

Università Degli Studi Di Napoli “Parthenope”
**PATRIMONIO E IDENTITÀ CULTURALE TRA COESIONE E
CONFLITTI: UN APPROCCIO MULTILIVELLO**

NAPOLI

17 NOVEMBRE 2014

Relazione di

ENRICO FOLLIERI

*Sindacato giurisdizionale sulla individuazione del bene culturale tra
vincolo diretto e vincolo indiretto.*

SOMMARIO: 1. Natura giuridica del vincolo culturale diretto ed indiretto. – 2. Aspetto oggetto di trattazione. – 3. Il sindacato del giudice ordinario ed amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione. – 4. Critica della giurisprudenza amministrativa sulla insindacabilità della valutazione delle questioni tecniche controverse. – 5. A) Profilo costituzionale sull’attribuzione del potere. – 6. B) Affidamento della tutela secondo la normativa ordinaria. – 7. C) L’eventuale attribuzione esclusiva del potere alla pubblica amministrazione non comporta l’insindacabilità da parte del giudice. – 8. D) Le scienze umanistiche presupposto delle norme. – 9. E) Collegamento con il circuito democratico. – 10. F) Tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione. – 11. G) L’art. 6 CEDU. – 12. Segue G) I poteri cognitori del giudice amministrativo.

1. Natura giuridica del vincolo culturale diretto ed indiretto.

Il vincolo di bene culturale è conformativo del diritto al bene e, a differenza dei vincoli espropriativi, si iscrive tra le limitazioni legali della proprietà.

La disciplina giuridica è confermata da recente sentenza della Corte di Cassazione, Sezione I, del 16.5.2014 n. 10785¹ che ha ritenuto che sia da considerare inedificabile un terreno nel quale sono state riconosciute testimonianze archeologiche, ai fini di quantificare l'indennità di esproprio, a prescindere dalla zonizzazione risultante dalla normativa pianificatoria, qualora si decida di procedere ad esproprio (nella specie, l'amministrazione intendeva realizzare un parco archeologico con annesso *antiquarium*).

Il bene archeologico e, in genere, il bene culturale, viene individuato a seguito di procedimento di c.d. verifica² che culmina in una dichiarazione dell'interesse culturale³, tranne le ipotesi per le quali non si richiede alcuna attività amministrativa a completamento del dettato legislativo, essendo previsti, come genere e non individualmente, direttamente dalla legge⁴ o come oggetto di specifiche disposizioni di tutela⁵.

Quando è necessario un procedimento amministrativo per l'imposizione del vincolo, l'amministrazione procede pur sempre sulla base delle categorie generali individuate dal legislatore, ma è indispensabile un giudizio che qualifichi lo specifico bene come culturale.

Si tratta di un giudizio espressione di valutazioni tecnico-discrezionali compiute dalla pubblica amministrazione sulla scorta di criteri tecnici o scientifici ed è diffusa l'idea che il vincolo abbia carattere dichiarativo poiché accerta l'interesse culturale che caratterizza ontologicamente il bene: questa impostazione porta a ricomprendere tale vincolo nei limiti

¹ In Urb. e App. 2014, 783

² Art. 12 D. L.vo 22.1.2004 n. 42 e ss.mm. ed ii..

³ Art. 13 D. L.vo 22.1.2004 n. 42 e ss.mm. ed ii..

⁴ Cfr. art. 10, comma 2, lett. a), b) e c), D. L.vo 22.1.2004 n. 42 e ss.mm. ed ii..

⁵ Cfr. art. 11 D. L.vo 22.1.2004 n. 42 e ss.mm. ed ii.

legali al diritto di proprietà, in modo che non è indennizzabile, anche perché la qualificazione di bene culturale non comporta l'avocazione del bene alla proprietà pubblica⁶.

Questa soluzione interpretativa è seguita in giurisprudenza, tanto che la sentenza della Cassazione innanzi citata ha ritenuto che la natura conformativa del vincolo storico-artistico (ma anche paesaggistico) non sia stata “azzerata dai recenti interventi della Corte Costituzionale che, nell'intento di assicurare il ristoro costituzionalmente garantito per la privazione autoritaria dei beni in proprietà, ha ristabilito il fondamentale criterio indennitario del valore venale”⁷. Ed ha chiarito che la convenzione europea dei diritti dell'uomo “fa salvo il diritto degli Stati di disciplinare l'uso dei beni posseduti, in modo conforme all'interesse generale, e non sembra che ciò precluda, ove lo impongano le esigenze connesse alla protezione dei beni culturali, paesaggistici e ambientali, oltre che all'interesse ad un ordinato sviluppo del territorio, una compressione dello *jus aedificandi*”⁸.

Quindi, l'imposizione del vincolo diretto di bene culturale non attribuisce al proprietario privato alcun indennizzo, anche secondo la giurisprudenza della CEDU e, se oggetto di esproprio, l'indennità

⁶ Cfr. L. CASOLI, in *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio* a cura di Enrico Follieri, pag. 51 e ss. part. 68 e ss.. La sentenza della Cassazione n. 10785/14 citata rileva che i vincoli “rientranti in tali categorie, sono inerenti alla natura dei beni, che rivelano una qualità insita in essi cosicché la proprietà deve intendersi limitata *ab origine* da un vincolo da considerarsi conformativo” – § 4.1.

⁷ § 5.1 Corte Cass. 16.5.2014 n. 10785 cit.; le sentenze della Corte Costituzionale sono la n. 348/07 e 349/07

⁸ § 5.1 ove si legge ulteriormente: “dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si coglie il principio di una necessaria proporzionalità fra l'interesse pubblico perseguito e la proprietà privata, ma di sicuro non si esclude che alla proprietà possa venire imposto un particolare sacrificio per la salvaguardia di interessi culturali” e seguono indicazioni delle sentenze della CEDU: 27.10.1994, Katte Klitsche de la Grange/Italia sulla legittimità del vincolo forestale, determinando un regime di inedificabilità relativa; 26.6.2007 Perinelli/Italia e Longobardi/Italia in cui la limitazione alla proprietà per le superiori ragioni della cultura è stata ricondotta alle ragioni di interesse generale che ai sensi dell'art. 1, prot. 1, seconda parte della Convenzione, giustificano l'apposizione del vincolo senza indennizzo

conseguente all'estinzione del diritto di proprietà deve considerare il bene, se costituito da un terreno nudo, come inedificabile.

Il vincolo indiretto è un ulteriore strumento volto ad assicurare la tutela dei soli beni culturali immobili; esso consiste in una serie di prescrizioni che il Ministero ha la facoltà di imporre su beni non culturali al fine di tutelare un bene culturale immobile, seppure indirettamente. Il vincolo indiretto si caratterizza per: il peculiare rapporto che si instaura tra il bene culturale immobile e gli insediamenti ad esso circostanti; l'atipicità del contenuto delle prescrizioni e la tassatività degli scopi cui devono tendere le prescrizioni di tutela; il contenuto e i caratteri dell'atto di imposizione del vincolo indiretto.

