

SULLA LEGITTIMAZIONE A IMPUGNARE L'ATTESTATO DI LIBERA CIRCOLAZIONE E LA DICHIARAZIONE DI INTERESSE CULTURALE NONCHÉ SUL SINDACATO SULLA DISCREZIONALITÀ TECNICA

(nota a Cons. St., VI, 30 agosto 2023, n. 8074)

Biagio Spampinato

Professore associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Catania

Abstract [IT]: la sentenza commentata affronta vari profili, da quelli più generali, relativi alla legittimazione a ricorrere e al sindacato sulla discrezionalità tecnica, a quelli più strettamente inerenti alla materia dei beni culturali, relativi al rapporto tra il procedimento di verifica dell'interesse culturale e il procedimento di rilascio dell'attestato di libera circolazione. Con riguardo a ciascuno di questi aspetti, essa presenta un'apprezzabile trattazione, così da offrire all'autore di questa nota l'occasione per fare il punto sulle richiamate nozioni.

Abstract [EN]: *the judgment deals with various profiles, from the more general ones, relating to the legitimacy to appeal and the review of technical discretion, to those more strictly inherent to the matter of cultural heritage, relating to the relationship between the procedure for verifying cultural interest and the procedure issuing the free movement certificate. With regard to each of these aspects, it presents an appreciable discussion, so as to offer to the author of this note the opportunity to take stock of the aforementioned notions.*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La legittimazione a ricorrere. 3. (segue):...qualificazione *vs.* differenziazione. 4. Legittimazione ad agire *vs.* legittimazione a ricorrere 5. Legittimazione a ricorrere e concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa 6. Affermazione della titolarità *vs.* effettiva titolarità dell'interesse legittimo 7. Il profilo probatorio 8. Legittimazione a ricorrere avverso (l'annullamento d'ufficio di) un diniego di attestato di libera circolazione e la dichiarazione di interesse culturale 9. Rapporto tra il procedimento di verifica dell'interesse culturale e il procedimento di rilascio dell'attestato di libera circolazione 10. Il sindacato sulla discrezionalità tecnica esercitata con la dichiarazione di interesse culturale

1. Premessa

La sentenza annotata appare assai rilevante sotto più profili, due di sicura ascendenza generale, riguardante la nozione di legittimazione a ricorrere e la profondità del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica esercitata con la dichiarazione di interesse culturale, e uno, più specificatamente afferente alla materia dei beni culturali,

concernente il rapporto tra il procedimento di verifica dell'interesse culturale e il procedimento di rilascio dell'attestato di libera circolazione dei predetti beni.

2. La legittimazione a ricorrere

In merito alla legittimazione a ricorrere, la sentenza ne illustra limpidamente il concetto¹. Essa, premessa la necessità di distinguere la nozione da quella di interesse a ricorrere, si sofferma, in primo luogo, sui suoi due tradizionali caratteri, quello della qualificazione e quello della differenziazione, sottolineando come «[25.3.]...la distinzione concettuale tra qualificazione e differenziazione non coincid[e], tuttavia, con la differenza tra dimensione normativa o astratta e dimensione fattuale o concreta; infatti, se è vero che la qualificazione rileva in via astratta essendo l'ordinamento complessivamente inteso ad elevare l'interesse a situazione generale protetta, è altrettanto vero come anche la differenziazione non è operazione logica imperniata su soli dati fattuali; al contrario, è, comunque, lo stesso ordinamento a tracciare i confini oggettivi e soggettivi della regola istitutiva di protezione con riferimento ad un determinato e concreto potere amministrativo, compenetrando, quindi il dato squisitamente giuridico con quello più eminentemente fattuale. / [25.4.] In sostanza, occorre individuare la regola istitutiva di protezione e, all'interno del medesimo "ambito" normativo, l'ulteriore regola che collega la situazione alla vicenda concreta. L'unitarietà dell'ambito normativo discende dalla necessità di apprezzare in ragione dello stesso complesso tanto la protezione astratta di un certo interesse quanto il suo concreto riconoscimento in relazione ad una determinata vicenda»².

In effetti, la legittimazione a ricorrere può essere definita come l'operazione di trasposizione, in capo ad un soggetto che agisce in concreto, di una situazione giuridica soggettiva corrispondente ad un interesse sostanziale considerato meritevole di tutela (giurisdizionale) secondo l'ordinamento giuridico vigente³. Definizione che ne vorrebbe, per un verso, mettere in evidenza l'aspetto secondo cui chi agisce o è chiamato in giudizio

1 Sull'istituto mi si permetta di rinviare, anche per l'abbondante letteratura, a B. SPAMPINATO, *Concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa (anche) di legittimità e legittimazione a ricorrere*, in www.federalismi.it 8 febbraio 2023, 108 seg.. Adde, A. CASSATELLA, *Legittimazione a ricorrere e norme di garanzia*, in *Dir. proc. amm.* n. 4/2022, 773 seg..

2 In termini analoghi, Cons. St., VI, 26 gennaio 2022, n. 530: «[l]a qualificazione giuridica e la differenziazione non sono due criteri autonomi. L'unico criterio è quello della qualificazione giuridica imposto dall'operatività del principio di legalità. La differenziazione è insita nella qualificazione nel senso che la norma assegna rilevanza all'interesse legittimo che si presenta in modo differenziato rispetto alla posizione di altri. / Il processo di differenziazione può essere "espresso" nei casi in cui la qualificazione e la differenziazione dell'interesse legittimo è effettuata dalla norma in modo diretto stabilendosi quale sia il soggetto che possa essere parte di un rapporto giuridico con la pubblica amministrazione. / Il processo di differenziazione può essere "implicito" nei casi in cui la qualificazione e la differenziazione è effettuata dalla norma in modo indiretto mediante la richiesta della sussistenza di una specifica condizione desumibile dalla complessiva disciplina della materia, che può essere ricostruita sulla base di "criteri materiali o caratteri fattuali" diversi a seconda del settore che viene in rilievo (quest'ultimo inciso è tratto da Cons. Stato, Ad. plen., n. 22 del 2021, cit.)».

3 Vale senz'altro la pena richiamare l'art. 22, comma 1, lett. b), l. n. 241 del 1990, dove, in relazione alla legittimazione a far valere il c. d. diritto di accesso, si intende «b) per "interessati", tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, *che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata* e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso» (corsivo mio). Inutile dire che parlare, con riguardo ad un interesse sostanziale, di meritevolezza della tutela sottintende la tutela giurisdizionale, il che non esclude, naturalmente, che l'ordinamento giuridico possa anche apprezzare un interesse sostanziale come meritevole solo di altro genere di tutele (amministrativa, arbitrale, ecc.), evenienza che qui però non rileva.

dispone di un interesse sostanziale che l'ordinamento giuridico abbia già riconosciuto come meritevole di tutela (giurisdizionale) e, quindi, come situazione giuridica soggettiva e, perciò, stando almeno al testo costituzionale – suscettibile, peraltro, sul punto di aggiornamento mediante interpretazione – , come diritto soggettivo o come interesse legittimo, e, per l'altro verso, circoscriverne il ruolo a figura giuridica volta ad individuare chi di quella certa situazione giuridica soggettiva possa esserne ritenuto titolare, a delimitare cioè i soggetti che possono agire o essere chiamati in giudizio⁴.

Se così è, tutte le questioni attinenti al dubbio se un certo interesse sostanziale sia o no meritevole di tutela (giurisdizionale) per l'ordinamento giuridico vigente e possa dunque essere qualificata situazione giuridica soggettiva stanno a monte della legittimazione a ricorrere: si pensi solo al dubbio – che, in effetti, si potrebbe pure sollevare – se il c. d. interesse al panorama sia davvero giuridicamente protetto o se lo sia – per fare un altro esempio - il c. d. interesse allo sviamento della clientela, semmai, l'uno riconducibile al diritto di proprietà (art. 42 Cost.; art. 832 c. c.) e l'altro al diritto di iniziativa economica (art. 41 Cost.)⁵. Questioni a monte, dunque, le quali saranno soggette ad un regime loro proprio, riassumibile, principalmente, nel c. d. difetto assoluto di giurisdizione o nel c. d. annullamento senza rinvio o con rinvio della sentenza che abbia, rispettivamente, trattenuto o declinato erroneamente la giurisdizione. Al contrario, la legittimazione a ricorrere si pone a valle e, rimandando ad una determinata situazione giuridica soggettiva, servirà soltanto, appunto, a selezionare chi ne possa essere l'intestatario e sarà perciò destinata a condizionare l'esercizio dell'azione dal punto di vista soggettivo, assoggettata, a sua volta, ad un regime suo proprio, sintetizzabile, in particolare, nell'ammissibilità/inammissibilità dell'atto introduttivo del giudizio e nella soggezione all'onere probatorio.

