

Beni culturali e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*.

1. Il fatto e la rilevanza giuridica del caso.	1
2. I provvedimenti di vincolo dei beni culturali: natura giuridica e margini di apprezzamento.	2
3. <i>Forte, debole o piena? L'intensità del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica.</i>	7
4. La consulenza tecnica: generalità.	13
4.1 Segue: Il sindacato giurisdizionale dei provvedimenti di vincolo storico-artistici.	15
5. La "tecnica" nei procedimenti impositivi dei vincoli: conclusioni problematiche.	16

1. Il fatto e la rilevanza giuridica del caso.

I beni culturali hanno da sempre rappresentato il momento di emersione delle maggiori problematiche del diritto amministrativo inerenti, ad esempio, il procedimento amministrativo (comunicazione dell'avvio del procedimento impositivo), la congruità dell'obbligo di motivazione del provvedimento impositivo, i limiti della sindacabilità di quest'ultimo, oltre che – naturalmente – il tema della proprietà pubblica e privata dei beni culturali e della connessa (configurazione) teorica.

La sentenza che si annota si distingue per l'applicazione al diritto dei beni culturali dei più recenti principi giurisprudenziali in tema di sindacato giudiziario delle valutazioni tecnico-discrezionali.

La fattispecie che dà origine alla vicenda giuridica può considerarsi *classica*: al proprietario di un bene (immobile) viene notificato un provvedimento di vincolo, *ex art. 2, comma 1, lett. a), d. lgs. n. 490/99*, avverso il quale egli ricorre al giudice amministrativo, contestando l'assunto tecnico alla base della scelta della soprintendenza regionale di settore di vincolare il bene medesimo. Così, la valutazione soprintendenziale viene censurata al fine di dimostrare l'insussistenza del pregio storico-artistico, evidenziando errori storici contenuti nella relazione allegata alla comunicazione di avvio del procedimento volto all'apposizione del vincolo, nonché il difetto di motivazione e di istruttoria. Per dimostrare il proprio assunto, il ricorrente (chiede ed) ottiene dal giudice l'espletamento di una consulenza tecnica di parte.

Le censure mosse dal ricorrente si riconducono all'ampia problematica della sindacabilità delle valutazioni tecnico-discrezionali¹ quali risultano essere, per giurisprudenza dominante, i

* Nota a Tar Lombardia, Milano, sez. I, 17 giugno 2004, n. 2440. Il presente scritto è stato pubblicato in *Foro amministrativo – T.A.R.*, fasc. 9, 2004, pag. 2443-2468.

¹ Lo studio della discrezionalità amministrativa è sempre più studio dei suoi limiti (A. Piras, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1963, 65 e ss., 75) e, per conseguenza, della sua maggiore o minore sindacabilità (per questa impostazione, G. Barone, voce *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, vol. XI, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 1).

Sulla discrezionalità amministrativa si veda M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della Pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939 (oltre a *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 110 e ss., nonché *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 486 ed *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 267 e ss.); C. Mortati, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, 1098 e ss.; A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 65 ss.; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 462 e ss.; G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, in Id. (a cura di), *Dizionario amministrativo*, vol. I, Milano, 1983, 194 e ss.; L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989; G. Barone, *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, cit.; S. Piraino, *La funzione amministrativa tra discrezionalità ed arbitrio*, Milano, 1990; C. Calabrò, *La discrezionalità amministrativa nella realtà di oggi*, in *Cons. Stato*, 1992, II, 1565 e ss.; G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992; A. Pubusa, voce *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 401 e ss., part. 411 ss.; N. Bassi, *Note sulla discrezionalità amministrativa*, in *AA. VV.*, *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, 1995, 49 e ss.; V. Onida, *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995,

provvedimenti di vincolo storico-artistici emanati ai sensi della legge n. 1089/39, attualmente “rifusa”, con le opportune modificazioni, integrazioni ed aggiornamenti, nel Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (d’ora in avanti, Codice)².

2. I provvedimenti di vincolo dei beni culturali: natura giuridica e margini di apprezzamento.

L’interesse (che genericamente si sintetizza come) *culturale* (cfr. art. 13 del Codice) può distinguersi in funzione dello specifico interesse storico, artistico, archeologico o etnoantropologico dei beni, secondo una classificazione risalente alla legge n. 1089/39 ed oggi *raffinata* dal Codice dei beni culturali e del paesaggio (cfr. artt. 10 ed 11, d. lgs. n. 42/04). In particolare, l’interesse storico può essere impresso nella cosa in sé ovvero riguardare il profilo *relazionale* della cosa stessa rispetto alla storia politica, militare, della letteratura, dell’arte e della cultura in genere ovvero alla storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose (art. 10, comma 3, lett. d), d. lgs. n. 42/04, che aggiorna, riformulandolo, l’art. 2 della legge n. 1089/39): al riguardo, può farsi l’esempio dei provvedimenti di vincolo di alcuni *caffè* e giardini italiani, tutelati non per un intrinseco interesse quanto per la loro relazione con un profilo della storia della civiltà che in essi si materializza³.

A sua volta, per giustificare l’imposizione del vincolo, l’interesse culturale dei beni in proprietà dei privati deve essere ulteriormente qualificato dall’essere, a seconda dei casi, “importante” (come

669 e ss.; F. Ledda, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena (Mucchi editore), 1996, 955 e ss., ed ora in F. Ledda, *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 365 e ss.; A. Predieri, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. IV, cit., 1413 e ss.; E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, 503 e ss.; C. Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 127 e ss.

Sotto il profilo comparatistico, L. Giani, *Spunti di riflessione in tema di controllo della discrezionalità tratti dall’ordinamento giuridico statunitense*, in *Dir. amm.*, 1996, 769 e ss.; P. Lazzara, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, *ivi*, 1996, 301 e ss.

Più specificamente, con riguardo alla discrezionalità tecnica, oltre agli scritti che saranno più avanti citati, si veda P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001, vol. II, 434; D. De Pretis, *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 331 e ss.; A. Cariola, *Discrezionalità tecnica ed imparzialità*, in *Dir. amm.*, 1997, 469 e ss.; A. Predieri, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il dir. dell’econ.*, 1996, 251 e ss.; M. E. Schinaia, *Il controllo del giudice amministrativo sull’esercizio della discrezionalità della Pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 1101 e ss.; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 685 e ss.; A. Azzena, *Spunti per una riflessione su regole tecniche e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano, 1988, 600 e ss.; V. Ottaviano, *Giudice ordinario e Giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell’amministrazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 1 e ss.; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371 e ss., poi in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, vol. II, Milano, 1987, 247 e ss., ed ora anche in F. Ledda, *Scritti giuridici*, cit., 179 e ss.; N. Daniele, *Discrezionalità tecnica e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, Milano, 1967, 295 e ss.; V. Bachelet, *L’attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; P. Virga, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95 e ss.

Sul concetto filosofico di *tecnica*, M. Heidegger, *La questione della tecnica*, in *Saggi e discorsi*, Milano, 1980, 5 e ss.; R. Cresswell, voce *Tecnica*, in *Enc. Einaudi*, vol. XIII, Torino, 1981; U. Galimberti, *Psiche e teche. L’uomo nell’età della tecnica*, Milano (Feltrinelli), 2002.

² Per un profilo del diritto dei beni culturali alla luce dei principi di sussidiarietà verticale ed orizzontale così come introdotti nel Codice dei beni culturali e del paesaggio del 2004, sia consentito rinviare a A. L. Tarasco, *Beni, patrimonio e attività culturali: attori privati e autonomie territoriali*, Napoli, 2004.

³ Sia consentito rinviare alla ricostruzione giurisprudenziale curata in A. L. Tarasco, *Attività culturali e vincoli storico-artistici a Napoli: da “Gay-Odin” alla “Libreria internazionale Treves”*, in *Urbanistica e appalti*, 2000, 189 e ss., nonché in *Riv. amm. Regione Campania*, suppl. della *Riv. amm. Rep. Italiana*, n. 2/2000, 196 e ss. I casi giurisprudenziali qui indicati rappresentano un esempio significativo, tra l’altro, della tensione bene-attività culturale che ha visto interessati in Italia numerosi locali storici divenuti famosi per le attività di rilievo culturale che ivi si svolgevano, e sui connessi problemi giurisprudenziali circa la sottoponibilità o meno a vincolo di quegli stessi locali indipendentemente dall’intrinseco pregio storico-artistico degli immobili e degli arredi.

per gli archivi e per le cose d'interesse storico, artistico, archeologico o etnoantropologico) od "eccezionale" (come per le raccolte librerie o le collezioni o serie di oggetti). E ciò a differenza dell'interesse che devono rivestire le cose in proprietà pubblica o di persone giuridiche private senza scopo di lucro (come quelle ecclesiastiche), di cui deve essere accertato un mero interesse culturale, senza ulteriore aggettivazione o qualificazione (cfr. art. 10, comma 1, ed art. 12 del Codice).

Se può discutersi circa l'assenza di profili di opinabilità dell'interesse *storico* (a causa della possibilità di effettuare una datazione) od *archeologico* di una cosa (in quest'ultimo caso, la *res* viene estratta dal sottosuolo), è da considerarsi decisamente minoritaria quella dottrina che esclude che i giudizi *estetici* siano espressione di discrezionalità tecnica⁴.

Medesimo problema dogmatico circa la natura giuridica dell'atto di individuazione del bene (oscillante tra dichiaratività e costitutività) si registra per il provvedimento di dichiarazione di notevole interesse pubblico dei beni paesaggistici, individuati *ex art.* 136 Codice per i "cospicui caratteri di bellezza naturale o di singolarità geologica", la loro "non comune bellezza", il loro "valore estetico e tradizionale", secondo il citato Codice dei beni culturali e del paesaggio (Parte III, artt. 131 e ss.), che assorbe e modifica, oltre alla legge n. 1089/39, anche la legge n. 1497/39⁵.

Al riguardo, una parte della dottrina propone di considerare il provvedimento impositivo del vincolo paesaggistico come costitutivo, al contrario dei provvedimenti amministrativi attuativi dei vincoli *ex lege* previsti dalla legge Galasso n. 431/1985, frutto, invece, di un procedimento meramente dichiarativo⁶.

La diversa natura giuridica dei due procedimenti deriverebbe dalla diversità qualitativa delle operazioni *logico-giuridiche* compiute dalla P.A.: nell'ipotesi di dichiarazione di notevole interesse pubblico di un'area paesaggistica, vi sarebbe vera e propria *valutazione* perché finalizzata ad individuare la sussistenza del rilevante interesse pubblico alla tutela di un'area, mentre nei provvedimenti applicativi della legge Galasso l'amministrazione si limiterebbe ad *accertare* la conformità di un bene o di un'area rispetto alla fattispecie astratta prevista dal legislatore come meritevole di tutela paesistica.

L'accoglimento dell'una o dell'altra tesi, concernente propriamente l'*effetto* (dichiarativo o costitutivo) del provvedimento, si associa alla considerazione del *tipo di potere* esercitato dalla P.A. e, quindi, alla considerazione dell'atto come vincolato o discrezionale, ancorché non vi sia esatta coincidenza tra le due coppie di concetti. E ciò in considerazione del fatto che l'effetto tipico di una valutazione discrezionale dell'amministrazione è quello di *creare* una qualità giuridica *ex novo*, mentre nell'ipotesi di valutazione tecnica (ancorché opinabile), l'amministrazione non costituisce un effetto giuridico, che viene semplicemente *scoperto* ed acclarato.

⁴ In senso contrario, critica la riconducibilità alla categoria della discrezionalità tecnica del giudizio estetico, F. Rimoli, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, 1992, 256 e ss., così come A. Rota, *La tutela dei beni culturali tra tecnica e discrezionalità*, Padova, 2002, *passim*.

⁵ Si veda ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2003 n. 1592, in *Cons. Stato*, 2003, 720, secondo cui il provvedimento di individuazione delle bellezze paesaggistiche e il provvedimento di sanatoria delle opere edilizie mancanti della sola concessione "hanno per legge l'identico carattere di *accertamento obiettivo* di qualità giuridiche preesistenti ed hanno l'identico scopo di individuare nella conformazione della proprietà privata alle esigenze collettive per il corretto uso paesaggistico e urbanistico del bene o del territorio". Diversamente, in pari data, la stessa sezione, con la decisione n. 1594 (in *Cons. Stato*, 2003, 721), afferma l'opposto principio secondo cui "la valutazione effettuata dall'amministrazione regionale in sede di rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione di opere edilizie in zona soggetta a vincolo paesaggistico è il risultato di un *apprezzamento discrezionale* sulla compatibilità dell'intervento progettato con l'interesse pubblico" (i corsivi sono miei). Critica siffatte oscillazioni, al fine di affermare l'inconfigurabilità dell'autorizzazione paesaggistica c.d. postuma o in sanatoria, P. Carpentieri, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 363 e ss., 410.

