

FORO AMMINISTRATIVO TAR
Anno IV Fasc. 9 - 2005

Paolo Divizia

**NUOVA DISCIPLINA DEL SILENZIO
E REGIME GIURIDICO DEI BENI
DI INTERESSE CULTURALE APPARTENENTI
AD ENTI PUBBLICI E PERSONE
GIURIDICHE PRIVE DI SCOPO DI LUCRO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

RASSEGNE, ARTICOLI E DOCUMENTAZIONE

[3108/12] NUOVA DISCIPLINA DEL SILENZIO E REGIME GIURIDICO DEI BENI DI INTERESSE CULTURALE APPARTENENTI AD ENTI PUBBLICI E PERSONE GIURIDICHE PRIVE DI SCOPO DI LUCRO

SOMMARIO: *Introduzione.* — 1. Le recenti modifiche normative. Quadro sintetico dell'assetto legislativo. — 2. Verifica dell'interesse culturale e meccanismo del silenzio-assenso. — 3. Le novità normative. Alcune riflessioni critiche. — 4. Silenzio-inadempimento e nuovi poteri decisionali del giudice amministrativo. — *Osservazioni conclusive.*

Introduzione.

Nella legislazione di settore, un profilo di evidente differenziazione nella disciplina dei beni di interesse storico-artistico è tradizionalmente rappresentato dal regime di appartenenza della cosa.

Già a partire dalla legge di tutela fondamentale 1° giugno 1939 n. 1089 vennero evidenziati, infatti, regimi giuridici distinti a seconda che il bene in oggetto fosse inquadrabile nella categoria dei beni di proprietà privata, dei beni appartenenti a persone giuridiche riconosciute ovvero fosse di proprietà pubblica (individuandosi poi due ulteriori sottocategorie, ossia i beni di proprietà dello Stato e quelli di proprietà degli enti pubblici territoriali).

In relazione a questa pluralità di assetti proprietari, il legislatore (sia nella legge del 1939, sia nel testo unico del 1999 ed infine nel codice dei beni culturali del 2004) ha istituito regimi di tutela differenziati all'interno di un complesso normativo in cui solo alcuni settori della disciplina si applicano indistintamente a tutti i beni, mentre altri interessano solo quelli appartenenti ad una singola categoria.

A ben vedere, dunque, la condizione di appartenenza dei beni culturali, seppur considerati dall'ordinamento in maniera sostanzialmente unitaria sotto il profilo del valore e dell'esigenza di protezione, determina l'applicazione di strumenti normativi distinti (1).

Questa circostanza trova storicamente spiegazione nell'idea (fatta propria dal legislatore) che l'appartenenza di un bene culturale a soggetti che hanno finalità lucrative (si pensi ad una società commerciale) ovvero siano dotati di una totale autonomia negoziale e dispositiva (principio di autonomia e libertà negoziale riconosciuta all'individuo ex art. 1322, c.c.) renda necessaria la predisposizione di

(1) Si veda a tal proposito il contributo di V. CERULLI IRELLI, *I beni culturali nell'ordinamento italiano vigente*, in M.P. CHITI (a cura di), *Beni culturali e Comunità europea*, Milano 1994, 11 ss.

meccanismi di controllo pubblico più penetranti; al contrario, detta esigenza sarebbe avvertita in maniera meno pressante per i beni che appartengono a soggetti pubblici o ad enti ed istituti privati riconosciuti, la cui attività non è condizionata dal fine di lucro e, in ogni caso, è funzionalizzata al perseguimento di un interesse pubblico (2).

Nel quadro dei regimi di appartenenza dei beni culturali, la proprietà pubblica mantiene un carattere di eventualità e seppur i beni culturali in mano alle amministrazioni siano, dal punto di vista qualitativo e quantitativo, assolutamente prevalenti, non esiste una generale riserva di appartenenza dei beni culturali in favore dello Stato, potendo detti beni essere anche oggetto di proprietà privata (3).

Va quindi riconosciuto che, sebbene possa essere ravvisato nell'art. 9, Cost. (che parla espressamente di « [...] patrimonio storico e artistico della Nazione ») un principio-guida che ispiri il legislatore all'uniformità di disciplina, anche all'interno della stessa categoria dei beni di interesse culturale di titolarità pubblica il regime giuridico non è mai stato unitario ed il sovrapporsi della normativa del codice civile alla l. n. 1089 del 1939 ha reso ancor più complessa la ricostruzione dogmatica del regime giuridico di questi beni, in quanto si sono ivi sovrapposti il profilo dell'« interesse artistico » con il carattere della « demanialità ».

In particolare, il codice civile opera una distinzione attribuendo ad alcuni beni di interesse culturale il carattere puro della « demanialità » e riservando ad altri il carattere, più attenuato, della « indisponibilità » attraverso la creazione — come accennato — di una parziale riserva di dominio pubblico.

Sotto il primo profilo, il codice civile include nel *genus* del demanio pubblico « gli immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia; le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche » nella misura in cui siano di titolarità dello Stato (art. 822, c.c.), delle province e dei comuni (art. 824, c.c.) ed anche delle regioni (4). In buona sostanza viene individuata una categoria di beni culturali (principalmente beni immobili e universalità di mobili appartenenti ad enti pubblici territoriali), delineata sotto il

(2) Su questo profilo è stato osservato da un Autore che « se il tipo soggettivo di titolarità del bene ne condiziona il regime di tutela, è tuttavia vero che l'interesse storico o artistico della cosa a sua volta altera il regime di appartenenza previsto per i beni del medesimo genere. La legge, infatti, collega al riconoscimento del valore culturale di un bene la sottoposizione ad una disciplina che attiene non solo agli usi ed alla conservazione della cosa, ma che incide sui poteri di disposizione e, in ultima analisi, sulla titolarità del bene », cfr. L. PISCITELLI, *I beni culturali di proprietà pubblica*, in G. COFRANESCO (a cura di), *I beni culturali fra interessi pubblici e privati*, Roma 1996, 58.

(3) La sola eccezione a questa regola è costituita dalla riserva di proprietà pubblica per le cose di interesse storico, archeologico, paleontologico ed artistico da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, le quali entrano a far parte nel patrimonio indisponibile dello Stato ai sensi dell'art. 826, c.c. Sul punto si veda C. CUDIA, *Le modificazioni del regime proprietario dei beni pubblici tra atti e fatti della pubblica amministrazione: orientamenti giurisprudenziali e sistema*, in questa *Rivista TAR*, 2003, fasc. 12, 3666 ss., ed il contributo più risalente di V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica di cose produttive: i « beni minerari »*, in questa *Rivista*, 1982, fasc. 6, pt. 1, 1126 ss., e in giurisprudenza cfr. Cass. sez. III, 4 febbraio 1993, in *Giur. it.*, 1994, II, 774.

(4) Con riferimento a queste ultime si rinvia all'art. 11, l. 16 maggio 1970 n. 281, con cui è appunto stato istituito il demanio regionale per i beni indicati dall'art. 822, c.c.

profilo soggettivo ed oggettivo, cui si applica un regime giuridico (quello demaniale) differenziato rispetto alla generalità dei beni di interesse culturale in mano pubblica.

Sotto il secondo profilo, l'art. 826, c.c. attribuisce carattere di indisponibilità alle cose di interesse storico-artistico da chiunque ritrovate nel sottosuolo. In questo caso, diversamente da quanto detto sinora, ci si trova dinanzi ad una categoria di beni culturali individuati in base ad elementi estrinseci, i quali appartengono in via esclusiva allo Stato e vengono assoggettati al regime intermedio della indisponibilità patrimoniale.

Nella misura in cui si condivide questa ripartizione, va da sé che, al di fuori delle categorie espressamente indicate dal codice civile, le cose di interesse culturale di proprietà di enti pubblici siano da considerarsi pertanto soggette solamente alla disciplina di settore (codice dei beni culturali, per intendersi), mentre, nel quadro della classificazione civilistica, debbono ritenersi genericamente incluse nel patrimonio dell'ente pubblico senza vincoli o peculiari caratterizzazioni d'uso. In particolare, i beni culturali diversi da quelli espressamente indicati come « demaniali » o come « patrimoniali indisponibili », in seno agli artt. 822 e 828, c.c., non possono ritenersi *ex se* inclusi — in considerazione del loro profilo di interesse culturale — nel patrimonio indisponibile dell'ente proprietario, nemmeno ai sensi delle disposizioni generali degli artt. 828 e 830, c.c.; per questo motivo detti beni, nell'ottica del codice del 1942, dovrebbero confluire sempre nel patrimonio disponibile dell'ente, a meno che in concreto essi non siano stati resi « indisponibili » in forza di un altro titolo (ad es. perché destinati, con specifico provvedimento, a sede di uffici pubblici oppure utilizzati come beni strumentali per l'erogazione di un pubblico servizio).

In generale, è bene dunque tener distinti il profilo dell'interesse culturale *tout court* di un bene dalla sua destinazione a pubblico servizio, rilevando nell'un caso la qualità intrinseca dell'oggetto e nell'altro il criterio di ordine strettamente funzionale (5).

Rinviando ad altra sede l'analisi delle problematiche derivanti dalla sovrapposizione dei distinti regimi giuridici di tutela (6), ai fini del presente studio pare

(5) Sul punto cfr. M. CANTUCCI, *Le cose di interesse storico e artistico nella giurisprudenza e nella dottrina*, Napoli 1968, 79 ss. nella parte in cui sottolinea (con riferimento alla l. n. 1089 del 1939) che « il regime di indisponibilità dettato dalla legge speciale, pur coincidendo con la condizione giuridica del patrimonio indisponibile prevista dal codice, in realtà se ne discosta, perché nelle cose di interesse storico e artistico — a differenza che negli altri beni — la destinazione al soddisfacimento immediato di un fine pubblico e l'inalienabilità che ne consegue non dipendono esclusivamente dalla libera volontà discrezionale dell'amministrazione, ma sono permanenti nelle cose stesse, sia per l'interesse che è loro riconosciuto, sia soprattutto per il diritto al godimento dei cittadini ».

(6) Sul tema la produzione dottrinale amministrativa è ampia, si veda per tutti (anche per la copiosa bibliografia richiamata) V. CAPUTI JAMBRENGHI, in AA.VV. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, vol. II, 201 ss.; con attenzione al dato costituzionale dell'art. 9 si vedano invece F. MERUSI, *Commento all'art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna 1975, 434 ss.; M.S. GIANNINI, *Sull'art. 9, Cost.*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, Milano 436 ss., e J. LUTHER, *La tutela costituzionale della cultura e dell'ambiente*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Stato della Costituzione*, Milano, 39

sufficiente ricordare che l'applicazione del regime demaniale ai beni culturali di appartenenza pubblica è storicamente legata all'esigenza di assicurare l'integrità e la conservazione del patrimonio pubblico, intese non tanto come tutela del valore intrinseco ed immateriale del bene quanto piuttosto come conservazione della consistenza patrimoniale dei beni pubblici di interesse culturale.

Il tratto peculiare della « demanialità » appare, dunque, come un elemento estraneo ed ulteriore al regime originario dei beni culturali pubblici, introdotto dal codice civile solo per alcune categorie di beni, in relazione ai quali si verifica un'alterazione del regime di appartenenza ed una sovrapposizione della tutela codicistica (i cui contenuti sono fundamentalmente indicati dall'art. 823, c.c.) (7) a quella delineata dalla legge di settore.

Anche il recente codice dei beni culturali conferma questo approccio metodologico che distingue le modalità di identificazione del bene in ragione della natura del titolare. Può a tal proposito sinteticamente essere ricordato che per le cose immobili e mobili in mano pubblica ovvero in proprietà di persone giuridiche prive di scopo di lucro è stabilita un'automatica estensione della disciplina di tutela fino alla verifica dell'interesse culturale (in tal senso dispone l'art. 12, codice qualora le stesse « siano di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquanta anni ») (8); per contro, quando detti beni siano in mano a privati,

ss. In materia si segnala anche C. cost., 20 giugno 1995 n. 269, consultabile sul sito www.giurcost.org in cui si ribadisce che « [...] il carattere del tutto peculiare del regime giuridico fissato per le cose di interesse storico e artistico dalla l. n. 1089 del 1939 e, nell'ambito di tale regime, dell'istituto della prelazione storico-artistica: un regime che trova nell'art. 9, Cost. il suo fondamento e che si giustifica nella sua specificità in relazione al fine di salvaguardare beni cui sono connessi interessi primari per la vita culturale del paese ».

Di grande interesse in materia di beni culturali sono poi alcune recenti decisioni della Consulta, in particolare cfr. C. cost., 20 gennaio 2004 n. 26 in ordine al problema dell'individuazione del soggetto competente a disciplinare la materia « dell'attività di valorizzazione e gestione » dei beni pubblici di interesse culturale; significativa è poi C. cost., 13 gennaio 2004 n. 9 in cui si traccia con chiarezza la distinzione (non scontata) fra attività di valorizzazione e di tutela dei beni culturali ed infine cfr. C. cost. 1° ottobre 2003 n. 303 con cui la Corte tratta del principio di sussidiarietà verticale introdotto dal novellato art. 118 comma 1, Cost. con riferimento alla materia dei beni culturali, tutte consultabili sul sito www.giurcost.org.

(7) Ai sensi dell'art. 823, c.c. « i beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dagli leggi che li riguardano ».