3. (segue):...qualificazione vs. differenziazione

Ora, è innegabile che tra qualificazione e differenziazione ci sia una sorta di circolarità ma questa (a parte il banale rilievo che la prima non è pensabile senza un riferimento ai soggetti di diritto, e viceversa) non sembra da ricollegare al fatto che l'una e l'altra - parafrasando la sentenza in commento - sarebbero destinate ad essere ritratte dal «medesimo ambito normativa» in cui si collocano le «regole istitutive di protezione di un interesse con riferimento ad un determinato e concreto potere amministrativo che lo interseca». Piuttosto, la meritevolezza di tutela (giurisdizionale) degli interessi sostanziali secondo l'ordinamento giuridico vigente (la c. d. qualificazione) sembra doversi ricavare in base ad una ricostruzione di quest'ultimo (considerato) nel suo complesso e, quindi, alla stregua della disciplina di diritto pubblico e di diritto privato volta per volta pertinente, dal codice civile alla legislazione amministrativa, dalla Carta costituzionale al diritto eurounitario e al diritto

In dottrina, v., per tutti, S. MENCHINI, *Diritto processuale civile Volume I Parte generale*, Torino, 2023, III, 2: «I criteri relativi alla legittimazione individuano i legittimi contraddittori, ossia i soggetti che debbono prendere parte al processo, affinché il giudice possa emettere una pronuncia di merito, che accerta l'esistenza o l'inesistenza della situazione giuridica fatta valere con la domanda»; e ancora: «[I]a legittimazione individua chi può proporre la domanda (attore), chi deve essere chiamato in giudizio (convenuto), chi può intervenire in causa, volontariamente o in modo coatto».

4 Sulle incertezze concettuali in ordine alla legittimazione ad agire e alle nozioni limitrofe, v., per tutti, CORSINI F., *Legittimazione processuale [dir. proc. civ.]*, in www.treccani.it/Diritto on line 2019.

5 Nega, per esempio, «cittadinanza» al secondo tipo di interesse sostanziale, da ultimo, CASSATELLA, *Legittimazione cit.*, 816.

internazionale e, perché no, genericamente parlando, alla stregua della sensibilità sociale raggiunta in un dato momento storico⁶. In questo recinto (amplissimo), diritto soggettivo e interesse legittimo (o, a limite, superando il binomio costituzionale, altra situazione giuridica soggettiva) sono perciò destinati a sovrapporsi, gli interessi ad (ognuno di) essi sottesi sono, cioè, per lo più – se non, addirittura, sempre - comuni, interscambiabili. In sintesi estrema, sono la «persona», le «cose», le «attività» (detto, in altri termini, l'«essere», l'«avere», il «fare») a generare ogni sorta di interesse sostanziale che può assurgere a situazione giuridica soggettiva, di modo che sia diritti soggettivi che interessi legittimi o, a limite, altra situazione giuridica soggettiva avranno in comune gli stessi interessi sostanziali così generati.

Di più. Così come si sogliono individuare varie categorie di diritti soggettivi sulla base della loro fonte di produzione (persona, cose e le diverse attività-fonti delle obbligazioni) – diritti reali, diritti personali (diritti della personalità, diritti personali di godimento), diritti di credito (diritti ad una prestazione di dare, di fare, di non fare) - , allo stesso modo appare ben possibile enucleare, sulla base del diritto vivente, vari tipi di interessi legittimi, distinguendo, innanzitutto, quelli incentrati sui c. d. diretti destinatari - interessi legittimi pretensivi e oppositivi in senso stretto - , e quelli imputabili invece ai c. d. terzi e tipizzabili in modo da rappresentare le diverse posizioni in cui costoro possono venirsi a trovare rispetto ad un certo tipo di potere amministrativo⁷.

Diverso è invece il discorso per quanto concerne la differenziazione, quest'ultima dovendo infatti servire, per quanto detto, unicamente come criterio per appuntare, in capo ad un soggetto che agisca in concreto, la titolarità di una situazione giuridica soggettiva e, quindi, uno di quei tipi di diritti soggettivi o di interessi legittimi di cui si è parlato, in generale, una qualsiasi situazione soggettiva (giurisdizionalmente) tutelata.

4. Legittimazione ad agire vs. legittimazione a ricorrere

Ciò detto, come bene mette in luce la pronuncia in commento, ogni difficoltà per appuntare in capo ad un soggetto un interesse legittimo dipende dal fatto che tale situazione giuridica soggettiva sgorga sempre dall'esercizio e, quindi, dall'intermediazione di un potere amministrativo (per quanto, in forza del principio di legalità, ci stia a monte sempre la legge), il quale, per sua stessa natura, è, come si suol dire, multipolare o poligonale: «[25.5.]... [o]ra, nel settore amministrativo, l'azione della “parte” Amministrazione è governata e limitata da un complesso di regole la cui concreta applicazione non investe, nella generalità dei casi, la posizione di un unico soggetto ma, al contrario, involge una pluralità di situazioni soggettive. Secondo quanto evidenziato da diversi settori della dottrina, l'attività amministrativa risulterebbe, in numerose ipotesi, caratterizzata da poligonalità o multipolarità, così definita per l'idoneità dell'azione “a coinvolgere, attraverso gli effetti del

⁶ Un esempio di ampia portata di interessi (sostanziali) i quali non trovano ancora spazio nell'ambito della tutela giurisdizionale è costituito dagli interessi c. d. semplici, tradizionalmente denominati pure «diritti civili», i quali, pertanto, da questo punto di vista, sono da qualificare «interessi di mero fatto», cfr., significativamente: Cons. St. IV, 16 novembre 2022, n. 10073; T. A. R. Lazio, Roma, II, 21 luglio 2023, n. 12311; T. A. R. Campania, Napoli, VII, 02 ottobre 2023, n. 5368.

⁷ Si tratta di interessi legittimi che potrebbero, a loro volta, essere denominati, per esempio, come interessi legittimi ostili, rivali, al rispetto della legalità dell'azione amministrativa, dipendenti, persecutori, a seconda di come, appunto, i «terzi» si pongano nei confronti, rispettivamente, dei poteri ampliativi, selettivi (concorrenziali o competitivi), plurioffensivi, ablatori/ampliativi, di secondo grado, doverosi, cfr., al riguardo, SPAMPINATO, *Legittimazione cit.*, 120, 121.

provvedimento, la sfera giuridica di una pluralità di soggetti diversi dal destinatario". In sostanza, il complesso di regole che governano l'azione amministrativa non guida l'azione dell'Amministrazione verso il solo "destinatario" della stessa (che, in questi termini, non sarebbe neppure predicabile, come evidenziato da altra parte della dottrina), ma involge anche le posizioni di ulteriori soggetti (la cui platea risulta a "geometrie variabili", a seconda della tipologia di provvedimento e degli effetti che lo stesso è in grado di sprigionare) i quali vantano - per mutuare una immagine elaborata dalla teoria generale e ripresa, di recente, da parte della dottrina civilistica - una posizione di immunità da possibili illegittimità nell'azione amministrativa, dalla quale germina l'interesse legittimo a contestare l'operato dell'Amministrazione ove incidente in modo sfavorevole sulla propria sfera soggettiva».

Proprio al descritto carattere del potere amministrativo sembra, dunque, in ultima analisi, da far risalire tutta la problematica della legittimazione a ricorrere, in primo luogo, di quella attiva. Più precisamente, se il potere amministrativo esercitato presenta i c. d. diretti destinatari, l'intestazione di quelli che si sono denominati interessi legittimi oppositivi o pretensivi in senso stretto è immediata: come il contratto o altro atto di diritto privato permettono l'individuazione immediata del titolare del diritto soggettivo, analogamente, il provvedimento amministrativo (e, prima ancora, la disciplina attributiva e regolativa del corrispondente potere contraddistinto da propri «diretti destinatari») consente di individuare, con altrettanta facilità, gli intestatari di quei due tipi di interessi legittimi. Ma se il potere amministrativo non ha solo «diretti destinatari» o addirittura ne è privo (si pensi ai poteri c. d. plurioffensivi) e, a causa del suo carattere multipolare, tocca nondimeno (anche o solo) i c. d. terzi, è a questo punto che potrà sorgere il dubbio su quali di essi potranno essere considerati davvero intestatari di interessi legittimi, sia dal lato attivo che dal lato passivo, e si tratterà, più precisamente ancora, di intestare loro una delle categorie di interesse legittimo sopra sommariamente richiamate. Ed è a questo punto che interviene, dunque, il concetto di differenziazione, il quale si concreterà nell'uso di una serie di indici (prevalentemente) fattuali reputati idonei dal giudice amministrativo a giustificare, appunto, l'intestazione in capo al «terzo» di un (certo tipo di) interesse legittimo⁸. Da qui, poi, indici fattuali come quelli racchiusi nel noto criterio della *vicinitas* o la necessità o meno di aver presentato la domanda di partecipazione ad una procedura di gara o la considerazione, relativamente agli enti collettivi, di elementi quali le finalità statutarie o l'assenza di un conflitto di interessi, ecc., ecc.. Da qui, infine, la notazione che ad essere atipici non sembrerebbero, come talora si dice⁹, gli interessi legittimi ma, semmai, i predetti indici, giacché, se è vero che i primi sono