Le prescrizioni, data la loro atipicità, possono avere il contenuto più vario: dall'obbligo di rispettare alcune distanze o altre misure, fino all'assoluto divieto di edificabilità, purché siano finalizzate ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità del bene culturale immobile e ad evitare che di esso ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente o di decoro.

Anche l'imposizione del vincolo indiretto è espressione di discrezionalità c.d. tecnica e non è indennizzabile, anche se non è un bene culturale⁹.

2. Aspetto oggetto di trattazione.

Qui non si vuole entrare nel merito della legittimità o meno dell'imposizione del vincolo, sia diretto che indiretto, senza il pagamento

⁹ Critico in proposito è A.M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione dei vincoli paesistici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1961, 832 e ss. secondo cui ci si può trovare di fronte a misure prescrittive tanto incisive, quale l'assoluta inedificabilità, che comportano una espropriazione "sostanziale" o "larvata", per cui si potrebbe individuare un contrasto con gli artt. 3 e 42, comma 3, della Costituzione; ha ritenuto legittima la disciplina giuridica della non indennizzabilità la sentenza della Corte Costituzionale 4.7.1974 n. 202 in *Giur. Cost.* 1974, I, 1692.

di alcuna indennità¹⁰, ma si vuole affrontare un altro profilo: il sindacato giurisdizionale che il giudice amministrativo – che ha giurisdizione – svolge sulla decisione amministrativa che stabilisce o meno il vincolo, tenendo presente i diversi centri di interessi coinvolti in questo procedimento.

Infatti, risulta chiaro che vi è un conflitto tra i proprietari privati e l'amministrazione quando quest'ultima va ad individuare un bene culturale.

Ma pure contesa e diatriba vi è tra gli enti pubblici territoriali e le associazioni che tutelano specificamente i beni culturali ed ambientali nonché i cittadini sensibili alla tutela culturale nei confronti del Ministero che non dichiara un bene culturale o non ponga prescrizioni di tutela indiretta a protezione di un bene immobile culturale.

Ne consegue la rilevanza del procedimento di verifica e del provvedimento di imposizione del vincolo diretto e di quello indiretto perché, dal punto di vista del proprietario privato, a parte i vantaggi oggi quasi inesistenti di ottenere finanziamenti o contributi per il bene culturale, vengono percepite le conseguenze negative per gli eventuali interventi sul bene e per il suo stesso uso in caso di determinazione del vincolo e, da parte di coloro che assumono l'interesse culturale, viene avvertito come gravemente lesivo del patrimonio storico e artistico il diniego di imposizione del vincolo.

Pertanto, la tutela giurisdizionale assume una significativa importanza.

3. Il sindacato del giudice ordinario ed amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione.

¹⁰ Cfr. sulla problematica L. CASOLI, *op. cit.*, part. 160 e ss..

Il *clou* del giudizio amministrativo sull'imposizione del vincolo di bene culturale, sia diretto che indiretto, riguarda il sindacato sulla discrezionalità tecnica quando si debbano operare valutazioni che trovano il loro parametro nelle c.d. scienze umanistiche.

L'amministrazione deve operare verifiche di fatto e prendere come parametri l'arte, la storia, l'archeologia, l'etnoantropologia, la paleontologia, la preistoria per procedere ad apprezzamenti che le norme indicano con il carattere della rarità o pregio o che presentino un "eccezionale" o "particolarmente importante" interesse culturale.

Il giudice amministrativo, in presenza di questi fatti complessi, si ferma di fronte al giudizio della pubblica amministrazione, quasi ritenendo che si tratti di un potere che la norma attribuisca al Ministero.

E' ormai acquisita, in dottrina ed in giurisprudenza, la distinzione, sul piano concettuale, tra discrezionalità amministrativa o pura¹¹ e discrezionalità tecnica¹², ma nella giurisprudenza vi è stata un'assimilazione quanto al sindacato giurisdizionale, nel senso che si è affermato, per l'una e l'altra ipotesi, la insindacabilità diretta ed intrinseca della valutazione, conoscibile solo in via indiretta ed estrinseca attraverso le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, per cui

¹¹ La discrezionalità amministrativa è uno dei temi più rilevanti del diritto amministrativo e ne costituisce un suo peculiare aspetto perché, anche se in altri campi del diritto si usa la medesima espressione (la discrezionalità del giudice, del legislatore etc.), solo nel diritto amministrativo vi è una elaborazione concettuale, dottrinarie e giurisprudenziale, che ne hanno fatto un problema centrale della disciplina tanto da indurre B. SCHWARTZ a chiedersi: "in verità, di che tratta il diritto amministrativo se non del controllo della discrezionalità?" (*Administrative Law*, Boston 1991, 652). Nello stesso senso: M. WALINE, *Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration*, in *Études et documents du Conseil d'État* 1956, I, 25. La letteratura italiana sull'argomento è vasta e ha focalizzato la sua attenzione nello studio strutturale e funzionale della discrezionalità e, soprattutto, sulla estensione ed i limiti del sindacato giurisdizionale

¹² La discrezionalità tecnica è stata spesso accomunata nella trattazione alla discrezionalità amministrativa perché, alla pari di quest'ultima, insindacabile, se non attraverso le figure sintomatiche dell'eccesso di potere. Oggi è netta la distinzione tanto che si è affermato che la discrezionalità tecnica è una "pseudodiscrezionalità" che implica solo giudizio e non è scelta espressione del momento volontaristico: M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano 1993, 54.

rilevano il travisamento dei fatti, l'ingiustizia ed illogicità manifeste, la contraddittorietà e così via¹³.

E ciò anche se la valutazione tecnica, prevista nella norma da applicare, la fa divenire elemento costitutivo della norma stessa e, come tale, pienamente conoscibile proprio in un sindacato di legittimità, stante la natura della discrezionalità tecnica che costituisce applicazione di regole richiamate dalla norma giuridica e non di scelte e soluzioni opportune.

Ed infatti, il giudice ordinario, sia quello civile che penale, non conosce alcuna remora nell'esame e valutazione del fatto tecnico per la conoscenza del quale si avvale di consulenti di sua fiducia che lo aiutano nel giudicare questioni tecniche anche di estrema complessità e pure se già valutati dall'Amministrazione¹⁴.

Questa diversità di impostazione tra giudice ordinario e giudice amministrativo può condurre a risultati che lasciano assai perplessi, proprio nella materia del patrimonio culturale.

Così, l'art. 20 del Codice dei beni culturali e del paesaggio¹⁵ stabilisce che i beni culturali non possono essere adibiti "ad usi non compatibili con il loro carattere storico od artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione".

