

Mario Sanino

**Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale nel
contenzioso relativo al Patrimonio Culturale**

Convegno Nazionale

I Beni Culturali tra Diritto ed Economia e tra Centro e Periferia

Ravello, 27-29 ottobre 2017
Auditorium Oscar Niemeyer

PARTE I

Il potere di conformazione della Amministrazione

1 - Il concetto di bene culturale	3
2 - Il regime giuridico.....	6
3 - La cultura come espressione di sintesi	8
4 - La tipologia dei beni culturali.....	11
5 - La diversificazione dei beni culturali	13
6 - L'intervento della Pubblica Amministrazione.....	15
7 - L'accertamento dell'interesse pubblico	17
8 - La discrezionalità della P.A.	19
9 - La discrezionalità tecnica	22
10 - Il procedimento amministrativo.....	24
11 - L'attività di accertamento.....	26

* * *

PARTE II

Discrezionalità e sindacato

1- La verifica della discrezionalità	28
2 - Il sindacato giurisdizionale	31
3 - Gli apprezzamenti della giurisprudenza	37

PARTE I

Il potere di conformazione della Amministrazione

* * *

1 - Il concetto di bene culturale

La verifica di un bene come culturale può dar luogo frequentemente ad un contenzioso con il proprietario del bene; e il contenzioso inevitabilmente coinvolge la discrezionalità della amministrazione e più specificamente l'apprezzamento tecnico che la amministrazione in via preliminare è tenuta a compiere. Appare puntuale quindi la sollecitazione ad una meditazione sui limiti del giudice nell'esaminare la valutazione tecnica della amministrazione.

Ma tale valutazione è correlata con la qualificazione del bene, che richiede quindi qualche osservazione preliminare.

Come è noto, vi è un concetto sostanziale di bene culturale, che forma oggetto di studio da parte delle corrispondenti discipline; e vi è un concetto giuridico il quale varia a seconda di come si atteggi il diritto positivo. Il concetto di bene culturale è di per sé pregiuridico, e rileva giuridicamente soltanto in quanto si concretizzi in un regime differenziato e particolare. Occorre dunque distinguere una nozione sostanziale di bene culturale, da un'altra che ha carattere giuridico e che si identifica con il regime dei diritti reali corrispondenti.

La prima è suscettibile di ogni approfondimento ed ha carattere universale; la seconda è invece nitida e ben precisa, ma ha carattere contingente, in quanto è condizionata dall'atteggiarsi del diritto positivo; è relativa e non assoluta, in quanto dipende dal tipo di ordinamento, dalla sua evoluzione e dal contenuto di

quest'ultimo, ed è connotata dall'intervento del legislatore e dalla conseguente attuazione da parte della Amministrazione.

Tali apprezzamenti sono il frutto di una meditazione approfondita della lettera della normativa e della valutazione interpretativa della dottrina, della giurisprudenza e del diritto comunitario¹.

Forse in questa prospettiva si percepiscono meglio le innumerevoli espressioni della giurisprudenza che - anche sulla scorta delle indicazioni ricavabili dagli artt. 1 e 2 del D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 - ritiene di ricomprendere tra i beni culturali (rectius: nel patrimonio culturale), beni individuati con espressioni differenziate, sia pure riconducibili al patrimonio culturale del Paese. Ci si riferisce ad espressioni come: beni archeologici, centri storici, finalità storico-artistiche, bellezze naturali, interesse paesaggistico, ed altre².

La utilizzazione di varie locuzioni per indicare un bene collocato nel patrimonio culturale, sta a significare che le speciali caratteristiche del bene richiedano frequentemente discipline differenziate, frutto di speciali valutazioni del legislatore.

Secondo una autorevole opinione, il bene culturale è dotato di un interesse che si può, anche se solo a grandi linee, definire nei suoi contenuti, ed ogni schematizzazione si presta ad essere opera di sintesi di tre categorie di concetti:

¹ La dottrina ha avuto un ruolo determinante per la conoscenza e approfondimento dell'argomento. E tra gli Autori che hanno offerto un notevole contributo al riguardo, si ha l'opportunità di averne numerosi partecipanti al presente Convegno e tra i più rappresentativi. Ai lavori di costoro si è fatto frequente riferimento.

² In realtà si è presa coscienza del contenuto dell'articolo 9 della Costituzione e della importanza e della vastità di tale argomento in tempi relativamente recenti e il nostro legislatore ha dovuto occuparsene pressoché periodicamente dagli anni '50 in poi, dapprima utilizzando l'esperienza delle note leggi del 1939 e quindi con interventi organici come il D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616, la legge 15 marzo 1997 n. 59 e il D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 112, il D.Lgs. 20 ottobre 1998 n. 368 ed infine il D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'art. 10 della legge 6 luglio 2002 n. 137).

dell'interesse artistico, di quello storico e di quello scientifico. Queste sono le tre categorie nelle quali può essere astrattamente scomposto l'interesse culturale proprio di certi beni. E questi tre concetti vanno separatamente considerati, anche se nella realtà essi si presentano spesso compenetrati, cumulandosi negli stessi beni in una misura che varia a seconda delle circostanze, e che è impossibile definire a priori. La nozione che attraverso di essi si dà è di carattere sostanziale e non ancora giuridico, ma essa è ugualmente importante, in quanto aiuta a comprendere la portata di quest'ultima³.

In realtà occorre segnalare che le frequenti critiche, o, comunque, le osservazioni perplesse che vengono manifestate in argomento prendono le mosse da una seria difficoltà ad offrire una soddisfacente e completa definizione del bene culturale; la verità è che in conclusione, si è offerta di questi beni più una descrizione che una definizione.

* * *

³ Una interessante ricostruzione degli interessi perseguiti con l'intervento della Pubblica Amministrazione si rinviene in Cons. Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 669.

2 - Il regime giuridico

La realtà sostanziale, che è alla base di un regime giuridico differenziato, è costituita dalla presenza di oggetti i quali siano stati elaborati dall'opera dell'uomo, così da avere acquisito pregi estetici o scientifici, ovvero che siano testimonianza di civiltà o comunque di eventi degni di nota nel caso dei beni storici, o infine siano rappresentati da entità che abbiano interesse per le discipline scientifiche.

Come è stato sottolineato dai cultori della materia, l'interesse dei beni culturali quando non è artistico, ma storico, fa riferimento ad oggetti i quali ci consentono di ricostruire le vicissitudini e le civiltà del passato. Si distingue peraltro un interesse storico in senso stretto da altre più specifiche categorie di questo interesse, come nel caso dell'interesse archeologico, il quale attiene a beni i quali ricostruiscono civiltà delle quali sono l'unica testimonianza. Questi beni attestano la presenza di attività umana, così che loro tramite si può ricostruire un'epoca storica.

I beni di interesse scientifico e non artistico sono quelli che costituiscono il risultato di un'attività scientifica. Accanto all'arte vi è la scienza e la tecnica. Anche la scienza e la tecnica sono espressione dei pregi dell'intelletto e dell'attività umana. Non c'è solo l'arte, ma anche la scienza e la tecnica come attività culturali.

In ogni caso l'interesse culturale del bene che sia riferito all'attività intellettuale, al genio di colui che gli ha impresso i pregi culturali, se è proprio della singola persona che ha posto in essere la corrispondente attività, costituisce anche, per ciò stesso, motivo di vantaggio per tutta la collettività alla quale il bene appartiene.

Può avere interesse culturale qualunque oggetto che abbia interesse scientifico in sé, anche a prescindere dall'attività umana. Se il bene ha interesse scientifico, ciò può essere per il fatto che esso riguarda la scienza, in quanto strumento di attività scientifica. La flora, la fauna non vivente, i fossili, le formazioni geologiche, e tutte le entità materiali che appartengono al mondo dei minerali, hanno un interesse culturale di natura scientifica sotto questo punto di vista. Il bene di interesse scientifico non è solo quello sul quale si è manifestata la scienza e la tecnica, ma anche quello che è utile, per la sua particolare natura, ad arrecare un apporto all'attività scientifica.