8 Cfr., invece, CASSATELLA, *Legittimazione cit.*, 793 seg., che prende a termine di riferimento il «tipo di soggetto garantito dalla legge»: «[s]e l'individuazione della legittimazione si risolve, pertanto, nella ricerca dello specifico destinatario dell'esercizio del potere già esercitato o dell'inerzia già verificatasi, si comprende perché essa vada individuata in concreto, stabilendo se chi ricorre rientri nel tipo di soggetto garantito dalla legge» (p. 819). Il che, tuttavia, non risulta chiaro, perché se fossero *a priori* noti i «soggetti garantiti dalla legge» non esisterebbe alcun problema di riconoscimento della legittimazione a ricorrere. Ne esce perciò viziata anche la ricerca degli indici di riconoscimento della legittimazione a ricorrere che vengono rintracciati unicamente sul piano normativo, nei più disparati testi di legge.

9 Si può così leggere, per esempio, in Corte Cass., S. U., 02 agosto 2019, n. 20820: «[n]ella giurisdizione amministrativa, la situazione giuridica fatta valere dal ricorrente in sede di giudizio, collegata al potere riconosciuto ed esercitato dall'Amministrazione *ex lege*, ha una consistenza indeterminata, non appartenendo a catalogazioni legislative specifiche.... / Tale operazione, che tende a identificare nella titolarità di un interesse legittimo la sussistenza della legittimazione ad agire, è il risultato di una lunga operazione giurisprudenziale che circoscrive l'accesso alla tutela giurisdizionale amministrativa al soggetto giuridico portatore dell'interesse

tipizzabili (al pari dei diritti soggettivi), è piuttosto la ricognizione di quegli indici che rimane destinata a sfuggire - ed è naturale che sia così, dato che ci si muove su un piano concreto - ad una (esatta) predeterminazione; gli indici stessi, insomma, sono «interni» a ciascuna categoria di interessi legittimi.

5. Legittimazione a ricorrere *vs.* concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa

Ciò posto, per selezionare, allora, tali indici e così dissipare (o, quanto meno, attenuare) i dubbi relativi a quali «terzi» (soltanto) possa intestarsi un (certo tipo di) interesse legittimo non sembra che esserci un'unica via, quella di fare capo al modo in cui venga concepita la giurisdizione amministrativa. E, dunque, ove si convenga sul carattere soggettivo di quest'ultima - cosa di cui almeno oggi non sembra si possa seriamente dubitare (art. 24 Cost.; art. 1 c. p. a.; artt. 6 e 13 CEDU; art. 47, comma 1, Carta dei diritti fondamentali dell'uomo dell'UE) - , la ricostruzione della legittimazione a ricorrere non potrà che allinearsi a tale concezione¹⁰.

Si prenda come esempio l'interesse all'ambiente salubre, interesse sostanziale senza ombra di dubbio giuridicamente (*rectius*, giurisdizionalmente) protetto, vuoi perché c'è già una norma nel codice civile (art. 844), vuoi perché è riconducibile al diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., vuoi perché c'è un'ampia disciplina (amministrativa e non solo) in materia ambientale (d. lgs. n. 152 del 2006), quest'ultima di rilievo costituzionale e persino sovranazionale. Il profilo oggettivo - la c. d. qualificazione - risulta, in altri termini, pienamente soddisfatto¹¹. Se, dunque, uno di quei poteri amministrativi c. d. plurioffensivi lo venga ad intaccare, a questo punto subentrerà il problema del «terzo» a cui intestare l'interesse legittimo di cui quell'interesse (sostanziale) viene a costituire il sostrato¹², giacché le opzioni prospettabili sono molteplici: e, dunque, riconoscere quella situazione giuridica soggettiva in capo a chi risiede in zona, a chi è semplicemente proprietario di un'abitazione della zona, a chi abita stabilmente in zona, e a quale distanza dalla sorgente lesiva, e, ancora, ai soli «residenti», a un condominio, ad un comitato spontaneo di cittadini, ecc., ecc.? Inoltre, in capo a chi lamenti un pregiudizio concreto, ma quanto concreto? Ed ecco, dunque, emergere in tutta la sua problematicità (e, perché no, in tutta la sua drammaticità!) la c. d. (operazione di) differenziazione. Come detto, però, ad orientare l'interprete può venire in soccorso la concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa, in coerenza della quale, pertanto, dovrà essere ricostruito, ad esempio, il tradizionale concetto della *vicinitas* e dal quale punto di vista parrebbe, per esempio, del tutto ragionevole negare la legittimazione ad un comitato spontaneo di cittadini sorto per l'occasione (c. d. comitato d'occasione o di comodo), per quanto nobile ne possa essere l'intento perseguito¹³. Peraltro, anche così precisato il criterio della differenziazione, è innegabile che rimarrà, comunque, in capo al giudice amministrativo, un (ampio) margine di discrezionalità.

sostanziale sul quale incide il provvedimento amministrativo» (corsivo mio).

10 Opposta conclusione in CASSATELLA, *Legittimazione cit.*, 820: «[c]osì argomentando, il problema della concretezza della legittimazione è reso del tutto indipendente da quello dell'oggetto del giudizio e della natura della giurisdizione».

11 Per questo genere di interesse, cfr. Cons. St., IV, 23 maggio 2023, n. 5104.

12 Interesse legittimo che appartarrebbe al gruppo (peraltro, il più difficile da perimetrare) degli interessi (legittimi) «al rispetto della legalità dell'azione amministrativa».

13 Un esempio in T. A. R. Toscana, Firenze, II, 14 novembre 2022, n. 1303. Con riferimento ad un'associazione, cfr. Cons. St., IV, 28 novembre 2022, n. 10441.

6. Affermazione della titolarità vs. effettiva titolarità dell'interesse legittimo

È il caso di aggiungere che la concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa di legittimità non sembra possa ineluttabilmente portare a recepire il tradizionale insegnamento processualcivilistico che identifica la legittimazione ad agire con l'affermazione della titolarità della situazione giuridica soggettiva (*rectius*, del diritto soggettivo) portata(o) in giudizio¹⁴. Lasciando da parte infatti ogni sia pur minima considerazione su tale insegnamento e la sua stessa plausibilità¹⁵, se la spiegazione di esso si deve al fatto che accertare l'effettiva titolarità del diritto soggettivo è già accertamento sull'esistenza del diritto soggettivo e, quindi, esame nel merito della causa, nel caso dell'interesse legittimo accertare il profilo soggettivo dell'azione (processuale) può non esaurire ancora del tutto il merito della causa, il quale potrà abbisognare di ulteriori passaggi per determinare la spettanza del bene della vita (o il suo equivalente economico) oggetto di quell'interesse, per cui nessun rischio di commistioni si corre dando priorità all'accertamento nel quale consisterebbe la legittimazione a ricorrere, cosicché già da questo punto di vista quell'insegnamento mal si adatterebbe al processo amministrativo¹⁶. D'altra parte, sempre in linea di massima, intestare

¹⁴ Per questo filone dottrinale, v., per tutti, M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2023, 164.

Per l'insegnamento processualcivilistico tradizionale, v. per tutti, CORSINI, *Legittimazione cit.*, par. 1: «[l]a legittimazione ad agire spetta a colui che si afferma come titolare del diritto dedotto in giudizio, mentre la legittimazione a contraddire si configura in capo a chi è affermato nella domanda come titolare dell'obbligo. La legittimazione ad agire, dunque, non dipende dalla titolarità della situazione sostanziale, ma esclusivamente dalla prospettazione, ossia dall'affermazione di essere titolari di un determinato rapporto giuridico; specularmente, la legittimazione a contraddire presuppone che il convenuto sia affermato come titolare dell'obbligo il cui adempimento è oggetto della domanda». Nella manualistica, v., per tutti: C. MANDRIOLI- A. CARRATA, *Corso di diritto processuale civile I – Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2023, 33-35.

