
IL VINCOLO ETNOANTROPOLOGICO TRA DISCREZIONALITÀ TECNICA E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ: “RELAZIONE PERICOLOSA” O “ATTRAZIONE FATALE”?

Dir. proc. amm., fasc.2, 2012, pag. 718

Giuseppe Tropea -

Classificazioni: ANTICHITÀ E BELLE ARTI - Imposizione del vincolo e notificazione

Sommario:1. Premessa. La soluzione del caso secondo il Tar Catania. — 2. La diversa impostazione seguita dal C.G.A. — 3. Breve excursus in tema di sindacato del g.a. sulla discrezionalità tecnica. — 4. Segue. In particolare, il caso del vincolo storico-artistico o culturale. — 5. Il principio di proporzionalità e la sua applicabilità al provvedimento di vincolo. — 6. Spunti conclusivi.

1. La sentenza in epigrafe si segnala non tanto per le — piuttosto consolidate — argomentazioni addotte in tema di limiti alla sindacabilità della discrezionalità c.d. tecnica (1) dell'amministrazione, con particolare riferimento a un vincolo di carattere etnoantropologico, quanto per il profondo contrasto che emerge dal confronto tra essa e la sentenza del Tar Sicilia, sez. Catania, n. 1153/2010, che riforma radicalmente.

Il C.G.A., nel confermare i rigorosi limiti che il giudice amministrativo ha tradizionalmente riscontrato nel sindacare le “opinabili” valutazioni dell'amministrazione volte all'imposizione di un vincolo su di un bene culturale (2), aggiunge a sostegno del suo ragionamento talune interessanti riflessioni, ritenendo in particolare che vada esclusa l'applicabilità del principio di proporzionalità in caso di vincolo a contenuto non espropriativo, e prospettando la prevalenza assoluta dei valori discendenti dall'art. 9 Cost.

A tali argomenti generali, che come vedremo costituiscono l'oggetto del profondo solco che il giudice d'appello scava rispetto alla precedente ricostruzione del giudice di primo grado, vanno poi aggiunti taluni profili di contorno, che ruotano attorno all'idea secondo cui l'avvenuta urbanizzazione, ed antropizzazione, di un'area, e la non diretta fruibilità del bene, non sono d'ostacolo all'apposizione del vincolo da parte della competente Soprintendenza.

Ma andiamo per gradi, e tratteggiamo prima di tutto la vicenda contenziosa.

Una società acquista un terreno edificabile, rispetto al quale era stata precedentemente rilasciata una concessione edilizia per la realizzazione di numerose unità immobiliari. La Soprintendenza per i Beni Culturali ed Ambientali, nel frattempo, avvia un procedimento di tutela ai sensi del D.Lgs. n. 42/2004 in quanto, sulla scorta di una relazione di alcuni speleologi, si ravvisa un potenziale interesse etnoantropologico su di un pozzo, un condotto, e le relative camere di captazione di un antico acquedotto, insistenti sulla proprietà di cui si è detto. In seguito il Comune, prendendo atto della nota della Soprintendenza, dispone l'immediata sospensione dei lavori iniziati sulla scorta del citato provvedimento di concessione.

Tali provvedimenti vengono impugnati dalla società acquirente del fondo, che in seguito propone motivi aggiunti nei confronti del sopravvenuto provvedimento di vincolo, disposto ai sensi degli artt. 10, comma 3, lett. a) e 13 del d.lgs. n. 42/2004, e dell'art. 2 della l.r. n. 80/1977. In più viene formulata una domanda di risarcimento danni.

Secondo la società ricorrente, in sintesi, l'amministrazione, fondandosi esclusivamente sulla relazione degli speleologi, non avrebbe considerato che la zona limitrofa al terreno è totalmente urbanizzata, e inoltre che il condotto in questione è in massima parte distrutto. Peraltro la Soprintendenza, sottraendosi dal rendere, dopo attenta istruttoria, una adeguata motivazione, avrebbe inciso in modo sproporzionato sul diritto di proprietà e di impresa della società, poiché l'imposizione di una fascia di inedificabilità di sei metri in verticale ed in orizzontale avrebbe reso

di fatto inattuabile qualsiasi progetto di edificazione.

Il giudice di prime cure parte da un'affermazione di principio di stampo abbastanza tradizionale, sostenendo nel caso di specie la possibilità di un sindacato intrinseco, non limitato ad una mera « apparenza di ragionevolezza », ma di tipo “debole”, ovvero non sostitutivo.

Tuttavia il Tar non rinuncia affatto a ricavarci degli spazi di sindacato, con un controllo che, come puntualmente rilevato dal giudice d'appello, rischia addirittura di invadere il merito della scelta.

A ciò si perviene attraverso un articolato impiego dei mezzi istruttori a disposizione, sia di una verifica che di una consulenza tecnica d'ufficio. Con la prima il giudice arriva a chiedere se i manufatti in questione possano considerarsi « preziosa testimonianza di rilevante interesse etnoantropologico e storico », e inoltre se sia possibile conciliare il vincolo con la tutela della proprietà (asportando i manufatti ovvero mantenendoli visibili senza imporre l'inedificabilità soprastante). Con la seconda, a fronte di alcune contestazioni dell'Avvocatura, si tende a verificare più nello specifico l'effettiva possibilità di modificare il progetto di edificazione dell'immobile della società ricorrente (ed a quantificare i relativi costi), in maniera da salvaguardare l'oggetto della tutela.

Sul punto può essere interessante notare come il Tar Catania, pur operando dichiaratamente nei limiti di un sindacato di tipo “debole”, utilizzi a pieno i poteri istruttori a sua disposizione, andando ad incidere su entrambi gli “assi ortogonali” che caratterizzano il principio di proporzionalità, in senso verticale ed orizzontale (3).

Lo fa dapprima con la verifica, per quanto attiene essenzialmente la sussunzione del fatto nella norma, quindi con la consulenza tecnica d'ufficio, per quanto attiene la ponderazione di interessi, andando a verificare attraverso essa la compatibilità del vincolo con l'esercizio dello *ius aedificandi*.

Non solo. Attraverso tale modalità di sindacato, perviene a stilare, come avrà modo di sottolineare in chiave critica il C.G.A. « un catalogo analitico dei presupposti in base ai quali un bene etnoantropologico potrebbe essere ritenuto meritevole di interesse... ».

Il Tar, partendo dal presupposto esegetico rappresentato dal fatto che l'art. 13, comma 3, del d.lgs. n. 42/2003 richiede che le cose immobili e mobili appartenenti a soggetti diversi da quelli indicati al comma 1 (Stato, regioni, altri enti pubblici territoriali) debbano presentare un interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico “particolarmente importante”, con ciò che ne consegue quanto alla valutazione “rafforzata” da riversare nella motivazione del provvedimento, richiede che il bene sia cumulativamente caratterizzato da: *a*) pregnanza di documentazione testimoniale; *b*) integrità formale (o un grado accettabile di essa); *c*) connessione, più o meno organica, col suo originario contesto territoriale; *d*) possibilità di venire fruito e partecipato.

