

STUDI PER UN NUOVO DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da
S. Cagnetti, A. Contieri, S. Licciardello, M. Nettesheim, S. Perongini, A. Zito

Nuova serie

Carmencita Guacci

La valutazione di compatibilità paesaggistica



G. Giappichelli Editore

STUDI PER UN NUOVO DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

S. Cagnetti, A. Contieri, S. Licciardello, M. Nettesheim, S. Perongini, A. Zito

Nuova serie – 24

Comitato scientifico:

Francesco Astone	Fiorenzo Liguori
Antonio Barone	Andrea Maltoni
Francisco Miguel Bombillar Saenz	Francesco Manganaro
Chiara Cacciavillani	Daniele Marrama
Roberto Cavallo Perin	Enzo Maria Marengi
Guido Corso	Marco Mazzamuto
G. Paolo Cirillo	Agostino Meale
Luca De Lucia	Luca Raffaello Perfetti
Marina D'Orsogna	Geminello Preterossi
Andrea Federico	Andrea Rallo
Fabrizio Figorilli	Mauro Renna
Enrico Follieri	Fabio Saitta
Marcello Fracanzani	Maria Alessandra Sandulli
Fabrizio Fracchia	Franco Gaetano Scoca
Lucio Iannotta	Mario Rosario Spasiano
Maria Immordino	Marco Tiberii
Giovanni Leone	Fabrizio Tigano
	Virginia Zambrano

In copertina:

ANGELO DELLA MURA, "Scorcio spiaggia di Maiori".

Carmencita Guacci

La valutazione di compatibilità paesaggistica



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-2915-1
ISBN/EAN 979-12-211-5336-1 (ebook - pdf)

I volumi pubblicati nella presente Collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (*double blind peer review*), secondo un procedimento standard concordato dai Direttori della collana con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

Il volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno e dei fondi FARB.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

*Al mio papà Stefano,
alla mia mamma Anna
e a mia sorella Tiziana*

Indice

pag.

Introduzione

- | | | |
|----|--|---|
| 1. | Oggetto della ricerca | 1 |
| 2. | Rappresentazione sintetica dell'evoluzione dell'indagine | 5 |

Capitolo Primo

Autorità, struttura del procedimento, legittimazione procedimentale e provvedimento autorizzatorio

- | | | |
|----|--|----|
| 1. | Considerazioni introduttive | 11 |
| 2. | Evoluzione della disciplina normativa | 16 |
| 3. | Le Autorità preposte alla tutela del paesaggio | 21 |
| 4. | Il potere originario della Soprintendenza: art. 159 del d.lgs. n. 42/2004: il regime transitorio | 25 |
| 5. | Lo sconfinamento indebito del giudizio di conformità della Soprintendenza nelle valutazioni di merito demandate alle Amministrazioni | 33 |
| 6. | Il procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica dopo l'entrata in vigore dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004: considerazioni introduttive | 38 |
| 7. | Il potere del Soprintendente di cogestione del vincolo paesaggistico: oggetto, ampiezza e natura del parere <i>ex art.</i> 146, comma 5, del d.lgs. n. 42/2004 | 44 |
| 8. | Profili problematici della formula della cogestione del vincolo | 47 |
| 9. | La formula della cogestione "apparente" del vincolo paesaggistico | 49 |

10.	La natura decisoria del parere del Soprintendente trova conferma nella previsione dell'istituto "del preavviso di rigetto del provvedimento negativo" previsto nell'art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42/2004	52
11.	I risvolti pratici della cogestione del vincolo	55
12.	I soggetti legittimati a proporre la domanda di autorizzazione	55
13.	Destinatario della domanda di autorizzazione paesaggistica	58
14.	Forma e contenuto della domanda di autorizzazione	61
15.	I provvedimenti autorizzativi	65

Capitolo Secondo

La valutazione delle Autorità preposte alla tutela del vincolo paesaggistico

1.	Premessa	80
2.	La configurazione del potere valutativo dell'amministrazione nel procedimento paesaggistico secondo la dottrina e la giurisprudenza	81
3.	La concreta configurazione del potere decisionale della Soprintendenza	87
4.	Le tipologie di valutazioni compiute dalla Soprintendenza	90
5.	Il potere valutativo devoluto all'amministrazione	91
6.	Le riflessioni di M.S. Giannini sul potere discrezionale	97
7.	Il potere amministrativo "legittimo" e "corretto"	100
8.	Il bilanciamento "necessario" degli interessi costituzionalmente tutelati	105
9.	Il processo di concretizzazione dell'interesse pubblico nella fase istruttoria del procedimento amministrativo: distinzione tra interesse pubblico astratto e interesse pubblico concreto	112
10.	La decisione amministrativa in condizioni di incertezza e il principio di precauzione	118
11.	La qualificazione del potere amministrativo come discrezionalità tecnica	121
12.	L'autorizzazione paesaggistica come strumento per conformare l'attività del privato	126
13.	Le conseguenze che derivano dall'applicazione della tesi della decisione condizionata in tema di autorizzazioni paesaggistiche	132

	<i>pag.</i>
14. Le configurazioni teoriche del potere decisionale della pubblica amministrazione	136
15. La configurazione dogmatica del potere decisionale della Soprintendenza	138
16. Casi in cui l'Autorità paesaggistica procede ad un bilanciamento dei diversi interessi pubblici coinvolti nel procedimento paesaggistico	142
17. Segue: a) Realizzazione impianto ripetitore per la radiotelevisione	145
18. Segue: b) Installazione impianto eolico o impianto fotovoltaico	146
19. Segue: c) Ampliamento di stabilimenti balneari in aree sottoposte a tutela paesaggistica e mantenimento o meno di una struttura recettivo balneare per l'intero anno	151
20. La configurazione del potere decisionale della Soprintendenza nelle tecniche legislative del potere amministrativo	155
21. Il potere valutativo vincolato dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico	158
22. Il potere interpretativo dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico	160
23. Il potere discrezionale puro dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico e il potere di discrezionalità tecnica	161
24. Il potere consistente nella elaborazione di prescrizioni provvedimentali sulla base di giudizi valutativi formulati sulla base di principi, di clausole generali e di concetti giuridici indeterminati	162
25. Considerazioni di sintesi	166

