato, laddove è la ‘rilevanza’ del diritto tradizionale a essersi mantenuta a tal punto nel tempo - pure a fronte dell’affermarsi di un diritto positivo statale e

³⁸ In particolare, v. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, p. 6

³⁹ Pur senza voler o, meglio, poter rimuovere i modelli giuridici pregressi alla colonizzazione - operazione quasi impossibile da realizzare senza suscitare forti ribellioni sociali - e quindi pur nella tolleranza delle regole locali, l’autorità europea è riuscita comunque a diffondere le proprie norme giuridiche. In primo luogo attraverso l’instaurazione, nella colonia, di una propria amministrazione, con funzionari e uffici propri che non potevano non ricorrere al diritto della propria patria. Poi qualora si trattava di disciplinare rapporti che implicassero una parte africana ed una invece europea. Il risultato effettivo finale fu la diffusione e l’applicazione in Africa di un *tertium genus* di diritto: né un diritto europeo *tout court*, né quello pregresso alla colonizzazione ma, come suddetto, un diritto ‘misto’. Su questi aspetti vedi più ampiamente, R. SACCO – A. GAMBARO, *Trattato di diritto comparato*, UTET 2011, p. 429 e ss.

di un diritto religioso che l'ha tollerato⁴⁰ - da aver dato luogo a un diritto complesso e, per certi versi, come meglio si chiarirà, instabile.

Il diritto africano tradizionale, dal canto suo, è un diritto trasmesso oralmente di generazione in generazione, traducibile non facilmente, quando non tenuto segreto, in formule precise, generali e astratte (quali sono le norme del diritto occidentale). Esso, in ogni caso, appare come un insieme complesso di regole non scritte, dirette a disciplinare il comportamento umano mediante la coercizione: questo insieme è tuttavia di tipo non unitario distinguendosi, da un lato, in norme prodotte dal potere tradizionale - e che potremmo perciò definire, *lato sensu*, 'legislative' - e dall'altro soprattutto in norme, per così dire, 'accertate' laddove si invocano regole giuridiche originarie, ovvero, 'norme consuetudinarie'.

A quest'ultima categoria di norme, qualora concepita come 'opera' degli antenati fondatori, oltre alla natura originaria, può essere riconosciuta anche una certa sacralità. Se non è detto che ciò avvenga in tutto il continente africano, è certo che nell'Africa subsahariana sia proprio la dimensione sacrale e, in virtù di questa attribuzione, una certa immodificabilità - insieme alla natura a-temporale - a contraddistinguere il diritto tradizionale-consuetudinario. In questa visione sacrale, è il diritto a legittimare il potere: nell'ambito dell'ordine giuridico tradizionale dell'Africa subsahariana pre-coloniale, le norme consuetudinarie, elevate come sono a norme "fondamentali trascendentali", pongono il diritto al di sopra dello stesso potere tradizionale che ne resta assoggettato e limitato. Giacché poste a fondamento dell'ordine politico, sociale e giuridico e quindi, in ultimo, del potere, a questo tipo di norme si potrebbe addirittura attribuire una certa valenza 'costituzionale' sia pure, ovviamente, in un senso non kelseniano ma come norme fondamentali di un diritto, infine, di tipo ancestrale⁴¹.

Il diritto tradizionale, in questa sua specifica concezione e rilevanza, non è tuttavia l'unico fattore caratterizzante condiviso da tutte le società africane, soprattutto nell'epoca pre-coloniale.

⁴⁰ La religione più diffusa in Africa è l'islam, tuttavia concepita e vissuta in modo diverso a seconda delle diverse aree. Dotata di un proprio diritto, questa religione ammette e tollera il diritto tradizionale africano pur senza inglobarlo nella *shari'a*, una componente della dottrina religiosa islamica.

⁴¹ Le norme consuetudinarie africane appartenenti alla categoria di 'norme fondamentali trascendentali' possono anche essere intese come una sorta di norme aventi valore 'costituzionale', ciò però secondo un'accezione, come si specificava già nel testo, che le riconduca non alla "norma fondamentale" di Kelsen (ovvero, quale semplice "ipotesi logica-trascendentale", postulato normativo supposto e necessario per la costruzione della piramide giuridica) ma ad una norma di riferimento considerabile come 'suprema' perché appartenente a un diritto di tipo ancestrale (*ancestral law*). E' solo seguendo questa concezione che le norme consuetudinarie africane possono essere inquadrare in una immaginaria 'carta fondamentale' collocata alla base dell'ordine giuridico della relativa società. Così, vedi, I. SCHAPER, *Tribial Innovators, Tswana chiefs and social changes 1795-1940*, University Press, London, 1970, p. 18, in particolare laddove si afferma che "*the tribe believes that this chief's law is an application of ancestral law to new conditions just as our legislators believe that their statutes are in accord with Common law*".

Si devono aggiungere anche altri elementi, quali il forte senso di appartenenza dell'individuo alla comunità e, quindi, la predominanza, sul suo singolo membro, della organizzazione comunitaria, a sua volta, contraddistinta da una considerevole tendenza solidaristica oltre che da un elevato potere e autonomia.

In generale, la comunità africana, sotto il profilo organizzativo, si compone di un nucleo di base rappresentato dalla famiglia (piuttosto di tipo patriarcale) che si estende, passando per l'inclusione dell'intera relativa stirpe costituente il gruppo comunitario detto clan, sino a formare la 'tribù' comprensiva di tutti i clan appartenenti a diverse stirpe ma che hanno in comune lingua e tradizioni. Nell'ambito di ogni singolo Stato africano non esiste una sola tribù ma possono convivere molteplici gruppi-tribù: ciascuno di questi gruppi ha uno specifico contesto sociale - all'interno del quale, per ognuno dei suoi membri, sono riconosciuti diversi doveri, vantaggi, posizioni, in definitiva, diversi *status* a seconda di fattori quali, a esempio, l'età e il sesso - ed è portatore di propri "caratteri identitari culturali" - come, appunto, lingue, tradizioni e religioni - tuttavia differenti tra gruppi pur inseriti nella stessa società.

L'evidente conseguenza di questo assetto organizzativo è quella di una forte 'frammentazione' di ogni singolo Paese africano - e si pensi che sono più di cinquanta i Paesi che formano il continente chiamato "Africa" - in una molteplicità di realtà comunitarie, dotate ciascuna di una propria, specifica identità, che difficilmente si sentono unite in un unico popolo. L'identità culturale tribale finisce, in ultimo, in questi paesi con il giocare il ruolo di elemento 'settorializzante' e perciò di "chiusura" verso l'altro, il diverso. Piuttosto che svolgere una azione aggregante delle varie tribù in un'unica comunità, si trova ad assumere una funzione 'dissociante' che in certi casi può giungere persino a porre l'una contro l'altra. La specificità della "identità culturale etnica" si trasferisce poi dal piano pragmatico a quello giuridico.

Ognuna di queste tribù può scegliere infatti un proprio statuto e regole ovvero, infine, un proprio modello giuridico - che sia tradizionale-religioso o statale - a cui ispirarsi, favoriti in ciò, come si è anticipato altrove, dagli stessi poteri statuali che piuttosto che risolvere la dicotomia hanno concorso ad aggravarla, riconoscendo, a seconda dell'appartenenza etnica, diversi tipi di diritti, statuali o tradizionali.

Dalla frammentazione, sotto l'aspetto empirico-organizzativo e identitario, del singolo Stato in tanti gruppi si arriva così alla disgregazione dell'ordinamento giuridico statale, al netto divario, cioè, tra ciò che è stabilito a livello formale-ufficiale e ciò che ogni gruppo - come

anche i suoi singoli componenti⁴² - può scegliere a livello informale-fattuale. In alcuni Stati si può giungere addirittura, per fare un esempio, a veder sovrapposto all'ordinario sistema di organi giudiziari statuali, un sistema non ufficiale ma di tipo tradizionale-consuetudinario avente natura conciliativa⁴³. Questa 'duplicità' resta salda tutt'oggi, anzi in questa fase di forte globalizzazione in certi casi andandosi addirittura a rinforzare.

In risposta a un'esclusione sempre maggiore dai mercati internazionali, il preesistente dualismo non solo si è accentuato ma opera sempre più in un senso favorevole al locale, alla "comunità", considerati come baluardi di difesa rispetto al processo omologante della globalizzazione. Si va ritornando, così, alla scelta di forme di "*ri-tradizionalizzazione*"⁴⁴. Sempre con crescente frequenza si fa ricorso alle autorità tradizionali mentre per il potere statale il modello di accentramento, tipico dei modelli organizzativi africani post-coloniali, si va convertendo, anche su sollecitazione delle politiche internazionali, in un sistema decentrato diretto a investire su forme di governo di tipo locale. Ciò almeno in molti Paesi dell'Africa sub-sahariana di tradizione francofona.

Il quadro del continente africano, connotato dalla complessità fenomenologica evidenziata, si caratterizza invero per una pluralità di ordinamenti statali molto diversi tra loro per struttura socio-economica e sistema politico, peraltro, a loro volta contraddistinti da una tendenza a una elevata 'mobilità' e dinamicità, essendo in continua evoluzione: una riprova in tal ultimo senso ne è l'adozione di nuovi testi costituzionali da parte di ben otto Stati in un brevissimo e ravvicinato lasso di tempo che va dal 2001 al 2005⁴⁵.

E' in quest'ultima prospettiva così che seppure si può continuare a parlare di "diritto africano" nel suo assetto unitario, sotto l'aspetto soprattutto empirico-fattuale, è più corretto far riferimento ai 'diritti' africani.

⁴² Come nota infatti Sacco, se già "altrove nel mondo si trovano modelli capaci di convivere su uno stesso territorio in modo che ognuna delle diverse etnie possa utilizzare il modello che le compete, in Africa avviene che la distribuzione dei modelli non segue soltanto il criterio etnico. In una famiglia di tre fratelli, potrà avvenire che l'uno si sposi con il rito - e sotto la regola - del matrimonio statale, un altro adotti il matrimonio islamico e il terzo acceda al matrimonio tradizionale". Cfr. R. SACCO - A. GAMBARO, op. cit., in particolare, p. 415.

⁴³ Questi organi tradizionali, composti da saggi aventi funzioni simili ad un arbitraggio, possono essere invocati a risolvere diverse questioni come, in particolare, quelle riguardanti la proprietà fondiaria. Sulla "strutturazione dei sistemi di giustizia africana in senso (quanto meno) dualistico", vedi più ampiamente, R. ORRÙ, op. cit., p. 220 e ss.

⁴⁴ Cfr. M. C. ERCOLESSI, *L'Africa tra il globale e il locale*, in *Parolechiave*, 2001, p. 157.

⁴⁵ Per questa osservazione come anche per l'attenta analisi del quadro africano e della pluralità degli ordinamenti, si veda ancora, R. ORRÙ, op. cit., p. 213 e ss.

4. Il costituzionalismo africano.

Generalmente si afferma, quanto al costituzionalismo degli Stati africani, che esso è il risultato della storia coloniale⁴⁶. Non diversamente si sostiene poi nello specifico dei paesi africani subsahariani di tradizione francofona.

In questi ultimi Paesi, conseguenza del processo di indipendenza, avviato nel 1946 e conclusosi nel 1960, sembra essere stata l'adozione proprio di un costituzionalismo di tipo parlamentare modulato a tal punto sull'esempio della Costituzione francese del 1958 da indurre più voci della dottrina⁴⁷ a parlare di "mimetismo costituzionale" della madrepatria: e in effetti è stato proprio seguendo il modello costituzionale della Francia, sia anche con diversi rimaneggiamenti e limiti, inevitabili per adattarlo alla realtà locale, che ciascun paese africano, come meglio a breve si rileverà, ha sviluppato in seguito un proprio costituzionalismo.

Di qui anche la nascita e l'istituzione della 'nazione' africana.

Prima dell'indipendenza, lo Stato africano non si identificava affatto con l'entità/nazione, risultando piuttosto, da un lato, suddiviso in svariate e diverse etnie, dall'altro, una sorta di prolungamento dello Stato-nazione madrepatria. E' solo a seguito del processo di affrancamento dal dominio coloniale che lo Stato africano è giunto ad adottare la soluzione politica, tipica del costituzionalismo europeo, dello Stato-nazione, se non altro a livello giuridico-formale.

Seppure riusciranno infatti ad acquisire lo *status* di Stato-nazioni, gli Stati africani postcoloniali non arriveranno mai a godere, neanche in epoca recente, di una 'sovranità' intesa in un senso pieno, che sia tale cioè alla luce del diritto ma anche della realtà fattuale. Se una sovranità qui esiste a livello giuridico, grazie al riconoscimento dello Stato africano postcoloniale come entità sul piano internazionale, non altrettanto sembra potersi dire a livello 'empirico', ovvero, sotto il profilo del potere effettivo esercitato sul territorio dello Stato come 'accettato' da tutte le sue comunità interne⁴⁸.

