Convegno annuale AIPDA 2018
Reggio Calabria 4, 5 e 6 ottobre 2018

Paper in relazione al Panel "*Domanda culturale, semplificazione e partecipazione*"

LA TUTELA DEI BENI PAESAGGISTICI NEL PROCESSO DI SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA: DALLA DIFFERENZIAZIONE ALL'OMOLOGAZIONE DEL REGIME GIURIDICO

di

Edoardo Giardino

Sommario: 1. I beni paesaggistici tra vincoli di tutela ed esigenze di sviluppo: dalla relazione gerarchica alla ponderazione comparativa degli interessi. 2. La pluralità degli interessi pubblici e l'ontologia del conflitto nella tutela paesaggistica. 3. La tutela paesaggistica e l'interesse sensibile postulato: l'(in)attualità di una tutela differenziata. Dall'antitesi dei fini alla sintesi dei valori. 4. L'interesse sensibile e l'agire *per silentium* nella fase co-decisoria pluristrutturata del procedimento. L'omologazione del regime giuridico e la semplificazione del procedimento. 5. La tutela dei beni paesaggistici tra disciplina generale e previsioni settoriali: gli effetti abrogativi dello *ius superveniens*. 6. La tutela del bene paesaggistico tra accelerazione decisionale e composizione dei plurimi interessi pubblici. L'esigenza di tutelare e il bisogno di semplificare: alla ricerca del dovuto equilibrio.

1. I beni paesaggistici tra vincoli di tutela ed esigenze di sviluppo: dalla relazione gerarchica alla ponderazione comparativa degli interessi.

La tutela paesaggistica, quale riflesso dell'ambiente naturale, ha costituito, sin dalla fine del secondo conflitto mondiale[1], argomento di riflessione, divenendo nel tempo, altresì, finalità da perseguire, *a fortiori*, a fronte dei radicali mutamenti che hanno progressivamente interessato la società, oltremodo segnata da processi di trasformazione istituzionale ed economica.

E così, detta esigenza di tutela matura e si consolida attraverso una lunga fase di elaborazione teorica e di evoluzione normativa che separa la nozione di

[1] Cfr. M.S. GIANNINI, *Protezione dell'ambiente naturale,* in *Enciclopedia del Novecento*, vol IV, Roma, 1979, 489.

paesaggio dapprima da quella di natura[2] e di ambiente[3] e, successivamente, da quella finanche di bene paesaggistico, che in tal guisa si rivela *species* di una dimensione concettuale e giuridica più ampia.

Il paesaggio, infatti, quale *genus* valoriale, postula un alveo di afferenza più esteso di quello assunto dai singoli beni, potendo esso lambire ulteriori aree,

[2] In argomento cfr. G. PIPERATA, *Paesaggio,* in *Diritto del patrimonio culturale* (di C. BARBATI - . CAMMELLI – L. CASINI - G. PIPERATA – G. SCIULLO), Bologna, 2017, 243, per il quale "non si può immaginare un'esatta corrispondenza tra (…) (la natura) e il paesaggio". V., inoltre, H. KUSTER, *Piccola storia del paesaggio*, Roma, 2010, 99 e 103, per il quale: "la natura non si può creare, ma il paesaggio sì (…), la natura è assoluta il paesaggio invece può essere influenzato", donde "i paesaggi si formano attraverso le evoluzioni naturali, l'opera dell'uomo e le metafore". Secondo G.F. CARTEI (*Paesaggio,* in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), vol. V, Milano, 2006, 4063) per molto tempo "il paesaggio è stato inteso all'ombra del binomio *arte-cultura*. Tale è stato, del resto, il significato con cui fu adottata già la prima legge in materia, costituita dalla l. 16 luglio 1905, n. 411, riguardante la conservazione della pineta di Ravenna. E tale significato è stato mantenuto dalle l. 11 giugno 1922, n. 778, e l. 29 giugno 1939, n. 1497 sulla tutela delle bellezze naturali. In tutti i casi il fondamento della disciplina era costituito dall'interesse estetico, condiviso con le coeve leggi di tutela del patrimonio storico-artistico".

[3] Secondo M. IMMORDINO (*Paesaggio (tutela del),* in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, 576) "è emerso all'attenzione il concetto di ambiente come quadro complessivo di una serie di interventi protettivi di beni aventi rilevanza nel contesto fisico in cui l'uomo vive, si è considerato il paesaggio una delle categorie dei beni ambientali e precisamente quella connotata dal riferimento estetico-culturale connesso alla forma del territorio. La nozione di paesaggio, in altri termini, se presenta un collegamento effettivo con quella di ambiente non sembra coincidere con quest'ultima (…) Dell'ambiente, il quale può essere colto dall'ordinamento in una pluralità di manifestazioni, ciascuna delle quali può costituire oggetto di cura e di tutela specifica, il paesaggio costituisce la componente estetico-culturale riferita alla forma del territorio e segnatamente a quella parte di esse che secondo la valutazione del legislatore esprime <<valore>>, esprime, cioè, una qualità strutturale che è appunto la qualità estetico-culturale". Sul rapporto tra ambiente e paesaggio, cfr. inoltre M.S. GIANNINI, *<<Ambiente>>: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 23 e in Id., *Scritti,* vol. VI, Milano, 2005, 455, laddove l'Autore, nell'esaminare i significati giuridici della nozione di ambiente, formula la seguente elencazione: "1) l'ambiente a cui fanno riferimento la normativa e il movimento di idee relativi al paesaggio; 2) l'ambiente a cui fanno riferimento la normativa e il movimento di idee relativi alla difesa del suolo, dell'aria, dell'acqua; 3) l'ambiente a cui si fa riferimento nella normativa e negli studi dell'urbanistica". Sulla "plurisignificanza del termine <<ambiente>> cfr. sempre M.S. GIANNINI, *Primi rilievi sulle nozioni di gestione dell'ambiente e di gestione del territorio,* in Id., *Scritti,* cit., 870. Sempre sulla relazione tra paesaggio e ambiente, cfr. A PREDIERI, *Paesaggio,* in *Enc. dir*., vol. XXXI, Milano, 1981, 507, per il quale la "nozione di paesaggio accolta ha punti di coincidenza strutturali, a diverse profondità, con quella di ambiente, o almeno con alcune nozioni di esso e l'attività di tutela del paesaggio è funzionalmente connessa a quella di tutela dell'ambiente". Sulla ampiezza del significato di ambiente, cfr. G. PERICU, *Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo,* in *Dig. disc. pubb*., vol. I, Torino, 1987, 189, per il quale: "Il termine ambiente è comunemente considerato espressione meta-giuridica e, come tale, descrittiva di una pluralità di fenomeni giuridici diversi tra loro sia per struttura, sia per funzione". Sulla nozione di ambiente, v. inoltre F. FONDERICO, *La tutela dell'ambiente,* in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. CASSESE), *Diritto amministrativo speciale*, tomo secondo, Milano, 2003, 2017 ss.; Id., *Ambiente (Dir. amm.),* in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), vol. I, Milano, 2006, 204; E. CAPACCIOLI e A. DAL PAZ, *Ambiente*, in *Nov.mo Dig. It.*, App., I, Torino, 1980, 257. Per un'analisi della tutela dell'ambiente in ambito globale, cfr. L. CASINI, *Potere globale*, Bologna, 2018, 40 ss..

del pari, tutelate in virtù dei valori paesaggistici espressi[4]. Detto distinguo trova piena riprova nell'ordinamento, il quale, infatti, separa le rispettive nozioni, da un lato, delimitando il perimetro tipologico dei beni paesaggistici, ivi altresì esplicitandone il portato ontologico e finalistico[5], dall'altro, offrendo una nozione di paesaggio non più condizionato dal solo valore estetico, quindi, dalla sola idea astratta di bellezza, che induceva a rinvenire la ragione di tutela solo in quelle realtà che recavano un precipuo rilievo estetico.

Si afferma, invece, una concezione identitaria del paesaggio - invero più aderente al precetto dell'art. 9[6] della Costituzione - alla cui stregua intendere lo stesso come "il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni"[7], da tutelare

---

[4] Cfr. G. PIPERATA, *Paesaggio,* cit., 259.

[5]Infatti, *ex* art. 2, commi 1-3-4, del d.lgs. n. 42 del 2004: "1. Il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici. (…) 3. Sono beni paesaggistici gli immobili e le aree indicati all'articolo 134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge. 4. I beni del patrimonio culturale di appartenenza pubblica sono destinati alla fruizione della collettività, compatibilmente con le esigenze di uso istituzionale e sempre che non vi ostino ragioni di tutela".

Ed ancora, ai sensi dell'art. 134 del cit. dlgs. n. 42: "1. Sono beni paesaggistici: a) gli immobili e le aree di cui all'articolo 136, individuati ai sensi degli articoli da 138 a 141; b) le aree di cui all'articolo 142; c) gli ulteriori immobili ed aree specificamente individuati a termini dell'articolo 136 e sottoposti a tutela dai piani paesaggistici previsti dagli articoli 143 e 156".

[6]*Ex* art. 9 Cost.: "La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione". Sull'art. 9 della Costituzione, cfr. A.M. SANDULLI, *Il paesaggio nella Costituzione,* in *Riv. giur. ed*., 1967, II, 72 ss.; F. MERUSI, *Art. 9*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di G. BRANCA), vol. I, Bologna, 1975, 441 ss.; G. SEVERINI, La *tutela costituzionale del paesaggio (art. 9 Cost.),* in *Codice di edilizia e urbanistica* (a cura di S. BATTINI, L. CASINI, G. VESPERINI E C. VITALE), Torino, 2013, 3 ss.; M. CECCHETTI, *Art. 9*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. BIFULCO, A CELOTTO, M. OLIVETTI), Torino, 2006, 217 ss.; G. REPETTO, *Art. 9*, in *La Costituzione italiana* (a cura di F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G. E. VIGEVANI), Bologna, 2018, 65 ss.. Sia consentito richiamare, altresì, E. GIARDINO, *La nozione giuridica di ambiente e la sua configurazione nella disciplina costituzionale,* in *Arch. giur. Filippo Serafini*, n. 2/2005, 199 ss..

