

PIERPAOLO FORTE

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli
Studi del Sannio di Benevento

pierpaolo.forte@unisannio.it

FULL JURISDICTION, ARTE, CULTURA. UN DISCUSO CONFINE IN MOVIMENTO

FULL JURISDICTION, ART, CULTURE. A CONTROVERSIAL MOVING BORDER

SINTESI

Il saggio parte dalla osservazione del sensibile aumento della necessità per l'amministrazione pubblica di assumere le proprie decisioni sulla base di cognizioni tecnico scientifiche, in chiara conseguenza del trovarci in un tempo in cui le conoscenze si accumulano a ritmi esponenziali, e le si usa sempre più intensamente, e perciò la giurisprudenza contemporanea ha preso ad affermare la possibilità di un sindacato giurisdizionale anche su quel tipo di decisioni. La complessità di questo tempo può essere scrutata usando quello culturale come una sorta di ambito paradigmatico, anche nel rapporto che esso instaura con il Diritto, e analizza, perciò, alcuni elementi dei prodotti culturali, soprattutto quando non consistono in *cose*, pur rimanendo *oggetti*, che hanno ovviamente a che fare con le libertà, ma rilevano anche in quanto beni, patrimonio, risorsa, e perciò influiscono sulle amministrazioni pubbliche in svariati contesti, per la coesione sociale, il miglioramento della convivenza, la capacità di creazione, innovazione e dinamismo economico e produttivo, persino in miglior funzionamento delle istituzioni democratiche. Vengono perciò analizzati i riflessi sugli assetti organizzativi e la moltiplicazione delle conoscenze e dei dati disponibili, del novero di soggetti attrezzati per valutarli e discuterli, delle varianti scientifiche, degli ambiti disciplinari rilevanti. Rileva quindi l'obsolescenza di alcuni approcci tradizionali, l'emersione di elementi nuovi e complessi e l'insorgenza di un profilo di diritto soggettivo alla cultura. L'analisi conduce alla elaborazione di assunti e proposizioni in ordine alla natura di alcune delle decisioni amministrative in ambito culturale, che possono costituire un buon paradigma per l'intero argomento della *full jurisdiction* in confronto alle speciali capacità riservate per legge alle amministrazioni pubbliche, quando siano fortemente influenzate da cognizioni tecniche e scientifiche.

ABSTRACT

The essay starts from the observation of the increased need, for the Public Administration, to take decisions based on technical or scientific knowledge, which is nowadays increasingly growing and involved. Thus, the current juris-

prudence has begun to consider that a judicial review can be performed also on that type of decisions. The complexity of our times can be analysed using culture as a sort of paradigm, also in the relationship that it establishes with the Law. The essay therefore analyses some elements of culture, which have to do with freedom but are significant by themselves as heritage, resources, as an asset. They influence the Public Administration in various contexts and foster social cohesion, improve life in common, promote creation and innovation skills and trigger economics and production, bettering the activity of democratic institutions. Therefore, the essay examines the consequences on the organisational structures and the increase of the available knowledge and data, of the various subjects able to evaluate and discuss them, of the scientific variants, of the outstanding disciplinary fields. It thus notices the obsolescence of some traditional approaches, the growth of new and complex elements and the birth of a subjective right to culture. The analysis allows to elaborate assumptions and arguments about the nature of some of the administrative decisions in the cultural field, which may constitute a good paradigm for the entire *full jurisdiction* if compared to the special competence reserved by law to Public Administration, when are strongly influenced by technical and scientific aspects.

PAROLE CHIAVE: full jurisdiction, arte, cultura, discrezionalità amministrativa, giudizi tecnici.

KEYWORDS: full jurisdiction, art, culture, discretionary powers, technical assessments.

INDICE: 1. Premessa: in un mondo complesso – 2. Elementi di complessità: la rilevanza della conoscenza e dell’immateriale. Il paradigma dell’arte e della cultura – 3. Cultura, sviluppo sociale ed economico: cenni – 4. Alcune conseguenze per l’amministrazione pubblica – 5. La fatica di una decisione complessa e un nuovo dibattito giuridico all’orizzonte: il “diritto alla cultura” – 6. Cognizione del giudice, amministrazione pubblica, cultura: assunti e proposizioni in tema di full jurisdiction in ambito culturale

1. Premessa: in un mondo complesso.

È diffusa, e dovuta a sguardi disciplinari diversi¹, la rilevazione del sensibile aumento della necessità per l’amministrazione pubblica di assumere le proprie decisioni sulla base di cognizioni tecnico scientifiche, in chiara conseguenza del trovarci in un tempo in cui le conoscenze si accumulano a ritmi esponenziali, e le si usa sempre più intensamente, concorrendo alla centralità della tecnica dei giorni nostri, tanto pervasiva da aver conferito alla *téchne* una sorta di *upgrading* linguistico, aggiungendovi il *lógos*, nell’uso corrente dell’espressione *tecnologia*.

¹ E. SEVERINO, *Democrazia, tecnica e capitalismo*, Brescia, Morcelliana, 2009; N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001; U. GALIMBERTI, *Psiche e techné. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, Feltrinelli 2000.

Ciò, mi pare, concorra a spiegare anche perché la giurisprudenza contemporanea sia giunta a superare l'idea che un ambito di attività della pubblica amministrazione, quello dominato dalla necessità di utilizzo di conoscenze tecnico scientifiche, divenuta così cospicua e destinata ad incrementarsi², possa restare apoditticamente sottratto al vaglio del giudice³, e ad affermare la possibilità di un sindacato giurisdizionale su quelle valutazioni, che oggi si ritengono pacificamente censurabili sotto il profilo dell'attendibilità, intesa, in sintesi, come corretta scelta delle regole tecniche o scientifiche da impiegare ed esattezza del procedimento cognitivo ed applicativo seguito⁴.

Tuttavia l'epoca della conoscenza non è il solo tratto che contraddistingue il XXI secolo, e vorrei qui introdurre qualche riflessione riguardo ad altri, connessi elementi che sembrano caratterizzarlo, quello della complessità e quello della rilevanza dell'immateriale nella vita sociale ed economica di questo tempo, e per farlo si può usare una sorta di ambito paradigmatico, quello culturale, con il rapporto che esso instaura con il Diritto e, dunque, con il Giudice.

² A. ROMANO-TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 867 ss., rilevava come «lo schema strutturale dell'accertamento, pertanto, ha rivelato incontenibili valenze espansive, e sembra suscettibile, in prospettiva non troppo remota, di esser applicato agli atti amministrativi tout court: se non proprio tutta, certamente gran parte dell'attività amministrativa appare infatti suscettibile di esser esaustivamente ricostruita in termini di puro «accertamento» [...] la certezza che oggi sempre più spesso si richiede, e di cui quindi si fa positivamente questione, ricade sempre meno su rapporti o su fatti giuridici, e sempre più su qualità intrinseche (e sovente economicamente valutabili) di beni della vita».

³ Sulla vicinanza tra opinabilità tecnico scientifica e questione di merito si veda B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, specialmente p. 70 ss.

⁴ A partire dalla notissima sentenza della sezione IV del Consiglio di Stato n. 601 del 1999, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco del percorso logico seguito dall'autorità amministrativa, «bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo»; cfr. Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6201; Cons. Stato, sez. VI, 18 agosto 2009, n. 4960; Cons. Stato, sez. VI, 15 settembre 2010, n. 6706; Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1765; Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 1775; Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2015, n. 178; e da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1463: «non v'è norma di legge che vieta il ricorso ad elaborati tecnici redatti da sanitari privati, in sede di revoca (ciò è anzi quel che di norma avviene, quantomeno a far data dalla storica sentenza del Consiglio di Stato n. 601/1999 allorché si dubitò anche in sede giurisdizionale della attendibilità delle valutazioni tecniche espresse dalle Commissioni)». Si aggiunge che tale tendenza si è consolidata anche relativamente all'attività delle autorità amministrative indipendenti: Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2479: «il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, è pieno e particolarmente penetrante (in superamento della distinzione tra forte e debole, secondo Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050 per il principio di effettività anche comunitaria in relazione alla specificità della controversia) e si svolge tanto con riguardo ai vizi dell'eccesso di potere (logicità, congruità, ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza del provvedimento sanzionatorio e del relativo impianto motivazionale), ma anche attraverso la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute, quanto a correttezza dei criteri utilizzati ed applicati». In linea, ID., sez. III, 2 ottobre 2015 n. 4616; sez. VI, 24 febbraio 2016 n. 743; sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302; sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334.

2. Elementi di complessità: la rilevanza della conoscenza e dell'immateriale. Il paradigma dell'arte e della cultura.

I prodotti culturali, ormai è chiaro, possono non consistere in *cose*, pur rimanendo *oggetti*⁵; se si considerano, ad esempio, le opere d'arte⁶, sono largamente percepite come tali sia che si manifestino in forme materiche, usando supporti tradizionali e assumendo la struttura di oggetto fisico, sia che lo facciano immaterialmente, senza *medium*, o almeno senza un mezzo materiale, il *corpus mechanicum* che ne supporti la sussistenza e consenta il trattamento; persino la tradizionale sequenza che, partendo dall'idea, passa per la creazione come atto personale ed originale, irripetibile, non si può leggere mediante fenomeni di espressione in una forma materiale definitiva, e non sorprende tanto che molte delle opere artistiche contemporanee possono essere effimere, o facilmente riproducibili, o esistenti mediante fedele riattivazione (si pensi alle cd. installazioni), con tutte le implicazioni che ne derivano in ordine alla corretta definizione dell'identità dell'opera, connessa all'intenzione dell'artista, piuttosto che ad una sua concreta e definitiva materialità⁷.

La complessità dell'arte contemporanea postula non solo un ripensamento in ordine alle modalità di valutazione ed attestazione del carattere di autenticità di un'opera, ma per la valenza della produzione, che sempre più si fonda sulla documentazione dell'opera d'arte stessa, una innovativa disponibilità nei suoi confronti; le produzioni artistiche contemporanee – si pensi, ad esempio, a quelle *time-based*, la cui esperienza implica trasformazioni dell'oggetto nel tempo, o alle varie forme di *performance* – richiedono, anche ai fini della certificazione di autenticità e dunque della *paternità*, una documentazione più esaustiva, informazioni e istruzioni anche in ordine alle modalità di conservazione e riattivazione dell'opera.

⁵ «Qualsiasi opera d'arte, anche se non si consegna materialmente incompiuta, esige una risposta libera ed inventiva, se non altro perché non può venire realmente compresa se l'interprete non la reinventa in un atto di congenialità con l'autore stesso. Senonché questa osservazione costituisce un riconoscimento che l'estetica contemporanea ha attuato solo dopo avere realizzato una matura consapevolezza critica di quello che è il rapporto interpretativo e certamente un artista di qualche secolo fa era assai lontano dall'essere criticamente cosciente di questa realtà; ora invece una tale consapevolezza è presente anzitutto nell'artista il quale, anziché subire la "apertura" come dato di fatto inevitabile, la elegge a programma produttivo, ed anzi offre l'opera in modo da promuovere la massima apertura possibile»; così U. ECO, *Opera aperta*, Milano, 1976, p. 5 ss.

⁶ Per tutti, M. CORGNATI, F. POLI, *Dizionario dell'arte del Novecento*, Milano, 2005, p. 398; G. DORFLES, *Ultime tendenze nell'arte d'oggi*, Milano, 2000, p. 132.

⁷ Si pensi alle opere concettuali di Sol LeWitt, Lawrence Weiner, Yan Wilson, per usare autori noti, o a quelle ancor più recenti e dematerializzate di Tino Sehgal. Conduce una disamina in chiave giuridica di queste forme di espressione dell'arte concettuale A. DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2012.

Ciò fa sì che il Diritto che ha a che fare con l'arte non ha solo più il suo primo e, in fin dei conti, tradizionale ruolo in ordine al problema dell'"autorialità", dell'imputazione, della paternità di un'opera⁸, che a sua volta si è perciò allargato, rendendo il tema molto estremo, se si considera, ad esempio, quanto peso in questa operazione abbia la critica⁹, la quale ha oggi numerose forme espressive¹⁰, e che perciò, ben oltre il classico perimetro della libertà di manifestazione del pensiero, può ormai influire sull'esistenza stessa dell'opera, non come manufatto o artefatto, naturalmente, ma come oggetto sociale riconosciuto¹¹.

Lo spostamento progressivo del "fuoco" di un'opera dall'autore all'opera stessa, e ai metodi di concepimento, realizzazione, fruizione di un'*opus* che, da questa posizione sempre più centrale, ha preso a divenire anche sempre più

⁸ Basterà osservare la moltiplicazione dei casi e delle pratiche in cui gli stessi autori si rendono "falsari", persino di se stessi: il museo Madre di Napoli ha dedicato una grande mostra a Sturtevant, un'autrice che ha trovato un proprio percorso riproducendo opere altrui, e costringendo il mondo intero ad interrogarsi sulla centralità del tema dell'autorialità, della paternità, e dimostrando che i falsi non sono necessariamente «*copie riuscite male*» o «*copie che vengono fatte passare per degli originali*»; così, molto efficacemente, V. DEHÒ, *L'algebra di Boole e i quadri di Caravaggio*, in M. Sgroi (a cura di), *F for fake*, Roma, 2013, p. 76; per un notissimo esempio di disconoscimento dell'opera da parte dello stesso artista paradigmatico è il caso del dipinto «Souvenir d'Italie II», una delle Piazze d'Italia di De Chirico, attribuito in primo grado dal tribunale all'artista e poi dichiarato falso in Appello e in Cassazione: App. Roma, 26 luglio 1978, in *Foro it.*, 1979, I, 1053, con nota A. SILVESTRONI; Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giust. civ.*, 1982, II, 1745, con nota di A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*; e in *Foro it.*, 1982, I, 1, 2864, con osservazioni di F. MACARIO.

⁹ In ambito internazionale, cfr. Supreme Court New York, *Areyh c. Christie's Interantional*, 1030/86, riguardante l'expertise di un rinomato critico per la valutazione di autenticità di un Uovo imperiale di Fabergè. Cfr. M.J. CLARK, *The perfect fake: Creativity, Forgery, Art and the Law*, in *De Paul-LCA J. Art and Ent. L.*, 2004, p. 1 ss.

¹⁰ In P. FORTE, *Breves consideraciones sobre la adquisición de obras de arte en la regulación europea de los contratos públicos*, in REALA, 2017, p. 11 e ss., ed in P. FORTE, *Considerazioni sparse sull'impresa culturale*, in AA.VV., *Impresa Cultura*, XIII Rapporto Annuale Federculture, Roma, 2017, p. 25 e ss., ho cercato di dimostrare come siano oggetti e prodotti culturali anche gli allestimenti museali e le mostre, che sono divenute, ormai, «*the medium through witch most art becomes known*»: così R. GREENBERG, B.W. FERGUSON, S. NAIRNE, *Thinking about Exhibitions*, London, 1996, p. 2, ma si veda anche H.-U. OBRIST, *A brief history of curating*, Zurich-Dijon, 2008; T. SMITH, *Tinking Contemporary Curating*, New York, 2012.

¹¹ Ha fatto un certo rumore il caso Banksy, noto (e anonimo) street artist che nel 2013 provò a far vendere in Central Park a New York proprie opere autentiche e firmate, riuscendo a cederne solo otto a tre clienti; una settimana dopo un trio di artisti ha ripetuto l'esperimento, proponendo 40 riproduzioni (esplicitamente qualificate come "Fake Banksy") identiche alle opere originali allo stesso prezzo di \$ 60 l'una, e fornendo a ogni acquirente un "certificato di inautenticità": le opere false sono state tutte vendute. Una recente indagine condotta dagli studiosi della Queen Mary University di Londra, usando un modello di *geographic profiling* noto come DPM (Dirichlet process mixture), utilizzato anche in criminologia ed epidemiologia, avrebbe individuato l'artista: cfr. M. V. HAUGE, M.D. STEVENSON, D. K. ROSSMO, S. C. LE COMBER, *Tagging Banksy: using geographic profiling to investigate a modern art mystery*, in *Journ. Spatial Science*, 2016, 185.

complessa, dematerializzata, concettuale, non necessariamente supportata tangibilmente, ha fatto perciò aumentare le attenzioni giuridiche al suo trattamento epistemico, alla sua tutela materiale, alla sua utilizzabilità in ogni tempo, e dunque alla sua cura.