La mancata esplicitazione dei suddetti requisiti porta all'annullamento del vincolo; peraltro non sussiste, nella motivazione del provvedimento, l'individuazione di specifici intenti programmatici contemplati in corrispondenti prospettazioni progettuali. Infine, l'omissione di tali aspetti nella motivazione, e quindi di un esercizio proporzionato del potere, si apprezza ancor più in quanto il vincolo ha inciso sul diritto soggettivo all'edificazione quando quest'ultimo era « al massimo grado della sua espansione ».

Il Tar Catania respinge invece la domanda risarcitoria, sulla scorta del consolidato assunto secondo cui la consulenza tecnica non è mezzo che possa esonerare le parti dall'onere della prova, tanto più in materia risarcitoria, dove non vale la regola del principio dispositivo con metodo acquisitivo (4).

2. Come detto il C.G.A. riforma integralmente la sentenza di primo grado, ritenendo che essa, pur

partendo da condivisibili premesse teoriche, pervenga a sovrapporre un proprio inammissibile giudizio di merito rispetto alla valutazione tecnica espressa dalla Soprintendenza.

Secondo il C.G.A.: « nel peculiare settore dei beni culturali l'accertamento volto a verificare la sussistenza del relativo interesse non può che essere compiuto dall'Amministrazione applicando regole tecnico-specialistiche ontologicamente caratterizzate da una fisiologica ed ineliminabile opinabilità. Ne consegue che queste valutazioni possono essere censurate in sede giurisdizionale soltanto quando risulti la loro palese inattendibilità sotto il profilo tecnico ».

Sulla base di tali premesse, la sentenza di primo grado viene fatta oggetto di due ordini fondamentali di censure.

Prima di tutto essa oltrepasserebbe il c.d. limite esterno della giurisdizione (5), là dove, anche attraverso l'enucleazione di un catalogo analitico dei presupposti in base ai quali un bene etnoantropologico potrebbe essere ritenuto meritevole di interesse, esprime veri e propri giudizi di merito che si sovrappongono a quelli dell'amministrazione. In tal senso si contesta, anche in virtù di altra giurisprudenza (6), la necessaria integrità formale del bene tutelato e il requisito della fruibilità dello stesso (7).

In secondo luogo, pur richiamandosi in via teorica la necessaria osservanza dei principi di proporzionalità e ragionevolezza da parte dell'amministrazione (8), in concreto non si esercita un'effettiva verifica su alcuno dei "tre gradini" della proporzionalità (idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto) (9), e ciò sulla base della seguente perentoria affermazione: « l'imposizione del vincolo non richiede una ponderazione degli interessi privati con gli interessi pubblici connessi con l'introduzione del regime di tutela, neppure allo scopo di dimostrare che il sacrificio imposto al privato sia stato contenuto nel minimo possibile, sia perché la dichiarazione di particolare interesse non è un vincolo di carattere espropriativo, costituendo i beni di rilievo etno-antropologico una categoria originariamente di interesse pubblico, sia perché comunque la disciplina costituzionale del patrimonio storico e artistico della Nazione (art. 9 Cost.) erige la sua salvaguardia a valore primario del vigente ordinamento ».

Invero, come vedremo, sul punto il disaccordo in giurisprudenza non è nuovo (10), ed esso, oltre che svelare ben distinti approcci assiologici sul delicato tema (11), induce a riflettere pure sulla questione della natura del provvedimento di vincolo, se caratterizzato o meno da profili di discrezionalità.

Tutto ciò, naturalmente, va considerato alla luce delle più recenti tendenze dottrinali e giurisprudenziali in materia di sindacato sulla discrezionalità tecnica dell'amministrazione e sul principio di proporzionalità, questioni che ineluttabilmente si intrecciano.

Al di là degli assunti giurisprudenziali più o meno tralatici, quello che può davvero interessare dell'intera vicenda giurisprudenziale sopra riportata è il modo in cui alle affermazioni teoriche non faccia poi coerente seguito il sindacato giudiziale concretamente esercitato da parte del giudice. Inoltre, al contrario di quanto possa a prima vista apparire, la posizione sfavorevole a riconoscere margini di valutazione nel provvedimento impositivo del vincolo risulta meno sensibile alle esigenze di tutela del singolo rispetto alla contrapposta posizione (12).

Ma su tali aspetti, dopo un breve *excursus* intorno alle più attuali tendenze in materia di sindacato sulla discrezionalità tecnica e sulla proporzionalità dell'amministrazione, avremo modo di tornare.

3. Appare impossibile dar conto nel breve spazio di una nota dell'enorme quantità di contributi, anche recenti, oltre che della numerosissima giurisprudenza, sul tema del sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica esercitato da parte del giudice amministrativo nostrano.

Un'importante opera di qualche anno fa (13) ha ricostruito il percorso della dottrina italiana

distinguendo tre fasi fondamentali: nella prima rilevarebbe l'“elemento normativo”, in corrispondenza con il concentrarsi dell'attenzione degli studiosi sulla norma e sui suoi contenuti imprecisi; in seguito l'elemento discrezionale, attraverso l'attrazione della discrezionalità tecnica all'interno dell'attività discrezionale; infine, l'elemento della tecnica, che acquista il significato specifico di conoscenza propria di particolari discipline scientifiche (14).

Seguendo tale ideale linea evolutiva, possiamo ascrivere alla prima fase le opere seminali di autori come Cammeo (15), Presutti (16), Ranelletti (17), che, pur nella loro diversità, impostano il problema della “riserva” richiamandosi alla profonda influenza che in quell'epoca esercitava il pensiero giuridico tedesco (18), in cui il dibattito era essenzialmente incentrato sulla teorica dei “concetti giuridici indeterminati” (19).

Con Giannini (20), come è ben noto, si ha una prima svolta importante: il chiaro autore distingue nettamente valutazione politica e valutazione scientifica, e quindi discrezionalità amministrativa e tecnica. In tal senso la discrezionalità amministrativa viene depurata da ogni elemento che resta fuori dall'intrinseca politicità della comparazione di interessi: lo stesso impiego della locuzione “discrezionalità tecnica”, in questo senso, sarebbe improprio, poiché l'unica vera discrezionalità è quella amministrativa.

Dopo il fondamentale chiarimento di Giannini l'elemento che, soprattutto in giurisprudenza, ha consentito di mantenere un certo contatto tra discrezionalità amministrativa e tecnica, è stato l'opinabilità ineliminabile di taluni apprezzamenti tecnici.

La dottrina e la giurisprudenza, quindi, hanno operato svariate distinzioni, tra fatti semplici e complessi, accertamento e valutazione tecnica (21), valutazione tecnica semplice e valutazione tecnica complessa, etc. (22)

Dopo le opere sul tema di Bachelet (23) e Levi (24), quest'ultima molto rilevante anche per i suoi risvolti in ordine alle tipologie di sindacato del giudice amministrativo (25), nel decennio che va dalla metà degli anni '80 alla metà degli anni '90 si segnalano i lavori di Marzuoli (26) e De Pretis (27), che, sia pure con talune differenze (28), appaiono accomunati dal tentativo di sganciare il problema della discrezionalità da quello delle valutazioni tecniche. In tal senso si ritiene che esista un potere di valutazione tecnica che, pur non essendo potere discrezionale puro, resterebbe sottratto al sindacato giurisdizionale per l'essenziale ragione che, in un ordinamento democratico, l'amministrazione è espressione della sovranità popolare, sicché si costruisce, sulla scorta del pensiero di Capaccioli (29), l'idea che trattasi di un potere riservato all'amministrazione.