[7] Art. 131, comma 1, d.lgs. n. 42/2004. E' stato osservato che tale definizione di paesaggio si rivela "molto distante dalla nozione che era stata accolta nella l. 1497/1939 e che sottoponeva a salvaguardia solo quelle bellezze naturali di cui si dichiarava l'interesse in base al loro valore estetico. In altri termini, il precedente sistema legislativo individuava i beni e ne assicurava la tutela solo a condizione che si potessero identificare come <<bellezze>>, dotate cioè di qualità estetiche tali da giustificare un interesse pubblico alla loro conservazione. Il paesaggio veniva definito attraverso l'uso del c.d. criterio della pietrificazione, che permetteva di cogliere il valore paesistico solo in quei beni che rappresentavano <<quadri naturali>> (…) Il Codice (soprattutto in seguito alla novella della 2008) supera definitivamente il concetto di paesaggio ancorato all'idea astratta di bellezza e determinabile soltanto attraverso criteri estetici con i quali valutare singoli beni , spazi e contesti più ampi e le loro specifiche

"relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali"[8]. La tutela del paesaggio è, pertanto, volta "a riconoscere, salvaguardare e, ove necessario, recuperare i valori culturali che esso esprime", sicché l'intervento sul paesaggio deve assicurare "la conservazione dei suoi aspetti e caratteri peculiari"[9].

La visione pietrificata o cristallizzata del paesaggio, giacché "riduttiva ed estetizzante"[10], viene superata da una idea di appartenenza, quindi, identitaria, che di certo ne amplia l'ambito di tutela, rendendo il paesaggio espressione della morfologia del territorio, come tale, inerente l'ambiente nel suo tratto visivo[11]. Si tratta, a ben vedere, di una concezione legata ad una idea di bene ambientale altrettanto morfologica e, più segnatamente, ad una "morfologia complessa" volta – come recentemente ribadito dalla Corte costituzionale – a ricomprendere "non solo la tutela di interessi fisico-naturalistici, ma anche i beni culturali e del paesaggio, idonei a contraddistinguere in modo originale, peculiare e irripetibile un certo ambito geografico e territoriale"[12].

E ciò in linea con quanto disposto dall'art. 9 della Costituzione, il quale, sancendo il principio fondamentale della tutela del paesaggio, null'altro

---

caratteristiche. Ma il processo di abbandono della concezione estetica di paesaggio era iniziato ben prima dell'innovazione codicistica. Un significativo cambio di rotta al riguardo era stato anticipato già in sede di commissione Franceschini, istituita con la l. 26 aprile 1964, n. 310, la quale – al termine dei suoi lavori – aveva proposto la configurazione del patrimonio culturale della Nazione con quei beni che avrebbero potuto essere individuati non per il loro valore estetico, ma perché costituiscono testimonianze materiali aventi valore di civiltà. L'accezione di paesaggio proposta dalla commissione Franceschini influenzò anche la dottrina successiva (…)" (G. PIPERATA, *Paesaggio*, cit., 246-247). Al riguardo, cfr. A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in Id., *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, 11 ss.. Sulla concezione identitaria del paesaggio, v. anche E. BOSCOLO, *La nozione giuridica di paesaggio identitario ed il paesaggio <<a strati>>, in Riv. giur. urb*., 2009, 57 ss.; R. FATTIBENE, *L'evoluzione del concetto di paesaggio tra norme e giurisprudenza costituzionale: dalla cristallizzazione all'identità,* in *Federalismi.it*, n.10/2016.

[8] Art. 131, comma 2, d.lgs. n. 42/2004.

[9] Art. 131, comma 4, d.lgs. n. 42/2004.

[10] Cfr. G. PIPERATA, *Paesaggio*, cit., 252.

[11] Cfr. Corte cost., 7 novembre 2007, n. 367, in *www.cortecostituzionale.it.* Al riguardo, cfr. M. IMMORDINO, *La dimensione <<forte>> della esclusività della potestà legislativa statale sulla tutela del paesaggio nella sentenza della Corte costituzionale n. 367 del 2007,* in *Aedon*, n. 1/2008.

[12] Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66, in *www.cortecostituzionale.it.*

specifica, giacché è lo stesso aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali recati, che già, di per sé, costituisce un valore costituzionale[13].

Tutela, questa, che, proprio in virtù della sua sussunzione tra i principi fondamentali della Costituzione, viene intesa altresì come "forma di tutela della persona umana nella sua vita, sicurezza e sanità, con riferimento anche alle generazioni future"[14], donde il suo valore primario ed assoluto, la cui tutela precede e costituisce un limite alla salvaguardia di altri coesistenti interessi pubblici[15].

La rilevanza assunta dal paesaggio e, quindi, dalla sua tutela quale insopprimibile valore costituzionale, ha reso il bene da preservare una realtà finanche etico-culturale, riflesso di quelle culture del luogo, cui "si connettono altri beni culturali, anche immateriali, come i fenomeni etnografici, la memoria orale, il patrimonio linguistico dialettale, proponendosi"[16] in tal guisa "come realtà etica, secondo il significato originario di *ethos*, appunto, luogo, dimora e perciò, anche, espressione del *genius loci* (…)"[17].

---

[13] Cfr. Corte cost., 7 novembre 2007, n. 367, cit..

[14] Corte cost., ord., 6 marzo 2001, n. 46, in *Corr. Giur*., n. 4/2001, 553.

[15] Corte cost., 7 novembre 2007, n. 367, cit.. V., inoltre, Corte cost., 1 aprile 1985, n. 94, in *Giur. Cost.*, 1985, I, 604; Id., 21 dicembre 1985, n. 359, in *Foro It*., 1986, I, 1789 con nota di M. IMMORDINO; Id., 27 giugno 1986, n. 151, in *Riv. giur. edil*., 1986, I, 701; Id., 22 maggio 1987, n. 183, in *CED Cass.*, 1987; Id., 28 maggio 1987, n. 210, in *Cons. Stato*, 1987, II, 920; Id., 10 marzo 1988, n. 302, in *Foro It*., 1988, I, 1017; Id., 30 maggio 2008, n. 180, in *www.cortecostituzionali.it*; Id., 22 luglio 2009, n. 226, in *Urb. app*., n. 9/2009, 1073; Id., 23 novembre 2011, n. 309, in *www.cortecostituzionale.it*.

[16] C. BARBATI, *Il paesaggio come realtà etico-culturale*, in *Aedon*, 2008, 2.

[17] *Ibidem*. Secondo l'Autrice, al riguardo, è dato <<andare molto indietro nel tempo, sino alle origini del sapere occidentale, ricordando la cultura greca classica, per la quale, come testimonia Senofonte nell'*Economico*, il gentiluomo di campagna, colui che si dedicava all'agricoltura era, anche per Socrate, il *kalos kagathos*, ossia l'uomo bello e buono, in quanto agiva sullo spazio in cui sviluppa la vita umana, uno spazio che è totalità etica ed estetica; Cicerone che, nel *De natura deorum*, ricorda tra le arti necessarie quelle che vedono l'uomo creare nella natura quasi un'altra natura; Ovidio, per il quale, nelle *Metamorfosi*, la trasformazione del caos in cosmo si deve all'intervento delle Muse che conducono l'uomo a porre ordine nella natura>>. L'Autrice rimarca

"la ragione che ha spinto la filosofia moderna a riconoscere nel paesaggio una "realtà etica", nel senso appunto kantiano, in quanto opera dell'uomo sulla natura, dunque espressione dell'azione libera dell'uomo che, come tale, ne richiama la responsabilità, la scelta, appunto l'etica. Premessa di quello che sarebbe, poi, diventato l'esito cui è giunta la filosofia contemporanea, secondo la quale il paesaggio è una realtà non solo estetica, ma anche etica, perché risultante dell'incontro fra uomo e natura. Di più, in quanto frutto della creazione non di un solo uomo, ma di un intero popolo, il quale crea il proprio paesaggio, incidendovi l'impronta di sé, è anche realtà etico-culturale. Tesi che trovano evidenti corrispondenze anche in quelle letture, proprie dell'analisi giuridica, volte ad individuare nel paesaggio la "forma del paese" oppure, ed anche, la "proiezione culturale del territorio", espressione della sua identità

Si invera, così, una lettura del paesaggio che postula una costante interazione tra l'uomo e la natura, la quale rende lo stesso non solo un ambito fisico quanto soprattutto "un processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà o dato immobile"[18], ove il visibile coesiste con il non visibile, ivi cumulandosi la realtà materiale con quella di "senso o di valori"[19].
La natura polisemica[20] e valoriale del paesaggio, pertanto, altro non è che l'esito di un lungo percorso evolutivo, ove il diritto "trovando dinanzi a sé (…) una natura osservabile e spiegabile solo in forme di regolarità causale (…) si volge altrove: non più al mondo fisico, ma al mondo immateriale dei valori"[21].
Tutto questo giustifica la scelta del legislatore, da un lato, di annoverare i beni paesaggistici nella categoria del patrimonio culturale, unitamente ai beni culturali[22], dall'altro, di non ricomprendervi anche 'il paesaggio', ritenendo così quest'ultimo "una categoria concettuale più ampia che comprende ma non si risolve nei beni paesaggistici"[23].
Il paesaggio assurge, così, a "valore etico-culturale"[24], che postula una coesistenza di azioni svolte da più soggetti, i quali operano "in un vincolo

---

ambientale". A tal fine, cfr. A. PREDIERI, *Paesaggio,* cit., 506 ss.; P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio,* in *Riv. trim. dir. pubbl*., n. 2/2004, 407. Più in generale, cfr. S. SETTIS, *Il paesaggio come bene comune*, Napoli, 2013, 18.

[18] A. PREDIERI, *Paesaggio*, cit., 507.

[19] *Ibidem*.

[20] Cfr. P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio,* cit., 363 ss.

[21] N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, 2013, 30. Per l'Autore "(l)a filosofia dei valori prende il luogo del vecchio giusnaturalismo, è un surrogato di ciò che la natura non è più in grado di offrire".

[22] Cfr. art. 2, comma 1, d.lgs. n. 42/2004. Per M.S. GIANNINI (*I beni culturali tra principi generali e società*, in Id. *Scritti,* vol. VII; 2005, 893), considerando la definizione più accolta e diffusa, il bene culturale deve essere inteso "come testimonianza materiale avente valore di civiltà. Nozione comprensiva anche dei beni paesistici ed ambientali, tenendo conto che essi in tanto sono beni culturali in quanto l'opera dell'uomo tali li renda, direttamente o indirettamente".

[23] Cfr. C. BARBATI, *Il paesaggio come realtà etico-culturale,* cit., 3.