¹⁵ Cfr., peraltro, MENCHINI, *Diritto cit.*, III, 2, che così distingue: «[d]i regola, la legittimazione è basata sulla titolarità del diritto controverso, sulla *res in iudicium deducta* (legittimazione ordinaria); l'esistenza della situazione sostanziale rileva ai fini sia del rito (legittimazione), sia del merito (fondatezza della domanda). / In tale caso, la legittimazione è valutata sulla base della mera affermazione contenuta nella domanda, mentre l'effettiva esistenza del diritto o dell'obbligo rileva ai soli fini della pronuncia di merito.... / Invece, in ipotesi particolari, la legittimazione è fondata non sulla (affermata) titolarità del diritto controverso, ma su un elemento differente, che non rileva ai fini del merito; il modo di essere di tale elemento costituisce, cioè, non una questione di merito, ma solo una questione di rito. / La situazione legittimante è costituita dalla titolarità o di un diritto diverso da quello oggetto del processo, ma con questo interferente (si pensi alle figure di legittimazione straordinaria...) o di una qualità giuridica (ad esempio, la qualità di socio nei giudizi di impugnazione delle deliberazioni assembleari, di cui all'art. 2377 c.c.). / Orbene, in tali fattispecie, la legittimazione è fondata non sulla mera affermazione dell'attore (di essere creditore, usufruttuario o socio) ma sulla effettiva esistenza del diritto o della qualità giuridica, che costituiscono il titolo della legittimazione (la situazione legittimante)»; per poi, a p. III, 2, concludere: «[n]on è chi non veda la irragionevolezza di simili conclusioni». Un'analogia distinzione in A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 199.

¹⁶ «[2.-]...Nel processo civile, ai fini del riconoscimento della sussistenza della legittimazione ad agire, si ritiene sufficiente la mera affermazione della astratta titolarità di un diritto soggettivo fatto valere (cd. possibilità giuridica). Tale diversità è conseguenza del fatto che nel processo civile alla fase preliminare di natura processuale nel cui ambito si accerta l'astratta titolarità del diritto soggettivo segue la fase di merito di accertamento effettivo di tale diritto. Nel processo amministrativo, l'anticipazione di tale accertamento alla fase preliminare si giustifica in quanto il riconoscimento della titolarità dell'interesse legittimo non definisce ancora il giudizio, occorrendo che nella fase di merito si confronti l'interesse legittimo con l'interesse pubblico al fine di stabilire se il rapporto giuridico debba essere accertato con prevalenza del primo sul secondo per l'illegittimità dell'azione amministrativa (Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2021, n. 8232)» (così Cons. St., VI, 26 gennaio 2022, n. 530). Significativo è anche F. FRACCHIA (A CURA DI), E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*,

i diritti soggettivi non sembra destare particolari problemi, perché si tratta di posizioni formalizzate (o predefinite), scaturenti, in forza della legge, direttamente dalla persona, da una cosa (giuridicamente qualificata come bene) o da una attività-fonte di obbligazioni e, quindi, *ex art. 1173 c. c.*, da un contratto o da altro atto di diritto privato e da un fatto, in particolare, illecito; semmai, solo in quest'ultimo caso potrebbero nascere dubbi, essendo la responsabilità aquiliana fondata sulla clausola generale del «danno ingiusto» (art. 2043 cod. civ.). Ma, laddove si tratti di imputare interessi legittimi, le cose paiono mettersi alquanto diversamente a causa, come si è visto, della poligonalità o multipolarità del potere amministrativo.

7. Il profilo probatorio

La pronuncia *de qua* fa il punto anche sulla «[29.2.1.]...differente articolazione degli oneri probatori nel caso di affermazione della legittimazione o affermazione della titolarità del rapporto che discende dalla differenza tra le due figure». E così, proprio muovendo (oltre che dall'atipicità delle azioni) dalla «natura eminentemente soggettiva della giurisdizione amministrativa», traspone in essa rodati insegnamenti della Corte di Cassazione. «[29.2.2.] Infatti, ai fini della legittimazione è sufficiente la mera affermazione della posizione soggettiva sulla base della quale si agisce; tale configurazione discende da una caratteristica ontologica della figura che è, infatti, "concetto funzionale", collegato direttamente allo scopo della tutela giurisdizionale e, di riflesso, agli obiettivi ai quali è preordinato l'esercizio dell'azione.... / [29.2.4.] Al contrario, la titolarità del rapporto controverso attiene al successivo momento della prova della fondatezza della domanda, che ciascuna delle parti è onerata di assolvere, dovendosi, sul punto, ribadire il principio secondo cui "la contestazione della titolarità attiva del rapporto controverso non è un'eccezione, ma una mera difesa, sicché il convenuto non ha onere alcuno di provarne la fondatezza; è invece onere dell'attore, in base alla ripartizione fissata dall'art. 2697 c.c., dimostrare gli elementi costitutivi del diritto azionato, vale a dire l'esserne titolare"».

Distinzione dalle implicazioni pratiche non indifferenti¹⁷, la quale, calata nel processo amministrativo - dove, come si è visto nel precedente paragrafo, tra affermazione dell'interesse legittimo e titolarità effettiva dello stesso non sembra esserci scarto - , implicherà che il giudice, chiamato, al momento di definire il giudizio, a vagliare d'ufficio - e *a fortiori*, su rilievo di parte¹⁸ - se, in particolare, al «terzo» ricorrente o intimato in giudizio sia imputabile un interesse legittimo e se gli indici (prevalentemente fattuali) addotti a questo scopo siano idonei, dovrà altresì appurare se questi indici siano autoevidenti o

Milano, 2020, 852, per quanto colleghi l'alternativa tra affermazione e effettiva titolarità dell'interesse legittimo al modo di intendere quest'ultimo, rispettivamente, se come «pretesa al bene finale» o come «aspirazione a un bene a soddisfazione non necessaria». Per altra spiegazione, riconducibile invece alla tesi che ravviserebbe l'oggetto del processo amministrativo nell'atto amministrativo, v.: CLARICH, *Manuale cit.*, 164.

¹⁷ Questa la conclusione cui giunge la sentenza: «[29.3.] [n]el caso di specie, la contestazione del Ministero non attiene alla titolarità del rapporto ma alla sussistenza della condizione dell'azione. Pertanto, tale contestazione non integra una mera difesa (da cui consegue l'onere per la parte attrice di provare l'effettiva sussistenza della situazione soggettiva), ma un'eccezione relativa ad un elemento paralizzante la possibilità di attivare il giudizio che era, pertanto, onere del Ministero supportare con adeguate evidenze, insussistenti nel caso di specie».

¹⁸ «Il difetto di legittimazione è oggetto di un'eccezione di rito, che, ove ritenuta fondata, impone la chiusura in rito del processo. / L'eccezione è rilevabile, oltre che su istanza di parte, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo» (MENCHINI, *Diritto cit.*, III, 2).

supportati da un adeguato riscontro probatorio¹⁹. Ulteriore aspetto è, poi, chiedersi se accertare la legittimazione a ricorrere sia questione di rito o di merito, quesito di sicuro rilievo quanto meno ai fini dell'applicazione dell'art. 276 cod. proc. civ., limitatamente al quale, stante quanto enunciato, non si tarderebbe però a rispondere che si tratti di questione destinata comunque ad avere priorità di scrutinio²⁰.

8. Legittimazione a ricorrere avverso (l'annullamento d'ufficio di) un diniego di attestato di libera circolazione e la dichiarazione di interesse culturale

Venendo ora alla fattispecie presa in considerazione nella sentenza in commento, essa si rivela assai istruttiva rispetto al quadro fin qui tracciato. Non è tanto importante seguirne pedissequamente il percorso argomentativo. Si noterà soltanto, a questo riguardo, che, la pronuncia, per un verso, ripropone la già evidenziata commistione tra qualificazione e differenziazione facendo capo ad un *mixtum* normativo composto dall'art. 68, comma 1, d. lgs. n. 42 del 2004 (d'ora in poi, codice) e dalle disposizioni civilistiche sul contratto di mandato e, per l'altro verso, sembra più sbilanciata sulla legittimazione a ricorrere avverso il diniego di un attestato di libera circolazione di una cosa di interesse culturale (emanato dall'ufficio di esportazione) piuttosto che rispetto all'annullamento d'ufficio (disposto dall'organo centrale ministeriale) avente per oggetto il rilascio di quell'attestato e nella specie costituente il reale oggetto del contendere.