Negli ultimi venti anni del secolo scorso, comunque, a parte approfondirsi il tema specifico, sempre più rilevante per qualità e quantità del contenzioso, della discrezionalità tecnica delle amministrazioni indipendenti (30), in generale la tendenza sembra essere quella di una critica alle tradizionali limitazioni del giudice amministrativo nei confronti delle valutazioni tecniche.

E ciò per varie ragioni: il rilievo che la sussunzione del fatto sotto la norma si tradurrebbe in un problema eminentemente interpretativo (31); il fatto che la norma tecnica resti assorbita dalla norma giuridica in quanto la tecnica, ormai, fornisce materiali direttamente utilizzabili per la costruzione della norma giuridica (32); l'idea che la riserva a favore dell'amministrazione di valutazioni di ordine tecnico, anche se opinabili, sia in contrasto col principio costituzionale della piena tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione di cui agli artt. 24 a 113 Cost. (33).

Sotto questo aspetto molti hanno impostato il problema sul piano eminentemente processuale, riconoscendo la caduta definitiva di ogni riserva in capo all'amministrazione alla luce dell'introduzione nel nostro ordinamento processuale della consulenza tecnica d'ufficio (34).

Senonché la giurisprudenza amministrativa, facendo un uso assai prudente e limitato di quest'ultima, ha nei fatti dimostrato che il problema persiste, e che forse non può essere dipanato

esclusivamente sul piano degli strumenti processuali in mano al giudice.

Invero, quanto al tema del sindacato in materia di discrezionalità tecnica, proprio la giurisprudenza ha avuto, almeno “sulla carta”, un'evoluzione. Dal sindacato c.d. estrinseco, che si esercita senza ricorrere a cognizioni tecniche, si è passati a un sindacato intrinseco, a sua volta distinto in debole (non sostitutivo) e forte (sostitutivo).

Senonché, a parte le svolte giurisprudenziali vere o presunte (35)tali, la giurisprudenza ha continuato a mostrare un certo *self restraint*, come confermato dal parco uso della consulenza tecnica (36), e in ogni caso dal permanere della tesi del sindacato debole, giustificata a volte richiamando il principio di separazione dei poteri (37), a volte l'obiettivo complessità della valutazione, o la sua irripetibilità e soggettività (38), a volte il peso dell'interesse tutelato (39).

Nei contributi più recenti, peraltro, si segnala anche in dottrina un recupero della nozione di “discrezionalità” tecnica, o nel contesto più ampio della riserva di amministrazione, in linea con i dettami del “buon andamento” di cui all'art. 97 Cost. (40), o riconducendo nuovamente la discrezionalità tecnica al “merito” (41), o, infine, riproponendo la distinzione fra mero accertamento tecnico e valutazione complessa, sindacabile attraverso l'eccesso di potere, e rispetto alla quale non vi sarebbe alcuna ragione perché debba prevalere la soggettività giurisdizionale su quella amministrativa (42).

Deve essere sottolineato come, anche in queste ultime ricostruzioni, il caso della qualificazione di pregio storico o artistico di un bene sul quale viene apposto il vincolo da parte della Soprintendenza, è spesso richiamato come esempio classico di valutazione sindacabile solo in modo estrinseco da parte del giudice amministrativo (43).

Le ragioni di tali persistenti criticità, ben evidenziate dal contrasto giurisprudenziale tra Tar Catania e C.G.A. di cui si sta dando conto, sono presto dette. La casistica in esame rientra tra quelle in cui con maggiore difficoltà si riescono a distinguere i giudizi tecnici da quelli esclusivamente discrezionali (44).

E qui sta il primo paradosso di cui bisogna a questo punto dar conto.

4. Il conflitto, anche dottrinale, discende dall'individuazione a monte della natura giuridica del vincolo.

Secondo alcuni si tratterebbe di atto avente natura dichiarativa (45), altri, invece, ne affermano la natura costitutiva (46).

Secondo la tesi più accreditata, comunque, l'imposizione del vincolo storico-artistico è espressione di discrezionalità tecnica (47). Su questa linea c'è chi propende per l'individuazione di una vera e propria valutazione discrezionale dell'interesse pubblico che si esprime nella (riconosciuta) meritevolezza della conservazione del bene (48).

Inoltre, c'è chi (49)cerca di individuare il momento discrezionale della valutazione in questione nella stessa fattispecie normativa che parla di “interesse particolarmente importante”, “notevole interesse”; tesi quest'ultima, molto interessante, se non altro perché pare essere indirettamente richiamata in taluni passaggi della sentenza del Tar Catania.

Infine, ancor più di recente, nella ricostruzione di chi fa confluire la discrezionalità tecnica nel merito insindacabile, argomentando attraverso la teorica dei presupposti dell'atto amministrativo, si ritiene che non sia tanto il “fatto” che un bene sia di rilevante interesse culturale il presupposto del vincolo, quanto la stessa valutazione tecnica, che abbia ad oggetto l'apprezzamento di dette qualità, a costituire, per sé sola, il presupposto formale del provvedimento (50).

Senonché tale disputa presenta degli interessanti risvolti sul piano giurisprudenziale, che a loro volta sottendono dei riferimenti assiologici ben precisi (51).

Vediamoli meglio nelle parole del giudice amministrativo, che come si è detto ha già mostrato in passato l'emersione di un vivace contrasto, evidentemente tuttora non ricomposto.

Si è ritenuto che: « l'atto che coglie e fa emergere nell'ordinamento il bene da tutelare ha valenza dichiarativa... O la cosa è di rilievo artistico e storico e allora deve essere *dichiarata*, o non lo è (ovvero non lo è più, perché distrutta o irriconoscibile) e allora la dichiarazione è illegittima... Di fronte ad una norma come quella dell'art. 9 della Costituzione... non può certamente avvenire che una cosa sia *un po' meno culturale* oppure debba essere *più culturale del solito* in relazione agli altri interessi che possono coinvolgere il suo utilizzo in direzione contrastante con le qualità oggettive del bene »; al limite « è consentito che gli interessi c.d. secondari abbiano rilievo in un momento successivo, quando si tratta di progettare o realizzare l'impiego o la trasformazione del bene culturale » (52).

Quello appena riportato è un importante precedente della sentenza del C.G.A. che si commenta. Qui, anche dal punto di vista assiologico, sottrarre la valutazione del bene al momento discrezionale, porta ad una soddisfazione incondizionata dell'interesse pubblico, sviluppandosi di fatto una nota ricostruzione che ha prospettato l'intangibilità dell'interesse storico-artistico, la sua non comparabilità con altri interessi, scaturente dalla collocazione dell'art. 9 tra i principi fondamentali della Costituzione (53).