Proprio questa debolezza dello Stato del resto, come si accennava altrove, sul piano della capacità e potestà regolativa ha svolto un ruolo rilevante nella storia sociale africana: tale carenza insieme alle difficoltà, da una parte, di fornire adeguati servizi e beni pubblici e alle

⁴⁶ In senso critico sull'idea dell'Africa come Paese privo di storia propria per tutto il periodo coloniale, ove perciò anche il costituzionalismo sarebbe tributo della storia degli altri, si pone G. CALCHI NOVATI - P. VALSECCHI, *Africa: la storia ritrovata. Dalle prime forme politiche alle indipendenze nazionali*, Carocci, Roma, 2005, p. 11 e ss.

⁴⁷ Segnatamente della dottrina francese. V., in particolare. P. LAMPUE, *Les constitutions des Etats africains d'expression française*, in *Revue Juridique et Politique d'Outre-Mer*, n. 4/1961, p. 453 e ss.

⁴⁸ Vedi in proposito Jackson che in questa prospettiva definisce gli Stati africani postcoloniali come 'quasi-states'. R.H. JACKSON, *Quasi-States*, op. cit., p. 38.

pressioni, dall'altra, delle istituzioni internazionali di sostegno a partire dal Fondo monetario internazionale (FMI) teso a sollecitare, tra l'altro, continue modifiche degli assetti statuali interni - dallo 'smantellamento' dello Stato-eccessivo degli anni '80 in favore dello Stato-minimo, all'instaurazione dello Stato della *good-governance* attuale⁴⁹ - hanno condotto a uno scollamento dello Stato-società, sfociato addirittura, in alcuni casi estremi, nella dissoluzione dello Stato stesso.

Ne sono evidenti le ragioni, almeno quelle storiche interne, se si ripercorrono le caratteristiche sociali, altrove già accennate, che si pongono alla base del diritto africano.

L'africano, a tutt'oggi, si identifica soprattutto con la propria etnia - ovvero, il gruppo-tribù - considerandola come un elemento naturale. Ciò determina implicitamente, stante il numero elevato delle etnie in ogni singolo Paese, la frammentazione della società e di riflesso dello Stato, percepito, per parte sua, come un mero artificio, una forzatura.

Lo Stato è del resto l'eredità di un lungo processo che, prima di giungere alla liberazione politica, ha preso l'avvio dalla colonizzazione europea e dalla determinazione di confini territoriali prima inesistenti, 'imposti' dalla stessa dominazione straniera. Stravolgendo l'intera geopolitica africana, il colonialismo ha finito di fatto con il costringere a far parte del medesimo Stato popoli diversi, in precedenza separati per motivazioni culturali o anche politiche⁵⁰. L'africano allora solo con enorme difficoltà e diffidenza riesce a riconoscersi in un'entità superiore di tipo statale restando questa comunque una costruzione necessaria: le etnie in cui soprattutto si identifica non sono di certo in grado, per la ridotta dimensione numerica, di predisporre servizi e infrastrutture di carattere generale e plurale⁵¹.

In quest'ottica, anche la Carta costituzionale è intesa dapprincipio come un documento forzato, dettato da un soggetto di tipo artificiale. Ignorandole, sembrava poi avversare le tradizioni laddove solo di recente, grazie anche proprio alla collocazione delle consuetudini tra le fonti del diritto in molti nuovi testi costituzionali, inizia a essere percepita come un atto realmente comune e fondamentale.

Le prime Costituzioni africane, dal canto loro, non volevano di certo essere, almeno nelle intenzioni degli estensori, una mera imposizione calata dall'alto, senza alcuna corrispondenza

⁴⁹ Per un'analisi più approfondita di tali specifiche dinamiche legate alle politiche del *Washington Consensus* (programmi di aggiustamento strutturale) e del *post- Washington Consensus*, vedi M. C. ERCOLESSI, p. 16. In maniera più ampia, v. anche T. CALLAGHY, *Africa and the world political economy: More caught between a rock and a hard place*, in Harbeson, Rothchild (eds.), *Africa in world politics*, Westview Press, Boulder (Colo.), 2000, p. 48 e ss.

⁵⁰ Per una panoramica storica ricostruttiva dello Stato africano sino ai giorni nostri si veda P. SANNELLA, *Lo Stato in Africa: come governare la diversità*, in *Federalismi.it*, 10/2011.

⁵¹ Su queste osservazioni e in particolare sull'incapacità dell'etnia non sufficientemente numerosa "per giustificare la creazione di servizi (operanti al suo interno) basati sulla comunicazione linguistica, quali radiotelevisione, quotidiani, università, rete ospedaliera", si rinvia a R. SACCO - A. GAMBARO, *op. cit.*, specificamente, p. 437.

alla realtà e alle esigenze locali. Già a partire dalla loro iniziale elaborazione, queste non si limitarono a emulare il prototipo ‘parlamentare’ della madrepatria francese o a una sua trasposizione *sic et simpliciter*, ma cercarono di adattare quel modello ai contesti sociali locali nel tentativo di rispettarne il più possibile le tradizioni ed evitare fenomeni di ‘espulsione’ del regime trapiantato. Immediatamente dopo la loro promulgazione (si pensi al caso senegalese⁵²), le Costituzioni africane hanno però dimostrato, nella attuazione concreta, una certa artificiosità. Si potrebbe, in un certo qual modo, parlare di casi di ‘rigetto’ del diritto straniero, sia pure poi sfociati nei fatti, piuttosto che in un rifiuto totale del costituzionalismo occidentale, in un suo rimaneggiamento per giungere a un specifico modello.

Il fatto è che ad aver giocato un ruolo decisivo in questo processo di costituzionalizzazione di ispirazione europea, è stata non solo la forte influenza esercitata dal modello costituzionale francese (stante la sua alta considerazione presso gli stessi Stati africani e la partecipazione di tecnici di origine o formazione francese ai lavori preparatori delle Costituzioni africane) ma anche il fine più recondito di assecondare i colonizzatori per facilitare il conseguimento dell’indipendenza.

Era inevitabile perciò che, una volta superata l’emergenza-indipendenza, al posto di molti fattori dettati dall’unica necessità di ottenere l’emancipazione e adottati quindi come ‘soluzione politica transitoria’, riemergessero gli elementi tipici delle società africane (relativi in particolare alla concezione del potere), mai andati persi e in grado di spingere con forza per la trasformazione dell’originario sistema parlamentare già adottato nelle Costituzioni africane. Rappresenta un esempio in tal senso il ritorno al partito unico. Modello politico tradizionale dei Paesi africani, questo fu reintrodotta quasi subito dopo l’indipendenza, pure a seguito dell’adozione formale, press’a poco in tutti gli ordinamenti degli stati africani francofoni del 1960, del sistema multipartitico, soltanto molto di recente ri-adottato in numerose nuove Costituzioni⁵³.

In quest’ottica appare ovvio, allora, anche il perché un regime costituzionale di tipo parlamentare non potesse trovare legittimità per lungo tempo nelle neo-costituzioni post-coloniali dei paesi africani: il suo principio ispiratore - la divisione formale dei poteri,

⁵² Adottata nel 1960, la Costituzione del Senegal fu completamente rivista nel giro di solo tre anni dalla sua promulgazione.

⁵³ Il sistema multipartitico invero non rientrava nella visione tradizionale africana del potere più vicina al modello del partito unico. A partire però dalla fine degli anni '80 del secolo scorso, con il crollo del potere comunista in Europa e quindi con l’evidenza di tutte le debolezze e gli svantaggi che il sistema del partito unico comporta, il sistema multipartitico incomincia ad essere seriamente preso in considerazione e a configurarsi come una via realmente auspicabile e percorribile al fine di una gestione politica armonica, comunemente condivisa e accettata. In tal senso, v. G. CONAC, *L’Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Economica, Paris, 1993. Le Costituzioni del Mali e del Gabon, ad esempio, espressamente prevedono il regime repubblicano multipartitico. Di recente anche la Costituzione del Congo, modificata dopo aspre lotte, nel 2006. Su queste diverse Costituzioni vedi specificamente *infra*.

secondo l'elaborazione di Montesquieu – si rivelò presto una concezione male adattabile alla realtà africana e non riuscì a reggere alle pressioni generate dalle forti tradizioni africane, legate invece al regime della concentrazione dei poteri in una sola autorità, peraltro non istituzionalizzata ma personificata. A questo 'capo' unico le tribù tradizionalmente si sottomettevano e accordavano piena fiducia con la conseguenza che anche l'idea del 'controllo' (come quello tipicamente esercitato nel regime parlamentare classico dal parlamento sull'esecutivo), si rivelò, sul piano pratico, una concezione estranea alle tradizioni africane e perciò infine espunta⁵⁴.

Il regime parlamentare iniziale si convertì così, in seguito, in potere presidenziale in quasi tutti gli Stati africani subsahariani.

Tutt'oggi questo modello politico resta in piedi nella maggior parte di questi paesi, nonostante le forti trasformazioni in atto del substrato socio-economico stiano producendo decise ripercussioni sul diritto, compreso quello tradizionale mai cancellato completamente, anzi in alcune nuove Costituzioni, come si diceva, riconosciuto come fonte del diritto⁵⁵.

5. La tutela del patrimonio culturale tra tradizione e diritto.

Il diritto tradizionale, invero, tutt'altro che distrutto, ha continuato a produrre i suoi effetti, sia pure di nascosto, entrando spesso in conflitto con il diritto formale-statuale. Con il suo riconoscimento ufficiale a livello costituzionale, laddove di recente realizzato, si è così dato in sostanza il segnale di una volontà politica volta non più a combatterlo, peraltro inutilmente, ma a perseguire la sua conciliazione con il diritto legale. Ponendosi spesso al loro fondo valori diversi, in certi casi contrastanti⁵⁶, questo tentativo di armonizzazione delle due fonti non si rivela ovviamente un obiettivo facile da raggiungere. Un'eccezione sembra costituita proprio dalla protezione del patrimonio culturale, per la semplice ragione che pare mancare qui una reale 'concorrenza' di fonti: in tale ipotesi il diritto statale sembra godere di un dominio quasi esclusivo.

Non sempre però l'autorità statale è stato l'unico 'custode' dei beni culturali.

Inizialmente un posto di rilievo era stato assunto, contrariamente alla situazione attuale, proprio dalle autorità tradizionali impegnate a garantire la salvaguardia del patrimonio

⁵⁴ Laddove instaurato, anche il modello 'bicefalo' d'altronde venne rigettato, trasformandosi da regime dualistico a regime unico: nella suddivisione di poteri nell'ambito dell'esecutivo, il primo ministro sembrava porsi come organo paritario e in contrappeso ai poteri del capo dello Stato, in modo inaccettabile per la cultura africana legata, come suddetto, alla concentrazione del potere in unico soggetto.

⁵⁵ Vedi la Costituzione del Congo del 1967, su cui *infra*.

⁵⁶ Si può pensare, ad esempio, alla tutela della fauna i cui interessi ambientalistici finiscono inevitabilmente con lo scontrarsi con i valori di una società legata tradizionalmente alla caccia. Vedi, in proposito, R. SACCO – A. GAMBARO, op. cit., p. 437.

culturale delle comunità africane – prevalentemente oggetti sacri e luoghi di culto – prima che le potenze coloniali imponessero il loro dominio. Di seguito venne tuttavia meno ogni forma di protezione: quando non trasferiti nei musei dei colonizzatori, questi beni furono guardati con sospetto, come forme e strumenti di culti primitivi, e abbandonati all'incuria del tempo, per ritrovare protezione solo a seguito del processo di indipendenza, allorché il nuovo potere politico incominciò ad acquisire consapevolezza dell'importanza del patrimonio culturale. Le consuetudini e le autorità tradizionali pregresse, al contempo, non furono mai eliminate.

I nuovi Stati iniziarono così ad assumere il completo controllo legislativo e soprattutto amministrativo del patrimonio culturale. Furono costituite diverse istituzioni specifiche (sorsero, a esempio, i primi musei africani) ed emanate norme puntuali di protezione, pur a fronte di uno scarso interesse delle comunità locali perdurante in parte ancora oggi.

Il *deficit* di consapevolezza popolare del valore del patrimonio culturale si rivela tuttavia, in particolare in questi Paesi, decisamente sfavorevole per una efficace protezione e gestione. Nei sistemi giuridici come quelli africani, caratterizzati da un forte divario tra diritto formale e diritto tradizionale-informale, la corretta ed effettiva applicazione delle misure in generale e, per quanto ci interessa, specificamente di quelle di protezione e di gestione del patrimonio culturale, dipende anche e soprattutto dall'accordo e dalla responsabilizzazione di entrambi i diritti e, quindi, tanto della potestà legale che delle autorità tradizionali.

Esiguo si rivela invece il numero di azioni di protezione di ispirazione consuetudinaria. Questo tipo di tutela poi, quando pure disposto, appare generico e comunque privo di un valore giuridico-statuale mostrando nei migliori dei casi un'efficacia esclusivamente locale.

Fa riferimento in generale alla tutela della natura (in particolare ai boschi da salvaguardare per preservare la caccia, attività in queste società ritenuta fondamentale) e ai beni - quanto al *modus acquirendi* nel caso di ritrovamento di *res nullius*⁵⁷ - per esempio la “charte de Kouroukan Fougá”, un documento riconosciuto dall'intera area mandinga dell'Africa dell'Ovest e che traduce per iscritto diverse disposizioni consuetudinarie⁵⁸. Interessanti, e più specifici, sono anche gli “atti di incarico”, ovvero, quei documenti che in maniera tradizionale pongono oneri di ristrutturazione di specifici beni culturali in capo a comunità locali ben individuate⁵⁹.