Fra tutti i beni culturali, quelli di interesse scientifico non dovuti all'opera dell'uomo, sono gli unici ai quali non si adatti la indicazione legislativa, secondo cui sono beni culturali tutti quelli che costituiscono testimonianza di civiltà; tale prerogativa ricorre per i beni di interesse artistico e storico - intendendo tale ultimo termine in senso lato - nonché per quelli di interesse scientifico dovuti all'opera dell'uomo, ma non per quelli che sono tali in quanto esistenti in *rerum natura*. Il che però nulla toglie all'interesse culturale anche di tale specifica categoria di beni.

Alla luce di quanto sin qui esposto può affermarsi che la definizione giuridica dei beni culturali, in quanto deve essere intesa in riferimento alla normativa alla quale essi sono assoggettati, si identifica con quest'ultima normativa, e deve essere data in rapporto a tale regolamentazione.

* * *

3 - La cultura come espressione di sintesi

La trattazione dei beni culturali, che viene condotta ai sensi del diritto positivo, ne costituisce la definizione giuridica; il concetto giuridico si basa su disposizioni ben precise. La nozione giuridica, quale appare nella sua positività, peraltro non deve far dimenticare quei profili sostanziali, che il legislatore ha valorizzato, ed in forza dei quali funzionalizza la sua tutela.

Nel Testo Unico non si parla, senza ulteriori specificazioni, di beni culturali, ma vi si aggiunge il riferimento a precise categorie. Il concetto di bene culturale è espressione di sintesi, in quanto (come avverte anche la giurisprudenza) ricomprende in sé categorie fra loro fortemente differenziate, quali sono quelle dei beni di interesse artistico, storico, archeologico, numismatico etc.. Come tale, esso sorge solo in tempi relativamente recenti. Il legislatore ha tardato a riconoscere come unitaria la categoria di questi beni, in quanto i suoi interventi per lungo tempo sono stati individuali e non organici. Tale espressione è però ormai diventata di universale applicazione nel corrente linguaggio legislativo.

Le disposizioni vigenti adottano criteri di identificazione differenziati a seconda delle circostanze, in rapporto alle modalità di tutela che vogliono seguire, a seconda cioè che questa (tutela) debba essere più o meno intensa, ed in relazione pertanto alle categorie di beni culturali che si prendono in considerazione. Una definizione che abbia una valenza giuridica non può basarsi che su criteri i quali necessariamente variano a seconda delle norme che lo conformano, e che tengono conto dell'entità degli interessi che si vogliono salvaguardare.

Il regime proprio del diritto soggettivo di proprietà non è, come è noto, uniforme — nel nostro come in ogni altro ordinamento —, ma si atteggia in

maniera differenziata a seconda del tipo o categoria di proprietà. Il diritto reale di proprietà non è disciplinato in maniera univoca dal legislatore, ma attraverso distinti complessi normativi, i quali definiscono una condizione giuridica dei beni culturali, la quale è fortemente caratterizzata e diversa rispetto agli altri tipi di proprietà. Come esiste, ad esempio, una proprietà che ha ad oggetto i beni mobili, ed un'altra che ha ad oggetto i beni immobili, una proprietà edilizia e una proprietà agraria, una proprietà delle cose fungibili e di quelle infungibili, così esiste una proprietà dei beni culturali. Una delle categorie di diritti reali, dotata di caratteristiche proprie, è appunto quella dei beni culturali, i quali sono stati oggetto di norme le quali ne hanno evidenziato i profili pubblicistici, che si identificano con la tutela della loro culturalità.

Se il concetto sostanziale di bene culturale è unitario, altrettanto non può dirsi per la nozione giuridica, perché il diritto positivo ne ha ricostruito un regime particolare attraverso vincoli e norme le quali hanno utilizzato e dato rilevanza in vario modo a quel concetto, a seconda dell'intensità e delle modalità della tutela. Anche nell'ambito di un'unica categoria di beni culturali, e quindi considerando ciascuna nella sua specificità, vi sono diversità notevolissime, le quali sono determinate dalle differenze esistenti all'interno di ciascun tipo di oggetti. Varia quindi la nozione giuridica e positiva di bene culturale, perché varia il regime giuridico differenziato che a seconda delle circostanze ricorre per quei beni. Occorre quindi ricostruire su base positiva questo concetto, tenendo presente che ogni scelta dei contenuti normativi è frutto di una valutazione contingente del legislatore, e che in essa non vi è niente di assoluto. Sono sostanzialmente questi i problemi dei quali si sono occupati gli studiosi e ci ha privilegiato di contributi molto interessanti per comprendere la specialità dei beni culturali.

Risulta addirittura pressoché impossibile ricordarli tutti, ma con soddisfazione può affermarsi che della maggior parte di essi si è tenuto conto.

In conclusione, può affermarsi che dei beni culturali la nostra più recente legislazione, e cioè gli artt. 2 e 3 del vigente Testo Unico, fornisce un'indicazione analitica, e quindi una tipologia complessa e particolareggiata. Nella legge si rinvennero riferimenti a singole categorie di beni culturali e tuttavia, nello stesso tempo, il legislatore ha chiaramente voluto tutelare tutti i beni i quali presentino pregi culturali degni di rilievo, per cui ogni indicazione, per quanto minuziosa e precisa, non deve ritenersi che escluda la presenza di beni da essa non espressamente richiamati. Di qui l'importanza dell'intervento della Amministrazione che, con un suo atto discrezionale, può attribuire ad un bene la qualifica di culturale con tutte le conseguenze che sono connaturali a tale valutazione e a tale forma di proprietà.

Ciò risulta dal già citato Testo Unico, che consente al legislatore di individuare ulteriori beni, in aggiunta a quelli espressamente ricompresi nelle apposite categorie, in quanto siano testimonianza «avente valore di civiltà». Questo richiamo si traduce in una definizione di bene culturale che tutti li ricomprende. Tale nozione è essenziale da un punto di vista sistematico e interpretativo, in quanto consente di rimediare a tutte quelle carenze, le quali sono inevitabilmente insite in ogni indicazione analitica.

* * *

4 - La tipologia dei beni culturali

La tipologia dei beni culturali contenuta nel Codice dei beni culturali, che assorbe, ampliandola, l'elencazione contenuta nella legge n. 1089/1939, non è dunque categorica. Quello che rileva ai fini dell'imposizione del vincolo è il pregio artistico, o scientifico o storico del bene, il quale può sussistere anche al di là delle specifiche categorie indicate dalla legge.

Non sembra errato affermare che il legislatore si è veramente "sbizzarrito" ad elencare i beni culturali. Sta di fatto che nelle norme del codice (in particolare artt. 1, 2, 10, 11) è estremamente difficoltoso individuare qualche dimenticanza: ed invero sono state raccolte nelle norme sopra indicate tutti i beni che avevano trovato menzione in tutta la legislazione precedente.

Non si ritiene opportuno quindi elencarle di nuovo in questa sede. Si ritiene sufficiente aggiungere che la determinazione dei beni culturali indicati negli artt. 2 e 3 recepisce le preesistenti distinzioni legislative, superando però la legge n. 1089 del 1939 per una maggiore completezza, con una concezione più moderna, soprattutto per quello che concerne la storia della scienza e della tecnica⁴. Ed è anche significativo, in quanto caratterizzante della condizione giuridica dei beni culturali, che vengano esclusi dalla protezione accordata le opere di autori viventi, o la cui esecuzione risalga a meno di cinquanta anni. Per tali beni si applica la normativa prevista per la tutela del diritto di autore. Come si è sempre saputo, i contemporanei non sono buoni giudici del valore artistico delle opere che vengono elaborate in un determinato momento storico; e il legislatore ne ha preso atto, disponendo in sostanza che solo i beni di autori non

⁴ Come noto, un autorevole Autore, ha criticato il testo normativo segnalando che si è trattato soltanto ad una "rimessa in ordine" dei beni come se si fosse "*mutato il posto dei libri in una biblioteca senza aggiungerne nessuno di nuovo*".

contemporanei possono essere qualificati come culturali. Opere esaltate come di grande valore sono state poi svalutate, ed altre ignorate o disprezzate sono risultate capolavori. Accontentiamoci ora di sapere che la norma programmatica dell'art. 2 afferma che *“Il Patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici”*. Ed ovviamente di questi beni si procede a disciplinarne anche la “valorizzazione” e la tutela.