In generale, in materia di provvedimento impositivo del vincolo paesaggistico, Cons. Stato, sez. VI, 1° febbraio 1990, n. 180, in *Foro amm.*, 1990, 423; 20 gennaio 1998 n. 106, *ivi*, 1998, 73; Tar Molise 13 marzo 1979 n. 45, in *Tar*, 1979, I, 1792; Tar Sicilia, sez. Catania, 11 settembre 1990, n. 662, in *Foro amm.*, 1990, 1809; Tar Marche, 17 agosto 1987, n. 359, in *Giur. it.*, 1988, III, 1, 145.

⁶ In questo senso, S. Amorosino, *I vincoli paesistici ex lege n. 431 del 1985: concetti normativamente indeterminati e valutazioni amministrative*, in *Riv. giur. ed.*, 1996, II, 171 e ss., 182.

Volendo razionalizzare, schematizzando, può osservarsi che l'accertamento dell'interesse culturale di un bene forma oggetto di almeno tre differenti scuole di pensiero, diffuse sia nella giurisprudenza che nella dottrina.

L'orientamento sicuramente prevalente è quello per cui esso è espressione di discrezionalità tecnica, esaurendosi nell'applicazione di una regola tecnica che prescinde dalla valutazione degli interessi pubblici e privati in gioco⁷.

Altro indirizzo afferma la presenza di profili di pura discrezionalità, implicanti, cioè, una comparazione dell'interesse pubblico primario e degli interessi secondari che vengono in rilievo nella fattispecie⁸; tale valutazione sarebbe insita nella regola tecnica che l'Amministrazione è chiamata ad applicare e che – lungi dall'essere “neutra” - già esprime, in sede di attuazione, una scelta di valori ed una comparazione di interessi. La necessità di comparare i diversi interessi deriverebbe, in pratica, dall'intrinseca natura della regola (tecnica) da applicare, cioè l'estetica, rilevante sia per i beni culturali *stricto sensu* (“arte”) che per il paesaggio (“bello di natura”)⁹. Più precisamente, alcuni autori parlano di potere discrezionale in cui sono compresenti anche “momenti

⁷ In dottrina, C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., 209 e ss.; S. Benini, *La discrezionalità nei vincoli culturali e ambientali*, in *Foro it.*, 1998, III, 328.

In giurisprudenza, si vedano *ex pluribus* Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 1999 n. 330, in *Cons. Stato*, 1999, I, 482; 1° febbraio 1996, n. 165, *ivi*, 1996, I, 254; 6 luglio 1994, n. 1132, in *Giust. civ.*, 1994, I, 3361; 10 novembre 1993 n. 817, in *Riv. amm. Repubblica italiana*, 1994, 322; 18 ottobre 1993 n. 741, in *Foro it.*, 1994, III, 121; 28 novembre 1992, n. 964, in *Cons. Stato*, 1992, I, 1725; 12 dicembre 1992, n. 1055, in *Riv. giur. urbanistica*, 1994, 259, con nota di G. Garzia; 30 gennaio 1991 n. 47, in *Cons. Stato*, 1991, I, 114; 18 novembre 1991, n. 874, in *Rass. avv. Stato*, 1992, I, 84, con nota di R. Tamiozzo; 31 maggio 1990 n. 558, in *Cons. Stato*, 1986, I, 1258; 6 dicembre 1982 n. 640, *ivi*, 1982, I, 1562; sez. IV, 24 novembre 1978 n. 1034, *ivi*, 1978, I, 1623; sez. VI, 17 gennaio 1978 n. 77, *ivi*, 1978, I, 103; sez. IV, 7 maggio 1974 n. 350, *ivi*, 1974, I, 716; C. Cass., sez. III, 14 dicembre 1976, in *Cass. pen., Mass.*, 1978, 828.

Sui vincoli indiretti, Cons. Stato, sez. VI, 6 settembre 2002 n. 4566, in *Foro amm. – CdS*, 2002, 3000, con nota di G. Garzia, *Il vincolo storico-artistico indiretto tra attività di accertamento e ponderazione degli interessi coinvolti*.

Sulla peculiarità del vincolo sulle aree archeologiche, vedi Cons. Stato, sez. VI, 19 settembre 1992, n. 674, in *Dir. giur. agr.* 1993, 188; 19 luglio 1996, n. 950, in *Foro amm.*, 1996, 2331. Sull'apprezzamento tecnico-discrezionale della superficie da vincolare, Cons. Stato, sez. VI, 5 settembre 1989, n. 1194, in *Foro amm.*, 1989, 2403; sull'ampiezza del vincolo indiretto, Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 1996, n. 1437, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1770.

In dottrina, A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, XIV ed., vol. I, 574; T. Alibrandi – P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, 260 e, segnatamente, 264 e ss.

⁸ Secondo M. S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., 75, “il momento essenziale della discrezionalità è quello in cui si individuano e si raffrontano i vari interessi concorrenti: la fissazione comparativa del loro valore rappresenta la soluzione di questa operazione, spesso faticosa e piena di delicatezza, anche per la responsabilità morale e materiale che si addossa il titolare del potere discrezionale”.

Per A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 573, la discrezionalità amministrativa “importa sempre una valutazione e ponderazione di interessi, e un potere di scelta in ordine all'agire”, da esercitare “nell'osservanza delle regole giuridiche e non giuridiche applicabili al caso”. Viceversa, la discrezionalità tecnica “è svincolata dalla considerazione degli interessi dei singoli soggetti coinvolti nella vicenda”, dal momento che la legge ha già cristallizzato nella norma la scelta che l'Amministrazione dovrà tenere nel caso concreto; a quest'ultima residua “semplicemente una valutazione (dei fatti posti dalla legge a presupposto dell'operare) alla stregua di conoscenza (e perciò di regole) tecniche (...)”. Tuttavia, una volta compiuta la valutazione tecnica, a meno che non disponga pure di discrezionalità amministrativa, nel qual caso si parlerà più propriamente di *discrezionalità mista*, la P.A. è vincolata a provvedere “in quel certo modo che l'ordinamento prevede per l'ipotesi che l'apprezzamento tecnico contribuì a far riconoscere (...)” (*op. ult. cit.*, 574). In senso parzialmente diverso, vedi però P. Virga, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, IV ed., Milano, 1997, vol. II, 9-10.

Sulla distinzione tra *discrezionalità, clausole generali* e concetti giuridici *indeterminati*, v. K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. a cura di A. Baratta, Milano, 1970, 170 e ss.

⁹ Nel senso che i provvedimenti impositivi dei vincoli culturali siano espressione di un potere valutativo tecnico-discrezionale in cui sono presenti anche momenti di discrezionalità pura che comportano la necessità di una comparazione tra l'interesse pubblico primario (tutela dei beni) e interessi secondari (quali quelli del privato proprietario), con conseguente onere di motivazione dell'*iter* logico-giuridico seguito, v. Cons. Stato, sez. VI, 8 gennaio 1998 n. 56, in *Foro it.*, 1998, III, 326, con nota di S. Benini, *La discrezionalità*, cit.; 10 novembre 1993 n. 817, in *Riv. giur. urbanistica*, 1994, 264, con nota di G. Garzia; 17 aprile 1997 n. 610, in *Riv. giur. edil.*, 1997, I, 784; sez. IV, 7 maggio 1974 n. 350, in *Foro amm.*, 1974, I, 2, 518; sez. VI, 26 marzo 1992 n. 192, in *Cons. Stato*, 1991, I, 114. Critica siffatta giurisprudenza T. Alibrandi – P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, cit., 266 e ss.

tecnicisti” la cui insindacabilità discenderebbe non già dal carattere *meta-giuridico* (*rectius: meta-legale*) della tecnica quanto dal principio della separazione di poteri¹⁰.

In una posizione intermedia, altri autori sostengono che l’amministrazione nei casi *de quibus* eserciterebbe una *valutazione non discrezionale*, sebbene non si esaurisca esclusivamente nell’applicazione della pura regola tecnica¹¹.

Tra i diversi orientamenti, prevale sicuramente il primo, autorevolmente sostenuto dalla migliore dottrina secondo la quale l’operazione di accertamento dell’interesse culturale di un bene privato si estrinseca nell’“apprezzamento della conformità della cosa valutata ad un modello astratto, secondo regole di giudizio che escludono l’intervento di una vera e propria intenzione decisionale ma postulano la corretta applicazione di norme desumibili da un’autonoma sfera di conoscenza (tecnica)”¹².

La natura tecnico-discrezionale della valutazione operata dall’amministrazione discende dal fatto che la tecnica da impiegarsi viene mutuata non dalle scienze cc.dd. esatte¹³ ma da quelle umanistiche, per definizione suscettibili di apprezzamenti diversi e non obiettivamente verificabili.

In realtà, non mancano ambigue pronunce della giurisprudenza, che mostrano di collocare sullo stesso piano tecnica, discrezionalità e insindacabilità nel merito delle fattispecie in esame. Significativa è al riguardo la decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 12 dicembre 1992 n. 1055¹⁴: pur affermando che il provvedimento impositivo è espressione di “attività tecnico-discrezionale non sindacabile” nel merito, aggiunge che “l’apprezzamento che l’amministrazione compie ai fini dell’imposizione del vincolo si atteggia come valutazione ampiamente discrezionale dell’interesse pubblico a tutelare”. Il giudizio sulla particolare importanza del bene sarebbe espressione di un’attività “sostanzialmente a carattere ricognitivo e conoscitivo e non di carattere volitivo e decisionale”, con la conseguenza ch’esso sarebbe inquadrabile tra i provvedimenti tecnico-discrezionali.

I differenti orientamenti segnalati possono, ad un più attento esame, trovare un momento di unità nel dato per cui la *tecnica* che si pretende di applicare nei procedimenti impositivi dei vincoli storico-artistici, non essendo univoca, si presta ad una pluralità di interpretazioni, tutte opinabili, e nella quale ben possono annidarsi valutazioni di opportunità amministrativa, più vicine alla discrezionalità vera e propria¹⁵ (sul punto, v. comunque *infra*). Se è indubbio che nei procedimenti *de quibus* debba applicarsi una *regola tecnica*, è altrettanto evidente che non di giudizio scientifico *stricto sensu* si tratta quanto di giudizio condotto alla luce di canoni suscettibili di diversa applicazione a seconda dell’impostazione assiologica e dell’*ideologia estetico-culturale* che si segua. Di qui la “improprietà” dell’espressione *discrezionalità tecnica*, secondo il pensiero di Ledda¹⁶.

¹⁰ A. Rota, *La tutela*, cit., 355. Aderendo a tale impostazione, l’Autore (*op. ult. cit.*, 416) precisa che il riconoscimento di momenti discrezionali nell’imposizione del vincolo storico-artistico non esclude che l’esercizio del potere debba avvenire anche nel rispetto delle regole tecniche.

¹¹ D. De Pretis, *Valutazione amministrativa*, cit., 356 e ss.

¹² T. Alibrandi – P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, cit., 268.

¹³ La distinzione tra “scienza esatta e non” resta comunque opinabile: il suo accoglimento può considerarsi una pura convenzione, attesa l’inesistenza di un concetto assoluto di “scienza verificabile”, come d’altro canto la migliore filosofia della scienza insegna: si vedano i saggi di K. Popper, *The Open Society and Its Enemies*, London-Princeton, 1945 e successivi, trad. it. di R. Pavetto, *La società aperta e i suoi nemici*, a cura di D. Antiseri, voll. II, Roma (Ed. Armando), 1973-1974. Sul pensiero liberale di Sir Karl Popper, si vedano gli scritti di D. Antiseri, *Karl Popper*, Soveria Mannelli (Ed. Rubettino), 1999; Id., *Liberi perché fallibili*, Soveria Mannelli (Ed. Rubettino), 1995.