[24] Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 341, in *Cons. Stato*, 1996, II, 1657. Sul valore estetico-culturale del paesaggio, cfr. G.F. CARTEI, *Il paesaggio,* in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da S. CASSESE) *Diritto amministrativo speciale*, tomo secondo, Milano, 2003, 2127, per il quale "E' interpretazione diffusa che l'individuazione nella nozione di un valore estetico-culturale mira a privilegiare determinati bisogni umani e spirituali in contrasto con tradizionali equilibri di interessi ed accentua i profili emotivi e conoscitivi legati ad una particolare relazione che si instaura tra le caratteristiche morfologiche dell'ambiente ed il sentire comune, individuale e collettivo, in un particolare momento storico". V., altresì, M. IMMORDINO, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni*, Padova, 1991, 42.

reciproco di cooperazione leale"[25] e dove la gerarchizzazione che governa gli interessi[26], pur necessaria, nel tempo, non può non evolversi in senso ponderativo, in ragione della necessità, sempre più ineluttabile, di comparare onde conformare, laddove possibile, la tutela del paesaggio e dei suoi beni alle insopprimibili esigenze sociali di sviluppo e modernizzazione, espressione, a loro volta, di principi e valori costituzionali parimenti fondamentali. Si consideri, al riguardo, quanto infatti disposto dagli articoli 2 e 3 della Costituzione, in ordine alla priorità che l'ordinamento costituzionale ascrive, rispettivamente, alla inviolabilità dei diritti inviolabili dell'uomo nonché al vincolo per la Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Le continue trasformazioni, infatti, che permeano la società e i suoi bisogni, nel quadro di una infinita metamorfosi di sistema, rendono vieppiù marcato il conflitto "fra l'attività di produzione e l'attività di protezione"[27], *a fortiori* a fronte di un'accezione identitaria, sempre più marcata, di paesaggio, che tende a preservare e, quindi, ad escludere dall'intervento e dai mutamenti vasti ambiti territoriali.

---

[25] Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 341, cit.. V., inoltre, Corte cost., 7 novembre 1994, n. 379, in *Cons. Stato*, 1994, II, 1622; Id., 10 marzo 1988, n. 302, in *Foro It*., 1988, I, 1017; Id., 29 dicembre 1982, n. 239, in *CED Cassazione*, 1982.; Id., 24 luglio 1972, n. 141, *ivi.*

[26]Sul vincolo di operare, in tal caso, "non (…) (già) una ponderazione comparativa tra un interesse primario ed un interesse secondario, ma unicamente (…) un giudizio in concreto circa il rispetto da parte dell'intervento progettato delle esigenze connesse alla tutela del paesaggio stesso". Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 maggio 2018, n. 2768, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Toscana, Sez. I, 27 novembre 2006, n. 6045, *ivi*, secondo cui:"La tutela del paesaggio costituisce valore costituzionale primario, ai sensi dell'art. 9 Cost., come tale non suscettibile di essere subordinato a qualsiasi altro (...) Ne discende che la primarietà di tali principi se non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali, origina tuttavia la necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dalle pubbliche amministrazioni nell'esercizio della funzione di pianificazione del territorio e, quindi, implica l'esigenza di una compiuta ed esplicita rappresentazione di tali interessi nei processi decisionali all'interno dei quali si esprime la discrezionalità amministrativa, escludendo, al contempo, che il bene in questione possa essere meramente pretermesso a vantaggio di altri interessi, pure se assistiti da adeguata tutela".

[27] L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto,* in *I nodi della Pubblica Amministrazione* (a cura di L. TORCHIA), Napoli, 2016, 17.

Si avverte così – e non da oggi – il bisogno di valutare in concreto così da poter ponderare, attraverso un vaglio reso *ex post*, che, quindi, non risenta di verità precostituite, le quali, all'atto della scelta, sovente permangono solo in apparenza, svanendo invece sul piano reale.

Occorre, in altri termini, che si consolidi un'idea evolutiva di tutela, che – come, già peraltro da tempo, rilevato dalla Corte costituzionale – "non può venire realisticamente concepita in termini statici, di assoluta immodificabilità dei valori paesaggistici registrati in un momento dato, ma deve, invece, attuarsi dinamicamente e cioè tenendo conto delle esigenze poste dallo sviluppo socio-economico del paese per quanto la soddisfazione di esse può incidere sul territorio e sull'ambiente. Si vuol dire con ciò che (…) la tutela del paesaggio presuppone, normalmente, la comparazione ed il bilanciamento di interessi diversi, in particolare degli interessi pubblici rappresentati da una pluralità di soggetti, la cui intesa è perciò necessario perseguire di volta in volta, se comune a tutti è il fine costituzionalmente imposto, appunto, della tutela del paesaggio"[28].

E tutto questo risulta, oltre che attuale, vieppiù impellente nel corpo di un diritto amministrativo che è ormai mutato, trasformandosi "da diritto del potere pubblico in diritto della società (…) da diritto normativo e giurisprudenziale in diritto di principi"[29] e nel quale – come rimarcato anche di recente dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – "alla tradizionale ed imprescindibile funzione di garanzia di legalità nel perseguimento dell'interesse pubblico, la funzione amministrativa viene a rivestire anche un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino"[30].

Quanto detto, a ben vedere, riflette quel processo di metamorfosi, che, ormai da tempo, segna il diritto amministrativo e l'equilibrio su cui lo stesso si fonda

[28] Corte cost., 1 aprile 1985, n. 94, cit..
[29] L. TORCHIA, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Napoli, 2016, 38.
[30] Cons, Stato, Ad. Pl., 4 maggio 2018, n. 5, in *Foro It*., 2018, 3, 1, 711. In senso analogo, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

in seno ad una società complessa, qual è quella attuale, ove, pur dequotandosi la diade autorità-libertà, tuttavia permane intatto il conflitto tra ciò che è e ciò che deve essere, quindi, tra il diritto delle possibilità, che "corre verso pluralità crescenti delle scelte"[31] e quello della necessità, ancorato invece alla sfera del vincolo "che si eleva al di sopra delle diversità e che non ammette deroghe o alternative"[32].

2. La pluralità degli interessi pubblici e l'ontologia del conflitto nella tutela paesaggistica.

Il permanente conflitto tra ciò che è possibile e ciò che, invece, è necessario in ambito paesaggistico ha inciso sullo storico legame che, per molto tempo, ha unito il diritto alla natura, il primo infatti recando "sempre dentro di sé un'immagine della natura, un suo proprio modo di riferirsi e determinarsi nei confronti di essa"[33].

Tuttavia, l'antico rapporto fra diritto e natura è stato progressivamente sostituito dal nesso che da anni ormai accosta il diritto alla tecnica[34], a fronte di un processo di erosione di regole e valori volti ad "asservire la natura" e quindi "di conformarla ai bisogni dell'uomo"[35].

E così, proprio l'insorgere di nuovi bisogni ha favorito la pretesa di nuove regole capaci di scongiurare inutili quanto ingiusti sacrifici, nel corpo di un agire amministrativo sempre più dimora di interessi pubblici coesistenti, che operano, sovente, in conflittuale interazione.

Invero, è con l'avvento dello Stato pluriclasse e, successivamente, con l'affermarsi di una società sempre più globalizzata, che i rapporti giuridici e, quindi, le fattispecie in esse inveratisi, risultano segnati da complessità

[31] M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, 78.
[32] *Ibidem.*
[33] N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, cit., 29.
[34] N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, cit., 33.
[35] *Ibidem.*

relazionali, riflesso di nuovi beni da tutelare, quindi, di nuovi interessi da salvaguardare.

Del resto, la "eterogeneità degli interessi pubblici" – teorizzata da M.S. Giannini[36] - ha da sempre postulato l'esistenza, nel corpo della funzione, di una pluralità di interessi pubblici, sebbene differenziati per funzione, titolarità e rilevanza.

L'interesse pubblico – com'è noto - potrà, quindi, rivelarsi globale o puntuale, generale o settoriale ovvero ancora primario o secondario, diversità, queste, che in alcun modo ne alterano o dequotano la rispettiva titolarità pubblica.

Di qui, il diffuso contrasto, nell'amministrare, tra amministrazioni, nel corso di un agire quindi segnato dalla coesistenza e, sovente, dal conflitto tra più interessi pubblici, giacché – rievocando N. Bobbio - "(t)utta la storia del concetto di interesse (…) è in realtà la storia del contrasto fra un certo tipo di interessi e un altro, della preferenza data (…), del vario modo di superare il contrasto, identificando l'uno nell'altro"[37].

Gli interessi in conflitto altro non sono, quindi, che l'esito di una relazione nella quale "si fronteggiano in perenne vicenda interessi divergenti e contrastanti affermando l'esigenza di realizzare o proteggere beni o valori, che non possono avere attuazione pari e congiunta, ma solo attuazione differenziata secondo un rango di subordinazione"[38].

In altri termini, è il conflitto la diretta implicazione anche dell'interesse pubblico, donde non v'è interesse di tal fatta che non possa generare contrasto, oltre che con il privato correlato, finanche tra amministrazioni titolari di beni differenti, tanto da dover ritenere che proprio nella pluralità degli interessi, pubblici e privati, da ponderare v'è l'indefettibile ragione del procedimento e della sua tutela.

Sarà necessario, quindi, regolare gli interessi in conflitto attraverso vincoli non più volti ad ordinare in chiave gerarchica, bensì a contemperare ciò che sembra doversi anteporre con ciò che appare doversi posporre, pur nel vincolo

[36] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1988, 109 ss.
[37] BOBBIO N., *Teoria generale della politica*, Torino, 2009, 416.
[38] BETTI E., *Interesse (Teoria generale)*, cit., 839.

della tutela di quell'interesse che, a fronte di una ponderazione comparativa, si rivela primario.

Tutto questo riguarda, altresì, la tutela paesaggistica dove gli interessi pubblici a volte coesistono a volte si contrappongono, poiché riflesso di bisogni collettivi non sempre coincidenti, sicché proprio la ponderazione risulta essere quel giusto mezzo che rende ragionevole la scelta, scongiurando che gli interessi secondari prevarichino quello primario, così da "collegare sempre (…) ciò che il diritto permette con ciò che l'interesse prescrive, in modo che la giustizia e l'utilità non si trovino separate"[39].

E', del resto, tramontata l'idea di un interesse pubblico totalitario, come tale assoluto ed assorbente, essendo connaturato all'idea stessa di democrazia la vocazione a conformare, quindi, a ponderare ciò che in un dato momento storico appare funzionale alla collettività. E' stato infatti rilevato che "(l)a Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale"[40].

Di tal che, la primarietà della tutela paesaggistica <<che la stessa giurisprudenza costituzionale ha esplicitamente definito come "insuscettibilità

[39] Cfr. ROUSSEAU J.J. *Il contratto sociale*, Milano, 2013, 55.