Anche tali interventi sarebbero da approfondire, ma non è questa la sede, e si preferisce rinviare ai noti prestigiosi contributi degli insigni Autori, come già segnalato presenti al Convegno (al pari del resto a ulteriori delicatissimi argomenti come, la circolarizzazione, il regime fiscale, la sponsorizzazione)

* * *

www.unioneamministrativisiti.it

5 - La diversificazione dei beni culturali

La posizione dei beni culturali quindi è varia. Vi sono quelli appartenenti alla pubblica amministrazione, gli immobili riconosciuti di interesse artistico e storico, di proprietà di enti autarchici territoriali, nonché quelli di interesse archeologico, che sono assoggettati al regime giuridico dei beni demaniali. Questa variabilità rileva non solo per individuare la disciplina positiva, ma anche per la valutazione del governo di detti beni (anche questo argomento ... sfugge a queste misere considerazioni). Analogamente sono assoggettati alla demanialità i beni mobili di proprietà di enti territoriali autarchici, se facenti parte delle raccolte di musei, pinacoteche, archivi o biblioteche. Dispone il comma 2, dell'art. 822 c.c.: «Fanno parte del demanio pubblico, se appartengono allo Stato, ... gli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia; le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche ...». Tale disposizione è stata richiamata dall'art. 54 del Testo Unico, secondo il quale «I beni culturali indicati nell'art. 822 del codice civile appartenenti allo Stato, alle regioni, alle province, ai comuni costituiscono il demanio storico, artistico, archivistico e bibliografico e sono assoggettati al regime proprio del demanio pubblico». La norma ha correttamente menzionato, fra i possibili soggetti di proprietà demaniale, tutti gli enti autarchici territoriali, completando, con il riferimento alle Regioni, la dizione del codice civile.

I beni culturali che appartengono al patrimonio indisponibile sono tutti quelli di proprietà dell'amministrazione, destinati ad un fine di pubblico interesse, che non sono assoggettati al regime della demanialità. Tali sono, pertanto, i beni culturali mobili e immobili di proprietà di enti pubblici non territoriali. Ad essi vanno aggiunti quei beni culturali mobili di proprietà di enti territoriali autarchici, i

quali non fanno parte di raccolte di musei, biblioteche e pinacoteche. I singoli beni mobili di interesse artistico o storico o comunque culturale normalmente sono raccolti in collezioni di musei, archivi, pinacoteche o biblioteche, ed allora sono demaniali se di proprietà di enti territoriali autarchici, perché altrimenti essi appartengono al patrimonio indisponibile. Se non fanno parte di collezioni, essi sono arredi di edifici adibiti ad un pubblico servizio, ed allora, per questo motivo, rientrano fra i beni del patrimonio indisponibile. Nel caso tuttavia che neppure anche questa ipotesi ricorra, è indubbio che il loro pregio culturale non consente di equipararli ai beni del patrimonio disponibile, ma che si tratta di beni destinati ad un fine di pubblico interesse, che in quanto tali sono assoggettati alla indisponibilità.

* * *

www.unioneamministratori.it

6 - L'intervento della Pubblica Amministrazione

Tutti i beni culturali hanno un oggettivo profilo pubblicistico, che ne determina l'assoggettamento ad un regime giuridico particolare. Nel nostro ordinamento, la presenza di un regime giuridico differenziato non è uniforme; ma esso, nei beni culturali, fa riferimento alla diversa intensità dell'interesse pubblico che il legislatore ritiene in essi insito. Questo sarebbe massimo per le cose di proprietà dello Stato e degli enti territoriali autarchici, minore per gli enti pubblici non territoriali e per le persone giuridiche o fisiche private; così che il corrispondente regime giuridico varia a seconda della valutazione dell'interesse pubblico che è compiuta dal legislatore e attuata dalla Amministrazione. L'entità del vincolo cambia dunque in rapporto al regime giuridico al quale il bene è assoggettato; nel senso che tale regime non è omogeneo, ma è condizionato, oltre che dalla materiale consistenza della cosa, dal profilo soggettivo di appartenenza. I beni spettanti alla pubblica amministrazione sono assoggettati ad un vincolo molto intenso, e ad una assoluta — per i beni pubblici — o comunque cospicua — per i beni del patrimonio indisponibile — funzionalizzazione, nei loro confronti, dell'attività amministrativa propria dell'ente titolare; mentre per i beni appartenenti a privati vi sono restrizioni ed obblighi meno rigidi. Di qui la complessità e delicatezza dell'intervento conformativo della Amministrazione, al quale più oltre si farà cenno.⁵

Il legislatore prende in considerazione tali beni per il loro valore pubblicistico e collettivo, derogando, per queste ben precise ragioni, alla normativa che li riguarda, in quanto oggetto di diritti reali secondo il codice civile.

⁵ v. parte II, paragrafi nn. 1, 2.

Questa normativa ha lo scopo di derogare alle norme privatistiche sancite, più in generale, sui beni. I profili pubblicistici della legislazione sui beni culturali attengono alla loro conservazione e circolazione, ed al godimento da parte della collettività, traducendosi in limitazioni che subisce il proprietario a causa dell'interesse pubblico in essi insito.

Anche per i beni culturali appartenenti a privati si deve dire che l'interesse loro proprio è di spettanza della collettività e che, in quanto tale, fa passare in secondo piano il loro significato economico. I beni culturali sono oggetto di una legislazione che ne valorizza il profilo pubblicistico derogando, correlativamente, alla normativa che li avrebbe ad oggetto. Il concetto di bene culturale si identifica con quello di proprietà pubblica soltanto quando il soggetto titolare sia un ente territoriale autarchico, e si tratti di immobili o di raccolte di beni mobili; perché altrimenti tali beni sono solo oggetto di limitazioni che non ne fanno venir meno la condizione privatistica. Anche per questi ultimi la caratterizzazione pubblicistica è però in pratica analoga a quella dei beni oggetto di proprietà pubblica, e tale profilo assoggetta la proprietà culturale pubblica e privata ad un regime giuridico non molto dissimile.

Il differente regime giuridico dei beni culturali sia privati che pubblici non deve far dimenticare che l'attività su di essi compiuta è unitaria, quale espressione di un pubblico servizio, a parte le necessarie differenze dovute alla natura del soggetto che la compie. Anche se molti beni culturali non possono essere pubblici, tuttavia l'attività diretta a conservarne e valorizzarne i pregi corrisponde ad una finalità di pubblico interesse, per cui essa è assoggettata in ogni caso ad una disciplina giuridica di analoga natura.

* * *

7 - L'accertamento dell'interesse pubblico

In virtù di quanto sin qui esposto è comprensibile che la definizione legislativa dell'accertamento dell'interesse pubblico dei beni culturali implica il riferimento ad un'attività compiuta attraverso atti amministrativi di competenza del Ministero, la quale ha effetto costitutivo dell'imposizione del vincolo. I vincoli non diventano operativi in mancanza dell'accertamento, ma a questo conseguono. Quindi gli effetti costitutivi ci sono, e sono connessi all'atto di accertamento, e non solo al possesso, da parte del bene, dei requisiti sostanziali occorrenti. Le diverse modalità dell'accertamento della qualifica di bene culturale sono indubbiamente dovute alla differente posizione dei soggetti titolari, che trattandosi di privati richiede poteri autoritativi, dovendosi sacrificare interessi che appunto in quanto privati appaiono confliggenti, almeno potenzialmente, con quelli pubblici, mentre per gli enti pubblici o per enti privati senza fine di lucro, questi già sono preordinati a salvaguardare interessi pubblici o comunque affini a questi ultimi⁶.

La notifica di tale atto di accertamento produce un vincolo ben preciso sui beni immobili che ne sono oggetto, al quale consegue la trascrizione nei registri della conservatoria delle ipoteche, la quale, come mezzo di pubblicità, è idonea a portare a conoscenza dei terzi il vincolo stesso. Tutti coloro che li acquisteranno, o che costituiranno su di essi diritti reali, saranno in grado di conoscerne la presenza.