Questo slittamento del piano dell'opera ha perciò richiesto sempre più spesso un ulteriore passo, che coinvolge i possessori e i fruitori, chiamati non più solo a possedere, guardare, conservare o comunque fruire, ma persino ad agire, a partecipare per costituire l'opera o mantenerla in vita¹². Sono ormai numerosi i casi e le pratiche nelle quali l'autenticità dell'opera e la sua integrità artistica dipendono dall'intervento o comunque dalla responsabilità di chi la possiede o anche solo ne fruisce, che deve partecipare all'opera con vari impegni, curarsene, preoccuparsene¹³. E sempre più frequentemente un documento, un atto giuridico, è succedaneo del manufatto o è di ausilio, per la mancanza o la complessità del manufatto spesso inesistente o effimero, acquisendo, pertanto, un valore nuovo e sostituendosi all'opera o divenendo determinante per il suo compimento¹⁴.

Insomma, si può dire che l'arte abbia da tempo smesso di porsi confini – se mai davvero ne abbia avuti – in ordine al suo ruolo, alle sue forme, alle sue espressioni, indagando ed usando come materiale rappresentativo, strumentario epistemico e persino ontologico anche l'immateriale, lo psichico, i processi, le azioni, le attitudini, le relazioni, ed usando ampiamente documenti non solo

¹² Basterà pensare al famigerato “Le Vide” (Il vuoto) di Yves Klein (1958), opera consistenza solo in una sala dipinta di bianco nella galleria Iris Clert di Parigi, per «*creare, stabilire e presentare al pubblico uno stato pittorico palpabile nei limiti di una galleria d'immagini. In altri termini, la creazione di un ambiente, un autentico climax pittorico, e, di conseguenza, d'un unicum invisibile*»; ma, per venire a tempi più recenti, si possono menzionare i lavori di James Lee Byars, Teresa Margolles, Robert Barry, Chris Burden, Tom Friedman, Carsten Höller, Mario Garcia Torres, in cui gli elementi materici sono rari o effimeri, e tutta l'opera è affidata alla percezione e alla reazione dello spettatore.

¹³ L'artista Daniel Buren molti anni fa elaborò un complesso sistema giuridico con un atto che non solo attestava la paternità e accompagnava il trasferimento di proprietà della sua opera, ma conteneva una serie di obblighi per il suo possessore (validi evidentemente anche per i suoi aventi causa) che ne integrano l'aura, cioè ne determinano la struttura ontologica: senza il loro rispetto quell'opera non c'è, oltre a non essere di Buren; potrà ben essere altro, ma non è quell'oggetto chiamato opera d'arte di Buren. Per i profili giuridici dell'“*avertissement*” di Buren cfr. A. DONATI, *Law and art, cit.*, specialmente p. 72 ss..

¹⁴ Basti pensare ai *wall drawing* di Sol LeWitt che continuano ad essere realizzati ben dopo la morte del loro autore, e nessuno dubita che siano “suoi”, sconvolgendo alcune tra le più intuitive dinamiche del meccanismo creativo e della imputazione. Come recentemente è stato osservato, l'informazione diviene, in relazione al contemporaneo, elemento essenziale e imprescindibile per la conservazione delle opere d'arte, e, di conseguenza per il rispetto della loro autenticità: cfr. A. DONATI, *Autenticità, Authenticité, Authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, p. 1013.

come succedanei, ma spesso come forma espressiva¹⁵; e questa sorta di liberazione¹⁶, e dunque quest'uso di libertà (quella costituzionalmente garantita dagli artt. 2, 3, 9, 21, 33 della Costituzione italiana), non riguarda solo gli autori e le loro opere d'arte, ma anche il loro pubblico, guidato in percorsi complessi, *multilevel*, in cui le dotazioni di ciascuno possono aggiungere elementi all'opera, ed il visitatore oggi sperimenta molto bene l'ipotesi, molto antica e perciò molto contemporanea, per la quale egli è chiamato a completare il lavoro, accettando la proposta aperta che gli giunge dall'artista e compiendola¹⁷.

Le implicazioni di tutto ciò sono enormi, ma qui, ai nostri fini, rileva soprattutto una conseguenza molto evidente, in ordine all'impossibilità di riconoscere e classificare i prodotti artistici a partire dai propri *media* espressivi. Acquistare un'opera d'arte, oggi, o concorrere alla sua venuta ad esistenza, come alla sua percezione, alla sua fruizione, alla circolazione giuridica, sono operazioni che non possono più limitarsi, come più comunemente avveniva in passato, in funzione di oggetti tipici, articolati e suddivisi nelle classiche forme della pittura-scultura-architettura, della fotografia o dell'audiovisivo, dello spettacolo o della esecuzione musicale, della letteratura e della poesia, senza che, tuttavia, ciò ne impedisca il trattamento giuridico in quanto beni.

Ora, non sta certamente a me, che non ne ho competenza, ipotizzare che la struttura, più che la materia o il mezzo espressivo, sia divenuta centrale nell'opera d'arte, in una sorta di «*principio dell'organizzazione interna della forma*»¹⁸,

¹⁵ Tanto da arrivare a far sospettare che, in alcuni casi, più che opere si vendano idee: cfr. A. ALBERRO, *Arte concettuale e strategie pubblicitarie*, Monza, 2011, p. 147; un grande artista del '900, d'altronde, ebbe a scrivere che «*in conceptual art the idea of concept is the most important aspect of the work. When an artist uses a conceptual form of art, it means that all of planning and decisions are made beforehand and the execution is a perfunctory affair. The idea becomes a machine that makes the art*»: S. LEWITT, *Paragraphs on Conceptual Art*, in A. Alberro, B. Stimson (a cura di), *Conceptual Art: A Critical Anthology*, MIT Press, Boston, 1999, p. 12. Tuttavia, in molti casi (tra i quali il lavoro di LeWitt è paradigmatico), l'opera immateriale è accompagnata da diverse pratiche di documentazione e certificazione, ed allora «è ancora vera la coincidenza tra certificato e opera d'arte: dove l'opera è sussunta nel certificato, esso, costituendone progetto e memoria, la tutela e circola al suo posto»: così A. DONATI, *Law and Art, Diritto civile e arte contemporanea*, cit., p. 188.

¹⁶ «L'opera d'arte è una liberazione perché è una lacerazione di tessuti propri e alieni. Strappandosi, non sale in cielo, resta nel mondo. Tutto perciò si può cercare in essa, purché sia l'opera ad avvertirci che bisogna ancora trovarlo, perché ancora qualcosa manca al suo pieno intendimento»: così R. LONGHI, *Proposte per una critica d'arte*, in *Paragone*, 1950, 1, p. 5 ss.e 17 ss..

¹⁷ La moltiplicazione dei mezzi artistici espressivi ha eroso sempre di più quelle "norme" che, secondo alcune visioni, governavano la determinazione ontologica del *medium* artistico, tanto che si parla ormai da tempo di un "principio di espansione all'infinito" (*principle of the expansion to infinity*) dei mezzi in arte: cfr. P. OSBORNE, *Anywhere or not at all. Philosophy of contemporary art*, London, 2013, 44. «Alla definitezza di un "oggetto" viene sostituita la più ampia definitezza di un "campo" di possibilità interpretative»: così U. ECO, *La definizione dell'arte*, Milano, 1984, p. 166.

¹⁸ G. V. KASCHNITZ-WEINBERG, *Struttura, Ricerca di*, voce in *Enciclopedia Treccani dell'Arte Antica*, Roma, 1966; «*l'opera d'arte come struttura – intendendo questo termine come sinonimo di forma*,

che in effetti sembra connotare l'*opus* artistico in ogni sua espressione; ma possiamo prendere atto che di ciò v'è consapevolezza da epoca molto remota, se solo si considerano i celebri assunti di Marsilio Ficino, che descrive la natura del lavoro dell'artista come un «*falegname ligneo dentro il legno*»¹⁹, o di Leonardo sulla «*fantasia esatta*» che consente la «*seconda creazione*» propria dell'arte²⁰.

In piena continuità con un approccio che proprio gli studi giuridici hanno concorso ad affinare, ad esempio con la raffinatissima e complessa distinzione tra *beni* e *cose*²¹, o con l'analoga e sofisticata confezione dei diritti

[...] costituisce un sistema di relazioni tra molteplici elementi (gli elementi materiali costitutivi della struttura-oggetto, il sistema di riferimenti cui l'opera rimanda, il sistema di relazioni psicologiche che l'opera suscita e coordina, eccetera) che si costituisce a diversi livelli (il livello dei ritmi visivi o sonori, il livello dell'intreccio, il livello dei contenuti ideologici coordinati eccetera)»: così U. ECO, *Apocalittici e integrati: Comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Milano, 1964, p. 32. In ambito giuridico, si veda P. CASELLI, *Del diritto di autore secondo la legge italiana comparata con le leggi straniere*, Torino, 1907, p. 265: la struttura interna è quella che «*sta di mezzo tra l'intima sostanza dell'opera e la sua veste esteriore data dalla parola, dal disegno, dai colori o dai toni musicali. È costituita specialmente dalla maniera di collegamento, aggruppamento, associazione, successione, movimento o contrasto delle idee o concetti sostanziali*».

¹⁹ «*Che cos'è l'arte umana? una specie di natura che tratta la materia dal di fuori. Che cos'è la natura? un'arte che modella la materia dal di dentro, come se un falegname ligneo fosse dentro il legno*»: MARSILIO FICINO, *Teologia platonica*, IV, trad. it. Milano, 2011, p. 42.

²⁰ LEONARDO DA VINCI, *Trattato della Pittura*, I Parte, Vicenza, 2000, p. 3: «*La pittura rappresenta al senso con più verità e certezza le opere di natura*»; per il pittore, «*ciò che è nell'universo per essenza, presenza o immaginazione, esso lo ha prima nella mente, e poi nelle mani, e quelle sono di tanta eccellenza, che in pari tempo generano una proporzionata armonia in un solo sguardo qual fanno le cose*» (*ibidem*, p. 7).

²¹ S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, p. 24 ss.; ID., *Beni*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, Giuffrè 1959, p. 164; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971, p. 55; M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963; S. CASSESE, *I beni pubblici (circolazione e tutela)*, Milano, 1969; V. CERULLI IRELLI, voce *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, p. 273 ss.; E. FAZIO, *L'oggettività giuridica nel diritto interno ed europeo*, Milano, 2016. La dematerializzazione è pervasiva nel diritto, tanto che molta dottrina scorge ormai la proprietà come fenomeno di appartenenza (cfr., ad es., A. GAMBARO, *La proprietà, beni, proprietà, comunione*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1990, p. 12), o come «*categoria ordinante, all'interno della quale è possibile ricondurre le più disparate situazioni soggettive caratterizzate dal tratto dell'esclusività*» (O. T. SCOZZAFAVA, *Dei beni*, artt. 810-821, in *Il codice civile*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 1999, p. 23). In realtà il «bene immateriale» viene sempre più spesso trattato come oggetto giuridico: si considerino gli esempi, tra innumerevoli altri, dei vari casi del danno non patrimoniale («*categoria unitaria in cui rientrano sia il danno alla salute in senso stretto, biologico, sia quello di tipo esistenziale*» secondo la recentissima T.A.R. Roma, sez. I, 15 gennaio 2018, n. 427), della ditta («*un segno distintivo dell'imprenditore, un bene immateriale costituito dal nome sotto il quale questi svolge la propria attività*» secondo Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 3 novembre 2017, n. 468), della testata giornalistica (Cass. civile, sez. trib., 17 gennaio 2013, n. 1102), della «licenza taxi» («*bene strumentale immateriale del piccolo imprenditore tassista*» per Cassazione civile, sez. trib., sent. 4 ottobre 2017, n. 23143), del fatturato d'impresa nelle operazioni di avvalimento nei contratti pubblici (Consiglio di Stato, sez. III, 2 marzo 2015, n. 1020), della quota o l'azione di una società (Cass. civ., sez. III, 12 dicembre 1986, n. 7409), dei suoi dati bancari (Cass. pen., sez. V, 30 settembre 2014, n. 47105), dei *social network* trattati come «luogo pubblico» (Cass. pen., sez. I, 11 luglio 2014, n. 37596).

d'autore morali (riferiti al *corpus mysticum*, intangibile dell'opera²², definizione di chiara derivazione teologica) sta insomma diffondendosi la consapevolezza, e l'accettazione diffusa, dell'esistenza non solo di singole opere²³, ma persino di "patrimoni culturali" immateriali²⁴, o de-materializzati²⁵; come alcune conoscenze recenti autorizzano a pensare, il patrimonio culturale immateriale e gli elementi di cui esso è composto (ivi comprese le opere d'arte non supportate) non sono del tutto privi di alcun *medium*, perché anche nei lavori più eterei, come nelle pratiche più intangibili, una fissazione comunque si realizza nella nostra mente²⁶, con la conseguenza che è possibile sostenere che, al pari di un materialissimo quadro o di una solidissima scultura di bronzo, rappresentazioni

²² Per tutti, cfr. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960, specialmente p. 714 ss..

²³ Le quali sono evidentemente distinte dai loro supporti, il cui possesso non consente usucapione dell'opera: cfr., da ultimo, Cass. civile, sez. I, 3 gennaio 2017, n. 39, a mente della quale «non è configurabile l'acquisto a titolo originario di un'opera immateriale dell'ingegno, nella specie opera cinematografica, in base a titolo astrattamente idoneo per effetto del possesso di buona fede, ai sensi dell'art. 1153 c.c., a ciò ostando il carattere particolare del diritto d'autore, che trova fondamento unicamente nell'atto creativo e realizzativo dell'idea, per il trasferimento del quale non si richiede una consegna, perché questa, anche ove ricorra, si riferisce all'oggetto materiale in cui l'opera si estrinseca, senza però mai immedesimarsi in essa».

²⁴ L'art. 2 della *Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale* dell'UNESCO del 2003 definisce il patrimonio immateriale «le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale. Questo patrimonio culturale immateriale, trasmesso di generazione in generazione, è costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia e dà loro un senso d'identità e di continuità, promuovendo in tal modo il rispetto per la diversità culturale e la creatività umana».

²⁵ Il dibattito in Italia sul trattamento giuridico della componente immateriale dei "beni culturali" è sempre vivo; solo ad esempio, si vedano G. SEVERINI, *Commento all'art. 1*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, II ed., Milano, 2012, p. 26; B. CAVALLO, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, in AA. VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, II, p. 119 ss.; L. CASINI, voce *Beni culturali (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, I, Milano 2006, p. 680; A. BARTOLINI, *Beni culturali (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, p. 93; S. CASSESE, *Il futuro della disciplina dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 781 ss.; A. BARTOLINI, D. BRUNELLI, G. CAFORIO (a cura di), *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Atti del convegno di Assisi (25-27 ottobre 2012), Napoli, 2014.