Tra l’altro ammesso che sia possibile distinguere tra quanto è scientificamente verificabile e non, si osserva (A. Rota, *La tutela*, cit., 367) che così ragionando si finirebbe con il “riconduzione alla discrezionalità amministrativa tutte le regole tecniche non espressione di discipline propriamente scientifiche e quindi ad attribuire al fenomeno un ambito troppo ridotto per essere davvero utile”.

¹⁴ In *Foro it.*, 1993, III, 503 e, per le citazioni riportate, 507.

¹⁵ Anche se “l’apprezzamento di opportunità non esaurisce la materia della discrezionalità” (M. S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., 41).

¹⁶ F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, cit., 179, *sub* nota n. 1, giudica “inutile soffermarsi sull’improprietà” dell’espressione *discrezionalità tecnica*.

I margini maggiori o minori di apprezzamento nella valutazione dell'interesse culturale della *res* devono essere letti in uno con il dibattito – particolarmente fecondo in costanza della legge n. 1089/39, prima dell'emanazione del d. lgs. n. 490/99 - circa la natura giuridica del provvedimento vincolistico.

Per i fautori della tesi della natura dichiarativa del vincolo, la valutazione alla base di quest'ultimo non presenta alcun margine discrezionale, configurandosi quale attività vincolata “sia nel momento dell'emanazione che quanto al modo e contenuto dell'atto”¹⁷. La notifica del provvedimento impositivo del vincolo storico-artistico si configurerebbe soltanto come “un mezzo legale dettato per determinati scopi pratici e soprattutto per esigenze di equità nei riguardi dei proprietari privati”, non ponendosi, invece, come “elemento costitutivo del regolamento giuridico delle cose d'antichità e d'arte”¹⁸. La notifica, in altri termini, si porrebbe “soltanto” come “un avviso prescritto dalla legge come condizione perché sorgano determinati obblighi dei proprietari”, una “formalità a cui i detti obblighi sono subordinati”¹⁹.

Il portato di tale tesi giunge ad affermare la piena conoscibilità da parte del g.a. dell'apprezzamento tecnico compiuto dall'amministrazione, considerato che la qualità culturale è insita nella *res* e deve essere solo *svelata* dagli uffici tecnici (sostanzialmente, le soprintendenze di settore): “Se il pregio storico od artistico della cosa è una qualità obiettiva che, contemplata dalla legge, crea per sé una speciale condizione giuridica in rapporto alla potestà del privato; se d'altra parte l'atto di notifica non ha carattere discrezionale, deve concludersi che esso non impedisce il sindacato giurisdizionale dell'autorità giudiziaria ordinaria circa la presenza nelle cose della qualità suddetta e circa il relativo regolamento speciale dei diritti privati nei riguardi di esse”²⁰.

Viceversa, coloro che argomentano nel senso della costitutività del vincolo stesso trovano un'importante conferma del proprio assunto proprio nel fatto che il rilievo pubblicistico conferito alla *res* mediante il provvedimento di vincolo consegue all'esercizio di un potere tecnico-discrezionale²¹. In particolare, secondo una articolata posizione, l'imposizione del vincolo introdurrebbe “un nuovo precetto”, operando “una diversa qualificazione della realtà esistente (...)”²². Ciò perché il sorgere sia in capo al proprietario del bene che in capo all'amministrazione, rispettivamente, di obblighi e poteri, sarebbe sintomatico dell'esercizio di un potere giuridico della P.A., idoneo a modificare la situazione giuridica preesistente del proprietario della *res*²³.

Il dibattito deve giudicarsi *sopito* con l'emanazione del T.U. dei beni culturali e ambientali del 1999, che parla di *dichiarazione* e sua notificazione (art. 8, d. lgs. n. 490/99), recependo, così, la IV Dichiarazione della Commissione Franceschini e l'art. 2 dello schema di disegno di legge prodotto dalla Commissione Papaldo. Allo stesso modo, l'art. 13 del Codice del 2004, che sostituisce ed

¹⁷ T. Alibrandi – P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, cit., 265. Sostengono la natura dichiarativa del vincolo, L. Biamonti, *Natura del diritto dei privati sulle cose di pregio storico e artistico*, in *Foro it.*, 1913, I, 1010 e ss., part. 1011 e ss.; P. Calamandrei, *Immobilizzazione per destinazione artistica*, in *Foro it.*, 1933, I, 1722 e ss.; M. S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 90 e 132 nonché Id., *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, cit., 36; G. Palma, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, 1971, 365, 386 e ss.; G. Piva, voce *Cose d'arte*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 93 e ss., part. 102 e ss.

¹⁸ L. Biamonti, *Natura del diritto dei privati*, cit., 1013.

¹⁹ L. Biamonti, *op. loc. ult. cit.*

²⁰ L. Biamonti, *op. ult. cit.*, 1014-1015.

²¹ Bile, *La posizione giuridica delle cose d'interesse artistico o storico di proprietà privata*, in *Giust. civ.*, 1958, I, 1108; M. Cantucci, *Le cose di interesse storico e artistico nella giurisprudenza e nella dottrina*, Napoli, 1968, 206 e ss.; B. Cavallo, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, vol. I, Milano, 1988, 113 e ss., 121; A. M. Sandulli, *Natura e funzione della notifica e della pubblicità delle cose private di interesse artistico e storico qualificato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 1023.

²² A. Rota, *La tutela*, cit., 192.

²³ Così, ancora, A. Rota, *La tutela*, cit., 213-214.

abroga la precedente normativa di settore, fa riferimento al concetto di dichiarazione dell'interesse culturale, che "accerta la sussistenza" dello specifico interesse richiesto dalla legge²⁴.

3. Forte, debole o piena? L'intensità del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica.

Indipendentemente dagli effetti, dichiarativi o costitutivi, della dichiarazione dell'interesse culturale, un profilo di perdurante problematicità, anche dopo la riforma della disciplina dei beni culturali che non sembra offrire utili spunti al riguardo, è rappresentato dalla valutazione operata dall'Amministrazione dei beni culturali e dai conseguenti limiti entro cui il privato può censurarla.

Accedendo alla tesi, decisamente dominante in giurisprudenza, per cui il provvedimento di vincolo di un bene culturale è espressione di una valutazione tecnico-discrezionale, deve rilevarsi come la giurisprudenza *tradizionale*, almeno fino al 1999, ha circoscritto il generale sindacato giurisdizionale su siffatte valutazioni tecnico-discrezionali, sotto il profilo dell'eccesso di potere, unicamente alla manifesta illogicità, alla verifica dell'esatta rappresentazione della situazione di fatto esistente, all'adeguatezza dell'istruttoria nonché al difetto o illogicità della motivazione²⁵.

Nello stesso tempo, è stata pure affermata l'irrilevanza dell'errata citazione storica contenuta nel provvedimento impositivo, essendo determinante unicamente la valutazione tecnico-discrezionale (non sindacabile nel merito) circa i pregi storico-artistici di un immobile²⁶, e semprecchè, beninteso, la motivazione contenuta nel giudizio sulle caratteristiche architettoniche dell'edificio sia in se stessa idonea e sufficiente a sorreggere il vincolo imposto²⁷.

Nel 1999, con la sentenza n. 601 del 9 aprile, la IV sezione del Consiglio di Stato amplia decisamente gli spazi di verifica giurisdizionale delle valutazioni tecnico-discrezionali, affermando la sindacabilità della correttezza del criterio tecnico-scientifico seguito dalla P.A.²⁸

Viene così finalmente distinto il profilo dell'*opinabilità* da quello dell'*opportunità* dell'operazione tecnico-discrezionale, pervenendo, corrispondentemente, ad estrarre l'area del merito amministrativo da quella della discrezionalità tecnica vera e propria: "La questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito"²⁹. Di tal guisa, se non è ragionevole supporre l'esistenza di una riserva di amministrazione sull'apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo (diversamente dal vero e proprio *merito*³⁰), è logico estendere la sindacabilità degli apprezzamenti

²⁴ L'innovazione normativa non distoglie, invece, A. Rota, *La tutela*, cit., 200 e ss., dal continuare a sostenere la tesi della natura costitutiva dell'atto impositivo.

²⁵ *Ex pluribus*, Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 1999 n. 330, in *Foro amm.*, 1999, 769; id., 4 maggio 1999 n. 561, in *Cons. Stato*, I, 903; 23 marzo 1998 n. 358, *ivi*, 1998, I, 454; 13 luglio 1998 n. 1053, *ivi*, I, 1178. Affermano l'insindacabilità diretta della discrezionalità tecnica in quanto ritenuta afferente al merito amministrativo, tra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 2 novembre 1992 n. 940, in *Foro amm.*, 1992, fasc. 11; id., sez. V, 11 aprile 1991 n. 546, *ivi*, 1991, 1120; id., 19 marzo 1991 n. 300, *ivi*, 1991, 756.

²⁶ Cons. Stato, IV, 7 maggio 1974, n. 350, in *Cons. Stato*, 1974, I, 716; 11 dicembre 1973, n. 1225, *ivi*, 1973, I, 1840; 11 aprile 1972, n. 254, in *Foro amm.*, 1972, I, 2, 361.

²⁷ Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 1970 n. 255, in *Cons. Stato*, 1970, I, 719.

²⁸ Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999 n. 601, in *Foro it.*, 2001, III, 9 e ss., con nota di richiami ed *Osservazioni* di A. Travi; in *Cons. Stato*, 1999, I, 584; in *Corr. giur.*, 1999, 694; in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179 e ss., con nota di D. De Pretis, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*; in *Dir. proc. amm.*, 2000, 182 e ss., con note di M. Delsignore, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, *ivi*, 185 e ss. e di P. Lazzara, "Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive, *ivi*, 212 e ss.; in *Foro amm.*, 2000, 422 e ss., con nota di L. R. Perfetti, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, *ivi*, 424 e ss.

²⁹ Cons. Stato, sez. IV, n. 601/99, cit., 14. Diversamente, secondo la dottrina tradizionale (si veda, *ex pluribus*, A. M. Sandulli, *Manuale*, cit., 575), sia la discrezionalità amministrativa quanto la discrezionalità tecnica afferiscono al "merito e non attengono al profilo della legittimità dell'azione amministrativa".

³⁰ Sul merito amministrativo, *cfr.* F. Fenucci, *Il controllo di merito: una specie in via di estinzione*, in *Studi per Feliciano Benvenuti*, vol. II, cit., 749 e ss.; G. Vacirca, *Riflessioni sul concetto di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantenario anniversario del Consiglio di Stato*, vol. III, 1600; P. G. Ponticelli,

tecnicisti dal puro controllo formale dell'iter logico seguito dall'amministrazione (sotto il profilo della ragionevolezza, non manifesta illogicità, travisamento dei fatti ecc...) alla "verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo"³¹.

Purtroppo, l'amplissima portata del principio espresso nel 1999 è stata notevolmente sminuita e svalutata dalla giurisprudenza successiva, che pur senza smentire apertamente quel precedente, ne ha di fatto minimizzato le potenzialità. Infatti, nel distinguere tra legittimità e merito amministrativo, e nell'estendere, nel contempo, il sindacato di legittimità sull'attività amministrativa "fino alla massima profondità compatibile con i confini della funzione giurisdizionale disegnati dalla Costituzione, senza pregiudiziali limitazioni"³², la giurisprudenza successiva alla decisione di Cons. Stato n. 601/99 tende comunque a distinguere tra sindacato *forte* e *debole*. Una volta superata la tradizionale limitazione del sindacato giurisdizionale ai profili meramente estrinseci del provvedimento tecnico-discrezionale (ai profili, cioè, esterni alla decisione vera e propria, ed attinenti alla irragionevolezza, all'ingiustizia manifesta, al travisamento dei fatti ecc...), ed ammesso, quindi, il sindacato *intrinseco* (o *diretto*), a quest'ultimo viene impressa una diversa intensità. In molti casi, la giurisprudenza esclude la legittimità di un sindacato (intrinseco) c.d. *forte* sul provvedimento tecnico-discrezionale della P.A., comportante la sostituzione della valutazione tecnica opinabile con quella del giudice, attraverso l'indispensabile ausilio della c.t.u.; viceversa, viene consentito unicamente il sindacato (intrinseco) c.d. *debole*, che si limita ad utilizzare le cognizioni specialistiche acquisite attraverso la consulenza tecnica al solo fine di verificare l'attendibilità e la correttezza del criterio tecnico opinabile adottato dalla P.A., superando, in tal modo, lo scrutinio di ragionevolezza della valutazione condotto alla stregua delle massime di comune esperienza³³.