(8) Su questo punto si veda G. CASU, in *Codice dei beni culturali. Prime riflessioni. Studio CNN - Commissione Studi Civilistici n. 5019*, consultabile sul sito www.notarlex.it il quale precisa che « il testo unico sui beni culturali conteneva anch'esso la norma sul requisito della soglia minima di oltre cinquant'anni di vetustà per poter dichiarare un bene come bene culturale. Vi si stabiliva (art. 2 comma 6, testo unico n. 490) che « non sono soggette alla disciplina di questo titolo, a norma del comma 1, lett. a), le opere di autori viventi o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquant'anni ». Ciò peraltro non significava che tutti i beni con vetustà superiore ai cinquant'anni dovessero automaticamente ritenersi beni culturali, ma soltanto che essi dovessero essere assoggettati alle procedure di legge per l'accertamento di essi come beni culturali o meno. In tal modo la norma era scritta in negativo e non in positivo: la vetustà oltre i cinquant'anni non era un requisito di culturalità, bensì un limite per poter procedere all'accertamento, lasciando intendere che non tutti i beni con vetustà superiore ai cinquant'anni dovessero ritenersi beni culturali. Nel codice nuovo il requisito

si riafferma la necessità dell'intervento di una formale dichiarazione dell'interesse culturale (l'art. 13 parla espressamente di una dichiarazione che «accerta la sussistenza dell'interesse» culturale) nei modi e con le formalità procedurali previste dagli artt. 14, 15 e 16 del codice.

L'impianto normativo, così articolato in maniera duale, appare sostanzialmente lineare ed innovativo; nella nuova disciplina, secondo un autore, è introdotto un profilo di grande novità giacché con riferimento al patrimonio pubblico si abbandona il ricorso alla «discutibile presunzione generale di culturalità precedentemente legata alla pratica degli elenchi e si opta per un ragionevole sistema imperniato sulla estensione *ex lege* non della *qualificazione* del bene culturale ma, solo a titolo cautelativo, della *relativa disciplina* fino a quando, d'ufficio o su richiesta degli interessati, non è effettuata la verifica di interesse culturale richiesta dall'art. 12, codice: se gli esiti di quest'ultima sono positivi, si ha un bene culturale a tutti gli effetti; se sono negativi, il bene torna all'ordinaria disciplina dei beni in mano pubblica fuoriuscendo dal regime speciale dettato dal d.lg. n. 42 del 2004» (9).

Come meglio verrà analizzato nel paragrafo successivo, va sottolineato come su questo impianto normativo si sia abbattuta l'applicazione del noto art. 27, d.l. n. 269 del 2003 conv. con l. n. 326 del 2003, con cui si è dato spazio (non senza accese contestazioni di ordine politico e dottrinale) all'istituto del «silenzio-assenso» nel procedimento di verifica dell'interesse culturale dei beni di proprietà pubblica; più precisamente, al fine di ottenere un reale snellimento della procedura di valutazione dell'interesse artistico, il legislatore ha equiparato il silenzio serbato dalle Soprintendenze sulla scheda descrittiva del bene per oltre centoventi giorni ad un esito «negativo» della valutazione. In altre parole, l'inerzia serbata dall'amministrazione competente viene equiparata all'emissione di un provvedimento espresso con cui verrebbe confutato il profilo di culturalità del bene, legittimandosi pertanto — con le precisazioni di cui di seguito — la libera commercializzazione dello stesso.

rimane, ma, avendo esso esteso automaticamente, ancorché in chiave temporanea e cautelare, la disciplina a tutti i beni con più di cinquant'anni di vita in attesa della verifica, si può affermare ormai che tutti i beni, appartenenti ad enti pubblici o a persone giuridiche prive di scopo di lucro, con più di cinquant'anni debbono rispettare la disciplina della preventiva autorizzazione e della successiva prelazione. In tal modo, pertanto, il requisito della vetustà è divenuto non certamente requisito di culturalità, ma semplice requisito di applicabilità dell'omologa disciplina».

(9) Cfr. M. CAMMELLI, *Introduzione*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio* (a cura di M. CAMMELLI), Bologna 2004, 36. Da un punto di vista pratico, in soccorso all'operatore che è tenuto a decidere in ordine alla commerciabilità dei beni appartenenti ad ente pubblico o a persona giuridica priva di scopo di lucro, possono essere individuate tre fasi di valutazione: a) occorre, in primo luogo, accertare la vetustà del bene, poiché soltanto i beni la cui costruzione risalgono ad oltre cinquant'anni rientrano nella disciplina di tutela; b) se il bene ha più di cinquant'anni esso viene immediatamente sottoposto, in via provvisoria, al sistema dell'autorizzazione e della prelazione, perché il legislatore si è voluto cautelare applicando immediatamente a tutti i beni la disciplina specialistica in attesa di conoscere se si tratti o meno di bene culturale; c) il bene viene sottoposto a verifica e soltanto a verifica esaurita si potrà conoscere se il bene sarà definitivamente ritenuto come bene culturale, oppure come bene non culturale, in quest'ultimo caso aprendosi la strada ad una commerciabilità dello stesso senza alcun intralcio.

Da un punto di vista dogmatico, il provvedimento amministrativo richiesto alla Soprintendenza in ordine alla valutazione circa la sussistenza o meno di un profilo di interesse culturale del bene sottoposto a vaglio viene ricondotto dalla dottrina nel *genus* degli atti dichiarativi, i quali sono funzionalmente destinati a creare certezze giuridiche fra gli operatori del diritto attraverso l'esternazione di *status* e/o qualità giuridiche; più precisamente un autore inquadra il provvedimento in analisi nella *species* delle cc.dd. *certazioni*, le quali hanno ad oggetto la creazione della qualificazione giuridica della *res*, ossia « la creazione di un nuovo bene immateriale (ad esempio, la dichiarazione di perdita della cittadinanza oppure la dichiarazione di particolare valore storico-artistico ovvero paesaggistico di un bene) » (10).

La norma in oggetto, destinata a soccombere con l'entrata in vigore del codice è stata tuttavia « ripescata » con un espresso rinvio normativo posto nella parte finale dell'art. 12, inserito nel corso del Consiglio dei Ministri all'atto di approvazione definitiva del d.lg. n. 42 del 2004 (versione vigente del codice dei beni culturali), creando non poche perplessità metodologiche oltre che difficoltà applicative fra gli operatori del settore.

La materia, lungi dal trovare un assetto normativo stabile, è stata recentemente oggetto di nuova attenzione da parte del legislatore, il quale ha emanato due decreti ministeriali di attuazione della normativa di rango superiore attualmente in vigore.

1. *Le recenti modifiche normative. Quadro sintetico dell'assetto legislativo.*

Con i recenti decreti 25 gennaio 2005 « Criteri e modalità per la verifica dell'interesse culturale dei beni immobili di proprietà delle persone giuridiche private senza scopo di lucro » e 28 febbraio 2005 « Modifiche ed integrazioni al decreto 6 febbraio 2004, concernente la verifica dell'interesse culturale dei beni immobili di pubblica utilità », il Ministero per i beni e le attività culturali introduce alcune significative variazioni di carattere procedimentale nel meccanismo di verifica dell'interesse culturale di importanti categorie di beni (11).

(10) Cfr. R. VILLATA, in AA.VV. (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., vol. I, 864.

(11) Per comodità di lettura viene ivi riportato il testo degli artt. 1-4, d.m. 25 gennaio 2005:

« Art. 1. — 1. Il Ministero verifica la sussistenza dell'interesse culturale delle cose immobili appartenenti alle persone giuridiche private senza fine di lucro di cui all'art. 10 comma 1, codice, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquant'anni. 2. La verifica è effettuata ai sensi dell'art. 12, codice, d'ufficio o su richiesta formulata dai soggetti cui le cose appartengono.

Art. 2. — 1. Al fine di consentire la verifica dell'interesse culturale le persone giuridiche private senza fini di lucro identificano gli immobili, ne descrivono la consistenza, compilano gli elenchi e le schede descrittive secondo i criteri e le modalità stabiliti nel presente decreto. 2. Le direzioni regionali definiscono con i soggetti indicati al comma 1, l'utilizzo del modello informatico disponibile sul sito *web* del Ministero, il cui tracciato è indicato nell'allegato A del presente decreto, nonché i tempi di trasmissione delle richieste e la loro consistenza tramite appositi accordi, copia dei quali viene sollecitamente trasmessa al Dipartimento per i beni culturali e paesaggistici nonché alle direzioni generali ed alle soprintendenze competenti. 3. I soggetti indicati al comma 1 forniscono i dati relativi agli

In particolare, vengono apportate modifiche alla disciplina contenuta nel vigente art. 12, d.lg. 22 gennaio 2004 n. 42 (codice dei beni culturali) contenente il procedimento di verifica della sussistenza dell'interesse culturale dei beni appar-

immobili secondo il tracciato dell'allegato A che costituisce parte integrante del presente decreto, provvedono alla stampa dei medesimi dati e li inoltrano, unitamente alla richiesta di verifica, alle direzioni regionali, secondo modalità che prevedono l'avviso di ricevimento. Copia dei medesimi dati è inviata contestualmente, per conoscenza, alle competenti Soprintendenze. 4. I dati dei beni immobili per i quali sia accertato l'interesse culturale sono comunque inseriti nel sistema informativo. 5. Le direzioni regionali nello stipulare gli accordi con i soggetti di cui al comma 1 si attengono a quanto stabilito negli accordi eventualmente intervenuti a livello nazionale tra il Dipartimento per i beni culturali e paesaggistici e singoli soggetti.

Art. 3. — 1. I procedimenti di verifica di cui all'art. 2 si concludono entro il termine di centoventi giorni dalla data di ricezione delle relative richieste. 2. Qualora la pronuncia circa la sussistenza o meno dell'interesse culturale non intervenga entro il termine di cui al comma 1, i richiedenti possono diffidare il Ministero a provvedere. Se il Ministero non provvede nei trenta giorni successivi al ricevimento della diffida, i richiedenti possono agire avverso il silenzio serbato dal Ministero ai sensi dell'art. 21 *bis*, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, aggiunto dall'art. 2, l. 21 luglio 2000 n. 205.

Art. 4. — 1. Per le verifiche avviate d'ufficio le direzioni regionali hanno l'obbligo di utilizzare il sistema informativo per l'inserimento dei dati descrittivi dei beni oggetto di verifica positiva. 2. Le verifiche avviate d'ufficio si concludono entro il termine di centoventi giorni dalla data di ricezione della comunicazione di avvio del procedimento. 3. Qualora la pronuncia circa la sussistenza o meno dell'interesse culturale non intervenga entro il termine di cui al comma 2, gli interessati possono diffidare il Ministero per i beni e le attività culturali a provvedere. Se il Ministero non provvede nei trenta giorni successivi al ricevimento della diffida, gli interessati possono agire avverso il silenzio serbato dal Ministero ai sensi dell'art. 21 *bis*, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, aggiunto dall'art. 2, l. 21 luglio 2000 n. 205 ».

E dell'art. 1 comma 1, citato d.m. 28 febbraio 2005:

« 1. Al decreto dirigenziale interministeriale 6 febbraio 2004, concernente la verifica dell'interesse culturale dei beni immobili di utilità pubblica, sono apportate le seguenti modifiche ed integrazioni:

a) all'art. 4 il comma 2 è sostituito dal seguente:

« 2. Le Direzioni regionali per i beni culturali e paesaggistici definiscono con i soggetti indicati al comma 1 i tempi di trasmissione e la consistenza numerica degli elenchi tramite accordi, copia dei quali viene sollecitamente trasmessa al Dipartimento per i beni culturali e paesaggistici nonché alle direzioni generali ed alle soprintendenze competenti »;

b) dopo il comma 2 dell'art. 4 è aggiunto il seguente:

« 3. Le Direzioni regionali nello stipulare le intese con i soggetti di cui al comma 1 si attengono a quanto stabilito negli accordi eventualmente stipulati a livello nazionale tra il Dipartimento per i beni culturali e paesaggistici e singoli soggetti »;

c) dopo l'art. 4 è inserito il seguente:

« Art. 4 *bis*. — 1. Per le verifiche avviate d'ufficio le direzioni regionali hanno l'obbligo di utilizzare il sistema informativo per l'inserimento dei dati descrittivi dei beni oggetto di verifica positiva.

2. Le verifiche avviate d'ufficio si concludono entro il termine di centoventi giorni dalla data di ricezione della comunicazione di avvio del procedimento.

3. Qualora la pronuncia circa la sussistenza o meno dell'interesse culturale, non intervenga entro il termine di cui al comma 1, i richiedenti possono diffidare il Ministero per i beni e le attività culturali a provvedere. Se il Ministero non provvede nei trenta giorni successivi al ricevimento della diffida, i richiedenti possono agire avverso il silenzio serbato dal Ministero ai sensi dell'art. 21 *bis*, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, aggiunto dall'art. 2, l. 21 luglio 2000 n. 205 ».

tenenti ad enti pubblici (anche territoriali) ed a persone giuridiche prive di scopo di lucro.

Come intuibile dalle considerazioni introduttive sinora svolte, la tematica in parola si presenta di difficile illustrazione anche in ragione della concomitanza di una pluralità di fattori esogeni « negativi », fra i quali si registrano sia un disegno normativo di base disorganico ed incapace di perseguire una reale finalità semplificatoria sia una rilevante produzione legislativa che, intervenendo sotto forma di progressive correzioni e limature, in più di una occasione si è sovrapposta in maniera disordinata alla disciplina di base, determinando il proliferare di una pluralità di orientamenti giurisprudenziali e di letture interpretative divergenti da parte delle differenti amministrazioni interessate (12).

Appare quindi opportuno, prima di intraprendere un'analisi di tipo contenutistico della disciplina, tracciare un quadro ricostruttivo di sintesi delle più recenti innovazioni che hanno interessato la normativa in esame.

Detto inquadramento legislativo prende le mosse dal primo decreto ministeriale oggetto di studio in questa sede, ossia il d.m. 25 gennaio 2005.