⁵⁷ Specificamente, all'art. 32 si stabilisce che “qualsiasi oggetto trovato senza che siano noti i possessori diventa proprietà comune dopo quattro anni”.

⁵⁸ Adottata a Kankan, in Guinea, in occasione di un incontro tenuto tra “comunicatori e tradizionalisti Manina” dal 3 al 12 marzo 1998, questa carta si compone di 44 articoli.

⁵⁹ Come l'incarico affidato alla tribù “Ngeye” per la riparazione e custodia del tetto della tomba Kings at Kasubi Tombs of Buganda, sito UNESCO.

Restando ferma anche in queste ipotesi la necessità di un loro riconoscimento giuridico-statuale, si tratta comunque di pochi esempi che quasi nulla dicono del patrimonio culturale e dell'importanza a esso tributata. Il riferimento al diritto formale e *in primis* alle Costituzioni, in particolare di alcuni Paesi dell'Africa sub-sahariana continua ad assumere perciò primaria rilevanza.

6. L'approccio 'democratico' ai beni culturali in alcune Costituzioni africane subsahariane.

Le Costituzioni africane subsahariane, a differenza di quella italiana e sull'esempio della Costituzione francese, constano tutte di un preambolo, contenente in maniera più o meno estesa un richiamo ai principi ispiratori e alle radici storiche, culturali e sociali del popolo, seguito dall'articolato. Quest'ultimo è a sua volta suddiviso in principi generali dedicati, come nella Carta francese, alla 'sovranità' - cui tuttavia queste Costituzioni, antepoendolo, aggiungono il riferimento allo "Stato" - e in disposizioni normative riguardanti i diritti, i doveri e le libertà nonché il sistema organizzativo statale, nella sua distribuzione dei poteri e delle competenze.

Aldilà dei profili strutturali, ben evidente è in ogni caso, in queste Costituzioni, la volontà di accelerazione del processo democratico: l'intento affermato costituzionalmente in quasi tutti i testi è quello di rafforzare l'esercizio della democrazia attraverso la partecipazione pubblica e il pluralismo politico, ribadendo la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà individuali e collettive. Questo processo di 'democraticizzazione' sembra passare poi anche attraverso la protezione e la promozione delle manifestazioni nazionali di civiltà, tanto materiali che spirituali.

In generale, la proclamazione della tutela del proprio patrimonio culturale nell'ambito delle Costituzioni africane, segnatamente sub-sahariane, è inserita tra gli enunciati del preambolo, con l'intento, presente in quasi tutti i testi esaminati, di 'fondare' una sorta di 'identità nazionale', in grado di accomunare più gruppi etnici. In qualche modo, il patrimonio culturale sembra essere assunto qui come un importante strumento politico di 'coesione sociale' volto a compensare - se non altro a livello giuridico-costituzionale - la mancanza sul piano fattuale di un'identità condivisa da tutto un popolo, assumendo una chiara valenza 'aggregante'.

Gli approcci normativi seguiti dalle diverse Costituzioni in merito appaiono differenti e riconducibili, almeno stante alle carte costituzionali considerate, a tre tipi di intervento.

Un caso è quello che vede l'importanza del patrimonio culturale non sancita espressamente, ma implicita nella previsione costituzionale di apposite riserve di legge.

Così è a esempio per la Costituzione del Mali, approvata con referendum popolare il 12 gennaio 1992⁶⁰, che nella parte dell'articolato disciplinante l'esercizio del potere legislativo dispone a riguardo del patrimonio culturale – iscritto insieme a diversi altri ambiti in un elenco di tipo tassativo - una riserva di legge di tipo 'relativo', attribuendo alla disciplina della legge i 'principi fondamentali' relativi alla "protezione del patrimonio culturale ed archeologico" (art. 70)⁶¹.

Nell'ambito di una lettura sistematica appare chiaro il collegamento indiretto, a questo volendosi dare attuazione, all'impegno assunto nel preambolo dal "popolo sovrano del Mali (forte delle sue tradizioni di lotta eroica)" di assicurare "il miglioramento della qualità della vita, la protezione dell'ambiente e del patrimonio culturale". La protezione del patrimonio culturale – che nell'ambito elencato all'art. 70 si arricchisce, in maniera tautologica, del riferimento a quello 'archeologico' ed è concepito comunque sotto un profilo soprattutto materiale – in questa formula normativa è ben considerata pari a quella dell'ambiente, in un'ottica indubbiamente unitaria, al fine del miglioramento della 'qualità della vita'. Si tratta, al fondo, di elementi che concorrono tutti al 'benessere' sociale.

Una riserva di legge, sempre di tipo relativo, in materia di "protezione del patrimonio culturale" (art. 82), quale unica previsione specifica in merito, è disposta altresì dalla Costituzione del Niger⁶² che pure richiama nel preambolo i valori di civiltà alla base della formazione del popolo nonché la "salvaguardia della identità culturale", stabilendo, a tal fine, nella parte dell'articolato riservata ai "diritti e i doveri della persona umana", un puntuale diritto. Specificamente si sancisce, per 'ciascuno', il "diritto al libero sviluppo della propria personalità nella sua dimensione materiale, intellettuale e spirituale, culturale e religiosa" nel rispetto del "diritto altrui, del sistema costituzionale e giuridico o della morale"⁶³.

Nessun riferimento si rinviene tuttavia in entrambi i casi alla efficacia della tutela del patrimonio culturale sul piano tradizionale-identitario.

A questa categoria di Costituzioni che operano tutelando il patrimonio culturale attraverso la previsione di riserve di leggi si può ascrivere, peraltro, pure la Costituzione del Gabon del 1991, come modificata da ultimo nel 2003⁶⁴. Anche in questo testo all'art. 47, inserito tra le

⁶⁰ La Costituzione originale fu invero abrogata nel 1968 a seguito di alcuni colpi di stato militari e sostituita nel 1974 da un'altra Costituzione che istituiva un regime a partito unico e rimasta in vigore sino all'attuale nuovo testo adottato nel 1992.

⁶¹ "Law shall equally determine the fundamental principles of: (...) the protection of cultural heritage and archaeology".

⁶² Constitution de la République du Niger, adottata il 18 luglio 1999 e promulgata con décret n. 99-320/PCRN, del 9 agosto 1999, come modificata dalla Loi n. 2004-15, 13 maggio 2004.

⁶³ « Chacun a droit au libre développement de sa personnalité dans ses dimensions matérielle, intellectuelle et spirituelle, culturelle et religieuse pourvu qu'il ne viole pas le droit d'autrui, n'enfreigne l'ordre constitutionnel, l'ordre légal ou les bonnes mœurs » (art. 14).

⁶⁴ In particolare, questa Costituzione, posta in sostituzione della originaria, fu adotta con la legge n. 3 /91 del 26 marzo 1991 e modificata con diversi atti succedutesi nel tempo sino alla legge di revisione ultima n. 13/2003 del 19 agosto 2003.

disposizioni disciplinanti il potere legislativo, si stabilisce una riserva di legge qui tuttavia di tipo assoluto, attribuendosi alla legge il potere di dettare le ‘regole’ – e non solo i principi – relative alla “protezione del patrimonio artistico, culturale e archeologico”.

La Costituzione gabonese, però, per altri aspetti relativi all’implicita valenza identitaria del patrimonio culturale, si pone in maniera dissimile dalle altre due Costituzioni summenzionate: il principio solennemente dichiarato nel preambolo richiama, in riferimento al popolo, l’“attaccamento ai valori sociali profondi e tradizionali, al suo patrimonio culturale e spirituale (...)”⁶⁵ e svela così una accezione non soltanto materialistica ma anche ‘spirituale’ del patrimonio culturale. Questo, con la sua forza spirituale, si coniuga, attraverso il riferimento all’efficace nozione di ‘attaccamento’, con i valori sociali profondi e tradizionali ed è ben elevato, in questa chiave interpretativa, a elemento radicato – ‘profondo’ – del tessuto sociale.

Diverso è l’approccio seguito invece in altri casi. In questa ipotesi le carte costituzionali non solo non prevedono un’espressa o almeno implicita rilevanza del patrimonio culturale – mediante la riserva di potestà legislativa statale in materia o in merito ai soli principi - ma addirittura si limitano a disporre unicamente un fugace riferimento, se non manca, come pure accade talora, anche questo.

La Costituzione del Burkina-Faso⁶⁶, a esempio, allude al patrimonio culturale soltanto in una disposizione. Questo rinvio però, nel suo contenuto prescrittivo, è tale da accordare, in ultimo, un’indubbia rilevanza costituzionale al patrimonio medesimo: rispetto a questo (e all’ambiente), o meglio, contro gli atti recanti un suo pregiudizio – insieme ad altre due fattispecie di lesioni, ovvero, del patrimonio pubblico nonché degli interessi della comunità sociale – si riconosce a ogni cittadino il “diritto di avviare un’azione o aderire ad un’azione collettiva come una petizione”⁶⁷.

In qualche caso poi, come nella Costituzione senegalese, pur accordandosi particolare rilievo nel preambolo ai valori culturali fondamentali - considerati addirittura, letteralmente, ‘il cemento dell’unità nazionale’⁶⁸ - l’attenzione al patrimonio culturale, come si preannunciava, addirittura viene persa, restando soltanto generiche garanzie da riconoscere a “tutti i cittadini”

⁶⁵ « Proclame solennellement son attachement à ses valeurs sociales profondes et traditionnelles, à son patrimoine culturel, matériel et spirituel, au respect des libertés, des droits et des devoirs du citoyen ».

⁶⁶ La Costituzione di [Burkina Faso](#) è stato approvato con [referendum](#) il [2 giugno 1991](#), adottato formalmente l’[11 giugno 1991](#) ed emendato l’ultima volta nel gennaio 2002.

⁶⁷ Art. 30 « Tout citoyen a le droit d’initier une action ou d’adhérer à une action collective sous forme de pétition contre des actes: lésant le patrimoine public; lésant les intérêts de communautés sociales; portant atteinte à l’environnement ou au patrimoine culturel ou historique ».

⁶⁸ « Profondément attaché à ses valeurs culturelles fondamentales qui constituent le ciment de l’unité nationale », Constitution de la République du Sénégal du 22 janvier 2001 come modificata dalla Loi constitutionnelle n° 2007-06 du 12 février 2007 créant un Sénat e da ultimo la loi constitutionnelle n° 2008-67 du 21 octobre 2008.

in merito, tra le altre, alle libertà culturali (art. 8). Questo, lo si anticipa qui, non impedirà comunque a tali Paesi (e in particolare al Senegal) di sviluppare nel dettato legislativo ordinario una linea di protezione del patrimonio culturale specifica e altresì, per certi versi, come meglio si vedrà, innovativa.

L'ultimo caso è, infine, relativo a quei testi costituzionali che per contro non solo dispongono una precisa protezione del patrimonio culturale ma, attraverso il suo collegamento al diritto alla cultura, consentono la riconducibilità di tale tutela tra i diritti fondamentali. L'intento evidente è quello di volerne rafforzare la valenza giuridica. In queste stesse ipotesi poi, ove peraltro più forte, anche per motivi storici, è l'esigenza di conseguire una coesione sociale-nazionale, si giunge persino ad affermare espressamente il valore nazionale del patrimonio culturale.

In tal senso si muove, a esempio, la disposizione di cui all'art. 10 della Costituzione del Benin, adottata nel 1990. Questa norma iscritta nel titolo II riservato ai "diritti e doveri della persona umana", nel sancire il diritto di tutti alla cultura, impone allo Stato il "dovere di tutelare e promuovere i valori nazionali di civiltà tanto materiali che spirituali come le tradizioni culturali"⁶⁹. In senso analogo dispone la Costituzione del Congo.

Paese segnato da guerre interne succedutesi senza interruzione dal 1996 al 2003 a causa soprattutto delle continue contestazioni della legittimità dei poteri istituzionali e dei suoi rappresentanti, il Congo sente oggi particolarmente forte il bisogno di unità e coesione nazionale. Del resto è nello stesso preambolo costituzionale che questa necessità viene enunciata, mentre nel corpo normativo la tutela del patrimonio culturale sembra trovare spazio in un unico articolato, composto da quattro commi⁷⁰, che fa capo al titolo II sui "diritti umani, le libertà fondamentali e i doveri dei cittadini e dello Stato": se al comma primo si garantisce il diritto alla cultura, al comma terzo si impone allo Stato di rispettare, nello svolgimento dei propri compiti, le diversità culturali del paese. Sempre lo Stato all'ultimo comma è, infine, tenuto a "proteggere il patrimonio culturale nazionale ed assicurarne la promozione" (all'art. 46).

Come bene nazionale da tutelare ma anche da valorizzare e promuovere, il patrimonio culturale del Congo vedrà allora un intervento statale non meramente passivo ma attivo, nel

⁶⁹ « Toute personne a droit à la culture. L'Etat a le devoir de sauvegarder et de promouvoir les valeurs nationales de civilisation tant matérielles que spirituelles, ainsi que les traditions culturelles ».