[40] Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Foro It.*, 2014, 2, 1, 441. Secondo G. SCIULLO (*'Interessi differenziati' e procedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2016, 14), più in generale, dalla giurisprudenza costituzionale emerge <<un dato che (…) connota in forma rigida la "primarietà". Gli esiti della ponderazione non possono mai comportare il completo sacrificio dei "valori primari". Il loro "nucleo essenziale" richiede di essere in ogni caso salvaguardato. In questo senso "la primarietà" si atteggia come 'clausola di salvaguardia' di tali valori nel confronto dialettico con altri interessi, pubblici o privati, confliggenti". A tal fine, cfr. Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71, in *www.cortecostituzionale.it*; Id., 10 giugno 2014, n. 62, *ivi.*

di subordinazione ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici" (…) non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali, ma origina la necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni; in altri termini, la "primarietà" degli interessi che assurgono alla qualifica di "valori costituzionali" non può che implicare l'esigenza di una compiuta ed esplicita rappresentazione di tali interessi nei processi decisionali all'interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte politiche o amministrative"[41].

Se così, da un lato, l'interesse pubblico non è più l'interesse dello Stato apparato ma della *societas civium*[42], dall'altro, non è dato tacere che nell'ampio novero degli interessi secondari "(t)aluni di essi hanno un ruolo di attenuazione dell'interesse primario; altri di rafforzamento; taluni sono così forti da impedire la realizzazione dell'interesse primario; altri portano a soluzioni di compromesso"[43].

Anche la tutela paesaggistica, pertanto, si espone ad una rivisitazione teleologica, dovendo la stessa recare e perseguire un fine dai tratti compositi, giacché riflesso del conflitto che oppone il diritto delle possibilità a quello della necessità[44] ovvero – rievocando L.L. Fuller – la morale dell'intenzionalità a quella del dovere[45].

La pluralità degli interessi pubblici postulerà, pertanto, non già una diversità ontologica bensì una varietà finalistica, che trova sintesi nella sequela

---

[41] Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, in *Foro It*., 2004, 1, 327. V. anche Id., 27 giugno 1986, n. 151, in *Riv. giur. edil*., 1986, I, 701.

[42] Cfr. STIPO M., *L'interesse pubblico: un mito sfatato,* in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1988, 924.

[43] GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, cit., 480.

[44] Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, 78 ss., per la quale "il diritto della necessità (…) riguarda anche (…) il rispetto della natura e la conservazione dell'ambiente: un altro valore assoluto, che si pone al di là dei confini statale e configura un <<patrimonio>> per l'umanità e per l'intero globo, con significativi risvolti anche di giustizia intergenerazionale".

[45] Secondo L.L. FULLER (*La moralità del diritto*, Milano, 1986, 11-12) infatti "(l)a morale dell'intenzionalità è con la massima chiarezza esemplificata nella filosofia greca. Essa è la morale della vita virtuosa, dell'eccellere, della più completa realizzazione delle possibilità umane. (…) la morale del dovere (…) stabilisce le norme basilari senza le quali è impossibile una società ordinata, o senza le quali una società ordinata, diretta verso certe mete specifiche, può fallire il suo scopo".

procedimentale, ove la contrapposizione deve essere attenuata con la comparazione.

Del resto, proprio la pluralità degli interessi oggetto di vaglio, già di per sé, ridimensiona l'acritica prevalenza di un interesse sugli altri, posto che, proprio attraverso la dialettica comparativa, gli interessi secondari concorrono con l'interesse primario e, sovente, allo stesso accedono[46], rendendone compiuta la cura[47].

Tali interessi, *a fortiori* se pubblici, determineranno infatti una "efficacia modificativa o impeditiva dell'interesse essenziale"[48], segnando così un interesse primario sempre più "atteggiato in concreto dagli interessi secondari"[49].

Gli interessi pubblici secondari, pertanto, anche in materia paesaggistica, dovranno rapportarsi all'interesse primario, con esso interagendo e, ove possibile, permeandolo e completandolo, in tal guisa provando a scongiurare il conflitto in ragione di una solidarietà di relazione, pur consapevoli che "la probabilità della soddisfazione di un bisogno escluda, anziché implicare, la probabilità di soddisfarne un altro"[50].

---

[46] Cfr. GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, 77.

[47] Sulla rilevanza che assume la razionalità valutativa nel contrasto tra la "particolarità soggettiva" e "l'universalità", cfr. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2012, 159, per il quale: "La particolarità in primo luogo come ciò che è determinato di fronte all'universale della volontà in genere è bisogno soggettivo (…) Giacché il fine di tale bisogno è l'appagamento della *particolarità* soggettiva, ma nella relazione con i bisogni e il libero arbitrio di altri si fa valere l'*universalità*, ne segue che questo parer della razionalità in questa sfera della finalità è l'*intelletto*, il lato che importa nella considerazione e che costituisce esso medesimo l'elemento conciliatore all'interno di questa fase".

[48] Così GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione. Concetto e problemi*, cit., 78.

[49] GIANNINI M.S., *op. ult. cit*., 79. Sulla differenza tra il contrasto tra interessi che riguarda l'Amministrazione-funzione (conflitto *nell'*amministrazione) e quello che riguarda l'amministrazione-soggetto (conflitto *dell'*amministrazione), sia consentito rinviare a E. GIARDINO, *Conflitto di interessi e azione amministrativa: aporie interpretative e limiti applicativi*, in *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il sistema paese?* (a cura di F.G. SCOCA e A.F. DI SCIASCIO), Napoli, 2015, 192.

[50] F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Camerino, 1998, 11.

3. La tutela paesaggistica e l'interesse sensibile postulato: l'(in)attualità di una tutela differenziata. Dall'antitesi dei fini alla sintesi dei valori.

Il valore giuridico del paesaggio riflette la rilevanza assunta dall'interesse tutelato, la cui consistenza, ontologica e finalistica, risulta evidentemente complessa, giacché costituita da una componente naturalistica e da una dimensione soggettiva, tale, quest'ultima, perché inclusiva delle forme "di tutela della persona umana nella sua vita, sicurezza e salute"[51].

E, sebbene variegate siano le forme di protezione che l'ordinamento possa riservare all'interesse da tutelare[52], di certo, la più diffusa è proprio quella di ascrivere al medesimo una diversità previsionale che lo renda quindi differenziato, ossia destinatario di un regime giuridico diverso ovvero "*in melius* rispetto a quello riservato alla generalità degli interessi pubblici"[53].

Nel novero di siffatta categoria, com'è noto, rientra altresì l'interesse alla tutela paesaggistico-territoriale (oltre che la tutela dal rischio idrogeologico, ambientale, del patrimonio culturale e paesaggistico, della difesa nazionale, della pubblica sicurezza e dell'immigrazione, dell'asilo e della cittadinanza, della salute e della pubblica incolumità), a fronte di una primarietà costituzionale, che ha indotto il legislatore a rafforzarne la salvaguardia, attraverso percorsi procedimentali differenziati tanto nel tempo quanto nell'attività.

Si è assistito, quindi, ad un allungamento temporale e ad un aggravamento per lo più istruttorio del procedimento, onde favorire processi di acquisizione e di scelta, rispettivamente, più compiuti e, per molti versi, più cauti e prudenti, nella convinzione che, procrastinando ed implementando la funzione, si assicurasse una tutela più effettiva all'interesse tutelato.

Tuttavia, la gestione dei procedimenti e le relative risultanze, unitamente a fattori di crisi sistemica, hanno svelato la fragilità del regime differenziato,

---

[51] Corte cost., ord., 6 marzo 2001, n. 46, in *Corr. Giur*., n. 4/2001, 553.

[52] Sulla molteplicità delle forme di protezione degli interessi pubblici e privati, cfr. E. CANNADA-BARTOLI, *I.-Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir*., vol. XXII, Milano, 1972, 9.

[53] G. SCIULLO, *'Interessi differenziati' e procedimento amministrativo,* cit., 1. In argomento, cfr. V. PARISIO, *Interessi forti e interessi deboli: la natura degli interessi come limite alla semplificazione del procedimento amministrativo nella legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Dir. e proc. amm*., 2014, 839 ss..

sovente occasione di atteggiamenti pretestuosi e dilatori che, pur deresponsabilizzando l'agire dell'amministrazione, non hanno trovato censura alcuna. Di qui, procedimenti interminabili, farraginosi[54] e dagli esiti pretestuosamente preclusivi, che – rievocando M.S Giannini ed il Suo noto "*Rapporto sui principali problemi della Amministrazione dello Stato*" - hanno reso l'amministrazione stessa agli occhi del privato "non (…) un amico sicuro e autorevole, ma una creatura ambigua, irragionevole, lontana, ogni contatto con la quale fa solo ripetere: <<je ne sais de tout temps quelle injuste puissance, laisse le crime en paix et pursuit l'innocence>>"[55].

E così, le difficoltà determinate da regimi giuridici differenziati, al di là della loro legittimità costituzionale[56], sono state oltremodo accentuate da quei mutamenti sistemici, invero economici[57], alla cui stregua la celerità amministrativa è divenuta parte costitutiva di un processo di semplificazione,

---

[54] Secondo G. VESPERINI (*Le norme generali sulla semplificazione*, in *Giorn. dir. amm*., n. 5/2015, 631) <<queste norme non hanno risolto il problema della lunghezza e della farraginosità dei procedimenti ai quali partecipano le amministrazioni preposte alla cura di quegli stessi interessi. Per esempio, nella consultazione promossa, nell'aprile 2014, dal dipartimento della funzione pubblica sulle "100 procedure più complicate da semplificare" è emerso che i cittadini considerano tra le procedure più complicate quelle in materia edilizia, specialmente nelle zone soggette a vincoli paesaggistici, naturalistici, ecc., in ragione della necessità di acquisire i pareri di una pluralità di differenti uffici e della imprevedibilità dei tempi rispettivamente occorrenti>>.

[55] M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della Amministrazione dello Stato*, in *Foro It*., 1979, V, 314 e in Id., *Scritti*, Vol. Settimo, Milano, 2005, 331.

[56] Cfr., G. VESPERINI, *Le norme generali sulla semplificazione*, cit., 631; G. CORSO - F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990 n. 241*, Rimini, 1991, 108.