L'elaborazione giurisprudenziale successiva al 1999, quindi, si è attestata prevalentemente nel senso di *tollerare* un controllo di tipo *debole*, configurando quest'ultimo come soluzione di equilibrio tra le esigenze di effettività della tutela del ricorrente e il rispetto dell'area di insindacabilità delle valutazioni di merito della P.A. Il controllo *forte* viene escluso dalla giurisprudenza dominante specialmente in presenza di valutazioni c.d. *complesse*, in cui le valutazioni tecniche opinabili sono intrinsecamente connesse con la ponderazione dell'interesse pubblico e degli altri interessi in gioco, sì da essere difficilmente scindibili³⁴. In queste ipotesi, il controllo giurisdizionale "rientra nel paradigma classico dell'eccesso di potere e si sostanzia nella verifica di logicità e ragionevolezza, sia pure condotta alla luce della tecnica"³⁵.

voce *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)*, in *Enc. giur.*, vol. XX, 1990; A. Cerreto, *Potere discrezionale e merito nella attività della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1993, 1954 e ss.

³¹ Cons. Stato, sez. IV, n. 601/99, cit., 15. L'estensione del sindacato giurisdizionale alla *attendibilità* o meno della valutazione tecnica della P.A. contribuisce – secondo A. Travi, *Osservazioni*, cit., 13 – a delineare un'ulteriore figura sintomatica di eccesso di potere, quello dell'errore manifesto di apprezzamento, sulla scorta di quanto già avviene nella giurisprudenza amministrativa francese con l'*erreur manifeste d'appréciation* (cfr. R. Chapus, *Droit administratif général*, III ed., Paris, 1987, 744 e ss.).

³² Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2001 n. 1247, in *Foro it.*, 2003, III, 174, con *Osservazioni* di C. Videtta.

Un'ampia area in cui trovano applicazione i nuovi principi giurisprudenziali in tema di sindacato sulla discrezionalità tecnica è quella dei giudizi tecnici formulati dalle commissioni di esami e concorsi. Significativa è al riguardo Tar Abruzzo, L'Aquila, 6 maggio 2002 n. 261, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha giustamente escluso che la censura su pretesi errori grammaticali o sul corretto utilizzo della lingua italiana da parte di un candidato ad un concorso pubblico sia da considerarsi merito amministrativo, considerandola piuttosto attinente alla legittimità del provvedimento conclusivo della commissione esaminatrice. Conseguentemente, è stata ordinata dai giudici di prime cure la verifica diretta dell'attendibilità e della correttezza dei criteri adottati dalla commissione esaminatrice.

³³ A ben riflettere, la suddetta distinzione era stata già anticipata in dottrina da G. Parodi, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in M. Bessone – R. Guastini (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, 1995, 291 e ss.; Id., *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990.

³⁴ Secondo Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001 n. 5287, in *Foro it.*, 2002, III, 422, il sindacato di tipo forte deve essere escluso nelle valutazioni complesse che presentano la "difficoltà di separare concettualmente tra opinabilità ed opportunità amministrativa", in considerazione della "rilevanza degli interessi di rango primario".

³⁵ Cons. Stato, sez. IV, n. 5287/01, cit., 421.

Ne deriva che nelle ipotesi di valutazioni complesse, in cui cioè valutazioni di presupposti di fatto sono frammiste ad apprezzamenti dell'interesse pubblico, se è vero che bisogna distinguere tra i due profili al fine di delineare il confine tra legittimità e merito, è pur vero che viene consentita la sola verifica diretta dell'attendibilità dell'operazioni tecniche compiute. Diversamente – secondo la giurisprudenza amministrativa - verrebbe violato il principio di effettività della tutela giurisdizionale, oltre che “del nuovo canone della parità processuale delle parti, come emerge dalla puntuale regola del giusto processo sancita dal novellato art. 111 Cost.”³⁶.

In pratica, se è preclusa la ripetizione della valutazione tecnica già operata dalla P.A. (c.d. *sindacato forte*), ben può, invece, il G.A. verificarne l'attendibilità e la correttezza alla luce della consulenza tecnica d'ufficio, al fine di dichiarare l'eventuale illegittimità della valutazione amministrativa (c.d. *sindacato debole*). In tal modo, pur senza giungere alla sostituzione dell'operazione tecnica compiuta dalla P.A., la correttezza di questa viene *letta* alla luce della consulenza di un esperto esterno, anzichè attraverso il ricorso ad una “verificazione”. Grazie al nuovo orientamento giurisprudenziale, si ritiene oggi censurabile “il vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti, per falsità dei presupposti, per difetto di istruttoria, per irrazionalità della scelta tecnica operata dall'amministrazione (...)”³⁷.

Tale orientamento viene ribadito nel **2002** dalla VI sezione del Consiglio di Stato, che con la **sentenza n. 2199 del 23 aprile** applica in materia di provvedimenti e valutazioni emessi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (c.d. *Antitrust*) i veduti principi in tema di sindacato della discrezionalità tecnica³⁸. Nella sentenza n. 2199/02, i supremi giudici amministrativi sostengono che l'unico sindacato ammissibile sui provvedimenti della c.d. *Antitrust* è di tipo *debole*, potendo il g.a. “solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato e istruito, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di

In tema di tutela della concorrenza europea, è stato affermato che il giudice comunitario svolge in via generale un controllo pieno sulla sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni dei Trattati comunitari, mentre il controllo sulle valutazioni economiche complesse compiute dalla Commissione delle Comunità europee si limita necessariamente alla verifica dell'osservanza delle regole di procedura e di motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti, nonché dell'insussistenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere (Corte giustizia CE, 2 ottobre 2003, causa C-194/99 P, T.S. AG c. Commissione, in *Cons. Stato*, 2003, II, 1896).

³⁶ Cons. Stato, sez. V, n. 1247/01, cit. Così ragionando, la citata decisione del Consiglio di Stato n. 1247/01 è giunta a considerare pienamente sindacabile il giudizio circa l'anomalia o la congruità delle offerte in una gara pubblica, pur essendo contrassegnato da margini notevoli di opinabilità, considerando “inappropriata la pregiudiziale limitazione alla cognizione del giudice”.

³⁷ Cons. Stato, sez. IV, 17 aprile 2000 n. 2292, in *Cons. Stato*, 2000, I, 987.

³⁸ Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 1999 n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, 482, con *Osservazioni* di L. Lambo e note di G. Scarselli, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*, *ivi*, 488 e ss.; di F. Fracchia – C. Videtta, *La tecnica come potere*, *ivi*, 493 e ss., R. Pardolesi, *Sul 'nuovo che avanza' in antitrust: l'illiceità oggettiva dello scambio d'informazioni*, *ivi*, 500 e ss.; di C. Osti, *Brevi puntualizzazioni in tema di collusione oligopolistica*, *ivi*, 509 e ss.

Sulle autorità indipendenti, senza pretesa di completezza, si rinvia agli scritti di C. Franchini, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 549 e ss.; A. Massera, “Autonomia” e “Indipendenza” nell'amministrazione dello Stato italiano, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, cit., 450 e ss.; G. Vesperini, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1990, 415 e ss.; F. Bassi – F. Merusi (a cura di), *Mercati ed amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; M. D'Alberti, voce, *Autorità indipendenti (dir. amm.)* in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1995; S. Cassese, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro it.*, 1996, V, 7 e ss.; R. Perez, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 115 e ss.; S. Cassese – C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; G. Amato, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645 e ss.; M. Manetti, voce *Autorità indipendenti (dir. cost.)* in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1997; V. Caianiello, *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, in *Il dir. dell'econ.*, 1998, 239 e ss.; F. Caringella – R. Garofoli, *Le Autorità indipendenti*, Napoli, 2000; G. Scarselli, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti*, Milano, 2000, I, 254 e ss.; A. La Spina – G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; F. Caringella, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Società*, 2001, 544 e ss.; F. A. Grassini (a cura di), *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2001; P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; M. Rescigno, *Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale: un rapporto difficile*, in *Società*, 2001, 523 e ss.; G. Clemente di san Luca (a cura di), *Le autorità indipendenti*, Torino, 2002.

merito a quelle effettuate dall'autorità, e a queste riservate"³⁹. Viene escluso, pertanto, un controllo *forte*, di tipo sostitutivo, tale da sovrapporre alla valutazione dell'Autorità indipendente la valutazione tecnica opinabile o il modello logico di attuazione del concetto giuridico indeterminato proprio del g.a., eventualmente formatosi attraverso l'ausilio della c.t.u.

La consulenza tecnica viene funzionalizzata, in tal modo, all'accertamento tecnico "di un ben individuato presupposto del fatto" posto alla base del provvedimento impugnato o comunque ad "ampliare la conoscenza del giudice con apporti tecnico-specialistici (...) appartenenti a campi del sapere caratterizzati da obiettiva difficoltà", mentre si esclude di "far 'ripercorrere' dal c.t.u. le complesse valutazioni rimesse in prima battuta all'amministrazione e sottoposte poi, con gli anzidetti limiti, al sindacato giurisdizionale"⁴⁰.

La *preferenza* per un sindacato di tipo *debole* viene espressa anche dalla decisione n. **5156 del 1° ottobre 2002 della VI sezione del Consiglio di Stato**⁴¹, che ha annullato la sentenza del **Tar Lazio, sez. I, 14 novembre 2001 n. 9354**⁴², che a sua volta aveva annullato un provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sostituendone la valutazione tecnica relativa alla *posizione dominante* detenuta dall'*Enel trade* sul mercato della fornitura di energia elettrica con altra ritenuta più confacente. Anche la decisione di Cons. Stato n. 5156/02, per escludere il potere sostitutivo del g.a., richiama la nozione di *valutazione tecnica complessa* già invocata dal **Consiglio di Stato, sez. IV, n. 5287/01**, ed afferma che in presenza di siffatte valutazioni al g.a. è consentito unicamente verificare se i presupposti di fatto che ne sono posti alla base siano stati "accertati nella loro consistenza e verità storica, ed adeguatamente rappresentati", ovvero se, a base della valutazione complessa, siano stati posti "fatti obiettivamente non esistenti ovvero non esattamente rappresentati"⁴³: in queste ipotesi, l'accesso al fatto è, sì, consentito, ma viene limitato a riscontrare eventuali anomalie nella rappresentazione dei presupposti alla base del provvedimento impugnato attraverso le cognizioni tecniche offerte da un perito; ma giammai la perizia di un consulente tecnico può sostituirsi alla valutazione già operata dall'amministrazione (e definibile *complessa* per la compresenza di una pluralità di elementi non riducibili unicamente a fatti storici e a presupposti obiettivamente riscontrabili del provvedimento amministrativo impugnato)⁴⁴. In definitiva, per le valutazioni complesse compiute dalle Autorità indipendenti, si vieta al g.a. di contestare direttamente il risultato tecnico cui è approdata l'amministrazione⁴⁵.

Similmente, anche secondo la decisione del Consiglio Stato, **sez. VI, 11 dicembre 2001 n. 6217**, nella giurisdizione su interessi legittimi, ove sia mancato il giudizio tecnico da parte dell'amministrazione, essendosi la stessa limitata ad una motivazione apparente o incongrua, il g.a. non può supplire ad esso, svolgendo in via diretta e per la prima volta un'indagine tecnica, ma deve

³⁹ Cons. Stato, sez. VI, n. 2199/02, cit., 511-512.

⁴⁰ Cons. Stato, sez. VI, n. 2199/02, cit., 515.

⁴¹ In *Foro amm. - CdS*, 2002, 2505, annotata da A. Lalli, *La sindacabilità giurisdizionale del potere neutrale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ed il procedimento di controllo in materia di concentrazioni*, *ivi*, 2003, 232 e ss.

⁴² In www.giustizia-amministrativa.it

⁴³ Cons. Stato, sez. VI, n. 5156/02, cit., 2509.