²⁶ I prodotti culturali sono tra quelli capaci di generare uno spazio pubblico metaforico ed espressivo (J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, trad. it, Bari, Laterza, 1984), che però non è mero linguaggio, pura narrazione; la gran parte delle nostre opinioni, dei nostri comportamenti, delle nostre scelte, dei fatti durissimi e realissimi che investono ciascuna delle nostre vite, più o meno remotamente hanno alla base un assunto culturale assestato, per gli atteggiamenti più ortodossi, o ancora in discussione, per quelli più eterodossi. E seppure quegli assunti hanno, naturalmente, forme di rappresentazione, queste non funzionano solo in funzione di "testimonianza", che è operazione tecnicamente possibile soprattutto per epoche remote, e dunque per sguardi retrospettivi, ma agiscono nel presente ed in vista del futuro con meccaniche di «documentalità» di registrazione, di fissazione di elementi connotanti: cfr. M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Roma-Bari, 2009, specialmente p. 305 ss..

teatrali o musicali, *performances* ed altre opere artistiche costituite in movimenti corporei, pronunciamenti, comportamenti o espressioni meramente fonetiche, sonore, o semplici stimoli psichici, evoluzioni biologiche e.... atti giuridici²⁷, ma anche consuetudini sociali, eventi rituali e culturali, abitudini alimentari, e così via, possono essere oggetti culturali, ed in quanto tali è possibile osservarli, ri-conoscerli, tutelarli, compra-venderli, fruirne, trasferirli, persino trafugarli. Ed, a maggior ragione, ciò può dirsi per l'utilizzo consapevolmente artistico di materiali od oggetti di uso comune o con funzioni di tutt'altro genere, una tecnica – il cd. *ready-made* – che, in uso da lungo tempo, conosce ormai latitudini estesissime²⁸.

La rilevanza del concetto di patrimonio culturale ha ovviamente conseguenze di grande rilievo per il diritto; trattenendosi al solo ambito dei beni culturali, il trattamento delle conoscenze che li riguardano ha vissuto una fase di profondo rinnovamento metodologico negli ultimi decenni, ampliando enormemente gli ambiti disciplinari e aprendosi sempre più a forme di interdisciplinarietà. La stessa idea di 'contesto' è andata acquistando una centralità metodologica ricca di implicazioni in diverse epistemologie²⁹, ed in ambito giuridico³⁰ basterà trovarne riprova nella evoluzione della percezione della centralità normativa del paesaggio, non più limitato a un oggetto di mera valutazione estetica, a *enclaves* di "bellezza naturale", ma studiato come sistema complesso di sto-

²⁷ Sono ormai numerosi i casi in cui istituti giuridici vengono usati per dare struttura ad opere d'arte; per un caso famoso e domestico, si pensi a "Untitled (Denuncia)" di Maurizio Cattelan (1991), opera che consiste nella copia della denuncia presentata alla Questura di Forlì, e da questa acquisita e protocollata, nella quale si attesta che l'artista è stato vittima di un furto di un'"opera inesistente".

²⁸ Per una riflessione giuridica in argomento, cfr. N. WALRAVENS, *La remise en cause des notions traditionnelles*, in *L'Art contemporain confronté au droit*, Paris, 2006, p. 13.

²⁹ In campo archeologico, l'evoluzione è stata molto paradigmatica; l'affrancamento dalla *antiquaria* ha consentito l'ampliamento degli ambiti geografici e cronologici, non più limitati solo all'antichità ma estesi fino all'età moderna e contemporanea, il ruolo delle scienze naturali e archeometriche, lo studio non più centrato solo sulle manifestazioni artistiche ma su tutti i prodotti del lavoro umano e sui rapporti tra società e ambiente, e, in particolare, l'affermazione di un approccio globale, inteso come sistema di fonti, di strumenti metodologici e tecnici, di sensibilità culturali: per tutti, si veda su ciò da ultimo A. CARANDINI, *La forza del contesto*, Roma-Bari, 2017.

³⁰ B. SAPONARO, *Commento all'art. 2*, in A. ANGIULI, V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005, che evidenzia come la dimensione "culturale", riferita a tutto il patrimonio, rinvia all'elemento unificante delle due entità dell'*humanum*, l'essere prodotto della civiltà umana, oltre che della natura; ma l'argomento appare solido: cfr. già A. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969; M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1973, p. 15; R. GAMBINO, *Maniere di intendere il paesaggio*, in A. Clementi (a cura di), *Interpretazioni di paesaggio*, Roma, 2002, p. 65.

rie, di relazioni, di esperienze, di prodotti, di processi, come rapporto tra uomo e natura, palinsesto di documentazioni complesse riferite a siti, insediamenti, produzioni artistiche, sfruttamento delle risorse, rapporti di potere, religioni, abitudini, riti, alimenti³¹.

3. Cultura, sviluppo sociale ed economico: cenni.

Quanto esaminato, che d'ora in poi, per comodità espressiva, definiremo "la complessità", non può naturalmente non influire sulle amministrazioni pubbliche che hanno responsabilità in ordine all'art. 9 Cost., e più in generale sull'ordinamento complessivamente inteso.

L'articolo 9 della Costituzione italiana (un brutto anatroccolo trasformatosi in splendido cigno nel corso dei lavori in Assemblea costituente), ha necessariamente relazione con altri elementi della forma di Stato, con cui condivide la presenza nell'ambito dei principi della Carta: con la centralità della persona, della sua dignità, cui corrispondono diritti e libertà intangibili, come doveri e limiti, e con i conseguenti obblighi connessi all'uguaglianza e agli strumenti che, variamente, ne perseguono il carattere sostanziale (con cascami in tema di libertà di espressione di pensiero, dell'arte, della scienza e del loro insegnamento, di diritto allo studio e alla tutela della salute, di statuto costituzionale della proprietà, e così via). Solo così, infatti, con una lettura ampia, i doveri di promozione e tutela di scienza e cultura assegnati alla Repubblica (dunque non solo allo Stato, e nemmeno solo all'area pubblica³²) trovano una dimensione propriamente politica, e riescono a perdere il carattere elitario che altrimenti li affliggerebbe fisiologicamente, e a trovare posto in un ambiente istituzionale de-

³¹ L'evoluzione è ben sintetizzata da F. SAITTA, *Danni al paesaggio e diritto al risarcimento*, in *Riv. giur. ambiente*, 2011, p. 579 ss.: «partendo dalla giurisprudenza costituzionale - che ha da tempo evidenziato come "la tutela del paesaggio debba ormai ritenersi non legata alla visione frammentaria propria della legge 29 giugno 1939, n. 1497, diretta in prevalenza alla tutela delle singole bellezze naturali isolatamente considerate, in quanto essa è diventata sinonimo di tutela ambientale, della quale, quindi, deve ritenersi comprensiva per quanto attiene al territorio su cui vive l'uomo" - e passando attraverso la legge Galasso del 1985 - che (in parallelo con l'evoluzione culturale e sociale del Paese) ha operato uno spostamento dell'accento dalle bellezze naturali intese come dimensione estetica ad un bene di valenza estetico-culturale - e, quindi, la Convenzione europea sul paesaggio del 2000 - il cui obiettivo finale non è tanto la protezione della natura in sé, quanto piuttosto la protezione dell'essere umano e del suo contesto ambientale, che assume valore non solo come dato estetico, ma soprattutto per la qualità della vita e per la sensazione di appartenenza che l'uomo avverte nei confronti di tutto ciò che lo circonda - si sia pervenuti al Codice dei beni culturali e del paesaggio, che, all'art. 131, afferma che "per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni"».

³² N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, 2002; B. L. BOSCHETTI, *La valorizzazione dei beni culturali tra principio di sussidiarietà e nuovi modelli organizzativi e procedurali*, Milano, 2005; A. L. TARASCO, *Il federalismo de-maniale e la sussidiarietà obliqua nella gestione dei beni culturali*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 2011, p. 1069 ss.

mocratico quali strumenti di coesione ed estensione sociali con caratteri inclusivi. E solo così si riesce a comprendere il percorso repubblicano (e dunque costituzionale) del bene culturale, ed in particolare il passaggio (tuttora in cammino) dalle rilevanze estetiche ed idealistiche alle implicazioni documentali, effettivamente culturali, materiali ed immateriali, della sua percezione e del suo trattamento normativo e giudiziario³³.

Leggendola in questo modo, è agevole riconoscere nella missione costituzionale in ordine al patrimonio culturale della Nazione non solo una responsabilità che è rivolta a persone ed organizzazioni esperte ed attrezzate di ogni tipo, ma soprattutto una finalità ultima, necessariamente orientata a favorire quel complesso contatto con il patrimonio culturale nazionale che chiamiamo, in sintesi, fruizione, assumendo i tratti di un compito che richiede di consentirlo, provocarlo e renderlo ricco a quante più persone sia possibile.

La questione interessante è che il dibattito su questo tema inizia a conoscere ed utilizzare nel XXI secolo nuovi argomenti, frutto di nuove conoscenze in ordine al fatto che il contatto con le energie che sottostanno a tutto ciò che raduniamo sotto l'ampio termine "cultura" produce una serie di conseguenze evidenti, sulla qualità e – forse persino – sulla quantità³⁴ della vita delle persone, ne amplia le idee, la capacità di concetto, le intuizioni, gli argomenti, e dunque migliora, o comunque rende più complesso il loro pensiero e di conseguenza il loro discorso, abituandolo a considerare l'altro da sé come interessante e, almeno, degno di rispetto. Quanto più dunque si favorisce questo contatto, quanto più esso è ampio, numeroso, variegato, tanto più questi vantaggi si fanno pubblici, collettivi, declinandosi in forme di coesione sociale e di miglio-

³³ F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 5, 2016, p. 505.

³⁴ Sono ormai numerose le attestazioni statistiche che dimostrano che questo contatto favorisce la salute mentale e fisica; ha ormai una ventina d'anni una ricerca del Dipartimento di Medicina Sociale dell'Università svedese di Umea (Bygen, Konlaamn e Johansson, *British Medical Journal* 1996), che ha rilevato come, in breve, l'aspettativa di vita di coloro che frequentano, consumano, praticano la cultura e le arti sia superiore di 1,8 anni rispetto al campione di controllo, e come coloro che fruiscono raramente di eventi culturali presentano un rischio di mortalità del 60% più alto di coloro che ne fruiscono più spesso. I dati ormai sono numerosi e concordi, ed in Gran Bretagna è sorto un gruppo parlamentare interpartitico dedito ad Arts, Health and Wellbeing (APPGAHW), che cura un rapporto giunto alla seconda edizione: *Creative Health: The Arts for Health and Wellbeing* (http://www.artshealthandwellbeing.org.uk/appg-inquiry/Publications/Creative_Health_Inquiry_Report_2017_-_Second_Edition.pdf). In Italia, tra altri, si veda E. GROSSI, A. RAVAGNAN (a cura di), *Cultura e salute: La partecipazione culturale come strumento per un nuovo welfare*, Milano, 2013, specialmente. p. 167 ss.; da ultimo, si veda il n. 2/ 2017 della *Rivista Economia della Cultura*, interamente dedicato al tema "cultura, salute, benessere".

mento della convivenza³⁵, in capacità di creazione, innovazione e dinamismo economico e produttivo³⁶, persino in miglior funzionamento del dibattito pubblico e delle istituzioni democratiche.

I temi classici sulle ragioni per le quali diamo fondamento all'intervento pubblico in cultura, cioè le teorie novecentesche relative al perché vale la pena sostenerlo (beni meritori, esternalità, fallimenti del mercato, rigidità fisiologiche nei costi, ecc.), anche se un po' invecchiate non sono superate, possono anzi essere integrate da evidenze che ci fanno capire che le economie del XXI secolo, del mondo occidentale sono già, e saranno sempre più, per dirla con un'espressione che nella letteratura è molto diffusa, "culturalizzate"³⁷. Vale a dire che gran parte di quello che in gergo chiamiamo "sviluppo economico", sia a livello territoriale, sia a livello nazionale, che a livello continentale, è determinato da una serie di fattori che si definiscono in termini culturali.

La cultura è insomma uno dei principali *drivers* dei movimenti economici fondamentali. Già da tempo in tutto il mondo si sta studiando e discutendo cosa questo implichi per la politica³⁸, e si stanno sperimentando varie formule di *policy*, aggiungendo all'idea di cultura intesa come offerta, sostanzialmente, di istruzione e formazione, secondo la teoria del capitale umano, una capacità di pro-

³⁵ Argomento già colto da G. ROLLA, *Beni culturale e funzione sociale*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, 1988, II, p. 561 ss.

³⁶ gli effetti del "capitalismo cognitivo" possono essere percepite scorrendo il recente "Rapporto sulla conoscenza in Italia" 2018 dell'Istat, il quale attesta che a parità di settore, dimensioni e localizzazione geografica, dove gli imprenditori sono più istruiti, anche i dipendenti tendono ad avere un livello di istruzione più elevato. L'istruzione è associata positivamente alla performance delle imprese (in particolare, alla sopravvivenza), all'adozione delle tecnologie IT e all'attività innovativa. Il livello di istruzione delle persone influisce sulla loro partecipazione al mercato del lavoro, sulle possibilità di occupazione e sui redditi, e anzi alle differenze nei tassi d'occupazione si accompagnano, in generale, differenziali retributivi ancora più rilevanti. Il nostro Paese, che insieme a contenuti livelli d'istruzione è caratterizzato anche da una bassa intensità di ricerca e sviluppo e da un'attività brevettuale modesta, ha quindi fondato una parte importante del suo benessere su produzioni con un contenuto di conoscenze specialistiche relativamente limitato, facilmente replicabili a costi minori altrove.

³⁷ D. BELL, *The Coming of Post-Industrial Society*, New York, 1973; J.B. PINE II, J.H. GILMORE, *The Experience Economy*, Cambridge (Mass.), 2011; P. L. SACCO, G. SEGRE, *L'accesso alle opportunità culturali nell'economia dell'esperienza*, in F. De Biase (a cura di), *L'arte dello spettatore. Il pubblico della cultura tra bisogni, consumi e tendenze*, Milano, 2008.

³⁸ In ambito europeo, si vedano il Green Paper della Commissione Europea "Unlocking the potential of cultural and creative industries" (2010); la Comunicazione "Promoting cultural and creative sectors for growth and jobs in the EU" (2012); la Risoluzione del Parlamento Europeo "Promoting the European cultural and creative sectors as sources of economic growth and jobs" (2013); la Comunicazione "Towards an integrated approach to cultural heritage for Europe" (2014); la Comunicazione "Digital Single Market Strategy" (2015); la Risoluzione del Parlamento Europeo "Coherent EU policy for cultural and creative industries" (2016).

durre nuove prospettive sensoriali e di esperienza, qualità della vita, nuovi prodotti e nuove forme di consumo; di qui all'impresa culturale, a quella creativa, ed all'innovazione produttiva ad *imput* culturale il passo è breve³⁹, ed infatti si registra un progressivo consolidamento di normative⁴⁰ e politiche⁴¹ al riguardo

4. Alcune conseguenze per l'amministrazione pubblica.

Per rispondere a spinte siffatte, le amministrazioni pubbliche devono ovviamente mutare diversi registri tradizionali.

Se riguardata dal lato normativo, la decisione giuridica in epoca di complessità, sempre più tenuta alla considerazione di conoscenze tecniche o scientifiche, è anche sempre più regolata mediante principi o clausole indeterminate, è rimessa solo in parte alla norma formale prodotta mediante il procedimento legislativo tradizionale, ed è molto affidata ad un *formante* di comunità esperte (giudiziarie, artistiche, tecniche, mediche, scientifiche, amministrative), che concorrono al suo compimento con atti ulteriori, in cerca di un assetto finale dovuto ad opinioni giustificate e ritenute affidabili⁴²: solo apparentemente il le-

³⁹ Sulle capacità innovative, rigenerative, dei settori di impresa culturale e creativa, mi vorrei rimettere al recente studio UE “*Il ruolo delle politiche pubbliche per sviluppare il potenziale imprenditoriale e innovativo dei settori culturale e creativo*” (<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5d33c8a7-2e56-11e8-b5fe-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-68820857>), dove vengono descritte nel senso che questo “settore” «genera benessere e coesione, modella lo spazio pubblico utilizzato da milioni di europei, modernizza le industrie e i settori aziendali con nuovi input creativi, e metodi; fornisce significato e sentimento di appartenenza; potenzia le aree urbane e rurali; progetta i nostri prodotti e servizi; produce e digitalizza il contenuto; arricchisce le nostre esperienze visive; fornisce contenuti per i dibattiti». Ma si veda anche D. PONZINI, *Il territorio dei beni culturali. Interpretazioni strategiche del processo di privatizzazione dei beni e delle attività culturali in Italia*, Roma, 2008.