[57] Secondo E. FOLLIERI (*Interessi cosiddetti sensibili e interessi allo sviluppo economico*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2016, 2) <<(q)uesta iperprotezione degli interessi sensibili ha cominciato a mostrare delle crepe con dare spazio ad altri interessi e, in particolare, a quello dello sviluppo economico, pure costituzionalmente tutelato dall'art. 41: "l'iniziativa economica privata è libera" e dai trattati e dalla normativa comunitaria. E' la conseguenza della legalità, per così dire "debole" dei principi rispetto a quella "forte" delle regole, dal momento che i principi possono essere in contrasto tra di loro e a volte in maniera tale da portare al necessario integrale sacrificio dell'uno o dell'altro, anche se pare ormai acquisita l'idea di fondo che si debba procedere ad un bilanciamento dei principi nel concreto della fattispecie ad opera dell'amministrazione e del giudice o attraverso la preventiva selezione ipotetica e generale del legislatore che fissa, a seconda delle stagioni socio-economico-politiche, il giusto punto di equilibrio. E' la continua tensione dialettica tra gli interessi sensibili o, comunque, per una parte importante di essi (tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, della salute dei cittadini) e gli interessi allo sviluppo economico che vedono prevalere ora gli uni ora gli altri in un moto pendolare continuo. In questo momento storico pare assumere maggiore consistenza l'interesse allo sviluppo economico che è foriero di vantaggi non solo per il singolo operatore, ama anche per la società in funzione dell'occupazione e del lavoro e della diffusione della ricchezza e del benessere>>.

che ha reso il tempo dell'azione amministrativa un <<valore ordinamentale fondamentale>>[58], quindi, un <<fattore (…) centrale nel diritto amministrativo moderno>> che <<si connette a principi fondamentali di rango costituzionale (quali l'efficienza e il buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost., che vanno declinati 'in concreto' con una efficace scadenza temporale), ma anche sovranazionale (cfr. in particolare l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che riconosce al cittadino un diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate dall'amministrazione pubblica, oltre che con imparzialità ed equità, anche "entro un termine ragionevole")>>[59].

In altri termini, il tempo della funzione costituisce ormai una "componente determinante per la vita e l'attività dei cittadini e delle imprese, per i quali l'incertezza o la lunghezza dei tempi amministrativi può costituire un costo che incide sulla libertà di iniziativa privata *ex* art. 41 Cost."[60]

La semplificazione amministrativa diviene, quindi, un bene in sé da tutelare, donde l'<<attenuazione della valenza forte ed assolutizzante dell'attributo di "primarietà" associato agli interessi sensibili>>[61] dequota la relazione

---

[58]Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., 15 aprile 2016, n. 929, in *www.giustizia-amministrativa.it* .

[59] Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., 15 aprile 2016, n. 929, cit.. Per un'analisi dell'applicazione del paradigma della celerità amministrativa, cfr. L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto,* cit., 26, laddove l'Autrice osserva che: "L'applicazione generalizzata del paradigma della celerità, con la riduzione dei tempi e di svolgimento dell'istruttoria a volte produce una eccessiva compressione di questioni complesse, che non spariscono, ma riemergono in forma di contenzioso o di successivi ripensamenti, o di pura e semplice opposizione da parte dei soggetti ai quali è stato negato lo spazio di espressione e di partecipazione. E' più utile, allora disegnare attentamente questo spazio, consentendo e strutturando la partecipazione prima che questa si trasformi in opposizione. In altri casi, invece, i tempi di decisione sono effettivamente dilatati, anche per la confusione fra valutazioni tecniche e ponderazioni d'interesse e il frequente ricorso da parte di alcune amministrazioni a fasi aggiuntive, pareri facoltativi, richieste istruttorie reiterate: qui una attenta considerazione dei tempi strettamente necessari e degli obblighi di comportamento delle amministrazioni sarebbe invece necessaria". Sulla rilevanza del tempo nel perseguimento dell'interesse pubblico, sia consentito, altresì, rinviare a E. GIARDINO, *Silenzio inadempimento ed efficienza amministrativa,* in *Scritti per i 150 anni della Corte dei conti – 1862-2012* (a cura di S. SFRECOLA), Roma, 2013, 157 ss..

[60] Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., 15 aprile 2016, n. 929, cit..

[61]G. MARI, *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra PP.AA. e nella conferenza di servizi",* in *www.diritto-amministrativo.org*, 3. Secondo l'Autrice il superamento della differenziazione del regime giuridico degli interessi sensibili <<è la conseguenza del combinato operare di due fattori: 1) la trasformazione del ruolo della semplificazione, intesa non più come valore strumentale (ossia come principio generale da collegare all'esigenza di migliorare l'efficienza amministrativa nel valutare tutti gli interessi

gerarchizzata degli interessi a favore, invece, di una ponderazione comparativa evidentemente più funzionale ad un agire teleologicamente orientato, qual è quello della tutela dell'interesse pubblico.

La primarietà, così, postula non già l'aprioristica sovraordinazione di un interesse sull'altro, bensì la necessità di assicurarne un bilanciamento comparativo, così da rendere effettivamente compiuto l'esercizio della funzione[62].

Si può, pertanto, ritenere che la differente declinazione della semplificazione amministrativa ("intesa non più come valore strumentale (…) ma come bene o valore di natura finale"[63]) e l'evoluzione concettuale della 'primarietà' (riflesso non già di gerarchia ma di comparazione[64]) abbiano, da un lato, delegittimato il metodo del trattamento giuridico differenziato, dall'altro, agevolato l'inverso processo di omologazione della tutela più idoneo a fronteggiare mutamenti e criticità di sistema, difficilmente governabili attraverso dinamiche dilatorie, previsioni aggravanti ed esiti preclusivi.

Con la scelta di uniformare si mira, pertanto, ad ovviare al conflitto che emerge "fra l'attività di produzione e l'attività di protezione"[65], quindi, fra il

---

che si confrontano nel procedimento e di aumentare l'efficacia nella cura degli interessi pubblici al contempo garantendo una più agevole tutela delle pretese del cittadino), ma come bene o valore di natura finale, autonomo rispetto agli interessi curati dalle amministrazioni competenti al rilascio di assensi comunque denominati; 2) l'attenuazione della valenza forte ed assolutizzante dell'attributo di "*primarietà*" associato agli interessi sensibili, nella misura in cui viene ammesso un loro bilanciamento in concreto con altri valori e principi. La combinazione dei due fattori ha condotto il legislatore a scelte che sottendono la considerazione della semplificazione come interesse da valorizzare cercando un nuovo equilibrio nel bilanciamento con gli interessi sensibili>> (Id., *op. ult. cit*., 2-3). Per una interpretazione della semplificazione come mezzo e non già come fine da perseguire, cfr. M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2010, 3041.

[62] Cfr. Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, cit.. V., in argomento, G. SCIULLO, *Legge Madia e amministrazione del patrimonio culturale: una prima lettura,* in *Aedon*, n. 3/2015, 3.

[63] Cfr. G. MARI, *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra PP.AA. e nella conferenza di servizi",* cit., 2.

[64] Cfr. G. MARI, *op. ult. cit*., 3.

[65] Così L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto,* cit., 17. Secondo l'Autrice <<(g)li interessi sottesi alle politiche di sviluppo economico e gli interessi sottesi alle politiche di tutela dell'ambiente sono stati a lungo allineati, perché proprio lo sviluppo e la crescita economica creavano le risorse senza le quali le altre politiche restavano prive di possibilità di realizzazione. Le politiche di protezione si sono sviluppate, inoltre, in un tempo successivo alle politiche di produzione e si sono valse, paradossalmente, proprio del successo di queste ultime. L'elevato tasso di crescita dell'Italia nel secondo dopoguerra ha creato, da un certo

bisogno di sostenere lo sviluppo economico nonché le regole di mercato e la necessità di preservare la tutela paesaggistica, nella consapevolezza che l'antitesi dei fini possa trasformarsi in sintesi dei valori. E tutto questo viene perseguito non già differenziando bensì uniformando la regola, in ragione di un regime che, omologando e, quindi, semplificando, intende responsabilizzare l'amministrazione "rispetto ai tempi della modernità"[66].

4. L'interesse sensibile e l'agire *per silentium* nella fase co-decisoria pluristrutturata del procedimento. L'omologazione del regime giuridico e la semplificazione del procedimento.

Il processo di rivisitazione finalistica che ha investito la primarietà dell'interesse sensibile trae, altresì, origine dal "nuovo paradigma"[67] che pervade i rapporti interni tra amministrazioni e, quindi, dal ritenere l'inerzia un disvalore della funzione giacché riflesso patologico dell'agire amministrativo.
Di qui, l'inverarsi di un processo di formalizzazione del silenzio, che investe tanto il rapporto verticale (amministrazione/privato), quanto quello orizzontale (inerente le relazioni tra amministrazioni) e il cui significato legalmente tipizzato non è volto a normalizzarlo ossia a renderlo fisiologico, bensì a responsabilizzare il potere attraverso la previsione di termini decadenziali "non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati"[68].
Si intende, così, stigmatizzare l'inerzia, sussumendola tra <<la più grave delle "sanzioni" o il più efficace dei "rimedi">>[69], laddove, infatti, proprio

---

punto di vista in poi, le condizioni perché lo sviluppo economico non fosse più la sola o la prevalente priorità e ha richiesto, per altro verso, una riflessione – apertasi in tutti i paesi sviluppati – sui costi dello sviluppo e sulla sua "sostenibilità" in termini di consumo o depauperamento delle risorse naturali>> (*Ibidem*).
[66] L. TORCHIA, *op. ult. cit*., 14.
[67] Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Cfr., al riguardo, G. SCIULLO, *Gli 'interessi sensibili' nel parere n. 1640/2016 del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, n. 6/2018.
[68] Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit.
[69] Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit.

equiparando il silenzio all'assenso, si determina, in capo all'amministrazione, la perdita del potere di dissentire ovvero di scongiurare la conclusione del procedimento[70].

Tuttavia, l'operatività dell'inerzia, così tipizzata, muta al mutar della relazione intersoggettiva coinvolta, in quanto: se il rapporto è verticale, l'art. 20 della l. n. 241 del 1990 ne esclude l'applicabilità in relazione alle tipologie di interessi sensibili ivi contemplati[71]; viceversa, se il rapporto è orizzontale, l'art. 17 *bis* della medesima legge ne prevede l'applicazione "anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche"[72]. Tuttavia "(i)n tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito"[73]. Ed è sempre la medesima disposizione ad autolimitarsi "nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi"[74].

---

[70] Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit.

[71] Infatti, *ex* art. 20, co. 4, della l. n. 241/1990: "Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti".

[72] Art. 17 *bis*, co. 3, della l. n. 241/1990.

[73] Art. 17 *bis*, co. 3, della l. n. 241/1990.