L'uso del bene o il cambio d'uso non richiede autorizzazione da parte dell'Amministrazione che ha in cura il patrimonio culturale, quando non si accompagni ad interventi fisici sul bene ed è rimessa all'interessato la valutazione della compatibilità¹⁶.

¹³ Cons. Stato, Sez. IV, 4.3.1980 n. 142 in *Rass. Cons. Stato* 1980, I, 266; Cons. Stato, Sez. VI, 10.3.2004 n. 1213, *ivi*, 2004, I, 547, a proposito delle "valutazioni estetiche".

¹⁴ Cass. Civ., Sez. Lavoro, 13 luglio 1995 n. 7683 in *Giur. Ital.* 1996, I, 1, 610.

¹⁵ D. L.vo 22.1.2004 n. 42 e ss. mm. ed ii..

¹⁶ R. SALERNI, *Le misure di protezione* in "Il diritto dei beni culturali e del paesaggio" a cura di E. FOLLIERI, *op. cit.*, 91 e ss. e richiami *ivi*.

Ma, se l'Amministrazione, in sede di verifica o controllo, ritenga che il bene culturale subisca un danno per l'uso non compatibile con il carattere storico o artistico, ordina al responsabile di ripristinare il precedente uso¹⁷. Contro questo provvedimento, l'interessato può ricorrere al giudice amministrativo il quale annullerà il provvedimento sanzionatorio solo se la valutazione tecnica della incompatibilità dell'uso presenti aspetti che integrano una delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere e, quindi, conoscerà gli aspetti estrinseci nonché formali dell'atto.

Lo stesso fatto può dare luogo all'applicazione della sanzione penale stabilita dall'art. 170 del Codice¹⁸ se i beni culturali sono destinati "ad uso incompatibile con il loro carattere storico od artistico o pregiudizievole per la loro conservazione o integrità" ed il giudice penale, pur in presenza di un provvedimento dell'Amministrazione di ripristino del precedente uso, può ritenere l'uso compatibile, ripetendo la valutazione tecnica attraverso un giudizio completo e *ab intrinseco* sul complesso fatto tecnico della compatibilità dell'uso con il carattere storico o artistico del bene culturale.

La medesima vicenda può essere portata alla cognizione del giudice amministrativo e del giudice ordinario, ma il primo limita la sua indagine ai profili estrinseci e formali dell'atto amministrativo ed alla verifica della presenza delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, il secondo prescinde dall'atto amministrativo e valuta il fatto tecnico approfondendolo dall'interno e senza nessuna preclusione.

¹⁷ Art. 160 del Codice. Sulle sanzioni amministrative: E. FOLLIERI, *Le «sanzioni amministrative» a tutela dei beni culturali* in "Il diritto dei beni culturali e del paesaggio", *op. cit.*, 329 e ss., con riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

¹⁸ G. PERDONÒ, *L'uso illecito e le violazioni in materia di alienazione: riproposizione di vecchi schemi a fronte della rinuncia alle chance offerte dalle nuove frontiere della politica criminale* in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Gli illeciti penali* a cura di A. MANNA, Milano 2005, 104 e ss..

E' vero che nell'esemplificazione testé esposta, il giudice amministrativo deve sindacare l'atto amministrativo e, quindi, l'esercizio di un potere che l'ordinamento attribuisce ad un (altro) soggetto pubblico, mentre il giudice penale il comportamento dell'interessato e l'uso che ha impresso al bene culturale in relazione alla specifica tutela storica ed artistica del bene stesso, ma ciò non toglie che la questione, nella sostanza, sia la medesima¹⁹.

Perplessità in proposito derivano anche da recenti arresti della Corte di Cassazione che, su ricorso avverso sentenza del Consiglio di Stato, ha assunto il difetto assoluto di giurisdizione quando il sindacato del giudice amministrativo si estenda ai profili tecnici se “siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un obiettivo margine di opinabilità – come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza”²⁰. Perplessità perché il giudice ordinario, specie quello penale, non si fa scrupolo e non si ferma di fronte al potere discrezionale puro della pubblica amministrazione e, ancor meno, alla discrezionalità tecnica. Normalmente, il giudice si serve di suoi consulenti tecnici di fiducia per accertare anche fatti tecnici di elevata complessità ed ampiamente opinabili, come si constata nella cronaca giornalistica quotidiana²¹.

Non si comprendono, pertanto, le ragioni di queste pronunzie delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione se non considerando la contrapposizione, ormai continua, tra il giudice ordinario e quello

¹⁹ Sulla diversità del sindacato sulla discrezionalità tecnica, da parte del giudice ordinario e del giudice amministrativo: V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1986, 1 e ss..

²⁰ Cass., SS.UU. 20.1.2014 n. 1013 in *Giur. Ital.* 2014, “recentissime”, 246.

²¹ Per quanto riguarda questi profili si rinvia a E. FOLLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato* in www.giustamm.it – rivista di diritto pubblico – 2014, part. § 2.

amministrativo, e che richiede una modifica della composizione dell'organo che decide sui conflitti di attribuzione e giurisdizione²².

4. Critica della giurisprudenza amministrativa sulla insindacabilità della valutazione delle questioni tecniche controverse.

L'orientamento del giudice amministrativo trovava, in precedenza, giustificazione anche nel fatto che non poteva disporre consulenze tecniche, ma una tale limitazione è ormai venuta meno perché la L. 21.7.2000 n. 205 espressamente prevede che nel processo amministrativo, pur nella giurisdizione di sola legittimità, è consentito disporre una consulenza tecnica²³ e il codice del processo amministrativo lo ha ribadito.

Va chiarito, però, che la ritrosia del giudice amministrativo a sindacare l'attività di ordine tecnico dell'Amministrazione riguarda oggi solo un ambito di tale attività, quella che comporta valutazioni c.d. opinabili²⁴.

La giurisprudenza, cioè, di fronte a giudizi tecnici non univoci o concordi, ma che possono essere e sono di diverso segno, eminentemente soggettivi, ritiene che spetti all'Amministrazione l'espressione del giudizio perché diversamente, si andrebbe a sostituire la decisione del giudice, altrettanto opinabile, a quella dell'amministrazione²⁵.

²² Si rimanda, ancora, a E. FOLLIERI, *op. ult. cit.*, § 4.

²³ F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa* in *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 205/2000*, a cura di F. Caringella e M. Protto, Milano 2001, 913 e ss.; G. PERULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, Padova 2002; G. LO PRESTI, *Istruttoria in Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, Milano 2005, 599 e ss. con ampi riferimenti di giurisprudenza.

²⁴ Per il sindacato del giudice amministrativo sul «fatto controverso» e le ragioni che hanno spinto la Sez. IV, sin dalle prime pronunzie, a limitare il suo sindacato: E. FOLLIERI, *La legge 31 marzo 1889 n. 5992, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato in Le riforme Crispine ISAP*, *Archivio nuova serie* 6, Milano 1990, 441 e ss.