Come si può ben intendere, peraltro, una ricostruzione di tal fatta porta con sé molte suggestioni, inserendosi oggi a pieno titolo nel vivacissimo dibattito sulla configurabilità dei c.d. beni comuni (54), e ciò sotto il profilo assiologico, potremmo dire dell'“etica”; si ha, peraltro, il non secondario problema “estetico” rappresentato dalla questione del rapporto tra percezione estetica puramente “razionale” e rilevanza di altri fattori rappresentati dalla relatività dei tempi e degli spazi, oltre che delle esperienze culturali (55). Anche tale aspetto controverso può incidere in modo significativo sulla problematica relativa alla possibile sussistenza di una ponderazione di interessi nel caso di vincolo.

L'opposta impostazione, fondata sul riconoscimento dell'esistenza di valutazioni, porta con sé la necessità di « esternare la valutazione e dunque la ponderazione degli interessi secondari, perché il loro sacrificio deve essere commisurato all'intensità di tutela del bene » (56). Va collocata in queste coordinate la sentenza del Tar Catania.

A favore di quest'ultima ricostruzione sembrano militare la stessa struttura della fattispecie normativa (57) e la dottrina che inquadra il vincolo fra gli atti (discrezionali) costitutivi.

Peraltro, se si analizza la giurisprudenza, si avrà modo di verificare come sovente la qualificazione della vicenda dipenda dalla fattispecie specifica, da distinguere da caso a caso, come si evince nella complesse questioni attinenti il c.d. vincolo indiretto (58).

Per cui, la secca scissione tra bene culturale e bene *nonculturale* già prospettata dal Consiglio di Stato non appare sempre agevole. Si consideri, inoltre, come la tesi che configura il vincolo come atto discrezionale dà, sul piano procedurale, una maggiore garanzia di partecipazione ai privati (59).

Quanto all'invasione del limite esterno della giurisdizione da parte del giudice amministrativo, è ben noto come negli ultimi anni la giurisprudenza, muovendosi lungo l'asse della valorizzazione del principio di effettività della tutela, più che salvaguardare la sfera riservata della funzione amministrativa, abbia operato nel senso di una progressiva erosione della medesima (60).

Ma, soprattutto, la questione chiama in causa la valorizzazione del principio di proporzionalità,

che si riscontra soltanto accedendo alla seconda tesi in esame, come ben dimostra il penetrante sindacato sulla fattispecie espletato dal Tar Catania in primo grado.

Eccoci dunque giunti al primo paradosso: la posizione contraria a riconoscere margini di valutazione nel provvedimento impositivo del vincolo risulta, diversamente da quanto possa a prima vista apparire, meno sensibile per le esigenze di tutela del singolo, in quanto, come si è visto, dalla natura dichiarativa del provvedimento viene fatta discendere l'impossibilità di valutare, in un bilanciamento di interessi, il sacrificio inferto al privato proprietario (61).

5. Il secondo convitato di pietra della vicenda è, come ben si intende, il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa. Anche in questo caso, peraltro, non si può andare oltre a dei sintetici cenni generali.

Il principio di proporzionalità, anche se ha un'origine se possibile ancor più antica della tematica della discrezionalità tecnica (62), solo negli ultimi vent'anni è stato oggetto di attenzione specifica da parte della scienza giuridica italiana (63), che, seguendo le impostazioni della giurisprudenza tedesca e quindi di quella comunitaria, ne ha tracciato i caratteri fondamentali, attraverso la nota verifica trifasica, ha affrontato il problema del suo rapporto col principio di ragionevolezza, oltre che il suo profondo impatto sulle tecniche di sindacato del giudice amministrativo, anche nei confronti della discrezionalità tecnica dell'amministrazione.

Come è noto, il canone della proporzionalità si articola nel vaglio dell'idoneità (rapporto tra mezzo impiegato e fine che si intende perseguire), della necessità (conformità dell'azione alla regola del mezzo più mite), dell'adeguatezza o proporzione in senso stretto (bilanciamento tra i vantaggi derivanti dal perseguimento dell'interesse pubblico e i pregiudizi arrecati a quelli privati).

Quanto al rapporto col principio di ragionevolezza, anche se taluni hanno considerato la proporzionalità come una sottocategoria della ragionevolezza, stante il carattere assoluto di quest'ultima (64), l'opinione maggioritaria è nel senso dell'autonomia della proporzionalità rispetto alla ragionevolezza, sia quanto ai contenuti ed ai modi di esplicazione (65), sia per l'indeterminatezza propria del principio di ragionevolezza (66), sia, infine, perché, come è stato di recente sottolineato: « da una parte la *ragione* può dettare scelte che potrebbero anche risultare non proporzionate; dall'altra, la *proporzione* può comportare scelte che potrebbero anche risultare non ragionevoli » (67).

In concomitanza con l'interesse della dottrina, si registra negli ultimi anni un impiego sempre più intenso del principio da parte della giurisprudenza, specie in alcuni settori come le sanzioni disciplinari nel pubblico impiego, l'ambiente, il governo del territorio, la tutela del paesaggio e della salute, gli appalti pubblici (68).

Il riconoscimento definitivo della rilevanza del principio, e quindi anche della sua autonomia rispetto alla ragionevolezza, nonché il superamento del ruolo solo implicito che precedentemente aveva giocato nella giurisprudenza sull'eccesso di potere, si è infine avuto a livello costituzionale con la nuova previsione dell'art. 117, comma 1, Cost., e a livello normativo primario, con l'importante, e secondo i più innovativo (69), richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario (fra i quali appunto la proporzionalità) di cui all'art. 1 della legge n. 241 del 1990, come modificato dalla legge n. 15 del 2005.

Tornando alla elaborazione giurisprudenziale, si è di recente sottolineato come le sentenze del giudice amministrativo che trattano il principio in questione possono suddividersi in tre grandi filoni: *a)* quelle che richiamano integralmente il modello trifasico; *b)* quelle che si limitano a richiamare il sindacato di idoneità e necessità; *c)* quelle che continuano a confondere, o comunque a tenere unite, proporzionalità e ragionevolezza (70).

Peraltro si è osservato, più in generale, come lo stile di redazione dell'apparato motivazionale delle

sentenze proprio del nostro giudice amministrativo non consenta sempre di identificare agevolmente in che modo il sindacato di proporzionalità sia stato in concreto applicato (71), anche se di recente si registra una tendenza restrittiva, volta a tener fuori dal giudizio il terzo *test*, più incisivo e sostanziale, specie per quanto attiene il sindacato sulla discrezionalità “pura” (72), rappresentato dalla proporzionalità in senso stretto, e ciò peraltro sarebbe in linea con quanto si sta verificando nella giurisprudenza tedesca e in quella comunitaria (73).

Abbiamo già dato conto, quanto al sindacato sul vincolo, dello stretto legame che il tema presenta con la questione della natura giuridica di quest'ultimo. Registrando un primo paradosso: in questo settore dalla natura dichiarativa del provvedimento viene fatta discendere l'impossibilità di valutare, in un bilanciamento di interessi, il sacrificio subito dal privato. E l'analisi della sentenza del C.G.A. che qui si commenta, specie se letta in parallelo alla sentenza di primo grado che riforma, appare in tal senso emblematica.