⁴⁰ In Italia, si vedano i commi 57-60 dell'art. 1 della legge 27 dicembre 2017, n. 205, sulle imprese culturali e creative; ma anche la disciplina dell'impresa sociale recata dal d. lgs. 3 luglio 2017, n. 112.

⁴¹ In Italia, a livello statale, si veda, ad esempio, il Programma operativo nazionale (PON) “*Cultura e Sviluppo*” 2014-2020, e il progetto “*Cultura Crea*”, che sostiene la nascita e la crescita di iniziative imprenditoriali e non profittevoli in ambito culturale e turistico, che puntano a valorizzare le risorse culturali del territorio nelle regioni Basilicata, Calabria, Campania, Puglia e Sicilia. In Europa, si vedano, ad esempio, il *Piano di lavoro per la cultura 2015 –2018* (2014/C 463/02) del Consiglio europeo, la Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 settembre 2015 “*Verso un approccio integrato al patrimonio culturale per l'Europa*” (P8_TA - PROV (2015)0293), le “*Conclusioni sul patrimonio culturale come risorsa strategica per un'Europa sostenibile*” (adottate dal Consiglio dei Ministri dell'UE il 21 maggio 2014) e le “*Conclusioni sulla governance partecipativa del patrimonio culturale*” (adottate dal Consiglio dei Ministri dell'UE il 25 novembre 2014); la Comunicazione 22 maggio 2018, COM(2018) 267 finale, “*A New European Agenda for Culture*”.

⁴² La questione è enorme ed enormemente trattata e studiata: per esempio, tra moltissimi altri in un panorama di letteratura globale e multidisciplinare, si vedano M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, p. 985 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dell'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009, specialmente p. 73 ss.; V. PIERGIGLI, *Le regole della produzione normativa*, Torino, 2012; A. SOM-

gislatore può fare quel che gli pare, ci sono cose che non può fare, che non gli funzionano, o non funzionano a lungo se non sono assistite da una legittimazione tratta dalla attendibilità del suo intervento⁴³.

Per analoghe ragioni l'epoca della conoscenza, della complessità e della rilevanza dell'immateriale influisce anche sugli assetti amministrativi: questo tempo fa fatica a riconoscere come legittimata una decisione per il solo fatto che sia rimessa alla competenza di un'amministrazione pubblica; per un verso, in ragione della rilevanza delle conoscenze, la competenza non funziona più se è una mera attribuzione di potere, se non è accompagnata da «*apacità tecnica di scegliere e di decidere*»⁴⁴, oltre che da riconoscibile ragionevolezza; per altro, in ragione della complessità, nessuna attendibilità, nemmeno di fatto, è oggi garantita per il solo intervento dell'«*autorità*»⁴⁵, per quanto tecnicamente attrezzata, a causa (oltre che, dove c'è, del principio della sovranità popolare⁴⁶), della multi-

MA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009; A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in AA. VV., *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Padova, Cedam, 2007, p. 369 ss.; M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, 2012; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nel prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, specialmente p. 284; A. D'ALOIA, *Biodiritto*, in U. Pomarici (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II, Torino, 2012, specialmente p. 56; R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2006, specialmente p. 9; M. AINIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, *ibidem*, specialmente p. 27 ss.; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, specialmente p. 177; A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, Milano, 1994, specialmente p. 134; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale, Rivista AIC*, luglio 2014; F. CORTESE, S. PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, *ibidem*, novembre 2015.

⁴³ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 256: «*il contratto significa comunque una regola, perché così l'ha sempre inteso il linguaggio ordinario. Alla stessa stregua, "proprietà" è appartenenza, "obbligazione" è debito, "impresa" è organizzazione economica, perché questi sono i nuclei semantici radicati nella lingua. Quel nucleo è insensibile all'arbitrio legislativo. Non c'è dubbio che il legislatore può fare quel che gli pare, ma ci sono cose che non può fare*». A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile*, trad. it., Milano, 1990, p. 168 ss., ricorre allo strumento delle «*connessioni essenziali*», distinguendone diversi tipi anche in termini giuridici, alcune delle quali sono «*impossibili*» «*(per esempio un'appartenenza da una promessa)*».

⁴⁴ L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 1 ss., che prosegue: «*questa capacità viene in genere data per scontata, quasi che fosse una conseguenza necessaria dell'attribuzione del potere di scegliere, mentre dovrebbe essere trattata come un presupposto, da verificare ex ante rispetto alla allocazione del potere di scelta*».

⁴⁵ A. ROMANO-TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»*, *cit.*, p. 872, assumeva che «*la "certezza" tende a risolversi in un prodotto dell'ordinamento, inteso sostanzialmente in senso normativo, ed appare destinata a circolare ed a valere esclusivamente al suo interno: ciò che - come vedremo - può funzionare soltanto a certe condizioni, e cioè fino a quando la «certezza» di cui è questione verte esclusivamente (e comunque, principalmente) su qualificazioni giuridiche e/o rapporti giuridici*».

⁴⁶ L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 319.

plicazione delle conoscenze e dei dati disponibili⁴⁷, dell'aumento del numero di soggetti attrezzati per valutarli e discuterli, delle varianti scientifiche, delle opinabilità proprie delle scienze⁴⁸, ed in particolare della crescente consapevolezza della necessità di acquisire ed usare saperi sempre più intrecciati, e provenienti da ambiti disciplinari in cui la distinzione tra duro ed umanistico regge a malapena⁴⁹.

Per continuare l'uso del paradigma culturale, si possono trovare riprove dell'assunto nei continui mutamenti cui è stato sottoposto il principale centro statale italiano di governo in quell'ambito: istituito nel 1974, quello che oggi è denominato Ministero per i beni e le attività culturali ed il Turismo è stato ri-

⁴⁷ M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2017, p. 601 ss..

⁴⁸ E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva tra procedimento e processo*, Milano, 2011; A. Romano Tassone, *L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015; S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1385; Cons. Stato, sez. IV, ord. n. 2292/2000; sez. V, n. 1247/2001.

⁴⁹ A. FERA, *Discrezionalità tecnica e della c.t.u. nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it: «la scienza moderna si fonda sulla convinzione che il sapere scientifico riguardante la realtà è incerto e che il compito dello scienziato sia quello di ridurre l'incertezza non di affermare la verità. Senza addentrarci in questioni che tutto sommato non sono le nostre, occorre tuttavia notare come, nell'ambito dell'attività di ricostruzione del fatto, non diversa sia la funzione del giudice, il quale rispetto ad una realtà ambigua rappresentata dalle parti cerca di addivenire ad una soluzione in termini di probabilità, ossia di scelta di quella rappresentazione che, sulla base delle sue conoscenze personali e di quelle tecniche fornite dal consulente, appaia più rispondente alla realtà. Se così stanno le cose, a parte l'indubbia difficoltà di distinguere tra regole opinabili e regole esatte, non vorrei che il giudice amministrativo si precludesse la possibilità di decidere, tra la ricostruzione del fatto operata dall'amministrazione e quella indicata dal ricorrente, quale sia la più plausibile. In altri termini, quale delle due appaia la più vicina alla realtà». Non manca chi ha avanzato l'ipotesi di un rovesciamento delle relazioni tra scienze naturali e sociali, nel senso che le prime sarebbero tenute ad usare (anche) approcci argomentativi e giustificativi propri delle seconde: V. VILLA, *Il diritto come modello per le scienze naturali*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 5/2005, p. 31 ss.: «si tratta di un fenomeno che può forse destare sorpresa, ma che trova la sua spiegazione, da un punto di vista molto generale, nella condivisione sempre più generalizzata della tesi secondo cui la scienza non ha più un proprio «centro», ha perso la «disciplina-pilota», quella, in particolare, considerata come la più vicina ai fatti del mondo naturale (la «fisica»). In un contesto dominato da una visione acentrata e non gerarchica della scienza, e dall'approccio del pluralismo metodologico, nessuna disciplina, nessuna concezione metodologica legata ad uno specifico contesto disciplinare può arrogarsi il diritto di legiferare, sempre e comunque, anche per le altre. Piuttosto che il dominio di una disciplina su tutte le altre, tende ad affermarsi in primo piano la ricerca di affinità, di analogie rilevanti fra i vari campi disciplinari» (*ibidem*, 37); vorrei ricordare che, tra i giuristi in Italia, ha affrontato l'argomento A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà, legalità, mercato. Profili comparatistici del diritto della scienza*, in A.a. V.v., *Scritti per Nario Nigro*, I, Milano, 1991, specialmente p. 465; di recente, anche Antonio Romano Tassone, in una delle ultime riflessioni che il suo tempo gli ha consentito, rivolgendo l'attenzione al tema della modernità, ed in particolare alla giusta collocazione che va data al concetto ed alle conseguenze giuridiche e istituzionali del rischio, ha preso le mosse dalla «strutturale «indeterminatezza» della stragrande maggioranza (se non di tutte) le acquisizioni scientifiche, che presentano una validità inevitabilmente limitata (si pensi al cd. «teorema dell'indecidibilità» di Goedel): cfr. A. ROMANO TASSONE, «Società del rischio» e modernità, in Aa. V.v., *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, Torino, 2012, I, p. 372).

formato profondamente nel 1998 e poi riordinato per ben cinque volte in dieci anni o poco più: nel 2004, nel 2007, nel 2009, e con diversi interventi tra il 2013 e il 2016; se si aggiungono a ciò i ripetuti interventi sulla disciplina ed il trattamento dei beni e delle attività culturali, si comprende perché in letteratura si parli di «*sciame normativo*»⁵⁰.

Non si tratta solo di una instabilità formale, del “morbo di Baumol”⁵¹ in azione in un Dicastero; è una vera e propria tensione, una sindrome di adattamento all’epoca della complessità che ha investito in pieno tutta la struttura, ed in particolar modo il ruolo delle Soprintendenze, un esempio paradigmatico di uso quasi sacerdotale⁵², spesso isolato, di un “sapere” specialistico, un tempo in grado di fondarne l’autorevolezza, oggi scemato sino ad essere percepito, a torto o a ragione, come un autoritarismo mal compreso, mal sopportato, spesso osteggiato⁵³, ed infine consegnato a responsabilità istruttorie e preparatorie di decisioni prese altrove, per garantire quella che la stessa norma organizzativa ha definito «*visione olistica*», che mette in discussione la preziosa e irrinunciabile specializzazione disciplinare e la sollecita a confronti, interazioni, integrazioni, in un continuo dialogo tra saperi umanistici e tecnico-scientifici, abbandonando le forme esasperate del riduzionismo, settoriale e a rischio di autoreferenzialità, di incapacità di comprendere fenomeni complessi, di far fronte alle sfide di una tutela attiva, non limitata cioè ai vincoli, ma capace di concorrere alle trasformazioni richieste dalla società contemporanea.

I provvedimenti amministrativi più rilevanti per i beni culturali, a lungo ed indiscutibilmente riservati agli uffici di Soprintendenza, sono stati progressivamente allocati altrove, ed oggi affidati alla responsabilità di una Commissione

⁵⁰ G. SEVERINI, *La seconda novellazione "correttiva ed integrativa" del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 1058.

⁵¹ Per quanto criticato e, per certi aspetti, falsificato nel tempo, il modello proposto da W. J. BAUMOL, W. G. BOWEN, *Performing Arts - The Economic Dilemma*, Twentieth Century Fund, 1966, reca alcune spiegazioni che, ancora oggi, reggono, dato che, in molte istituzioni culturali pubbliche bisogna ammettere che «*crisis is apparently a way of life*» (*ibidem*, p. 3); e ciò sarebbe dovuto, in breve, alla scarsa possibilità o propensione di sostituire il lavoro con tecnologia.

⁵² in P. FORTE, *Un percorso di emersione*, in *Economia della Cultura*, 2017, p. 3, ho avuto modo di esaminare quanto i prodotti culturali siano umani, ed anche quando ci appaiono debordare dalla vita, dalla percezione propria alla comune dimensione umana, sono tuttavia *sublimi*, rimangono cioè, appunto, *sub limen*, al di sotto da quella sorta di empireo un po' artificiale nel quale parte del mondo della cultura si era posto nel secolo passato, con una conseguente incommensurabilità, che ovviamente comportava una tendenza, talora, all'emendamento, all'immunità dalla responsabilità mondiale.

⁵³ Si vedano le equilibrate osservazioni di L. CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, 2016, in particolare p. 141 ss; ed anche, occasionalmente in tema di paesaggio (ma in realtà ben più ampie), quelle di F. CORTESE, *Le amministrazioni e il paesaggio, tra discorso di verità e discorso di volontà*, in *Aedon*, 2016, 3.

regionale per il patrimonio culturale, organo collegiale «a competenza intersettoriale»⁵⁴, che non solo «coordina e armonizza l'attività di tutela e di valorizzazione nel territorio regionale», «favorisce l'integrazione inter- e multidisciplinare tra i diversi istituti», e «garantisce una visione olistica del patrimonio culturale» (art. 39, co. 1, d.P.C.M. 29 agosto 2014, n. 171), ma è l'organo competente a pronunciarsi sulla verifica e dichiarazione dell'interesse culturale, sulle prescrizioni di tutela indiretta, sulle autorizzazioni in ordine a modifiche di carattere materiale o giuridico relative a beni culturali, sulla dichiarazione dell'interesse paesaggistico, sulla concessione d'uso di beni culturali (art. 39 cit., co. 2, lett. a)-m)), ed anche sul riesame dei pareri e degli atti di assenso rilasciati dagli organi periferici del Ministero (art. 39 cit., co. 3)⁵⁵.

La sfida riguarda anche, non senza qualche disorientamento, i Musei e gli altri “luoghi della cultura”⁵⁶, costretti a mettere in discussione visioni tradizionali e troppo tranquille su se stessi, e ad attrezzarsi con misure che, sempre più, fanno emergere funzioni che li fanno assomigliare a complessi archivi. Ben lungi dal potersi limitare a raccogliere, preservare, studiare e mostrare manufatti compiuti e ben supportati, quadri, sculture, oggi raccolgono oggetti archeologici o di uso non più comune, strumenti scientifici e tecnologia, prodotti editoriali o musicali o audiovisivi, e, a causa delle trasformazioni dovute al tempo della complessità, questi luoghi sono tenuti a rendersi scena, luogo sonoro, sede della parola e dell'immaginario, ad usare documenti e connessioni, ad accettare tracce labili e verbalizzazioni atecniche, testimonianze e ricordi, evocazioni e rimandi.

Ne risulta una profonda trasformazione delle funzioni del museo, di ogni professionalità implicata nel suo lavoro e di molte regole che lo disciplinano⁵⁷;

⁵⁴ presieduta dal Segretario regionale, è composta dai Soprintendenti di settore, «inclusi i dirigenti degli Istituti di cui all'art. 30, comma 2, lett. a)», nonché dal Direttore del polo museale regionale, ed è «integrata con i responsabili degli uffici periferici (...) quando siano trattate questioni riguardanti i medesimi uffici» (art. 39, c. 4): le perplessità sulla composizione (si vedano quelle sollevate da G. SCIULLO, *La riforma dell'amministrazione periferica*, in *Aedon*, 2015,1), lascia supporre che la sua struttura potrà essere rivista in futuro.