Capitolo Terzo

Il giudizio valutativo della Soprintendenza emesso tardivamente e la configurabilità del silenzio assenso ex art. 17 bis della l. n. 241/1990

1. Premessa	172
2. Il parere tardivo della Soprintendenza ex art. 146, comma 9, del d.lgs. n. 42/2004	180
3. Le argomentazioni sostenute dalla giurisprudenza a sostegno della natura vincolante del parere della Soprintendenza adottato dopo il termine di 45 giorni: a) i nuovi poteri di gestione del vin-	

colo paesaggistico; b) la natura vincolante del parere tardivo è deducibile dall'art. 16 della l. n. 241/1990; c) la natura vincolante del parere tardivo desumibile dal richiamo all'istituto del c.d. "preavviso di rigetto" ai sensi dell'art. 10 <i>bis</i> della l. n. 241/1990: "il parere come provvedimento"	183
4. La natura del termine di conclusione del procedimento nella legge generale sul procedimento	189
5. Il superamento del termine di conclusione del procedimento e la consumazione del potere amministrativo: "le eccezioni"	195
6. Gli atti tardivi della pubblica amministrazione	210
7. Il decorso del termine e la qualificazione dell'inerzia della pubblica amministrazione	213
8. Silenzio significativo: differenza con istituti "contigui" e funzione da esso svolta	217
9. I silenzi procedurali: a) silenzio devolutivo; b) silenzio facoltativo	223
10. Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: l'art. 17 <i>bis</i> della l. n. 241/1990	225
11. Differenza tra il silenzio assenso verticale (art. 20 l. n. 241/1990) e il silenzio assenso orizzontale (l'art. 17 <i>bis</i> l. n. 241/1990)	227
12. Il silenzio tra pubbliche amministrazioni e rapporti con gli artt. 16, 17 e 20 l. n. 241/1990	229
13. Il silenzio assenso nella conferenza di servizi	230
14. La tesi giurisprudenziale che riafferma il carattere vincolante del parere tardivo della Soprintendenza per silenzio assenso orizzontale di cui all'art. 17 <i>bis</i> della l. n. 241/1990	238
15. L'interpretazione estensiva del parere del Consiglio di Stato e della circolare del MIBACT – con parere n. 23231 del 27 settembre 2018 – sull'operatività del meccanismo del silenzio assenso procedimentale anche al parere tardivo del Soprintendente	244
16. Le ragioni di natura comunitaria, costituzionale e sistematica ostative all'applicazione del silenzio assenso orizzontale al parere tardivo della Soprintendenza nel procedimento di valutazione della compatibilità paesaggistica nonostante l'interpretazione estensiva fornita dal Consiglio di Stato in sede di attività consultiva e dal MIBACT	250
17. Le altre ragioni ostative all'applicazione del silenzio assenso orizzontale al parere tardivo della Soprintendenza nel procedimento di valutazione della compatibilità paesaggistica, nono-	

pag.

stante l'interpretazione estensiva fornita dal Consiglio di Stato in sede di attività consultiva e dal MIBAC: a) il silenzio devolutivo; b) l'art. 17 <i>bis</i> della l. n. 241/1990 delimita il campo di applicazione del silenzio assenso orizzontale ai procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti c.d. pluristrutturati semplici; c) il dibattito ancora aperto della giurisprudenza amministrativa sulla concreta applicazione dell'art. 17 <i>bis</i> della l. n. 241/1990 al parere Soprintendizio; d) <i>lex posterior generalis non derogat priori specialis</i>	255
18. L'efficacia del parere della Soprintendenza trasmesso o emanato oltre il termine di 45 giorni dopo l'adozione dell'art. 2, comma 8 <i>bis</i> della l. n. 241/1990	264
19. Considerazioni riepilogative	268

Capitolo Quarto

Considerazioni riepilogative

1. Considerazioni riepilogative: primo capitolo	275
2. Considerazioni riepilogative: secondo capitolo	278
3. Considerazioni riepilogative: terzo capitolo	283

<i>Bibliografia</i>	295
---------------------	-----

Introduzione

SOMMARIO: 1. Oggetto della ricerca. – 2. Rappresentazione sintetica dell'evoluzione dell'indagine.

1. Oggetto della ricerca

La ricerca è volta a esaminare la natura e le tipologie del potere che i soggetti pubblici esercitano quando compiono le proprie valutazioni sulla compatibilità di un intervento o di un'opera in ambito paesaggistico. L'indagine verte anche sul procedimento autorizzatorio¹ paesag-