²⁵ In dottrina, C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche* Milano 1985, 219 e ss. secondo cui la valutazione tecnica di un fatto può costituire oggetto di attribuzione all'esclusiva competenza dell'Amministrazione in considerazione dei valori tutelati.

Ciò specie nella tutela e valorizzazione dei beni del patrimonio culturale per le opinioni controverse e, spesso, dialetticamente contrapposte, che sono espressione direi caratterizzante delle scienze umanistiche che la normativa sul patrimonio culturale richiama come parametro per la qualificazione di un bene come culturale o paesaggistico.

Di fronte all'applicazione delle scienze c.d. non esatte²⁶ e che danno luogo a valutazioni fortemente soggettive, il giudice amministrativo si ritira e lascia il campo libero alla pubblica amministrazione.

Non condivido questa impostazione che, peraltro, la prevalente dottrina critica in maniera decisa²⁷ per le ragioni che di seguito indico in sintesi.

²⁶ Invero, è difficile parlare di “scienze esatte” dopo i rilievi di K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica* Torino 1970, che evidenzia come i valori e gli scopi esterni influenzino e “manipolino” le ricerche scientifiche e i loro risultati.

²⁷ F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica* in *Dir. Proc. Amm.* 1983, 371 e ss., part. 431 e 432 ove sottolinea che gli apprezzamenti integralmente controllati dalla tecnica non possono essere posti sullo stesso piano della ponderazione di interessi poiché le questioni tecniche sono problemi di diritto, non di opportunità, per cui il giudice deve sottoporre a verifica diretta le c.d. operazioni tecniche. F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2000, 1061 e ss., il quale afferma che la riserva alla pubblica amministrazione dei giudizi tecnico-valutativi non ha una base di diritto positivo e che è in contrasto con il principio costituzionale della piena tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione; dello stesso A., *Profili sostanziali del merito amministrativo* in *Nuova Rass.* 1981, 1376 ss.. Cfr. pure: G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo* in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma 1981, 1573 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, 599; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica* in *Dir. Proc. amm.* 1992, 685 ss.; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento* Milano 1993, 214 e ss.; A. CARIOLA, *Discrezionalità tecnica e imparzialità* in *Dir. Proc. amm.* 1997, 469 e ss.; F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione* Napoli 1999, 160 e ss.. Ritiene ripetibile in sede processuale ogni valutazione della p.a. N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi* in *Dir. Amm.* 1996, 413 e ss.; dello stesso A., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo* Padova 2000, 319 e ss.. V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità* in *Dir. Proc. Amm.* 1984, 463 e ss. ritiene che non vi siano ostacoli a che il giudice amministrativo conosca delle valutazioni tecniche, ma occorre un esame della legislazione per ogni settore, al fine di individuare l'effettivo potere della pubblica amministrazione (494), ma, comunque, rimangono al di fuori di ogni sindacato le valutazioni tecniche che presentano, anche alternativamente, queste due caratteristiche: a) soggettività assoluta del momento valutativo; b) irripetibilità del giudizio (es. esami, concorsi) (496).

A) Sul piano costituzionale, l'interesse alla tutela del patrimonio storico e artistico non è attribuito in via esclusiva alla pubblica amministrazione; B) nemmeno sul piano della legislazione ordinaria la tutela è affidata alla sola pubblica amministrazione; C) anche se fosse affidato esclusivamente alla pubblica amministrazione non se ne può inferire l'insindacabilità da parte del giudice amministrativo; D) le norme richiamano, dandole per presupposte, scienze umanistiche che entrano a pieno titolo nella disciplina della fattispecie, sia per l'amministrazione che per il giudice; E) non si può ritenere che la pubblica amministrazione abbia un collegamento con il circuito democratico diverso da quello dei giudici; F) la Costituzione assicura tutela piena ed effettiva alle situazioni giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione, come confermato dal codice del processo amministrativo; G) il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 6 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, non può incontrare limiti alla cognizione della controversia.

5. A) Profilo costituzionale sull'attribuzione del potere.

Innanzitutto, l'interesse alla tutela ed alla valorizzazione del paesaggio e del patrimonio storico e artistico, pur pubblico ed attribuito alla cura della P.A., non è esclusivo di quest'ultima perché tutti i cittadini e, soprattutto, le associazioni ambientaliste e culturali hanno un evidente interesse alla tutela del patrimonio culturale che, per l'art. 9 della Costituzione, è della "Nazione"²⁸ e specifiche disposizioni positive ne

²⁸ E. FOLLIERI, *Le disposizioni generali in Il diritto dei beni culturali e del paesaggio* a cura di Enrico Follieri, *op. cit.*, 33 e ss..

garantiscono la fruizione (così: art. 102, comma 4, art. 105 del Codice dei beni culturali, D. L.vo n. 42/04)²⁹.

Il giudice, di fronte all'impugnativa da parte di un'associazione culturale di un provvedimento che verifichi la insussistenza dell'interesse culturale per un bene pubblico o dichiarati, per un bene privato, la insussistenza di un interesse culturale "particolarmente importante", non può rifugiarsi nell'opinabilità e soggettività dei giudizi espressione delle scienze umanistiche e prestare ossequio alla decisione dell'Amministrazione che, escludendo la qualificazione di bene culturale che è giudicato tale semmai, in quel dato momento storico, da correnti minoritarie (o isolate) della scienza applicata nel caso di specie, finisce nel non tutelare "il patrimonio storico e artistico della Nazione".

Il sindacato del giudice non può fermarsi in presenza di un provvedimento amministrativo applicativo di un parametro tecnico opinabile perché, nella materia *de qua*, la pubblica amministrazione non è attributaria di un interesse pubblico che tutela in via esclusiva, dal momento che qui si discute del patrimonio culturale della Nazione per cui l'interesse è anche degli altri soggetti dell'ordinamento.

6. B) Affidamento della tutela secondo la normativa ordinaria.

Non si può ritenere che l'art. 17 della L. 7.8.1990 n. 241, per l'eccezione contenuta nel secondo comma riguardante le valutazioni tecniche in tema di tutela ambientale e paesistico-territoriale, attribuisca all'Amministrazione un potere riservato in materia.

L'art. 17 L. n. 241/90, infatti, stabilisce che, in caso debbano essere acquisite valutazioni tecniche di organi od enti appositi e questi soggetti non provvedano o ritardino nell'eseguire la valutazione, il responsabile

²⁹ Cfr.: S. MELE, *Valorizzazione, fruizione ed uso dei beni culturali* in *op. ult. cit.*, 271 e ss., con richiami di dottrina e giurisprudenza.

del procedimento “deve chiedere le suddette valutazioni tecniche ad altri organi dell’amministrazione pubblica o ad enti pubblici che siano dotati di qualificazioni e capacità tecniche equipollenti, ovvero ad istituti universitari” (primo comma). Tale disposizione³⁰, però, “non si applica in caso di valutazioni che debbano essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini” (II comma art. 17 L. n. 241/90).