L'art. 12 del codice dei beni culturali disciplina, come accennato, il procedimento di verifica della sussistenza dell'interesse culturale dei beni appartenenti ad enti pubblici (anche territoriali) ed a persone giuridiche prive di scopo di lucro (13);

(12) Con riferimento specifico ai numerosi e ravvicinati interventi di modifica e di correzione messi in campo negli ultimi tre anni da parte del legislatore con riferimento alla procedura di verifica dell'interesse culturale di un bene, si segnala la curiosa ma efficace esternazione di V. ROPPO, *Il diritto privato regionale: fra nuova legislazione, giurisprudenza vecchia e nuova, e dottrina prossima ventura*, in *Corr. giur.*, 2003, 6 — che viene altresì riportata da G. SCIULLO, *Art. 12. Verifica dell'interesse culturale*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 117 — secondo cui « Raramente come nel caso dell'art. 12 si è indotti a temere o all'opposto a sperare — a seconda delle personali opzioni di valore — che non abbia termine l' "incontrollata frenesia con cui l'odierno legislatore [...] ossessivamente disfa e rifà leggi appena fatte, senza dar loro tempo di mettersi a regime né la chance di una ragionevole sperimentazione" ».

(13) Per comodità di lettura viene ivi riportato il testo integrale dell'art. 12 del codice: « 1. Le cose immobili e mobili indicate all'art. 10 comma 1, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalgia ad oltre cinquant'anni, sono sottoposte alle disposizioni del presente titolo fino a quando non sia stata effettuata la verifica di cui al comma 2. 2. I competenti organi del Ministero, d'ufficio o su richiesta formulata dai soggetti cui le cose appartengono e corredata dai relativi dati conoscitivi, verificano la sussistenza dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico nelle cose di cui al comma 1, sulla base di indirizzi di carattere generale stabiliti dal Ministero medesimo al fine di assicurare uniformità di valutazione. 3. Per i beni immobili dello Stato, la richiesta di cui al comma 2 è corredata da elenchi dei beni e dalle relative schede descrittive. I criteri per la predisposizione degli elenchi, le modalità di redazione delle schede descrittive e di trasmissione di elenchi e schede sono stabiliti con decreto del Ministero adottato di concerto con l'Agenzia del demanio e, per i beni immobili in uso all'amministrazione della difesa, anche con il concerto della competente direzione generale dei lavori e del demanio. Il Ministero fissa, con propri decreti, i criteri e le modalità per la predisposizione e la presentazione delle richieste di verifica, e della relativa documentazione conoscitiva, da parte degli altri soggetti di cui al comma 1. 4. Qualora nelle cose sottoposte a verifica non sia stato riscontrato l'interesse di cui al comma 2, le cose medesime sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente titolo. 5. Nel caso di verifica con esito negativo su cose appartenenti al demanio dello Stato, delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali, la scheda contenente i relativi

in particolare al comma 3 esso dispone che: « 3. Per i beni immobili dello Stato, la richiesta di cui al comma 2 è corredata da elenchi dei beni e dalle relative schede descrittive. I criteri per la predisposizione degli elenchi, le modalità di redazione delle schede descrittive e di trasmissione di elenchi e schede sono stabiliti con decreto del Ministero adottato di concerto con l'Agenzia del demanio e, per i beni immobili in uso all'amministrazione della difesa, anche con il concerto della competente direzione generale dei lavori e del demanio. Il Ministero fissa, con propri decreti, i criteri e le modalità per la predisposizione e la presentazione delle richieste di verifica, e della relativa documentazione conoscitiva, da parte degli altri soggetti di cui al comma 1 ».

Come viene peraltro esplicitato nella parte finale del preambolo del provvedimento, il decreto 25 gennaio 2005 viene sviluppato con l'obiettivo specifico di fissare criteri e modalità per la verifica dell'interesse culturale degli immobili appartenenti alle persone giuridiche private senza scopo di lucro, in attuazione dell'art. 12 comma 3 del codice (14).

Più complessa è invece la ricostruzione degli interventi legislativi che hanno portato all'adozione del secondo decreto, il d.m. 28 febbraio 2005.

L'art. 12 del codice prevede nel suo comma finale un rinvio a quanto disposto

dati è trasmessa ai competenti uffici affinché ne dispongano la sdemanializzazione qualora, secondo le valutazioni dell'amministrazione interessata, non vi ostino altre ragioni di pubblico interesse. 6. Le cose di cui al comma 3 e quelle di cui al comma 4 per le quali si sia proceduto alla sdemanializzazione sono liberamente alienabili, ai fini del presente codice. 7. L'accertamento dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico, effettuato in conformità agli indirizzi generali di cui al comma 2, costituisce dichiarazione ai sensi dell'art. 13 ed il relativo provvedimento è trascritto nei modi previsti dall'art. 15 comma 2. I beni restano definitivamente sottoposti alle disposizioni del presente titolo. 8. Le schede descrittive degli immobili di proprietà dello Stato oggetto di verifica con esito positivo, integrate con il provvedimento di cui al comma 7, confluiscono in un archivio informatico accessibile al Ministero e all'Agenzia del demanio, per finalità di monitoraggio del patrimonio immobiliare e di programmazione degli interventi in funzione delle rispettive competenze istituzionali. 9. Le disposizioni del presente articolo si applicano alle cose di cui al comma 1 anche qualora i soggetti cui esse appartengono mutino in qualunque modo la loro natura giuridica. 10. Resta fermo quanto disposto dall'art. 27 commi 8, 10, 12, 13 e 13 bis, d.l. 30 settembre 2003 n. 269, conv. con mod. nella l. 24 novembre 2003 n. 326 ».

Fra i commenti dottrinali dell'art. 12 in parola si segnala A. FERRETTI, *La verifica dell'interesse culturale prevista nel codice dei beni culturali e paesaggistici*, in *Diritto e formazione*, 2004, fasc. 6, 897 ss.; G. SCIULLO, *Art. 12. Verifica dell'interesse culturale*, cit., Bologna 2004, 113 ss.; degna di segnalazione è poi la particolare lettura della norma offerta da M. TORSELLO, *Silenzio-assenso*, No problem, in *Il Sole-24 Ore*, 8 febbraio 2004, 37.

(14) Il collegamento con il comma 3 dell'art. 12 del codice è esplicitato in due punti del provvedimento: in primo luogo, nella *rubrica legis* « Criteri e modalità per la verifica dell'interesse culturale dei beni immobili di proprietà delle persone giuridiche private senza fine di lucro, ai sensi dell'art. 12, d.lg. 22 gennaio 2004 n. 42 » ed, in secondo luogo, nella parte finale del Preambolo del decreto ove è dato leggere « considerato che si rende quindi necessario per il Ministero fissare i criteri e le modalità per la predisposizione e presentazione delle richieste di verifica da parte degli altri soggetti richiamati all'art. 13 comma 3 del codice, si decreta [...] ».

« dall'art. 27 commi 8, 10, 12, 13 e 13 bis, d.l. 30 settembre 2003 n. 269, conv. con mod. nella l. 24 novembre 2003 n. 326 » (15).

In particolare, il comma 9 del citato art. 27 dispone che « I criteri per la predisposizione degli elenchi e le modalità di redazione delle schede descrittive nonché le modalità di trasmissione dei predetti elenchi e delle schede descrittive anche per il tramite di altre amministrazioni interessate sono stabiliti con decreto del Ministero per i beni e le attività culturali, da emanare di concerto con l'Agenzia del demanio e con la Direzione generale dei lavori e del demanio del Ministero della difesa per i beni immobili in uso all'amministrazione della difesa entro trenta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto-legge ». In attuazione a quanto ivi previsto è stato emanato successivamente il d.m. 6 febbraio 2004 disciplinante a sua volta « i criteri e le modalità per la predisposizione e la trasmissione degli elenchi e delle schede descrittive dei beni immobili di pertinenza delle amministrazioni dello Stato, delle regioni, delle province, delle città metropolitane, dei comuni e di ogni altro ente ed istituto pubblico, oggetto di verifica relativamente alla sussistenza dell'interesse artistico, storico, archeologico ed etnoantropologico ».

Su questo assetto normativo instabile, in cui — come visto — le norme del codice subiscono rilevanti interferenze da parte della disciplina di dettaglio di matrice regolamentare, si innesta il provvedimento qui sotto analisi: il d.m. 28 febbraio 2005 provvede, infatti, ad integrare e modificare il contenuto del d.m. 6 febbraio 2004 in relazione al procedimento di verifica di interesse culturale « dei beni immobili di utilità pubblica ». In particolare, per quanto interessa in questa sede, nella parte finale del comma 1 viene disposto che dopo l'art. 4, d.m. 6 febbraio 2004 sia inserito un nuovo comma del presente tenore testuale: « Art. 4 bis. — 1. Per le verifiche avviate d'ufficio le direzioni regionali hanno l'obbligo di utilizzare il sistema informativo per l'inserimento dei dati descrittivi dei beni oggetto di verifica positiva. 2. Le verifiche avviate d'ufficio si concludono entro il termine di centoventi giorni dalla data di ricezione della comunicazione di avvio del procedimento. 3. Qualora la pronuncia circa la sussistenza o meno dell'interesse culturale non intervenga entro il termine di cui al comma 1, i richiedenti possono diffidare il Ministero per i beni e le attività culturali a provvedere. Se il Ministero non provvede nei trenta giorni successivi al ricevimento della diffida, i richiedenti

(15) Detto rinvio ha suscitato non poche perplessità in dottrina in quanto effettua un richiamo *per relationem* ad una norma extracodicistica che fa venire meno l'unicità di disciplina della materia cui un « codice » dovrebbe tendere. Per una lettura ad ampio respiro sul tema della recente proliferazione di varie forme di « codice » nell'ordinamento italiano si veda S. CASSESE, *Codici e codificazioni: Italia e Francia e confronto. Intervento alla Table Ronde su « Les principes et les méthodes de la codification: les enjeux politiques, juridiques et techniques de la codification »*, Parigi 25 novembre 2004, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, fasc. 1, 95 ss. Si segnalano poi L. CASINI, *La codificazione del diritto dei beni culturali in Italia e in Francia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, fasc. 1, 98 ss.; G.M. LABRIOLA, *La codificazione nell'interpretazione di Giovanni Tarello. Riflessioni a margine. Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2005, fasc. 1, 107 ss.; N. IRTI, *Codici di settore: compimento della decodificazione*, consultabile sul sito www.giustamm.it; M.A. SANDULLI, *Introduzione al Convegno sul tema « Codificazione, semplificazione e qualità delle regole »*, consultabile sul sito www.giustamm.it.

possono agire avverso il silenzio serbato dal Ministero ai sensi dell'art. 21 *bis*, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, aggiunto dall'art. 2, l. 21 luglio 2000 n. 205 ».

Il profilo di novità è evidente in quanto viene introdotto un diverso sistema di valutazione della mancata conclusione del procedimento di verifica dell'interesse culturale di un bene in mano pubblica; il silenzio (o più precisamente il comportamento inerte) della Direzione regionale non è più equiparato ad una valutazione di assenza di valore culturale del bene, configurandosi invece come un silenzio-inadempimento sindacabile dinanzi al Tribunale amministrativo competente, con il rito contenuto nell'art. 2, l. 21 luglio 2000 n. 205 (legge di riforma del processo amministrativo).

In questi termini si presenta l'assetto legislativo che disciplina oggi i procedimenti di verifica di interesse culturale di un bene che sia in mano ad un soggetto privato che non persegue attività lucrativa ovvero ad un soggetto pubblico.

2. *Verifica dell'interesse culturale e meccanismo del silenzio-assenso.*

A ben vedere, dunque, la verifica dell'interesse culturale dei beni di proprietà di regioni, province, comuni (ed in generale degli enti pubblici territoriali) e delle persone giuridiche private senza scopo di lucro, è rimasto per lungo tempo avvolto in una sorta di limbo, in quanto tradizionalmente è stato fatto dipendere dalla mera natura pubblica e non lucrativa del soggetto proprietario. Richiamando quanto detto in precedenza, a tutt'oggi può pacificamente essere affermato che non vi siano elenchi certi dell'universo di questi beni, ovverosia che non esiste ancora un inventario attendibile ed esaustivo di ciò che appartiene ai differenti enti pubblici territoriali; l'inventario conservato presso il demanio è, infatti, assolutamente parziale e per di più solo occasionalmente correlato con i criteri d'apprezzamento propri del Ministero per i beni e le attività culturali.

Questa situazione è largamente imputabile al fatto che le amministrazioni dei beni culturali e del demanio hanno lavorato per compartimenti stagni, applicando criteri propri di ciascun dicastero, senza mai tentare una fondata politica di concertazione.

Questo stato di indeterminazione è riconducibile anche al fatto che i beni di proprietà pubblica non sono assoggettati a provvedimenti di tutela esplicita, ossia non sono vincolati con un dispositivo specifico né esiste la trascrizione del provvedimento di tutela presso la Conservatoria dei registri immobiliari, come accade invece per i beni di proprietà privata.

La causa di questa situazione di grave incertezza ha radici profonde e viene tradizionalmente individuata nel c.d. « automatismo di tutela » contenuto nell'art. 4, l. 1° giugno 1939 n. 1089 (sostituito poi dall'art. 5, d.lg. 29 ottobre 1999 n. 490 c.d. *testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali*). L'articolo in parola prevedeva al comma 1 che i rappresentanti delle province, dei comuni, degli enti e degli istituti legalmente riconosciuti dovessero provvedere alla compilazione di un dettagliato elenco descrittivo contenente l'indicazione dei beni di interesse culturale in mano a enti e istituti di appartenenza. La disposizione è rimasta, tuttavia, generalmente disattesa in quanto si è storicamente preferito far valere il comma ult. del medesimo articolo (disciplinante il suindicato « automati-

smo di tutela»), in cui si dispone che «Le cose indicate nell'art. 1 restano sottoposte alle disposizioni della presente legge, anche se non risultino comprese negli elenchi e nelle dichiarazioni di cui al presente articolo» (16).