Comunque sia, merita sicuramente attenzione la questione se la legittimazione a ricorrere avverso il diniego di un attestato di libera circolazione e la successiva dichiarazione di interesse culturale possa essere riconosciuta (anche) in capo al mandatario incaricato dal proprietario della cosa di interesse culturale, oltre che a quest'ultimo. La sentenza dà risposta positiva, poiché essa osserva che l'art. 68, comma 1, del codice, nello stabilire che «[c]hi intende far uscire in via definitiva dal territorio della Repubblica le cose indicate nell'articolo 65, comma 3, deve farne denuncia e presentarle al competente ufficio di esportazione...», «[25.6.]...non circoscrive il potere di presentare la denuncia al titolare del diritto di proprietà o di altra situazione soggettiva qualificata ma si affida ad un pronome relativo indefinito che esprime, pertanto, un'ampia legittimazione sostanziale, rilevante...anche sul piano processuale. Tale dato normativo consente, infatti, di ritenere qualificate le situazioni di tutti i soggetti che possano vantare un legame giuridicamente rilevante con il bene oggetto dell'istanza».

Ora, seguendo le coordinate concettuali fin qui esposte, non v'è dubbio che l'interesse di chi avvia l'esercizio del potere amministrativo di rilasciare l'attestato di libera circolazione sia un interesse sostanziale giuridicamente (*rectius*, giurisdizionalmente) qualificato, per il semplice fatto che esso inerisce al diritto di proprietà (art. 832 c. c.), la cui facoltà di godimento certamente non può non includere la possibilità di movimentare gli oggetti (nel

¹⁹ Si pensi, da un lato, alla legittimazione dei c. d. diretti destinatari, risultante *ictu oculi* dagli atti impugnati, e, dall'altro lato, per esempio, alla necessità dello «stabile collegamento» con il territorio o alla necessità di un pregiudizio (realmente) concreto, e così via.

²⁰ Peraltro, coerente con l'orientamento espresso riguardo all'onere della prova e sopra richiamato sembrerebbe ritenere che si tratti di una questione di merito, con conseguente sentenza di rigetto (in questo senso, v. CLARICH, *Manuale cit.*, 165) anziché di rito o, almeno, solo apparentemente di rito (in questo senso, v. TRAVI, *Lezioni cit.*, 198, 388). Ma la risoluzione del quesito è destinata a rimandare agli *apicibus iuris*, quali la teorica dell'azione (processuale) (su cui, di recente, v. M. CARRER, *Profili teorici e costituzionali dell'azione in giudizio*, Napoli, 2022) e i (connessi) rapporti tra diritto sostanziale e diritto processuale.

rispetto, ovviamente, per taluni di essi, di eventuali divieti o limiti sanciti dall'ordinamento). Sulla qualificazione, dunque, nessun tentennamento, mentre, per le ragioni già spiegate, appare superfluo, se non fuorviante, invocare le «regole protettive» (che sarebbero, nella specie,) costituite dall'art. 68 cit. e dalle disposizioni sul contratto di mandato. Passando invece al criterio della differenziazione di quell'interesse, la sentenza in commento non esita a riscontrarla in capo alla casa d'aste sulla base dello stesso complesso normativo ma, sostanzialmente, poi, sulla base del (solo) contratto di mandato²¹. Tanto esposto, alla stregua delle coordinate concettuali prima esposte, porterebbe, tuttavia, a pensare che il Consiglio di Stato abbia voluto riconoscere la legittimazione a ricorrere ad un soggetto titolare di un interesse legittimo (di tipo) «dipendente», una volta osservato che la casa d'aste aveva ricevuto mandato a vendere dal proprietario della cosa di interesse culturale (un'opera di Salvator D'Alì) e, quindi, si era venuta a trovare legata a quest'ultimo da un rapporto di diritto privato. Ma se così fosse, ci troveremmo di fronte ad una pronuncia innovativa, perché, normalmente, la giurisprudenza tende ad escludere la legittimazione a ricorrere in capo a chi sia titolare di un interesse legittimo di quel genere, ammettendone unicamente la legittimazione ad intervenire in un processo già in corso²².

A ben guardare, però, non c'è innovazione, perché la presenza di un interesse legittimo «dipendente» è solo apparente. Il fatto è che il tenore letterale della prima parte dell'art. 68, comma 1, del codice – sopra riportata - individua in modo assolutamente generico i soggetti legittimati ad attivare il procedimento di rilascio dell'attestazione di libera circolazione di una cosa di interesse culturale²³. È, allora, chiaro che ad avviare questo tipo di procedimento amministrativo non necessariamente dovrà essere il proprietario della cosa di interesse culturale ma potrà farlo - come si esprime la sentenza - chiunque possa vantare una «relazione qualificata con il bene», tra cui, appunto, il mandatario, che - va aggiunto - è, tra l'altro, menzionato espressamente nell'art. 129, comma 1, secondo periodo, r. d. n. 30 gennaio 1913, n. 363 (col quale viene approvato l'annesso regolamento per l'esecuzione delle leggi 20 giugno 1909, n. 364 e 23 giugno 1912, n. 688, relative alle antichità e belle arti), tuttora vigente²⁴ e secondo cui «[l]a presentazione [delle cose da esportare] potrà essere fatta dal proprietario o da un suo mandatario, purché questa qualità sia legalmente comprovata, oppure da uno spedizioniere provveduto di patente d'esercizio, la cui data sia anteriore ai tre anni». Da questo punto di vista, prendendo a prestito le parole della sentenza, «...il contratto

21 «27. La differenziazione avviene, invece, per effetto di elementi che, come esposto, non sono soltanto fattuali ma si rinvergono, in primo luogo, nel dato normativo, dovendosi considerare che sono, molto spesso, le stesse regole di protezione a tracciare (o dettare criteri per tracciare) i propri confini oggettivi e soggettivi con riferimento ad un determinato e concreto potere amministrativo, dando, quindi, specifica rilevanza a tale interesse in relazione ad una certa vicenda concreta. Nel caso di specie, tali regole risiedono nel complesso di norme (sopra indicato) che, nella loro applicazione, hanno abilitato la casa d'aste ad un concreto potere gestorio del bene, coinvolgendo la stessa nell'azione della parte pubblica. Pertanto, il contratto stipulato dalle parti – espressione di un interesse meritevole di tutela secondo la valutazione che l'ordinamento ha tradotto, sul punto, nelle regole civilistiche del negozio di mandato - risulta, quindi, l'elemento fattuale concreto (espressione, come spiegato, delle concreta declinazione di regole astratte) che differenzia la posizione della Società, coinvolgendola nell'azione del Ministro della Cultura e consentendo di ritenere integrato anche il secondo elemento della legittimazione a ricorrere».

22 Sul punto, v. SPAMPINATO, *Legittimazione cit.*, par. 5, dove si richiama Cons. St., a. p., 28 gennaio 2022, n. 3.

23 Analogamente, ad esempio, all'art. 11 t. u. n. 380/2001, a tenore del quale «[i]l permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo», sulla cui estensione basti rimandare a Cons. St., IV, 15 marzo 2022, n. 1827.

24 Circolare n. 13 del 24 maggio 2019, p. 21.

stipulato dalle parti...risulta, quindi, l'elemento fattuale concreto...che differenzia la posizione della Società...». Se così è, costui, però, rispetto al potere amministrativo esercitato, andrà considerato, piuttosto che «terzo», «diretto destinatario» e come tale titolare di un vero e proprio interesse legittimo (di tipo) pretensivo in senso stretto, in nulla diverso da quello di cui è titolare il proprietario della cosa da esportare. Se questo è vero, l'orientamento tradizionale che esclude la configurabilità della legittimazione a ricorrere in capo a chi sia portatore di un interesse legittimo «dipendente» - lo si qualifichi, poi, interesse legittimo o gli si neghi addirittura tale qualifica²⁵ - resta salvo o, quanto meno, non trova una smentita nella pronuncia annotata. Naturalmente, una volta intestato alla casa d'aste un interesse legittimo (di tipo) pretensivo sarà poi facile - e così si arriva al versante oscurato dalla pronuncia - riconoscere in capo alla stessa un interesse legittimo (di tipo oppositivo in senso stretto) nei confronti del potere di annullamento in autotutela (dell'attestato di libera circolazione), riconoscimento del tutto scontato in giurisprudenza²⁶.