È su tre assi che si opera il ribaltamento, e l'apparente paradosso si chiarisce. Due di ordine sostanziale: la motivazione del provvedimento e il principio di proporzionalità; l'altro, consequenziale, di ordine processuale: l'impiego da parte del giudice degli strumenti istruttori a sua disposizione.

L'analisi più specifica del ruolo che tali fattori ricoprono nella vicenda, marcando il paradossale capovolgimento giurisprudenziale di cui si è detto, ci porta a riconsiderare quell'idea espressa qualche anno fa, nella convinzione che la critica alla ponderazione di interessi nella valutazione dei pregi storico-artistici del bene potesse ampliare i margini di sindacato del giudice (74). A meno che, a questo punto, non si riescano a prospettare tesi che siano in grado di conciliare il fenomeno della recessione totale dell'interesse primario (o della non recessione totale, come nel nostro caso) con un sindacato di diritto pieno ed incondizionato sul fatto. Impostazioni di questo tipo, peraltro, come vedremo alla fine, oggi non mancano.

Bisogna convenire sul fatto che non sempre il controllo diretto è disceso dall'affermazione del carattere dichiarativo-vincolato dell'atto di imposizione del vincolo, anzi spesso è accaduto il contrario.

E qui bisogna dar conto di un secondo paradosso.

Nella giurisprudenza successiva alla famosa sentenza n. 601/1999 della IV Sezione del Consiglio di Stato, sovente si è verificato un ribaltamento tra affermazioni di principio e concreta tipologia di sindacato.

Come autorevole dottrina ha avuto modo di notare (75), infatti, mentre quest'ultima sentenza — e molte di quelle che l'hanno seguita — non ha dato concreta attuazione a quanto sostenuto in generale circa il carattere teoricamente intrinseco e diretto del sindacato, altri pronunciamenti giurisprudenziali, pur prospettando in generale un più dimesso sindacato non sostitutivo, di fatto non hanno rinunciato ad effettuare un approfondito sindacato, con un controllo che invade la sfera del merito.

Ora, non intendiamo in questa sede prendere una posizione precisa a favore o contro questo modo di argomentare, dunque pro o contro la sentenza del Tar Catania. Abbiamo messo in luce sopra i presupposti che la implicano, già sul piano sostanziale della natura del vincolo, e le conseguenze che discendono da tale presa di posizione: giuridiche, in specie processuali, ma anche “etiche” (*rectius*: assiologiche, nel rapporto fra proprietà privata e “bene comune” cultura) ed “estetiche” (nel rapporto tra oggettività e soggettività della percezione).

Qui interessa soprattutto notare quest'ulteriore peculiare fenomeno, e quanto il sindacato sostanziale sulla proporzionalità della misura incidente sul diritto di proprietà possa esplicitare i suoi effetti sul merito del provvedimento.

Al netto dell'analisi puramente teorica, che ci ha visto in passato prendere posizione a favore della tesi della natura meramente interpretativa svolta dell'amministrazione, sta infatti una tendenza che — proprio in materia di vincolo — ha portato i giudici, attraverso l'impiego del principio di proporzionalità nei confronti di provvedimenti impositivi di un vincolo, a formulare dettagliate elencazioni circa gli elementi che l'amministrazione deve tenere in conto, riempiendo di contenuto le norme che spesso il legislatore lascia indeterminate.

Ciò avviene, naturalmente, con l'impiego del principio di proporzionalità nella valutazione sul se e sul come emettere il provvedimento di vincolo, nel presupposto che vi sia un intreccio tra valutazioni tecniche, riguardanti il valore e l'importanza del bene, e valutazioni discrezionali sull'opportunità di sottoporre a tutela un dato bene.

Peraltro in questi casi il sindacato sulla proporzionalità si trova intrecciato a quello sulla motivazione, sostenendo spesso la giurisprudenza che l'onere di motivazione dei provvedimenti debba essere tanto più intenso quanto maggiori sono l'entità del bene vincolato e la gravità del vincolo, essendo necessario dimostrare che l'amministrazione abbia inteso provocare il minor sacrificio in capo al privato (76).

Quanto sinora rilevato trova puntuale riscontro nel caso giurisprudenziale che ha portato alla sentenza qui commentata, ed a quella che l'ha preceduta in primo grado.

Il Tar Catania, nonostante in linea teorica limiti il suo sindacato ad una verifica sì intrinseca, ma di tipo debole e quindi non sostitutivo, attraverso il grimaldello del sindacato di proporzionalità sulla motivazione dell'atto di vincolo, e dando per presupposta la commistione tra momento d'accertamento e momento discrezionale, finisce per dettagliare un insieme di precise regole *praeter legem* nei confronti dell'amministrazione che si appresta ad adottare un provvedimento di vincolo.

Si consideri, peraltro, come tutto sommato un appiglio normativo vi sia, ed esso venga colto dal giudice di primo grado: il fatto che, quando il bene sia di proprietà dei privati, oltre alla dichiarazione di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 42/2004, è necessario che l'interesse sotteso sia “particolarmente importante”. Ciò si riflette, naturalmente, sul carattere *anchediscrezionale* della valutazione, aprendo le porte al sindacato sostanziale di proporzionalità. Che, a sua volta, viene esercitato attraverso l'impiego sia della verifica (specie per il giudizio di sussunzione del fatto alla norma), che della consulenza tecnica d'ufficio (specie per il bilanciamento “orizzontale” dell'interesse pubblico con quello privato).

La sentenza del C.G.A., viceversa, “prosciuga” a monte l'intensità del sindacato, ritenendo prevalente *a priori* l'interesse pubblico, in base ad una lettura “atomistica” dell'art. 9 Cost., e si astiene così dall'effettuare un sia pur minimo controllo sulla proporzionalità del vincolo etnoantropologico.

6. In conclusione, possiamo rilevare come la vicenda giuridica esaminata, considerando non solo il suo esito finale, ma anche l'importante premessa rappresentata dalla decisione di primo grado, possa essere fonte di molteplici osservazioni, e suggestioni, anche di ordine sistematico, oltre che metagiuridico.

Infatti, nonostante il suo presentarsi dimesso, in linea con la tradizione giurisprudenziale in argomento, essa svela, ad uno sguardo più attento, scenari se non inediti, quantomeno inaspettati.

Abbiamo tentato di inquadrarli attraverso due paradossi.

Il primo. Configurare il vincolo come atto di mero accertamento può determinare, tenendo fuori dal discorso il principio di proporzionalità, una tutela potenzialmente inferiore per il privato.

Il secondo. Nonostante le affermazioni teoriche ed astratte, magari prudentemente ancorate alla tradizione, almeno a livello di generali *rationes decidendi*, un sindacato sull'uso “anche” discrezionale del potere impositivo del vincolo può tuttora rivelarsi particolarmente penetrante (77), specie se legato al bilanciamento di interessi proprio del principio di proporzionalità, come estrinsecato dalla motivazione dell'atto.