Il testo unico dei beni culturali del 1999 non ha presentato sul punto profili di novità: l'art. 5 — riprendendo sostanzialmente quanto stabilito dagli artt. 4 e 58, l. 1° giugno 1939 n. 1089 — prevedeva, infatti, che gli enti pubblici diversi dallo Stato e le persone giuridiche private senza scopo di lucro presentassero al Ministero l'elenco descrittivo delle cose di loro appartenenza aventi (presumibilmente) interesse storico-artistico. In un'ottica di fedele collaborazione fra Stato ed enti locali veniva richiesto a questi ultimi di contribuire — ciascuno con riferimento all'ambito territoriale di competenza — all'individuazione ed all'identificazione dei beni culturali presenti sul territorio nazionale; compito che per converso, nel caso di beni di proprietà di altri soggetti privati (persone fisiche o persone giuridiche con scopo di lucro) rimaneva nella mani del Ministero, attraverso il procedimento di apposizione del vincolo (la c.d. «dichiarazione» di interesse culturale di cui all'art. 6, decreto legislativo). Come noto, gli elenchi di cui all'art. 5 avevano un carattere meramente dichiarativo, tant'è che la non inclusione in essi o nei loro aggiornamenti non era di ostacolo all'applicazione della disciplina di tutela, sempre che le cose presentassero interesse culturale e, di autore non più vivente, risalissero a oltre cinquant'anni (cfr. art. 5 comma 5, e art. 2 comma 6, testo unico) (17).

Come è stato puntualmente osservato da un Autore questo sistema normativo continuava a presentare profili di evidente incertezza sul piano fattuale per due

(16) Sul punto è stato efficacemente osservato che «ciò ha consentito alle Soprintendenze di non dover emanare molti dispositivi di vincolo nei confronti di beni di proprietà pubblica nella consapevolezza di poter esercitare la tutela al momento del bisogno, quando si ravvisa un qualche problema. Criterio utilizzato anche nei confronti del patrimonio della Chiesa; per cui è bene sapere che non c'è un vincolo dichiarato né per la basilica di San Marco a Venezia, né per il Duomo di Milano, né per S. Maria del Fiore a Firenze, per fare degli esempi tra i più noti [...]. Dunque, gli elenchi generalmente non ci sono e, se ci sono, sono parziali. Per cui, ad oggi, non siamo in grado di definire in termini quantitativi e qualitativi che cosa significhi l'allocuzione "patrimonio immobiliare dello Stato d'interesse storico artistico". Intuiamo solo che è considerevole e disomogeneo», cfr. R. CECCHI-E. SPITZ, *Il commento al decreto del 6 febbraio 2004: modalità per la verifica dell'interesse del patrimonio immobiliare pubblico*, in *Edilizia e territorio*, *Il Sole 24-Ore* del 17 febbraio 2004.

Il comma ult. dell'art. 5, testo unico del 1999 dispone analogamente «I beni elencati nell'art. 2 comma 1 lett. a) che appartengono ai soggetti indicati al comma 1 sono comunque sottoposti alle disposizioni di questo titolo anche se non risultano compresi negli elenchi e nelle denunce previste dai commi 1 e 2».

(17) Tradizionalmente si è contrapposta l'efficacia costitutiva dell'apposizione del vincolo sui beni dei privati rispetto al valore meramente dichiarativo delle iscrizioni riguardanti i beni pubblici. Sulla natura giuridica di questi elenchi si è sviluppato un ampio dibattito dottrinale, fra i contributi più risalenti si veda S. CATTANEO, *Sui procedimenti per l'individuazione e per la tutela delle cose di interesse artistico o storico di proprietà degli enti pubblici e degli enti privati «legalmente riconosciuti»*, in *Riv. giur. edil.*, 1962, I, 1066 ss.; T. ALIBRANDI-P. FERRI, *I beni culturali ed ambientali*, Milano 1985, 283 ss.; A. MANSI, *La tutela dei beni culturali*, Padova 1993, 128 ss. Sotto la vigenza del testo unico, si veda G. D'ANGELO, *Beni culturali: la mancata riforma legislativa*, in *Riv. giur. edil.*, 1999, fasc. 1, pt. 2, 3 ss.; R. DAMONTE, *Il nuovo testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali*, *ivi*, 2000, fasc. 4, pt. 3, 189 ss.

ordini di ragione: da un lato, « per la sottrazione al vincolo dell'inserimento in elenchi delle cose mobili e immobili dello Stato, per i quali non si prevedeva nessun meccanismo di individuazione »; in secondo luogo, « per la generale inosservanza del vincolo nei casi previsti. Pertanto, riprendendo quanto afferma la relazione di accompagnamento al codice, si può dire che per i beni culturali ad appartenenza pubblica operasse "una presunzione generale di culturalità", solo in parte eliminata dagli atti c.d. di "declaratoria", ossia recanti la dichiarazione di interesse storico, artistico ecc., talora emessi dal Ministero » (18).

Con l'entrata in vigore del codice dei beni culturali nel 2004, il procedimento di verifica dell'interesse culturale di un bene in mano pubblica viene imperniato intorno al noto meccanismo giuridico del silenzio nella sua duplice veste, quella ordinaria di « silenzio-assenso » (messa a regime dal richiamo effettuato dal comma ult. dell'art. 12, codice in favore del contestato art. 27, d.l. n. 269 del 2003 conv. con l. n. 326 del 2003) e quella, più di recente introdotta, di mero « silenzio-inadempimento ».

Sul punto sia consentita una breve digressione di carattere generale. Il silenzio viene generalmente definito come un comportamento inerte serbato dall'amministrazione, un mero fatto di per sé non espressivo di alcuna volontà, al quale però l'ordinamento giuridico riconduce alcune conseguenze che possono consistere — come nell'ipotesi del silenzio-assenso — anche nella produzione degli effetti tipici dell'atto non emanato (19).

Due sono le manifestazioni attraverso le quali si può alternativamente estrinsecare il silenzio. La prima — intesa da buona parte degli autori come « silenzio-provvedimentale » — può consistere nella mancata emanazione del provvedimento amministrativo finale, con cui si viene a determinare l'inadempimento da parte dell'amministrazione dell'obbligo di provvedere imposto dalla legge sul procedimento (20); la seconda — definita da parte della dottrina « silenzio-procedimentale » — che si concreta nella mancata emanazione di un atto strumentale del procedimento, servente rispetto al provvedimento finale, anch'essa costituente

(18) In questi termini si esprime G. SCIULLO, *Art. 12. Verifica dell'interesse culturale*, cit., Bologna 2004, 113 ss.

(19) In tema di silenzio la produzione dottrinale è assai consistente. Fra i numerosi contributi si segnalano a partire dai più risalenti F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano 1971; A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova 1985; G. VACIRCA, *Note sull'evoluzione della giurisprudenza in materia di silenzio della p.a.*, in *Studi per il centenario della sez. IV del Consiglio di Stato*, Roma 1989, 601 ss.; B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino 1998, 165 ss.; fra i contributi più recenti si veda G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, vol. I, 714 ss.

(20) Fattispecie che si integra solo nella misura in cui sussista a monte un obbligo di provvedere; vi sono casi in cui detto obbligo non sussiste in radice, ad esempio nei casi in cui l'istanza sia palesemente infondata ovvero l'amministrazione destinataria dell'istanza sia del tutto priva del potere il cui esercizio è richiesto dalla parte richiedente, cfr. in questo senso — per una classificazione dei casi in cui non sussiste l'obbligo di provvedere — Cons. St., sez. IV, 11 giugno 2002 n. 3256, in questa *Rivista C.d.S.*, 2002, 1192 ss.

violazione di un obbligo, ove le norme pongano un termine per l'emanazione dell'atto-presupposto (21).

Da un punto di vista classificatorio, la terminologia utilizzata per indicare le differenti tipologie di silenzio non è universalmente accettata in dottrina, né tantomeno vi è accordo sui confini che separano le differenti manifestazioni del fenomeno giuridico in parola.

Appare, quindi, prudente accogliere anche in questa sede la scelta terminologica operata da un autore che distingue in termini più generali fra « silenzio significativo » e « silenzio non significativo » (22). In particolare, il primo comprende le ipotesi in cui il silenzio equivale all'emanazione di un provvedimento espresso positivo (c.d. silenzio-assenso) ovvero negativo (c.d. silenzio-diniego); il secondo comprende tutti gli altri casi in cui il silenzio non riceve una qualificazione normativa e dunque residua come inerzia, come mero inadempimento (c.d. silenzio-inadempimento). Sul piano degli effetti, come si vedrà fra breve in relazione al tema dei beni culturali in mano pubblica, questa classificazione sottolinea un'evidente verità: l'attribuzione al silenzio degli effetti di un provvedimento (positivo o negativo) « è vicenda teoricamente ben diversa dalla semplice possibilità di reagire contro la mancata emanazione di qualsiasi provvedimento » (23), oltre ad implicare — sul piano della tutela — scelte di strategia processuale differenti.

Fin dalla sua entrata in vigore, il nuovo codice dei beni culturali — come accennato — ha recepito la disposizione contenuta nell'art. 27, d.l. n. 269 del 2003, il quale stabilisce nel suo comma 10, relativamente alla verifica degli immobili statali promossa dall'Agenzia del demanio e nel suo comma 12, con riferimento alla verifica relativa agli altri immobili pubblici promossa dall'ente interessato, che la mancata comunicazione dell'esito della verifica da parte dell'autorità di tutela nel termine complessivo di centoventi giorni — decorrenti dalla ricezione della scheda contenente i dati conoscitivi del bene — equivalga ad un esito negativo della stessa. In altre parole, un bene sottoposto a verifica è considerato privo di interesse culturale nel caso in cui la Direzione regionale territorialmente competente non concluda nel termine prescritto dalla legge il procedimento di verifica della sussistenza dell'interesse culturale.

Siamo, dunque, di fronte ad un'ipotesi di silenzio significativo, in quanto il legislatore equipara l'inerzia serbata dalla Soprintendenza circa l'emanazione di un giudizio tecnico sul valore del bene ad un provvedimento espresso di carattere negativo; in altri termini, si ha a che fare con un'ipotesi di « silenzio-diniego », dato

(21) Come precisato da un autore, l'obbligo di provvedere risponde ad esigenze sia di efficienza dell'amministrazione, sia di garanzia dei privati e riguarda tutti i procedimenti amministrativi che debbono essere iniziati, siano essi ad iniziativa di parte o ad iniziativa d'ufficio; con riguardo ai primi, esso risponde all'interesse del privato ad ottenere dall'amministrazione una misura favorevole o il riesame di un atto già emanato, con riguardo ai secondi l'interesse del privato si concentra sulla rimozione dello stato di incertezza in ordine all'eventuale adozione di una misura sfavorevole. Più diffusamente, si veda M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino 1995, 10 ss.

(22) Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. CASSESE), *Parte generale*, Milano 2003, 898 ss.

(23) Cfr. *Id.*, *op. cit.*, 899.

che il silenzio è nella sostanza equiparato ad un giudizio negativo circa l'interesse culturale del bene sottoposto a verifica.

La mancanza dell'interesse culturale produce, come noto, alcuni significativi effetti, fra cui in particolare la mancata applicazione delle disposizioni contenute nel titolo I del codice dei beni culturali relativo alla tutela di tali beni (art. 12 comma 4) e la possibilità di avviare (se necessario) un procedimento di sdemanializzazione del bene finalizzata alla libera alienazione dello stesso ove, secondo le valutazioni dell'amministrazione interessata, non vi siano ragioni ostative afferenti ad un determinato pubblico interesse.

Per questo motivo, alcuni autori hanno preferito qualificare il meccanismo giuridico sopra descritto in termini di « silenzio-assenso » (24). Detta qualificazione, ad avviso di chi scrive, non è pienamente rispettosa del dato letterale della norma e appare legata ad una lettura enfatica del dato normativo. Il silenzio serbato dalla Soprintendenza circa l'interesse culturale di un determinato bene sottoposto a verifica viene, secondo questi autori, equiparato ad un provvedimento di assenso all'avvio del procedimento di alienazione del bene in favore di soggetti terzi ossia alla fuoriuscita dello stesso dal patrimonio (in senso atecnico) dell'amministrazione stessa (25).

Appare opportuno precisare che il comma 10 dell'art. 27, d.l. n. 269 del 2003, si limita ad equiparare il silenzio della Soprintendenza alla verifica della mancanza dell'interesse culturale; al fine di alienare liberamente il bene, qualora lo stesso appartenga lo Stato o ad altro ente pubblico territoriale, occorrerà in ogni caso l'adozione di un ulteriore provvedimento di sdemanializzazione dello stesso (sul punto, appare chiaro quanto disposto dal comma 5 dell'art. 12, codice, ove dato leggere che « nel caso di verifica con esito negativo su cose appartenenti al demanio dello Stato, delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali, la scheda contenente

(24) In termini di « silenzio-assenso » si esprime G. SCIULLO, *Art. 12. Verifica dell'interesse culturale*, cit., Bologna 2004, 116, ed anche M. CAMMELLI, *Introduzione*, cit., Bologna 2004, 37.