¹O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, LVI, 1894, IV, 25; O. RANELLETTI, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. studi giur.*, 1984, 3 ss., 317; Nella propria opera Ranelletti distingue i provvedimenti favorevoli in autorizzazioni e concessioni. La sua teoria sulle autorizzazioni fu concepita inizialmente e organicamente nei seguenti scritti: *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7 ss.; *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte II: Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1894, XVII, 3 ss.; 315 ss.; *Teoria generale e delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1895, XIX, 3 ss.; XX, 255 ss.; in *Riv. it. scienze giur.*, 1896, XXI, 77, 350 ss.; XXII, 177 ss. Tali contributi sono stati ripubblicati in O. RANELLETTI, *Scritti giuridici scelti*, in E. FERRARI, B. SORDI, (a cura di), Napoli, 1992, III, 37, 77 ss. e 235 ss. Osserva al riguardo F.G. SCOCA, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 274, che sulla base della tesi di RANELLETTI formulata all'inizio del diciannovesimo secolo: «con le autorizzazioni si rimuove un ostacolo che impedisce l'esercizio di diritti di cui il privato è già titolare; con le concessioni si conferiscono al privato nuovi diritti. La distinzione è semplice e chiara, ma non è del tutto soddisfacente, perché non è sempre vero che il privato, prima di chiedere l'autorizzazione, e per poterla

chiedere, sia (già) titolare di un diritto soggettivo, e perché la concessione non crea sempre nuovi diritti; ma determina l'acquisto di utilità diverse (si pensi alle onorificenze)»; O. RANELLETTI, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative* in *Riv. it. scienze giur.*, 1895, 3 ss.; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative, Aspetti della contrattualità della pubblica amministrazione*, Napoli, 1981, 28; P. DELL'ANNO, *La valutazione di impatto ambientale*, in *Riv. giur. ambiente*, Milano, 2001, 56; P. DELL'ANNO, *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Padova, 1989, 269, ss.; G. SACCHI MORSIANI, *Autorizzazioni in funzione di controllo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, 50 ss. Sull'autorizzazione come atto presupposto all'esercizio di un potere amministrativo, per tutti A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959, 60 ss., F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici tra l'amministrazione e i privati*, Milano, 1957, 5 ss.; R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974, 7; D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Arch. giur.*, 1903, I, 42; G. VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944, 96; P. GASPARRI, *Considerazioni in tema di autorizzazioni*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1947, III, 1125, nota a sentenza Cons. Stato, IV, 30/10/1947, n. 378; A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 784 ss.; L. ACQUARONE, *Contributo alla classificazione delle autorizzazioni amministrative*, Milano, 1962, 15; C. DAL PIAZ, *Il trasferimento delle amministrazioni e concessioni amministrative*, Torino, 1971, 84 ss.; R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974, 7; V. DEL POZZO, *Il nulla osta amministrativo*, Bari 1959, 12; F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, 2; A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, 58; A. AMORTH, *Il silenzio dell'autorità amministrativa di fronte alla richiesta di un'autorizzazione* (a proposito di licenze di costruzione edilizia), in *Foro it.*, 1949, I, 153; G. BERTI, *Autorizzazione e concessione in materia di scuole*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 438 ss.; P. BODDA, *Autorizzazioni amministrative con particolare riferimento alle licenze di commercio*, in *Nuova rass.*, 1955, 1451; F. BASSI, *In tema di autorizzazioni e concessioni*, in *Foro Pad.*, 1955, I, 877; L. CARRARO, *Contributo alla teoria dell'autorizzazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, 282; G. CALANDRA, *Osservazioni in tema di visto ed atti amministrativi*, in *Giur. Cass. Civ.*, 1951, III, 73; G. CALANDRA, *Brevi osservazioni in tema di autorizzazioni e approvazioni*, in *Foro amm.*, 1957, II, 1, 240; U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO (a cura di), in *Trattato dir. amm.*, vol. 2, Milano, 1915, 607; U. FORTI, *Autorizzazioni amministrative*, in *Nuovo Dig. it.*, I, 1964, 177 ss.; C. VITTA, *Nozione degli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1906, IV, 60 ss.; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1933, 298; L. RAGGI, *Alcuni rilievi a chiarimento del concetto di autorizzazione amministrativa*, in *Foro it.*, 1907, 8 ss.; L. RAGGI, *Sull'atto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, 176; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, 199; A. DE VALLES, *Concessioni di servizi pubblici e autorizzazione di servizi pubblici impropri*, in *Riv. dir. fin.*, 1941, II, 274; G.M. DE FRANCESCO, *L'ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*, Milano, 1964, 117; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2018, 260; G. ORTOLANI, *Autorizzazioni e approvazione*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, II, Padova, 1940, 16 ss.; G. ORTOLANI, *Sul concetto di autorizzazione e di funzione di servizio pubblico*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1948, 413; F. ROVELLI, *Le autorizzazioni di polizia*, in *F. Lomb.*, 1939, I, 368; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1949, 66; A. FALZEA, *La*

gistico come forma di manifestazione del potere amministrativo².

Il percorso argomentativo investe nozioni fondamentali del diritto amministrativo, guardate dall'ottica particolare della tutela paesaggistica, quali gli atti amministrativi, il provvedimento autorizzativo, la discrezionalità amministrativa³, l'attività vincolata⁴ la discrezionalità tecnica⁵, il potere amministrativo⁶, il procedimento amministrativo⁷ come sede del-

condizione e gli elementi dell'atto giuridico, Milano, 1941, 234 ss.; P. VIRGA, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1968, 56; E. TEDESCHINI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. dir.*, 34, 1985, 785 ss.; G. CORSO, *Autorizzazioni di polizia*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 76; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, III ed., Messina s.d. (ma 1930), I, 82; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 1914, 23.

²In generale, sul potere della pubblica amministrazione si vedano M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione, Concetti e problemi*, Milano, 1939, 103; E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 27, ss.; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, ora *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 1988, 102; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1979, 438; G. GUARINO, *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni 80*, Milano, 1985, 89; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, 257; G. GUARINO, *Dizionario di diritto amministrativo*, vol. I, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1983, 101, ss.; S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, 42; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, 15; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, II ed., 1983, 182 ss.