Ciò a meno di non prospettare una possibile quadratura del cerchio, che potrebbe essere tentata, seguendo una recente dottrina, ricostruendo l'ipotesi di rinuncia totale al perseguimento dell'interesse primario, o al contrario, come nel nostro caso, a tutelare un valore incompatibile, come vicenda di pura *legalità*, rispetto alla quale al giudice di legittimità debba essere sempre riconosciuta la competenza ad effettuare un controllo pieno ed esaustivo (78).

In ogni caso, per restare alla giurisprudenza qui esaminata, si può notare altresì la primazia del diritto sostanziale sulle forme e modalità di tutela, che seguono e si adattano ad esso. Alla riconosciuta discrezionalità dell'atto di vincolo, che peraltro potrebbe anche discendere dallo stesso dato normativo rappresentato dall'art. 10, comma 3, d.Lgs. n. 42/2004, fa da *pendant* la necessità di una motivazione rafforzata, nei cui confronti a sua volta consegue un sindacato sostanziale e forte sulla proporzionalità, non semplicemente intesa come necessità della misura, anche grazie all'uso della verifica e della consulenza tecnica.

Questo solo per restare ai profili di ordine strettamente giuridico, in quanto — come detto — il dilemma sulla natura del vincolo presuppone, “*per li rami*”, altre questioni, se possibile di più ampia portata: quella “etica”, sull'intangibilità assoluta dell'interesse storico-artistico (*rectius*: culturale *tout court*); quella “estetica”, sui caratteri della percezione nei confronti del bene culturale.

Ma questa è un'altra storia.

Note:

(1) Si mantiene tale denominazione, nonostante le profonde critiche che essa ha subito sin da Giannini, non solo per comodità espositiva (M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 56, riconosceva che « la locuzione è ormai entrata nell'uso comune »), ma anche per quanto sarà mostrato nella presente nota circa la possibile coesistenza nell'atto di vincolo di momenti di accertamento e di discrezionalità; peraltro, come vedremo, le ultime tendenze dottrinali sembrano riportarla in auge.

(2) Sul punto la giurisprudenza è molto numerosa. Per qualche esempio recente cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 settembre 2009, Sez. VI, n. 5455, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 2087; Cons. Stato, Sez. VI, 3 agosto 2007, n. 4322, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2007, 2273.

(3) Riprendiamo qui, su tale aspetto, la recente impostazione prospettata nell'importante opera di S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

(4) Per restare alla giurisprudenza richiamata dal Tar, cfr. Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 5 aprile 2007, n. 363, in *Foro amm.-Tar*, 2007, 1251. In dottrina, invece, v. per tutti F. Saitta, *La prova del danno e l'incerta « civilizzazione » del processo amministrativo*, in *Verso un'amministrazione responsabile*, a cura di G.D. Comporti, Milano, 2005, 309 ss.

(5) Sul tema v. V. Caianiello, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 23 ss.; B. Tonoletti, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, I, 1567 ss. Più di recente v. M.V. Ferroni, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005; F. Manganaro, *Il giudizio di Cassazione nel sistema delle impugnazioni nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it.

(6) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 giugno 2010, n. 3556, in *Riv. giur. ed.*, 2010, I, 1679.

(7) Quanto al requisito della fruibilità del bene, può essere interessante riportare un brano della sentenza: « ... esistono beni che non possono essere “partecipati” direttamente dalla collettività per la loro natura (come i siti minerari: art. 10, comma 4 lettera i) del Codice) o per la loro collocazione (come i beni sommersi o subacquei di cui alla legge n. 157 del 2009 di ratifica della

relativa Convenzione Unesco) o appunto per esigenze insormontabili di tutela (come le Grotte di Lascaux notoriamente interdette dalle Autorità francesi a partire dall'anno 2008 perfino agli studiosi al fine di prevenire danni da surriscaldamento ai graffiti paleolitici). Deve quindi concludersi nel senso che la fruizione del bene culturale da parte della collettività, nel senso predicato dalla sentenza impugnata, costituisce uno degli auspicabili e possibili fini della sua conservazione ma assolutamente non un requisito per l'imposizione del relativo vincolo ».

(8) Cfr. ex multis Cons. Stato, Sez. VI, 16 novembre 2004, n. 7492, in Foro amm.-C.d.S., 2004, 3265.

(9) Cfr. sul punto la sintetica e chiara esposizione di A. Sandulli, Proporzionalità, in Diz. dir. pubbl., diretto da S. Cassese, V, Milano, 2006, 4643 ss.

(10) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 2 settembre 1998, n. 1179, in Foro amm., 2000, 1796, e l'opposta soluzione di Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2000, n. 677, ivi. Più di recente, secondo Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2009, in Foro amm.-C.d.S., 2008, 1515: « Ai fini della legittimità del provvedimento di vincolo su bene di particolare interesse storico-artistico, a norma dell'art. 1 della legge 1 giugno 1939, n. 1089, non occorre che l'Amministrazione dia conto della comparazione tra l'interesse primario indicato dalla legge e quello del privato proprietario; non è pertanto sul punto necessaria la motivazione del provvedimento, neppure allo scopo di dimostrare che il sacrificio imposto col vincolo è stato contenuto nel minimo possibile ». C'è inoltre una posizione "mediana", espressa da Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2003, n. 678, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui su valutazioni tecniche circa il valore e l'importanza del bene si innestano valutazioni discrezionali vere e proprie sull'opportunità di sottoporre a tutela un dato bene.

(11) Sui quali v. l'interessante commento alle sentenze di cui alla nota precedente di O.M. Caputo, Vincolo storico-artistico e interessi secondari. Contrasto nella VI Sezione del Consiglio di Stato, in Foro amm., 2000, 1796 ss.

(12) Tale aspetto è stato lucidamente colto da R. Villata-M. Ramajoli, Il provvedimento amministrativo, Torino, 2006, 114, nota 163.

(13) D. De Pretis, Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica, Padova, 1995, 129.

(14) In corrispondenza, peraltro, con una consapevolezza sempre più accresciuta della rilevanza della "tecnica" sul diritto. Sul punto cfr. G. Parodi, Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa, Torino, 1990, nonché, più di recente, F. Merusi, Variazioni su tecnica e processo, in questa Rivista, 2004, 973 ss.; F. Cintioli, Tecnica e processo amministrativo, in questa Rivista, 2004, 983 ss.; C. Videtta, L'amministrazione della tecnica: la tecnica fra procedimento e processo amministrativo, Napoli, 2009. Utili spunti generali anche in N. Irti-E. Severino, Dialogo su diritto e tecnica, Roma-Bari, 2001.

(15) Cfr. F. Cammeo, La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici, in Giur. it., 1902, III, 275 ss.; Id., Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa, I, Milano, s.d., 128 ss. Sull'evoluzione del pensiero di Cammeo su tale tematica cfr. R. Villata-M. Ramajoli, Il provvedimento amministrativo, cit., 105, nota 135, nonché V. Cerulli Irelli, Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità, in questa Rivista, 1984, 489 ss.

(16) Cfr. E. Presutti, Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, in Giur. it., 1910, IV, 47 ss.; Id., I limiti del sindacato di legittimità, Milano, 1911, 54 ss. Anche in Presutti si ha un'evoluzione di pensiero, nel senso che questi passerà dal riconoscimento della possibilità per il giudice di compiere un sindacato diretto sulla discrezionalità tecnica ad una posizione più complessa e meno favorevole a tale tipo di sindacato (espressa nella seconda opera qui citata). Su tale evoluzione di pensiero v., da ultimo, F. Volpe, Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo, in Dir. amm., 2008, 801, nota, 9.