Si ritiene che sia preclusa la “sostituzione” del giudice alla amministrazione, visto che la norma, per questi casi in cui vengono in gioco interessi particolarmente sensibili, non consente nemmeno la sostituzione da parte di altra amministrazione dotata di equivalente qualificazione e competenza tecnica³¹.

E, invece, va rilevato che la non sostituibilità della valutazione tecnica ad opera di altra amministrazione riguarda esclusivamente l’attività di amministrazione attiva che è cosa del tutto diversa dal sindacato giurisdizionale. Del resto, ogni procedimento amministrativo che preveda valutazioni tecniche individua l’ufficio o l’organo che le debba eseguire, ma ciò non attribuisce una riserva esclusiva di potere alla pubblica amministrazione poiché si tratta di profili che attengono alla competenza ed all’organizzazione della pubblica amministrazione e si può anche decidere che alcune valutazioni tecniche debbano essere eseguite esclusivamente da determinati uffici, ma tale esclusività

³⁰ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo* III ed., Milano 2001, 405 e ss.; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli ed altri, *Diritto amministrativo*, IV ed., Bologna, 2005, 620 e ss. e A. SANDULLI, *Il procedimento in Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, II, ed., *Diritto amministrativo generale*, II, Milano 2003, 1010 e ss., sono dell’idea che, nell’ambito del procedimento amministrativo, le valutazioni tecniche costituiscano un tipo differenziato di attività e sono disciplinate in maniera diversa dagli altri pareri dai quali si può prescindere, quando non vengano resi nel termine (art. 16 L. n. 241/90). Ciò significa, però, solo che l’Amministrazione non può prescindere dalle valutazioni tecniche quando sono necessarie per la sua azione amministrativa.

³¹ Cfr. D. DE PRETIS, *Valutazioni tecniche della pubblica amministrazione in Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 6179.

riguarda il rapporto tra i soggetti che operano nella pubblica amministrazione, non la verifica giurisdizionale, per nulla considerata dalla norma procedimentale che disciplina l'esercizio del potere amministrativo.

7. C) L'eventuale attribuzione esclusiva del potere alla pubblica amministrazione non comporta l'insindacabilità da parte del giudice.

E, del resto, anche se si trattasse di un interesse pubblico affidato esclusivamente alla cura della pubblica amministrazione, non ne deriverebbe la insindacabilità da parte del giudice amministrativo che conosce, normalmente, di provvedimenti amministrativi adottati proprio per soddisfare l'interesse pubblico di cui è attributaria l'Amministrazione agente, indipendentemente dalla circostanza che tale interesse sia in cura ad una o più Amministrazioni.

Insomma, la (pur insussistente) esclusività della cura dell'interesse, non comporta che il giudice amministrativo non possa sindacare l'atto impositivo o non impositivo di vincoli culturali e paesaggistici.

8. D) Le scienze umanistiche presupposto delle norme.

Le norme sul patrimonio culturale richiamano, dandole per presupposte, scienze umanistiche che entrano a pieno titolo nella disciplina della fattispecie e l'Amministrazione, nel momento in cui esegue la norma, utilizza i parametri che si ricavano dalla scienza umanistica di volta in volta interessata.

L'Amministrazione non fa che applicare la norma giuridica che si riempie di contenuti tecnici, anche quando i criteri siano opinabili, operando una selezione tra di essi sulla base del metodo proprio delle

scienze umanistiche o di quella scienza specificamente considerata dalla norma.

L'Amministrazione, cioè, compie un'operazione di interpretazione del dato normativo, accertamento del fatto e valutazione secondo i parametri tecnici della scienza richiamata dalla norma, anche se tali parametri siano opinabili e soggettivi, non aggiungendovi alcuna altra considerazione di opportunità o di merito che rimane estranea alla valutazione tecnica che non si ammanta di autorità. In sostanza, l'Amministrazione cura l'interesse pubblico alla tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, attraverso l'utilizzo degli strumenti tecnici propri della scienza che concretamente rileva nella fattispecie specifica.

Il giudice, rispetto alla norma, è nella stessa posizione dell'Amministrazione, per quanto riguarda l'interpretazione della disposizione, l'accertamento del fatto e la valutazione secondo i parametri tecnici; l'opinabilità di questi ultimi non lo porta a sconfinare nell'indagine sulla cura dell'interesse pubblico affidato alla pubblica amministrazione perché la individuazione dei criteri (tecnici) da seguire è effettuata sulla base degli elementi forniti dalla specifica scienza applicata per i quali può chiedere ausilio al consulente tecnico, esperto e di sua fiducia.

Non vi è, cioè, la sostituzione del giudizio riservato alla pubblica amministrazione con quello del giudice poiché non vi è alcuna "riserva" al potere amministrativo di scelta.

Il giudice nella indagine piena sulla valutazione tecnica non fa che dare esecuzione alla norma, anche quando i parametri da applicare siano opinabili, o addirittura, contraddittori.

9. E) Collegamento con il circuito democratico.

Non si può pensare ad un diverso collegamento con il circuito democratico degli organi della pubblica amministrazione rispetto ai giudici.

Infatti, la tutela e valorizzazione del patrimonio culturale è affidata alla dirigenza ed ai dipendenti amministrativi, non ai politici (Ministro, Assessore regionale etc.) che, in modo diretto o indiretto, sono rappresentativi del corpo elettorale, dal momento che è ormai chiara la distinzione tra attività di indirizzo, affidata al rappresentante politico, e quella di gestione, di competenza dei dipendenti amministrativi, e la tutela *de qua* appartiene alla gestione.

I dipendenti della pubblica amministrazione, alla pari dei giudici, svolgono le loro funzioni a seguito di selezioni concorsuali di carattere tecnico; anzi, da questo punto di vista, una quota di consiglieri di Stato è nominata dal governo³², per cui una patente di rappresentanza democratica, anche se indiretta, può essere rilasciata più al giudice amministrativo che ai dipendenti della pubblica amministrazione.

Quindi, nemmeno sotto questo profilo può essere legittimato l'orientamento giurisprudenziale del giudice amministrativo.

10. F) Tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione.

La Costituzione assicura la tutela sia ai diritti che agli interessi legittimi (artt. 24 e 113, I comma, Cost.) che deve essere piena ed effettiva (art. 111 e part. art. 113, II comma, Cost.) come rinvenibile anche nel codice del processo amministrativo.

Il principio di garanzia costituzionale è presidio dello Stato di diritto e democratico e non può trovare attenuazioni nella tutela di interessi, quali

³² 1/4 del totale dei consiglieri: art. 19 L. n. 186/1982.

quelli che ruotano intorno al patrimonio culturale della nazione, costituzionalmente protetti (art. 9 Cost.).