³T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 16/03/2015, n. 255; Cons. Stato, sez. VI, 04/06/2015, n. 2751; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 09/07/2015, n. 1565; Cons. Stato, sez. VI, 28/12/2015, n. 5844; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 08/06/2016, n. 2888; T.a.r. Campania, Napoli, sez. IV, 09/06/2016, n. 2944.

⁴A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano, 1988, 267 ss., 273; A. ORSI BATTAGLINI, voce *Autorizzazioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino, 1987, 58 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, 116; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, II ed., Padova, 1953, 45.

⁵D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 232, ss.; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, 13.

⁶M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna 1986, ora *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 1988, 102; G. GUARINO, *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni 80*, Milano, 1985; G. GUARINO, *Dizionario di diritto amministrativo*, vol. I, "Atti e poteri amministrativi", Milano, 1983, 101, ss.; S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983; P. DELL'ANNO, *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Padova, 1989, 269, ss.

l'emersione e del confronto dei diversi interessi, come rappresentazione non falsata dei fatti nel procedimento e come presupposto per l'appropriato svolgimento di tale dialettica.

In particolare, il problema che pone il tema della valutazione paesaggistica è l'individuazione della natura del potere esercitato in riferimento a un bene sottoposto a vincolo paesaggistico. L'estensione e l'ampiezza del potere esercitato dall'amministrazione nei procedimenti autorizzativi paesaggistici sono esaminate anche alla luce delle pronunce della giurisprudenza amministrativa. L'indagine verte, prima di tutto, sulla normativa in materia paesaggistica che assoggetta a regime autorizzatorio il potere dell'Autorità statale e di quella locale e, in un secondo momento, sul provvedimento autorizzatorio sia per quanto riguarda la natura e la sua efficacia, sia per le sue concrete modalità di esercizio⁸.

Invero, le criticità derivano dalla coesistenza e dall'intreccio dei poteri di tutela in ambito paesaggistico attribuiti ai diversi soggetti istituzionali. Un ulteriore aspetto problematico connesso al tema della ricerca è la motivazione assunta a fondamento della valutazione di incompatibilità paesaggistica, molto spesso standardizzata, generica e disancorata dal riferimento alla concreta fattispecie esaminata⁹ che va ad inficiare la legittimità del parere che la Soprintendenza, ai sensi dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, rende sulla compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo complesso sulla sua conformità alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico e alla specifica disciplina di settore (art. 140 d.lgs. n. 42/2004). Infine, il tema è complicato dal fatto che la configurazione legislativa del potere valutativo dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico incide sull'ampiezza del sindacato giurisdizionale eserci-

⁷ F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1469 ss.

⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 438 ss., 589 ss. Sulla tendenza alla funzionalizzazione dell'attività amministrativa si veda F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.; L. ACQUARONE, *Le garanzie pubblicistiche della proprietà. Gli aspetti fondamentali*, in *Quad. Reg.*, 1984, 741; L. ACQUARONE, *Contributo alla classificazione delle autorizzazioni amministrative* (ed. prov.), Milano, 1962, 10 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, in *Dig. disc. pubbl.*, I 58, sulla necessità che il provvedimento amministrativo abbia il suo fondamento nella norma come espressione del principio di legalità; R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974, 146.

⁹ T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 10/10/2016, n. 1446.

tato sul provvedimento autorizzativo conclusivo del procedimento paesaggistico.

2. Rappresentazione sintetica dell'evoluzione dell'indagine

Il primo capitolo è dedicato alla ricostruzione della disciplina costituzionale e legislativa della normativa in materia di apposizione del vincolo paesaggistico e all'analisi della distribuzione delle competenze tra le Autorità preposte alla tutela del "paesaggio".

In particolare, si procede con una disamina generale, applicativa e operativa del procedimento delle autorizzazioni paesaggistiche. Quello delle autorizzazioni paesaggistiche è un procedimento complesso che si muove cercando di rispettare le esigenze delle competenze diverse delle Autorità statali e locali che verranno esaminate dal punto di vista applicativo mediante l'analisi della nuova formula di "cogestione" al fine di appurare l'autenticità della menzionata formula, muovendo dal confronto tra il regime precedente e quello attuale delle autorizzazioni paesaggistiche. Il primo capitolo si conclude con un breve *excursus* delle elaborazioni teoriche in tema di autorizzazioni amministrative¹⁰.

¹⁰La dottrina ha variamente sviluppato il tema della possibile funzione prescrittiva assunta dalle autorizzazioni amministrative. Tra le ricostruzioni più risalenti si possono richiamare A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 787 ss.; P. GASPARRI, *Autorizzazioni* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, Milano, 1959, vol. IV, 512 ss.; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 313, 314; A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1987, vol. II, 58 ss., il quale riconosce che in molti casi l'autorizzazione ha carattere prescrittivo o conformativo della situazione soggettiva che ne è oggetto; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, 241 ss.; F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, 59; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, vol. I, 844-845, il quale afferma che l'autorizzazione, oltre ad avere un effetto tipico, che "è da ricondurre alla rimozione di un limite", "risulta caratterizzata sovente da un effetto conformativo, nel senso che l'attività del soggetto autorizzato deve svolgersi entro i confini e seguendo le prescrizioni dettagliatamente impartite con tale provvedimento della pubblica amministrazione; F.G. SCOCA, *Nozione, elementi, classificazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 266-267, il quale osserva che

Nel secondo capitolo, si esaminano le autorizzazioni paesaggistiche sotto il profilo funzionale¹¹ e contenutistico¹². Il tema centrale della presente indagine è quello di individuare la natura, la connotazione del potere delle Amministrazioni in materia paesaggistica e il contenuto della prescrizione del provvedimento autorizzativo che costituisce il suo esito. Lo studio del giudizio di valutazione, che le Autorità preposte effettuano nell'espletamento dell'istruttoria del procedimento autorizzatorio in materia paesaggistica, riveste una importanza centrale perché investe alcuni istituti giuridici classici del diritto amministrativo. Pertanto, per giungere ai risultati della ricerca, è doveroso senza alcuna pretesa di completezza, un accenno all'elaborazione dogmatica del potere amministrativo in tutte le sue esternazioni.