⁵⁵ si tratta delle funzioni delle Commissioni di garanzia per il patrimonio culturale di cui all'art. 12, co. 1-bis, d.l. 31 maggio 2014, n. 83, conv. nella l. 29 luglio 2014, n. 106.

⁵⁶ H. HEIN, *The Museum in Transition. A philosophical Perspective*, Washington and London, 2000; C. RIBALDI, (a cura di), *Il nuovo museo. Origini e percorsi*, Milano, 2005; M. TRIMARCHI, F. LONGO, *I musei italiani nel decennio: innovazioni e questioni irrisolte*, in C. Bodo, C. Spada (a cura di), *Rapporto sull'economia della cultura in Italia, 1990-2000*, Bologna, 2004; interessante anche la percezione di questi cambiamenti: cfr. F. AGO, *Musei citati: l'idea di museo nella letteratura contemporanea*, Pisa, 2009; P.C. MARANI, R. PAVONI, *Musei. Trasformazione di un'istituzione dall'età moderna al contemporaneo*, Venezia, 2006.

⁵⁷ S. BODO (a cura di), *Il museo relazionale. Riflessioni ed esperienze europee*, Torino, 2003; M. V. MARINI CLARELLI, *Che cosa è un museo*, Roma, 2005, specialmente p.104 ss.; A. POLVERONI, *This is contemporary! Come cambiano i musei d'arte contemporanea*, Milano, 2007, p. 33 ss..

riconoscere, studiare comprendere, conservare, tutelare, restaurare, esibire, allestire, spiegare, educare, far fruire, restano le sue missioni fondamentali, ma è come se mutassero registro, allargassero i bisogni e le competenze, in funzione della necessaria disponibilità al deposito di questi materiali incerti e discussivi, privi di genere, dei quali la documentazione può essere la forma prevalente, o in taluni casi addirittura l'unica, dell'opera, o mancare persino quella, come accade quando tutto il lavoro si svolga sul filo della relazione intersoggettiva, della prestazione *ad personam*, sull'affidamento dell'intero prodotto artistico alla memoria, sulla consumazione perseguita, sull'autodistruzione intenzionale⁵⁸.

La pluralità dei mezzi espressivi artistici e culturali in genere, per come li si percepiscono oggi, incide insomma profondamente sulle attività dei musei e sulla disciplina giuridica che li riguarda.

Si pensi ad operazioni che, di norma, sarebbero vietate, dunque sanzionate con qualche forma di invalidità giuridica, come ad esempio la cessione di un'arma da fuoco o di un macchinario non conforme, e che divenisse la struttura di un'opera d'arte; la letteratura civilistica, al riguardo, ha sviluppato una importante evoluzione, tale da rendere possibile l'operazione (altrimenti invalida) in base ad una valutazione di ragionevolezza fondata su punti di vista interni al sistema: non si tratta, cioè, di invocare una sanatoria *ex post*, poiché non vi è *a monte* alcun contrasto con la norma che pone il divieto; ed infatti la dottrina esclude la nullità del contratto che viola il divieto di alienare beni privi delle caratteristiche prescritte dalla legge, in considerazione del fatto che la cosa alienata è destinata a un utilizzo che non contrasta con le finalità della norma proibitiva: è la parte immateriale del bene che viene considerata, e supera quella tangibile che, da sola, renderebbe l'atto invalido⁵⁹.

⁵⁸ K. GIBBS, M. SANI, J. THOMPSON (a cura di), *Musei e apprendimento lungo tutto l'arco della vita. Un manuale europeo*, Ferrara, 2007; sul ruolo dei musei nella costruzione delle identità sociali si veda S. COLAZZO, *Il museo e la formazione dell'identità sociale tra storia e territorio*, Castrignano dei Greci, 2002; M. D'AMATO (a cura di), *Museo e identità sociale. Proposte di mediazione culturale*, Firenze, 2012; nella promozione di mutamenti sociali cfr. BROWN C., (a cura di), *Inspiring Action: Museums and Social Change: a Collection of Essays*, Edinburgo, 2009; o, viceversa, nel mantenimento dello status quo F.E.S. KAPLAN, *Museums and the making of "ourselves": the role of objects in national identity*, London, 1996; sui musei come luoghi di conflitto W.L. BOYD, *Museums as Centers of Controversy*, in *Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, 128, 1999, p. 3 ss.

⁵⁹ G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 64, con riguardo all'acquisto validamente effettuato da un museo di una macchina utensile da destinare alla propria collezione di archeologia industriale perché non più rispondente alle prescrizioni vigenti in tema di sicurezza sul lavoro, che ne vietano non solo l'uso, ma anche l'alienazione. Ammette espressamente la riduzione teleologica delle norme imperative F. FESTI, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007, p. 174 ss.

Ragionando su questo percorso, si può forse giungere a trovare soluzioni alla possibilità di acquisire alla collezione di un museo pubblico anche opere immateriali, anche in casi estremi, quando per esempio richiedono, ai fini della loro esistenza in quanto opere imputabili a quell'autore, che non se ne lasci traccia alcuna⁶⁰, o quando sono effimere, destinate cioè ad una fruizione intenzionalmente distruttiva⁶¹.

L'argomento può essere affrontato da un altro punto di vista. Si consideri la disciplina giuridica dei beni del patrimonio indisponibile degli enti pubblici, per esempio quelli destinati al servizio pubblico, sui quali «*si riflettono, non solo le variazioni delle innumerevoli esigenze del servizio stesso, ma altresì quelle indotte dal progresso tecnologico sino ad indurre alla dismissione di quei beni: per fare qualche esempio, i vecchi tram e le loro rotaie, gli autobus comunali e regionali obsoleti, gli arredi di uffici ormai soppressi, alienati mediante procedure speciali di (scarsa) evidenza pubblica, gli stessi immobili sede di pubblici uffici, vecchie caserme in disuso, alloggi e magazzini di Stato di varia provenienza, cave e miniere esauste, ecc. (immessi o no in una procedura di cartolarizzazione), le case dell'edilizia economica e popolare assegnate agli originari assegnatari che abbiano soddisfatto le condizioni economiche del loro riscatto*»⁶².

Orbene l'epoca della complessità consente nuovi scenari per queste operazioni: non si contano i progetti di artisti che utilizzano intenzionalmente questi materiali, obsoleti per il loro uso funzionale originario, ma preziosi sul piano documentale, di “testimonianza”, o semplicemente per l'estetica⁶³. In particolare, può essere rivista l'impostazione che vorrebbe la possibilità di alienazione di

⁶⁰ Sono noti i lavori di Tino Sehgal che realizza performance che, per essere tali ed imputabili all'autore, non possono essere documentate in nessun modo, non hanno testi, e sono vendute senza contratto scritto e senza traccia alcuna della transazione, sono pagate in contanti e senza ricevuta; ciò non ha impedito al Centre Pompidou di Parigi di acquistare, nel 2009, un'opera di Sehgal dal titolo *This Situation*, con vari espedienti giuridici, operazione accompagnata anche da qualche polemica più o meno interessata, rivolta propria alla liceità dell'acquisto ad opera di un'istituzione pubblica; per una lettura giuridica di queste ed altre consimili pratiche di “opere-situazione”, cfr. A. DONATI, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, cit., p. 144 e ss.

⁶¹ L'esempio più evidente è quello delle opere di Felix Gonzales Torres che prevedono una produzione di oggetti (come grandi cumuli di caramelle) destinati al consumo del pubblico fino alla loro scomparsa.

⁶² V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 165.

⁶³ Tra gli innumerevoli esempi, ho piacere di menzionare il secondo episodio del progetto *Sette Stagioni dello Spirito* di Gian Maria Tosatti (2_Estate, a cura di Eugenio Viola), concentrato a Napoli su un edificio, realizzato nel XVII secolo come monastero, poi destinato ad uffici della prima esperienza italiana di moderna anagrafe, istituita nel 1809, che, pur essendo oggi chiuso e in degrado, conserva gran parte degli arredi, delle atmosfere, e soprattutto dei documenti che hanno riguardato i dati dei napoletani per oltre 200 anni. Il lavoro di Tosatti ha dunque ricercato una sorta di “seconda mansione” di questo materiale, esplicitamente ispirato al *Castello Interiore* di Santa Teresa D'Avila.

alcuni beni culturali «per i quali la fruizione collettiva non può dirsi attuale (né, nel medio periodo, attuabile) in conseguenza, ad esempio, della precaria staticità dell'immobile, bisognevole di interventi di restauro evidentemente sproporzionati nel costo rispetto ai benefici limitati prospettabili in concreto per la comunità, o dell'impossibilità di offerta del bene, centomillesimo esemplare della stessa anfora olearia»⁶⁴.

La “rigenerazione”, un “secondo” uso appropriato dei beni (che siano o meno culturali, mobili o immobili, materiali o intangibili), e dunque il maneggio del contenuto immateriale del bene, anche qui trova rilievo, e può essere perseguito mediante una produzione artistica, o in forma di gestione di “impresa culturale e creativa”: la concessione di un immobile di epoca remota e di interesse culturale per la realizzazione concordata e rispettosa di un albergo, ad esempio, o la sua riconversione da industriale a culturale (come nel caso di Fondazione Prada a Milano)⁶⁵, fa il paio con la più recente ed innovativa possibilità di utilizzo del coccio pesto di Pompei, materiale archeologico costituito da migliaia di frammenti (distrutti dall'eruzione del 79 d.c. o dai bombardamenti alleati del 1943...) non ricostruibili, consegnati ad artisti viventi per far rinascere quella materia sotto forma di nuove opere contemporanee, dense di significati rinnovati⁶⁶.

5. La fatica di una decisione complessa e un nuovo dibattito giuridico all'orizzonte: il “diritto alla cultura”.

L'epoca della complessità, poi, ci impedisce scorciatoie troppo comode per il trattamento delle conoscenze e dell'immateriale, come quella della “primarietà” dell'interesse culturale; già da tempo la possibilità di una superiorità gerarchica aprioristica tra interessi pubblici è stata posta in seria discussione⁶⁷, poiché il pluralismo dei valori costituzionali richiede piuttosto tecniche di “bilanciamento”, che suppongono obblighi di considerazione e valutazione, piuttosto che supremazia intangibile e pregiudiziale⁶⁸. Ed un uso “semplificato” (*id*

⁶⁴ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Op loc. ult. cit.*

⁶⁵ F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*. op. e loc. cit.; «nella difficile opera di bilanciamento di interessi alla quale spesso gli organi competenti sono chiamati nelle decisioni in materia di tutela di beni-cose, laddove di questi non sia possibile — né ora né, presumibilmente, in futuro — una effettiva fruizione collettiva, non pare potersi ammettere la recessività di ogni altro interesse (o “valore”) rispetto a quello della conservazione (almeno della conservazione in loco) del bene stesso».

⁶⁶ Il progetto, accessorio alla Mostra *Pompei@Madre. Materia archeologica* esposta tra il 2017 e il 2018 al Museo MADRE di Napoli, è rinvenibile su www.madrenapoli.it.

⁶⁷ Si veda, ad esempio, già Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151, che negava la lettura di interesse “primario” come «insuscettibilità di subordinazione ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici».

⁶⁸ Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196; più recentemente, Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, ha ben descritto il metodo (che non vale solo per il legislatore, e per le decisioni propriamente

est non consapevole della complessità che stiamo provando a considerare, o riluttante) dell'importanza degli interessi collettivi implicati nei fenomeni culturali, chiuso in un riduzionismo disciplinare, o nella malintesa lettura delle disposizioni, costituzionali e primarie, rivolte alla tutela del patrimonio culturale e del suo spessore epistemico, non solo impoverisce la decisione amministrativa (rifiutando la ricchezza di sapere che può invece essere attivata), ma soprattutto rischia di dare spinta e legittimazione ad operazioni ed assetti di «*semplificazione con diminuzione di risultato*»⁶⁹, come è dimostrato dalle evoluzioni che stanno avendo le discipline della conferenza di servizi e del silenzio assenso tra amministrazioni. In breve, il rischio è che una tutela puramente difensiva e riottosa ad apporti attivi favorisca lo spostamento delle decisioni riguardanti il patrimonio culturale da sedi dove la considerazione della complessità trovano il proprio ambito, quelle valutative, procedimentali, imparziali, complesse dell'amministrazione, verso l'area di governo, dove invece prevalgono valutazioni politiche che possono essere più sbrigative, drastiche e certamente meno attrezzate, dunque senza particolari obblighi di ponderazione tecnico-scientifica⁷⁰.

Le tecniche di “bilanciamento” messe a punto in sede costituzionale in fin dei conti riguardano anche i canoni propri anche delle attività amministrative in area di complessità discrezionale⁷¹; anche in ambito culturale è individua-

politiche) per il trattamento di valori plurali che «*si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro*».

⁶⁹ M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedimentali*, in *Urb.e App.*, 2016, p. 764.

⁷⁰ Si vedano, tra molte, le considerazioni in occasione della riforma del 2005 di R. BIN, *Dissensi in conferenza di servizi e incauto deferimento della decisione alle "Conferenze" intergovernative: le incongruenze della legge 15/2005*, in *Le Regioni*, 2006, p. 339 ss.; più di recente, G. SCIULLO, *Interessi differenziati' e procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2016, p. 5 ss.; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della l. n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 107 ss.; P. CARPENTIERI, *La tutela dei beni culturali, paesaggistici e ambientali nelle riforme "Madia"*, in *Riv. giur. urb.*, 2016. L'orientamento ha diverse conferme, anche sul piano costituzionale; la sentenza della Corte Costituzionale 9 luglio 2015, n.140 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2-bis e 4-bis del d.l. n. 91 del 2013, introdotti dalla legge di conversione n. 112 del 2013, nella parte in cui non prevedono l'intesa fra Stato e Regioni, nonché dell'art. 4, comma 1, del d.l. n. 83 del 2014, come convertito dalla legge n. 106 del 2014, la quale ha sostanzialmente assimilato tutela e valorizzazione alle esigenze del commercio, non rinvenendo «*un ambito materiale che possa considerarsi prevalente sugli altri (in termini "qualitativi" o "quantitativi")*», e rimettendo, perciò, le decisioni in argomento a strumenti di leale collaborazione fra Stato e Regioni; ne si veda una lettura critica in P. CARPENTIERI, *Il decoro dei monumenti deve attendere le intese con le Regioni: come subordinare la tutela (art. 9 Cost.) al commercio e alla "leale collaborazione" interistituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2015, p. 1246 e ss.

⁷¹ Le analogie sono spesso rilevate; si veda ad esempio lo studio che ne compie B. GILBERTI, *Il merito amministrativo*, cit., p. 183 ss..

bile una sorta di “nucleo essenziale” della tutela, intangibile per non disperdere il valore del bene in questione, ma la relazione con altri interessi primari va trattata con proporzionalità e ragionevolezza⁷².

Comincia infine a profilarsi, con un percorso già vissuto per i diritti che sembravano afferire alla libertà, nel quadro di quelli fondamentali di terza generazione⁷³, un nuovo profilo giuridico molto complicato: dopo le prime profilature desumibili dall'art. 9 Cost.⁷⁴, di recente sono comparsi studi che rilevano la possibilità di un diritto soggettivo, in senso tecnico, alla cultura⁷⁵, confortate dal fatto che, dal punto di vista puramente lessicale, l'espressione è comparsa già da diverso tempo⁷⁶; in ambito UE, un vago “diritto alla cultura” è recato con diverse formulazioni nella *Convenzione quadro del Consiglio d'Europa* di Faro del 27 ottobre 2005, sul valore dell'eredità culturale per la società⁷⁷, e in ambito domestico lo si trova menzionato, forse senza troppa consapevolezza tecnica, in diverse leggi regionali⁷⁸.

⁷² Gli argomenti sono tratti da Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, e lo spunto mi è stato consentito dalla lettura di G. MARI, *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.aa. e nella conferenza di servizi*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2017, p. 305.