⁷⁰ « Le droit à la culture, la liberté de création intellectuelle et artistique, et celle de la recherche scientifique et technologique sont garantis sous réserve du respect de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs .

Les droits d'auteur et de propriété intellectuelle sont garantis et protégés par la loi.

L'Etat tient compte, dans l'accomplissement de ses tâches, de la diversité culturelle du pays.

Il protège le patrimoine culturel national et en assure la promotion ».

rispetto delle diversità culturali. Ed è appunto seguendo questo orientamento propositivo e dinamico che lo Stato ha poi il dovere di facilitare, per “tutti i Congolesi”, la fruizione di quel diritto riconducibile, iscritto come è in un’apposita sezione così denominata, tra i “diritti collettivi”, ossia “il diritto di godere del patrimonio comune dell’umanità” (art 59, commi 1 e 2)⁷¹.

In questi ultimi casi specifici, più che negli altri paesi africani esaminati ove pure si affermava in generale l’ispirazione costituzionale ai principi democratici, la proclamazione dello Stato democratico sembra particolarmente votata a perseguire interessi e fini a favore della collettività, passando per l’instaurazione di uno Stato-nazione (cor)rispondente allo Stato-comunità. La comunità è titolare formalmente del potere sovrano ed è dunque a suo vantaggio che deve essere sostanzialmente esercitato quel potere.

Se poi in generale, il patrimonio culturale è in qualche modo ‘portatore’ di identità culturale, è in queste ultime ipotesi, più che nelle altre, che è percepito come fattore costruttivo di coesione ‘nazionale’ e diviene, al pari o tramite la cultura, oggetto di diritti soggettivi nonché di garanzie costituzionali. Il patrimonio dei beni culturali presenti nel territorio si mostra allora effettivamente come un bene ‘nazionale’, come un “patrimonio comune” messo a disposizione di tutto il popolo che gode perciò in merito, attraverso anche il rinvio al diritto alla cultura, di un vero e proprio diritto fondamentale al cui cospetto espressamente si pone il dovere dello Stato non solo di tutelarlo ma anche di ‘promuoverlo’.

Lo Stato africano che si proclama democratico, secondo quanto emerge dai testi costituzionali, si impegna insomma a promuovere anche lo sviluppo della cultura in tutte le sue espressioni così che, nell’assicurare la formazione culturale dei singoli negli aggregati sociali e nel garantire le libertà culturali, nel contempo, tenta di ‘unire’ i singoli componenti e le comunità in un unico ‘popolo’ cui attribuire un’identità culturale ‘nazionale’.

Il punto sarà allora poi quello, come meglio si dirà, di riuscir effettivamente a far coincidere, nelle leggi attuative del dettame costituzionale, lo Stato-nazione con le diverse comunità ovvero, in ultimo, grazie alla funzione ‘aggregante’ dei beni culturali, con l’ampliata comunità nazionale. Ciò anche infine nel concreto delle scelte politiche. E’ qui soprattutto infatti che può presentarsi il rischio di un utilizzo ‘strumentale’, essenzialmente ‘dissociante’ dei beni culturali: qualora, cioè, l’operazione di individuazione del bene ‘nazionale’ effettivamente da proteggere sia tesa in realtà a nascondere una scelta diretta a imporre, su

⁷¹ «Tous les Congolais ont le droit de jouir du patrimoine commun de l’humanité. L’Etat a le devoir d’en faciliter la jouissance. L’Etat a le devoir d’en faciliter la jouissance».

tutte le altre diverse etnie presenti nel medesimo territorio statale, un'identità culturale di tipo nazionale specifica invece della sola etnia cui il bene protetto è connessa.

6.1. La legislazione nazionale.

Nel panorama del 'diritto internazionale africano' non esistono convenzioni specifiche riguardanti il patrimonio culturale. La Carta culturale africana⁷² e la Convenzione africana sulla conservazione della natura e le risorse naturali⁷³ attengono infatti, rispettivamente, alla 'diversità culturale' e alla conservazione degli ecosistemi e delle risorse naturali.

Di certo però, a livello più ampio, è la Convenzione internazionale dell'UNESCO del 1972, nota come "Convenzione del patrimonio mondiale"⁷⁴, ad aver in qualche modo influito sulla legislazione nazionale africana in particolare per l'individuazione dei beni considerati "patrimonio culturale" (ovvero, i 'monumenti', i 'siti' e gli 'agglomerati').

In generale, la nozione di patrimonio culturale, come elaborata e modificata nel tempo nei vari testi legislativi dei diversi Paesi africani subsahariani, può essere tradotta oggi, in estrema sintesi, con l'espressione di "beni recanti testimonianza storica o di civiltà".

A questi beni è, in genere, attribuito uno specifico interesse pubblico⁷⁵.

A tal fine le leggi prevedono apposite istituzioni – solitamente delle commissioni -deputate ad accertare, in virtù del valore storico, artistico o scientifico, l'esistenza o meno di tale interesse che può assumere un grado diverso e al quale corrisponde, altrettanto proporzionalmente, un differente regime di tutela giuridica. Assumendo rilievo l'interesse e non la titolarità – come è del resto nella natura dello stesso bene culturale in quanto tale, in qualunque paese, sia esso africano come europeo - è dunque il livello di interesse a determinare, anche nel caso di proprietà privata, il grado di intervento dei poteri pubblici per la protezione di quello stesso interesse incorporato nel bene culturale.

A seconda perciò delle azioni che, a esempio, un proprietario privato intenda intraprendere, il bene può trovarsi a essere sottoposto a differenti misure restrittive (come l'obbligo di informazione-comunicazione all'autorità competente oppure il rilascio di autorizzazione per i

⁷² Adottata dall'OUA –Organizzazione dell'Unione Africana - il 5 luglio 1976 a Port-Luis (Ile Maurice), la Carta è costituita, oltre che da una premessa, da 9 titoli (e 37 articoli), dedicati, tra l'altro, allo "sviluppo culturale nazionale" con i suoi tre sottotitoli riguardanti: i "principi fondamentali di una politica culturale nazionale", la "democratizzazione della cultura" nonché la "partecipazione attiva dei giovani alla vita culturale nazionale".

⁷³ Adottata il 2003 a Maputo (Mozambique) dalla UA - Unione Africana – come si è trasformata l'iniziale organizzazione intergovernativa regionale dell'OUA. Su questo specifico processo di metamorfosi dell'OUA in UA e le sue implicazioni, si rinvia a R. ORRU, op. cit., p. 223 e ss.

⁷⁴ UNESCO, *Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel*, Paris, 16 novembre 1972, in www.unesco.org. (peraltro, ratificata con legge italiana, n. 184 del 6 aprile 1977).

⁷⁵ V., in particolare, ordonnance-loi du Congo, n 77-016, 15 mars 1971, *relative à la protection des biens culturels, ordonnance du Burkina Faso, n 85-04/CNR/PRES portant protection du patrimoine culturel* nonché la *loi du Gabon, n 2/94, 23 décembre 1994, portant sur la protection des biens culturels*.

lavori), sino ad arrivare, nell'ipotesi dell'alienazione, al divieto di trasferimento della proprietà ad altri. Pur non sostituendosi al proprietario, a meno che non si avvalga dell'istituto dell'esproprio⁷⁶ qualora una più efficiente conservazione dell'immobile ne invochi la necessità, l'autorità statale è insomma responsabile con il titolare del bene culturale di una sua buona conservazione e gestione.

Il livello di interesse più elevato è quello di tipo 'nazionale' e, di conseguenza, anche il grado di tutela applicabile. Il bene di interesse nazionale si profila, così, meritevole di più significativa e pregnante tutela.

Alcuni testi legislativi tuttavia prevedono una tutela dei beni culturali senza fare alcun riferimento all'interesse pubblico⁷⁷. In tali casi è il criterio della 'anzianità' (o dell'appartenenza a un determinato periodo storico) a entrare in gioco e a determinare la protezione o meno.

La 'strumentalizzazione' del bene culturale risulta qui operazione ben più difficile: trattandosi di un criterio oggettivo e non di certo discrezionale – come è nel caso dell'accertamento dell'interesse pubblico – è più improbabile che l'attribuzione dell'anzianità, prescindendo da valutazioni e scelte politiche, possa essere utilizzata per riconoscere come nazionale un'identità culturale specifica di una comunità legata al bene culturale con l'intento di 'imporla' su tutte le altre differenti comunità.

In altre ipotesi ancora, però, il criterio dell'anzianità si presenta congiunto a quello dell'interesse pubblico⁷⁸.

In ogni caso, a questi criteri si uniscono anche quelli dell'integrità e dell'autenticità.

Quanto, invece, ai profili più strettamente attuativi del regime di protezione del patrimonio culturale, il sistema organizzativo generalmente previsto è di tipo centralizzato: come d'altronde stabilito anche nei testi costituzionali, è lo Stato, attraverso l'istituzione del Ministero alla cultura, che si erge a garante della tutela e salvaguardia di tale patrimonio. L'ente ministeriale elabora e attua così, con l'ausilio di un organo di tipo amministrativo incaricato della tutela del patrimonio culturale posto alle sue dipendenze – una sorta di Direzione nazionale comunque denominata⁷⁹ - la politica di gestione del patrimonio. Come

⁷⁶ Rimedio estremo a cui lo Stato può ricorrere, l'espropriazione è in generale strumento attuabile, secondo diverse legislazioni africane, a condizione che siano disposte specifiche cautele come le consultazioni, l'inchiesta di pubblica utilità e l'erogazione di un giusto indennizzo per risarcire il pregiudizio della perdita patita dal proprietario.

⁷⁷ V., loi du Senegal, n 71-12, 25 janvier 1971, *fixant le régime des monuments historiques et celui des fouilles et découvertes* e *loi du Burundi, n 1/6, 25 mai 1983, portant protection du patrimoine Culturel National*.

⁷⁸ Loi Niger, n 97-002, 30 juin 1997, *relative à la protection, la conservation et la mise en valeur du patrimoine culturel national*.

⁷⁹ A seconda dei paesi, "direction du patrimoine culturel", "direction des musées, sites et monuments", oppure, ancora, "direction des musées et du patrimoine culturel", a cui sono generalmente accordate mere funzioni di attuazione delle linee politiche definite a livello ministeriale. Un'eccezione è, secondo l'art. 1 dell'ordonnance 01-027/P-RM del 2 agosto 2001

meri esecutori della linea politica decisa a livello centrale si pongono altresì le direzioni regionali, provinciali o comunali, tutti soggetti alle direttive della c.d. Direzione nazionale.

Alcune leggi di recente elaborazione prevedono pure l'istituzione di enti specializzati, anche in questo caso sottoposti all'organismo ministeriale centrale ma aventi natura non pubblico-amministrativa e dotati di una specifica missione come quella del controllo dell'attuazione delle direttive ministeriali⁸⁰. Quasi tutte le legislazioni africane hanno affiancato poi all'autorità centrale competente un organismo di natura nazionale dotato di funzioni consultive⁸¹.

Eccezioni a questo sistema di tutela e gestione centralizzata vengono dalla normativa del Senegal⁸² e della Costa d'Avorio⁸³: sia pure in termini generali, senza ben specificarne il contenuto, qui i legislatori assegnano un ruolo 'attivo' alle autorità locali, ovvero alle regioni e ai comuni, in particolare nella definizione delle politiche di protezione del patrimonio culturale. Sebbene infatti il processo di 'decentramento' – la *décentralisation*⁸⁴ – sia stato avviato in diversi Paesi africani francofoni per svariati settori, la protezione dei beni culturali solo lentamente vede investite autorità e amministrazioni locali di autonome competenze, nell'ambito dei propri limiti territoriali.

Tanto nel regime di regolazione che organizzativo è evidente, in ogni caso, l'influenza occidentale.

Ispirandosi prevalentemente al diritto europeo di tutela del patrimonio culturale, i 'clonati' criteri si rivelano tuttavia poco 'adattati' al diverso, rispetto ai paesi occidentali, contesto

prevista nell'ordinamento del Mali, la "Direction national" cui sono riconosciuti dei compiti con obiettivi molto più ampi di quelli previsti per le direzioni di Burkina Faso e del Togo, ovvero quelli di "elaborare gli elementi della politica nazionale in materia di protezione del patrimonio culturale e assicurare il coordinamento dei servizi incaricati e il controllo tecnico dei servizi regionali e sub-regionali".

⁸⁰ E' ancora nel sistema del Mali che, con l'ordonnance 01-032/P-RM del 3 agosto 2001, sono state create le "Missions culturelles de Bandiagara, de Djenné et de Tombouctou" chiamate a controllare l'attuazione della politica nazionale in materia di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale classificato come nazionale nonché del patrimonio mondiale UNESCO.

⁸¹ Si veda, per esempio, la loi n.2/94 del 23 dicembre 1994 sulla protezione dei beni culturali del Gabon che istituisce la "Commission national de protection des biens culturels" pure prevista dalla loi del Togo n.90-24 del 23 novembre 1990, relativa alla protezione del patrimonio nazionale.

⁸² Loi n. 96-07 del 22 marzo 1996, relativa al trasferimento di competenze alle regioni, ai comuni e alle comunità rurali, in particolare, agli artt. 37, 38 e 39 in merito alle attività e i beni culturali.