⁴⁴ Precisamente, a giudizio di Cons. Stato, sez. VI, n. 5156/02, cit., 2508-2509, la *valutazione complessa* è fondata "non su regole scientifiche esatte e non opinabili, ma sull'applicazione di regole proprie di scienze inesatte ed opinabili come quelle economiche, ed implica, per di più una vera e propria valutazione prognostica circa gli effetti che in un determinato mercato un comportamento, di per sé lecito, come una concentrazione, è destinato ad operare. In nessun caso, pertanto, quello connesso con l'affermazione dell'esistenza di una posizione dominante può essere considerato un mero fatto od un accertamento di fatto; al contrario, esso si risolve in un giudizio tecnico discrezionale, basato sia sul previo accertamento dei fatti presupposti che sull'applicazione di regole tratte dalle scienze economiche, sia infine, su una valutazione prognostica degli effetti che l'operazione è destinata a produrre sul mercato preso in considerazione".

⁴⁵ Esclude la possibilità di compiere un sindacato giurisdizionale pieno, con possibilità di sostituzione dell'errata valutazione dell'amministrazione indipendente, C. Malinconico, *Le funzioni amministrative delle autorità è indipendenti*, in S. Cassese - C. Franchini (a cura di), *I garanti*, cit., 50.

limitarsi al sindacato estrinseco dell'atto amministrativo, stigmatizzandolo per carenza di interesse (nella specie, trattatasi di giudizio sull'anomalia di un'offerta presentata da una ditta)⁴⁶.

L'orientamento restrittivo affermatosi in materia di valutazioni tecniche complesse condotte dalle *Authority* viene replicato anche in alcune pronunce concernenti i giudizi medico-legali delle commissioni pubbliche; fattispecie in cui, al contrario, la decisione n. 601 del 1999 del Consiglio di Stato aveva ammesso la ripetizione dell'operazione tecnica compiuta dalla P.A.

Con la sentenza **n. 6405 del 1° ottobre 2004**, la **IV sezione del Consiglio di Stato** ha affermato che il giudizio medico di una commissione pubblica può essere contestato non già con una c.t.u. ma unicamente con il tradizionale istituto della verifica, dal momento che la valutazione compiuta dalla P.A. non può essere sostituita *tout court* da altra compiuta da un diverso soggetto⁴⁷.

La decisione n. 6405/04 ribadisce concetti già espressi in precedenza dalla giurisprudenza amministrativa, come ad esempio da **Consiglio Stato, sez. IV, 24 febbraio 2004 n. 719**⁴⁸, secondo cui nel procedimento di arruolamento nel Corpo della Guardia di finanza, nessun valore può essere attribuito agli accertamenti svolti presso strutture sanitarie diverse da quelle pubbliche ovvero a quelli eseguiti per la partecipazione a diversi procedimenti concorsuali, dato che gli unici organi abilitati a compiere gli accertamenti sanitari solo le sottocommissioni mediche previste dallo specifico bando di concorso. Ne deriva che ove in sede di sindacato giurisdizionale venga evidenziata la presenza di vizi di legittimità, non può essere operata alcuna sostituzione della decisione oggetto di contestazione, ma può solo procedersi al suo annullamento, rimettendo la questione al competente organo amministrativo perché provveda in modo corretto.

Parimenti rigorosa è l'impostazione seguita dalla **IV sezione del Consiglio Stato** nella sentenza **10 febbraio 2000 n. 715**⁴⁹, secondo cui i giudizi medici tecnico-discrezionali prevalgono sulle perizie mediche di parte, che non sono in grado di valutare le imprescindibili e particolari esigenze dell'amministrazione.

La legittimità del solo sindacato c.d. *debole* viene ribadita pure dal **Consiglio di Stato, sez. IV, 25 agosto 2003 n. 4808**⁵⁰, per cui il giudizio medico di una commissione concorsuale per l'accesso alla Guardia di finanza può essere, sì, contestato, ma il conseguente sindacato giurisdizionale non potrà che essere di tipo esterno, volto cioè ad appurare l'eventuale errore o travisamento in cui è incorsa l'amministrazione.

Nel precisare che il sindacato giurisdizionale sull'attività tecnico-discrezionale non può estendersi alle valutazioni opinabili che si prestano, obiettivamente, ad una pluralità di risultati - comportando l'applicazione di canoni tecnici non univoci⁵¹ - la giurisprudenza successiva al 1999

⁴⁶ Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2001 n. 6217, in *Foro amm.*, 2001, 3204. Anche Tar Friuli-Venezia Giulia, 10 febbraio 2001 n. 44, in *Foro it.*, 2001, III, 442, esclude radicalmente la possibilità di sostituire la valutazione tecnico-discrezionale effettuata dalla P.A. con quella del c.t.u. (nella specie, si trattava di valutazione concernente l'idoneità di un prodotto ai fini di un appalto per forniture).

⁴⁷ Cons. Stato, sez. IV, 1° ottobre 2004 n. 6405, in *Giustamm.*, n. 10/04, con nota di N. Paolantonio, *Dei caratteri degli accertamenti medici nelle visite mediche collegiali*.

⁴⁸ In www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁹ In *Foro amm.*, 2000, 377.

⁵⁰ In *Foro amm.- CdS*, 2003, 2228.

⁵¹ Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2004 n. 1213, in *Foro amm. - CdS*, 2004, 907-908 (solo massima), nonché (per esteso) in *Giustamm.*, n. 3/04, con nota fortemente critica di N. Paolantonio, *Ancora un passo indietro del Consiglio di Stato sul sindacato di legittimità*.

Con identità di vedute, la sentenza del Tar Toscana, sez. I, 20 marzo 2001 n. 574, in *Foro amm.*, 2001, 1283 ha sostenuto che se è ragionevole l'esistenza di una riserva d'amministrazione in ordine al merito amministrativo, elemento specializzante della funzione amministrativa, non è ragionevole mantenere tale riserva in ordine all'apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, sindacabile non sul piano meramente formale, ma su quello dell'attendibilità delle operazioni tecniche condotte sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico ed al procedimento applicato: partendo da tali presupposti, è stato annullato - perché inattendibile - quel provvedimento dell'Amministrazione militare emesso sulla base di accertamenti medici che nulla aggiungono al precedentemente già asseverato, e che disponga la riforma di un carabiniere dall'Arma, pur in presenza di un quadro clinico che evidenzia l'inesistenza di psicopatologie in atto, sulla base della preoccupazione dell'eventuale ripetersi di episodi ipomaniacali.

chiarisce di tal guisa la principale differenza tra discrezionalità tecnica e accertamento tecnico: quest'ultimo si configura tutte le volte in cui il presupposto del provvedimento da adottare non sia una valutazione di fatti suscettibile di vario apprezzamento alla stregua delle attuali conoscenze scientifiche e specialistiche, ma comporti solo l'accertamento di un fatto non opinabile in base a conoscenze e strumenti tecnici di sicura acquisizione⁵². Alla luce della esposta distinzione, consegue la piena sindacabilità dell'accertamento tecnico svolto, con particolare riguardo al profilo del travisamento dell'accertamento stesso⁵³.

Viceversa, la valutazione tecnico-discrezionale postula - per definizione - l'adozione di canoni non univoci, suscettibili di vario apprezzamento, rispetto ai quali, da un lato, il sindacato giurisdizionale non può spingersi nel merito, fino a sostituire la valutazione operata dall'amministrazione, dall'altro esso non è limitato al mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì esteso alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo⁵⁴: "E' sottratto alla verifica del giudice solo quanto sia effettivamente opinabile, fermo restando che quando siano possibili criteri diversi per una valutazione tecnica il giudice non può sostituire il proprio criterio o la propria soluzione a quelli adottati dall'Amministrazione"⁵⁵.

Come può agevolmente rilevarsi dagli orientamenti giurisprudenziali sopra ricostruiti, le potenzialità insite nella pronuncia n. 601 del 1999 vengono in gran parte inibite e sminuite, soprattutto allorché il giudizio sull'attendibilità della valutazione tecnica dell'amministrazione viene condotto dal G.A. alla stregua dei "criteri tecnici di valutazione noti e di generale applicazione", secondo il *dictum* di **Tar Veneto, sez. I, 15 gennaio 2003 n. 401**⁵⁶. Stanti i descritti orientamenti giurisprudenziali, sembrano confortati quei dubbi sollevati dalla dottrina amministrativa che - all'indomani della pubblicazione della citata decisione n. 601 del 1999 - aveva sostenuto come il giudizio sull'attendibilità della valutazione tecnica amministrativa possa, in concreto, non discostarsi di molto rispetto alla tradizionale figura della *ingiustizia manifesta*, ove la "inattendibilità" sia interpretata nel senso di un "contrasto con ciò che risulta conforme al senso comune, ovvero con ciò che appare 'notorio' o di comune esperienza"⁵⁷.

Se l'oggetto del giudizio amministrativo si sposta dall'*atto* al *rapporto* (ossia alla concreta pretesa fatta valere ed al connesso bene della vita), con conseguente necessità di esercitare un sindacato non solo *estrinseco* sull'atto ma *intrinseco* sulla effettiva portata della pretesa fatta valere, anche attraverso l'ausilio della consulenza tecnica d'ufficio (cfr. art. 44 r.d. n. 1054/24 e art. 35, comma 3, d. lgs. n. 80/98, su cui v. *amplius infra*), le concrete modalità con cui la giurisprudenza amministrativa ammette il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti a contenuto tecnico-discrezionale sembrano non fare giustizia delle novità normative (a partire dal d. lgs. n. 80/98 e dalla legge n. 205/2000) e delle potenzialità insite nell'apertura giurisprudenziale del 1999.

In tema, si veda pure Tar Campania, Napoli, sez. III, 10 maggio 2002 n. 2652, in www.giustizia-amministrativa.it; id., 12 ottobre 2001 n. 4552, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 28 settembre 2001 n. 5607, in *Giust. amm.*, 2001, 1177; Tar Piemonte, sez. II, 17 novembre 2000 n. 1173, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 196, con nota di Morea; Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2001 n. 1257, in www.giustizia-amministrativa.it; 3 maggio 2002 n. 2334, *ivi*.

⁵² Per A. M. Sandulli, *Manuale*, cit., 574, in questi casi l'accertamento del fatto è "verificabile in modo indubbio in base a conoscenze e a strumenti di sicura acquisizione". Sulla distinzione tra accertamento tecnico e discrezionalità tecnica, di recente, Cons. Stato, sez. IV, 5 settembre 2002 n. 4485, in www.giustizia-amministrativa.it

⁵³ Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2003 n. 4251, in *Foro amm. - CdS*, 2003, 2199-2200, che svolge anche utili considerazioni circa le conseguenze processuali dell'inottemperanza ai doveri di collaborazione del giudice, ex art. 116, comma 2, c.p.c.

⁵⁴ Cons. Stato, sez. VI, n. 1213/04, cit., 908.

⁵⁵ Cons. Stato, sez. VI, n. 1213/04, cit.

⁵⁶ In *Foro amm. - CdS*, 2003, 1185 (s.m.), pubblicata integralmente in www.giuffre.it/riviste/foro, 2003, fasc. 1, con nota di C. Vedetta, Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999 n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato, *ivi*, 2003, 1185 e ss.

⁵⁷ A. Travi, *Osservazioni* a Cons. Stato, sez. IV, n. 601 del 1999, cit., 12.

La sentenza n. 601/99 della IV sezione del Consiglio di Stato non faceva affatto distinzione tra sindacato *forte* e *debole*, né lasciava intravedere alcuna compressione del principio della piena sindacabilità della valutazione tecnico-discrezionale compiuta dalla P.A., rispettando la riserva amministrativa unicamente in relazione all'opportunità delle scelte amministrative (*id est*, al merito), ma non per l'*attendibilità* delle stesse⁵⁸, per le quali era da attendersi un sindacato semplicemente *pieno*, né *forte* né *debole*.

A causa dell'interpretazione restrittiva fornita dalla giurisprudenza successiva al 1999, non può parlarsi di una "rivoluzione" ma piuttosto "di una conquista rispetto al passato (...) risultando in sostanza unicamente meglio definiti i parametri ("interni" e "tecnici", e non soltanto "esterni") alla stregua dei quali condurre il processo di verifica alla stregua del criterio di ragionevolezza"⁵⁹.

4. La consulenza tecnica: generalità.

Come accennato, strumento indispensabile per verificare la correttezza della valutazione tecnico-discrezionale operata dall'Amministrazione è la consulenza tecnica⁶⁰, in grado di "circoscrivere i margini di insindacabilità delle valutazioni tecniche dell'Amministrazione"⁶¹.

In senso stretto, la consulenza tecnica non è un mezzo di prova, dal momento che non serve a dimostrare la verità di un fatto, ma soltanto ad integrare le conoscenze tecniche del giudice in modo che quest'ultimo possa giungere alla soluzione del caso concreto⁶².