Nel terzo capitolo verrà esaminato il valore da riconoscere al parere tardivo della Soprintendenza sulla proposta di provvedimento trasmessa dall'amministrazione precedente e competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ex art. 146, commi 5, 8 e 9, del d.lgs. n. 22/2004, n. 42¹³. Successivamente oggetto di approfondimento sarà la verifica della

l'esame di compatibilità tra interesse privato e interesse pubblico può comportare "il potere amministrativo di conformazione dell'attività privata, mediante fissazione di limiti, di condizioni, di modalità di svolgimento" di una determinata attività assentita dall'amministrazione medesima.

¹¹ In particolare, attraverso il potere autorizzatorio, l'amministrazione intende esprimere il proprio consenso preventivo in ordine ad una attività progettata da un privato, previa verifica di compatibilità della stessa, in relazione all'interesse pubblico di carattere paesaggistico, valutando il rapporto autorità – libertà. Sulla funzione di prevenzione degli atti autorizzatori si vedano V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, 20, ss.; L. LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, III, *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979, 503, ss.

¹² Il parere della Soprintendenza nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica necessita sempre di un'ampia e circostanziata motivazione: T.a.r. Veneto, Venezia, sez. II, 27/05/2022, n. 809; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. I, 17/02/2022, n. 501; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 16/12/1657; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 22/08/2019; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 7/01/2020; T.a.r. Salerno, sez. II, 13/10/2020, n. 1374; Cons. Stato, sez. VI, 20/04/2020, Cons. Stato, sez. VI, 4/02/2019.

¹³ Sull'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, si vedano G. CARTEI, *L'autorizzazione paesaggistica nel codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *G.d.A.*, 2007, 1270 ss.; A. CALEGARI, *Riflessioni in tema di tutela dell'ambiente e del paesaggio nell'esperienza italiana*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2014, 224 ss.; M. CORTI, *Vincoli e autorizzazioni paesaggistiche: orientamenti consolidati e profili di novità*, in *Riv. giur. ambiente*, 2011, 2, 524 ss.;

ragionevolezza della scelta con cui il legislatore ha esteso l'operatività dell'istituto del silenzio assenso orizzontale anche agli interessi sensibili – tra cui quello paesaggistico – ai sensi dell'art. 17 *bis*, comma 3, della l. n. 241/1990.

La natura del parere tardivo¹⁴, ancora oggetto di dibattiti interpretativi, viene esaminata alla luce dei diversi e numerosi orientamenti giurisprudenziali volti a stabilire se il parere reso oltre il termine di 45 giorni dalla ricezione degli atti conservi o meno la sua natura vincolante.

L'analisi dell'esercizio dinamico del potere amministrativo consentirà di spostare l'attenzione su altro tema molto importante, ovvero quello di verificare se sia possibile estrapolare dall'attività amministrativa discrezionale un'area suscettibile di sindacato giurisdizionale allorquando dovesse venire in rilievo un'attività non meramente valutativa, ma una attività di interpretazione di una norma giuridica. Tale profilo verrà esaminato da due angoli prospettici differenti. Il primo, sarà incentrato sull'osservazione dei processi determinativi che caratterizzano il giudizio valutativo posto in essere dalle Autorità, titolari di un potere di cogestione del vincolo paesaggistico; il secondo angolo prospettico, invece, consisterà – dopo aver passato in rassegna le numerose pronunce giurisdizionali in merito – nel verificare se vi sia corrispondenza tra il tipo di potere conferito dalla legge e quello manifestato nell'esercizio della valutazione della compatibilità paesaggistica dell'intervento progettato nell'ambito del ri-

V. PARISIO, *L'impugnazione dell'autorizzazione paesaggistica nell'art. 146 c. 12 del d.lgs. n. 42 del 2004: supremazia dei valori paesaggistici e deroghe al sistema processuale amministrativo*, in F. CORTESE (a cura di), *Conservazione del paesaggio e dell'ambiente, governo del territorio e grandi infrastrutture: realtà o utopia*, Napoli, 2009, 151 ss.; V. PARISIO, *Legittimità e merito nei provvedimenti di vincolo*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2008, 3, 234 ss.; A. ANGIULI, *Art. 146*, in A. ANGIULI, V. CAPUTI IAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2005, Torino, 383 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Art. 146*, in M. CAMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 593 ss.; M.R. SPASIANO, *Art. 146*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2012, Milano, 1116 ss.; P. CARPENTIERI, *Regime dei vincoli e Convenzione europea*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, 2007, 135 ss.; G. MARI, *Le incertezze irrisolte in tema di autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, 6, 103 ss.; M.A. SANDULLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, 251 ss.

¹⁴A. BERLUCCHI, *Il parere tardivo espresso dalla Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici ex art. 146 d.lgs. n. 2004/42: spunti di riflessione*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 1, 128 ss.

spettivo procedimento e quello che comunemente viene posto in essere nella disciplina del caso concreto.