Invero, le pronunzie del giudice amministrativo che non hanno ceduto ad un sindacato pieno e diretto di tipo forte, ma ad un'indagine indiretta e sintomatica di tipo debole³³, e che, quindi, si sono fermate in presenza dell'opinabilità dei parametri tecnici in materia di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, hanno riguardato soprattutto le controversie promosse dai proprietari, possessori e detentori di beni che hanno impugnato il provvedimento impositivo del vincolo culturale o paesaggistico, per cui si potrebbe ritenere che la giurisprudenza ha protetto le decisioni vincolistiche della pubblica amministrazione, salvaguardando così l'interesse alla tutela del patrimonio culturale.

Va, in contrario, rilevato che: a) il principio dell'insindacabilità dei provvedimenti amministrativi impositivi di vincolo, se non attraverso un sindacato di tipo debole, estrinseco, formale e con l'utilizzo delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, vale anche nei confronti dei provvedimenti amministrativi che decidono di non imporre vincoli culturali e paesaggistici, per cui può risultare penalizzante per la tutela dell'interesse alla salvaguardia e fruizione del patrimonio culturale; b) un sindacato pieno, di tipo forte, non significa affermare, senz'altro, la illegittimità dei provvedimenti impositivi di vincolo perché il ricorso può, pur sempre, essere respinto per infondatezza quando risultasse che l'Amministrazione abbia dato corretta e legittima esecuzione alle norme in materia e, quindi, anche ai parametri tecnici, così come sarà possibile accogliere ricorsi contro atti amministrativi che assumano l'insussistenza dell'interesse culturale, esaminando la controversia nella sua pienezza; c) la linea seguita dalla giurisprudenza si risolve, in effetti, in un

³³ Cfr. D. DE PRETIS, *Valutazioni tecniche della pubblica amministrazione*, op. cit., 6179 e ss. per una interessante puntualizzazione sulle differenti caratteristiche del sindacato debole e di quello forte.

anacronistico ossequio alle decisioni adottate dalla pubblica amministrazione che, per quanto rilevato innanzi, opera, nella specie, attraverso l'apparato burocratico composto di tecnici, non di rappresentanti del corpo elettorale; d) non si assicura la giusta tutela giurisdizionale che deve essere piena ed effettiva nel rispetto delle norme costituzionali e dei principi fondanti del nostro Paese³⁴.

Il codice del processo amministrativo, con l'art. 1, proclama che "la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del Diritto europeo".

Proprio quest'ultimo profilo deve spingere la giurisprudenza ad aprirsi al sindacato pieno ed effettivo della c.d. discrezionalità tecnica perché i limiti del controllo giurisdizionale sull'attività della pubblica amministrazione costituiscono, come ha rilevato la dottrina, "il gran problema del diritto amministrativo"³⁵ che, attraverso la giuridicizzazione dell'esercizio del potere³⁶, ha trasformato i sudditi in cittadini e l'arbitrio della scelta dell'amministrazione in potere discrezionale.

11. G) L'art. 6 CEDU.

Si discute se i principi stabiliti dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo³⁷ e soprattutto la importante giurisprudenza della

³⁴ In proposito F. G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, op. cit., 1067 afferma che "se il sindacato giudiziario si arresta alla superficie, ovvero viene condotto solo in modo indiretto o estrinseco, si ha denegata giustizia".

³⁵ T. R. FERNANDEZ, *Discrecionalidad y jurisdicción* in *Revista española de derecho administrativo*, 1974, 285.

³⁶ G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova 1989, part. 242 e ss. individua il presupposto e le condizioni per la "giuridicizzazione del potere discrezionale".

³⁷ L'art. 6 CEDU recita: "1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della

Corte Europea di Strasburgo siano già normativa comunitaria con la conseguenza che il giudice comune può disapplicare le disposizioni in contrasto con essa ovvero se tale convenzione possa rilevare solo come norma interposta ai sensi dell'art. 117, comma 1, della Costituzione.

La questione sarà superata, per effetto dell'art. 6 sul Trattato dell'Unione Europea che stabilisce l'adesione alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con conseguente sicura appartenenza alla normativa comunitaria, quando sarà completato il procedimento di adeguamento.

Allo stato, anche se si voglia seguire l'impostazione della Corte Costituzionale³⁸ che l'art. 6 CEDU rappresenti un parametro di costituzionalità delle nostre leggi interne come norma interposta ai sensi dell'art. 117, 1° comma, Cost., si devono seguire questi principi: a) la CEDU va applicata nella interpretazione fornita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo; b) il contrasto tra la disciplina legislativa e la CEDU va innanzitutto risolta in via interpretativa dai giudici comuni e, in caso non si riesca a superare il conflitto, occorre rimettere la questione alla Corte Costituzionale³⁹.

Ebbene, l'art. 6 CEDU riguarda in via diretta i processi civili e penali, ma la giurisprudenza della Corte Europea l'ha interpretato⁴⁰ come

vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza".

³⁸ Sentenze Corte Costituzionale nn. 348 e 349/2007 e n. 303/2011.

³⁹ Cfr. M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6 CEDU, per il procedimento e il processo amministrativo* in *Dir. Proc. Amm.* 2012, 572.

⁴⁰ Cfr. F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo* in *Dir. Proc. Amm.* 2010, 428 e ss..

estendibile anche alle controversie pubblicistiche attraverso questo svolgimento: “Tribunale” deve intendersi qualunque autorità che, pur attraverso un procedimento non formalmente qualificato processo nell’ordinamento interno, adotti atti modificativi della realtà giuridica, incidenti significativamente nella sfera soggettiva di un soggetto privato, quindi “tribunale” è anche la pubblica amministrazione, in una visione sostanzialistica della funzione che non ritiene rilevante il suo esercizio nell’ambito di una struttura ed organizzazione processuale.

L’autorità amministrativa italiana non presenta, tra gli altri, i caratteri dell’indipendenza e dell’imparzialità richiesti dall’art. 6 CEDU, pur tuttavia la Corte di Strasburgo ha seguito un approccio flessibile, adottando un criterio di compensazione: il rispetto dell’art. 6 può intervenire anche in sede processuale ove devono riscontrarsi i parametri volti a tutelare i diritti⁴¹.

In linea astratta e di principio le prescrizioni dell’“equo processo” dovrebbero essere seguite nel procedimento che decide in ordine all’interesse pubblico con effetti potenzialmente lesivi delle sfere giuridiche dei soggetti terzi, ma la carenza delle previste garanzie nel procedimento può essere superata riconoscendole successivamente nel processo.

È una logica di adattamento che ispira la giurisprudenza della Corte la quale deve considerare la diversità degli ordinamenti statali che, nella loro peculiarità, hanno adottato soluzioni non omogenee, per cui viene valorizzato e ritenuto sufficiente il risultato del sostanziale rispetto dei principi stabiliti in ambito sovrastatale.