Originariamente, la consulenza tecnica era esclusa dagli strumenti a disposizione del G.A. per esaminare la corretta applicazione delle regole tecniche adottate dalla P.A., dal momento che la giurisprudenza amministrativa riteneva sufficienti le *verificazioni* di cui all'art. 44, comma 1, T. U. delle leggi sul Consiglio di Stato (r. d. 26 giugno 1924 n. 1054)⁶³; ciò soprattutto allorché veniva conferito l'incarico di verifica a terze amministrazioni dotate di adeguate competenze

⁵⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 601/99, cit., 15, secondo cui se "è ragionevole l'esistenza di una riserva di amministrazione in ordine al merito amministrativo", non lo è parimenti "anche in ordine all'apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, elemento attinente ai requisiti di legittimità e di cui è ragionevole, invece, la sindacabilità giurisdizionale".

⁵⁹ F. Fracchia – C. Videtta, *La tecnica come potere*, cit., 499.

⁶⁰ Sulla consulenza tecnica, cfr. G. Pesce, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, Padova, 2002; G. Perulli, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, Padova, 2002; M. E. Schinaia, *Cenni sulla fase istruttoria nel processo amministrativo tra esigenze di celerità e ambiguità del risultato nella legge n. 205, con particolare riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio*, in *Cons. Stato*, 2001, II, 1029 e ss.; L. Ieva, *La consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, in *Tar*, 2001, II, 241 e ss.; F. Cintioli, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 2371 e ss.; G. Monteleone, *Diritto processuale civile*, Padova, II ed., 2000, 416 ss.; C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, vol. II, Torino, 1995, 165 e ss.; C. M. Barone, voce *Consulente tecnico. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 1988.

⁶¹ Così, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, V ed., Torino, 2002, 250. Per un'applicazione giurisprudenziale dell'adozione della c.t.u. nel giudizio amministrativo, *ex pluribus*, si veda Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2002 n. 6004, in *Foro amm. – CdS*, 2002, 2945, con nota di A. Bertoldini, *La consulenza tecnica d'ufficio nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: la ricerca della prova deve attenersi ai limiti posti al sindacato giurisdizionale sul merito dell'azione amministrativa*, *ivi*, 2003, 225 e ss.; *Tar Veneto*, sez. I, 6 luglio 2001 n. 1995, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶² Si veda, *ex pluribus*, C. Cass., sez. lav., 20 novembre 2000 n. 14979, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2380, secondo cui la consulenza tecnica d'ufficio è un "mezzo istruttorio non una prova vera e propria ed è, pertanto, sottratta alla disponibilità delle parti e affidata al prudente apprezzamento del giudice del merito".

⁶³ In questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 27 maggio 1991, n. 321, in *Foro it.*, 1992, III, 114; *id.*, 13 luglio 1985, n. 422, *ivi*, 1986, III, 49, con nota di C. Marzuoli, *A proposito di apprezzamenti tecnici e mezzi di prova nel giudizio di legittimità*, in *Regioni*, 1986, 281 e ss.

Sullo strumento probatorio delle "verificazioni", cfr. V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, II ed., 1994, 667 e ss. In giurisprudenza, l'ammissibilità della consulenza tecnica era stata per lo più negata, (come ad esempio da Cons. giust. amm. reg. sic., 19 gennaio 1996 n. 14, in *Cons. Stato*, 1996, 105: "Al fine di effettuare accertamenti di carattere tecnico necessari per decidere un ricorso, il giudice amministrativo non può disporre consulenza tecnica"), anche se alcune isolate pronunce si erano espresse in senso contrario (cfr. *Tar Lombardia*, Milano, sez. III, 14 marzo 1990 n. 55 in *Tar*, 1990, 1956: "È consentito al giudice amministrativo, anche nei giudizi promossi a tutela di posizioni di interesse legittimo, il ricorso alla consulenza tecnica");

tecniche⁶⁴. Nonostante l'estensione dell'istituto delle verificazioni riconosciuto dalla giurisprudenza, è di immediata evidenza la differenza *qualitativa* rispetto alla consulenza tecnica d'ufficio, sia per l'autonomia dalle parti che per la diversa struttura dell'accertamento medesimo. Sotto quest'ultimo aspetto, infatti, le verificazioni consistono in meri accertamenti disposti al fine di completare la conoscenza dei fatti, laddove la consulenza tecnica si sostanzia non tanto in un accertamento quanto in una valutazione tecnica di determinate situazioni, da utilizzare ai fini della decisione della controversia⁶⁵.

Il quadro normativo cambia anzitutto con l'art. 35 del d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80, ora riformulato dall'art. 7, co. 1, *lett. c*, della legge n. 205 del 2000, che introduce per la prima volta l'istituto della consulenza tecnica, pur se nel solo ambito della *giurisdizione esclusiva*. Successivamente, gli artt. 1, co. 2, e 16 della legge n. 205 del 2000 riformulano l'art. 44 del r.d. n. 1054/24, attribuendo al G. A., nelle controversie devolute alla sua giurisdizione di legittimità, il potere di richiedere all'amministrazione interessata non solo "nuovi schiarimenti o documenti" ovvero "nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti", ma anche a "disporre consulenza tecnica". In base al nuovo co. 3° dell'art. 44 del T. U., "la decisione sui mezzi istruttori, compresa la consulenza tecnica, è adottata dal presidente della sezione o da un magistrato da lui delegato ovvero dal collegio mediante ordinanza con la quale è contestualmente fissata la data della successiva udienza di trattazione del ricorso".

In tal modo, *la consulenza tecnica* viene annoverata tra i mezzi di prova non solo nell'ambito della *giurisdizione esclusiva* ma altresì nella generale *giurisdizione di legittimità* del G.A. (ai sensi del citato art. 44, r. d. n. 1054/24).

L'estensione dell'istituto al giudizio amministrativo implementa gli scarni strumenti di ricerca della prova a disposizione del g.a., adeguandolo, *in parte qua*, a quanto già previsto nelle due giurisdizioni amministrative speciali, contabile e tributaria. Nel giudizio contabile, in base all'art. 2, co. 4, del d. l. n. 453/1994, conv. in legge n. 19 del 1994, il giudice può "avvalersi di consulenti tecnici"; similmente, in materia tributaria, secondo l'art. 7, co. 2, d. lgs n. 546 del 1992, le commissioni tributarie possono "disporre consulenza tecnica"⁶⁶.

Più in generale, nei codici di rito è generalmente ed espressamente individuato, come soggetto processuale, il consulente tecnico (o perito), quale *organo ausiliario del giudice*, anch'egli in posizione di assoluta *terzietà*, e, quindi, viene disciplinata l'attività collegata alla formulazione di una consulenza tecnica (o perizia). Specificamente, il Codice del rito civile non disciplina l'istituto della consulenza tecnica, ponendo l'accento sul profilo soggettivo, cioè sul consulente tecnico d'ufficio qualificato come organo ausiliario del giudice (art. 191 e ss., c.p.c.). Al c.t.u., inoltre, può affiancarsi il consulente tecnico di parte, così come possono prodursi in giudizio le c. d. perizie giurate stragiudiziali (che forniscono argomenti di prova o indizi). Diversamente, il codice di rito penale (art. 220 e ss., c.p.p.) prevede la figura del *perito* (nominato d'ufficio dal giudice), la cui attività può essere integrata da quella dei consulenti tecnici di parte (P. M. e difensore, art. 233 c.p.p.). In linea generale, deve distinguersi tra consulente tecnico *deducente* e *percipiente*: nel primo caso, la consulenza presuppone l'avvenuto espletamento dei mezzi di prova ed ha per oggetto la

⁶⁴ Tar Sicilia, Palermo, sez. I, O.C.I. n. 4 del 2000 e n. 34 del 2002, citati in S. Veneziano, *I nuovi mezzi probatori nella giurisprudenza di legittimità e nella giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 180 e ss., 196, *sub nota* n. 45.

⁶⁵ In questi termini, Cons. Stato, sez. VI, 27 maggio 1991 n. 321, in *Cons. Stato*, 1991, I, 1015.

⁶⁶ In particolare, nel giudizio contabile, la giurisprudenza consente il controllo sul corretto uso del potere discrezionale della P.A. per l'accertamento della responsabilità amministrativa: *cf.* Corte dei conti, sez. riun., 1° marzo 1999 n. 4/A, in *Foro amm.*, 1999, 2682 e ss., secondo cui "rientra nel potere-dovere del giudice contabile l'accertamento di tutti i fatti e comportamenti causa di danno erariale [...] e, pertanto, ferma restando la scelta dell'amministrazione di apprestare gli strumenti più idonei al soddisfacimento degli obiettivi dell'ente, i modi di attuazione delle scelte discrezionali vanno valutati dal giudice alla luce del parametro della conformità a criteri di ragionevolezza ed economicità dovendo comunque sussistere la competenza per l'adozione della deliberazione ed emergere con chiarezza dalla motivazione del provvedimento l'adeguata valutazione degli interessi in gioco".

valutazione di fatti i cui elementi sono stati già provati dalle parti; nel secondo caso, invece, la consulenza può costituire essa stessa fonte di prova⁶⁷.

4.1 Segue: Il sindacato giurisdizionale dei provvedimenti di vincolo storico-artistici.

I descritti principi giurisprudenziali in tema di limiti al sindacato giurisdizionale dei provvedimenti tecnico-discrezionali, applicati al *diritto dei beni culturali*, hanno indotto il giudice amministrativo a ritenere che “salvo casi estremi in cui la rilevanza storica o artistica della cosa è riconosciuta pacificamente o è negata altrettanto pacificamente, non è possibile stabilire a priori se una cosa debba o no essere vincolata”; ciò perché le valutazioni estetiche non sono traducibili in “operazioni puramente logiche”⁶⁸, idonee a giungere a risultati univoci. Quindi, spetta alla P.A. applicare un canone estetico (insindacabile nel merito, n.d.A.) e conseguentemente, in base a tale canone, assoggettare o meno a vincolo quella certa cosa”⁶⁹. Tale canone potrà essere sindacato soltanto sotto il profilo della sua corretta applicazione, ma non già per il fatto stesso che quella valutazione (storico-estetica) abbia condotto al risultato contestato (che in sé rimane insindacabile), salvo i casi in cui la rilevanza artistica o storica della cosa è riconosciuta pacificamente o è negata altrettanto pacificamente.

Il *modus cogitandi* ora visto è stato seguito anche nella sentenza del **Tar Lombardia n. 2440/04** che si annota, e che fa proprio il ragionamento contenuto nella decisione n. 1213/04 di Palazzo Spada.

La relazione storico-artistica redatta dall’architetto della Soprintendenza lombarda di settore (ed allegata alla comunicazione di avvio del procedimento impositivo del vincolo) non viene sostituita da altra ordinata dal giudice, ma semplicemente comparata con quella del consulente tecnico dei controinteressati e della parte ricorrente al fine di verificare, appunto, l’attendibilità e la correttezza della prima.

La soluzione giurisprudenziale tende a rinvenire un (sia pur discutibile) punto di equilibrio tra necessità di un controllo giurisdizionale delle valutazioni tecniche amministrative e rispetto della riserva d’amministrazione: la prevalenza del primo profilo comporterebbe una compressione della libertà d’azione della P.A., di cui resta fermo e per nulla scalfito dalle recenti aperture giurisprudenziali il principio della insindacabilità dell’opportunità delle scelte operate; per converso, la prevalente (o unilaterale) tutela delle scelte discrezionali della P.A. *coprirebbe* provvedimenti amministrativi illegittimi ma sostanzialmente *inespugnabili*, esponendo il privato a possibili abusi da parte dell’Amministrazione.

Ad esempio, anche in tema di espropriazione di aree per interesse archeologico (*ex art. 97 Codice*), la giurisprudenza ha ribadito la distinzione tra attendibilità del criterio seguito dall’Amministrazione dei beni culturali ed opinabilità della conclusione cui la stessa è pervenuta. Con la sentenza **n. 849 del 30 ottobre 2001**, la sezione bresciana del **Tar Lombardia** ha respinto le censure mosse dal ricorrente con cui si contestava non la tecnica adottata dall’amministrazione per pervenire al decreto di esproprio (“il perché del mezzo”), quanto “il come del fine”, cioè la

⁶⁷ Per questa distinzione, S. Veneziano, *I nuovi mezzi probatori*, cit., 195, il quale sostiene la necessità di superare, nel giudizio amministrativo, la deroga all’ordinario principio dell’onere della prova di cui all’art. 2697 c.c., “quanto meno tutte le volte nelle quali l’esercizio del potere istruttorio del giudice non debba servire a riequilibrare posizioni sostanziali non paritarie ma finisca solo col supplire a carenze o disattenzioni difensive” (*op. ult. cit.*, 206-207).