⁸³ Loi n. 2003-208 del 7 luglio 2003, riguardante il trasferimento e la ripartizione delle competenze dallo Stato alle collettività territoriali, specificamente artt. 1, 6, 16 e 21.

⁸⁴ Non proprio corrispondente al nostro processo di 'decentramento' - avviato, per i beni culturali, con il d.P.R. 14 gennaio 1972, n. 3 nonché con il d.P.R. 24 luglio 1977 n. 616 e proseguito con la legge 15 marzo 1997, n. 59 e il d. lg. 31 marzo 1998, n. 112 - talvolta consistito in un mera delegazione e per funzioni limitate, la *décentralisation* implica infatti l'attribuzione di nuove competenze amministrative agli enti locali e contestualmente la dismissione di quelle stesse competenze dell'amministrazione statale. Con l'espressione *décentralisation* si vuol designare insomma anche il fatto di attribuire delle nuove 'responsabilità' di gestione a determinati enti locali. La *déconcentration* corrisponde, invece, alla razionalizzazione territoriale dell'amministrazione dello Stato, laddove vengono istituiti enti e direzioni locali più vicine e sensibili alle esigenze della realtà interessate. Tale procedura consiste, a differenza della *décentralisation*, nella mera "delegazione" e non già nel "trasferimento" delle competenze dallo Stato agli enti locali. Vedi sul punto, J. ZILLER, *Administrations comparées*, Monchrestien, 1993, p. 336 e ss.

socio-culturale dell’Africa. La mera trasposizione del diritto europeo è una delle ragioni dell’applicazione per lungo tempo decisamente limitata e parziale della legislazione africana di protezione del patrimonio culturale.

Nella maggior parte dei casi, le leggi africane poste a tutela dei beni culturali si configurano come atti legislativi dalla portata eccessivamente generale. Se la loro attenzione va ai profili legati al regime della titolarità (persino quanto all’ipotesi di scoperta fortuita), della costituzione di vincoli, limiti e servitù se si tratta di beni di proprietà privata, della fruizione nonché della ‘valorizzazione’, individuando altresì le autorità e gli organismi deputati ad attuare le relative disposizioni, nulla stabiliscono in merito al profilo specifico del coinvolgimento sociale, tanto importante, come evidenziato in precedenza, nei Paesi dell’Africa subsahariana.

La tutela dei beni culturali viene intesa insomma in senso passivo di mera conservazione e custodia, concentrata a un unico livello, peraltro esclusivamente di tipo pubblicistico-amministrativo.

Più che nei Paesi occidentali, invece, in questi paesi la tutela dovrebbe essere concepita in un’ottica attiva, in un senso, cioè, pragmatico-dinamico come attività di protezione che, sviluppando altresì la vocazione educativa e sociale degli stessi beni, sia in grado di coinvolgere una pluralità di attori, a iniziare dalle popolazioni locali.

In molti Paesi, in coerenza con la linea programmatica scelta sul piano politico - diretta ad affermare uno ‘Stato unitario’ considerato come l’unico strumento di coesione capace di contenere le diverse etnie presenti in un solo Paese - il patrimonio culturale, per come normativamente disciplinato nella sua individuazione e protezione, risulta di fatto, in ultimo, il mero ‘tassello’ di un più ampio procedimento pubblico di centralizzazione-nazionalizzazione: qui resta fuori, insieme a un vero e proprio processo educativo e di coinvolgimento della collettività, qualsiasi prerogativa decisionale delle autorità locale-decentralizzate e ancor prima delle autorità tradizionali.

Un riferimento alla tradizione è fatto unicamente dalla legislazione del Niger. Tra le autorità e istituzioni incaricate della protezione dei beni culturali, deputate a stilare l’inventario dei beni culturali detenuti, si cita altresì il “palais de chefferies traditionnelles”⁸⁵.

Anche secondo il Programma Africa 2009⁸⁶, nei sistemi africani di tipo cosiddetto ‘misto’, l’adeguamento del diritto statale disciplinante la protezione e valorizzazione dei beni

⁸⁵ Loi n. 97-002 del 30 giugno 1997, relativa alla protezione, conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale nazionale.

⁸⁶ Questo programma, che ha offerto alla nostra ricerca diversi elementi storici e qualche spunto di riflessione quanto alla tutela del patrimonio culturale in Africa, fu proposto nel 1996 da alcune istituzioni africane e avviato poi nel 1998. Nel corso

culturali alle realtà sociali, in risposta concreta alle esigenze locali per preservare al meglio i beni dai pericoli che li minacciano, sarebbe invece una condizione inderogabile per la sua effettiva applicazione. Auspicabile sarebbe, cioè, la ricerca di sinergia tra i diversi attori, le istituzioni, non solo deputate alla protezione culturale ma anche all'ambiente e all'urbanistica, e soggetti non istituzionali.

Le comunità, insieme alle autorità tradizionali, restano al contrario, in generale, relegate al loro *status* di proprietari (come pure detentori e occupanti) di un bene culturale, subendo gli effetti prescrittivi delle leggi e senza alcun riconoscimento delle loro attività e responsabilità, nonché di una qualche forma di partecipazione pubblica all'elaborazione delle norme giuridiche, così da favorire, al contempo, l'acquisizione, presso le stesse comunità, di una consapevolezza del valore del patrimonio culturale, anche identitario nazionale.

Dall'altra parte, la pressione urbana e le esigenze sociali a fronte delle crescenti difficoltà economiche che vedono versare in molti casi questi popoli in gravissime condizioni, portano spesso gli africani a ritenere un inutile dispendio economico quello connesso alla conservazione e gestione del patrimonio culturale. Anche seguendo questa prospettiva, inevitabile appare allora lo sforzo che le autorità statuali preposte alla sua gestione dovrebbe compiere in questi Paesi per cercare di coinvolgere la collettività, tentando, altresì di tradurre l'importanza di tale patrimonio sotto il profilo culturale-identitario sul piano socio-economico, nel rispetto della loro intima essenza.

I beni culturali concentrano in sé più nature laddove, pur restando preminente quella culturale, la natura economica può qui di certo giocare un ruolo importante, anche al fine della ri-considerazione della stessa valenza spirituale-culturale del bene.

Il diritto statale africano di tutela dei beni culturali che riuscisse a operare in modo da rendere più partecipe la collettività, al contempo, titolare della fruizione e destinatario dei vantaggi economici, probabilmente non sarebbe più sentito come artificiale e distante ma, quasi si trattasse di un diritto consuetudinario, verrebbe effettivamente compreso, applicato e rispettato a ogni livello, a partire dal basso, dai singoli che concorrerebbero così a proteggere i beni culturali, sentendoli realmente come una risorsa socio-economica e anche, sia solo in seguito, culturale-identitaria.

del tempo si sono aggiunti diversi partner identificabili, a partire in particolare dal 2006, in: le Organizzazioni del patrimonio culturale africano, l'ICCROM (Centre international d'études pour la conservation et la restauration des bien culturels), le Centre du patrimoine mondial de l'UNESCO, CRAterre ENSAG, l'Ecole du patrimoine Africain (EPA), e le Centre for heritage development in Africa (CHDA). Specificamente, v. ICCROM, *Protection juridique du patrimoine culturel immobilier: orientations pour les pays francophones de l'Afrique subsaharienne*, in www.iccrom.org.

7. Uno sguardo lontano: la Costituzione italiana.

Prima di tentare alcune valutazioni conclusive e al fine di meglio sviluppare alcuni concetti, una nota di riflessione - come già si è preannunciato al par. 2 - a margine dell'esame del 'caso africano', può riguardare anche la disciplina giuridica italiana, a partire dalla sua Costituzione. Nel nostro testo costituzionale è ben chiaro infatti il riferimento alla 'cultura' laddove sono disciplinate le finalità promozionali e di tutela della libertà culturale. Quella connessa al principio dello sviluppo della cultura rinviene un fondamento negli artt. 33, comma 2 e 34, comma 2, 3 e 4 ma anche 8 della Costituzione, la seconda - relativa alla libertà culturale - sembra invece trovare espressione nella formula costituzionale secondo cui "l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento", ex art. 33, comma 1.

Non può mancare neanche, ovviamente, il richiamo all'art. 9, comma 2, in cui pure si stabilisce che la Repubblica - nella sua articolazione territoriale ex art. 114 Cost.⁸⁷ - "tutela il paesaggio e il patrimonio storico ed artistico della Nazione". La nostra Carta costituzionale colloca tuttavia la menzionata disposizione tra i "principi fondamentali"⁸⁸ e non nel corpo normativo del testo.

Per la verità è sin dalla sua promulgazione che sono stati sollevati diversi dubbi, oltre che per la sua formulazione⁸⁹, pure di tipo esegetici connessi proprio alla collocazione dell'art. 9, nella specie quanto al comma 2: l'inserimento di questa disposizione tra i principi generali della Carta costituzionale⁹⁰, sembrava a più di un autore un'operazione sistemica che finiva con il privarla di valenza sul piano normativo, rendendola quasi inutile⁹¹.

La questione ha però trovato tutt'altra soluzione interpretativa.

Facendosi appello al carattere sociale dell'ordinamento italiano, si è affermato che il nostro Stato nel tutelare il paesaggio e il patrimonio culturale non poteva non riconoscere alla relativa disposizione il ruolo di norma di principio che regola l'attività dello Stato-apparato e

⁸⁷ "La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato".

⁸⁸ I "principi fondamentali" della Costituzione sono enunciati appunto con i suoi primi dodici articoli.

⁸⁹ Laddove l'indeterminatezza del precetto e l'irrelevanza dell'oggetto sembravano svuotare di significato e di contenuto normativo la stessa disposizione costituzionale.

⁹⁰ Vedi in proposito A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, p. 68, che richiama le critiche mosse circa l'inserimento della disposizione da Bianchi d'Espinosa.

⁹¹ Si veda, in tal senso, in particolare, E. CROSA, *Diritto costituzionale*, Utet, Torino, 1951, p. 146; G. CALOGERO, *La scuola dell'uomo*, Diabasis, Reggio Emilia, 2003; M. MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 31. "Superfluo, inutile e alquanto ridicolo, tale da essere annoverato fra quegli articoli che non danno prestigio alla Costituente ed a questa nostra fatica", viene del resto definito tale articolo - all'epoca del progetto di Costituzione identificato come l'art. 29 - da Clerici in *Assemblea costituente*. E. CLERICI, *Atti dell'Assemblea costituente*, Aula, seduta del 30 aprile 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Segretariato generale della Camera dei deputati (a cura di), Roma, 1970, p. 1324.

nel contempo, per il tramite di tale regolazione, l'azione dello Stato-comunità⁹². Questa disposizione non è poi priva di contenuto normativo, come pure era stato sostenuto⁹³.

Ponendo un indubbio dovere di tutela⁹⁴, la disposizione di cui all'art. 9, comma 2, ha ben natura precettiva e si raccorda con la norma di cui al primo comma dello stesso articolo - avente carattere tendenzialmente "programmatico"⁹⁵ giacché ivi il riferimento è alla "promozione" rimessa nell'attuazione alla discrezionalità del legislatore - che pure sancisce: (La Repubblica) "promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica".

Grazie a una lettura del principio costituzionale di cui all'art. 9 non come disposto isolato dal sistema ma in collegamento con il suo stesso primo comma e altresì con altri principi fondamentali, si perviene così a una integrale ricostruzione della norma: esiste una stretta relazione tra la disciplina costituzionale di tutela del patrimonio storico, artistico e del paesaggio e i principi che la Costituzione pone sullo sviluppo della persona e sul riconoscimento e la garanzia delle "formazioni sociali" (come regolate all'art. 2 Cost.), condizioni necessarie perché possa realizzarsi la piena ed effettiva partecipazione "di tutti i cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese" (art. 3, comma 2, Cost.). Altrimenti detto, dalla lettura sistematica dell'art. 9, "sviluppo", "ricerca", "cultura", "paesaggio" e "patrimonio", sono elementi logicamente connessi che rappresentano aspetti di una realtà sostanzialmente unitaria⁹⁶, quale proiezione significativa della persona che si sviluppa non solo *uti singulus* ma anche *uti socius*, ovvero, nelle formazioni sociali secondo l'art. 2 Cost.

La Repubblica, soggetto comune a tutte e due i commi dell'art. 9, avrà allora come missione - anche in questo si può scorgere la felice scelta di inserire l'art. 9 fra i principi fondamentali - l'obiettivo di migliorare il livello culturale dei membri della comunità e di stimolare lo sviluppo della persona umana.

Seppure per ragioni storico-politiche, connesse al momento della stesura della Carta Costituzionale, la norma di cui all'art. 9 è stata articolata in due commi secondo la logica

⁹² Così A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Le libertà civili e politiche. Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, Vallecchi, Firenze, 1969, p. 394 e ss.

⁹³ Vedi, in particolare, V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 37. Lo stesso autore, tuttavia, tornando sulla questione in un lavoro successivo, ha riconosciuto ad entrambi i commi dell'art. 9 carattere normativo. V. CRISAFULLI, *Le norme programmatiche della Costituzione*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 62.

⁹⁴ Cfr. F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 194. Vedi pure, M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Cedam, Padova, 1991.