(17) O. Ranelletti, Principii di diritto amministrativo, I, Napoli, 1912, 365 ss.

(18) Cfr. sul punto A. Sandulli, Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945), Milano, 2009, 52 ss.

(19) Cfr. D. De Pretis, Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica, cit., 11-115.

(20) Scontato il riferimento a M.S. Giannini, Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi, Milano, 1939, ora in Id., Scritti, I, Milano, 2000, 42 ss.; Id., Diritto amministrativo, II, cit., 54-58.

(21) In linea con la distinzione tra sindacato di tipo pieno sugli accertamenti, ma "debole" sulle valutazioni, tra le tante, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, ord. 17 aprile 2000, n. 2292, in Urb. app., 2000,

1334, con nota di R. Caranta, I sassi e lo stagno (il difficile accesso al fatto del giudice amministrativo); e, insieme a Cons. Stato, Sez. IV, 10 febbraio 2000, n. 715, in *Giur. it.*, 2000, 2402, con nota di S. Mirate, La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione. In giurisprudenza, peraltro, si è riscontrata una certa confusione terminologica rispetto a tali distinzioni. Si veda Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247, in *Urb. app.*, 2001, 866, con nota di M. Protto, La discrezionalità tecnica sotto la lente del G.A.; e, insieme a Cons. Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287, in *Giur. it.*, 2002, 1084, con nota di S. Mirate, Giudici amministrativi e valutazioni tecniche tra nuove conquiste e antiche resistenze.

(22) Cfr. sul punto R. Villata-M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 107-108.

(23) V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967.

(24) F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.

(25) Sul punto cfr. A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, spec. 236 ss.

(26) C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.

(27) D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit.

(28) La De Pretis preferisce parlare di “competenze esclusive dell'amministrazione”. Da ultimo, sulle differenze di pensiero fra Marzuoli e De Pretis, v. F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, cit., 808, nota 33; v. pure G.C. Spattini, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in questa Rivista, 2011, 149.

(29) Non a caso sul punto è recentemente tornato proprio C. Marzuoli, *Una nozione da ricordare: la « competenza esclusiva »*, in *Dir. amm.*, 2009, 909 ss.

(30) Cfr. P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità amministrativa*, Padova, 2002; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005; più di recente cfr. F.G. Scoca, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, 257 ss.

(31) Cfr. G. Vacirca, *Riflessioni sui concetti di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il cento cinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, spec. 1584 ss. Ma sul tema si v. oggi soprattutto N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, le cui tesi sono di recente ridiscusse da F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, cit., spec. 825 ss.

(32) Cfr. F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in questa Rivista, 1983, 263, 301.

(33) Cfr. F.G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale*, a cura di V. Parisio, Milano, 1998, 115; A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss.; S. Baccarini, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in questa Rivista, 2001, 80 ss.; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000, 30 ss.; L.R. Perfetti, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, I, 1742 ss.

(34) Per tale impostazione cfr. D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, spec. 560 ss. In generale sul tema v. E. Caracciolo La Grotteria, *La consulenza tecnica d'ufficio e il sindacato del giudice amministrativo*, Napoli, 2008.

(35) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro it.*, 2001, III, 9 ss., con nota di A. Travi; in questa Rivista, 2000, 185 ss., con note di M. Delsignore, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, e di P. Lazzara, “Discrezionalità tecnica” e situazioni giuridiche soggettive; in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179, con nota di D. de Pretis, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*.

(36) Da ultimo il d.lgs. n. 104/2010 (Codice del processo amministrativo) ha stabilito che la consulenza tecnica possa essere disposta solo eccezionalmente (all'art. 63, comma 4, infatti, si usa l'espressione « se indispensabile »); di regola, pertanto, il giudice deve dare precedenza alla verifica. Secondo attenta dottrina questa soluzione rappresenta uno dei profili maggiormente critici nella disciplina complessiva dell'istruttoria nel Codice del processo amministrativo. Cfr. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 261.

(37) Per un approccio di tal fatta cfr. F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit.

(38) Cfr. V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit.

- (39) Cfr. sul punto, in giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287, cit.
- (40) Cfr. A. Giusti, Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione, Napoli, 2007.
- (41) Cfr. F. Volpe, Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo, cit.
- (42) Cfr. G.C. Spattini, Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale, cit.
- (43) La questione è ampiamente affrontata già da C. Marzuoli, Potere amministrativo e valutazioni tecniche, cit., 79-98; più di recente cfr. F. Volpe, Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo, cit., 813; G.C. Spattini, Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale, cit., 151.
- (44) Come osservano R. Villata-M. Ramajoli, Il provvedimento amministrativo, cit., 113.
- (45) Cfr. G. Sciullo, in La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2000, 44.
- (46) Cfr. A.M. Sandulli, Natura e funzione della notifica e della pubblicità delle cose private di interesse artistico e storico qualificato, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1954, 1024.
- (47) T. Alibrandi-P. Ferri, I beni culturali e ambientali, Milano, 1995, 258.
- (48) C. Marzuoli, Potere amministrativo e valutazioni tecniche, cit., 79. Sulla medesima linea A. Rota, La tutela dei beni culturali tra tecnica e discrezionalità, Padova, 2002, secondo il quale l'esercizio del potere di imposizione del vincolo culturale comporta sia un momento discrezionale sia un momento tecnico; emerge dunque uno spazio discrezionale, che non si risolve nella mera dichiarazione dell'importanza dell'interesse, e nel quale diventa sempre più difficile affermare a priori l'assoluta irrilevanza di ogni interesse diverso da quello primario, anche sulla scorta del principio di proporzionalità.
- (49) B. Tonoletti, L'accertamento amministrativo, Padova, 2001, 142-144.
- (50) F. Volpe, Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo, cit., 813.
- (51) Ben evidenziati da O.M. Caputo, Vincolo storico-artistico e interessi secondari. Contrasto nella VI Sezione del Consiglio di Stato, cit.
- (52) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2000, n. 677, cit.
- (53) Cfr. M. Ainis, Cultura e politica. Il modello costituzionale, Padova, 1991, 184. Sul fatto che l'inserimento dell'art. 9 Cost. tra i principi fondamentali imponga la primazia gerarchica dei valori storico-artistici v. anche F. Merusi, Principi fondamentali, in Commentario alla Costituzione, a cura di G. Branca (art. 1-12), Bologna, 1975, subart. 9, 430.
- (54) Sul tema cfr. la recente ed efficace sintesi di U. Mattei, Beni comuni. Un manifesto, Roma-Bari, 2011.
- (55) Sulla dibattuta questione v. E. Panofsky, Il significato delle arti visive, Torino, 1996.
- (56) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 2 settembre 1998, n. 1179, cit.
- (57) Sulla base della già ricordata impostazione di B. Tonoletti, L'accertamento amministrativo, cit., 142-144.
- (58) Cfr. la giurisprudenza riportata in R. Villata-M. Ramajoli, Il provvedimento amministrativo, cit., spec. 147 ss. In ogni caso, sui rapporti tra vincolo indiretto e principio di proporzionalità cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 16 novembre 2004, n. 7492, cit.; Tar Lazio, Roma, Sez. II, 8 gennaio 2009, n. 63, in Giur. di merito, 2010, 807, con nota di V. Santarsiere, Vasto fondo con alcune strutture antiche. Vincolo storico artistico diretto in toto.
- (59) Così O.M. Caputo, Vincolo storico-artistico e interessi secondari. Contrasto nella VI Sezione del Consiglio di Stato, cit. Sul tema, in generale, v. M. Delsignore, La valutazione tecnica ed i suoi riflessi sul procedimento, in www.grupposanmartino.it. Nella più recente giurisprudenza ben si coglie il collegamento tra garanzie partecipative, motivazione, e incertezza sul rilievo artistico dell'opera (si noti, peraltro, come si chiama in causa la ragionevolezza e non la proporzionalità). Cfr. Tar Lazio, Roma, Sez. II-quater, 1 marzo 2011, n. 1901, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui: « È essenziale il rispetto delle garanzie formali e procedurali prescritte dalla normativa per addivenire alla “corretta” formulazione del giudizio valutativo finale sull'importanza storico-artistica di un'opera d'arte, in primis l'onere di motivazione che costituisce strumento indispensabile per assicurare il sindacato di legittimità sulle relative decisioni, sia nelle forme tradizionali dell'eccesso di potere sia in quelle più evolute del sindacato di ragionevolezza, tanto più nel caso in cui il provvedimento di imposizione del vincolo storico-artistico concerna opere d'arte realizzate da artisti “d'avanguardia” — in cui si registra un drammatico “scollamento”