Per ciò che concerne, infine, la legittimazione a ricorrere avverso la dichiarazione di interesse culturale, la sentenza annotata, di nuovo, la riconosce in capo alla casa d'aste, ravvisando la sussistenza di entrambi i caratteri della qualificazione e della differenziazione, «[28.]...[s]ituazioni entrambe ricorrenti nel caso di specie, ove si tenga conto che sussiste una relazione qualificata della casa d'asta con il bene (che la rende destinataria di specifici obblighi di conservazione e cura) e che tale situazione qualificata fonda una posizione di immunità della Società rispetto ad un esercizio illegittimo del potere, conferendo, quindi, un interesse legittimo (di natura, ovviamente, sostanziale), la cui tutela è conferita al Giudice amministrativo». Conclusione senz'altro da condividere anche utilizzando le coordinate qui delineate e, alla loro stregua, osservando che nei confronti del potere di dichiarazione dell'interesse culturale (art. 14 del codice) la casa d'aste potrà vantare un interesse legittimo (di tipo) oppositivo in senso stretto, non diversamente sempre dal proprietario, poiché, assieme a quest'ultimo, essa è sicuramente annoverabile tra i «diretti destinatari» del potere (dichiarativo-conformativo) in questione, dato che, in base all'art. 14, comma 1, del codice, «[i]l soprintendente avvia il procedimento per la dichiarazione dell'interesse culturale... dandone comunicazione al proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo della cosa che ne forma oggetto» e che, inoltre, come accenna la sentenza, «[i] privati proprietari, possessori o detentori di beni culturali sono tenuti a garantirne la conservazione» (art. 30, comma 3, del codice). Se così è, anche da questo punto di vista, nonostante le apparenze, non si è intestato alla casa d'aste un interesse legittimo (di tipo) c. d. dipendente e resta così nuovamente confermato l'orientamento tradizionale che esclude la legittimazione a ricorrere in capo a chi ne sia titolare.

A margine, resta sempre problematico l'orientamento tradizionale, se cioè sia davvero incompatibile con il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa escludere la legittimazione a ricorrere in capo al «terzo» che sia titolare di un interesse legittimo c. d. dipendente, per riconoscergli invece una tutela «dimezzata» ovvero la semplice legittimazione ad intervenire. In effetti, pare innegabile che quel «terzo» possa anche subire dall'esercizio del potere amministrativo contro cui vorrebbe dolersi un pregiudizio patrimoniale non indifferente, proprio come nella fattispecie, e, d'altro canto, ammetterne

25 Cfr. Cons. St., a. p., 28 gennaio 2022, n. 3.

26 Per esempio, T. A. R. Lazio, Roma, II stralcio, 25 maggio 2023, n. 8842.

una tutela (giurisdizionale) piena non sembra snaturare la funzione propria della predetta giurisdizione.

9. Rapporto tra il procedimento di verifica e il procedimento di rilascio dell'attestato di libera circolazione

Altro punto affrontato nella sentenza annotata è il rapporto tra il procedimento di rilascio dell'attestato di libera circolazione di una cosa di interesse culturale e il procedimento di verifica dell'interesse culturale, rapporto ritenuto di autonomia. «[45.4.] Infatti, proprio dal complessivo quadro normativo si evince come i procedimenti e le valutazioni di cui agli artt. 12 e 13 del Codice siano, comunque, distinti sia dall'accertamento volto a constatare la mera riconducibilità di un'opera ai divieti di cui all'art. 65, commi 1 e 2, sia dal procedimento di rilascio dell'attestato di libera circolazione per i beni di cui all'art. 65, comma 3, ai quali soltanto si riferisce l'art. 68 del Codice. Un'alterità che attiene alla competenza (per i procedimenti di cui agli artt. 12 e 13 e quello di cui all'art. 68), nonché ai presupposti e all'oggetto del giudizio, e all'intensità e alla latitudine delle valutazioni richieste. In sostanza, la pur necessaria interrelazione tra i vari procedimenti non è sinonimo di omogeneità delle valutazioni che i provvedimenti conseguenti a tali procedimenti esprimono. Infatti, la valutazione di cui all'art. 68 del Codice è, esclusivamente, volta al rilascio dell'attestato di libera circolazione per i beni di cui all'art. 65, comma 3, ed è effettuata...secondo gli specifici criteri richiamati dall'art. 68, comma 4, del Codice. Al contrario, le verifiche di interesse culturale sono di competenza di altri uffici del Ministero e sono disposte secondo gli indirizzi generali (diversi da quelli di cui all'art. 68, comma 4, del Codice) dettati in attuazione dell'art. 12, comma 2, del Codice»²⁷.

In effetti, tra i due procedimenti predetti, come nota il Consiglio di Stato, non ci sarebbe alcuna interferenza poiché, in assenza della verifica dell'interesse culturale e, quindi, dell'esaurimento di tale procedimento, il procedimento di rilascio dell'attestato di libera circolazione non potrebbe essere avviato, essendo vietato esportare «cose» destinate ad essere ancora oggetto di verifica (art. 65, comma 2, lett. a), del codice). Tutt'al più, si potrebbe riconoscere agli uffici di esportazione competenti al rilascio dell'attestato predetto soltanto il limitato potere di rilevare l'inesistenza assoluta di un interesse culturale della cosa, ipotesi considerata, tuttavia, dallo stesso Supremo Consesso, quasi di scuola²⁸. E ha cura di aggiungere il Supremo Consesso che per la stessa autonomia tra i due procedimenti non sarebbe neppure possibile, alla stregua della nozione di atto amministrativo implicito elaborata dalla giurisprudenza, ritenere la verifica dell'interesse culturale implicita nell'attestato di libera circolazione: «[48.4.] Nel caso di specie non sarebbe, comunque, predicabile un legittimo provvedimento implicito dell'Amministrazione atteso che sussiste una diversa competenza all'adozione dell'attestato di libera circolazione e alla verifica di interesse culturale. Inoltre, lo stesso disposto dell'art. 65, comma 2, lett. a), del Codice limita la verifica dell'Amministrazione al solo accertamento dei presupposti, ponendo una condizione all'uscita del bene, consistente nell'esito della verifica di interesse culturale. Lo

²⁷ I criteri dettati per la verifica dell'interesse culturale ai sensi dell'art. 12 del codice, sono contenuti nella nota del 3 marzo 2009 recante "Verifica dell'interesse culturale. Applicazione dell'art. 12 comma 2 del D. Lgs. 42/04 e succ. modifiche e integrazioni". Gli «indirizzi di carattere generale», adottati in attuazione dell'art. 68, comma 4, secondo periodo, del codice, sono ora contenuti nel d. M. 06 dicembre 2017, n. 537.

²⁸ Punto 45.2..

stesso meccanismo normativo esclude, quindi, la possibilità di implicita valutazione dell'interesse, condizionando la futura ed eventuale uscita dal territorio all'esito del successivo procedimento di verifica».

10. Il sindacato sulla discrezionalità tecnica esercitata con la dichiarazione di interesse culturale

La sentenza annotata tratta altresì della classica questione relativa ai limiti del sindacato sul giudizio tecnico espresso con il provvedimento che dichiara una «cosa» bene culturale. Rinviano anche a questo riguardo all'ampio svolgimento che ne fa la sentenza²⁹, vale senz'altro la pena richiamarne il testo per la parte in cui afferma: «[78.1.]...[i]nfatti, la stessa nozione di bene culturale è un concetto aperto, il cui contenuto viene dato dalle elaborazioni proprie di altri rami del sapere.... / [78.2.] Inoltre, il riferimento alle acquisizioni di questi diversi campi del sapere non è, tra l'altro, fisso ma mobile. In sostanza, il "laboratorio" del sapere che definisce il carattere culturale del bene non può ritenersi ancorato ad un determinato periodo storico ma, al contrario, si nutre delle progressive acquisizioni ed elaborazioni che tale sapere esprime. In materie come quella in esame e nella discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, non può, infatti, aver spazio una "pietrificazione" delle nozioni...; né ciò comporta, per converso, l'adesione a metodi fondati su letture eccessivamente evolutive e ancorate a clausole nettamente aperte che possono terminare per consegnare la valutazione discrezionale a meri arbitri del giudizio.... / [78.3.] Inoltre, si tratta di un sapere che attiene, come notato dalla dottrina, al "Verstehen", alla comprensione, e non all'"Erklaren", e, cioè, alla mera spiegazione che è tipica di una scienza descrittiva o empirico-analitica. Un sapere che esprime giudizi la cui peculiarità è quella di essere espressione della differente attitudine delle regole delle scienze umane, diverse da quelle delle scienze applicate. Infatti, il sapere in questione non si ascrive al campo (per utilizzare una terminologia pur non unanimemente condivisa) delle c.d. "hard sciences" (dai dati sperimentali, oggettivamente quantificabili, controllabili e ripetibili), ma afferisce, al contrario, alle scienze non esatte, nelle quali i risultati delle valutazioni non possono ritenersi conseguenti e vincolati ma sono intrinsecamente opinabili, per l'assenza di certezze oggettive e di sicurezze anticipate.... / [78.5.] L'identificazione "giuridica" di un bene culturale necessita, quindi, delle elaborazioni dello specifico sapere attraverso il quale si apprezza la valenza culturale dell'opera. Una constatazione che, in quanto derivante dallo stesso sistema normativo, vincola lo stesso Giudice che tale sistema è chiamato ad applicare e che, quindi, non può che tener conto dei tratti caratteristici di quel sapere. Costatazione che, lungi dal tradursi nell'impossibilità di operare controlli su valutazioni tecnico-discrezionali, disegna proprio i contorni di tali controlli, i quali dovranno, in sostanza, verificare la rispondenza di una determinata valutazione ai criteri e alle regole che quel sapere esprime. / [78.6.] In sostanza, se la stessa norma di riferimento (nel caso di specie gli artt. 12 e 13 del Codice) risulta integrata dal sapere tecnico, un controllo giurisdizionale effettivo e reale non può che investire anche la verifica della corretta declinazione di quel sapere nella vicenda contenziosa, tenendo conto, altresì, delle peculiarità epistemologiche di questo sapere, ivi compresa l'opinabilità intrinseca delle stesse.... / [78.8.] La naturale opinabilità è, quindi, tratto necessario di questo sapere della quale il controllo giurisdizionale deve, comunque, tener conto non potendo pretendere né una verificabilità oggettiva tipica delle scienze esatte,