(25) Sul punto si veda G. DE GIORGI CEZZI, *Verifica dell'interesse culturale e meccanismo del silenzio-assenso*, consultabile sul sito www.aedon.mulino.it la quale afferma che « il meccanismo è identificato dai vari commentatori col *nomen* di silenzio-assenso (all'alienazione dei beni), sebbene sia espressivo di un esito negativo della verifica (il bene non riveste l'interesse richiesto), presupposto per la sdemanializzazione e quindi dell'alienazione. La norma, dietro l'intento evidente di "smuovere" le soprintendenze, contiene in sé una logica inconfessabile: i beni pubblici si presumono privi di interesse storico-artistico, e per questo non solo vanno alienati, ma anche sottratti a ogni diversa forma di tutela. Solo così si spiega l'assoggettamento a una tutela solo temporanea e per così dire "cautelare" (nell'attesa degli esiti del procedimento di verifica); la necessità di un apposito procedimento che ne accerti l'interesse; l'esplicitazione, in caso di comportamento inerte, del "non-interesse" implicito nella cosa. L'esatto opposto del precedente sistema: i beni pubblici hanno un interesse implicito nel loro regime di appartenenza; non occorre un procedimento *ad hoc* che lo espliciti (legge del '39); quando è previsto (regolamento del 2000), non riguarda tutti i beni e si traduce piuttosto nella necessità di accertare il non interesse rivestito dai beni ai limiti fini di consentirne un diverso regime di appartenenza; l'eventuale silenzio tenuto dall'amministrazione porta alla conclusione opposta all'attuale (il procedimento ha esito positivo, in quanto in mancanza di affermazioni contrarie, i beni rivestono l'interesse che l'ordinamento in linea di principio assegna loro) ».

i relativi dati è trasmessa ai competenti uffici affinché dispongano la sdeamianializzazione, qualora, secondo le valutazioni dell'amministrazione interessata, non ostino altre ragioni di pubblico interesse ») (26).

Per questo motivo, appare più corretto qualificare detta fattispecie in termini di « silenzio-diniego » e non già in termini di « silenzio-assenso », dato che non può ritenere che l'inerzia serbata da parte della Soprintendenza comporti automaticamente la libera alienabilità dei beni appartenenti agli enti pubblici né tantomeno contenga la valutazione negativa della mancanza di ulteriori e distinti interessi pubblicistici che il bene stesso possa essere comunque soddisfare.

3. *Le novità normative. Alcune riflessioni critiche.*

I decreti ministeriali sopra descritti (d.m. 25 gennaio 2005 « Criteri e modalità per la verifica dell'interesse culturale dei beni immobili di proprietà delle persone giuridiche private senza scopo di lucro » e d.m. 28 febbraio 2005 « Modifiche e integrazioni al decreto 6 febbraio 2004, concernente la verifica dell'interesse culturale dei beni immobili di pubblica utilità ») mutano radicalmente questo scenario normativo, mettendo a regime una disciplina diversa da quella contenuta nel comma 10 dell'art. 27, d.l. n. 269 del 2003.

Entrambi i provvedimenti regolamentari introducono un nuovo sistema di valutazione della mancata conclusione del procedimento di verifica della sussistenza dell'interesse culturale in capo ad un determinato bene; in forza dei correttivi inseriti attraverso i due decreti ministeriali, infatti, il silenzio della Direzione regionale non è più equiparato ad una valutazione di assenza *tout court* del profilo di culturalità, ma al contrario integra una vera e propria ipotesi di silenzio-inadempimento. In altre parole, il legislatore non attribuisce più *ex lege* un significato al comportamento inerte tenuto dall'amministrazione competente, rinunciando di tal fatta ad una qualificazione dell'inerzia a mezzo di una *fiction iuris*.

La giurisprudenza tradizionalmente riconduce all'inerzia dell'amministrazione la non volontà di emanare l'atto richiesto, attribuendo al silenzio il significato di rifiuto. Tuttavia, in assenza di una qualificazione espressa di questo comportamento, si delineano dinanzi all'operatore tre ordini di problemi: il primo, riconducibile all'individuazione del momento in cui il silenzio dell'amministrazione può essere considerato patologico, concretando una violazione dell'obbligo di provvedere; il secondo, relativo alla possibilità del privato di rivolgersi al giudice amministrativo, in presenza di un modello processuale storicamente imperniato sulla figura centrale dell'atto da impugnare e, infine, quello relativo alla possibilità di

(26) In termini generali, inoltre, la qualificazione della fattispecie in parola in termini di « silenzio-assenso » appare problematica; il « silenzio-assenso », com'è facile intuire, è utilizzabile solo per alcuni provvedimenti, il cui contenuto sia facilmente determinabile anche in assenza di una pronuncia dell'autorità competente alla sua adozione. Detta finzione giuridica può dunque essere applicata, generalmente, ai procedimenti ad iniziativa di parte nei quali il profilo discrezionale che caratterizza la valutazione posta in essere dall'amministrazione procedente è assente o molto limitato ed in cui il provvedimento amministrativo svolge una funzione essenzialmente di controllo in ordine alla sussistenza dei presupposti richiesti dalle norme per la produzione di un certo effetto giuridico.

giudice di dare soddisfazione alle richieste del ricorrente, alla luce dei poteri conferitigli dall'ordinamento processuale (27).

In ordine al primo profilo, è il legislatore stesso a chiarire, in seno ai regolamenti di cui sopra, che il termine di centoventi giorni decorre dalla data « di ricezione della richiesta » per le verifiche avviate su domanda ovvero dalla data di comunicazione dell'avviso « di avvio del procedimento » per le verifiche promosse d'ufficio. Questa precisazione è parsa opportuna poiché, attraverso una puntuale differenziazione del *dies a quo* che deve essere tenuto in considerazione nei differenti procedimenti, si arriva a determinare il momento in cui il silenzio serbato dall'amministrazione muta in termini patologici di vera inerzia.

Questo sforzo di chiarificazione operato dal legislatore presenta, tuttavia, almeno due profili di evidente perplessità, quantomeno dal punto di vista di formulazione e di strutturazione della norma.

La tecnica redazionale denota una scarsa attenzione al coordinamento delle disposizioni: il comma 3 dell'art. 4 *bis*, introdotto a sua volta dall'art. 1, d.m. 28 febbraio 2005, dispone che il termine entro il quale la Direzione regionale deve pronunciarsi sulla sussistenza o meno dell'interesse culturale è quello « di cui al comma 1 ». Detto rinvio è manifestamente erroneo giacché il citato comma 1 non contempla alcun termine, limitandosi a stabilire l'obbligo di utilizzare un determinato modulo informativo per l'inserimento dei dati descrittivi del bene soggetto a verifica; la lettura della norma nel suo complesso, che consta peraltro di un numero ridotto di articoli e commi, legittima a sostituire in via interpretativa il rinvio di cui sopra in favore del comma 2, che così dispone: « le verifiche avviate d'ufficio si concludono entro il termine di centoventi giorni dalla data di ricezione della comunicazione di avvio del procedimento ».

Sempre sotto il profilo formale, anche la scelta dei termini cela qualche elemento di contraddittorietà dal momento che nel citato comma 3 del novellato art. 4 *bis* il legislatore — dopo aver descritto l'*iter* procedimentale delle verifiche avviate d'ufficio — si cura di precisare che, in caso di inerzia, è riservata ai « richiedenti » la possibilità di agire in giudizio dinanzi al Tribunale amministrativo secondo il rito speciale introdotto dall'art. 2, l. 21 luglio 2000 n. 205. Come è stato puntualmente osservato da un autore in un primo commento alla norma, il termine « richiedenti » è utilizzato impropriamente nel contesto di un procedimento promosso d'ufficio dagli enti competenti e deve essere sostituito in via esegetica con il termine « interessati » (28); il termine viene peraltro utilizzato correttamente, in una *sedes materiae* analoga, nel comma 3 dell'art. 4, d.m. 25 gennaio con riferimento ai procedimenti di verifica che riguardano i beni immobili di proprietà delle persone giuridiche che operano senza fine di lucro.

Il secondo e distinto profilo problematico è di carattere sostanziale e riguarda il procedimento di diffida ad adempiere della pubblica amministrazione proce-

(27) Per chiarezza espositiva, quest'ultimo profilo — data la natura squisitamente processuale che lo caratterizza — verrà affrontato e sviluppato nel paragrafo successivo.

(28) Cfr. la lettura « a caldo » della norma offerta da G. SCIULLO, *Novità (e conferme) in tema di verifica dell'interesse culturale per gli immobili appartenenti a soggetti pubblici e privati no profit*, consultabile sul sito www.aedon.mulino.it.

dente. In entrambi i provvedimenti qui in commento è specificamente attribuita ai soggetti interessati la facoltà di reagire all'inerzia, serbata dalle autorità competenti ad esprimersi sulla verifica di interesse culturale, attraverso il tradizionale meccanismo della diffida a provvedere indirizzata direttamente al Ministero per i beni culturali; a ben vedere, dunque, i decreti in dettaglio — dando attuazione al previgente comma 2 dell'art. 2, l. n. 241 del 1990 — offrono un'implicita qualificazione del silenzio, eventualmente serbato, in termini di « silenzio-inadempimento », individuando il meccanismo processuale di tutela riservato all'« interessato » attraverso gli strumenti della diffida e del ricorso giurisdizionale *com silentium ex art. 2, l. n. 205 del 2000*.

Sul punto merita di essere spesa qualche considerazione circa i rapporti intercorrenti fra la disciplina di settore in esame e la novellata legge sul procedimento amministrativo (29).

(29) Come noto, nei primi mesi del 2005 l'art. 2, l. n. 241 del 1990 che disciplina i termini del procedimento amministrativo è stato oggetto di una duplice successiva modificazione. In primo luogo, con l'art. 2, l. 11 febbraio 2005 n. 15 (« Modifiche ed integrazioni alla l. 7 agosto 1990 n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa », in *G.U.* n. 42 del 21 febbraio 2005) il legislatore ha aggiunto all'art. 2, l. n. 241 del 1990, il comma *bis*, secondo cui « Decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio, ai sensi dell'art. 21 *bis*, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, e successive modificazioni, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente fin tanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti ». L'intero art. 2, l. n. 241 del 1990 è stato (appena tre mesi dopo!) integralmente sostituito dall'art. 3 comma 6 *bis*, l. 14 maggio 2005 n. 80 (« Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 14 marzo 2005 n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali », in *G.U.* n. 11 del 14 maggio 2005 - Supplemento ordinario n. 91).

La versione aggiornata del citato art. 2 (*Conclusione del procedimento*) è, pertanto, seguente:

« 1. Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. 2. Con uno o più regolamenti adottati ai sensi dell'art. 17 comma 1, l. 23 agosto 1988 n. 400, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro per la funzione pubblica, sono stabiliti i termini entro i quali i procedimenti di competenza delle amministrazioni statali devono concludersi, ove non siano direttamente previsti per legge. Gli enti pubblici nazionali stabiliscono, secondo i propri ordinamenti, i termini entro i quali devono concludersi i procedimenti di propria competenza. I termini sono modulati tenendo conto della loro sostenibilità, sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, e della natura degli interessi pubblici tutelati e decorrono dall'inizio di ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte. 3. Qualora non si provveda ai sensi del comma 2, il termine è di novanta giorni. 4. Nei casi in cui leggi o regolamenti prevedono per l'adozione di un provvedimento l'acquisizione di valutazioni tecniche di organi o enti appositi, i termini di cui ai commi 2 e 3 sono sospesi fino all'acquisizione delle valutazioni tecniche per un periodo massimo comunque non superiore a novanta giorni. I termini di cui ai commi 2 e 3 possono essere altresì sospesi, per una sola volta, per l'acquisizione di informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. Si applicano le

È noto che la disposizione racchiusa nell'art. 2, l. n. 241 del 1990, in cui viene codificato in buona sostanza l'obbligo imposto alla pubblica amministrazione del *clare loqui* e del rispetto della tempistica procedimentale, è stata considerata in dottrina, sin dalla sua entrata in vigore, espressione diretta dei principi costituzionali di buona amministrazione e di imparzialità, oltre che delle generali direttive di condotta dell'amministrazione quali la leale collaborazione col privato e la correttezza (30).

E, da un punto di vista tecnico, è proprio l'inosservanza dell'obbligo del *clare*

disposizioni dell'art. 14 comma 2. 5. Salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 21 bis, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai predetti commi 2 o 3. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti ».

(30) Sulla natura giuridica dei termini del procedimento merita di essere segnalato M. CORRADINO, *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'amministrazione nelle « riforme » della l. n. 241 del 1990*, consultabile sul sito www.giustamm.it, nella parte in cui afferma « come espressamente stabilito dal Supremo Consesso Amministrativo, infatti, i termini divisati dall'art. 2, l. 7 agosto 1990 n. 241, hanno natura acceleratoria, non contenendo lo stesso alcuna prescrizione in ordine alla loro perentorietà, né alla decadenza della potestà amministrativa né all'illegittimità del provvedimento illegittimamente adottato (cfr. Cons. St., sez. IV, 11 giugno 2002 n. 3256). Solo eccezionalmente la giurisprudenza ha ritenuto il termine di sessanta giorni (previsto per la conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza del Ministero della pubblica istruzione dal d.m. pubblica istruzione 11 luglio 1991 n. 212, attuativo dell'art. 2 comma 2, l. 7 agosto 1990 n. 241) termine perentorio, facendone discendere, in caso di violazione, l'illegittimità del provvedimento emanato tardivamente. La dottrina, come è noto, ha criticato la tesi pretoria dominante, sia per la dubbia applicabilità di un principio, quello della generale natura acceleratoria dei termini in assenza di diversa disposizione di legge, proprio delle norme processuali civili in quanto lì previsto dall'art. 152, c.p.c., al settore del diritto amministrativo sostanziale, sia perché l'opzione giurisprudenziale prevalente finisce per attribuire all'amministrazione un autentico privilegio, in palese contrasto con la tendenza ordinamentale protesa al pieno soddisfacimento delle situazioni soggettive private. Infine, è stato osservato, l'indirizzo prevalente in giurisprudenza sottovaluta la portata innovativa della l. n. 241 del 1990, la cui carica precettiva risulterebbe fortemente depotenziata. Sul piano ricostruttivo, si ritiene poi che la tesi della giurisprudenza può al più ritenersi valida per i procedimenti che sfociano in un provvedimento ampliativi per il privato, rilevando in tal caso l'interesse di quest'ultimo alla favorevole soluzione della vicenda procedimentale. In nessun caso potrebbe invece ritenersi legittimo un provvedimento che incide negativamente sulla sfera giuridica del privato, assunto oltre il termine fissato per la conclusione del procedimento. La tesi dottrinale esposta, tuttavia, non ha trovato riscontro in sede giurisprudenziale; al contrario, l'orientamento seguito dalla prevalente giurisprudenza amministrativa è stato autorevolmente avallato dalla Corte costituzionale la quale, in ben due occasioni, ha precisato che il mancato esercizio delle attribuzioni da parte dell'amministrazione entro il termine per provvedere non comporta *ex se*, in difetto di espressa previsione, la decadenza del potere, né il venir meno dell'efficacia dell'originario vincolo. Anche in sede di interpretazione burocratica è stato escluso che la scadenza dei termini entro i quali completare il procedimento implichi la privazione dei poteri spettanti all'amministrazione, evidenziandosi che in assenza di specifiche disposizioni di segno contrario si deve concludere nel senso della permanenza della possibilità di provvedere anche dopo la scadenza dei termini ».

loqui sancito dalla legge sul procedimento che apre la via ai rimedi *contra silentium* (31).