⁶⁸ Critica la decisione n. 1213/04 e, segnatamente, il passaggio di motivazione ora citato N. Paolantonio, *Ancora un passo indietro*, cit.: “E’ certo che mai nessuno, in dottrina, si è prodotto in tant[a] formidabile enunciazione, assolutamente inservibile, del resto, atteso che – come insegnato da Franco Ledda (...) – la logica è strumento inservibile ai fini di qualunque sindacato, postulando la verità certa delle premesse, e nessuno può esser certo di codesta verità”. In definitiva, l’Autore (*op. loc. ult. cit.*) giudica la sentenza n. 1213/04 non solo “un’esercitazione verbale per tentare di ripristinare il dogma dell’infalibilità dell’amministrazione (...) ma anche un esempio poco edificante di denegata giustizia”.

⁶⁹ Cons. Stato, sez. VI, n. 1213/04, cit.

dichiarazione di p.u., sotto il profilo storico-archeologico, degli apprezzamenti oggetto di oblazione⁷⁰.

Il principio è stato ribadito anche in tema di valutazioni di impatto ambientale da **Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2004, n. 316**⁷¹, che ha affermato che nelle valutazioni caratterizzate da discrezionalità tecnica, il giudice non può sostituire la propria valutazione tecnica a quella della P.A., potendo esercitare il proprio sindacato unicamente in relazione a macroscopiche illegittimità ed incongruenze manifeste anche se senza alcuna limitazione derivante dalla natura tecnica dell'attività che, lungi dall'essere in via di principio insindacabile, è suscettibile di sindacato, in sede di legittimità, da parte del g.a., sia per vizi logici, sia per errore di fatto, sia per travisamento dei presupposti, sia per difetto di istruttoria, sia, infine, per cattiva applicazione delle regole tecniche⁷².

5. La “tecnica” nei procedimenti impositivi dei vincoli: conclusioni problematiche.

In conclusione, può osservarsi che il problema della natura giuridica dell'attività valutativa svolta dalla P.A. si propone in tutti i casi in cui l'Amministrazione è chiamata a concretizzare concetti giuridici (lasciati dalla legge come) indeterminati e, sovente, mutuati dalla *tecnica*. Come anticipato in precedenza, per tecnica deve intendersi non già una regola scientificamente verificabile quanto opinabilmente valutabile, posto che se la tecnica fosse determinabile con scientifica precisione, si avrebbe una mera *misurazione* tecnica (dalla giurisprudenza indicata come *accertamento tecnico*).

Anche se l'argomento meriterebbe ben altra riflessione, in questa sede non può non accennarsi alla problematicità della nozione di tecnica, nella cui vasta e generica area vengono annoverate operazioni assai diverse tra loro, pur essendo unificate dalla dottrina e giurisprudenza all'interno dell'istituto della discrezionalità tecnica. Si definisce tecnica, infatti, senza alcuna graduazione qualitativa, sia il giudizio scientifico della commissione medico-legale che deve accertare la sussistenza o meno di una patologia sia la valutazione circa la sussistenza dell'interesse culturale (importante od eccezionale) di un bene (così come per l'individuazione di un'area paesaggistica), sia il giudizio di una commissione concorsuale.

Sia nell'uno che nell'altro caso si parla di tecnica, ed è indubbio che tanto nell'una quanto nell'altra fattispecie è registrabile una opinabilità di conclusioni cui può giungersi, dal momento che anche la *scienza*, notoriamente, non è in grado di fornire risposte che descrivano univocamente la realtà sensibile, allo stesso modo dell'arte o della cultura (sebbene quest'ultime non siano *scienza*). Tuttavia, deve precisarsi che se i giudizi scientifici fanno applicazione di *scienze descrittive*, naturali ed empiriche, che spiegano e descrivono la realtà, i giudizi concernenti i vincoli *de quibus* (culturali o paesaggistici), invece, fanno applicazione di *scienze dello spirito* (di storicistica memoria), che *comprendono senza descrivere*⁷³. Ne deriva la *diversità ontologica* dell'operazione compiuta dall'amministrazione nell'uno e nell'altro caso, e la non assimilabilità della tecnica impiegata nell'una e nell'altra fattispecie⁷⁴, nonostante che entrambe le operazioni vengano classificate come espressione di *discrezionalità tecnica*.

Segno della inadeguatezza della nozione di tecnica è l'adozione da parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato del concetto di *valutazione complessa* per descrivere le valutazioni economiche

⁷⁰ Tar Lombardia, Brescia, 30 ottobre 2001 n. 849, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷¹ In *Foro amm. – CdS*, 2004, 194.

⁷² Conforme anche Cons. Stato, sez. VI, 1° marzo 2002 n. 1259, in *Foro amm. – CdS*, 2002, 704. Giudicano, invece, limitatamente sindacabile la facoltà di cui all'art. 21, legge n. 1089/39, esclusivamente sotto il profilo della manifesta illogicità ed arbitrarietà, Cons. Stato, sez. VI, 22 agosto 2003, n. 4762, in *Foro amm. – CdS*, 2003, 2330, nonché Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 1999, n. 330, in *Cons. Stato*, 1999, I, 482.

⁷³ K. O. Apel, *Die Erklaren/Verstehen Controverse*, Francoforte, 1979; H. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1997, I, 187; G. H. Wright, *Spiegazione e comprensione*, trad. it. di G. Di Bernardo, Bologna, 1977.

⁷⁴ Per questa impostazione del problema in chiave critica, v. P. Carpentieri, *La nozione giuridica*, cit., 406-409.

necessarie per attualizzare i concetti indeterminati relativi al mercato e alla concorrenza e, dunque, verificare la correttezza delle determinazioni adottate dalle *Authority*. La valutazione complessa – secondo il Consiglio di Stato – è fondata “non su regole scientifiche esatte e non opinabili, ma sull’applicazione di regole proprie di scienze inesatte ed opinabili come quelle economiche, ed implica, per di più, una vera e propria valutazione prognostica circa gli effetti che in un determinato mercato un comportamento, di per sé lecito, come una concentrazione, è destinato ad operare. In nessun caso, pertanto, quello connesso con l’affermazione dell’esistenza di una posizione dominante può essere considerato un mero fatto od un accertamento di fatto; al contrario, esso si risolve in un giudizio tecnico discrezionale, basato sia sul previo accertamento dei fatti presupposti che sull’applicazione di regole tratte dalle scienze economiche, sia infine, su una valutazione prognostica degli effetti che l’operazione è destinata a produrre sul mercato preso in considerazione”⁷⁵.

La diversità strutturale delle diverse operazioni tecniche operate dall’amministrazione è foriera di pregnanti conseguenze in tema di sindacabilità dell’attività amministrativa. Ferma restando l’opinabilità delle conclusioni cui si può giungere nell’uno e nell’altro caso, è evidente come la ripetizione del “giudizio tecnico”, se è astrattamente plausibile nel caso di giudizi strettamente scientifici (come sostenuto, infatti, da Cons. Stato n. 601/99 in fattispecie concernente l’accertamento del nesso tra patologia e servizio lavorativo svolto da un magistrato), lo è certamente di meno nel secondo, dove la valutazione amministrativa esprime un giudizio che è la conclusione di una precisa scelta assiologica (o, se si preferisce, ideologica).

Vero è che in entrambi i casi la legge affida all’amministrazione il compito di attualizzare nel caso concreto la fattispecie amministrativa; ma nell’ipotesi di *accertamento* dell’interesse culturale o paesaggistico, più che rinvio ad una vera e propria *regola tecnica*, vi è piuttosto il rinvio ad una clausola aperta che attende di essere riempita attraverso l’operazione *creativa* della P.A. Di qui l’ulteriore problema del criterio e dei valori in base a cui la P.A. deve svolgere la prescritta valutazione.

Anche per Giannini, la distinzione tra attività amministrativa *stricto sensu* e attività tecnica risiede nel dato per cui “la discrezionalità tecnica va intesa non in relazione all’interesse pubblico, ma in relazione alle regole, agli insegnamenti delle discipline tecniche, mentre la discrezionalità in senso proprio va intesa in relazione al solo pubblico interesse”⁷⁶. Così, mentre la discrezionalità tecnica “dà luogo a una valutazione di tipo scientifico, concernente cioè il fenomeno naturale in sé, non in coordinazione con gli altri fenomeni sociali; la discrezionalità in senso proprio dà luogo a una valutazione di tipo politico in cui il fenomeno è non più naturale, ma sociale, coordinato cioè a un gruppo di altri fenomeni sociali”⁷⁷. Nonostante Giannini ribadisca la “esattezza del criterio di distinzione”, considerato che nella discrezionalità tecnica “resta determinato con scientifica precisione il modo in cui l’autorità dovrebbe agire”⁷⁸, il Maestro non cela la difficoltà di distinguere nettamente “le discipline tecniche da quelle non tecniche”, come le scienze sociali⁷⁹, difficoltà aggravata dal fatto che “anche la valutazione scientifica in sé non sempre conduce a univoca soluzione”⁸⁰, con la conseguente necessità, in casi siffatti, “di riferirsi al soggetto investito di potere

⁷⁵ Cons. Stato, sez. VI, n. 5156/02, cit., 2508-2509.

⁷⁶ M. S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., 42.

⁷⁷ M. S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., 42-43.

⁷⁸ M. S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., 43. Precisamente, secondo l’Autore, *op. ult. cit.*, 73, “nell’apprezzamento proprio della discrezionalità tecnica i criteri al lume dei quali riselgono gli strumenti sono criteri scientifici, donde l’univocità della soluzione. Nell’apprezzamento proprio invece della discrezionalità tali criteri sono dati dal giuoco dei differenti pubblici interessi”.

⁷⁹ M. S. Giannini, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁰ M.S. Giannini, *op. loc. ult. cit.*

discrezionale, o meglio agli attributi che contraddistinguono giuridicamente l'azione svolta dal soggetto investito di tale potere negli ordinamenti giuridici positivi”⁸¹.

Tali considerazioni, oggi, potrebbero essere riprese e sviluppate non solo per rimarcare la *relatività* della nozione di tecnica ma altresì la diversità *qualitativa* delle operazioni tecniche che attualmente vengono ricomprese all'interno dell'unico istituto della discrezionalità tecnica⁸². Tanto è vero che nelle fattispecie concernenti i provvedimenti impositivi dei vincoli (culturali e paesaggistici), la pratica impossibilità di giungere a risultati unanimemente condivisibili è ben testimoniata dalla giurisprudenza amministrativa, che circoscrive il sindacato sui provvedimenti impositivi dei vincoli culturali ai soli profili attinenti alla *attendibilità* della valutazione operata dall'amministrazione, con esclusione di qualsiasi ripetizione della valutazione operata dalla P.A. ad opera di un consulente tecnico esterno (c.d. *sindacato debole*), quanto meno nei casi di valutazioni complesse⁸³. E ciò al contrario di talune fattispecie concernenti, ad esempio, giudizi medico-legali, applicativi di *scienze descrittive*, come s'è detto, e rispetto ai quali il Consiglio di Stato (sentenza n. 601/99) ha ammesso la ripetizione del giudizio tecnico operato dall'amministrazione (salvo, poi, restringere la portata del proprio *dictum* nelle successive pronunce).

Infine, deve meditarsi sul fatto che le norme tecniche sono norme *a-statali*, frutto dell'elaborazione di soggetti privati, come gli ordini professionali, le associazioni di categoria, le comunità scientifiche, le “accademie” culturali in genere (*lato sensu*) ovvero soggetti internazionali comunque esterni all'ordinamento. Lo Stato non ne controlla la produzione, potendo soltanto recepirle nella normazione, nell'attività amministrativa o in sede giurisdizionale; esso non partecipa al corrispondente processo di produzione.