⁴¹ M. ALLENA, *L’art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela all’interno degli Stati membri dell’Unione Europea in Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione. Atti del convegno di Copanello 1-2 luglio 2011*, Milano 2013, 123 e ss..

La soluzione non può sfuggire alla critica che il processo è possibile ed eventuale, mentre il procedimento amministrativo appartiene alla normalità dell'azione della pubblica amministrazione, per cui il recupero e la compensazione delle garanzie assumono il carattere della straordinarietà; ma bisogna fare di necessità virtù e piegarsi alle esigenze pratiche della molteplicità e varietà degli ordinamenti degli Stati.

E, comunque, seguendo questo percorso, le previsioni dell'art. 6 CEDU finiscono per trovare applicazione nel processo amministrativo che deve rispettare i requisiti dettati da detta disposizione e soprattutto nella interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, nel caso di “accusa penale” e di “diritti e doveri di carattere civile”.

L'ambito oggettivo di applicazione, pur non riguardando tutte le possibili controversie, è molto ampio perché, pur escludendo la “accusa penale” che non riguarda i beni culturali, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per i diritti di carattere civile, ha seguito una impostazione sostanziale e, quindi, non si è preoccupata di distinguere tra le diverse situazioni giuridiche soggettive, ma ha considerato gli interessi meritevoli di tutela, indipendentemente dal se si sia in presenza di diritti soggettivi, interessi legittimi⁴² o interessi meramente procedurali: è rilevante che si sia in presenza di un interesse al bene della vita, con risvolti patrimoniali anche indiretti.

Gli atti adottati dall'Autorità amministrativa devono incidere significativamente con effetti vincolanti sugli individui, per cui, in sostanza, si decide su “diritti e doveri di carattere civile”, rientrando nell'ipotesi considerata dall'art. 6 CEDU.

⁴² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Strasburgo, 5.10.2000, Mennitto c/ Italy in <http://www.echr.coe.it/echr/> che in tema di un disabile che lamentava la non corresponsione di contributi economici da parte di una USL, afferma “La Cour ne juge pas nécessaire d'examiner si la notion autonome de droit au sens de l'article 6 § 1 de la Convention englobe seulement le 'droit subjectif' ou aussi l' 'intérêt légitime'” perché “la Cour estime que le droit en question, patrimonial par nature, revêtait un caractère 'civil' au sens de sa jurisprudence”.

Sono stati inclusi dalla Corte Europea: i procedimenti autorizzatori e concessori e quelli di secondo grado che li riguardano, se incidenti significativamente sull'esercizio di un'attività economica o, comunque, sulla possibilità per il destinatario di produrre reddito; i procedimenti di sovvenzioni di carattere sociale; i procedimenti amministrativi di accesso ai pubblici uffici e, in particolare per l'Italia, si è affermato che l'art. 6 CEDU vada rispettato nei procedimenti concorsuali, segnatamente per il reclutamento di funzionari parlamentari⁴³, ma è stato escluso per le categorie di dipendenti che partecipano in modo più diretto ed evidente all'esercizio delle prerogative statali (poliziotti, diplomatici e militari)⁴⁴.

Anche qui vi è stata una progressiva estensione da parte della giurisprudenza della Corte Europea, tanto che include anche casi nei quali il profilo patrimoniale è presente solo in via indiretta⁴⁵.

Se si considera che il giudice amministrativo ha giurisdizione generale di legittimità per la tutela di interessi legittimi il cui nucleo di fondo è costituito dall'interesse materiale al bene della vita, sarà ben rara l'ipotesi in cui non vi sia un risvolto patrimoniale almeno indiretto.

Ne consegue la rilevanza dell'art. 6 CEDU per quasi tutte le controversie di cui conosca il giudice amministrativo per l'esteso ambito oggettivo di applicazione dei diritti di carattere civile e, quindi, sono comprese anche le questioni relative alla individuazione dei beni culturali.

⁴³ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 28.4.2009 Savino and others c/ Italy in <http://www.echr.coe.it/echr/>

⁴⁴ Per i riferimenti, anche di giurisprudenza, cfr. M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU etc., op. cit.*, 615 e ss.. Sono i dipendenti i quali partecipano della "puissance publique".

⁴⁵ Così l'accesso all'istruzione universitaria; il non subire discriminazioni nell'ambito di una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico; il diritto al benessere o alla qualità della vita dei cittadini residenti vicino ad una centrale nucleare statale. Si rinvia per i riferimenti di giurisprudenza e la semplificazione casistica a M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività etc., op. cit.*, 119 e ss.. Cfr. G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)* in *Dir. Proc. Amm.* 2006, 285 e ss.; A. ROMANO TASSONE, *I "diritti" tra ordinamento interno e ordinamento comunitario* in *Dir. e Proc. Amm.* 2008, 715 e ss.

12. Segue G) I poteri cognitori del giudice amministrativo.

Il recupero *ex post* dei principi “dell’equo processo” non rispettati nel procedimento amministrativo richiede che al giudice sia consentito di rivedere punto su punto ed intrinsecamente tutte le scelte amministrative o, quanto meno, quelle centrali che hanno portato all’atto amministrativo.

La *full jurisdiction* che dev’essere assicurata dal giudice, in caso di procedimento amministrativo non rispettoso dell’art. 6 CEDU, ha portato ad un fraintendimento nell’applicazione che se ne fa nel nostro sistema a seguito della nota a sentenza della Corte di Strasburgo nella causa Menarini c/ Italia⁴⁶.

È da ritenere, come osservato dalla dottrina⁴⁷, che l’idea stessa della compensazione *ex post* richiede che il giudice possa concretamente riesercitare il potere amministrativo, senza alcun limite alla piena cognizione dei fatti, anche complessi, e degli interessi in gioco; il giudice dovrebbe, cioè, non incontrare limiti nella cognizione della controversia.

L’equivoco ingenerato dalla sentenza Menarini è stato ben chiarito: la Corte di Strasburgo ha affermato che non vi era stata alcuna violazione da parte del giudice amministrativo in relazione alla domanda proposta che chiedeva l’esercizio di un sindacato basato sui vizi propri dell’eccesso di potere e delle sue figure c.d. sintomatiche tese a

⁴⁶ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo 27.9.2011, Menarini c/ Italia in <http://www.echr.coe.it/echr/>.

⁴⁷ M. ALLENA, *L’art. 6 CEDU come parametro di effettività etc.*, op. cit., 127 e ss.; F. GOISIS, *Un’analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell’art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette* in *Dir. Proc. Amm.* 2013, 720 e ss..

censurare la irragionevolezza e la violazione del principio di proporzionalità⁴⁸.