Come noto, il ruolo della diffida nel procedimento di formazione del c.d. silenzio-inadempimento ha origini antiche ed affonda le proprie radici nel sistema delineato dalla c.d. legge Crispi (l. 21 marzo 1889 n. 5992), la quale condizionava l'accesso alla tutela dinanzi alla neo istituita sez. IV del Consiglio di Stato alla definitività del provvedimento amministrativo. In particolare, con la celebre decisione del Cons. St., sez. IV, 22 agosto 1902 n. 429 c.d. « pronuncia Longo » venne introdotto un meccanismo procedurale in base al quale, trascorso un congruo periodo dalla presentazione del ricorso gerarchico, l'interessato doveva notificare all'amministrazione inadempiente una diffida, intimando di decidere entro un termine, scaduto il quale e perdurando l'inerzia, il ricorso doveva intendersi definitivamente rigettato, con conseguente possibilità del privato di adire la via giurisdizionale dinanzi alla sez. IV, impugnando la decisione tacita di reiezione (in base alla *fictio iuris* da cui ha origine il termine « silenzio-rigetto »). Tale meccanismo, inizialmente concepito nel circoscritto ambito dei ricorsi gerarchici, venne recepito dapprima dall'art. 5, testo unico della l. com. e prov. del 3 marzo 1934 n. 383 e successivamente esteso dalla giurisprudenza di merito a tutte le ipotesi di silenzio-inadempimento in cui si fosse manifestata un'assoluta inerzia procedimentale della pubblica amministrazione.

Con la nota decisione dell'adunanza plenaria del Cons. St., n. 10 del 1978 viene individuata, infine, la disciplina applicabile alla fattispecie dell'atto di diffida in parola nella disposizione contenuta nell'art. 25, testo unico degli impiegati civili dello Stato (d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3), in cui è previsto che, decorsi inutilmente sessanta giorni dalla presentazione di un'istanza, il privato è tenuto ad invitare l'amministrazione a provvedere entro un termine non inferiore a trenta giorni, mediante diffida notificata nelle forme previste dagli atti giudiziari; ove anche detto secondo termine trascorra inutilmente può dirsi formato il cosiddetto silenzio-rifiuto, impugnabile dinanzi al giudice amministrativo.

Va poi aggiunto che particolare rigore è stato mostrato dalla giurisprudenza in ordine ai requisiti formali dell'atto di diffida: in primo luogo, affinché possa formarsi un silenzio impugnabile in sede giudiziaria, si è ritenuto necessario che la diffida all'adozione dell'atto richiesto sia notificata a mezzo dell'ufficiale giudiziario in modo tale da richiamare l'attenzione del destinatario circa le conseguenze cui va incontro in caso di persistente inerzia; in secondo luogo, sotto il profilo sostanziale la diffida deve avere un contenuto monitorio e deve recare l'esatta formulazione del

(31) Giova ricordare che il ricorso *ex art. 2, l. n. 205 del 2000* è solo uno dei molti rimedi esperibili avverso l'inerzia della pubblica amministrazione. Si pensi, in primo luogo, alla minaccia dell'azione penale ai sensi dell'art. 328, c.p. rubricato « Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione » ovvero al cosiddetto obbligo di indennizzo per mancato rispetto del termine di cui all'art. 2, l. n. 241 del 1990 prevista dalla delega contenuta nell'art. 17 comma 1 lett- f) l. n. 59 del 1997. Si pensi, infine, ai poteri sostitutivi in caso di inerzia previsti dall'art. 3 *ter* (Rimedi per l'inosservanza dei termini), l. n. 273 del 1995.

petitum in modo da mettere la pubblica amministrazione nella condizione di coglierne il preciso significato (32).

Questo consolidato meccanismo procedurale, che viene — come detto — richiamato espressamente dai due decreti ministeriali in commento, appare oggi superato dalla lineare formulazione del novellato art. 2, l. n. 241 del 1990 che esplicitamente prevede nel comma ult. che « salvi i casi di silenzio-assenso, decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 21 *bis*, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente [...] ».

Nel rinnovato impianto normativo della legge generale sul procedimento, la diffida non rappresenta più un presupposto condizionante l'ammissibilità del ricorso *contra silentium*; viene dunque superata la teoria tradizionale che individuava nell'atto di diffida lo strumento necessario per consentire al privato di acquisire la piena conoscenza del *dies a quo* per il computo dei termini decadenziali del procedimento, ritenendosi la predeterminazione dei tempi procedurali (e le relative forme di pubblicità assicurate agli stessi dalla legge) una forma di garanzia sufficiente per il cittadino. Secondo quanto affermato da un autore, la speciale procedura contenuta nell'art. 25, d.P.R. n. 3 del 1957 verrebbe dunque restituita alla sua funzione originaria di meccanismo volto alla ricostruzione di un titolo di responsabilità in capo al funzionario inadempiente, senza che della stessa possa essere fatto un uso strumentale in guisa di impropria causa di inammissibilità (peraltro, di esclusiva creazione giurisprudenziale) dell'azione avverso il silenzio della p.a. (33).

Fra le pronunce giurisprudenziali più recenti in materia si segnala una decisione del TAR Toscana ove espressamente si afferma che « dopo l'entrata in vigore della l. n. 15 del 2005 (che ha aggiunto il comma 4 *bis* all'art. 2, l. n. 241 del 1990),

(32) In questa direzione si vedano Cons. St., sez. V, 25 gennaio 1995 n. 131, e Cons. St., sez. V, 12 luglio 1996 n. 848, entrambe consultabili sul sito www.giustizia-amministrativa.it. È stato osservato in dottrina che « appare interessante notare che la diffida, nella ricostruzione giurisprudenziale prevalente, appare fondata sull'*eadem ratio* della previsione racchiusa nell'art. 328, c.p. (fattispecie incriminatrice: "Rifiuto di atti di ufficio. Omissione"). Come chiarito dalla giurisprudenza penale di legittimità in tema di omissione di atti d'ufficio, infatti, la richiesta di cui al comma 2 dell'art. 328, c.p. è collegata, da un lato, ad un apprezzabile interesse del richiedente e, dall'altro, ad uno dei tre possibili sbocchi ipotizzati dalla norma medesima: definizione della pratica, spiegazione del ritardo, sanzione penale in mancanza dell'una o dell'altra nel termine legale di giorni trenta. Ne consegue che la richiesta di chi via abbia interesse assume nella previsione di legge natura e funzione di "diffida ad adempiere"; la diffida ad adempiere, inoltre, è atto ontologicamente distinto dalla mera istanza dell'interessato volta ad ottenere l'adozione di un provvedimento amministrativo ed è atto necessario ai fini della configurazione del reato di cui all'art. 328, c.p. Pare corretta, pertanto, la considerazione secondo cui "la diffida statuita dall'art. 328, c.p. sembra avere la medesima funzione di atto diretto a fare constatare la fattispecie di omissione di atti d'ufficio, la cui formazione è fatta dipendere dalla diffida del cittadino nei confronti del pubblico ufficiale o incaricato del pubblico servizio" », così si veda M. CORRADINO, *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'amministrazione nelle « riforme » della l. n. 241 del 1990*, cit.

(33) Cfr. M. CORRADINO, *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'amministrazione nelle « riforme » della l. n. 241 del 1990*, cit.

la notifica di apposito atto di diffida non è più necessaria ai fini della formazione del silenzio-rifiuto » (34).

Eliminata dunque la necessità della diffida all'amministrazione inadempiente il ricorso potrà essere proposto comunque « fin tanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 e 3 » (35). Va inoltre sottolineato che, nella misura in cui si condivide la qualificazione dell'inerzia serbata dall'amministrazione sul procedimento in termini « non-esercizio » del potere ovvero semplice fatto di inadempimento, non può essere escluso che in un secondo momento, anche in pendenza del giudizio sul silenzio, l'amministrazione possa esercitare il potere attribuitole, dando soddisfazione alla richiesta del privato.

In ragione di quanto detto, l'impianto normativo dei decreti ministeriali commentato appare dunque datato o, quanto meno, non in armonia con un dato legislativo di portata generale; in particolare, il difetto di coordinamento normativo è imputabile al secondo decreto (d.m. 28 febbraio 2005) la cui entrata in vigore è imputabile al secondo decreto (d.m. 28 febbraio 2005) la cui entrata in vigore della l. n. 15 del 2005, con cui il meccanismo della notifica dell'atto di diffida era già stato bandito dal generale procedimento di formazione del silenzio-inadempimento.

In un'ottica di più ampio respiro, qualche osservazione critica può essere formulata sulla scelta di politica legislativa in sé, interrogandosi sui profili di utilità derivanti dalla sostituzione di un meccanismo di « silenzio-diniego » con uno di « silenzio-inadempimento ».

Ad una prima lettura, la sostituzione del meccanismo del silenzio-assenso con quello del silenzio-inadempimento in seno ai procedimenti di verifica dell'interesse culturale di un bene in mano pubblica appare dettato più da una spinta di carattere politico ed umorale che da una concreta e sistematica intenzione di ridisegnare l'assetto normativo della materia (36). Lungi dal configurarsi come un intervento di semplificazione procedimentale, l'innesto del meccanismo del silenzio-inadempimento non pare offrire una soluzione al problema della determinazione del profilo

(34) Cfr. TAR Toscana, sez. I, 20 giugno 2005 n. 3044, consultabile sul sito www.lexitalia.it.

(35) La norma, tuttavia, non esclude espressamente la possibilità di notificare un atto di diffida; stante la formulazione ampia del comma 5 dell'articolo in parola (« [...] anche senza la necessità di diffida all'amministrazione inadempiente » [...]), la volontaria applicazione da parte dell'istante della tradizionale procedura prodromica all'instaurazione del giudizio non può essere censurata, avuto riguardo anche al fatto che l'interpretazione burocratica è storicamente proclive all'utilizzo della diffida ad adempiere (cfr. Circ. Min. funz. pubbl., 8 gennaio 1991 n. 60397/7-463).

(36) Con tono enfatico il comunicato stampa del Ministero per i beni e le attività culturali (consultabile sul sito [internet istituzionale del dicastero](http://internet.istituzionale.dicastero)) annunciava infatti che « [...] con il recente decreto del febbraio 2005, il Ministero dei beni e le attività culturali e l'Agenzia del demanio si sono dati reciprocamente atto della cessazione del periodo di "prima applicazione" della norma sul silenzio-assenso e, nel riconfermare criteri e modalità precedentemente stabiliti per lo svolgimento delle verifiche, hanno statuito che d'ora innanzi avverso l'eventuale silenzio serbato dal Ministero nei confronti delle istanze di verifica dell'interesse culturale, lo strumento cui gli enti interessati potranno affidarsi sarà il ricorso al TAR perché ordini all'amministrazione di provvedere sulla richiesta, ai sensi dell'art. 21 bis l. n. 1034 del 1971 ».

di culturalità di un bene: da un lato, infatti, l'introduzione di un silenzio « non significativo » viene a determinare una *impasse* procedimentale, sicché allo scadere del termine di centoventi giorni la qualificazione del bene soggetto alla verifica rimane indefinita; dall'altro, su impulso della parte interessata, viene spostato in capo al giudice amministrativo il compito di rimuovere lo stato di incertezza creatosi. In altri termini, dietro questa operazione di facciata, paiono celarsi, da un lato, il non remoto pericolo di una dilatazione dei tempi procedurali complessivi, ovvero sia necessari per addivenire all'emanazione di un provvedimento espresso e, dall'altro, la conseguenza di un inevitabile aumento del contenzioso amministrativo, finalizzato alla rimozione di questo stato di inerzia che non consente di definire l'assetto ed il regime giuridico del bene immobile sottoposto a verifica.

4. *Silenzio-inadempimento e nuovi poteri decisionali del giudice amministrativo.*

L'aver spostato il problema dalla sede procedimentale a quella processuale comporta alcune conseguenze che — con buona probabilità — non sono state prese in considerazione dall'autorità ministeriale, nella misura in cui ha provveduto al varo dei due decreti in commento. Come sopra accennato, la recente riforma del procedimento amministrativo — attraverso l'introduzione del nuovo comma 5 in seno all'art. 2, l. n. 241 del 1990 — ha modificato profondamente il rito *contra silentium*, la cui disciplina è stata, fino ad oggi, racchiusa nell'art. 2, l. n. 205 del 2000.