⁹⁵ Si è sostenuto, come è noto, che anche le norme programmatiche avrebbero natura precettiva e comporterebbero un vincolo per il legislatore di carattere obbligatorio: eventuali leggi che si rivelino in contrasto con norme costituzionali programmatiche sarebbero pertanto da ritenere invalide. V. CRISAFULLI, *Le norme "programmatiche" della Costituzione*, op. cit., p. 56.

⁹⁶ Così, A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, in *Foro it.*, 1984, p. 167.

della separazione-contrapposizione tra interesse alla cultura scientifica e tecnologica (contemplato nel primo comma) e interesse alla cultura umanistica (presente nel secondo)⁹⁷ – interesse soggetto a maggior attenzione in sede di Assemblea costituente⁹⁸ – lo scopo ultimo di tali disposizioni, raccordate sistematicamente con gli artt. 2 e 3, comma 2 Cost., potremo ben dire che è unico: quello, cioè, di introdurre nella Costituzione l’interesse culturale e la sua tutela per giungere, infine, attraverso la visione dinamica e aperta della stessa cultura, legata tanto alla spiritualità che alla materialità, al riconoscimento del valore e alla tutela dell’identità culturale della comunità.

In particolare poi per i beni culturali la Carta costituzionale segna un passaggio importante.

A differenza della precedente visione legata a una concezione in senso restrittivo di mera conservazione e vincoli⁹⁹, con la Costituzione del 1948, attraverso l’art. 9, comma 2 e la sua lettura sistematica, la tutela del patrimonio culturale assume un’accezione nuova, non più statica come mera protezione passiva, ma dinamica e attiva, ponendosi in funzione, sotto il profilo culturale, della comunità, della sua crescita spirituale-sociale. Alla comunità stessa, d’altronde, i beni culturali, nell’ambito di una loro configurazione unitaria¹⁰⁰, sono connessi intimamente e naturalmente e altrettanto naturalmente da questa devono essere goduti, secondo una prospettiva che va ben oltre il potere dominicale.

Stante il “principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell’ambito dello Stato sociale”, quale si può ricavare, in particolare dagli artt. 2, 9 e 42 Cost., il bene culturale – alla luce anche del recente *dictum* giurisprudenziale adottato in merito specificamente all’ambiente-paesaggio tuttavia ben congiunto, nella stessa disposizione di cui all’art. 9 Cost., al patrimonio culturale - può essere ascritto a quel tipo di bene da considerarsi - “al di fuori dell’ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica” – come bene “comune”: prescindendo dal titolo di proprietà, questo è cioè

⁹⁷ Sul punto, in particolare, S. MERLINI, *La promozione della cultura e della scienza nella Costituzione italiana* in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. XII, *Libertà costituzionali e limiti amministrativi*, Cedam, Padova, 1990, p. 394. A parere dell’autore i costituenti, intendendo distinguere tra la cultura insita (“storicizzata”) nel patrimonio culturale e naturale e la cultura e la scienza come ricerca, hanno voluto introdurre nell’art. 9 due principi diversi, l’uno di natura interventista, l’altro, per quanto riguarda la cultura-ricerca, di tipo garantista.

⁹⁸ Nel particolare momento storico di adozione della Costituzione, come anche nei suoi primi anni di vita, la funzione di promozione della cultura e della ricerca scientifica ricopre un ruolo marginale, sia nel pensiero giuridico che nel mondo politico, ritenendosi preminente privilegiare, in contrapposizione al dirigismo culturale fascista, la tutela della libertà di insegnamento e di ricerca (art. 33, comma 1 Cost.).

⁹⁹ Nella fase pre-repubblicana, come è possibile desumere dalla lettura della normativa maggiormente rappresentativa dell’allora idea di fondo alla ‘tutela’ del patrimonio culturale (in particolare, dalla legge 1 giugno 1939, n. 1089 sulla *Tutela delle cose d’interesse artistico e storico*), vigeva un regime di tipo soprattutto vincolistico volto esclusivamente a preservare, a custodire e a difendere il bene nel tempo dall’incuria e da eventuali sottrazioni.

¹⁰⁰ V., sul punto, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Postfazione. I beni culturali: gnoseologia e nuove “disposizioni”*, in V. Caputi Jambrenghi (a cura di), *La cultura e i suoi beni giuridici*, 1999, Giuffrè, Milano, p. 429 e ss., V. CERULLI IRELLI, *I beni culturali nell’ordinamento italiano vigente*, in M. P. Chiti (a cura di), *Beni culturali e Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 28 ss.

“strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini”¹⁰¹. Del resto, autorevole e risalente dottrina, si era già espressa, a proposito delle cose di interesse storico-artistico, in termini di ‘beni di interesse pubblico’ per sottolineare la preminenza non tanto della titolarità-appartenenza quanto piuttosto della finalità precipuamente di fruizione collettiva¹⁰².

La *ratio* della tutela costituzionale del patrimonio culturale risiede insomma nell’idea dinamica del fine ultimo di ‘elevazione e della crescita sociale’ dell’individuo-collettività; o meglio, realizzandosi concretamente il processo dinamico-attivo di elevazione proprio attraverso questo, nel ‘godimento pubblico’ del bene culturale da parte della collettività¹⁰³. In quest’ottica di funzionalità, il patrimonio culturale diviene così un tramite materiale, un veicolo percettivo che, incorporando il valore culturale, deve essere reso fruibile dalla stessa società giacché concorre al più elevato fine del suo sviluppo culturale e identitario.

Anche se a differenza delle Costituzioni africane del Benin e del Congo, nella Costituzione italiana non si proclama espressamente la tutela del ‘valore di civiltà’ come veicolato da questi beni e neppure la loro promozione, è la lettura sistematica e d’insieme dei principi della Costituzione italiana di cui all’art. 9, commi 1 e 2 (considerati in maniera unitaria), agli artt. 2, 3, comma 2 e 42 (ma anche agli artt. 33 e, indirettamente, 6 sino a riguardare la libertà religiosa *ex* artt. 8 e 19 nonché, in qualche modo, anche l’educazione dei figli di cui all’art. 30), che può portare in tale direzione, con questo, configurando altresì un vero e proprio interesse all’identità culturale.

L’identità nazionale degli italiani – per riprendere parole di una nostra alta istituzione che ben ha posto in sintesi le suesposte annotazioni – “si basa sulla consapevolezza di essere custodi di un patrimonio culturale unitario che non ha eguali nel mondo. (...). Se ci riflettiamo più a fondo, la presenza dell’articolo 9 tra i ‘principi fondamentali’ della nostra comunità offre un’indicazione importante sulla ‘missione’ della nostra Patria, su un modo di pensare e di vivere al quale vogliamo, dobbiamo essere fedeli. La cultura e il patrimonio artistico devono essere gestiti bene perché siano effettivamente a disposizione *di tutti, oggi e domani per tutte le generazioni*. La doverosa economicità della gestione dei beni culturali, la sua efficienza,

¹⁰¹ In tal senso, la Corte di Cassazione che richiama espressamente per la prima volta la categoria dei ‘beni comuni’. V. Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 14-02-2011, n. 3665. Per un commento in merito e sull’entrata “anche nel linguaggio e nella giurisprudenza della Corte di Cassazione” dell’accezione ‘bene comune’, v. A. LUCARELLI, *La Cassazione riconosce i beni comuni*, in *Il Manifesto*, 4 marzo 2011.

¹⁰² In *primis*, M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963; *id.*, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 20 e ss. ma anche A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, in *Enc. Dir.*, vol. V, Milano, 1959, p. 277 e ss.

¹⁰³ In merito si veda anche P. CARPENTIERI, in AA.VV., *Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, coord. di R. Tamiozzo, Milano, 2005, art. 6, pp. 18-19.

non sono l'obiettivo della promozione della cultura, ma un mezzo utile per la loro conservazione e diffusione"¹⁰⁴ (corsivo nostro).

7.1. L'orientamento del legislatore e suoi recenti sviluppi.

Attualmente, la nostra legislazione - il Codice dei beni culturali e del paesaggio, c.d. Codice Urbani¹⁰⁵ - all'art. 2, comma 2, definisce come 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". I 'beni paesaggisti', già denominati 'ambientali' nelle versioni precedenti, regolati in una parte distinta e specifica, restano invece fuori dalla definizione di beni culturali per essere tuttavia con questi stessi ricompresi nel 'concetto-contenitore' di "patrimonio culturale" (art. 2, comma 1, Cod.).

Soggetto nel giro di soli due anni a ben due tornate di modifiche e integrazioni, di cui l'ultima nel 2008¹⁰⁶, il Codice, risultato altresì dell'evoluzione della disciplina normativa italiana e quindi in parte in linea di continuità con il "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali"¹⁰⁷, intende fare eco alla visione dinamica che la lettura sistematica dell'art. 9 Cost., a cui pure si rinvia, sembra proporre.

Dalla lettera del Codice, tra i suoi principi, emerge chiara che la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale "concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura" (art. 1, comma 2, Cod.). Seppure distinte, in ossequio peraltro a quanto già sancito dalla riformata Costituzione¹⁰⁸, queste due attività sembrano perciò confluire in unico fine: quello di preservare, attraverso i beni/testimonianze di civiltà, la storia, l'identità, ovvero secondo l'espressione del legislatore, la 'memoria', della comunità, quest'ultima qui individuata, specularmente all'art. 9 Cost. e al suo "patrimonio

¹⁰⁴ Intervento dell'allora Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione della consegna delle medaglie d'oro ai benemeriti della cultura e dell'arte, palazzo del Quirinale, 5 maggio 2003, in <http://www.quirinale.it>

¹⁰⁵ Adottato con d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, in *Gazz. Uff.*, del 24 febbraio 2004, suppl. ord. n. 28. Della vasta bibliografia in merito si può ricordare, tra i più recenti, M. A. SANDULLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2012, R. TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici. Guida ragionata*, Giuffrè, Milano, 2009, M. CAMMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Il Mulino, Bologna, 2007.

¹⁰⁶ In particolare, con decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 157, recante appunto "Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione al paesaggio", nonché con decreto legislativo 26 marzo 2008, n. 63 ("Ulteriori disposizioni integrative ed correttive del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione al paesaggio").

¹⁰⁷ D.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490. In questo unico testo normativo, ora abrogato, era raccolta la disciplina dei beni culturali, nonché quella dei beni contemplati dalla legge n. 1497/1939 - ovvero, le *ex* bellezze paesaggistiche - e quella dei beni di particolare interesse ambientale di cui alla legge Galasso (legge 8 agosto 1985, n. 431, di conversione del d.l. 27 giugno 1985, n. 312, recante *Disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale*).

¹⁰⁸ Ai sensi dell'art. 117 Cost., comma 2, come novellato dalla legge cost. n. 3 del 2001, allo Stato spetta una competenza legislativa esclusiva, tra le altre, in materia di: s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, mentre, la distinta attività di "valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali" è affidata, secondo il comma 3 dello stesso articolo, in via concorrente allo Stato e alle regioni.

(...) della Nazione”, come nazionale. Lo Stato-nazione va incontro, attraverso il patrimonio culturale, alla comunità-nazionale, a questa infine volendo corrispondere.

In questa specifica finalità tanto l’Italia che i Paesi africani subsahariani di tradizione francofona appaiono allineati, in entrambi i casi intendendo ‘avvalersi’ del bene culturale come elemento di collante sociale e vettore di identità nazionale per la relativa comunità.

Della comunità deve allora essere garantita, mediante la ‘tutela’ intesa come attività di individuazione dei beni appartenenti al patrimonio culturale e di garanzia della protezione e conservazione, la “pubblica fruizione”¹⁰⁹ (così, espressamente, art. 3, comma 1, Cod.).

Come sempre della comunità, attraverso la distinta ‘valorizzazione’, quale attività di ‘promozione’ della conoscenza del patrimonio culturale, devono essere assicurate “le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso” anche, si puntualizza, poi, seguendo un approccio, a nostro avviso, forse discriminatorio - facendo già parte questi soggetti della comunità nazionale titolare della garanzia della (pubblica) fruizione - “da parte delle persone diversamente abili”. In ogni caso qui il fine è quello di “promuovere lo sviluppo della cultura”.

Alla distinzione delle attività corrisponde anche una ripartizione dei campi di competenza.

Le funzioni di tutela, al pari degli esaminati sistemi africani, sono raccordate al ‘centro’. Dovendosi garantire, in virtù della deroga prevista dallo stesso principio di sussidiarietà espresso all’art. 118 Cost., un loro esercizio ‘unitario’, queste funzioni sono attribuite al Ministero per i beni e le attività culturali pur ammettendosi altresì - in alternativa a quello diretto e sia pure su conferimento ministeriale, tramite forme di intesa e coordinamento – un esercizio delle Regioni (art. 4, comma 1, Cod.). Queste peraltro sono già chiamate, dall’art. 5, Cod., insieme agli altri enti pubblici territoriali (ovvero, i comuni, le città metropolitane e le province), a cooperare con il Ministero medesimo, in armonia con l’art. 9 Cost. che invero a tal proposito rinvia alla ‘Repubblica’.