[74] Art. 17 *bis*, co. 4, della l. n. 241/1990. Sull'art. 17 *bis* della legge n. 241/1990, cfr. M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 2015; M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedimentali*, in *Urb. app.*, 2016, 758 ss.; G. MARI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in *Codice*

Il ridimensionamento procedimentale della rilevanza degli interessi sensibili - inclusi quindi quelli paesaggistico-ambientali – incide pertanto sulla netta diversità che, più in generale e per molto tempo, ha distinto tali interessi da quelli ordinari tanto da indurre a ritenere che la vigenza dell'art. 17 *bis* abbia determinato <<una vera e propria fuga in avanti in quella che si potrebbe definire "la guerra di logoramento" degli interessi sensibili che vengono sempre più parificati a quelli ordinari>>[75].

Si assiste, invero, ad una estensione del modulo *per silentium* in ambiti generalmente e storicamente preservati da siffatte modalità di azione, nel corpo di un'attività amministrativa intesa, e da tempo, come una "prestazione" volta a soddisfare quei diritti civili e sociali[76], il cui livello essenziale viene, in via unitaria, predeterminato dallo Stato attraverso la previsione di meccanismi di semplificazione[77].

E così, proprio nell'ottica del <<'primato dei diritti'>>, tali processi di semplificazione amministrativa <<non vanno visti come una forma di sacrificio dell'interesse pubblico, ma al contrario come strumenti funzionali ad

---

dell'azione amministrativa (a cura di M.A. SANDULLI), Milano, 2017, 853 ss.; Id., *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla relativa violazione (artt. 2, 17 bis e 20 l. n. 241 del 1990 s.m.i.),* in *Principi e regole dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI), Milano, 2017, 182 ss.; E. SCOTTI, *Il silenzio tra amministrazioni,* in *L'azione amministrativa* (a cura di A. ROMANO), Torino, 2016, 566 ss; P. MARZANO, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' disegnata dal Consiglio di Stato,* in *Federalismi.it,* 5 ottobre 2016; G. SCIULLO, *Legge Madia e amministrazione del patrimonio culturale: una prima lettura*, in *Aedon,* n. 3/2015; L.B. MOLINARO, *Condono edilizio e accertamento di compatibilità paesaggistica: dubbi e certezze in ordine alla primazia dell'art. 146 del D.Lgs. n. 42 del 2004 sulla disciplina previgente e alla applicabilità, in materia, del silenzio assenso di nuovo conio (art. 17-bis della Legge n. 241 del 1990)*, in *Lexitalia.it*, 16.3.2018. Sia, altresì, consentito rimandare a F. ALBISINNI – E. GIARDINO, *Il procedimento amministrativo ,* in *La dinamica del diritto amministrativo* (a cura di L. TORCHIA), Bologna, 2017, 53 ss..

[75] Cfr. F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla c.d. riforma Madia,* in *www.federalismi.it*, 21.10.20015, 3. Per F. SCALIA (*Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia,* in *Urb. app*., n. 1/2016, 12), invece, il cit. art. 17 *bis* "non introduce nulla di nuovo quanto al profilo dell'intensità della tutela degli interessi sensibili ed anzi, letta insieme alla norma di delega legislativa in materia di silenzio assenso, contenuta nella stessa L. n. 124/2015 (art. 5), può rappresentare l'occasione per ricondurre in un ambito di coerenza costituzionale la normativa già vigente in materia di silenzio in materie sensibili".

[76] Cfr., al riguardo, art. 117, co. 2 lett. m), della Costituzione.

[77] Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit.

assicurare una cura efficace, tempestiva e pronta dello stesso, con il minore onere possibile per la collettività e per i singoli privati>>[78].

L'applicazione dell'agire *per silentium* in tali ambiti qualificati 'sensibili' non determina, in realtà, un indebolimento di tutela, se si considera il dato ontologico e strutturale che caratterizza la fattispecie in esame.

Infatti, quanto previsto dall'art. 17 *bis* trova applicazione solo nei procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata, quindi - al di là del *nomen iuris* adoperato - solo nelle ipotesi che implicano l'acquisizione di un atto avente valenza co-decisoria[79]. Tutto questo postula che le due amministrazioni (ossia la titolare del procedimento e quella interpellata)

[78] Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit. Accanto al fondamento costituzionale, da rinvenirsi nel principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., il silenzio assenso di cui all'art. 17 bis postula altresì un fondamento <<di natura rispettivamente euro unitaria (…) e sistematica. (…) Sotto il profilo del diritto eurounitario, fermo restando quanto sarà detto più avanti, con riguardo ai limiti oggettivi del silenzio assenso previsti dall'ultimo comma dell'art. 17-*bis*, il riferimento è alla direttiva 2006/123/CE sui "*Servizi nel mercato interno*" (c.d. direttiva Bolkestein) che, al fine di prevenire gli effetti negativi sul mercato derivanti dall'incertezza giuridica, anche sotto il profilo dell'incertezza temporale, delle procedure amministrative, opera nella duplice direzione di limitare il regime della previa autorizzazione amministrativa ai casi in cui essa è indispensabile e di introdurre il "*principio della tacita autorizzazione*" (ovvero la regola del silenzio-assenso) "*da parte delle autorità competenti allo scadere di un termine determinato*" (considerando 43; art. 13, par. 4, della direttiva). Pur tenendo conto della peculiarità del micro-sistema della direttiva Bolkestein 2006/123, condizionata dalla esigenza politica di favorire determinati settori della concorrenza, e pur nella consapevolezza che per gli interessi "sensibili" il diritto della UE sembra spesso confermare il principio della necessaria determinazione espressa (cfr. sul punto l'ultimo comma dell'articolo 17-*bis*), si tratta, tuttavia, di un riferimento normativo significativo, perché dimostra come anche in ambito europeo sia sempre più avvertita l'esigenza di introdurre rimedi semplificanti per neutralizzare gli effetti negativi dell'inerzia dell'Amministrazione. (…) Sotto il profilo sistematico, infine, il riferimento è al principio di trasparenza (anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost.) che, specie dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, ormai informa come principio generale l'intera attività amministrativa. L'Amministrazione trasparente è un'Amministrazione che, ancor prima di rendere ostensibili ai cittadini dati e documenti, evita qualsiasi forma di opacità o di ambiguità, assumendo decisioni espresse. Il silenzio è, invece, antinomico alla trasparenza, perché rappresenta un comportamento "opaco" e non ostensibile. (…)>> (così Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit.).

[79] Secondo G. MARI (*Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra PP.AA. e nella conferenza di servizi",* cit., 8) "l'art. 17-*bis* troverebbe applicazione (…) nei soli casi di cogestione o di potere decisorio complesso affidato a due diversi apparati pubblici entrambi competenti a curare il *medesimo* specifico interesse. Tramite l'interpretazione fornita trova giustificazione il diverso trattamento degli interessi sensibili previsto dagli artt. 20 e 17-*bis* l. n. 24/1990, in termini, rispettivamente, di esclusione e di inclusione, risultando altrimenti incomprensibile il motivo per cui il meccanismo del silenzio assenso nei confronti delle amministrazioni sensibili, mentre non può operare nei procedimenti su istanza di parte, è invece applicabile in caso di inerzia endoprocedimentale (in tale secondo caso vi è comunque un'amministrazione legalmente competente alla cura dell'interesse sensibile che prende in considerazione tale interesse, coerentemente con la giurisprudenza costituzionale in tema di interesse primari (…)".

vantino una funzione decisoria, quindi, che entrambe siano titolari di un potere decisorio sostanziale.

Ove, invece, un'amministrazione svolgesse solo un ruolo meramente formale (ad es. acquisire e trasmettere l'istanza al decidente), trattandosi in tal caso di decisione monostrutturata ed in assenza di un'amministrazione co-decidente, il beneficiario del silenzio assenso non sarebbe un'amministrazione bensì un privato, donde l'applicazione del comma 4 dell'art. 20.

Quanto previsto per la decisione pluristrutturata, pertanto, scongiura un indebolimento della tutela dell'interesse sensibile, in quanto lo stesso risulterà pienamente preservato nella fase istruttoria, ove la scelta finale postulerà, infatti, la compiuta acquisizione dei conferenti interessi, attraverso l'altrettanta acquisizione dei dovuti pareri e delle prescritte valutazioni tecniche.

Non a caso, la stessa legge n. 124 del 2015 mai interviene sul comma 3 dell'art. 16 della legge n. 241 del 1990, il quale a tutt'oggi prevede che: "Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non si applicano in caso di pareri che debbano essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini".

Una tutela, questa, che permane altresì nella fase decisoria, laddove in ogni caso, nonostante l'operatività del silenzio assenso contemplato, lo stesso "'interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell'amministrazione procedente"[80].

[80] Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit. Giova, altresì, osservare che, l'Ufficio legislativo del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, con atto del 10 novembre 2015 (prot. 27158), al riguardo, ha così precisato: "Permane, dunque, la necessità – anche nei casi di possibile operatività del silenzio-assenso – di avviare e completare il procedimento, sia nella fase istruttoria, sia nella fase di acquisizione degli interessi, pubblici e privati, in esso coinvolti sia (infine) nella fase di ponderazione e valutazione in funzione della decisione (fase decisoria). La legge, nell'introdurre il silenzio-assenso, autorizza esclusivamente la deroga all'obbligo di adozione di un atto conclusivo formale, espresso e motivato, ma non esonera in alcun modo l'amministrazione dall'obbligo e dalla responsabilità di procedere e istruire i singoli affari di sua competenza (…) deve sottolinearsi che la nuova disciplina del silenzio-assenso tra amministrazioni non esime l'amministrazione dall'obbligo istruttorio, da considerarsi in tali casi addirittura rafforzato, dovendo l'amministrazione – a maggior ragione mancando l'adozione espressa dell'atto espresso e motivato – porre in essere comunque tutti gli atti preparatori e documentare tutte le proprie attività istruttorie e valutative così da poter dar conto, anche nella sede gerarchica ed eventualmente ispettiva, di avere comunque esaminato la pratica e di aver comunque debitamente svolto le proprie valutazioni in ordine all'attività o all'intervento oggetto di domanda, in funzione dell'assenso tacitamente manifestato mediante il meccanismo del

In tal guisa, si tenta di preservare la disposizione da dubbi di legittimità costituzionale, considerato quanto in passato rilevato dalla Corte costituzionale, in ordine all'incompatibilità tra il silenzio assenso e la tutela degli interessi sensibili, non potendo il primo inverarsi nei casi di procedimenti complessi connotati da un'accentuata discrezionalità e dalla necessità di esperire valutazioni ambientali, che quindi, come tali richiedono una decisione espressa[81].