La notifica dell'interesse culturale del bene costituisce espressione la quale si riferisce sia all'atto di accertamento che alla notifica, quale procedimento di comunicazione disciplinato dalla legge. La notifica è un mezzo di comunicazione

⁶ Come unica citazione della dottrina sia consentito citare M.S. GIANNINI, il quale collegava la "pubblicità" non alla proprietà, ma alla "fruizione", del bene culturale.

che ha lo scopo di portare a conoscenza del destinatario il provvedimento dell'amministrazione. Esso è una condizione indispensabile perché il provvedimento, in quanto atto recettizio, espliciti i propri effetti giuridici. Ma questi derivano dall'atto che viene comunicato, e non dalla notifica in sé, che è solo un mezzo legale diretto a portarlo a conoscenza del destinatario⁷.

Una piena applicabilità delle disposizioni sui beni culturali presuppone che le norme siano destinate non solo ai proprietari, ma anche ai possessori e detentori. Quello che conta è che, anche in mancanza di un diritto di proprietà, la norma sia applicabile in quanto indirizzata a colui che del bene ha la materiale e concreta disponibilità. Nel Testo Unico è rimasta immutata la normativa circa i soggetti destinatari di questi provvedimenti, che sono dunque pur sempre, come accadeva precedentemente, non solo i proprietari, ma anche i possessori e detentori; nonché quella normativa, già richiamata, in tema di trascrizione di questi provvedimenti vincolistici, i quali, in quanto trascritti nei registri immobiliari, hanno efficacia «nei confronti di ogni successivo proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo».

* * *

⁷ Sull'argomento stranamente la dottrina non è uniforme

8 - La discrezionalità della P.A.

L'atto attraverso il quale si accerta il valore culturale dei beni, per sottoporli al corrispondente regime vincolistico, viene emanato sulla base di una valutazione discrezionale. L'accertamento richiede la conoscenza di discipline umanistiche o scientifiche, ed è atto non vincolato, ma libero e quindi discrezionale, ma di una discrezionalità fondamentale non amministrativa, ma tecnica, nella quale la libertà di valutazione che sussiste ai sensi del diritto positivo deve essere colmata, per così dire, attraverso discipline pregiudiziali, quali sono quelle che consentono di espletare correttamente tale accertamento. La discrezionalità tecnica implica dunque in sostanza un'attività vincolata, nella quale però il vincolo non proviene dalla legge, ma dalle regole pregiudiziali che devono essere applicate dall'interprete.

La valutazione culturale si configura quindi quale esercizio di una discrezionalità tecnica, nella quale la discrezionalità, cioè la libertà decisoria dell'organo che emana l'atto amministrativo, è condizionata integralmente da una serie di nozioni che possono qualificarsi «tecniche», in quanto riconducibili a discipline ben precise. Il termine «tecnico» deve essere convenzionalmente inteso, in senso giuridico, in riferimento anche a discipline umanistiche, come ad esempio la storia dell'arte, l'archeologia o l'architettura, e non solo scientifiche in senso stretto, come accade per i beni culturali di interesse scientifico. Quando viene compiuto un accertamento dei pregi culturali, la libertà lasciata dalla legge alla valutazione dell'organo che emana l'atto è colmata dalle operazioni intellettuali inerenti alle discipline che sono in grado di accertare i pregi culturali del bene. Così che il vincolo attinente all'accertamento, se non proviene dalla legge, nell'ambito dello spazio che questa ha lasciato all'amministrazione, deriva però

da discipline non giuridiche, le quali impongono a chi le utilizza di seguire certi schemi.

Il carattere soggettivo ed incerto della nozione di bene culturale, e quindi dell'appartenenza del bene stesso al patrimonio culturale, è da ricollegare alla difficoltà di accertamento dei suoi pregi estetici o storici o di altra natura. Vi sono discipline ben precise le quali sono determinanti per una corretta qualifica di tali oggetti; ma se si tratta di valutazioni le quali si collegano a discipline umanistiche e non scientifiche, non si ha la certezza dei risultati. Tuttora sussiste incertezza anche fra gli esperti al massimo livello per valutare certi capolavori, per sapere se realmente sono opera di un maestro della pittura o dei suoi allievi, o addirittura se si tratta di copie elaborate con tale perfezione da essere confuse con un originale. Un quadro può essere considerato come un'opera d'arte da certi critici, e da altri può invece essere svalutato. Il valore culturale di un oggetto non è un dato materiale, ma rispecchia un'operazione intellettuale che non si può schematizzare a priori, e che deve essere compiuta caso per caso. Questo fa sì che, ad esempio, per certi capolavori artistici di maggior rilievo, dubbi non ve ne possano essere, mentre per moltissimi altri beni culturali meno noti, quali sono quelli destinati a circolare fra i privati, ogni valutazione non abbia certo valore assoluto. Tutto questo però non riguarda il valore culturale del bene, che può essere o meno in esso oggettivamente presente, bensì la difficoltà di accertamento. I criteri adottati di individuazione di questi beni consentono tuttora un'ampissima libertà di valutazione nell'accertamento dei loro pregi culturali; così che la loro qualificazione, almeno per gran parte di essi, non è quasi mai un fatto automatico e privo di incertezze.

Tutti questi argomenti, giustificano la complessa problematicità dei mezzi di tutela a disposizione del privato (v. sul punto Parte II).

* * *

www.unioneamministrativisti.it

9 - La discrezionalità tecnica

Il carattere tecnico dell'attività discrezionale non esclude che la valutazione conseguente possa attenersi a direttive ben precise, e che tale attività ammetta quindi una pluralità di soluzioni, a seconda di come i criteri direttivi vengano seguiti. Non solo l'accertamento in sé, ma anche la rilevanza giuridica di quanto accertato si presta a valutazioni differenziate, a seconda delle modalità con le quali si intenda raggiungere un corrispondente interesse pubblico. Vi è indubbiamente anche la presenza di un elemento volontaristico nella valutazione discrezionale. Ciò accade in quanto una componente di discrezionalità amministrativa, di criteri di buona amministrazione, è necessariamente collegata alla discrezionalità tecnica.

Nell'accertamento dei pregi culturali dei beni la discrezionalità tecnica è richiesta per valutarli nella loro effettiva portata. Una volta che questo è avvenuto, vi è però anche una discrezionalità amministrativa, vi sono criteri di buona amministrazione che consentono di trarne le necessarie conseguenze circa l'opportunità dell'imposizione del vincolo: questo può essere imposto con un rigore più o meno intenso a seconda delle direttive con le quali l'opportunità di applicarlo è accertata⁸.

Il trarre le necessarie conseguenze dalla presenza dei pregi culturali, così come accertati dall'autorità competente, rientra nei criteri di buona amministrazione, nella discrezionalità amministrativa, non tecnica, la quale ultima attiene alla prima fase preliminare dell'accertamento, che del provvedimento impositivo del vincolo costituisce solo la necessaria premessa. Vi è l'esigenza di attenersi a criteri uniformi, perché lo stesso accertamento discrezionale può

⁸ L'argomento sarà ripreso anche in successive argomentazioni: per ora può segnalarsi tra le tante Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2015, n. 2903

condurre a risultati diversi, a seconda delle singole fattispecie. La limitazione della proprietà privata richiede la presenza non solo di un interesse culturale, ma di un interesse culturale particolarmente intenso, per il quale l'opportunità della protezione deve essere definita attraverso direttive elaborate dall'amministrazione.

La compenetrazione di una discrezionalità amministrativa con una discrezionalità tecnica è d'altra parte una caratteristica costante di molteplici attività amministrative, perché spesso competenze di per sé amministrative richiedono in chi è ad esse preposto, cognizioni tecniche: così ad esempio accade per i vari settori dell'economia (disciplinati dalle Autorità Indipendenti), per la sanità e per l'ambiente. E viceversa anche le scienze non giuridiche non possono non tenere conto di criteri di buona amministrazione.

In linea di massima qualunque settore dell'amministrazione pubblica richiede conoscenze di natura «tecnica», perché vengano svolte in maniera soddisfacente le corrispondenti funzioni; così come criteri di buona amministrazione sono inscindibilmente connessi con cognizioni tecniche. Si può aggiungere che indubbiamente il settore dei beni culturali è fra quelli nei quali i criteri di buona amministrazione sono più intensamente collegati con le discipline che studiano i vari aspetti dell'arte e della scienza.