L’attività di valorizzazione vede invece il coordinamento, l’armonizzazione e l’integrazione di tutti i livelli interessati, ossia tanto del Ministero che delle Regioni e degli altri enti pubblici territoriali, senza escludere, in proposito, i soggetti privati, la cui partecipazione è anzi sostenuta e favorita dalla Repubblica (art. 7, comma 3, Cod.).

Con il novellato art. 115 Cod.¹¹⁰ si specifica inoltre, a questo ultimo riguardo, che “al fine di assicurare un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali” gli enti pubblici – siano essi

¹⁰⁹ “La tutela consiste nell’esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette, sulla base di un’adeguata attività conoscitiva, ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione”.

¹¹⁰ Articolo sostituito dall’articolo 2, comma 1, lettera hh) del D.Lgs. 24 marzo 2006, n.156.

lo Stato, le Regioni od anche gli altri enti pubblici territoriali - possono far ricorso non solo alla gestione diretta¹¹¹ - per mezzo di proprie strutture amministrative - ma anche a quella indiretta, tramite concessionari terzi¹¹². La scelta tra l'una o l'altra forma di gestione è soggetta a una "valutazione comparativa in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia, sulla base di obiettivi previamente definiti". Cosa specificamente si intenda però con il concetto di 'sostenibilità economica' non è dato capirlo da altre norme. Forse sarebbe stato più opportuno che qui il legislatore avesse richiamato, se è a questo che va il riferimento, il principio dello sviluppo sostenibile e, quindi, gli obiettivi qualitativi sotto il profilo ambientalistico-culturale degli interventi economici da attuare al fine della valorizzazione. Un riferimento invero alla 'qualità' *tout court* - o, meglio, ai 'livelli di qualità della valorizzazione'¹¹³ - è presente nell'art. 114 Cod., come richiamato dallo stesso art. 115 Cod. a proposito della gestione indiretta.

Anche qui poi, come si è visto nei Paesi africani, deve essere presente - e dunque accertato, con apposita procedura di verifica avviata dagli organi ministeriali - l'interesse culturale, ovvero specificamente l'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico nelle cose immobili e mobili indicate all'articolo 10, comma 1. Come pure disposto, tuttavia solo in alcune rare ipotesi, nelle leggi africane, nella previsione del legislatore italiano l'interesse culturale può essere anche implicito nella appartenenza del bene culturale a un determinato 'periodo di tempo'.

Più precisamente nel nostro dettato interno si pone al fine dell'interesse culturale, per le cose appartenenti ai soggetti pubblici - e assimilati, ovvero, ai sensi dell'art. 10, le "persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti" - una chiara *condicio sine qua non* temporale: non solo deve trattarsi di "opera di autore non più vivente" ma altresì l'esecuzione deve essere risalente di "oltre cinquanta anni" (art. 12, comma 1). In questi casi, anzi, scatta una sorta di presunzione di culturalità, nel senso che le cose rispondenti a queste caratteristiche sono immediatamente sottoposte alle disposizioni del Codice sui beni culturali almeno "fino a quando non sia stata effettuata la

¹¹¹ Precisamente al comma 2 si dispone "La gestione diretta è svolta per mezzo di strutture organizzative interne alle amministrazioni, dotate di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile, e provviste di idoneo personale tecnico. Le amministrazioni medesime possono attuare la gestione diretta anche in forma consortile pubblica".

¹¹² Al comma 3 si puntualizza invece che "la gestione indiretta è attuata tramite concessione a terzi delle attività di valorizzazione, anche in forma congiunta e integrata, da parte delle amministrazioni cui i beni pertengono o dei soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, qualora siano conferitari dei beni ai sensi del comma 7, mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti. I privati che eventualmente partecipano ai soggetti indicati all'articolo 112, comma 5, non possono comunque essere individuati quali concessionari delle attività di valorizzazione".

¹¹³ Ai sensi del primo comma dell'art. 114, come sostituito dall'articolo 2, comma 1, lettera gg) del D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 156, "il Ministero, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali, anche con il concorso delle università, fissano i livelli minimi uniformi di qualità delle attività di valorizzazione su beni di pertinenza pubblica e ne curano l'aggiornamento periodico".

verifica” della sussistenza dello stesso interesse culturale. Solo qualora non ricorrano le condizioni e quindi la verifica dia esito negativo, le cose valutate restano tali e, non essendo considerabili come beni culturali, fuori dal regime di tutela previsto dal legislatore nel Codice. Si prescinde da queste condizioni, ma non anche da quella relativa all’interesse culturale in ogni caso da accertare, nel caso invece di quei beni culturali rientranti in una lista specifica e, in particolare, per gli immobili dichiarati di interesse particolarmente importante “a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell’arte e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell’identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose” (ai sensi dell’articolo 10, comma 3, lettera d).

Per tutte queste ipotesi è comunque stabilita l’inalienabilità (art. 54).

Solo altre due precisazioni relative, l’una, proprio alla presunzione di culturalità, l’altra, più specifica, all’intervento dei privati.

Nel recente “decreto sviluppo”¹¹⁴ in nome appunto dello sviluppo economico – e precisamente, “per ridurre i tempi di costruzione delle opere pubbliche, soprattutto se di interesse strategico, per semplificare le procedure di affidamento dei relativi contratti pubblici, per garantire un più efficace sistema di controllo e infine per ridurre il contenzioso” - si dispone che “è elevata da cinquanta a settanta anni la soglia per la presunzione di interesse culturale degli immobili pubblici” (art. 4, lett. r)¹¹⁵. Va da sé qui che per quelli con meno di settanta anni decade non solo l’obbligo dell’accertamento dell’esistenza dell’interesse culturale ma anche il divieto di inalienabilità, con buona pace dell’eventuale interesse culturale¹¹⁶.

L’altro punto, come si preannunciava, riguarda l’apporto di ‘servizi’ privati alla gestione dei beni culturali.

La possibilità di instaurare negli istituti e luoghi della cultura (quali sono considerati, ai sensi dell’art. 101 del Codice, “i musei, le biblioteche e gli archivi, le aree e i parchi archeologici, i complessi monumentali”) i c.d. “servizi aggiuntivi”, divenuti successivamente, secondo

¹¹⁴ Approvato con Decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 coordinato con la legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 160 del 12-7-2011.

¹¹⁵ Si prevede così, al contempo – al fine di “riconoscere massima attuazione al Federalismo Demaniale e semplificare i procedimenti amministrativi relativi ad interventi edilizi nei Comuni che adeguano gli strumenti urbanistici alle prescrizioni dei piani paesaggistici regionali” – la modifica della disciplina di cui all’art. 12 del Codice dei beni: la novellata norma del Codice, in ultimo, distinguendo tra beni mobili e beni immobili, se lascia invariato il limite di presunzione di interesse culturale di cinquanta anni per i primi, per i beni immobili lo innalza invece a settanta. Ovvero, “le cose indicate all’articolo 10, comma 1, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquanta anni, se mobili, o ad oltre settanta anni, se immobili, sono sottoposte alle disposizioni della presente Parte fino a quando non sia stata effettuata la verifica di cui al comma 2” (art. 12, Cod.)

¹¹⁶ A. FERRETTI, *Come scardinare un ‘sacro principio’ senza colpo ferire (art. 4 comma 16 del decreto legge 70 del 2011)*, in <http://www.leggioggi.it>

l'attuale [art. 117 Cod.](#), “servizi di assistenza culturale e di ospitalità”¹¹⁷, ha posto il privato in una posizione nuova: gli ha permesso di svolgere quelle attività che l'ente pubblico, per la sempre più crescente crisi di risorse, non riesce più a espletare sino a legittimare una sua sostituzione di fatto nell'esercizio delle funzioni della stessa pubblica amministrazione.

La prassi ha infatti dimostrato che tali servizi, nel tempo, sono andati ben oltre l'‘aggiuntivo’, arrivando in molti casi a rivelarsi come attività fondamentali per il funzionamento e addirittura per la valorizzazione degli istituti pubblici¹¹⁸.

Non snaturando il bene culturale, né sottraendogli la funzione (pubblica), laddove anzi ne agevoli la fruizione collettiva, questa pratica può pure essere salutata positivamente come intervento ‘risolutivo’ di problematiche gestionali se non fosse che poi manca di un chiaro quadro di riferimento, anche normativo, che individui attori, strumenti, obiettivi nonché limiti e che ciò si riverberi spesso sul piano fattuale lasciando ferme procedure di attribuzione del medesimo servizio.

8. Brevi riflessioni conclusive

Cosa ben diversa è però se in nome dei “servizi di assistenza culturale e di ospitalità” sostanzialmente si finisce per privatizzare il bene, divenendo questo in ultimo una mera fonte di massimizzazione del reddito, assoggettato a un ‘utilizzo privato’ e vedendosi così sottratta la sua stessa funzione (pubblica) e, con questa, la culturalità.

Il bene culturale – come le attività e i servizi culturali – somma in sé nature diverse, di certo anche quella, non trascurabile, economica. Non si tratta tuttavia di ‘merce’.

In quanto soprattutto “portatori d'identità, di valori e di senso”¹¹⁹ e quali beni dall'alta valenza identitaria del territorio e del suo popolo, la natura prevalente deve restare in ogni caso quella ‘culturale’. La finalità ‘preminente’, di conseguenza, non può essere quella lucrativa, quanto quella della fruizione, nient'affatto ‘individualistica’ – come sarebbe nel caso di un'eventuale imprenditorializzazione o, peggio, ‘privatizzazione’ – ma piuttosto

¹¹⁷ Ai sensi del comma 2, rientrano tra tali servizi: a) il servizio editoriale e di vendita riguardante i cataloghi e i sussidi catalografici, audiovisivi e informatici, ogni altra materiale informativo, e le riproduzioni di beni culturali; b) i servizi riguardanti beni librari e archivistici per la fornitura di riproduzioni e il recapito del prestito bibliotecario; c) la gestione di raccolte discografiche, di diapoteche e biblioteche museali; d) la gestione dei punti vendita e l'utilizzazione commerciale delle riproduzioni dei beni; e) i servizi di accoglienza, ivi inclusi quelli di assistenza e di intrattenimento per l'infanzia, i servizi di informazione, di guida e assistenza didattica, i centri di incontro; f) i servizi di caffetteria, di ristorazione, di guardaroba; g) l'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali, nonché di iniziative promozionali.

¹¹⁸ Cfr. [M. CAMMELLI](#), *Pubblico e privato nei beni culturali: condizioni di partenza e punti di arrivo*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2/2007. L'autore sottolinea in particolare “come alcuni errori di partenza, profondi cambiamenti intervenuti, e incertezze sugli obbiettivi assegnati hanno portato al vistoso scollamento tra disciplina formale e prassi applicative, sul piano giuridico e al blocco del sistema, tra contenziosi e gare deserte, su quello fattuale”.

¹¹⁹ *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, (18) considerando, 2005, Paris, 20 octobre 2005, in www.unesco.org.

collettiva, restando qui il fine ultimo, come visto sancito anche dalla Costituzione italiana, dell'elevazione spirituale e crescita sociale.

Per quanto nozione aperta e storicizzata¹²⁰, è certo che un bene culturale per essere 'testimonianza di civiltà' debba sempre mantenere un'essenza tale da poter continuare a essere espressione della cultura di un popolo costantemente *in fieri*.

Il "bene" culturale, invero, qualora lo si intenda, sotto un profilo esclusivamente materialistico, come 'cosa' - dunque prescindendo dal suo intrinseco valore culturale che lo fa tale - è in linea teorica un mero veicolo materiale, ovvero, un semplice mezzo che consente la 'connessione' con i sensi. E' poi la capacità che ha ogni individuo, quale soggetto percettivo parte della comunità-contesto, di proiettare la propria "percezione" sulla cosa ad assegnarle un significato e un valore singolare così da assurgere a 'bene culturale'. In questa concezione soggettivistica i beni culturali, quali vettori identitari, 'rappresentano' la comunità, a questa riferendosi per elevarla spiritualmente. E' rispetto alla 'persona' come si sviluppa non solo *uti singulus* ma anche *uti socius* (ovvero, nelle formazioni sociali secondo l'art. 2 Cost. italiana) che tali beni si pongono in un rapporto di "funzionalizzazione", in questa accezione identificandosi come 'beni comuni' giacché aldilà della tradizionale distinzione tra beni privati e beni pubblici.

Non soggetto a mutamenti è ancor oggi, infatti, sempre alla luce del quadro costituzionale italiano – in particolare in virtù degli artt. 2, 3, 9 e 42 Cost. - e normativo, il "dato *essenziale* della centralità della persona (e dei relativi interessi), da rendere effettiva, oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante *l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*" (evidenziato della pronuncia citata in nota): ciò porta a guardare ai beni pubblici in generale come anche, più specificamente, a quelli culturali oltre alla classica "visione prettamente patrimoniale - proprietaria per approdare a una prospettiva personale – collettivistica"¹²¹, ossia all'idea – come pure dichiarato dalla giurisprudenza - dei 'beni comuni' come beni posti in funzione degli interessi – di crescita socio-culturale e coesione economico-sociale – e dei diritti fondamentali della collettività.