La delimitazione dei poteri decisionali del giudice amministrativo in sede di rito del silenzio è da sempre stato terreno di fervido contrasto dottrinale e giurisprudenziale. A partire dalla pronuncia dell'adunanza plenaria del Cons. St., n. 10 del 1978, si è andata progressivamente affermando la possibilità per il giudice, limitatamente ai settori contraddistinti da attività amministrativa vincolata, in caso di ricorso avverso il silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione, di superare la mera declaratoria dell'obbligo di provvedere e di pronunciarsi sulla fondatezza della domanda (37); questa presa di posizione da parte della giurisprudenza è stata tradizionalmente giustificata dall'esigenza di garantire l'effettività della tutela ed evitare che un ricorso avverso il silenzio-rifiuto della pubblica amministrazione, trattato con la procedura e la tempistica di un giudizio ordinario, potesse essere definito a distanza di anni con una mera declaratoria dell'obbligo di provvedere.

L'introduzione del rito accelerato in tema di silenzio, messo a regime dall'art. 2, legge di riforma del processo amministrativo n. 205 del 2000, ha acuito il problema nella misura in cui si sono creati due orientamenti interpretativi divergenti sul punto di diritto: secondo il primo, sarebbe venuta meno, in presenza del nuovo ed abbreviato strumento di tutela, la possibilità per il giudice di valutare la fondatezza (e la sostanza) della domanda; al contrario, per i sostenitori del secondo

(37) Cfr. Cons. St., sez. VI, 26 febbraio 1982 n. 92, in questa *Rivista*, 1982, I, 231; Cons. St., sez. VI, 31 luglio 1987 n. 506, in *Cons. St.*, 1987, I, 1132; Cons. St., sez. V, 15 marzo 1991 n. 250, *ivi*, 1991, I, 422, e Cons. St., sez. V, 13 aprile 2000 n. 2211, in *Ragiusan*, fasc. 193-4, 446.

orientamento, in ipotesi di attività vincolata dell'amministrazione, il giudice — ancorché adito ai sensi della procedura speciale di cui al citato art. 2 — potrebbe anche determinare il contenuto dell'atto che l'amministrazione deve adottare a soddisfazione dell'interesse del ricorrente (38).

In questo contesto si è inserita l'adunanza plenaria 9 gennaio 2002 n. 1 in cui si è osservato (recuperando appieno l'impostazione più risalente) che, sul piano sostanziale, il giudizio sul silenzio si collega semplicemente al dovere delle amministrazioni pubbliche di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso, nei casi in cui esso consegua obbligatoriamente ad un'istanza ovvero debba essere iniziato d'ufficio. Nel rito sul silenzio, la cognizione del giudice amministrativo — nella ricostruzione operata dal Supremo Consesso amministrativo — sarebbe dunque limitata all'accertamento della legittimità dell'inerzia dell'amministrazione, non potendosi in altre parole estendere fino all'esame della fondatezza della pretesa sostanziale del privato. Compito del giudice amministrativo sarebbe pertanto unicamente quello di accertare se il silenzio della pubblica amministrazione sia o meno illegittimo e, in caso di valutazione positiva, di ordinare all'amministrazione di provvedere all'istanza avanzata dal soggetto privato (nominando, nell'eventualità di un ulteriore stato di inerzia, anche un commissario *ad acta*), non potendo però in alcun modo il giudice sostituirsi all'amministrazione ed ordinare l'emanazione di un provvedimento dal contenuto predeterminato (39).

In tempi ancora più recenti, è intervenuta la l. 14 maggio 2005 n. 80 la quale —

(38) In particolare, veniva ipotizzato il pericolo che una lettura restrittiva dell'art. 2, l. n. 205 comportasse un ridimensionamento dell'ambito di tutela, riconosciuto al privato dalla precedente elaborazione giurisprudenziale, costringendo quest'ultimo a due gradi di giudizio, seppure con procedura accelerata, per ottenere una mera declaratoria dell'obbligo di provvedere, anche qualora la fondatezza della domanda da lui proposta fosse sin da subito manifesta ed inserita in una attività decisoria amministrativa priva di contenuto discrezionale.

(39) La materia in esame non pare, però, aver trovato — nonostante il puntuale intervento dell'adunanza plenaria — un assetto definitivo. A riprova di ciò, basti pensare che a distanza di pochi mesi con la decisione 8 ottobre 2002 n. 5318, la sez. V del Consiglio di Stato ha osservato che « In sede di impugnativa del silenzio la pretesa sostanziale è inaccoglibile anche se in astratto è ipotizzabile l'obbligo dell'amministrazione di provvedere. L'effettivo rapporto sostanziale va valutato in relazione all'esigenza che comunque deve sussistere un interesse alla decisione, che viene evidentemente a mancare se è sicuro che la pretesa del ricorrente non potrebbe essere soddisfatta per mancanza di un determinato presupposto richiesto dalla specifica normativa in materia », consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

In tempi ancora più recenti, il TAR Veneto, sez. I, 21 febbraio 2005 n. 723 — preannunciando il contenuto della novella legislativa che da lì a pochi giorni sarebbe entrata in vigore — ha precisato che « si sostiene che compito del g.a. adito con ricorso contro il silenzio è solo quello di pronunciarsi sulla questione se sussista, o meno, obbligo di dare una risposta, e non, invece, di pronunciarsi sulla fondatezza, o meno, della pretesa. Tuttavia, non si vede come, quando sia pacifico che la p.a. inadempiente debba provvedere in un determinato senso (così che l'operato che essa deve porre in essere sia vincolato nel contenuto), possa il g.a. trascurare detta decisiva circostanza, limitandosi a dichiarare l'obbligo di pronunciarsi della p.a. », consultabile integralmente sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

come detto in precedenza — ha introdotto all'art. 2, l. n. 241 del 1990 il discusso comma 5, secondo cui a seguito della presentazione di un ricorso *contra silentium*, il giudice amministrativo « può conoscere della fondatezza dell'istanza ».

Su questo problematico aspetto della norma possono essere spese solo alcune riflessioni « a prima lettura ».

In primo luogo, non può sottacersi un certo stupore che emerge dalla constatazione del carattere frammentario e caotico che contraddistingue la politica di produzione normativa posta in essere dal legislatore. In particolare, appare impropria la scelta della *sedes materiae* in cui il legislatore ha collocato l'inciso in parola: il carattere processuale della disposizione avrebbe imposto il suo inserimento non già nella legge generale del procedimento, bensì nella struttura della legge principale a disciplina del processo amministrativo, nello specifico in seno all'art. 21 *bis*, l. n. 1034 del 1971.

Sotto il profilo contenutistico, in secondo luogo, risulta problematico offrire una lettura corretta alla norma nella misura in cui essa, nella sua estrema laconicità, non determina i modi ed il grado di approfondimento attraverso cui il giudice può « conoscere della fondatezza dell'istanza » né tantomeno si preoccupa di circoscrivere l'ambito operativo di questo nuovo potere di indagine, omettendo di precisare se esso possa essere attuato anche al di fuori degli ambiti della potestà decisoria amministrativa vincolata. In altre parole, la norma non precisa se il giudice, forzando in una certa misura il fondamentale principio di suddivisione dei poteri, possa sostituirsi all'amministrazione rimasta silente, predeterminando il contenuto sostanziale di quei provvedimenti che sono espressione di una attività valutativa discrezionale attribuita dalla legge all'apparato amministrativo.

Ad avviso di chi scrive, il legislatore ha — forse maldestramente — tentato di condensare nell'inciso normativo in discussione il risultato dell'elaborazione giurisprudenziale prima citata e sviluppatasi anteriormente alla decisione dell'adunanza plenaria n. 1 del 2000. Deve, tuttavia, rilevarsi che anche il superamento della decisione della plenaria in ordine ai poteri cognitori e decisionali del giudice adito *contra silentium* non appare pienamente lineare: la legge, invero, ha attribuito al giudice la sola possibilità e non già l'obbligo di vagliare la fondatezza dell'istanza. L'aver scritto il termine « può » e non già « deve conoscere della fondatezza dell'istanza » induce dunque a ritenere che sia in capo all'organo decidente la facoltà di arrestare l'indagine al mero accertamento della legittimità dell'inerzia ovvero sia di scendere nella valutazione dei profili meritori della richiesta a monte avanzata dal soggetto privato (con evidenti problemi di coordinamento della disposizione in parola rispetto al generale principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato).

Queste riflessioni in chiave dubitativa portano a valutare l'impatto del comma 5 del novellato art. 2 sulla disciplina del silenzio-inadempimento introdotto da pochi mesi nei procedimenti di verifica dell'interesse culturale dei beni immobili in mano pubblica. È pertanto inevitabile chiedersi se il giudice amministrativo, adito da un interessato a seguito dell'inerzia serbata dall'amministrazione competente circa l'apprezzamento dei profili di culturalità di un bene, possa ad essa sostituirsi integralmente nelle valutazioni; in altre parole, pare lecito chiedersi se il giudice amministrativo possa dare soddisfazione all'istanza del ricorrente predeterminando

il contenuto del provvedimento che l'amministrazione, rimasta colpevolmente inerte, dovrà successivamente adottare, andando nel concreto a definire il regime giuridico di circolazione del bene immobile stesso.

In attesa di una presa di posizione sul punto della giurisprudenza, ad avviso di chi scrive, pare prudente formulare le seguenti considerazioni. Il ragionamento che si intende sviluppare muove i suoi passi dalla valutazione della tipologia del potere pubblico che sta dietro alla decisione in ordine alla riconducibilità o meno di un certo bene nella sfera « protetta » dei beni di interesse culturale.

La giurisprudenza amministrativa, in modo pressoché costante in relazione alla tematica dell'imposizione del vincolo artistico, ha ricondotto il potere in parola nell'ambito della discrezionalità tecnica, sottraendo di tal fatta all'area sindacabile da parte del giudice amministrativo le scelte compiute dalla pubblica amministrazione in materia di beni culturali (40). Volendo prudentemente aderire a questo filone interpretativo, sicuramente maggioritario in giurisprudenza, la risposta a

(40) Come noto, infatti, le scelte espressione di discrezionalità tecnica pura ricadono nel cosiddetto « merito amministrativo » e sono, pertanto, sottratte al controllo di legittimità operato sulla condotta degli organi della pubblica amministrazione da parte del giudice amministrativo, in questo senso si veda fra la giurisprudenza più risalente Cons. St., sez. VI, 18 novembre 1991 n. 874, in *Cons. St.*, 1991, I, 1474; Cons. St., sez. VI, 13 maggio 1990 n. 558 *ivi*, 1990, I, 834, e Cons. St., sez. IV, 26 giugno 1987 n. 388, *ivi*, 1987, I, 734. Il tema dell'individuazione dell'ambito del sindacato del giudice amministrativo sulle scelte espressione di discrezionalità tecnica è stato negli ultimi anni fra i più discussi in dottrina e giurisprudenza. Sul punto, a partire dal 1999, si sono formati due orientamenti giurisprudenziali contrapposti: il primo (che fa riferimento alla nota decisione Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999 n. 601) che sostiene che il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può non limitarsi al mero controllo formale dell'iter logico seguito dall'amministrazione nel suo processo decisionale, potendo al contrario estendersi alla verifica intrinseca delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza ed adeguatezza. In ordine a questo primo orientamento, si segnalano fra i numerosi commenti M. DEL SIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, nota a Cons. St. sez. IV, 9 aprile 1999 n. 601, in *Dir. proc. amm.*, 2000, fasc. 1, 185 ss., e P. LAZZARA, « *Discrezionalità tecnica* » e situazioni giuridiche soggettive, nella stesso fascicolo della *Rivista*, 212 ss., e A. TRAVI, *Circa il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, nota a Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999 n. 601 in *Foro it.*, 2001, fasc. 1, pt. 3, 9 ss.

Un secondo orientamento, oggi prevalente, rimane invece su posizioni più prudenti ritenendo che il sindacato del giudice amministrativo può limitarsi ad avere un carattere intrinseco di tipo debole, ossia capace sì di colpire le valutazioni tecniche inattendibili fornite dalla p.a., ma impotente dinanzi a quelle formalmente corrette ma solo opinabili, sul punto si veda F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, 2002, fasc. 2, 603 ss.; M. PAOLANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, nota a Cons. St., sez. VI, luglio 2002 n. 3637, in questa *Rivista C.d.S.*, 2002, fasc. 10, 2587 ss.; S. MIRATE, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche tra nuove conquiste e antiche resistenze*, nota a Cons. St. sez. IV, 6 ottobre 2001 n. 5287. Cons. St., sez. V, 5 marzo 2001 n. 1247, in *Giur. it.*, 2002, fasc. 5, 1084 ss.; C. VIDETTA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999 n. 601 della sez. IV del Consiglio di Stato*, nota a TAR Veneto, sez. I, 15 gennaio 2003 n. 401, in questa *Rivista TAR*, 2003, fasc. 4, 1185 ss., e, infine, con riferimento alla verifica di interesse culturale A. TARASCO, *Beni culturali e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, nota a TAR Lombardia, Milano, sez. I, 17 giugno 2004 n. 2440, in questa *Rivista TAR*, 2004, fasc. 9, 244 ss.

quesito precedentemente formulato non può che essere negativa: il giudice amministrativo non può — ancorché la norma procedimentale generale gli attribuisca la possibilità di sindacare la fondatezza dell'istanza — spingersi ad effettuare una valutazione tecnica a lui « ontologicamente preclusa », in quanto ricadente nel merito amministrativo; non sarà, dunque, consentito al giudice sostituire la propria decisione alla valutazione dell'amministrazione circa la sussistenza o meno dell'interesse culturale del bene sottoposto a verifica.