* * *

10 - Il procedimento amministrativo

La difficoltà di ricostruire i rapporti tra la discrezionalità tecnica e quella amministrativa è indubbiamente dovuta all'incertezza che accompagna necessariamente certi giudizi valutativi. Uno dei punti più critici della materia è costituita dal procedimento di verifica (che viene doppiato da un ulteriore accertamento) e che attende una definitiva chiarificazione dal legislatore. Ma ciò non deve portare a ritenere che i criteri di giudizio degli organi competenti debbano essere sostituiti da una discrezionalità esclusivamente amministrativa, di competenza non di esperti, bensì di organi di amministrazione attiva di natura politica.

Se si volesse sottrarre un giudizio di tal genere, che viene comunemente definito come «tecnico», agli esperti di ciascuna materia, per conferirlo ai rappresentanti della collettività in quanto organi di amministrazione attiva, proprio per ovviare alle carenze che inevitabilmente sono insite in un giudizio «tecnico» di tal genere, si farebbe indubbiamente, sempre in ogni caso, un passo indietro quanto alla serietà e all'obiettività della valutazione, perché tale giudizio verrebbe a rispecchiare i gusti contingenti del pubblico, e non aspetti di culturalità più significativi, che solo esperti del settore sono in grado, pur con i limiti già segnalati, di accertare.

Ciò deve dirsi anche se i beni culturali per definizione appartengono al passato, sono opere di autori ormai scomparsi, e che per di più devono essere state elaborate da almeno cinquanta anni; e questo elimina il pericolo di quell'incertezza valutativa che ricorre invece per le opere dei contemporanei. Occorre riconoscere che il settore dei beni culturali ha una sua peculiarità che non può essere disconosciuta, e che esige che la sua tutela, attraverso un

accurato procedimento, sia rimessa fondamentale agli specialisti che, come uomini di cultura, e attraverso un accurato procedimento, sono in grado di apportare un contributo decisivo a tali valutazioni, che nessuna discrezionalità amministrativa, soprattutto se di natura politica, potrà mai disconoscere.

Il presente convegno d'altro canto, ha la finalità di sollecitare il nostro pigno legislatore a fare definitiva puntualizzazione sulla individuazione e consacrazione, del bene culturale.

* * *

www.unioneamministrativisti.it

11 - L'attività di accertamento

Comunque l'argomento non può abbandonarsi senza queste telegrafiche considerazioni conclusive.

L'attività di accertamento, a differenza di quanto accadeva secondo la legge n. 1089/1939, è ora disciplinata espressamente attraverso apposite norme procedurali.

Il Ministero avvia il procedimento di dichiarazione direttamente o su proposta formulata dal soprintendente, anche su richiesta della Regione, della Provincia o del Comune, dandone comunicazione al proprietario, possessore o detentore.

Le norme procedurali, attinenti all'attività mirante a sottoporre i beni appartenenti a privati al regime vincolistico, non possono dirsi particolarmente accurate e complete. Quando inizia il relativo procedimento, ne deve essere data comunicazione all'interessato, informandolo del significato della dichiarazione e degli effetti giuridici che ne derivano. In argomento, deve segnalarsi che il contraddittorio nel corso del procedimento con il privato non è serrato e completo; come si è visto l'atto della amministrazione è pregnante di tecnicismo e anche in tale prospettiva, dovrebbe prevedersi adeguata opportunità al privato⁹.

Dalla comunicazione del Ministero, deriva l'applicazione di un regime vincolistico in funzione cautelare, che viene effettuata in attesa che il procedimento giunga a termine. E tale regime cautelativo vincolistico viene meno quando è scaduto il termine indicato dallo stesso Ministro per il compimento del procedimento, ai sensi dell'art. 2, comma 2 della legge 7 agosto 1990,

⁹ Sono interessanti al riguardo le approfondite considerazioni di A. CARBONE,

n. 241. La nuova normativa tiene dunque conto delle garanzie procedurali introdotte attraverso le disposizioni che in materia hanno innovato. Come è noto, il legislatore ha voluto evitare che le lungaggini procedurali riescano di pregiudizio ai soggetti destinatari di provvedimenti amministrativi, ed ha statuito pertanto, a garanzia di questi ultimi, un termine entro il quale il procedimento deve essere ultimato, decorso il quale i poteri della pubblica amministrazione decadono. Tale termine, con funzioni esplicite di garanzia, ricorre - come si diceva - anche nell'ipotesi qui richiamata.

Il problema quindi che necessita qualche approfondimento, è quali mezzi il privato possiede per tentare di vanificare l'apprezzamento tecnico della Amministrazione.

* * *

www.unioneamministratorivisti.it

PARTE II

Discrezionalità e sindacato

* * *

1 - La verifica della discrezionalità

Occorre ora riprendere, sia pure in altra prospettiva, il discorso già accennato in precedenza (Parte I, 6, 7, 8, 9).

La disciplina dei beni culturali ha necessità di regole giuridiche puntuali. La difficoltà di adottare disposizioni adeguate è particolarmente sentita. Tale attività infatti risente notevolmente del carattere specialistico del settore che si propone di disciplinare: il diritto, in tali casi, non può non tener conto delle regole tecniche ed economiche che governano il mercato di riferimento.

Tutto ciò si riversa nell'atto di certazione adottato dalla P.A.; un atto altamente complesso perché tale è il fenomeno che intende regolare, ma che assume le vesti formali di un normale provvedimento amministrativo conformativo, quindi, sindacabile dal Giudice.

La presenza preponderante di valutazioni tecniche in tali provvedimenti, ha messo a dura prova i classici strumenti di sindacato giurisdizionale, preposti a tenere nella dovuta attenzione anche l'interesse del privato che non gradisce l'imposizione di un vincolo alla sua proprietà.

Da un lato, infatti, il controllo del Giudice è gradito dalla stessa P.A. in quanto fattore di legittimazione. Senza il sindacato la P.A. sarebbe priva di un guardiano, per cui, essendo totalmente deresponsabilizzata potrebbe perdere quote della sua indipendenza. Un potere sganciato da ogni forma di controllo

renderebbe più vulnerabile, non solo dal punto di vista degli equilibri costituzionali. Al tempo stesso, una pronuncia che legittima le scelte conferisce all'autorità, autorevolezza, contribuendo al rispetto delle regole dettate.

Dall'altro, sebbene si registrino grandi miglioramenti, il vero problema dei rapporti fra Giudice e P.A. resta la grande complessità tecnica della materia.

Nonostante il giudice amministrativo risulti l'operatore maggiormente attrezzato a valutare i rapporti fra il diritto e realtà economica culturale, resta di fondo una difficoltà notevole nel comprendere a pieno la valenza organica delle regole tecniche ed economiche accanto a quelle giuridiche.

Ecco che allora, in virtù dei più attuali orientamenti nazionali e comunitari, ciò che va affermandosi è un controllo giurisdizionale svolto alla luce della conoscenza specialistica della P.A., attraverso i penetranti strumenti della ragionevolezza intrinseca e dell'indagine sulle finalità della normazione. Solo un sindacato che verifichi l'atto conformativo avendo chiara la portata tecnico-specialistica della valutazione operata, potrà dirsi consapevole.

D'altronde, come ha affermato la giurisprudenza, la necessità di un sindacato giurisdizionale pieno rappresenta una forma di garanzia onde evitare che le scelte della P.A. supportate da un'adeguata motivazione tecnica, possano essere censurate solo perché risultano, se guardate dall'esterno, di difficile comprensione.

Una pronuncia che non ha ben chiari i presupposti tecnici e le finalità perseguite, può avere grandi conseguenze non solo sui soggetti privati, ma su tutta l'economia nazionale.

Il sindacato giurisdizionale sugli atti di conformazione, costituisce dunque un momento di estrema importanza e delicatezza: un giudice amministrativo

consapevole della portata delle regole tecniche che sindaca è un fattore cruciale per lo sviluppo e la crescita di un Paese¹⁰.