⁷³ M. CARCIONE, *Dal riconoscimento dei diritti culturali nell'ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale*, in *Aedon*, 2013, 2; G. REPETTO, *Il diritto alla cultura, relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa (Cassino, 10- 11 Giugno 2016)*, in www.gruppodipisa.it; P. BILANCIA, *Diritto alla cultura. Un osservatorio sulla sostenibilità culturale*, in ID. (a cura di), *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo*, Napoli, 2016, specialmente p. 10 ss.

⁷⁴ M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, Cedam, 1991, p. 125 ss., S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, Torino, 2001, p. 146 ss..

⁷⁵ R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale*, in *Dir. Amm.*, 2016, p. 495 ss.; per un uso atecnico dell'espressione, S. SETTIS, *Il diritto alla cultura nella Costituzione italiana*, Assago, 2016.

⁷⁶ Già l'art. 27, par. 1, della *Dichiarazione universale dei diritti umani* approvata dall'Assemblea generale il 10 dicembre 1948, aveva disposto che « *everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits* »; successivamente, l'art. 27 del *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici* del 16 dicembre 1966, riconosce il diritto degli appartenenti a minoranze etniche, religiose o linguistiche di « *enjoy their own cultures* »; l'art. 15 del *Patto sui diritti economici, sociali e culturali* del 16 dicembre 1966, secondo cui « *the States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone: To take part in cultural life* »; il diritto collettivo all'identità e differenza culturale è poi un diritto di « *terza generazione* », che si manifesta e comincia ad operare proprio con l'entrata in vigore della citata *Convenzione UNESCO sul patrimonio immateriale* del 2003 e della *Convenzione sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali*, adottata a Parigi il 20 ottobre 2005.

⁷⁷ sottoscritta a Strasburgo dall'Italia il 27 febbraio 2013, ma non ancora ratificata, il cui art. 6. lett. c), stabilisce esplicitamente che « *nessuna misura di questa Convenzione potrà in alcun modo essere interpretata al fine di... generare diritti immediatamente suscettibili di diretta applicabilità* »; sulla Convenzione si vedano M. MONTELLA, *La “Convenzione di Faro” e la tradizione culturale italiana*, in P. Feliciati (a cura di), *La valorizzazione dell'eredità culturale in Italia. Atti del Convegno*, suppl. 5/2016 de *Il Capitale culturale. Studies on the Value of Cultural Heritage*; P. CARPENTIERI, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, in *Federalismi.it*, 2017.

⁷⁸ come ad esempio nell'art. 1, co. 1, l.r. Campania n. 12/2005: « *La Regione Campania, nell'ambito delle proprie competenze e in attuazione della legislazione statale vigente, individua e favorisce le iniziative per la promozione, la salvaguardia dei beni culturali ed ambientali della Campania e la utilizzazione*

L'argomento, per ora, sconta le medesime debolezze che hanno connotato la età dei diritti⁷⁹, con l'uso spasmodico del lemma "diritto" per una qualsiasi forma di protezione e tutela giuridica⁸⁰, ma è stato anche rafforzato dalla recente esplicitazione (per molti null'altro che una conferma di quanto già desumibile dall'art. 9 Cost.⁸¹) che i "luoghi della cultura" pubblici espletano un servizio pubblico in senso tecnico⁸², per di più essenziale⁸³ e dunque non è improprio invocare che tutte le attività riguardanti il patrimonio culturale possano ritenersi incluse nei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117 Cost., comma 2, lett. m)⁸⁴.

L'ampiezza dell'oggetto, la quantità di interessi implicati, la molteplicità delle responsabilità e di funzioni involte, le differenti possibilità di tutela per le diverse attività che vi sottostanno, e le notevoli delusioni scontate in analoghi percorsi, suggeriscono prudenza nell'enfasi in argomento⁸⁵, ma, posto che questi caratteri problematici, trasversali e complessi riguardano tutta la vasta area della clausola costituzionale sui livelli essenziali delle prestazioni pubbliche⁸⁶, non è difficile pronosticare un deciso rafforzamento di alcune delle posizioni soggettive che, in ambito culturale, certamente si rivelano, con conseguenze giurisprudenziali tutte ancora da definire⁸⁷.

di tale patrimonio al fine di assicurare lo sviluppo degli studi e della ricerca scientifica ed il diritto alla cultura di tutta la comunità».

⁷⁹ Il riferimento, ovviamente, è a N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

⁸⁰ Per tutti, si vedano le lucide considerazioni di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 2003, p. 60 ss..

⁸¹ R. TOGNI, A. ROSSARI, *Verso una gestione dei beni culturali come servizio pubblico*, Milano, 1978.

⁸² art. 101, co. 3 del d.lgs. n. 42/2004; d.l. 20 settembre 2015, n. 146, convertito con modificazioni dalla l. 12 novembre 2015, n. 182.

⁸³ Per effetto del d.l. n. 146/2015 è applicabile la l. n. 146/1990, che si riferisce, appunto, all'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali.

⁸⁴ S. CAVALIERE, *I livelli essenziali delle prestazioni e i nuovi "diritti culturali"*, in *Rivista AIC*, 2017; G. PIPERATA, *Sciopero e musei: una prima lettura del d.l. n. 146/2015*, in *Aedon*, 2015, 3.

⁸⁵ G. REPETTO, *Il diritto alla cultura*, cit., p. 44, che parla di un diritto a "debole tipizzazione" (*op. cit.*, p. 2 ss.).

⁸⁶ Basterà riferirsi alle sentenze della Corte Costituzionale 19 giugno 2002, n. 282; 19 novembre 2007, n. 387; 11 gennaio 2010, n. 10; 26 marzo 2013, n. 62.

⁸⁷ Cfr. S. CAVALIERE, *I livelli essenziali*, cit., p. 16: «il fatto che una legge statale debba prevedere la quantità, la qualità e la tipologia delle prestazioni legate alle attività relative ai beni culturali, ossia, il quantum di assistenza, di garanzia e di soddisfazione cui tutti gli utenti hanno diritto nell'intero territorio nazionale, inoltre, dovrebbe pure implicare l'importante conseguenza che nel caso di violazioni, i titolari del diritto dovrebbero essere messi in condizione di disporre di adeguati strumenti di tutela, rendendo questo tipo di "pretesa" concretamente esigibile e quindi pure giustiziabile».

6. Cognizione del giudice, amministrazione pubblica, cultura: assunti e proposizioni in tema di full jurisdiction in ambito culturale.

L'analisi di alcuni tratti dell'epoca della complessità ci consente qualche considerazione consequenziale in ordine alla natura di alcune delle decisioni amministrative in ambito culturale, che possono costituire un buon paradigma per l'intero argomento della *full jurisdiction* in confronto alle speciali capacità riservate per legge alle amministrazioni pubbliche, fortemente influenzate da cognizioni tecniche e scientifiche; per comodità espositiva, esse verranno articolate in assunti e proposizioni.

1) Nei provvedimenti rilevanti in ambito culturale, appare ormai difficile continuare a sostenere che il compito dell'amministrazione preposta:

a. debba limitarsi e rinchiudersi entro argomenti e presupposti dovuti ad una specifica competenza disciplinare⁸⁸, con un conseguente ampliamento dell'opinabilità che può essere estesa in ragione di considerazioni derivanti da diversi ambiti scientifici (cd. visione olistica);

b. possa considerarsi nel mondo contemporaneo il più appropriato per esprimersi con l'ultima parola (cd. *ipse dixit*⁸⁹), anche quando sia strutturalmente attrezzato e predisposto per una valutazione tecnico scientifica, ma specializzata⁹⁰;

c. sia esclusivamente rivolto a dischiudere le ragioni che supportano l'inibizione di qualsiasi intervento sul bene; la primarietà indiscussa dei valori culturali non può escludere, s'è visto, la considerazione, il bilanciamento, e la

⁸⁸ In Italia, l'idea che quelle di tutela siano operazioni tecnico scientifiche proprie dei Soprintendenti viene fatta risalire alla relazione tenuta da Giulio Carlo Argan al convegno dei soprintendenti del 1938, ove venne esposto un metodo di restauro inteso come «atto rigorosamente scientifico», frutto di una «indagine filologica» che riporta le opere alla loro autenticità perché restituite a «una lettura chiara e storicamente esatta»; i restauratori sono perciò intesi come «tecnici specializzati» guidati e controllati da «studiosi», i soprintendenti archeologi, storici dell'arte o architetti: cfr. G.C. ARGAN, *La creazione dell'Istituto Centrale del Restauro*, intervista a cura di M. Serio, Roma, 1989, p. 32; questo approccio è stato molto discusso: cfr., fra molti altri, C. BRANDI, *Teoria del restauro (1963)*, Torino, 1977; E. WIND, *Arte e anarchia (1963)*, trad.it, Milano, 1966; G. URBANI, *Il restauro e la storia dell'arte*, in ID., *Intorno al restauro*, a cura di B. Zanardi, Milano, 2000, p. 1 ss.; la questione, ovviamente, è oggi complicata dalle necessità di restauro delle opere contemporanee.

⁸⁹ Cfr. CEDU, 31 luglio 2008, caso 72034/01, *Družstevni zalozna Pria and Others c. The Czech Republic*, § 111.

⁹⁰ A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 456: «alla stregua di una giurisprudenza complessivamente prevalente, il sapere tecnico-scientifico rilevante è quello dell'amministrazione ... È un sapere 'amministrativo', ossia filtrato attraverso la 'civiltà' dell'amministrazione, e perciò viene valutato e giudicato alla stregua di qualsiasi prodotto (giuridico) dell'attività amministrativa ... Oggi però non esiste alcuna giustificazione per questa limitazione del sindacato del giudice amministrativo di fronte ad una controversia tecnico-scientifica».

disposizione a valutare altri interessi – pubblici e privati – *in primis* quelli che sono anch’essi costituzionalmente primari;

d. possa rifiutare di comprendere la propria centralità in ordine alle principali evoluzioni sociali, economiche, urbanistiche e territoriali del nostro tempo, che non possono fare a meno di esso⁹¹, per la densità del concetto stesso di cultura⁹², per la quantità delle dimensioni umane implicate⁹³, per la varietà di cose, materiali ed immateriali, e dunque di beni potenzialmente utilizzabili⁹⁴; basterà osservare che di qui a breve il patrimonio immobiliare che risale agli anni ‘50 del 900, quelli della frenetica ricostruzione del secondo dopoguerra, dei “piani-casa”⁹⁵, dei fabbricati “Tupini”⁹⁶, della Cassa per il Mezzogiorno⁹⁷, delle “mani sulle città”, a stare alla nostra legislazione positiva entrerà in un regime di “vincolo potenziale”, sicché a norma del codice dei beni culturali ci dobbiamo accingere ad un’enorme operazione di verifica della sussistenza di interessi culturali e paesaggistici per tutti gli interventi che lo riguardino....;

e. possa essere trattenuto entro un ambito puramente normativo, con un’irrelevanza giuridica del fatto⁹⁸, non foss’altro perché in epoca di complessità la norma è incapace di regolare per intero un fenomeno, e, s’è visto, si sta capendo sempre meglio quanto i fattori culturali siano alla base di moltissime esperienze umane; appare perciò improbabile che le valutazioni tecnoscientifi-

⁹¹ Persino l’OCSE, nella recentissima *Culture and local development: maximising the impact. Towards an OECD guide for local governments, communities and museums*, dicembre 2017, <http://www.oecd.org/cfe/leed/OECD-GUIDE-MUSEUMS-AND-LD-Dec-2017.pdf>, raccomanda «[to] have a look at the museum as a development actor. Ensure full participation of the museum in forums and meetings on the future of the local area».

⁹² A. KROEBERAND, C. KLUCKHOHN, *Culture: A Critical Review of Concepts and Definitions, Papers. Peabody Museum of Archaeology & Ethnology, Harvard University, Cambridge (MA)*, 1952, 47(1), viii, p. 223, hanno elencato ben 164 definizioni di “cultura”.

⁹³ F. LUCCHINI, *La culture au service des villes*, Paris, Anthropos, 2002, p. 8, parla di relazioni che questo concetto intrattiene con quattro grandi sfere: la natura, la religione, le arti e le lettere, la civilizzazione.

⁹⁴ Il rilievo, ovviamente, prescinde dalle dimensioni nazionali: si veda, in Francia, P. MOULINIER, *Les politiques publiques de la culture en France*, Paris, PUF, 2013, p. 12: «La sfera culturale, che è caratterizzata da un’eterogeneità intrinseca, è composta quanto da strutture di diritto pubblico tanto da strutture di diritto privato, tanto di enti pubblici quanto d’imprese industriali e commerciali e da associazioni a scopi non lucrativi».

⁹⁵ R. CAPOMOLLA, R. VITTORINI (a cura di), *L’architettura INA-Casa (1949-1963). Aspetti e problemi di conservazione e recupero*, Roma, 2003.

⁹⁶ Immobili costituiti da unità abitative, negozi ed uffici nel rispetto di determinate proporzioni stabiliti in base alla l. 408/1949.

⁹⁷ A. LEPORE, *La Cassa per il Mezzogiorno e la Banca mondiale: un modello per lo sviluppo economico italiano*, Soveria Mannelli, 2013.

⁹⁸ A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, Milano, 2014, p. 264: «la conoscenza dei fatti non può essere riservata alla pubblica amministrazione perché riservare il fatto alla pubblica amministrazione equivale ad amputare la giurisdizione di un suo carattere fondamentale».

che, e dunque una *full jurisdiction* in quest'ambito, possano trovare fondamento nel ritenere le decisioni amministrative come puramente interpretative della norma⁹⁹;

2) in ambito culturale, ci sono circostanze nelle quali non è l'opinabilità in sé a rilevare (s'è visto, l'opinabile è l'anima del culturale), quanto la appropriatezza e, per quanto possibile, la completezza delle analisi compiute, che naturalmente influiscono sulla decisione e sulle sue motivazioni¹⁰⁰; il giudizio, insomma, può essere *inattendibile* non solo per inadeguatezza di chi lo ha espresso, né, in sé, del procedimento, ma per la sua incompletezza; sicché appaiono

⁹⁹ E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, p. 41: «L'amministrazione non fa altro che interpretare il dato normativo, accertare il fatto e valutare, secondo i parametri tecnici della scienza richiamata dalla norma, senza dover eseguire alcuna valutazione di opportunità o di merito, di per sé estranea all'accertamento di natura tecnica che non è espressione di autorità; nella stessa posizione dell'amministrazione è il giudice rispetto alla norma nel momento in cui la interpreta, accerta il fatto e valuta il dato tecnico richiamato nella norma. Non si può affermare, pertanto, che il giudice vada ad esprimere un giudizio riservato al potere dell'amministrazione. Il giudice, se compie un'indagine piena e diretta sulla valutazione tecnica, dà semplicemente esecuzione alla norma, anche quando i parametri da applicare siano opinabili e rispetta, altresì, la garanzia di tutela affermata nella Costituzione»; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, p. 397 ss.: «ci possiamo anche chiedere se l'autorità preposta alla tutela delle cose di interesse storico e artistico che si accinge ad assumere un provvedimento di vincolo di un determinato bene abbia un potere di valutazione della fattispecie normativa astratta (e quindi un potere di stabilirne in astratto e a priori la portata, confrontando poi con essa una situazione di fatto data, rispetto alla quale ad essa non compete alcun intervento di valutazione) oppure abbia un potere di apprezzamento del fatto (e quindi un potere di riportare quest'ultimo, come da essa accertato sulla base di una propria valutazione, ad una fattispecie normativa fissa) o ancora disponga di un vero e proprio potere di apprezzamento e di scelta su entrambi i versanti dell'operazione sillogistica di sussunzione del fatto nella norma. Così possiamo discutere se l'attività di valutazione – ancora prima di essere un potere – concerna la norma o il fatto concreto da sussumere nella norma; se essa riguardi, ad un tempo – e magari indistintamente entrambi gli aspetti; se essa si risolva nella mera attività di interpretazione della legge o se involga attività di accertamento del fatto concreto; se la pluralità di soluzioni applicative connesse con la norma imprecisa derivi dall'opinabilità della interpretazione della norma o dall'opinabilità del dato della realtà da sussumere in essa; e così via. Tuttavia, ciò che a noi interessa, nella prospettiva che ci siamo posti, che è quella di individuare un fenomeno valutativo al quale sia corretto assegnare un regime giuridico di affidamento riservato all'amministrazione (con la conseguenza della sua sottrazione ad un controllo pieno del giudice di legittimità) è di capire se l'amministrazione si trovi in relazione all'attuazione della norma che disciplina gli interventi amministrativi di vincolo a fini storici e artistici in una condizione di potere in ordine alla valutazione delle condizioni di particolare pregio artistico e storico del bene (che possiamo anche convenzionalmente chiamare potere di valutazione del fatto) o se la sua attività di valutazione costituisca mera attuazione della norma e possa essere come tale riesaminata in sede di sindacato di legittimità alla stregua di qualsiasi altra attività semplicemente applicativa della legge; e per comprendere questo non possiamo che risalire alla legge e definire, mediante l'attività interpretativa, se, alla stregua dei criteri di carattere soggettivo e di carattere sostanziale (...), siamo o meno in presenza di un'attribuzione di potere avente ad oggetto la valutazione del fatto». La questione è tuttavia molto risalente: si veda già C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, 1936, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1972, p. 997 ss.