In assenza, tuttavia, di una univoca interpretazione, giova osservare – evocando il Consiglio di Stato - che "la giurisprudenza costituzionale (…) non ha sancito un principio di insuperabile incompatibilità tra silenzio assenso

---

silenzio-assenso. La natura di atto tacito favorevole, propria di tale istituto, occorre rimarcare, rende tale atto (ancorché fittizio) in tutto e per tutto ascrivibile e imputabile alla responsabilità (amministrativa, disciplinare, civile e penale) dell'organo che avrebbe dovuto/potuto adottare l'atto conclusivo espresso e motivato (…)".

[81] Cfr. Corte cost., 10 marzo 1988, n. 302, in *Giur. it.*, 1989, I,1, 611; Id., 13 novembre 1992, n. 437, in *Foro It.*, 1993, I, 331; Id., 27 aprile 1993, n. 194, in *Riv. giur. edil.*, 1993, I, 486; Id., 12 febbraio 1996, n. 26, in *www.cortecostituzionale.it*. Sulla incompatibilità tra il silenzio assenso e la tutela ambientale, cfr. Corte di Giustizia CE, 28 febbraio 1991, C-360/87). Sulla compatibilità, invece, fra discrezionalità amministrativa e silenzio assenso, cfr. G. SCIULLO ('*Interessi differenziati' e procedimento amministrativo*, cit., 11), per il quale "non sembra ravvisabile un'incompatibilità logica – oltreché di diritto positivo – fra discrezionalità e silenzio assenso, e quindi un contrasto tra l'istituto e il principio del buon andamento. (…) quando introduce il silenzio assenso il legislatore dispone che l'interesse pubblico alla cui tutela è preordinato il provvedimento risulti potenzialmente soccombente rispetto all'interesse (in genere del privato) rivolto ad una sollecita conclusione del procedimento, a prescindere dal tipo di attività (vincolata o discrezionale di carattere tecnico o amministrativo) che l'Amministrazione è chiamata a dispiegare. Sicché, da questo punto di vista, la distinzione fra attività vincolata e attività discrezionale appare irrilevante. Insomma la elisione dell'istruttoria procedimentale comportata dal silenzio assenso – e che sarebbe la ragione della sua incostituzionalità – dovrebbe tradursi nell'esclusione in radice dell'istituto, esito questo (…) che comunque non si giustificherebbe né sul piano logico (il legislatore nei limiti della ragionevolezza è libero di conformare gli assetti dei procedimenti amministrativi) né sul piano costituzionale (…)". Per una interpretazione costituzionalmente orientata del cit. art. 17 *bis*, cfr. F. SCALIA, *Il silenzio assenso nella c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, cit., 19-20, per il quale proprio in ordine al rapporto tra il silenzio assenso e le materie attinenti interessi sensibili, osserva che: "Il silenzio-assenso in tali materie è ammissibile solo in quanto sostitutivo di provvedimenti vincolati o a basso tasso di discrezionalità e comunque non conformativi o in presenza di atti conformativi in via generale. Si tratta di ipotesi – in linea di principio – del tutto eccezionali nelle materie sensibili ed in particolare in quella ambientale. Una materia connotata di complessità intrinseca, per il contemporaneo coinvolgimento di una molteplicità di amministrazioni spesso aventi competenze tecniche non altrimenti surrogabili nonché per la necessaria ampia partecipazione istruttoria da riconoscere ai soggetti titolari di interessi (individuali, collettivi, diffusi) coinvolti nei procedimenti ambientali. Su questi presupposti, si può concludere che un'interpretazione costituzionalmente orientata del nuovo art. 17 *bis* L. n. 241/1990 ne limita l'operatività, quando siano in gioco interessi sensibili, ai casi in cui l'atto di assenso richiesto abbia un basso tasso di discrezionalità e comunque un carattere non conformativo, limitandosi ad una adesione o ad un diniego di adesione allo schema di provvedimento proposto dall'amministrazione procedente".

e interessi pubblici sensibili, limitandosi ad esaminare la questione con riferimento ai rapporti tra legislazione regionale e legislazione statale. La Corte costituzionale ha, in altri termini, ritenuto preclusa alla legislazione regionale la possibilità di introdurre ipotesi di silenzio assenso (ulteriori rispetto a quelle previste dalla legislazione statale) in procedimenti diretti alla tutela di interessi sensibili"[82]. Anzi, proprio dalle pronunce della Consulta "non sembrano" emergere preclusioni tese "ad impedire alla potestà legislativa statale la previsione di casi di silenzio assenso anche in materie sensibili"[83].

E senza tacere, la volontà del legislatore di preservare la *primauté* del diritto dell'Unione europea, attraverso il comma 4 del cit. art. 17 bis, previsione, questa, invero, pleonastica giacché già vigente a prescindere da una esplicita previsione interna[84].

Trattasi, più in generale, di norma che deve essere osservata nel suo portato letterale e finalistico, onde preservarla da interpretazioni e riformulazioni che la discostano dai veri fini perseguiti dal legislatore, il quale infatti ha inteso estendere l'ambito applicativo del il silenzio assenso, al solo fine di responsabilizzare l'amministrazione onde migliorare l'esercizio della funzione[85].

5. La tutela dei beni paesaggistici tra disciplina generale e previsioni settoriali: gli effetti abrogativi dello *ius superveniens*.

L'applicazione del silenzio assenso disciplinato dall'art. 17 *bis* agli interessi sensibili pone il problema della sua incidenza sulla disciplina di settore preesistente.

---

[82] Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit.

[83] Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit. Cfr., a tal fine, Corte cost., 1 luglio 1992, n. 307, in *Giur. It*., 1993, I,1, 505; Id., 17 dicembre 1997, n. 404, in *Urb. app*., 1998, 2, 148; Id., 31 maggio 2012, n. 133, in *www.cortecostituzionale.it*; Id., 18 luglio 2014, n. 209, *ivi.*

[84] Si è, a tal fine, osservato che "la clausola di salvaguardia posta dall'ultimo comma dell'articolo citato va intesa (…) come rinvio ai principi comunitari in materia, espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e fatti propri dalla Corte costituzionale" (F. SCALIA, *Il silenzio assenso nella c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, cit., 20).

[85] Cfr. Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit.

Si è, così, posta la questione del rapporto che intercorre, in particolare, tra quanto previsto dal suddetta norma e quanto, invece, contemplato dall'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004[86], che, disciplinando il regime giuridico dell'autorizzazione paesaggistica, contempla la differente ipotesi del silenzio devolutivo.

A tal fine, è utile rievocare quanto disposto dal comma 3 del cit. art. 17 *bis*, nella parte in cui il legislatore precisa che "(…) ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito".

[86] Ai sensi dell'art. 146, commi 5-8-9-10, del d.lgs n. 42/2004: "5. Sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione, dopo avere acquisito il parere vincolante del soprintendente in relazione agli interventi da eseguirsi su immobili ed aree sottoposti a tutela dalla legge o in base alla legge, ai sensi del comma 1, salvo quanto disposto all'articolo 143, commi 4 e 5. Il parere del Soprintendente, all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati, predisposte ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141-bis e 143, comma 1, lettere b), c) e d), nonché della positiva verifica da parte del Ministero su richiesta della regione interessata, dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici, assume natura obbligatoria non vincolante ed è reso nel rispetto delle previsioni e delle prescrizioni del piano paesaggistico, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti, decorsi i quali l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione. (…) 8. Il soprintendente rende il parere di cui al comma 5, limitatamente alla compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo complesso ed alla conformità dello stesso alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico ovvero alla specifica disciplina di cui all'articolo 140, comma 2, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti. Il soprintendente, in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'articolo 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241. Entro venti giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione provvede in conformità. 9. Decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione. Con regolamento da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro il 31 dicembre 2008, su proposta del Ministro d'intesa con la Conferenza unificata, salvo quanto previsto dall'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono stabilite procedure semplificate per il rilascio dell'autorizzazione in relazione ad interventi di lieve entità in base a criteri di snellimento e concentrazione dei procedimenti, ferme, comunque, le esclusioni di cui agli articoli 19, comma 1 e 20, comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni. 10. Decorso inutilmente il termine indicato all'ultimo periodo del comma 8 senza che l'amministrazione si sia pronunciata, l'interessato può richiedere l'autorizzazione in via sostitutiva alla regione, che vi provvede, anche mediante un commissario ad acta, entro sessanta giorni dal ricevimento della richiesta. Qualora la regione non abbia delegato gli enti indicati al comma 6 al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, e sia essa stessa inadempiente, la richiesta del rilascio in via sostitutiva è presentata al soprintendente".

E così, proprio il riferimento al "termine diverso" induce a ritenere che resta in vigore la norma speciale nella parte in cui preveda o termini più lunghi (rispetto alla previsione generale dei novanta giorni) o termini più brevi (ad es. il termine di 45 giorni previsto dall'art. 146).

Per quanto, invece, concerne la tipologia di silenzio, invero, è lo stesso art. 17 *bis* ad incidere, in via abrogativa, sulle disposizioni speciali e, quindi, anche sul cit. art. 146, laddove esplicitamente afferisce a "disposizioni di legge o (…) (a) provvedimenti di cui all'art. 2".

Di qui, secondo una prima lettura, si sarebbe inverata un'abrogazione implicita[87] della norma settoriale, a fronte di una novella che ha dettato una nuova regolazione della fattispecie. Tuttavia, pur consapevoli della opinabilità che segna ogni tentativo di elaborazione teorica, proprio l'incompatibilità previsionale che si è determinata tra la previgente e la vigente disciplina indurrebbe a qualificare come taciti i suddetti effetti abrogativi[88].

Sul piano applicativo, l'art. 17 *bis* esige che la richiesta provenga da un'amministrazione e non già dal privato destinatario dell'atto (direttamente o per il tramite dello Sportello unico), quindi nel quadro di un rapporto orizzontale e nel corpo di un procedimento recante una fase co-decisoria pluristrutturata[89], sebbene non sia mancato il tentativo di ampliare

[87] Cfr. Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, Ufficio legislativo, atto del 10 novembre 2015 (prot. 27158).