²⁹ Non a caso ripresa, *pro parte*, da Cons. St., VI, 13 ottobre 2023, n. 8983.

né, all'opposto, una sostanziale rinuncia ad un controllo effettivo, imposto dalle previsioni di cui agli artt. 24 e 113 della Costituzione / [79.]... Allo stesso tempo, è necessario individuare strumenti di controllo adeguati alle caratteristiche epistemologiche di questo sapere, fatto – per mutare l'ossimorica espressione di un noto storico italiano – di un “*rigore elastico*”, non misurabile mediante dati quantitativi ma, comunque, verificabile utilizzando strumenti rigorosi, pur nella loro necessaria duttilità. / 80. Tali strumenti si estraggono dalla stessa materia di cui è fatto tale sapere, consentendo, quindi, di fissare un limite oltre il quale la valutazione tecnica non risulterà più “*accettabile*” superando la logica di ogni plausibilità tecnica. Valutazioni tecniche come quelle in esame sono, infatti, essenzialmente incentrate su indici di congruità, legami e relazioni tra opere e contesti artistici o culturali, comprensioni filologiche delle opere, raffronti tra beni e vicende storiche e artistiche. Di questa stessa materia elastica e relazionale sono fatti gli strumenti di controllo che si individuano nella congruenza, proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza delle connessioni e delle valutazioni espresse»³⁰.

Come si vede, la sentenza indugia sull'integrazione tra regole giuridiche e discipline scientifiche e sui caratteri, per così dire, della opinabilità e della mobilità che connoterebbero le c. d. scienze non esatte, tra le quali rientrano, a pieno titolo, le discipline scientifiche di cui è chiamata a fare applicazione l'amministrazione preposta alla tutela dei beni culturali, mentre, invece, essa sembra glissare sull'estensione del sindacato sull'esercizio della discrezionalità tecnica che in altre pronunce viene, invece, così solitamente puntualizzata: «[5.1.]...[s]ebbene sia stata oramai definitivamente accantonata l'opinione tradizionale che escludeva si potesse riconnettere alla sentenza del giudice amministrativo l'effetto di imporre una disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino “sostitutiva” della disciplina dettata dall'atto annullato, resta il fatto che non sempre il contenuto ordinatorio della sentenza di accoglimento consente una definizione della fattispecie sostanziale. Ciò accade nell'ipotesi in discussione, in cui il fatto presupposto del potere di apposizione del vincolo culturale - segnatamente, l'accertamento della sussistenza, nella cosa che ne forma oggetto, dell'interesse richiesto dall'art. 10, comma 3, del Codice dei beni culturali e del paesaggio - viene preso in considerazione dalla norma attributiva del potere, non nella dimensione oggettiva di “fatto storico” (accertabile in via diretta dal giudice), bensì di fatto “mediato” e “valutato” dalla pubblica amministrazione. In questi casi, il giudice non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Amministrazione, dovendo verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto. Nello specifico contesto della tutela dei beni culturali, il legislatore, non essendo in grado di governare tutte le possibili reciproche interazioni tra i soggetti interessati e di graduare il valore reciproco dei vari interessi in conflitto, si limita a predisporre soltanto i congegni per il loro confronto dialettico, senza prefigurare un esito giuridicamente predeterminato. In queste ipotesi, in cui l'interesse legittimo non è altro che la proiezione sul versante soggettivo dei congegni limitativi e conformativi del potere che a tale interesse si oppone, la sentenza (il più delle volte) non si pone quale fonte diretta del “rapporto

30 Applicando tale paradigma alla fattispecie concreta la sentenza giunge a questa conclusione: «[94.6.] [i]n definitiva, le porzioni del giudizio a sostegno della valutazione di interesse culturale sin qui esaminati risultano congrue e ragionevoli, nonché supportate da una ricostruzione storica e fattuale articolata e corroborata dal diffuso materiale utilizzato dal Ministero....».

amministrativo” in sostituzione dell’atto amministrativo, semplicemente perché non può contenere l’accertamento sostanziale dei presupposti per ottenere il risultato della vita.

L’attività integrativa del precetto corrisponde qui ad una tecnica di governo attraverso la quale viene rimesso ai pubblici poteri di delineare in itinere l’interesse pubblico concreto che l’atto mira a soddisfare. L’intangibilità del nucleo “intimo” della decisione discrezionale consegue quindi alla stessa mancanza di un parametro giuridico di valutazione, essendosi al cospetto di attività, sì giuridicamente rilevante, ma non disciplinata da norme di diritto oggettivo (in tal senso, va letto l’art. 31, comma 3, c.p.a.). / Ciò detto, è ben possibile per l’interessato - oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedurali “strumentali” e gli indici di eccesso di potere - contestare *ab intrinseco* la decisione pubblica, ma in tal caso deve accollarsi l’onere di dimostrare che il giudizio di valore espresso dall’Amministrazione sia scientificamente del tutto inaccettabile. Fino a quando invece si fronteggiano soltanto “opinioni” divergenti, il giudice, per le ragioni anzidette, deve dare prevalenza alla posizione espressa dall’organo statale appositamente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla posizione “individuale” dell’interessato, ancorché avallata da esperti del settore»³¹.

L’omissione segnalata non sembra, tuttavia, significare che la pronuncia in commento si sia voluta discostare dal richiamato orientamento, risultando da essa svolto un sindacato scrupoloso quanto esauriente sulla discrezionalità tecnica esercitata nel caso concreto, secondo lo schema tipico di questo genere di giudizi, connotati da una struttura binaria, nel senso che il giudice amministrativo si assume il compito di verificare l’attendibilità/inattendibilità della scelta tecnica operata dall’amministrazione ed una volta esclusa la sua inattendibilità, si ritiene «tenuto» a prediligere, tra più opzioni tutte

31 Cons. Stato, VI, 29 luglio 2019, n. 5316, ripresa da Cons. St., VI, 13 ottobre 2023, n. 8983. Analogamente, Cons. St., VI, 23 settembre 2022, n. 8167: «[è] ben possibile per l’interessato – oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedurali strumentali alla tutela della propria posizione giuridica e gli indici di eccesso di potere – contestare *ab intrinseco* il nucleo dell’apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l’onere di metterne seriamente in discussione l’attendibilità tecnico-scientifica. / Se questo onere non viene assolto e si fronteggiano soltanto opinioni divergenti, tutte parimenti plausibili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall’organo istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla prospettazione individuale dell’interessato. / In quest’ultimo caso, non si tratta di garantire all’Amministrazione un privilegio di insindacabilità (che sarebbe contrastante con il principio del giusto processo), ma di dare seguito, sul piano del processo, alla scelta legislativa di non disciplinare il conflitto di interessi ma di apprestare solo i modi e i procedimenti per la sua risoluzione. / 1.2– La dichiarazione dell’interesse culturale “accerta la sussistenza, nella cosa che ne forma oggetto” dell’“interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante”, combinato disposto degli articoli 10, comma 3, lettera a), e 13 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. La nozione di bene culturale è un concetto giuridico indeterminato, per la cui definizione l’ordinamento giuridico fornisce solo generalissimi criteri: viene stabilito che bene culturale deve essere una “testimonianza” materiale “avente valore di civiltà”, rivestire un “particolare” o “eccezionale” interesse culturale tale da giustificare il vincolo ed avere una certa vetustà. / Il potere ministeriale di vincolo richiede, quale presupposto, una valutazione basata non sulle acquisizioni delle scienze esatte, bensì su riflessioni di natura storica e filosofica, spesso strettamente legate al contesto territoriale di riferimento, per loro stessa natura in continua evoluzione. L’esigenza di oggettività e uniformità di valutazione dei tecnici del settore (storici dell’arte, antropologi, architetti, urbanisti al servizio della pubblica amministrazione) non può non risentire del predetto limite epistemologico». *Adde*, Cons. St., VI, 09 maggio 2023, n. 4686. Indirizzo in tutto analogo si registra in materia paesaggistica, cfr.: Cons. St., VI, 05 dicembre 2022, n. 10624; Cons. St., VII, 05 luglio 2023, n. 6578.

epistemologicamente plausibili, quella prescelta dall'amministrazione, avendo la stessa, appunto, superato il vaglio dell'attendibilità³².