La Corte Europea, però, non ha affermato che il sindacato del giudice amministrativo possa svolgersi all'esterno, senza esaminare puntualmente e specificamente ogni profilo sia riguardante le soluzioni tecniche opinabili che le scelte amministrative in senso proprio, allorché nel procedimento amministrativo non siano state osservate le previsioni dell'art. 6 CEDU.

E le Sezioni Unite della Cassazione, a sproposito, hanno invocato la sentenza Menarini per affermare l'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato che avrebbe sconfinato nel merito del provvedimento amministrativo, sovrapponendosi alla valutazione fatta dall'amministrazione poiché aveva ritenuto insussistente la causa di esclusione di un'impresa dalla partecipazione ad una gara di affidamento di appalto di servizi di pulizia per inadempimento in precedente medesimo tipo di appalto, con la stessa stazione appaltante, ai sensi dell'art. 38, lett. f), D. L.vo 12.4.2006 n. 163⁴⁹.

È invece da affermare che il giudice amministrativo, quanto ai poteri di cognizione, anche per il diritto positivo nazionale, può esercitare un sindacato pieno per rendere effettiva, concreta e soddisfacente la tutela.

Non vi è nella Costituzione alcuna riserva a favore dell'amministrazione, come potere non sindacabile dal giudice⁵⁰, tanto che in nessuna delle recenti decisioni della Corte di Cassazione, volte a

⁴⁸ M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse; orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali* in *Dir. Proc. Amm.* 2012, 1602 e ss., in part. 1613 e ss..

⁴⁹ Cass., SS.UU., 12.2.2012 n. 2312.

⁵⁰ Nello stesso senso: C.E. GALLO, *La giustizia amministrativa fra modello costituzionale e principi comunitari* in *Dir. e Proc. Amm.* 2007, 848.

limitare l'ambito del sindacato del giudice amministrativo sull'azione amministrativa, si fa riferimento a principi costituzionali interni⁵¹.

La Cassazione, invero, richiama, a conforto della sua posizione, la giurisprudenza sulla CEDU che, però, per quanto innanzi rilevato, non ha dato alcuna patente di legittimità ad un sindacato solo estrinseco sull'atto amministrativo; anzi la giurisprudenza della Corte Europea è tutta tesa ad affermare una giurisdizione piena, completa e a tutto campo del giudice sull'azione amministrativa.

Al giudice, a qualunque giudice, non possono essere posti limiti al potere di cognizione della questione sottoposta al suo esame, perché è essenziale all'idea stessa di giurisdizione⁵², e nemmeno al giudice amministrativo.

Di fronte alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ritiene essenziale la *full jurisdiction* per compensare la violazione dell'art. 6 CEDU nel procedimento amministrativo, si deve ritenere che al giudice amministrativo non sia preclusa la cognizione piena dell'azione amministrativa, non limitata dalla discrezionalità tecnica per fatti opinabili o per applicazione di scienze umanistiche o, comunque, che non portino ad una soluzione univoca perché nel procedimento amministrativo l'autorità decidente opera senza limitazioni e, in caso di procedimento condotto e concluso in violazione delle regole di garanzia previste, è necessario assicurare *ex post*, nel processo, tali garanzie.

Insomma, l'autorità amministrativa, nel procedimento dovrebbe decidere, quale soggetto terzo ed imparziale, con pieno contraddittorio

⁵¹ Sia consentito, per ogni richiamo giurisprudenziale e di dottrina, il rinvio a E. FOLLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato in Convegno Eccesso di potere giurisdizionale e labili confini del merito amministrativo – La Corte di Cassazione “ingabbia” il Consiglio di Stato?* in www.giustamm.it 2014.

⁵² D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e “sostituzione” della pubblica amministrazione* in *Atti convegno Copanello*, op. cit., 11 e ss. part. 49 e ss.. Cfr. dello stesso A., *La riserva di funzione amministrativa* Milano 1996.

ed assicurando tutte le garanzie che la giurisprudenza di Strasburgo ha ricavato dall'art. 6 della CEDU. Nel nostro sistema, il procedimento amministrativo si svolge senza il rispetto di queste regole essenziali che vengono "recuperate" nel processo ma, evidentemente, nessuna compensazione può ipotizzarsi se, a seguito di un contraddittorio, pieno ed effettivo, innanzi ad un soggetto terzo e imparziale (il giudice), a questi non fosse consentito di conoscere in modo pieno ed effettivo tutti gli aspetti della questione, senza alcuna limitazione quanto al fatto ed alla sua ricostruzione, agli interessi coinvolti ed alla determinazione e decisione sull'assetto dei rapporti sottoposti alla sua cognizione.

E, come si è innanzi evidenziato, non solo la normativa costituzionale, ma nemmeno le leggi ordinarie – e segnatamente il codice del processo amministrativo – impediscono un tale sindacato.

Per adeguare la giustizia amministrativa italiana ai principi elaborati dalla Corte europea di Strasburgo sulla *full jurisdiction* si impone un mutamento di passo che deve coinvolgere, non solo gli studiosi, ma anche gli operatori di giustizia.

Questa più ampia apertura al fatto ed agli aspetti tecnici dovrebbe indurre il giudice a superare lo schema di giudizio incentrato sull'eccesso di potere e a spingersi ad un esame pieno della concreta fattispecie sottoposta al suo esame.

Questo percorso porterebbe la giurisprudenza amministrativa a dare concreta, effettiva ed efficace tutela alle situazioni giuridiche soggettive interessate dall'azione amministrativa e, quanto all'individuazione del bene culturale, la cognizione piena del giudizio espresso dalla pubblica amministrazione.

Abstract

Sottolineata la natura conformativa dei vincoli diretti sui beni culturali e dei vincoli indiretti a tutela dei beni culturali immobili, si evidenzia la rilevanza del momento impositivo del vincolo sia per i proprietari che per gli altri centri di interesse che sono sensibili alla tutela dei beni culturali e del conseguente sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo che si esercita sulla c.d. discrezionalità tecnica.

L'A. espone l'approccio del giudice ordinario, specie quello penale, che esamina direttamente le valutazioni tecniche anche opinabili e sovrappone il suo giudizio a quello dell'Amministrazione, a differenza del giudice amministrativo che tratta la discrezionalità tecnica alla stessa stregua di quella amministrativa, pur avendo ben chiara la diversità concettuale delle due ipotesi, e, quindi, svolge sui "fatti complessi" opinabili un sindacato debole, come se fosse esercizio del merito amministrativo riservato alla pubblica amministrazione, utilizzando il vizio di eccesso di potere e delle sue figure sintomatiche.

L'A. procede ad una serrata critica della giurisprudenza amministrativa che si ferma di fronte ai fatti opinabili, esplicitando in sette argomenti, le ragioni per le quali il giudice amministrativo dovrebbe mutare la sua giurisprudenza prona verso la pubblica amministrazione quando applica le scienze umanistiche ad elevato tasso di soggettività.