delle valutazioni espresse dai critici rispetto al “gradimento” delle opere da parte dei cittadini — fruitori delle stesse — oppure esemplari rappresentativi delle cd. “arti minori” o applicate ».

(60) Cfr. M.V. Ferroni, Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato, cit. Sulla rimodulazione del principio di separazione dei poteri, anche in conseguenza dell'affermazione del principio di effettività e pienezza della tutela, sia consentito il rinvio a G. Tropea, L'“ibrido fiore della conciliazione”: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione, in questa Rivista, 2011, 965 ss.

(61) Così, molto chiaramente, R. Villata-M. Ramajoli, Il provvedimento amministrativo, cit., 114, nota 163.

(62) Si è soliti, infatti, farne risalire la nascita proprio alle origini della scienza amministrativistica, con la nota trattazione di G. Romagnosi, Principj fondamentali del Diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni, Prato, 1814. Su Romagnosi e il costituzionalismo liberale v. A. Sandulli, Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia, cit., 7 ss.

(63) Oltre al già citato recente saggio di S. Cognetti, Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica, cit., e restando solo sulle trattazioni monografiche, si v. A. Sandulli, La proporzionalità dell'azione amministrativa, Padova, 1998; D.U. Galetta, Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo, Milano, 1998; S. Villamena, Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese, Milano, 2008.

(64) Cfr. G. Morbidelli, Il procedimento amministrativo, in Diritto amministrativo, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, I, Bologna, 2005, 566-567.

(65) Cfr. sul punto soprattutto A. Sandulli, La proporzionalità dell'azione amministrativa, cit., 64 ss.

(66) Cfr. D.U. Galetta, Il principio di proporzionalità, in Codice dell'azione amministrativa, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011, 125.

(67) S. Cognetti, Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica, cit., 208.

(68) Ad esempio v., in materia di criteri interpretativi del bando di gara, Cons. Stato, Sez. V, 21 dicembre 2010, n. 9320, in Giur. it., 2011, 1664, con nota di S. Sticchi Damiani, I canoni applicativi delle regole sui contratti pubblici tra certezza del diritto e proporzionalità: verso un'applicazione dell'alex specialis secundum ius.

(69) Sulla base dell'idea di fondo secondo cui tutta la materia amministrativa sia oggi, nel nostro ordinamento, materia “europeizzata”, anche al di là dei settori materiali di attività che sono oggetto delle competenze comunitarie. In tal senso cfr. A. Massera, I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario, in Dir. amm., 2005, 707 ss.; sulla portata innovativa del richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario v. anche, da ultimo, S. Cognetti, Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica, cit., 168 ss.

(70) D.U. Galetta, Il principio di proporzionalità, cit., 128.

(71) D.U. Galetta, Il principio di proporzionalità, cit., 129.

(72) Mentre per la discrezionalità tecnica in genere si richiama il requisito della necessità, come nota S. Cognetti, Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica, cit., 293.

(73) Cfr. D.U. Galetta, Il principio di proporzionalità, cit., 113, 117. Sul potenziale impatto rivoluzionario del principio di proporzionalità nei confronti del tradizionale sindacato essenzialmente estrinseco svolto dal giudice amministrativo italiano attraverso l'eccesso di potere v. S. Cognetti, Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica, cit., passim.

(74) Sia consentito il richiamo G. Tropea, Imposizione del vincolo storico-artistico e controllo giurisdizionale: un passo indietro del giudice amministrativo nel sindacato della c.d. “discrezionalità tecnica”?, nota a Cons. di Stato, Sez. VI, 1 settembre 2000, n. 4658, in questa Rivista, 2001, 534 ss., ove, seguendosi l'impostazione di fondo di N. Paolantonio, Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo, cit., 116, nota 87, 154-155, si criticava il controllo meramente formale svolto dal giudice, in quanto nella fattispecie si faceva questione « della conferente applicazione di una regola di valutazione di tipo obiettivo (quella per cui l'immobile in questione rappresentava un esempio pressoché unico nell'Italia meridionale del secolo scorso) la

cui applicazione alla specie poteva essere verificata (o falsificata) dal giudice in via diretta ».

(75) Cfr. R. Villata-M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 147.

(76) Su tale collegamento tra proporzionalità e motivazione dell'atto amministrativo cfr. A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 208 ss.

(77) In tal senso possono probabilmente leggersi i garbati, ma fermi, rilievi svolti da G.C. Spattini, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, cit., 161, nota 93, nei confronti della ricostruzione critica dell'eccesso di potere svolta da C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008. Sulle tecniche di sindacato del giudice amministrativo cfr., da ultimo, M. Trimarchi, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità alla pluralità delle tecniche di sindacato*, in *Dir. amm.*, 2010, 917 ss.

(78) Per tale opinione cfr. S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit., 341. Ma per una recente critica alla ricostruzione in chiave di teoria generale del principio di proporzionalità quale valore assoluto (e a quanto ciò potenzialmente comporta in termini di indiscriminata sostituzione del potere giudiziario all'amministrazione), considerandosi quest'ultima una particolare manifestazione della razionalità nell'esercizio di un potere discrezionale, relativizzata dalla connessione col fine tipico dell'atto o con un diritto fondamentale esterno all'atto, cfr. F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 33 ss.

Utente: ANTONIO ROMANO TASSONE

www.iusexplorer.it - 13.11.2014

© Copyright Giuffrè 2014. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156