* * *

¹⁰ La giurisprudenza sul punto è consistente: una decisione seriamente da considerare è: Spunti di rilievo si rinvencono in Cons. Stato, Sez. IV, 5 marzo 2010, n. 1275. Tale decisione è di particolare interesse ove si puntualizza che "... l'area della opinabilità in cui sostanziano la discrezionalità tecnica e quella amministrativa, non è immune da un sindacato giurisdizionale che deve verificare se l'effetto di contestualizzazione della norma sia avvenuto attraverso l'adeguata comparazione e ponderazione dell'interesse pubblico fondamentale con quelli privati, della cui rispettosa considerazione l'amministrazione deve dare contezza. La forma di sindacato consentita al giudice è definita "sindacato debole", espressione con cui si intende porre solo un limite alla statuizione finale del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo logico-valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche o del buon agire amministrativo, anch'esse sindacabili, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli; proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre, fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti, assumerebbe egli la titolarità del potere".

2 - Il sindacato giurisdizionale

Ecco perché in questa materia, l'aspetto forse più delicato per il giudice è quello di trovare un equilibrio tra due posizioni opposte: esercitare quello che è stato, forse non del tutto felicemente, definito un "sindacato debole", ovvero esercitare un controllo che sconfinava nel merito delle decisioni assunte.

Quanto ai limiti del sindacato, non pare che si fuoriesca dal modello del tradizionale giudizio di legittimità, compresa la possibilità del cosiddetto accesso diretto al fatto e della connessa previsione di nuovi mezzi istruttori quali la consulenza tecnica¹¹.

In ordine a queste problematiche possono dedursi le seguenti considerazioni.

La recente evoluzione, nell'ordinamento italiano, degli orientamenti in materia di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica consente di affermare che il giudice può conoscere i fatti in modo pieno.

Con la conseguenza che gli è consentito verificare la logicità, la congruità, la ragionevolezza e l'adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, pur rimanendo nel solco della nostra tradizione giurispubblicistica; posto che la distinzione "cognizione piena del fatto" e "potere di determinazione in ordine al fatto"

¹¹ Sul punto v. Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515, in *Rep. Foro It.*, 2007 Giustizia Amministrativa, n. 295. In ordine al sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica si è espresso positivamente il Consiglio di Stato, arrivando ad affermare che anche i c.d. concetti giuridici indeterminati possono essere sottoposti al vaglio del giudice amministrativo servendosi, nel caso di specie, dello strumento della consulenza tecnica. Vedi anche Cons. Stato, Sez. III, 28 marzo 2013, n. 1837: la Pubblica amministrazione, anche nell'accertamento di fatti complessi alla stregua di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili, deve ispirarsi ad un rigore metodologico e ad una coerenza applicativa che non possono non essere suscettibili di verifica e di controllo da parte del giudice amministrativo, nel loro intrinseco svolgimento, al fine di evitare che la discrezionalità tecnica tramodi in arbitrio specialistico. Il giudice amministrativo, ex art. 67 c.p.a., è dotato del potere di avvalersi della consulenza tecnica, quale strumento processuale finalizzato alla verifica della correttezza delle valutazioni tecniche dell'Amministrazione.

giammai consente all'organo giurisdizionale di esprimere proprie autonome scelte, perché in tal caso assumerebbe egli la titolarità del potere.

E' da sottolineare, in questa ottica, la centralità di una valutazione caso per caso, sulla base degli elementi probatori di cui dispone il giudice amministrativo, tipici di un processo documentale, per quanto evoluto, e certo non paragonabili a quelli di cui possono disporre altri giudici, come quello penale.

Quando la decisione amministrativa dipenda dall'applicazione di valutazioni scientifiche, il giudice può procedere all'accertamento diretto dei fatti e dunque risolvere la controversia.

Ma là dove i provvedimenti amministrativi sortiscano da valutazioni rientranti nel novero delle scienze c.d. inesatte (per le quali vi sia un tasso più o meno alto di opinabilità; v. ragioneria e contabilità; economia aziendale, ecc.), ovvero facciano capo ai cosiddetti "concetti giuridici indeterminati", il giudice può sindacare soltanto la razionalità e coerenza delle valutazioni tecniche.

Occorre, dunque, che il giudice abbia la dovuta determinazione di non abdicare mai al sindacato, ma anche la saggezza di sapersi fermare al momento giusto, senza sostituirsi all'Amministrazione ed evitando qualsiasi commistione tra il ruolo del giudice e quello dell'autorità amministrativa¹².

Tale connotato è in realtà rilevabile da una valutazione comparativa e attenta della giurisprudenza intervenuta in sede di impugnazione.

¹² I provvedimenti adottati nell'esercizio di valutazioni tecniche, sono sindacabili nei limiti della sussistenza di vizi afferenti l'iter decisionale seguito e della verifica del corretto esercizio del potere attribuito dalla legge all'Amministrazione. Peraltro, nel caso in cui sia accertata la legittimità dell'operato dell'Autorità, sulla base della corretta utilizzazione delle regole tecniche sottostanti, il sindacato giurisdizionale non può spingersi oltre, fino al punto di sostituire la valutazione effettuata dall'Amministrazione con una diversa autonoma scelta, perché in tal caso vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'Amministrazione, la quale soltanto è titolare del potere. Il principio è pacifico ormai in giurisprudenza. Le decisioni sul punto sono numerose; sembra peraltro di particolare interesse Cons. Stato, Sez. VI, 11 settembre 2006, n. 5251 in *Foro Amm-Cons. Stato*, 2006, p. 2583.

Cioè a dire, è pur vero che originariamente si optò verso la dicotomia tra sindacato “debole” e sindacato “forte”, manifestando un orientamento preferenziale verso questa nuova e mai (concretamente) esternata eventualità di sindacato debole; lentamente, ma senza equivoci, ci si è allontanati da tale prospettiva ripiegando giustamente sulla qualificazione di una forma di sindacato del giudice corrispondente ai principi generali e senza limitazioni.

Insomma, gli aggettivi qualificativi sono idonei ad offrire immediatamente la percezione della problematica, ma è pur vero che possono alimentare facili equivoci concorrendo ad un annullamento della realtà effettiva.

Il sindacato che il giudice amministrativo esercita in tale ambito non è, innanzitutto, un mero sindacato di tipo formalistico, ma è un sindacato sostanziale che non incontra alcun limite con riguardo all'accertamento dei fatti oggetto di indagine.

In altri termini, il giudice amministrativo non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve stabilire se la valutazione complessa concernente la qualità di un bene, operata nell'esercizio del potere, debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di “contestualizzazione” della norma posta a tutela del bene della vita, sia, infine, nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro “contestualizzato”¹³.

¹³ Sul punto sono recentemente intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 1103 del 20 febbraio 2014 statuendo che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti della Amministrazione comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento. Tuttavia, quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità, detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini.

Del resto, occorre, senza incertezze e senza assumere posizioni equivoche, mandare a mente che l'estraneità della determinazione dello Stato in questi casi dal circuito dell'indirizzo politico, rende certamente necessario che il sindacato del giudice sia pieno, senza però che a questo sia consentito di operare in alternanza o in sostituzione della P.A..

Così argomentando perde rilevanza lo stabilire se il controllo vada qualificato come "forte" o "debole", "intrinseco" o "estrinseco" (espressioni queste che hanno pure avuto un certo successo)¹⁴.

Emerge, bensì, l'importanza dell'esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, e consente di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito alla P.A. sia stato correttamente esercitato.

L'apposizione di un vincolo su un bene è operazione delicatissima, ed è assolutamente necessario che l'ordinamento assicuri una tutela adeguata ed effettiva. Valutazioni affrettate e disinvolute alle volte producono danni incalcolabili senza un effettivo utile per la collettività.