[88] Rispetto, invece, al rapporto tra l'art. 13 della l. n. 349/1991 (che contempla un nulla osta che può maturare *per silentium*) e l'art. 20 della l. n. 241/1990, per la sopravvivenza dell'art. 13, cfr. TAR Lazio, Sez. II quater, 26 luglio 2013, n. 7663, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, n. 6591 del 29 dicembre 2008, n. 6591, *ivi*. In senso contrario, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5188, *ivi.*

[89] Tale ricostruzione formulata dal Consiglio di Stato (con il cit. parere n. 1640 del 2016) è stata condivisa dal MIBAC (cfr. atto dell'Ufficio legislativo del 20.7.2016 prot. 21892), sebbene, precedentemente quest'ultimo (con il cit. atto del 10.11.2015 prot. 27158) avesse tentato di estendere l'applicazione dell'art. 17 *bis*, altresì, alle relazioni verticale, ritenendo che: <<Trova (…) applicazione il nuovo art. 17-*bis* in tutti i casi in cui la domanda provenga da una pubblica amministrazione, anche ove il destinatario finale dell'atto titolare della posizione soggettiva condizionata al previo atto di assenso sia un privato e la sua domanda sia intermediata e veicolata dallo sportello unico comunale. Benché appaia astratto possibile ipotizzare che la nuova norma speciale recata dall'art. 17-*bis* riguardi esclusivamente la concertazione interistituzionale tra pubbliche amministrazioni, con esclusione dei casi in cui la parte in senso sostanziale del rapporto amministrativo sia un soggetto privato (reale beneficiario dell'atto) e non una pubblica amministrazione (che interviene a mo' di "agente" del privato tramite il SUAP o il SUE), non appare tuttavia possibile sostenere allo stato una siffatta soluzione interpretativa restrittiva e occorre accogliere la tesi che assicura la più ampia latitudine applicativa alla misura di semplificazione. In tale più ampio senso milita del resto la

l'applicazione anche alle relazioni verticali. Detto tentativo espansivo è avvenuto invocando <<la lettera del comma dell'art. 3 della legge n. 124 del 2015, dove il silenzio-assenso è previsto "per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche" e dove la locuzione "provvedimenti amministrativi" lascia ipotizzare l'applicabilità anche al caso in cui, ad esempio, il Comune "abbia bisogno" dell'autorizzazione del soprintendente per il rilascio di un permesso di costruire (provvedimento di sua competenza) al privato>>[90].

Permane, tuttavia, l'idea di limitare alle sole relazioni verticali l'ambito di applicazione della norma, sicché il silenzio tra amministrazioni postulerà pareri vincolanti ed atti di assenso comunque denominati, quindi atti che riflettono l'esercizio di autonomi poteri autorizzativi in senso ad una fase co-decisoria pluristrutturata[91]. Di qui, la conseguenza pertanto di limitare l'applicazione dell'art. 17 *bis* alla sola prima parte del comma 5 dell'art. 146 ("Sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione, dopo avere acquisito il parere *vincolante* del soprintendente (…)") e non già alla seconda che, invece, contempla l'adozione di un parere avente "natura obbligatoria *non vincolante*".

---

lettera del comma dell'art. 3 della legge n. 124 del 2015, dove il silenzio-assenso è previsto "per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche" e dove la locuzione "provvedimenti amministrativi" lascia ipotizzare l'applicabilità anche al caso in cui, ad esempio, il Comune "abbia bisogno dell'autorizzazione del soprintendente per il rilascio di un permesso di costruire (provvedimento di sua competenza) al privato>>.

[90] Cfr. MIBAC Ufficio legislativo aatto del 10.11.2015 prot. 27158.

[91] Sempre ai fini applicativi, sulla necessità che ricorra lo "schema di provvedimento" a sua volta recante una proposta di provvedimento 'favorevole', cfr. TAR Sardegna, Sez. II, 8 giugno 2017, n. 394, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Campania, Napoli, Sez. VII; decr. 2 agosto 2018, n. 1119, *ivi*. Si ascrive, così, natura costitutiva o, per meglio dire, di limite applicativo, allo "schema di provvedimento" recante una proposta di provvedimento 'favorevole', la cui assenza infatti precluderebbe l'inverarsi del silenzio e dei suo effetti. In altri termini, si vincola così la sussistenza dell'assenso, sebbene *per silentium,* alla preesistenza di una volontà amministrativa favorevole.

6. La tutela del bene paesaggistico tra accelerazione decisionale e composizione degli interessi. L'esigenza di tutelare e il bisogno di semplificare: alla ricerca del dovuto equilibrio.

Il processo di ridimensionamento della rilevanza degli interessi sensibili ha interessato, altresì, quelle modalità di semplificazione, come la conferenza di servizi, volte ad accelerare la decisione e, del pari, ad assicurare una valutazione contestuale dei vari interessi coinvolti nel procedimento.

La necessità, infatti, di operare nel segno di una <<'visione nuova' della pubblica amministrazione (…) che consideri l'impatto 'concreto' degli interventi sul comportamento dei cittadini, sulle imprese, sull'economia>>[92], ha indotto a valorizzare il profilo dinamico della funzione, da preferirsi quindi all'idea di un procedimento nel quale ciascuna amministrazione tende <<ad 'assolutizzare'>> ciò per cui <<è preposta, ponendo se stessa al centro del problema>>[93].

Del resto, è ormai da tempo tramontato l'assunto dell''assoluta prevalenza', giacché si è consapevoli che tutti i diritti fondamentali sanciti e tutelati dalla Costituzione vivono <<un rapporto di integrazione reciproca>>, donde <<non è possibile (…) individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri>>[94].

Di qui, la necessità di una tutela che sia sempre <<sistemica e non frazionata>>[95], giacché, in caso contrario <<si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diventerebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona">>[96].

E così, proprio a tal fine, il legislatore è intervenuto novellando altresì l'istituto della conferenza di servizi[97], ivi semplificandone lo svolgimento ed

[92] Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 7 aprile 2016, n. 890, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
[93] Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 7 aprile 2016, n. 890, cit.
[94] Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Foro It.*, 2014, 2, 1, 441.
[95] Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, in *www.cortecostituzionale.it*. V. anche Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, cit.
[96] Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, cit.
[97] In argomento, cfr. S. BATTINI, *La trasformazione della conferenza di servizi e il sogno di Chuang-Zu,* in *La nuova disciplina della conferenza di servizi* (a cura di S. BATTINI), Roma,

accelerandone il momento decisionale, attraverso un regime giuridico che ha riguardato tutti gli interessi, senza distinzione alcuna. Anche in tal contesto, pertanto, gli interessi sensibili hanno subito un processo di ridimensionamento, risultando, per molti versi, omologati, per altri, invece, timidamente differenziati.

La dequotazione della rilevanza o, per meglio dire, della tipicità o diversità dell'interesse sensibile si è così manifestata, in particolare, nella disciplina della conferenza semplificata, del silenzio assenso endoprocedimentale, del dissenso imperfetto, del rappresentante unico nella conferenza simultanea.

E senza tacere il rafforzamento delle prerogative dell'amministrazione procedente, la disciplina del dissenso qualificato nonché il rimedio della opposizione avverso la determinazione motivata di conclusione della conferenza a fronte di previi dissensi qualificati[98].

Il processo di riforma inveratosi, uniformando la regola, ha inteso quindi semplificare l'azione, non solo superando (o affievolendo) l'intangibilità della volontà di chi (amministrazione) è posto a tutela del dato interesse sensibile,

---

2016, 10 ss.; G. VESPERINI, *Superare la frammentazione: la conferenza simultanea e il ruolo del rappresentante unico, ivi*, 54 ss.; Id., *La nuova conferenza di servizi*, in *Giorn. dir. amm*., 2016, 580; M. CONTICELLI, *Superare i dissensi espressi: la decisione "a prevalenza" e il meccanismo di opposizione successiva,* in *La nuova disciplina della conferenza di servizi* (a cura di S. BATTINI), cit., 76; L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127,* in *Riv. giur. urb*., 2016, 28; D. D'ORSOGNA, *Semplificazione e conferenza di servizi*, Relazione al Convegno AIPDA *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Roma, 7/8 ottobre 2016; E. SCOTTI, *La conferenza di servizi*, in *L'azione amministrativa* (a cura di A. ROMANO), cit., 457 ss.; G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI), cit. 705 ss.; G.B. CONTE e S. DE PAOLIS, *La conferenza di servizi*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI), cit., 377 ss.. Sia consentito rimandare a F. ALBISINNI - E. GIARDINO, *Il procedimento amministrativo,* in *La dinamica del diritto amministrativo* (a cura di L. TORCHIA), cit., 37 ss.

[98] Secondo G. MARI (*Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra PP.AA. e nella conferenza di servizi",*cit., 9) tale <<cambiamento della funzione tradizionale dell'istituto è portato a compimento mediante varie previsioni, quali: a) la conferenza semplificata; b) la conferma del silenzio assenso endoprocedientale accompagnata dalla inequivoca previsione per cui l'assenso si intende acquisito anche quando sia espresso un dissenso "*imperfetto*" (…); c) i rappresentanti unici di ciascun livello di governo nella conferenza simultanea; d) il potenziamento del ruolo dell'amministrazione procedente anche relativamente alla ponderazione degli interessi sensibili con gli altri interessi coinvolti nei procedimenti complessi; e) l'opposizione successiva in caso di dissensi qualificati. Si tratta di previsioni in ordine alle quali gli interessi sensibili o non sono oggetto di un trattamento differenziato (*a, b, d*, se non relativamente ai tempi per rendere gli atti di assenso) o lo sono, ma in forma meno garantistica rispetto alla previgente disciplina (e). Quanto alla previsione *sub c*, l'interpretazione della relativa disciplina che si fornisce (…) è idonea a fornire una tutela maggiore agli interessi sensibili rispetto agli interessi che tali non sono".

quanto favorendo un vaglio comparativo, riflesso, a sua volta, di una discrezionalità sempre più amministrativa e sempre meno tecnico-accertativa[99].

E' necessario, pertanto, coniugare l'esigenza di tutela con il bisogno di semplificazione, declinando "in un'ottica moderna" il principio di buon andamento, così da preservare, correttamente, la primarietà dei valori paesaggistici.

Tutto questo implicherà non già aprioristiche sovraordinazioni, bensì un'adeguata e compiuta ponderazione comparativa, nel segno di una disciplina chiara e, tendenzialmente, uniforme, onde evitare che "la perpetua conflittualità fra regole tutte parziali, ora carenti ora ridondanti"[100] abbandoni l'amministrazione negli opachi "interstizi dell'interpretazione"[101].

[99] P. CARPENTIERI, *La tutela dei beni culturali, paesaggistici e ambientali nelle riforme Madia,* in *Riv. giur. urb*., 2016, 41 ss.; G. MARI, *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra PP.AA. e nella conferenza di servizi",* cit., 15.

[100] S. SETTIS, *Paesaggio costituzione cemento. La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, Torino, 2010, 221.

[101] *Ibidem.*