Ne deriva, di conseguenza, la necessità di analizzare i momenti proceduralmente connessi alla fase decisoria (la valutazione istruttoria circa la compatibilità paesaggistica dell'attività antropica, il riscontro della produzione di possibili impatti significativi di segno negativo, ecc.) e approfondire la problematica concernente l'esistenza di varie tipologie di poteri¹⁵,

¹⁵ Sulla nozione di potere si vedano A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Macerata*, 1981, 411 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 158 ss.; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 158 ss. G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993; S. PERONGINI, *L'elaborazione della nozione di provvedimento amministrativo*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 335 ss.; S. PERONGINI, *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14/11/2014, Torino, 2016, 1 ss.; L. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14/11/2014, Torino, 2016, 119 ss.; B. SORDI, *Al di là del nesso autorità/libertà: i nuovi sentieri della divisione dei poteri*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14/11/2014, Torino, 2016, 11 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14/11/2014, Torino, 2016, 17 ss.; C.E. GALLO, *Potere amministrativo e valutazioni discrezionali*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14/11/2014, Torino, 2016, ss.; S. PERONGINI, *L'elaborazione della nozione di provvedimento amministrativo*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 335 ss.; S. PERONGINI, *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14/11/2014, Torino, 2016, 1 ss.; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14/11/2014, Torino, 2016, 119 ss.; B. SORDI, *Al di là del nesso autorità/libertà: i nuovi sentieri della divisione dei poteri*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14/11/2014, Torino, 2016, 11 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14/11/2014, Torino, 2016, 17 ss.; C.E. GALLO *Potere amministrativo e valutazioni discrezionali*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14/11/2014, Torino, 2016, 31 ss.; A. TUCCI, *Pluralizzazione del potere e tra au-*

tra cui quello relativo “all’attuazione della legge” che si connota per un qualificato apporto valutativo¹⁶.

Nel quarto capitolo si formulano considerazioni di sintesi.

torità e pratiche di governo, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno “Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione”*, Salerno, 13-14/11/2014, Torino, 2016, 79 ss.; L. BAZZICALUPO, *La tecnica governamentale e la ridefinizione dell’autorità*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno “Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione”*, Salerno 13-14/11/2014, Torino, 2016, 467 ss.

¹⁶D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 232; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 215, individua nella esistenza di una riserva di valutazione tecnica non comportante un giudizio ponderativo su interessi; A.M. SANDULLI, *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, 3; M.S. GIANNINI, *Corso di Diritto amministrativo. I, L’attività amministrativa*, Milano, 1967, 66; C. GUARINO, *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni 80*, Milano, 1985, 89; G. GUARINO, *Dizionario di diritto amministrativo*, vol. I, “*Atti e poteri amministrativi*”, Milano, 1983, 101, ss.

Capitolo Primo

Autorità, struttura del procedimento, legittimazione procedimentale e provvedimento autorizzatorio

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Evoluzione della disciplina normativa. – 3. Le Autorità preposte alla tutela del paesaggio. – 4. Il potere originario della Soprintendenza: art. 159 del d.lgs. n. 42/2004: il regime transitorio. – 5. Lo sconfinamento indebito del giudizio di conformità della Soprintendenza nelle valutazioni di merito demandate alle Amministrazioni. – 6. Il procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica dopo l'entrata in vigore dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004: considerazioni introduttive. – 7. Il potere del Soprintendente di cogestione del vincolo paesaggistico: oggetto, ampiezza e natura del parere *ex art.* 146, comma 5, del d.lgs. n. 42/2004. – 8. Profili problematici della formula della cogestione del vincolo. – 9. La formula della cogestione "apparente" del vincolo paesaggistico. – 10. La natura decisoria del parere del Soprintendente trova conferma nella previsione dell'istituto "del preavviso di rigetto del provvedimento negativo" previsto nell'art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42/2004. – 11. I risvolti pratici della cogestione del vincolo. – 12. I soggetti legittimati a proporre la domanda di autorizzazione – 13. Destinatario della domanda di autorizzazione paesaggistica. – 14. Forma e contenuto della domanda di autorizzazione. – 15. I provvedimenti autorizzativi.

1. Considerazioni introduttive

In linea generale, va rilevato che ogni trasformazione del territorio presuppone che l'Amministrazione preposta alla tutela del vincolo paesaggistico formuli un giudizio di compatibilità del nuovo assetto, che il privato cittadino vorrebbe realizzare, con i valori che essa intende proteggere verificando se ed in quale misura le ulteriori opere vadano ad incidere sul contesto paesaggistico-ambientale¹. Attualmente, la normativa

¹ T.a.r. Puglia, Bari, sez. I, 19/03/2019, n. 403.

vigente non stabilisce in modo automatico l'incompatibilità di un qualunque intervento sul territorio con i valori oggetto di tutela (tale effetto si può verificare solo nelle ipotesi di vincoli di carattere assoluto). Il vincolo paesaggistico costituisce il mezzo diretto di conservazione e tutela del bene protetto.

L'amministrazione preposta alla tutela del vincolo è chiamata a valutare, pertanto, di volta in volta, l'effettiva consistenza e la localizzazione dell'intervento, al fine di confermare o escludere la concreta compatibilità dello stesso con i valori tutelati nello specifico contesto di riferimento.

La tutela del paesaggio, avente valore costituzionale e funzione di preminente interesse pubblico, viene garantita mediante il procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, atto autonomo e presupposto rispetto a tutti i titoli legittimanti l'intervento, in quanto diretto a verificare la compatibilità con riferimento a beni paesaggistici oggetto di specifica tutela.