Le valutazioni sin qui esposte, devono correlarsi alle valutazioni timidamente immaginate della forza conformativa della Amministrazione che varia notevolmente tra i tanti beni che si collocano all'interno della qualificazione "culturale". E' tanto ovvia questa considerazione che non necessita di ulteriori

¹⁴ Sull'argomento, il Consiglio di Stato, con la pronuncia sez. IV, 11 novembre 2010, n. 8023 ha argutamente osservato come "... per "tecnico «si intenda un giudizio di qualificazione che appartiene a discipline non giuridiche, in quanto i criteri dell'interpretazione giuridica non forniscono un significato autosufficiente né comprovabile in maniera assoluta. Si suole ritenere che la discrezionalità tecnica partecipi della relatività ed evoluzione delle conoscenze, propria dell'esperienza umana e coinvolge regole desunte da c.d. "scienze" (meglio sarebbe dire esperienze o discipline) non esatte. Due caratteri, dunque, la connotano: l'esser essa basata su regole non giuridiche; l'esser essa basata su regole non comprovabili in maniera universalmente accettata e, dunque, su regole opinabili...".

commenti: sia sufficiente ricordare la significazione reazione che a suo tempo fu manifestata dai proprietari di immobili affittati a librerie che la Amministrazione voleva qualificare di valore storico; ovvero al gravissimo contenzioso che si è formato in merito alla noncuranza della Amministrazione che prima qualifica “culturale” un immobile e poi lascia a carico del proprietario l'intero onere di manutenzione.

Prima di chiudere sia consentita una osservazione di carattere generale.

L'argomento trattato è in realtà di grande attualità perché ha sollecitato (da un po' di tempo) la manifestazione di avventurosi pareri da parte di qualche personaggio che evidentemente conosce la materia in assoluta superficie e non si è mai trovato di fronte a determinazioni della Pubblica Amministrazione che comprimevano la posizione del privato in modo immotivato, non credibile, ma soprattutto non corredato da idonea e convincente istruttoria.

Del resto, la circostanza che non di rado la Amministrazione interviene con iniziative senza adeguata coordinazione tra i più svariati argomenti, è il segno insuperabile delle carenze di quei rigorosi principi che soccorrono per la legittimità dell'atto.

Questi avventurosi apprezzamenti sono il segno di:

- non percepire che principi di rango costituzionale hanno voluto che il Giudice Amministrativo sia il guardiano rigoroso e inflessibile a difesa del cittadino contro l'autoritarismo della amministrazione;

- l'autore di certi atti della amministrazione deve essere più consapevole della importanza e della delicatezza delle sue funzioni, e quindi dovrebbe culturalmente essere particolarmente avveduto e non criticabile;

• non percepire che la funzione della discrezionalità della amministrazione è quella di intervenire a difesa dell'interesse pubblico e quindi non è consentito alcun intervento che sia pregiudizievole proprio della attività dei privati che abbiano correttamente seguito le regole che sussistono per quella materia.

* * *

www.unioneamministrativisti.it

3 - Gli apprezzamenti della giurisprudenza

Come annotazioni conclusive, può essere di qualche interesse porre telegraficamente in evidenza alcune statuizioni della giurisprudenza che contribuiscono a rafforzare gli apprezzamenti sin qui esposti.

Da rimarcare in ogni caso che gli interventi prescelti, riguardano anche arresti non specificamente concernenti i beni culturali, ma comunque senz'altro utilizzabili anche per la materia dei beni culturali.

E' il caso avvertire inoltre che le statuizioni che si riportano non sono riferibili ad una (sola) specifica decisione ma sono la sintesi di varie decisioni; per questo motivo non è corretto riportare gli estremi delle statuizioni che si vanno ad elencare. Per completezza in ogni caso in nota verranno riportati gli estremi di alcune decisioni più significative.

3.1 - In primo luogo rilevano gli apprezzamenti sul procedimento.

Si è precisato infatti che il procedimento di cui agli artt. 59 e 60 d.leg. 490 del 1999, in tema di interesse storico ed artistico, va qualificato come procedimento amministrativo nel più classico dei suoi significati ("forma della funzione amministrativa"), riguardando l'esercizio di un potere di natura pubblicistica, preordinato all'acquisizione di beni vincolati per il perseguimento di finalità di interesse generale.

Ed inoltre, da un lato l'imposizione del vincolo non richiede una ponderazione degli interessi privati unitamente ed in concorrenza con gli interessi pubblici connessi alla tutela, sia perché la dichiarazione di particolare interesse sotto tale profilo non implica un vincolo a carattere espropriativo, costituendo i beni in questione una categoria originariamente di pubblico

interesse, sia perché, comunque, la disciplina costituzionale della materia erige quello culturale a valore primario dell'ordinamento.

3.2 - Per quanto concerne il raffronto e la sovrapposizione di vincoli si è avvertito quanto segue.

La materia del paesaggio non è riconducibile a quella dell'urbanistica né può ritenersi in quest'ultima assorbita o ad essa subordinata, con la conseguenza che non può essere considerato vizio della funzione preposta alla tutela del paesaggio, il mancato accertamento dell'esistenza, sul territorio oggetto dell'intervento paesaggistico, di eventuali prescrizioni urbanistiche, le quali rispondono ad esigenze diverse che, in ogni caso, non s'inquadrano in una considerazione globale del territorio.

I beni costituenti bellezze naturali possono formare oggetto di distinte forme di tutela ambientale, anche in via cumulativa, a seconda del profilo considerato, con la duplice conseguenza che la tutela paesaggistica è perfettamente compatibile con quella urbanistica o ecologica, trattandosi di forme complementari di protezione, preordinate a curare, con diversi strumenti, distinti interessi pubblici, e che il Comune conserva la titolarità, nella sua attività pianificatoria generale, della competenza ad introdurre vincoli o prescrizioni preordinati al soddisfacimento di interessi paesaggistici¹⁵.

3.3 - La giurisprudenza ha poi respinto qualsiasi tentativo che fosse destinato all'impoverimento della discrezionalità della Pubblica Amministrazione, nella individuazione del bene culturale.

Ed invero, la disposizione, che consente la realizzazione di impianti tecnologici ed infrastrutturali quali sistemi fognari e di depurazione, idrici, elettrici

¹⁵ Si può constatare la delicatezza dell'argomento in Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2110.

telefonici e sistemi simili di pubblica utilità sia di rilevanza comunale che sovra comunale in eventuale deroga alle prescrizioni di piano, non esclude, tuttavia, la persistenza, in ogni caso, del potere della soprintendenza di valutare, in concreto, l'impatto paesaggistico della nuova opera e, in particolare, di valutarne la compatibilità paesaggistica (principio affermato in riferimento al piano territoriale paesistico dei comuni vesuviani).

Pur se risulta approvato un piano particolareggiato che ha ottenuto una valutazione positiva "in via di massima" sotto il profilo paesaggistico, l'autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico ben può respingere l'istanza di autorizzazione, in ragione dell'incidenza che avrebbe la realizzazione delle opere previste dallo specifico progetto in esame.

3.4 - Per contro, può essere interessante constatare l'importanza che la giurisprudenza ha assegnato alla autorizzazione della Amministrazione.

Ed invero, in tema di beni d'interesse artistico o storico appartenenti a privati, l'art. 30 L. 1° giugno 1939 n. 1089 (nella specie, applicabile *ratione temporis*) prevedeva l'obbligo di denunciare al competente ministero ogni atto che comportasse il trasferimento, in tutto o in parte, della proprietà o della detenzione della cosa soggetta a vincolo, anche nel caso di successione mortis causa, attribuendo l'art. 31 della stessa legge, significativamente, il diritto di prelazione in favore dello stato, e stabilendo il successivo art. 61, nel solo interesse dello stato, la nullità degli atti compiuti in violazione della suddetta prelazione, senza, quindi, che tale nullità potesse essere fatta valere nei rapporti tra privati. Ne consegue l'inapplicabilità della citata normativa all'acquisto per usucapione, il quale attiene agli effetti di un possesso protrattosi per un ventennio e non ad un atto giuridico.

Il proprietario di un bene immobile gravato dal vincolo di interesse storico ed artistico, assoggettato ad esecuzione forzata, non è legittimato a far valere, attraverso l'opposizione all'esecuzione, la circostanza che il bene stesso sia stato aggiudicato in assenza dell'autorizzazione del ministero per i beni culturali, prescritta, a pena di nullità dell'alienazione, dall'art. 56 d.leg. 22 gennaio 2004 n. 42 (codice dei beni culturali). La suddetta autorizzazione, infatti, è prevista nell'interesse dello stato, con la conseguenza che il solo ministero competente è legittimato a farne valere la mancanza.