Di qui il legame tra tecnica e fonte consuetudinaria: legame individuabile non solo nei soggetti *produttori* (privati o soggetti internazionali, ma mai lo Stato, che si limita a recepire la norma tecnica) – come già messo in luce da illustre dottrina⁸⁴ – ma altresì dal fatto che attraverso la loro osservanza continuativa che avviene nella convinzione della loro giuridicità, le norme tecniche finiscono con il *saldarsi* alle norme statali e, a seconda dei casi, ad affiancarle ed integrarle⁸⁵.

⁸¹ M. S. Giannini, *Il potere discrezionale*, cit., 45. A ciò deve aggiungersi che un'ulteriore difficoltà di distinguere la discrezionalità pura dalla discrezionalità tecnica risiede nella “natura essenzialmente logicistica” della valutazione di opportunità che accomuna entrambe le valutazioni (*op. ult. cit.*, 42).

⁸² Come già suggerito da F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, cit., 179, *sub nota* n. 1, che – come già segnalato *retro* – giudicava impropria l'espressione *discrezionalità tecnica*.

⁸³ Su cui si veda la decisione di Cons. Stato, sez. VI, n. 5156/02, cit., 2508-2509.

⁸⁴ Sul problema della collocazione delle norme tecniche nelle fonti del diritto, e sul se esse possano considerarsi come fonti autonome, come manifestazioni di diritto naturale ovvero come usi e consuetudini, v. A. Predieri, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena (Mucchi), 1996, 1413 e ss., 1434-1435 e, specificamente, sulle differenze tra norme tecniche e norme consuetudinarie, 1439-1441. Per l'Autore, le norme tecniche sono norme non statali in quanto prodotte da soggetti diversi dallo Stato, come le organizzazioni private o a carattere internazionale. Ed in ciò si ravviserebbe una prima differenza rispetto alla consuetudine, norma spontanea prodotta dal corpo sociale. Tuttavia, in tal modo si trascura di osservare che anche le organizzazioni private sub-statali sono espressione del corpo sociale; norme consuetudinarie sono non solo quelle prodotte dalla collettività nazionale nella sua totalità ma altresì quelle formate da singole porzioni di questo, potendo avere una valenza ed un ambito operativo ora generale ora particolare. Peraltro, la consuetudine nell'ordinamento amministrativo si fonda proprio sul dato per cui la regola non scritta viene formata dagli organi amministrativi, i quali possono a giusta ragione considerarsi come espressione del corpo sociale. In questo senso può rinvenirsi un momento di continuità tra principio della sovranità popolare, consuetudine direttamente formata dai vari corpi sociali e, quindi, consuetudine amministrativa: *cfr. amplius* A. L. Tarasco, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo. Contributo allo studio delle fonti non scritte*, Napoli, 2003, 431, nonché, per la considerazione degli organi amministrativi come espressione della collettività, analogamente C. Franchini, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da Sabino Cassese, *Diritto amministrativo generale*, tomo I, Milano, 2003, 251 e ss., 252, secondo cui “l'organizzazione amministrativa non si prospetta come un corpo estraneo e sovrapposto rispetto alla comunità [dei cittadini, *n.d.a.*], bensì come un suo sviluppo logico, divenendone elemento di integrazione, di rafforzamento e di potenziamento”, con la conseguenza che per quanto riguarda l'assetto organizzativo della Pubblica amministrazione, le scelte “risultano strumentali a quelle sostanziali” della cura degli interessi della collettività.

⁸⁵ Mi permetto di rinviare per gli opportuni approfondimenti, oltre che per i necessari rinvii bibliografici, a A. L. Tarasco, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo*, cit., spec. 390 e ss.

A torto, dunque, le regole *tecniche* cui la legge rinvia vengono definite da taluni come regole *non-giuridiche*, essendo definibili, più correttamente, come regole *non-legali*: nel momento stesso in cui l'ordinamento le prende in considerazione, esse assumono valenza giuridica, ancorché non siano minutamente descritte dalla legge⁸⁶.

Nel settore dei beni culturali, un esempio di norme tecniche richiamate dall'ordinamento ma formulate da soggetti *esterni* a questo è rappresentato dall'esperienza dell'*International Council of Museums* (I.co.m.), istituto legato all'*Unesco* che – a sua volta, come noto – costituisce agenzia specializzata dell'Onu.

L'art. 101, comma 2, lett. a), Codice, richiamandosi all'analoga nozione contenuta nell'art. 2, comma 1, dello Statuto dell'I.co.m., definisce il museo come una “struttura permanente che acquisisce, conserva, ordina ed espone beni culturali per finalità di educazione e di studio”. Importante precisazione dello Statuto dell'I.co.m. ripudiata dal Codice è rappresentata dalla definizione del museo come “istituzione *non-profit* al servizio della società e del suo sviluppo, aperta al pubblico”⁸⁷.

Alle norme tecniche dell'I.co.m. rinvia(va) anche l'art. 10, comma 1, lett. b-bis), d. lg. n. 368/98, concernente l'affidamento in concessione “a soggetti diversi da quelli statali” della gestione di servizi finalizzati al miglioramento della fruizione pubblica e della valorizzazione del patrimonio artistico⁸⁸. Sebbene la disposizione debba ritenersi implicitamente abrogata dall'art. 115 del Codice, è utile notare che i criteri e parametri da rispettarsi nella suddetta esternalizzazione (quali, ad esempio, “i parametri di offerta al pubblico e di gestione dei siti culturali” da parte dei concessionari “non statali”) vengono definiti *per relationem* attraverso il rinvio “ai principi” stabiliti dal citato art. 2, comma 1, dello Statuto dell'I.co.m.⁸⁹

Parte della dottrina ha ricondotto la formazione delle norme tecniche prodotte da soggetti a-statali e recepiti dall'ordinamento ad un momento di trasferimento del potere normativo dallo Stato a soggetti non statali, “i cui atti che pongono norme hanno effetti rilevanti e riconosciuti. Nell'autoreferenzialità dello stato (o dell'immaginario del suo apparato tradizionale) queste produzioni vengono fatte risalire ad enti che vengono visti come ausiliari o portatori di un *munus* statale”⁹⁰, essendo vero, piuttosto, che la natura giuridica resta *a-statuale* nonostante il successivo e formale recepimento dal parte dello Stato.

La perdita di sovranità sembrerebbe consumarsi all'interno dello Stato (mediante delega dell'esercizio del potere normativo a soggetti nazionali non-statali) e al suo esterno, in favore dell'Unione europea, che a sua volta consente che il potere normativo venga esercitato da soggetti “non appartenenti al suo apparato metastatuale”⁹¹.

A ben riflettere, sotto un certo profilo sembra assistersi in questi casi più che ad una perdita della sovranità statale, come notato dal Predieri, ad un diretto esercizio della sovranità ad opera di alcune porzioni del corpo sociale, senza il tramite del tradizionale schema della rappresentanza parlamentare. La sovranità statale è conseguenza, effetto e promanazione della sovranità popolare, cui tutti i poteri dello Stato devono ricondursi. Se il *prius* ordinamentale è la sovranità popolare, *ex*

⁸⁶ Interessante – ma non percorribile in questa sede – è l'approfondimento dei rapporti tra tecnica, consuetudine e parametri valutativi quali ad esempio sono i canoni penalistici del buon costume, del pudore, dell'osceno, ovvero quelli civilistici della buona fede o della diligenza del buon padre di famiglia, canoni parimenti indeterminati e rinvianti a concezioni *meta-legali* (sui rapporti con la fonte consuetudinaria, si rinvia a A. L. Tarasco, *op. loc. ult. cit.*, ed *ivi* ulteriori riferimenti; sulle clausole generali, F. Roselli, *Clausola generale di giusta causa di licenziamento e sindacato di legittimità*, in *Giur. it.*, 2000, 263 e ss.).

⁸⁷ A. L. Tarasco, *Beni, patrimonio e attività culturali*, cit., 170, *sub* nota n. 55.

⁸⁸ In tema, A.L. Tarasco, *L'art. 33 della Finanziaria del 2002 alla prova della sussidiarietà*, in *Corriere giur.*, 2002, 816 e ss.

⁸⁹ L'I.co.m. non va confuso con l'I.co.mo.s., sigla dell'*International Council on monuments and sites*, organizzazione internazionale non governativa di professionisti del settore, con rappresentanze in 107 paesi, avente come scopo la conservazione dei monumenti e dei siti storici del mondo; esso fu fondato nel 1965 all'indomani dell'adozione, a Venezia, nel 1964, della *Carta per la conservazione e il restauro dei monumenti e dei siti*.

⁹⁰ A. Predieri, *Le norme tecniche*, cit., 1445.

⁹¹ A. Predieri, *op. ult. cit.*, 1445.

art. 1 Cost., nella produzione di norme tecniche ad opera di soggetti privati non statali non v'è cessione della sovranità statale, ma ritorno (sebbene parziale e circoscritto) alla sovranità popolare, che limita quella statale. Si tratterebbe, in pratica, di un caso in cui è la *legge* ad essere limitata dal *diritto*, e non viceversa.

Applicate ai beni culturali, tali considerazioni inducono a ritenere che nel sindacato giurisdizionale sui provvedimenti impositivi dei vincoli storico-artistici, il criterio dell'*attendibilità* è rispettato quando si fa corretta applicazione di quelle norme cc.dd. tecniche prodotte nella "comunità scientifico-culturale" di riferimento (pur se con tutti i distinguo cui si è sopra fatto cenno intorno all'inesistenza di una vera e propria *scienza* tradizionale nel campo delle "scienze dello spirito"). Con la precisazione che – trattandosi di cultura, alla cui promozione è preordinata la tutela del patrimonio culturale, *ex art. 9 Cost.* - le norme, regole o canoni, sebbene prodotti dalla comunità scientifica di riferimento, non possono prescindere dai gusti e dalle tendenze che si vanno affermando nella comunità dei cittadini. Con la conseguenza che la dichiarazione del *bello*, dell'*arte*, così come anche della *meritevolezza* del restauro di una certa opera, non possono essere appannaggio esclusivo dei cc.dd. *tecnici* (critici, storici dell'arte, architetti, funzionari tecnici delle soprintendenze in genere): tali giudizi devono necessariamente farsi espressione della *cultura del tempo*, quale è quella dominante nella società, pena l'inammissibile estromissione della collettività dalla propria dimensione culturale e la contestuale adozione di una concezione chiusa e burocratico-elitaria delle finalità di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, che invece concorrono – secondo il solenne *incipit* dell'art. 1, comma 2, del *Codice* – "a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuoverne lo sviluppo della cultura".

Tale prospettiva trova una coerente espressione nell'organizzazione del *nuovo* Ministero per i beni e le attività culturali (MiBAC). La scelta di fondo contenuta nel d. lgs. 8 gennaio 2004 n. 3 e nel connesso regolamento attuativo di cui al d.P.R. 8 giugno 2004 n. 173 consiste proprio nella creazione di una *fascia amministrativa* intermedia tra il *centro* politico (Ministero) e la *periferia* tecnico-scientifica (soprintendenze di settore), al fine di orientare e guidare le scelte "tecniche" secondo le direttrici politiche provenienti dal *centro*. L'intermediazione - rappresentata dai direttori regionali per i beni culturali e paesaggistici (art. 1, d. lgs. n. 3 del 2004) - appare *scandalosa* se interpretata esclusivamente come *gioco di potere* ed esercizio della volontà di controllare le decisioni amministrative nelle singole realtà provinciali⁹²; viceversa, la riforma organizzativa del MiBAC può essere *letta* come tentativo di mediare tra *scientificità* delle valutazioni delle soprintendenze e valori ideologico-culturali espressi dal Governo in rappresentanza della collettività, nel "religioso" rispetto della sovranità popolare *ex art. 1 Cost.* Naturalmente, il fallimento od il successo della riforma organizzativa del MiBAC e, dunque, il (subdolo) condizionamento politico delle *pure* scelte dei funzionari tecnico-scientifici ovvero l'equilibrata mediazione tra "tecnica" e società dipenderà dalla onestà dei suoi materiali esecutori (*id est*, dirigenti e politici). Ma questa è questione diversa.

Antonio Leo Tarasco

⁹² In questo senso può essere interpretata l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del d. lgs. n. 3 del 2004 emessa dal Tar Marche, Ancona, 15 ottobre 2004 n. 136, in *Foro amm.* – TAR, 2004, con nota di A. L. Tarasco, *L'organizzazione del Ministero per i beni culturali va alla Consulta: eccesso di delega o di potere giudiziario?*, *ivi*, 2004, 2912 e ss.