La funzione dell'autorizzazione paesaggistica² è, infatti, quella di verificare la compatibilità dell'opera edilizia che si intende realizzare con

² E. FOLLIERI, *Paesaggio e tutela giurisdizionale – La tutela del paesaggio culturale negata per la tesi sulla graduazione di ufficio degli effetti dell'annullamento*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2021, 8-9, 1942; S. AMOROSINO, *Autorizzazioni paesaggistiche: una sentenza "passatista" del Consiglio di Stato disattesa dal T.A.R. Salerno*, in *Urb. e app.*, 2021, 4, 449; S. AMOROSINO, *I "dehors" della Casina Valadier: Roma Capitale e Soprintendenza "disapplicano" le leggi*, in *Urb. e app.*, 2021, 3, 305; F. D'ANGELO, *L'autorizzazione paesaggistica: inapplicabilità del silenzio assenso "endoprocedimentale"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, 2, 231; R. PEPE, *Considerazioni sull'annullamento sopravvenuto dell'autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, 5, 479; B. GRAZIOSI, *Il divieto di sanatoria paesaggistica tra sopravvenienza del vincolo e sopravvenienza del divieto*, in *Urb. e app.*, 2019, 6, 761; E. GIARDINO, *Il carattere unitario della tutela paesaggistica e l'includibilità del procedimento amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 1, 102; M. SINISI, *L'autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (D.P.R. 13 febbraio 2017 n. 31): La "questione aperta" del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 4, 235; S. AMOROSINO, *Il nuovo regolamento di liberalizzazione e semplificazione delle autorizzazioni paesaggistiche (d.P.R. n. 31/2017)*, in *Urb. e app.*, 2017, 3, 327; E. BOSCOLO, *L'inammissibilità dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria: riaffermazione del principio e questioni sempre aperte*, in *Urb. e app.*, 2015, 7, 838; E. BOSCOLO, *Motivazione dell'autorizzazione paesaggistica e attuazione del giudicato*, in *Urb. e app.*, 2014, 8-9, 929; S. AMOROSINO, *Autorizzazioni paesaggistiche: obbligo di parere motivato e costruttivo. Il D.L. 83/2014 modifica l'art. 146 del Codice*, in *Urb. e app.*, 2014, 7, 789; G. FERRARI, L. TARANTINO, *Sui presupposti per l'annullamento dell'autorizzazione paesaggistica*, in *Urb. e app.*, 2013, 12, 1338; F. ROMANI, *L'au-*

l'esigenza di conservazione dei valori paesaggistici protetti dal vincolo. In altri termini, l'Autorità preposta ha il compito di operare una valutazione di compatibilità, un giudizio concreto in merito all'idoneità dell'intervento progettato a rispettare le esigenze connesse alla tutela del paesaggio stesso.

Si tratta di un giudizio autonomo e differente rispetto alla valutazione effettuata in sede urbanistica con cui si garantisce principalmente l'ordinato sviluppo edilizio del territorio, che, pur incidendo sullo stesso bene, mira invece ad accertare in concreto la compatibilità dell'intervento con il mantenimento e l'integrità dei valori dei luoghi³.

torizzazione paesaggistica in sanatoria e i volumi tecnici, in *Il Corriere del Merito*, 2013, 10, 1009; M.T. SEMPREVIVA, *Autorizzazione paesaggistica*, in *Urb. e app.*, 2013, 10, 1018; F. DE LUCIA, M. PROTTO, *Urbanistica: La Soprintendenza può annullare l'autorizzazione paesaggistica rilasciata dal Comune per carenza di adeguata valutazione della compatibilità paesaggistica*, in *Urb. e app.*, 2012, 4, 475; S. AMOROSINO, *Le sette "novellette" legislative sul procedimento di autorizzazione paesaggistica*, in *Urb. e app.*, 2011, 12, 1395; D. CHINELLO, *L'autorizzazione paesaggistica semplificata*, in *Immobili & proprietà*, 2010, 11, 705; G. SEVERINI, *Le nuove modifiche al Codice dei beni culturali e del paesaggio – le nuove misure correttive integrative*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 10, 1057; L. CARBONE, L. LO MEO, *Annullamento dell'autorizzazione paesaggistica affetta da eccesso di potere*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 10, 1131; L. CARBONE, L. LO MEO, *Verifica delle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate dagli enti territoriali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 1, 77; S. AMOROSINO, *Il nuovo regolamento di liberalizzazione e semplificazione delle autorizzazioni paesaggistiche (D.P.R. n. 31/2017)*, in *Urb. e app.*, 3, 2017, 327 ss.; V. MILANI, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 5, 469; G. SCIULLO, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio: principi dispositivi ed elementi di novità*, in *Urb. e app.*, 2004, 7, 763; R. FUZIO, *Pianificazione ed autorizzazione paesaggistica: luci ed ombre del nuovo Codice*, in *Ambiente & sviluppo*, 2004, 7, 632; R. DAMONTE, *Il "punto" del Consiglio di Stato su autorizzazione paesistica in sanatoria e sanzione pecuniaria ex art. 15 l. 1497/39*, in *Urb. e app.*, 2000, 12, 1311; F. CARINGELLA, *Beni culturali ed ambientali*, in *Urb. e app.*, 1999, 6, 679; P. PAGLIARA, *L'art. 1 sexies legge 431/85 e la tutela "sostanziale" dei beni paesaggistici*, in *Ambiente & sviluppo*, 1996, 4, 311; G. SEVERINI, *Annullamento delle autorizzazioni paesaggistiche: termini e leale collaborazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1995, 2, 185; V. GIUFFRÈ, *L'autorizzazione paesaggistica negata in sanatoria*, in *Corr. giur.*, 1993, 9, 1120; M.R. SPASIANO, *Commento all'art. 146*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, 1305 ss.; E. BOSCOLO, *L'attività edilizia libera*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, III ed., Milano, 2015, 195; M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 251 ss.; S. AMOROSINO, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Bari, 2010, 117; N. ASSINI, P. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2007, 131 ss.

³ Cons. Stato, sez. VI, 18/04/2019, n. 2517; Cons. Stato, sez. VI, 30/10/2017, n. 5016.