E addirittura si specifica che gli interventi di manutenzione e restauro di beni culturali possono essere effettuati, ai sensi dell'art. 29 d.leg. 42/04 solo da chi abbia la qualifica di restauratore di beni culturali ovvero abbia conseguito un titolo di studio equivalente ad un diploma di laurea magistrale o da chi, in possesso di specifici requisiti di attività professionale alla data del 16 dicembre 2001 (data di entrata in vigore del d.m. 24 ottobre 2001 n. 420, applicabile alla controversia *ratione temporis*) abbia superato specifica prova di idoneità¹⁶.

Ed ancora, rileva a dimostrazione della valenza del vincolo, la circostanza che, ai sensi dell'art. 62, 2° comma, d.leg. n. 42 del 2004, la regione e gli altri enti territoriali, nel termine di venti giorni dalla denuncia, formulano una proposta di prelazione, corredata dalla deliberazione dell'organo competente che predisponga, a valere sul bilancio dell'ente, la necessaria copertura finanziaria della spesa indicando le specifiche finalità di valorizzazione culturale del bene; da tale norma si ricava che l'esercizio del diritto di prelazione da parte dell'ente locale richiede una specifica motivazione in ordine alla finalità di valorizzazione del bene; il generico riferimento all'intenzione di destinare l'immobile a

¹⁶ Sull'argomento significativa è Cons. Stato, Sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1261.

“contenitore culturale” non soddisfa il requisito previsto dalla legge, perché non indica una specifica finalità di valorizzazione culturale; si tratta, al contrario, di un’espressione generica ed astratta, compatibile con una pluralità di utilizzazioni tra di loro variegata; quella formula, quindi, contrariamente a quanto la legge prescrive, non è in grado di dare atto di quella che sarà la finalità di valorizzazione culturale in nome della quale viene sacrificato il diritto del privato.

Il diritto di prelazione su un bene culturale può legittimamente essere esercitato anche in relazione ad un bene che sia stato oggetto di espropriazione forzata, restando irrilevante la circostanza che l’ente interessato all’esercizio del diritto di prelazione avrebbe potuto partecipare al procedimento di vendita forzata.

All’interno dell’amministrazione comunale, competente a deliberare il provvedimento con cui formulare nei confronti del competente ministero la propedeutica proposta di prelazione di un bene culturale è la giunta comunale, atteso il carattere meramente preparatorio di tale atto, prodromico rispetto al trasferimento della titolarità del bene, restando irrilevante che il bene culturale sia un bene immobile.

3.5 - E la consistenza e la forza dell’intervento della P.A. sono dimostrate anche dalla circostanza che la facoltà di prelazione possa qualificarsi come oggetto di un diritto potestativo in senso civilistico non neutralizza la natura dell’azione amministrativa, che si configura secondo il noto schema norma-potere-effetto, retto dal principio di legalità essendo detto asserito diritto il postulato di una posizione di supremazia speciale, e non già di una relazione di stampo privatistico; in tal senso, d’altronde, il diritto di prelazione dell’amministrazione su beni di rilievo storico o artistico opera di una dimensione

prettamente pubblicistica - in quanto tale soggetta alla giurisdizione del giudice amministrativo - poiché l'acquisizione dei beni in questione non avviene attraverso un mero rapporto negoziale, in forma procedimentalizzata: non, quindi, in via di esercizio di un diritto soggettivo entro termini decadenziali, ma come espressione di potestà amministrativa che si può definire di natura ablatoria.

3.6 - Solo per mera completezza infine, si possono ricordare i vari interventi della giurisprudenza in tema di riparto.

Si è segnalato che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo in caso di controversia vertente sul pagamento dell'indennità per il mantenimento di opere abusive eseguite in violazione delle norme sulla protezione delle bellezze naturali e panoramiche, ai sensi dell'art. 15, 1° comma, l. 29 giugno 1939 n. 1497 n. 1497, in quanto essa si ricollega a posizioni di interesse legittimo; qualora invece, l'oggetto della controversia riguardi propriamente la procedura coattiva di riscossione, qualora il privato contesti l'attività di realizzazione della pretesa creditoria in ragione della illegittimità formale del titolo, ovvero del sopravvenuto venir meno del diritto a procedere esecutivamente, la relativa cognizione spetta al giudice ordinario.

Ed ancora si è avvertito che l'istituto della prelazione sulle cose di interesse storico, artistico ed archeologico di proprietà privata differisce nettamente dall'omonimo istituto civilistico, costituendo tipica espressione di potestà autoritativa a carattere ablatorio, in quanto la p.a. non acquista la proprietà attraverso un mero rapporto negoziale, subentrando nella regolamentazione giuridica posta in essere dai privati, bensì attraverso un provvedimento amministrativo a contenuto sostanzialmente espropriativo, come

tale idoneo a degradare le posizioni soggettive dei privati contraenti al rango di meri interessi legittimi: il radicarsi della giurisdizione amministrativa discende dall'ordinaria applicazione dei consueti criteri di riparto.

In tema di beni di rilievo storico e artistico, le norme succedutesi nel tempo (l. n. 1089 del 1939, d.leg. n. 490 del 1999, ed ora d.leg. n. 42 del 2004) hanno demandato alla p.a. di valutare se, tenuto conto delle caratteristiche dei beni, del prezzo per essi pattuito e delle risorse finanziarie disponibili, sussista o meno l'utilità di acquisirne la proprietà con prelazione rispetto al terzo acquirente; trattandosi di valutazione discrezionale, a fronte della quale le parti private si trovano in una situazione di soggezione, la cognizione sulla legittimità del provvedimento con cui la p.a., attraverso una fase procedimentalizzata a garanzia sua e delle stesse parti, esercita - in condizioni di supremazia - detta prelazione, è demandata alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Con riguardo alle alienazioni fra privati di cose di interesse artistico o storico, quando si controverta dell'appartenenza del potere di prelazione alla p.a. e tale potere sia contestato nel presupposto del decorso del termine di due mesi, previsto dall'art. 32 l. 1 giugno 1939 n. 1089, deve essere affermata la giurisdizione del giudice ordinario, in quanto superato detto termine, viene meno il potere dell'amministrazione di comprimere il diritto reale del privato, e questo può essere tutelato soltanto mediante ricorso al giudice ordinario.

Le due tutele, paesaggistica e archeologica, hanno una loro autonomia e una specifica sfera di esercizio, essendo gli oggetti di protezione diversi, ma ben potendo, ove previsto dal legislatore, integrarsi o configurarsi l'una come presupposto dell'altra, come del resto, in maniera progressiva e sempre più stringente, è avvenuto con la vigente normativa che evidenzia la relazione di

presupposizione del parere espresso dalla soprintendenza archeologica rispetto alla autorizzazione paesaggistica.

Anche prima dell'apposizione del vincolo archeologico e dell'entrata in vigore della l.reg. Lazio n. 24/98 e, in particolare dell'art. 13 modificato dall'art. 9 l.reg. Lazio n. 18 del 9 dicembre 2004 l'estensione della tutela archeologica sussisteva anche per le aree che, pur non essendo ancora oggetto di vincolo archeologico, erano state dichiarate zone di interesse archeologico (art. 1, lett. m) l. n. 431/85); ciò in coerenza con quanto disposto dall'art. 32 l. n. 47/85 che ha subordinato il condono edilizio al parere delle amministrazioni preposte alla tutela dei vincoli e dell'art. 1, lett. m) l. 8 agosto 1985 n. 431 che ha sottoposto a vincolo paesaggistico le zone di interesse archeologico, chiamando in causa le soprintendenze archeologiche di fronte alla presenza provata di beni di interesse pubblico al fine di evidenziare la sottoposizione di quella zona al vincolo paesaggistico.

Sussiste la competenza ad esprimersi da parte della soprintendenza per i beni archeologici anche prima dell'imposizione dello specifico vincolo archeologico sui beni, vista l'esigenza di una sollecita tutela dell'interesse dello stato a rafforzare il vincolo paesaggistico sul terreno ove insistevano o giacevano i beni archeologici ancora non protetti dallo specifico vincolo.