Vi è, tuttavia, un'affascinante ricostruzione dottrinale del problema in termini radicalmente differenti. Secondo un autore, non sarebbe possibile affermare con sicurezza che l'attività svolta dall'amministrazione, in sede di valutazione del profilo di culturalità di un bene, sia puramente tecnica ed anzi non sarebbe possibile commisurare il valore estetico, culturale ovvero storico di un bene, prescindendo totalmente da una tipologia di valutazione di carattere discrezionale-amministrativo (41). In quest'ottica ricostruttiva, dunque, non si potrebbe non riconoscere la natura discrezionale dei poteri spettanti alla pubblica amministrazione in materia di tutela dei beni culturali, dal momento che nel compimento di questa attività, l'amministrazione non si limiterebbe ad accertare una qualità intrinseca del bene, ma opererebbe una scelta dipendente, in misura maggiore o minore, da valutazioni non squisitamente oggettive. Il capovolgimento di prospettiva è di conseguenza evidente: confutata in questo campo la natura meramente ricognitiva dell'operato della pubblica amministrazione, si legittima un controllo giurisdizionale più profondo sul potere esercitato dalla pubblica amministrazione in sede di tutela del patrimonio culturale. Con riferimento al problema dibattuto in questa sede, solo l'affermarsi (in giurisprudenza e dottrina) di una ricostruzione dogmatica nei termini ora esposti del potere esercitato in sede di verifica dell'interesse culturale di un bene legittimerebbe la possibilità del giudice amministrativo di esercitare un sindacato forte ed intrinseco sull'operato dell'amministrazione, tale addirittura da sostituirsi alla stessa nelle ipotesi più gravi di non-esercizio (*rectius*, inerzia) del potere stesso.

Una lettura prudente della norma, giustificata fra l'altro dal breve lasso di tempo che è intercorso dall'entrata in vigore della disciplina citata, consente tuttavia all'operatore di escludere con una certa tranquillità la concreta possibilità per il giudice di invadere la sfera decisionale riservata all'amministrazione; in altre parole, con riferimento alle ipotesi di silenzio-inadempimento che si dovessero configurare in seno ai procedimenti di verifica dell'interesse culturale dei beni in

(41) L'interpretazione offerta da G. GIACCARDI, *La protezione dei beni culturali fra discrezionalità tecnica e amministrativa*, in G. COFRANCESCO (a cura di), *I beni culturali fra interessi pubblici e privati*, cit., 46: « per poter concludere a favore della sussistenza di un puro e semplice accertamento tecnico al quale consegue una scelta vincolata, occorrerebbe che la disciplina tecnica alla quale l'amministratore deve attingere per poter formulare la propria scelta, fornisca canoni certi e precisi, in altre parole dovrebbe esistere uno *standard* al quale ancorare la valutazione. Così avviene ad es. in materia di inquinamento: esistendo infatti in proposito una serie di dati tecnici specificati direttamente alla legge, qualora l'amministrazione violi i parametri normativamente stabiliti, non si pone neppure il problema della sindacabilità della discrezionalità tecnica, configurandosi più semplicemente il vizio di violazione di legge ».

mano pubblica, appare difficilmente applicabile la norma contenuta nel comma 5 del novellato art. 2, l. n. 241 del 1990. In materia, dunque, appare preferibile continuare ad aderire alla ricostruzione teorica operata dall'adunanza plenaria del Cons. St., n. 1 del 2000, in cui si circoscrive il potere del giudice nei ricorsi *contra silentium* alla mera declaratoria di illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza proposta dalla parte interessata.

Osservazioni conclusive.

Per i motivi sinora esposti la valutazione complessiva dell'intervento normativo attuato dal legislatore in materia di beni culturali attraverso i due decreti ministeriali ivi in commento non può che essere critica.

Se si tralasciano le considerazioni più scontate che riguardano la frammentarietà dell'intervento normativo (42) e la *ratio* forse più politico-emotiva che giuridica dello stesso, la nota positiva di maggiore rilievo può essere offerta da una lettura in filigrana delle innovazioni legislative in commento, in grado di evidenziare la nascita di un nuovo modo di valutare il tema della conservazione e della valorizzazione del patrimonio culturale del Paese. È indubbio che il meccanismo del silenzio-assenso nella procedura di alienazione di beni immobili culturali pubblici (salvo quanto precisato in ordine al regime di demanialità) abbia sancito la permanenza — seppur circoscritta nel tempo ed ora superata — di un primato dell'esigenza economico-finanziaria sull'interesse generale alla tutela del patrimonio artistico nazionale, in aperto contrasto con la disposizione contenuta nell'art. 9 Cost., in cui enfaticamente detta tutela viene annoverata fra i compiti fondamentali della Repubblica.

Sia consentita poi una osservazione finale. L'efficacia operativa di quest'intervento di riforma, voluto con fermezza dal legislatore ed apprezzabile quanto meno sotto il profilo degli intenti, rischia di essere inficiato da un errore di fondo di carattere tecnico. A ben vedere, infatti, se si prescinde del tutto dal dato contenutistico, va rimarcato che la tanto criticata disciplina del « silenzio-assenso » è pur sempre contenuta nel comma 10 dell'art. 27, d.l. n. 269 del 2003, il quale viene espressamente richiamato dall'art. 12, d.lgs. n. 42 del 2004 c.d. codice dei be

(42) Non è infatti facile ravvisare il motivo per cui il legislatore abbia inteso disciplinare partitamente, attraverso due distinti decreti ministeriali, il meccanismo procedimentale che governa il procedimento di verifica dell'interesse culturale dei beni immobili appartenenti alle « persone giuridiche private senza fine di lucro » (d.m. 25 gennaio 2005) ed alle amministrazioni statali (d.m. 28 febbraio 2005). Detta frammentarietà ha peraltro indotto alla commissione di qualche errore nelle prime ricostruzioni normative; non può infatti condividersi la riflessione di D. BOGGIALI, *Silenzio-diniego e verifica dell'interesse culturale dei beni appartenenti a enti pubblici e persone giuridiche private senza scopo di lucro*, Settore. Studi. Segnalazione novità, a cura del CNN - banca dati RUN nella parte in cui afferma a commento dell'ambito applicativo del d.m. 28 febbraio 2005 che « restano, pertanto, esclusi i beni appartenenti alle persone giuridiche private senza scopo di lucro, per i quali dovrebbe restare operativo il sistema del silenzio-diniego di cui al comma 10 dell'art. 27, d.l. n. 269 del 2003 », dal momento che la materia (e dunque il meccanismo del silenzio-inadempimento) è stata oggetto di un precedente e separato decreto ministeriale, il più volte citato d.m. gennaio 2005.

culturali. Entrambe queste norme sono di rango primario e dunque non paiono essere suscettibili di abrogazione o modifica da parte di un decreto ministeriale, il quale come noto è norma di carattere secondario e in ogni caso subordinata alle norme di legge o aventi forza di legge (43).

Detti regolamenti, inoltre, non possono essere neppure inquadrati nel *typos* normativo dei regolamenti di esecuzione (art. 17 comma 1 lett. a), l. n. 400 del 1988) né tantomeno nei regolamenti di attuazione e di integrazione (art. 17 comma 1 lett. b), l. n. 400 del 1988). La lettura dell'art. 27, d.l. 269 del 2003 e dell'art. 12, codice dei beni culturali mostra come sia stata prevista dal legislatore l'emanazione di decreti ministeriali sul punto, ma che essi debbano avere il solo scopo di fissare i criteri per la predisposizione degli elenchi dei beni culturali, delle modalità di redazione delle schede descrittive degli stessi e di trasmissione degli elenchi e delle schede; in nessuna parte delle norme di rango primario citate si riviene l'attribuzione all'esecutivo del potere di disciplinare gli effetti del comportamento della pubblica amministrazione in maniera diversa rispetto a quanto previsto dalle norme sovraordinate.

Con affermato da autorevole dottrina, « i limiti sostanziali alla potestà regolamentare del governo derivano dalla collocazione dei regolamenti nella gerarchia delle fonti » (44) ed è altrettanto indubbio che i regolamenti ministeriali siano illegittimi, per vizio sostanziale, qualora si pongano in contrasto con una norma di rango costituzionale, legislativo ovvero sol anche contenuta in un regolamento governativo (il quale è sovraordinato al mero regolamento ministeriale). È chiaro dunque come i nuovi meccanismi procedurali voluti dal Governo siano a rischio di una declaratoria di illegittimità (45).

È dunque chiaro che una riforma procedimentale di tale importanza sarebbe

(43) In tema di gerarchie strutturali fra le fonti e rapporti fra gerarchie e poteri normativi si veda per tutti R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano 1993, 190 ss., in particolare si segnala un passo nella parte in cui l'autore afferma « come si è detto a suo tempo, la funzione esecutiva è, per definizione, strutturalmente subordinata a quella legislativa. Ciò non esclude che il potere esecutivo possa emanare provvedimenti a contenuto normativo, ossia generale e/o astratto. Nondimeno, l'esecutivo può emanare atti normativi solo a seguito di un'autorizzazione legislativa e comunque gli atti normativi dell'esecutivo non possano derogare alle leggi (né, a maggior ragione, abrogarle). Insomma: gli atti normativi dell'esecutivo devono essere autorizzati dalla legge (o dalla Costituzione), e sono comunque subordinati alla legge (e, si intende, alla Costituzione) [corsivo dell'autore].

(44) Cfr. R. GUASTINI, *op. cit.*, 201. Nel caso in analisi, trattandosi di conflitto fra regolamento ministeriale ed atto avente forza di legge, va da sé che il giudice amministrativo risulta essere competente a giudicare della legittimità del regolamento in via principale e con effetti *erga omnes* (si tratta tuttavia di un potere raramente esercitato).

(45) I riflessi in chiave processuale di questa situazione, conseguente ad un erroneo coordinamento normativo e ad un contrasto fra il tenore delle disposizioni legislative e la portata innovativa delle fonti regolamentari analizzate, appaiono assai complessi.

Possono quindi essere profilati alcuni possibili scenari.

In una prima ipotesi ricostruttiva, la parte interessata invoca l'intervento del g.a. per porre rimedio (decorso inutilmente il termine di centoventi giorni per l'ultimazione dell'istruttoria e l'emissione del provvedimento espresso) all'inerzia della Soprintendenza in ordine al vaglio dell'interesse culturale del bene; il g.a. viene adito — in applicazione delle vigenti norme ministeriali — attraverso il rito sul silenzio *ex art. 2, l. n. 205 del 2000*, dato

dovuta transitare per un canale normativo più forte, auspicabilmente attraverso un intervento ad ampio respiro coordinato nel tempo con le altre normative di confine o, quantomeno, attraverso una fonte di rango primario che correggesse in radice lo svarione normativo creatosi con l'innesto — in un ambito così delicato anche nel comune sentire dell'opinione pubblica — del meccanismo del silenzio-assenso.

PAOLO DIVIZIA

che — come visto — la nuova disciplina regolamentare riqualifica detto comportamento inerte non più in termini di silenzio-rigetto, bensì in termini di silenzio-inadempimento.

Il g.a. investito della questione, svolgendo la prodromica ricostruzione dell'articolato normativo su cui si fonda l'istanza del ricorrente, ravvisa l'evidente conflitto fra norma regolamentare (che mette a regime il meccanismo del silenzio-inadempimento) e norma legislativa (che si fonda sul silenzio-diniego) e conseguentemente procede all'annullamento della prima per l'evidente contrasto con la seconda; in secondo luogo, si spoglia della questione con un pronuncia di rito atteso che l'intero ricorso introduttivo di giudizio strutturato sul rito *contra silentium*, reso inutile dall'annullamento della fonte regolamentare.

In deroga al principio stabilito dall'art. 2909, c.c. (che riferisce l'ordinaria efficacia soggettiva della cosa giudicata alle sole parti del processo, ai loro eredi ed aventi causa nell'ipotesi di annullamento di norme regolamentari illegittime è noto che la portata del giudicato si estenda *erga omnes*; in conseguenza di ciò, ripristinata l'operatività del meccanismo del silenzio-diniego, la parte ricorrente si troverebbe di fronte ad un silenzio serbato sulla propria istanza di vaglio dell'interesse culturale del bene equiparabile *de facto* ad un atto di assenso alla libera circolazione del stesso (esattamente come avveniva prima dell'entrata in vigore dei due regolamenti ministeriali).

In alternativa, il g.a. — appurata l'illegittimità delle fonti regolamentari di cui sopra — potrebbe ravvisare un difetto della propria giurisdizione, sottolineando che la richiesta dinanzi a sé avanzata è inerente, nella sostanza, ad una posizione di diritto soggettivo puro (relativa cioè alla titolarità del bene ed alle conseguenti facoltà dispositive dello stesso esorbitante pertanto alla sua sfera cognitiva).

In una seconda ipotesi ricostruttiva, la parte interessata — a fronte del silenzio serbato dall'amministrazione — potrebbe investire della questione direttamente il giudice ordinario attraverso l'esperimento di un'azione di mero accertamento con cui si chieda la definizione del regime giuridico circolatorio del bene interessato dal vaglio della Soprintendenza; in altre parole, al giudice verrebbe richiesto di valutare un profilo di diritto soggettivo (l'assetto proprietario del bene e le relative facoltà di fruizione) che presuppone la prodromica valutazione dell'illegittimità dei regolamenti ministeriali e la conseguente disapplicazione d'ufficio degli stessi, ai sensi dell'art. 5, legge di abolizione del contenzioso amministrativo del 1865.

Dal punto di vista della strategia processuale, questa seconda soluzione — seppur contraddistinta da tempistiche processuali di durata significativa — appare preferibile poiché volta a fare chiarezza sul regime giuridico di un bene e sulla normativa pubblicistica ad esso applicabile (non va dimenticato infatti che, a prescindere dal profilo circolatorio in sé, l'attribuzione del carattere di interesse culturale ad un bene comporta l'applicazione di tutta la normativa disciplinante la fruizione e la conservazione dello stesso).