Inutile dire, peraltro, che sulla profondità del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica sono stati versati – per continuare ad usare un'espressione ormai sicuramente anacronistica – fiumi di inchiostro³³. Si può chiudere, allora, richiamando la posizione di un'autorevole dottrina la quale, non scorgendo reali ostacoli ad un accertamento pieno e completo del fatto da parte del giudice amministrativo, esclude persino che questo giudice debba rimanere vincolato alla scelta (tecnica) dell'amministrazione, per quanto attendibile: «[s]i giunge, così, al cuore del problema e cioè alla temuta possibilità della sostituzione del giudice all'amministrazione, questione da sempre dibattuta e che involge il tema della separazione dei poteri. Occorre tuttavia segnalare che spesso l'opinabilità lungi dall'essere verificata in relazione al singolo caso concreto, venga invocata dalla giurisprudenza come pregiudiziale barriera, come limite insuperabile, sul cuiuscio il sindacato giurisdizionale si doveva arrestare. Approccio che si deve fermamente contestare in ragione del fatto che il giudice ha la possibilità, nel giudizio, di operare quel confronto con le tesi tecniche alternative portate in giudizio dalle parti, introdotte dall'eventuale

32 Al di là del diverso modo di esprimersi, anche nelle materie in cui le discipline scientifiche chiamate ad «integrare» le regole giuridiche appartengano alle c. d. scienze dure, il modo di procedere del giudice amministrativo sembra rimanere confinato sempre entro lo schema binario di cui si è detto. In materia ambientale, cfr., per esempio, Cons. St., IV, 30 maggio 2022, n. 4355, dove si può leggere: «[l]a giurisprudenza di questa Sezione è costante nell'affermare che “nel rendere il giudizio di valutazione di impatto ambientale, l'amministrazione esercita una amplissima discrezionalità che non si esaurisce in un mero giudizio tecnico, in quanto tale suscettibile di verifica *tout court* sulla base di oggettivi criteri di misurazione ma presenta al contempo profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa e istituzionale in relazione all'apprezzamento degli interessi pubblici e privati coinvolti» (Cons. Stato, sez. IV, 14 marzo 2022, n. 1761). / Il sindacato giudiziale, al fine di assicurare il rispetto del principio costituzionale di separazione dei poteri, è consentito soltanto quando risulti violato il principio di ragionevolezza. / Nella fattispecie in esame, l'appellante non ha dedotto alcun elemento idoneo a dimostrare tale violazione, in quanto la censura prospettata è una censura di merito finalizzata a contestare una scelta tecnica che può essere opinabile ma non irragionevole». In materia di appalti pubblici, cfr. T. A. R. Puglia, Bari, I, 15 dicembre 2023, n. 1444: «5. [s]econdo un ormai consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa condiviso anche da questo Tribunale, il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica non può sfociare nella sostituzione dell'opinione del giudice a quella espressa dall'organo amministrativo ove tale opinione, pur se non condivisa sul piano soggettivo in dipendenza della fisiologica opinabilità che connota l'interpretazione e l'applicazione di scienze non esatte, non venga considerata erronea sul piano della tecnica (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 15.3.2022 n. 797; *idem*, sez. V, 14.5.2018, n. 2853; *idem*, 31.3.2016, n. 1270). / Il giudizio della Commissione sfugge, quindi, al sindacato del giudice amministrativo in sede di legittimità laddove non vengano in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere, sub specie di difetto di motivazione, di illogicità manifesta, di erroneità nei presupposti di fatto e di incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti. / Nel controllo sul giudizio tecnico dell'organo amministrativo il giudice amministrativo non può sovrapporre la propria valutazione a quella della pubblica amministrazione (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 282; *idem*, Cons. Stato, sez. IV, 9 luglio 2018, n. 4153; *idem*, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 269; *idem*, sez. V, 14 novembre 2017, n. 5258; *idem*, sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072; *idem*, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302; Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013)». In materia di *antitrust*, v., infine, Cons. St., VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

33 È sufficiente rinviare, anche per la mastodontica letteratura in argomento, a: L. DEL CORONA, *La pubblica Amministrazione e le valutazioni tecnico-scientifiche nel quadro dei principi costituzionali*, in *PA Persona e Amministrazione on line*, vol. XII, fasc. n. 1/2023, 205 seg.; M. RAMAJOLI, *Le valutazioni tecniche degli organi preposti alla tutela dell'ambiente tra surrogabilità e sindacabilità giurisdizionale*, in *www.federalismi.it* 5 giugno 2023, 206 seg.; F. G. COCA-G. LAMBERTI, *Valutazioni tecniche, tutela del patrimonio culturale e principio di proporzionalità*, in *www.federalismi.it* 6 settembre 23, 224 seg., che, peraltro, prende spunto da Cons. St., VI, 23 settembre 2022, n. 8167, cit., in materia di beni culturali.

consulenza tecnica d'ufficio, o da lui stesso elaborate in relazione a ciascun specifico aspetto della questione. Ciò gli consente di ricostruire completamente ed autonomamente i fatti e di esprimersi verificando che la tesi posta a base della decisione dell'autorità sia appunto non solo convincente ma accertando che essa risulti "la più convincente tra quelle presenti in giudizio"; e ancora: «[r]esta infine da ribadire che la piena scrutinabilità delle valutazioni tecniche opinabili alla luce della tesi maggiormente attendibile emergente in giudizio e la prevalenza del convincimento del giudice, raggiunto a seguito del contraddittorio processuale e del contributo tecnico dell'eventuale consulenza tecnica d'ufficio (con l'ausilio dei tecnici di parte), sulla tesi elaborata dall'amministrazione, e portata in giudizio come tesi di una delle parti processuali, non è altro che la conclusione fisiologica del sindacato effettivo che il giudice amministrativo deve condurre affinché esso possa essere considerato rispettoso dei principi costituzionali»³⁴.

34 SCOCA-LAMBERTI, *Valutazioni cit.*, 232, 233, 244. Peraltro, a sostegno dell'indirizzo giurisprudenziale «[s]i potrebbe in altre parole sostenere che nei casi in cui residui un margine all'interno del quale si possano collocare soluzioni applicative diverse, tutte – allo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche – ugualmente corrette dal punto di vista tecnico, la scelta tra tali soluzioni sia riservata alla autorità amministrativa, senza possibilità di sostituzione da parte dell'autorità giudiziaria, perché da elaborarsi nell'ambito di un procedimento appositamente pensato dal legislatore per garantire massima tutela ai diritti coinvolti e il miglior espletamento della valutazione.... / Assumendo il procedimento come elemento di legittimazione della competenza amministrativa, la ragione di fondo della esclusività di tale competenza sarebbe da ravvisarsi, piuttosto che nei particolari interessi pubblici di cui l'autorità amministrativa è portatrice, nella irripetibilità dinnanzi al giudice del procedimento tramite cui, in base a previsioni legislative, la valutazione deve svolgersi» (DEL CORONA, *La pubblica cit.*, 234, 235). Non andrebbe, forse, neppure sottovalutato il fatto che le valutazioni tecniche possono essere rimesse sia ad organismi amministrativi tecnici stabili, con una *expertise* e un abito mentale radicati e tramandati nel tempo, e molti dei quali, tra l'altro, persino dalle origini secolari (basti pensare alle stesse soprintendenze, sulle quali v., ora, M. LUNARDELLI, *Le Soprintendenze archeologia, belle arti e paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 2022, fasc. n. 4, 1115 seg.), sia ad organismi amministrativi tecnici straordinari, con componenti incaricati mediante procedure di vario genere (si pensi solo alle molte commissioni per le procedure concorsuali, abilitative, ecc.), e pertanto transeunti, per dedurre che i giudizi tecnici espressi dagli organismi del primo tipo andrebbero guardati con maggiore deferenza che non quelli espressi dagli organismi del secondo tipo, se non altro per la continuità di operato che la loro istituzione, come notato anche risalente molto indietro nel tempo, assicura, a differenza dei giudizi espressi dai secondi, inadatti a produrre «esperienza propria dell'istituzione» nella misura in cui i componenti dell'organismo saranno destinati a cessare dall'incarico, una volta che lo abbiano espletato (sulle tesi definite dell'insindacabilità soggettiva, v. SCOCA-LAMBERTI, *Valutazioni cit.*, 229 nt. 10).