¹⁰⁰ Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, p. 151: «il mancato ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio non permette una ricostruzione dei fatti posti a fondamento della valutazione medesima, il che, a sua volta, impedisce prim'ancora che la sostituzione della valutazione del giudice a quella effettuata dall'amministrazione, la semplice verifica dell'attendibilità scientifica della decisione amministrativa assunta».

seriamente ostativi a qualsiasi ipotesi di *full jurisdiction* alcune visioni tradizionali dei poteri giurisdizionali in confronto alla discrezionalità tecnica, per le quali:

a. più la soluzione a base tecnico scientifica è opinabile, più è interdetto l'intervento del giudice¹⁰¹; ci si può interrogare se, a fronte di una valutazione o un giudizio non semplicemente opinabili, ma carenti, o impropriamente riduzionisti, adottati dall'amministrazione per una decisione che leda significativamente una situazione soggettiva, non ci sia altra strada che farli pregiudizialmente prevalere, perché in fin dei conti questo è il risultato del *self restraint* giudiziario¹⁰²;

¹⁰¹ Lo dice bene D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Gior. dir. amm.*, 1999, 1179: «distinguendo fra opinabilità degli accertamenti tecnici dell'amministrazione, la quale, di per sé, non sarebbe sufficiente a legittimare un controllo sostitutivo del giudice, e la loro inattendibilità che (sola) invece lo legittimerebbe, il Consiglio di Stato mostra una certa (ragionevole) preoccupazione di salvaguardare un minimo di spazio riservato all'amministrazione». Si veda anche, di recente, G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 177; tuttavia, a giudizio di L. IEVA, *Valutazioni tecniche e decisioni amministrative. La c.d. discrezionalità tecnica dopo la decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV del 9 aprile 1999 n. 601 e la legge n. 205 del 2000 in materia di giustizia amministrativa*, in www.giustamm.it, «la quaestio facti rilevante - ribadisce la decisione - non si trasforma mai in una questione di opportunità solo per la sua opinabilità» e poi, il ricorso alle cognizioni tecniche serve «anche per attingere maggiori certezze derivanti dall'utilizzo di regolarità ontologiche, di probabilità, statistiche o basate su un'accurata e scientifica riflessione teorica, piuttosto che affidare tutto alla mera scelta dell'operatore pubblico»; secondo F.G. SCOCA, *Consulenza tecnica d'ufficio*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, p. 563 ss., «il giudice amministrativo non ricorre con facilità alla consulenza tecnica, soprattutto quando le conoscenze tecniche o scientifiche da impiegare per la soluzione dei profili tecnici della controversia siano opinabili o le valutazioni siano rimesse alla sensibilità dell'esperto»; parla di atteggiamento “refrattario” del giudice amministrativo G. D'ANGELO, *La consulenza tecnica nel processo amministrativo fra prassi consolidate e spunti innovativi*, cit., p. 595. In giurisprudenza, si può vedere Cons. Stato., sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302, e sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3360: «Questo Consiglio ha infatti chiarito che la dichiarazione della qualità di interesse culturale di un bene è basata sull'esercizio di discrezionalità tecnica, con l'applicazione di cognizioni tecnico - scientifiche specialistiche, per cui il sindacato del giudice concerne la logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerata anche per il profilo della correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, restando però fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, potendo quindi il giudice amministrativo censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, affinché il suo sindacato, pur non restando estrinseco, non divenga sostitutivo di quello dell'Amministrazione con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile (Sez. VI: 6 maggio 2014, n. 2295; 14 luglio 2011, n. 4283); ciò che risulta in particolare riguardo al giudizio in materia storico-artistica, ovvero per il profilo etnoantropologico, che, pur ancorato a criteri tecnici, presenta margini notevoli di opinabilità per la stessa natura delle discipline applicate (Sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2019)».

¹⁰² Già F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 433, aveva rilevato che «quando la tecnica sia comunque incorporata nel diritto, tanto l'applicazione di un criterio tecnico inadeguato quanto il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti inevitabilmente comportano un vizio di legittimità dell'atto [...] i dubbi di carattere scientifico non si risolvono con lo strumento del potere, come pur si pensava in altri tempi: per questo aspetto, la bilancia del giudice vale quanto la spada dell'amministratore». Più di recente, G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, p. 205: «Il giudice, si dice, non può sostituire il suo giudizio a quello che l'amministrazione ha espresso, in modo necessariamente, opinabile, sulla base di una scienza o di una tecnica diversa dal diritto», ma l'opinabilità non vale ad inibire il controllo ma «al più, giustificare l'obbligo del giudice di far salva la

b. proprio perciò (poiché si assume che l'opinabile non sia giudicabile dal giudice amministrativo¹⁰³) non ci sia spazio per il vaglio degli indici di proporzionalità¹⁰⁴, o del legittimo affidamento¹⁰⁵.

3) Entrambi gli assunti della proposizione sub 1) (ampiezza dell'opinabilità in virtù dei saperi appropriati, rilevanza di altri interessi non eludibili) rendono tuttavia arduo continuare a parlare di una discrezionalità tecnica ristretta, ed infatti non di rado la giurisprudenza rileva una casistica che si mostra in forma di “discrezionalità mista”¹⁰⁶ o di discrezionalità amministrativa” tout court¹⁰⁷ (e talora, riferita anche ad opzioni politiche¹⁰⁸). Dunque, è possibile che una propensione di *full jurisdiction* possa consistere:

valutazione dell'amministrazione che si mantenga all'interno di quel margine anche se di valutazioni potrebbero esservene altre altrettanto plausibili».

¹⁰³ Secondo F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., p. 313 ss., qualora il giudizio dell'amministrazione «risulti corretto e quindi attendibile ancorché opinabile, ad esso il giudice non può sostituire un proprio diverso apprezzamento, che sarebbe opinabile pure esso»; non diversamente A. AZZENA, *Spunti per una riflessione su: regole tecniche e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano, 1988, p. 599.

¹⁰⁴ T.A.R. Roma, sez. II, 9 luglio 2013, n. 6756: «costituisce apprezzamento di merito, non sindacabile oltre i limiti sopra esposti, la verifica dell'estensione dell'area o da sottoporre a vincolo». Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2004, n. 708, ha ritenuto «priva di fondamento l'ultima censura, con cui è stato dedotto il vizio di eccesso di potere per illogicità, irrazionalità ed erroneo presupposto, non potendo l'immobile essere destinato al servizio del museo archeologico senza alterazione dell'originaria condizione dello stesso. Al riguardo, è sufficiente rilevare che, una volta accertato la adeguatezza e la ragionevolezza delle ragioni che hanno condotto l'amministrazione ad esercitare il diritto di prelazione, risulta del tutto irrilevante l'eventuale destinazione a servizio del museo archeologico, in quanto si tratta di circostanza non attuale che attiene alla successiva fase di gestione del bene e che comunque non si pone in alcun modo in contrasto con il vincolo in questione».

¹⁰⁵ Cons. Stato, sez. VI, 3 luglio 2012, n. 3893.

¹⁰⁶ T.A.R. Roma, sez. II, 05 ottobre 2015, n. 11477: «Nel caso di tutela dei beni culturali, la valutazione dell'interesse culturale è caratterizzata da una discrezionalità mista, nella quale si compenetrano elementi di discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa. Tale particolare configurazione è dovuta alla peculiarità del potere attribuito all'Amministrazione nelle materia in questione, nel cui esercizio occorre tener conto non soltanto dei vari interessi, pubblici e privati, che possono venire in rilievo nella valutazione, ma altresì di una serie di profili tecnici – c.d. fatti complessi – relativi agli aspetti storici ed architettonici del bene».

¹⁰⁷ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, R. SAVOIA, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Napoli, 2005, p. 198 ss.

¹⁰⁸ T.A.R. Milano, sez. I, 4 settembre 2014, n. 2306: «non esiste una riserva di amministrazione sugli apprezzamenti tecnico-discrezionali in sé considerati; il giudice amministrativo (anche nella giurisdizione di legittimità) non incontra alcun limite di accesso al fatto; un controllo "debole" sugli apprezzamenti tecnico - discrezionali può ammettersi solo allorché l'accertamento del fatto equivalga alla individuazione implicita degli interessi che il potere stesso mira a soddisfare; Lo sconfinamento nella sfera del merito è configurabile solo quando la statuizione del giudice si spinga a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto giacché, in tal caso, la volontà dell'organo giudicante finisce per sostituirsi a quella dell'amministrazione. In definitiva, il potere è l'effetto di una fattispecie, l'interpretazione dei cui presupposti spetta al giudice. In un primo novero di casi, pure solitamente ricondotti alla nozione di discrezionalità tecnica ma che, secondo il Collegio, sarebbe meglio definire in termini di "valutazione tecnica complessa non discrezionale", i fatti presupposti dal provvedimento, per quanto di opinabile accertamento, sono pur sempre presi in considerazione dalla norma nella loro dimensione oggettiva di "fatto storico" giuridicamente rilevante. La norma di azione, qui, indica con precisione il bisogno tutelato e gli strumenti per farvi fronte, ragione per cui la tutela giurisdizionale, per essere effetti-

a. nel trattare queste decisioni per quello che oggi sono, e dunque accettare che c'è discrezionalità, anche se su base tecnico scientifica, la quale è ampia e spesso interdisciplinare¹⁰⁹;

b. in conseguenza, nell'ammettere il vaglio giurisprudenziale non solo sulle operazioni presupposte a carattere cognitivo e valutativo, ma anche sulla decisione amministrativa che ne consegue, proprio in quanto discrezionale¹¹⁰;

c. nel considerare che l'annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo non è la chiusura di un'operazione, dunque non è una decisione amministrativa, che dunque non ne viene sostituita; esso può conseguire alla rilevazione di una inappropriatezza di quella adottata dall'amministrazione, che, nella logica del diritto amministrativo contemporaneo, è causa di invalidità giuridica dell'atto, e della sua incapacità di incidere su situazioni soggettive, ledendole¹¹¹. L'annullamento si conferma così come una

va, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena verifica del fatto sotto il profilo della sua verità. In altre ipotesi, per le quali invece è effettivamente utile e pregnante il termine "discrezionalità tecnica", presupposto del provvedimento non è il mero fatto storico, ma il fatto "mediato" e "valutato" dalla pubblica amministrazione. Qui, l'attività valutativa e integrativa della p.a. equivale a descrivere "implicitamente" l'interesse pubblico che l'atto stesso mira a soddisfare. Tale tipologia di apprezzamento tecnico appartiene qualitativamente all'area della vera e propria discrezionalità, distinguendosi da quella denominata "amministrativa" sol perché vi difetta la valutazione comparativa con altri interessi secondari, concretandosi nella sola identificazione dell'unico interesse pubblico sotteso all'accertamento del fatto. L'insindacabilità della scelta tecnica si giustifica qui in virtù della peculiare "politicità" della scelta tecnica per la quale il giudice sconta un difetto di legittimazione democratica. In altre parole, nell'accertamento tecnico discrezionale (nella nozione specificatamente circoscritta) la valutazione dell'organo concorre a definire compiutamente la fisionomia dell'interesse pubblico primario assegnato alla cura della p.a.; nel prosieguo dello stesso procedimento, può essere richiesto all'amministrazione anche il bilanciamento con altre istanze pubbliche e private, ma tale ulteriore ed eventuale segmento procedimentale, in cui si esercita la "discrezionalità amministrativa", rimane concettualmente ben distinto dal primo stadio. Alla luce di tale ricostruzione teorica, si spiega agevolmente perché il sindacato su tale peculiare manifestazione di giudizio denominata "discrezionalità tecnica", al pari di qualunque determinazione realmente discrezionale (perché impinge nelle modalità di cura dell'interesse pubblico), debba essere contenuto nei limiti del controllo estrinseco. Sul versante della tutela, ne consegue per il giudice l'impossibilità di sostituire la valutazione compiuta dall'organo amministrativo, salvo sanzionarne "ab externo" l'irragionevolezza».

¹⁰⁹ in effetti, per usare gli argomenti di una nota dottrina, «in sede civile ordinaria – cioè dove la full jurisdiction trova più tradizionale ambito - la nozione di discrezionalità tecnica, che pure è stata presente, è da ritenersi superata. Ciò significa che il giudice civile conosce con la pienezza dei suoi strumenti istruttori dell'attività compiuta dall'Amministrazione (...) In sede penale il problema neppure si pone»: così V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, p. 415; osservano il medesimo fenomeno G. C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, cit., p. 140; M. V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, Cedam, 2012, p. 338; ma già prima V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, p. 215, aveva rilevato che gli apprezzamenti tecnici «non danno luogo in se stessi ad attività discrezionale, non importando valutazioni dell'interesse pubblico».

¹¹⁰ già per M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 488 ss. nei « giudizi tecnici valutativi [...] la separazione è più una divisione ideale che reale: la connessione tra giudizio tecnico e decisione amministrativa è strettissima».

¹¹¹ Cfr. Cass. Civ., Sez. Un, 20 gennaio 2014, n. 1013: «L'esercizio della discrezionalità tecnica, non essendo espressione di un potere di supremazia della pubblica amministrazione, non è di per sé solo idoneo a

raffinata possibilità di *full jurisdiction*¹¹², in questioni che involgono la divisione dei poteri, poiché garantisce tutela alle situazioni giuridiche rimettendo però la decisione, più consapevole, esperta, e dunque attendibile, all'organo attivo cui per legge spetta¹¹³.

4) In conseguenza, si può accettare che la giurisdizione, anche quella amministrativa, sia pienamente legittimata:

a. a sindacare, come del resto già talora fa, la considerazione compiuta e completa dei fatti e degli argomenti scientifici rilevanti nel caso¹¹⁴; l'intervento del giudice, infatti, anche se basato su un ausilio tecnico scientifico – di parte o di ufficio – (l'art. 63, comma 4, c.p.a. consente una consulenza tecnica d'ufficio non solo di «*accertamento di fatti*», ma anche di «*acquisizione di valutazioni*»), può rilevare la maggiore complessità del caso rispetto a quanto sia stato considerato dall'amministrazione, e qualora ne ravveda la necessità, l'incarico al CTU potrebbe consistere nella mera rilevazione di elementi tecnico scientifici maggiori o ulteriori o seriamente difformi da quelli usati per il provvedimento in giudizio, e sulla loro attendibilità (consulenza tecnica cd. *deducente*¹¹⁵), senza perciò

determinare l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che dal provvedimento amministrativo siano eventualmente pregiudicati. Non può perciò sostenersi che chi lamenti la lesione del proprio diritto, a causa del cattivo esercizio della discrezionalità tecnica, non possa chiederne l'accertamento al giudice, il quale non potrà quindi esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce evidente conferma il fatto stesso che il giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica».