Tanto più il bene comune culturale avrà allora anche un valore 'economico' reale quanto più sarà parte integrante del contesto sociale e culturale e non qualora ne sia sottratto e allontanato. In virtù di una mutua influenza, se questo bene va ad 'arricchire' il valore del contesto, al contempo, rafforza il proprio. Di qui la tutela, insieme a quella della valenza

¹²⁰ Sulla preminenza in dottrina della ricostruzione del bene culturale come immateriale, v. V. DE FALCO, *Funzioni pubbliche e cultura*, in D. Amirante – V. De Falco (a cura di), *Tutela e valorizzazione dei beni culturali. Aspetti sopranazionali e comparati*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 153 e ss.

¹²¹ Così, Corte Cass. n. 3665/2011, cit.

identitaria del bene culturale, dell'identità del contesto e quindi del valore culturale-spirituale del bene come 'integrato' per arrivare anzi, in ultimo, alla tutela dell' 'insieme' dei beni.

Qualora una funzione di tipo privatistico, quale può essere quella che sottragga la 'piena' fruibilità ai consociati per ammettere un uso soltanto parziale e/o per alcuni di essi, andasse a surrogare la funzione pubblica del bene legata al godimento dell'intera collettività, nel tempo, quella stessa funzione giungerebbe di fatto con l'incidere anche sull'intimo contatto con il bene della comunità-contesto. Quest'ultima se in precedenza, con il pieno godimento, attraverso la propria percezione, si proiettava e in qualche modo si identificava con il bene - lo stesso valore culturale costituendo elemento forte di identità di quella comunità, secondo una reciproca relazione - in seguito, con l'esclusione o il parziale utilizzo per scopi "privati" del bene, finirebbe per essere allontanata dal bene fisicamente ma anche 'sostanzialmente'. Con tale separazione la comunità si troverebbe, cioè, a essere distaccata anche dalla percezione della valenza culturale-identitaria connaturata al bene, potendo arrivare infine - come è d'altronde nella realtà africana, sia pure per più e diverse ragioni - a perderne la consapevolezza, con una conseguente forte decrescita socio-culturale.

Il bene resterà un'opera artistica, storica, sotto il profilo materiale-patrimoniale, ma perderà inevitabilmente¹²², sotto l'aspetto immateriale-spirituale, l'accezione della culturalità. E' proprio questa duplice dimensione del bene culturale, spesso trascurata nelle scelte politiche, che impedisce l'applicazione *ad libitum* della strategia economica.

In altre parole, in quest'ambito, la logica economica non può essere estesa al punto da annientare la dignità intrinseca del bene riducendolo a mera 'merce': l'uso 'redditizio' del bene non può andare a discapito del godimento pubblico, limitandolo o addirittura estromettendolo, per incrementare lo sfruttamento 'economico' del bene medesimo perché, pur rispettando il profilo 'materiale' del bene, finirebbe con il ledere la sua stessa natura, quella vale a dire di entità immateriale ove il valore culturale è connesso intimamente e indissolubilmente, in una mutua interazione, con la comunità, impedendo, in ultimo, di questa l'elevazione spirituale.

In una sentenza della nostra giurisprudenza amministrativa avente a oggetto un'ipotesi di "privatizzazione" di quasi la metà dell'intera superficie del bene considerato (nel caso di specie il complesso monumentale del c.d. "Ospedale Vecchio" di Parma), sottratta quindi alla pubblica fruizione, mediante lo strumento giuridico del *project financing*, per essere destinata

¹²² A seconda della valenza cui si fa particolare riferimento, il bene può appartenere al patrimonio culturale oppure a quello storico artistico (peraltro utilizzata dall'art. 9 Cost.). V, già M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., p. 31. Su questo punto e sulla nozione di bene culturale come evoluta nel tempo sino al Codice Urbani, vedi in particolare, C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO, *Il diritto dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 1 e ss.

ad attività di tipo imprenditoriale (alberghiera e ricettiva, commerciale, a uso uffici semi-pubblici, a parcheggio interrato), in qualche modo, ben si sottolinea l'esistenza di questo duplice profilo. Si afferma, cioè, che non si pone il solo limite "della non compromissione dell'integrità del bene e dei valori storico-artistici di cui lo stesso è espressione" legato all'aspetto materiale, dovendosi tenere in conto anche il valore spirituale-culturale del bene e il limite che questo implica¹²³.

In quest'ottica sarà necessario un uso del bene che, almeno per la parte principale, "si caratterizzi per essere preordinato a finalità di interesse pubblico, per essere coerente con il valore culturale oggetto di tutela e per essere strumentale al pieno godimento di quest'ultimo da parte della collettività, in modo da preservare l'identità storico-artistica del bene e renderne partecipe la comunità attraverso la concreta adibizione a una funzione che rispecchi la natura del bene, in ciò realizzandosi la destinazione alla pubblica fruizione e l'espletamento di un servizio pubblico". Questa lettura giurisprudenziale è stata tuttavia in seguito completamente 'ribaltata' dal Consiglio di Stato che ha ritenuto, entrando anche nel merito, ammissibile l'utilizzo praticamente privatistico, sia pure parziale e temporale, del bene¹²⁴.

Non essendo questa la sede più appropriata per una disquisizione in merito al cambio di rotta giurisprudenziale, né all'istituto del *project financing* come applicato ai beni culturali, che richiederebbero una riflessione ben più specifica e approfondita, si può qui esclusivamente riportare l'attenzione sul profilo immateriale/culturale, così soventemente accantonato ma preminente se di 'bene culturale' parliamo, e soprattutto sull'importanza, ai fini della sua stessa sopravvivenza, della 'consapevolezza' della sua esistenza. A questo scopo è ora opportuno tornare in particolare sul caso africano.

Nei testi costituzionali dei Paesi di quel continente, come si è visto, la cultura è intesa certamente come un valore sociale che, in un'ottica di vera 'democratizzazione', non può non trovare una sua tutela nell'impianto normativo costituzionale: in questa prospettiva è spesso collegata alla tutela dei beni culturali e considerata elemento fondamentale di un processo ampio e dinamico, in continua evoluzione, diretto alla formazione individuale e sociale a cui hanno diritto di partecipare i 'cittadini'- e in alcune ipotesi persino genericamente 'tutti' gli uomini - dei quali si tenta la ricongiunzione in un solo 'popolo'. A quest'ultimo si intende

¹²³ Cfr. TAR Emilia Romagna, Parma, n. 618/2007 del 4 dicembre 2007.

¹²⁴ Cons. St., sez. 6, n. 3507, del 11 luglio 2008, laddove si ritiene opportuno precisare che "anche in considerazione dell'importanza delle questioni di merito sollevate, che il ricorso di primo grado, risultava infondato anche nel merito. La Sezione non condivide, invero, la conclusione cui è giunto il primo Giudice, secondo cui dall'obbligo di destinare il complesso Mo. alla pubblica fruizione e all'espletamento di un servizio pubblico deriverebbe l'assoluto divieto di dare temporaneamente in gestione, al concessionario, una parte di tale complesso da adibire ad attività recettive, ad esercizi commerciali e ad altri pubblici uffici".

restituire dignità anche sociale per giungere a infondergli la consapevolezza di un'identità comune che, sia pure in qualche modo 'creata', possa infine agire, attraverso il riferimento proprio al patrimonio culturale, da collante, come 'cultura nazionale'¹²⁵. In questa linea sembrano muoversi anche i testi legislativi di attuazione del dettato costituzionale africano.

Il fatto è, però, che seppure gli Stati africani, in particolare subsahariani di tradizione francofona, danno rilevanza al patrimonio culturale, ciò avviene soprattutto per 'assegnargli' una valenza identitaria da addurre a un'astratta e 'inventata' entità nazionale. A questo obiettivo non si fa poi coincidere la previsione normativa, se non in rarissimi casi, anche di un programma di sensibilizzazione delle comunità locali, laddove solo rendendole effettivamente edotte e consapevoli di tale valore, si può arrivare alla loro unificazione in 'comunità nazionale', nel contempo, facendo sì che l'artificiale Stato-nazione, affermato anche attraverso la tutela statale del patrimonio culturale e l'addotta identità nazionale, possa poi realmente (cor)rispondere allo Stato-comunità.

Un'identità che si limiti a essere calata dall'alto - come è quella 'nazionale' per i Paesi africani, a prescindere da qualunque connessa valutazione politico/globale - con ogni probabilità resterà un'imposizione, un artificio se non è accompagnata, a maggior ragione nella prospettiva africana di "nation-building", dalla previsione di un parallelo processo di 'sensibilizzazione' e di 'educazione' (nel senso latino del termine di e-ducere¹²⁶). Non diversamente può dirsi poi anche per quei casi ove l'identità, allorché pure elaborata dal basso, attraverso la percezione soggettiva comunitaria, sia andata persa o meglio oscurata, sopraffatta da altri interessi.

Se lì, nel caso africano, la valenza identitaria rischia di rimanere, in ultimo, una mera proclamazione formale non tradotta in un vissuto concreto, nell'ipotesi di perdita di questa stessa valenza il pericolo è che la capacità percettiva dell'individuo, come un tempo elaborata nella comunità, in seguito, poco stimolata ma piuttosto soverchiata da altre priorità, si possa rivelare non più in grado di accordare al bene un significato particolare e dunque un valore precipuo. Il risultato, in entrambi i casi, per il bene può essere lo stesso: la distruzione, sia essa materiale - come peraltro è già accaduto in alcuni Paesi (si pensi alla Cina¹²⁷) - oppure sostanziale - con un utilizzo che nei fatti ne distrugga la natura, snaturandolo - per giungere

¹²⁵ Così espressamente, nel preambolo, in particolare, la Costituzione del Burundi ove si proclama « *Conscients de l'impérieuse nécessité de promouvoir le développement économique et social de notre pays et d'assurer la sauvegarde de notre culture nationale* ».

¹²⁶ Educare, dal termine latino *educere*, è composto dalla particella *ex* - da, di fuori - e *ducere* - condurre, trarre - ed assume il significato di trarre fuori, far emergere.

¹²⁷ Si pensi, in particolare, alla rivoluzione culturale cd. proletaria che nel 1966 portò alla distruzione di molti beni del patrimonio culturale cinese, compresi migliaia di antichi monumenti, ritenuti mero retaggio della "borghesia".

infine, in ogni ipotesi, allo ‘scadimento’ socio-culturale e alla decrescita spirituale della comunità.

Proprio la valenza economica del bene culturale, utilizzata nei termini adeguati al bene stesso, può allora intervenire a supporto.

A fronte della perdita - o dell’assenza - del contatto intimo con il bene, allorché la percezione sia oscurata da altre esigenze più pressanti - quali di certo sono quelle di ‘sopravvivenza’ per i Paesi africani ma anche potrebbe essere una forte crisi economica peraltro oggi vissuta in diversi Paesi, non da ultimo il nostro Paese - se a questo stesso bene si ricollega un vantaggio esterno, come può essere appunto quello di un reddito economico, unito però anche a un più attivo coinvolgimento locale nonché a una campagna di sensibilizzazione ed educazione della coscienza collettiva al valore culturale, si potrebbe infine ben giungere a recuperare, insieme a quell’utilità, altresì il significato intrinseco del bene medesimo. In quest’ottica, rafforzando il legame bene-comunità, anche la valenza economica del bene culturale - che resterebbe tale, consolidandosi anzi nella consapevolezza della comunità - ne uscirebbe automaticamente e naturalmente incrementata.

In altre parole, non si tratta qui soltanto di mantenere fermo il godimento pubblico del bene culturale.

Rendendo più partecipe la collettività e consentendo anche una qualche utilità a suo vantaggio, attraverso il mezzo-bene culturale, preservandolo e promuovendolo, lo Stato può favorire uno sviluppo e un benessere ‘materiale’ effettivo insieme alla crescita, rafforzandola, della dimensione culturale e, se si vuole, ‘spirituale’ delle comunità, al contempo dando maggiore vigore alla percezione sociale della valenza identitaria.

In questo processo di recupero identitario, il bene culturale - anche se solo alla fine e a seguito del conseguimento di interessi, come quello economico, diversi da quelli culturali ma comunque in tale bene altresì insiti - di certo riuscirebbe a riacquistare, presso la collettività, il suo valore culturale intrinseco, connesso alla sua essenza e, nello stesso tempo, attraverso il godimento e la partecipazione ‘collettiva’, anche e soprattutto quello estrinseco conseguente alla sua ‘percezione’ o, meglio, alla relazione percettiva instaurata con esso dalla comunità. In poche parole, ben recupererebbe la sua valenza di “bene comune culturale”, valenza che prescinde dall’appartenenza ma che è funzionale al perseguimento e al soddisfacimento, attraverso la fruizione e la partecipazione, di finalità proprie della collettività, consentendo la realizzazione di diritti nonché di interessi fondamentali - come anche è quello all’identità

culturale - indispensabili per lo svolgimento e la crescita della personalità umana nella comunità¹²⁸.

Tutto ciò ritrovando l'armonia con la dimensione fisica – l'esteriorità storico-artistica - e con la valenza materiale – l'economicità – pure ascrivibili al bene comune culturale, anzi con questi profili facendoci finalmente 'pace'.

¹²⁸ Ancora, Corte Cass. n. 3665/2011, cit.