¹¹² Lo ha riconosciuto anche la CEDU: cfr. la sent. 28 maggio 2002, 35605/97, Kingsley c. the United Kingdom: «*the concept of 'full jurisdiction' implies that the reviewing court not only considers the complaint but has the ability to quash the impugned decision and to remit the case for a new decision by an impartial body*»; in termini anche CEDU, 11 dicembre 2006, caso 73695/01, Nedzeda c. France.

¹¹³ Si può spiegare così anche la (altrimenti equivoca) affermazione recata in Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595: «*il sindacato di full jurisdiction implica, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un continuum tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale*».

¹¹⁴ M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1602.

¹¹⁵ L. GIANI, *La fase istruttoria*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, p. 389 ss. rileva la duplice possibilità della consulenza tecnica in ausilio al Giudice: «*da un lato nel cosiddetto consulente "deducente", chiamato cioè ad effettuare una semplice valutazione dei fatti già acquisiti ed asseverati, ed il consulente "percipiente", chiamato non solo ad effettuare la valutazione ma anche a costituire esso stesso fonte di prova, ad esempio rendendo una dichiarazione di scienza su fatti di cui ha avuto conoscenza, risultando così di fatto la sua opera assimilabile alla testimonianza*». Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 2004, n. 1261, richiama «*la distinzione concettuale elaborata dalla giurisprudenza civile, sia pure in ambito e con finalità non coincidenti con quelli della presente vicenda processuale, tra consulente deducente cui il giudice affida l'incarico di valutare i fatti da lui stesso accertati o dati per esistenti e consulente percipiente, chiamato invece ad accertare i fatti stessi. Nel primo caso la consulenza presuppone l'avvenuto espletamento dei mezzi di prova e ha per oggetto la valutazione di fatti i cui elementi sono già stati completamente provati dalle parti; nel secondo caso la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, senza che questo significhi, tuttavia, che le parti possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti*

asserire che quelli debbano prevalere su questi, ma solo pretendendo che vengano valutati e considerati¹¹⁶. Ciò non richiede necessariamente una ripetizione giudiziaria delle indagini specialistiche svolte nell'istruttoria amministrativa, e dunque può supportare una tecnica di sindacato intrinseco sia "forte" che "debole", né tantomeno una ingerenza nelle valutazioni dell'interesse pubblico effettuate dalla p.a.¹¹⁷; anche se non si esclude che possa farlo¹¹⁸;

b. a sindacare anche la decisione susseguente alle valutazioni tecnico-scientifiche, in quanto discrezionale, e dunque – secondo canoni ormai stabilizzati – la congruenza logica con i presupposti tecnico scientifici ampi e completi, ma anche, alla luce di questi ultimi, la comparazione effettuata con gli altri interessi in gioco (che, s'è visto, non possono soggiacere in forza di una primarietà pregiudiziale di quello culturale, il quale ne verrebbe svilito perché tenuto astruso dalla evoluzione rigenerativa propria dell'esperienza umana¹¹⁹), la ragio-

all'attività del consulente. In questo secondo caso è necessario, infatti, che la parte quanto meno deduca il fatto che pone a fondamento del proprio diritto e che il giudice ritenga che il suo accertamento richieda cognizioni tecniche che egli non possiede o che vi siano altri motivi che impediscano o sconsiglino di procedere direttamente all'accertamento (Cass., sez. un., 04-11-1996, n. 9522)... In conclusione, la consulenza tecnica, pur disposta d'ufficio, non è certo destinata ad esonerare la parte dalla prova dei fatti dalla stessa dedotti e posti a base delle proprie richieste, fatti che devono essere dimostrati dalla medesima parte alla stregua dei criteri di ripartizione dell'onere della prova posti dall'art. 2697 c.c., ma ha la funzione di fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di cognizioni tecniche non possedute (tra le altre, Cass., sez. lav., 10-12-2002, n. 17555)». E. Caracciolo La Grotteria, cit., p. 145 ss.

¹¹⁶ G. SAPORITO, *Consulenze tecniche e discrezionalità. Nota a Consiglio di Stato Sez. V - Sentenza 5 marzo 2001, n. 1247 e Sez. IV - Ordinanza 10 aprile 2001 n. 2176*, in www.giustamm.it: «La c.t.u., all'indomani della legge 205/2000, consente - soprattutto in determinati ambiti altamente tecnologici - di censurare in sede giurisdizionale il vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti, per falsità dei presupposti, per difetto di istruttoria, per irrazionalità della scelta tecnica operata dall'amministrazione (vizi la cui prospettabilità è garantita dall'art. 113, comma 2 Cost.), ricorrendo a mezzi istruttori che disaggregano i profili tecnici dall'esercizio del potere amministrativo (...) Quindi, il giudice amministrativo deve avere strumenti istruttori adeguati per sottoporre a verifica diretta le c.d. operazioni tecniche svolte dall'amministrazione, al fine di vagliarne la correttezza e, quindi, di poter annullare l'atto impugnato se il giudizio tecnico dell'amministrazione risulti inattendibile o anche solo scarsamente verosimile»; cfr. anche Cass., Sez. I, 10 settembre 2013, n. 20695; Cass., Sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4792 e, da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165: «a fronte di valutazioni tecnicamente complesse il sindacato giurisdizionale deve, infatti, avvenire "con gli occhi dell'esperto", ovvero riutilizzando le stesse regole tecniche impiegate dall'Autorità: il giudice deve valutare se, da un punto di vista tecnico-specialistico, la scelta dell'Autorità risulti attendibile e ragionevole, senza confondere il piano della difficile intelligibilità (che è il riflesso fisiologico della complessità tecnica della materia regolata) con quello della irragionevolezza o dell'inadeguatezza motivazione».

¹¹⁷ Cons. Stato, sez. V, 11 agosto 2010, n. 5638.

¹¹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165: «il sindacato giurisdizionale [...] in questi casi deve essere particolarmente approfondito, specie sotto il profilo dell'attendibilità, della ragionevolezza e della adeguata motivazione, proprio al fine di evitare che l'utilizzo della tecnica possa giustificare una forma di arbitrio nell'esercizio della regolazione».

¹¹⁹ F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, cit., p. 505: «nella difficile opera di bilanciamento di interessi alla quale spesso gli organi competenti sono chiamati nelle decisioni in materia di tutela di beni-cose, laddove di questi non sia possibile – né ora né, presumibilmente, in futuro – una effettiva fruizione collettiva, non pare potersi ammettere la recessività di ogni altro interesse (o

nevolezza, la proporzionalità, la adeguatezza, la considerazione dei risultati perseguiti, anche alla luce dell'indirizzo politico desumibile dalle norme positive; ma poiché queste sono sempre più (s'è visto) generiche e indeterminate¹²⁰, per un verso il giudizio si può giovare di ausili rilevabili dal lavoro di comunità esperte¹²¹, e per altro verso va considerato anche l'indirizzo politico-amministrativo interposto, disposto cioè mediante atti di quel genere (direttive, piani, programmi, progetti e simili);

“valore”) rispetto a quello della conservazione (almeno della conservazione in loco) del bene stesso. Se, in altri termini, tale conservazione, non traducibile per ragioni oggettive nella suddetta fruizione, impedisce la realizzazione di altre opere la cui funzione è quella di realizzare altri interessi costituzionalmente tutelati (per esempio la protezione dell'ambiente e della salute collettiva, perseguita facilitando la mobilità e riducendo i percorsi veicolari e il conseguente inquinamento con infrastrutture stradali adeguate), le scelte dovrebbero, secondo me, privilegiare questi ultimi. Altrimenti ragionando, il volere (talora il privilegio) di pochi finisce con il prevaricare sulle libertà di tutti, in una sorta di concezione “paraproprietaria” dei beni cui talora certe soprintendenze (forse comprensibilmente sul piano umano, assai meno su quello funzionale) indulgono».

¹²⁰ Ad esempio, si può considerare il disposto dell'art. 10, terzo comma, lett. d, del d.lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali), che consente il vincolo per beni che siano testimonianza della "cultura in genere"; in base a ciò, Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 24 febbraio 2017, n. 443 ha ritenuto legittima l'imposizione di un vincolo sul Velodromo Maspes-Vigorelli di Milano, in quanto *«appare fuori discussione l'importanza del Velodromo nella storia del ciclismo in Italia, oltre che la popolarità di tale sport nel nostro Paese (forse secondo solo al calcio), tanto è vero che il ciclismo ha interessato non solo numerosissimi tifosi, ma ha attirato l'attenzione di importanti esponenti del mondo della cultura e della letteratura (si pensi ad esempio a Dino Buzzati o a Gianni Brera). Non appare quindi possibile sostenere che uno sport come il ciclismo non sia un importante fenomeno di costume, che riflette la storia - nel senso più ampio - d'Italia, né che una struttura come il "Vigorelli-Maspes" non sia (per usare l'espressione 10, terzo comma, lett. d, del d.lgs. n. 42/2004 - Codice dei beni culturali), una testimonianza della "cultura in genere", ovvero della "identità e della storia delle istituzioni [...] collettive».* Per una fattispecie analoga, si veda già Cons. Stato, sez. VI 30 giugno 2011 n. 3894.

¹²¹ Per analogia si rivela interessante l'evoluzione subita dalla qualificazione artistica di opere dell'*industrial design*, escluse dalla protezione nella legislazione italiana degli anni 40, e poi introdotta in sede di recepimento della Direttiva 98/71/CE che ha comportato l'aggiunta all'art. 2 della Legge sul diritto d'autore del n. 10, ove si prevede che sono ricomprese *«nella protezione [del diritto d'autore] le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico».* La recente Cass. civ., 13 novembre 2015, n. 23292, ha rinunciato ad individuare una definizione di valore artistico, ritenendo più opportuno rimettersi a parametri tratti da luoghi esperti per accertare in concreto la sussistenza del presupposto (che è considerato “un valore diverso ed aggiunto al prodotto rispetto a quello della sua funzionalità”), sulla base di una valutazione da effettuare comunque caso per caso: *«il criterio forse più rilevante appare essere quello del riconoscimento che l'oggetto di design ha ricevuto da parte degli ambienti culturali ed istituzionali circa la sussistenza di qualità estetiche ed artistiche che consentano di attribuire a detto oggetto un valore ed un significato che trascende quello della sua stretta funzionalità e della mera eleganza e gradevolezza delle forme» [...] Le circostanze che evidenziano siffatto riconoscimento possono essere, tra l'altro, l'esposizione dell'opera in mostre o in musei, la pubblicazione su riviste specializzate non a carattere commerciale, la partecipazione a manifestazioni artistiche, l'attribuzione di premi, gli articoli di critici esperti del settore e quant'altro», come la “circostanza che un opera di design industriale divenga oggetto di vendita nel mercato artistico e non già in quello puramente commerciale oppure che in quest'ultimo mercato l'opera acquisti un valore particolarmente elevato da lasciare intendere che al valore puramente commerciale si sia aggiunto nella valutazione del pubblico anche quello artistico».* Di recente, la Cassazione ha anche precisato che il valore artistico non possa essere escluso dalla serialità della produzione degli articoli concepiti progettualmente, che è connotazione propria di tutte le opere di tale natura (Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2017, n. 7477).

c. a censurare decisamente i casi in cui la decisione amministrativa abbia contenuti propriamente politici¹²², poiché delle due l'una: o i rilievi politici (come è ben possibile) sono trattati in termini tecnico scientifici, ed allora il giudice è pienamente abilitato a vagliarli nei sensi anzidetti, o si tratta di intendimenti, di delibere sinceramente politiche, nel qual caso effettivamente il Giudice non può sindacarle, ma non dovrebbe spettare all'organo amministrativo esprimerli, poiché esso dovrebbe riceverli da quello competente, politico a sua volta, mediante atti di indirizzo, come ad esempio il decreto ministeriale previsto dall'art. 17, comma 2 del codice, in ordine alla definizione di criteri autorevoli, condivisi, ed uniformi per la catalogazione, la conservazione e la valorizzazione¹²³;

d. ad usare consapevolmente le potenzialità dell'annullamento giurisdizionale¹²⁴, che non è la sostituzione della decisione amministrativa, ma lavora

¹²² Vorrei rammentare l'argomento di V. BACHELET, *L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1967, che riconduce il necessario ricorso alla tecnica al principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

¹²³ E' interessante al riguardo il caso esaminato da T.A.R. Roma, sez. II, 14 ottobre 2016, n. 10272, in cui si lamentava che l'Amministrazione dei Beni Culturali non avesse sufficientemente considerato il compito di "tutela" e "valorizzazione", in quanto strumentali allo "sviluppo della cultura", fine superiore e d'interesse generale garantito solo dalla massima fruibilità pubblica e dalla circolazione dei beni in questione, impedendo la circolazione all'estero di un'opera di Alberto Burri senza tenere in conto che la tutela sarebbe già assicurata dalla presenza di molte opere di quell'autore nel territorio nazionale; mentre una maggiore valorizzazione andrebbe perseguita sul piano internazionale favorendo la libera circolazione delle rimanenti opere, tra cui quella in questione, anche perché nel contemporaneo la storia espositiva e critica dell'opera ne rivela proprio la dimensione internazionale; al riguardo, «*il Collegio non nega che questa valutazione comporti un delicato bilanciamento da farsi caso per caso, non essendo certamente prospettabile a priori un atteggiamento preclusivo di qualsivoglia circolazione internazionale dei beni culturali. Ciò nondimeno, in questa materia, come riconosce lo stesso ricorrente, ai profili di discrezionalità tecnica si affiancano quelli di discrezionalità pura riconducibili alla cd. "politica culturale", la quale sfugge al sindacato di pura legittimità del giudice amministrativo, nella misura in cui - come accade nel caso di specie - non sussistano profili di evidente irragionevolezza: profili esclusi dai rilevati carattere di peculiarità ascrivibili all'opera specifica, ben oltre la considerazione del dato meramente numerico*».

¹²⁴ Altrimenti, la strada è quella paventata da M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, cit., p. 1602: «*Il giudice amministrativo dovrebbe operare come un giudice di secondo grado nei confronti di una sentenza di primo grado: dovrebbe, cioè, esercitare, almeno rispetto all'apprezzamento dei fatti (anche complessi e opinabili), un potere di riesame del tutto sostitutivo, ponendo in essere un novum iudicium e comportandosi, dunque, come "un giudice d'appello che esamina il fascicolo e se ne riappropria ex novo, come richiesto dall'articolo 6 della Cedu". [...] Insomma, alla luce degli obblighi internazionali discendenti dalla Cedu, la tradizionale definizione del nostro processo amministrativo come rimedio cassatorio (perché ispirato, almeno in origine, al limitato sindacato di legittimità della cassazione), potrebbe essere riformulata riconoscendo che la cognizione oggi richiesta al giudice di legittimità e, in realtà, sempre più, quella di un giudice d'appello; il giudice amministrativo, ove richiesto, può e deve spingersi a sostituire la propria decisione a quella dell'amministrazione, non limitandosi ad un riesame estrinseco e di mera legittimità dei presupposti del provvedimento amministrativo impugnato*».

perché essa sia più appropriata, costringendola a considerare la complessità del nostro tempo, la pluralità di soluzioni possibili, e dunque a discernere meglio¹²⁵.

¹²⁵ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, p. 264: “la corretta ricostruzione e valutazione dei fatti rappresenta una condizione generale per la “giustizia” della decisione».