Di conseguenza, il fatto che la normativa urbanistico-edilizia relativa ad un'area paesaggisticamente vincolata consenta la realizzazione di una determinata opera, non esclude che l'ammissibilità di quest'ultima debba essere vagliata anche sotto il profilo paesaggistico e che, pertanto, il relativo provvedimento abilitativo debba puntualmente esternare le ragioni della ritenuta compatibilità dell'intervento con il valore ambientale tutelato⁴. A ben vedere, quello che accomuna e caratterizza l'azione amministrativa in materia paesaggistica ed in materia urbanistica è la centralità del riferimento ad un modello c.d. *di command and control*⁵. Tale espressione, di derivazione anglosassone, esprime il significato di un modello

La prevalente giurisprudenza ha più volte avuto cura di chiarire, nel differenziare le valutazioni di natura paesistico ambientale e quelle di carattere urbanistico-edilizio, che questi due apprezzamenti si esprimono entrambi sullo stesso oggetto, l'uno in termini di compatibilità paesaggistica dell'intervento edilizio proposto e, l'altro, in termini di sua conformità urbanistico-edilizia (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 27/11/2010, n. 8260) ed anche con diversi e separati procedimenti, l'uno nei termini della compatibilità paesaggistica dell'intervento edilizio proposto e l'altro nei termini della sua conformità urbanistico-edilizia. (cfr. ad es. Cons. Stato, sez. IV, 21/8/2013, n. 4234; Cons. Stato, sez. VI, 18/04/2019, n. 2517).

In dottrina si fa riferimento alle cosiddette “tutele parallele”: L. MARTINEZ, *Il controllo dei profili ambientali nei titoli abilitativi edilizi*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA, (diretto da) *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, *Tutele parallele. Norme processuali*, Padova, 2015, 749.

⁴Non basta che la Soprintendenza, nell'esprimere parere negativo sull'autorizzazione paesaggistica in relazione ad un progetto aderente al regolamento urbanistico comunale, suggerisca di studiare una soluzione alternativa; infatti, l'Amministrazione è anche tenuta a specificare gli adattamenti o gli accorgimenti idonei a rendere in concreto l'opera compatibile con l'ambiente: così è possibile supplire a prescrizioni urbanistiche insufficienti (al momento della concreta attuazione progettuale) ad assicurare il concreto inserimento dell'edificio nella zona. Ciò al fine di superare l'eventuale impasse dovuta ad una soluzione progettuale aderente ai criteri di salvaguardia paesaggistica dettati dal regolamento urbanistico comunale, ma ritenuta dalla Soprintendenza in concreto incompatibile con il contesto paesaggistico. T.a.r. Toscana, sez. III, 13/11/2018, n. 148; T.a.r. Venezia, sez. II, 10/4/2014, n. 503, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵Su tale modello si rinvia A.S.W. SCHILL, *Transnational legal approaches, to administrative law: Conceptualizing public contracts in globalization*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 1; C.S. HOLLING, G.K. MEFFE, *Command and control and the pathology resource management*, in *Conservation biology*, 10, 2, 1996, 328. Nel diritto amministrativo dell'ambiente si rinvia a M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, Comune*, Torino, 2007, 327; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 219; R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Il Piemonte delle autonomie*, 2018, 1.

prevalente nei rapporti presenti nel settore dell'ambiente, del paesaggio e dell'urbanistica, ove l'attività posta in essere dagli operatori privati è “quasi sempre soggetta ad atti abilitativi preventivi e comunque sottoposta continuamente a controlli”⁶.

L'esercizio del potere di valutazione sulla compatibilità paesaggistica costituisce espressione dell'attività procedimentalizzata di gestione e di controllo del vincolo funzionale all'estrema difesa dello stesso⁷ ed è finalizzata al rilascio in caso di esito positivo dell'autorizzazione paesaggistica.

Nel corso della trattazione si cercherà di assumere una prospettiva di analisi che tenga conto della natura speciale della disciplina dettata dall'art. 146⁸ del d.lgs. n. 42/2004 frutto della particolare importanza che la tutela dell'interesse paesaggistico riveste nel nostro ordinamento⁹.

⁶ A. CROSETTI, *I controlli ambientali: natura, funzioni, rilevanza, I procedimenti amministrativi* in materia ambientale, in AA.VV., *Introduzione al Diritto dell'Ambiente*, Bari, 2018, 177; E. FREDIANI, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019, 106.

⁷ Cons. Stato, sez. VI, 9/4/2018, n. 2160; Cons. Stato, sez. VI, 18/5/2015, n. 2509.

⁸ Per completezza, si evidenzia che la disciplina autorizzatoria non si esaurisce con il solo art. 146 cit. (oggetto della presente analisi). Più nel dettaglio, si segnala anche il Regolamento n. 31/2017, recante la disciplina degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata, distinguendo gli interventi e le opere “libere” o “esenti”, non soggetti ad autorizzazione paesaggistica, e gli interventi e le opere di lieve entità, soggetti a procedimento autorizzatorio semplificato.

⁹ P. CARPENTIERI, *Interesse paesaggistico e procedimenti autorizzativi*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2015, 2, 219 ss., ove l'A. sostiene che «interrogarsi sull'interesse paesaggistico (ossia su quel “notevole interesse pubblico” attorno al quale è ordita l'intera trama normativa e amministrativa della Parte III del vigente Codice di settore) significa interrogarsi non solo e non tanto su che cosa è “paesaggio” in generale, ma anche e soprattutto su quali sono gli oggetti (discreti), gli episodi di vita concreti, i rapporti specifici, gli interventi e le attività determinanti, con i quali il potere funzionale autorizzativo si confronta in particolare (naturalmente, tra le due dimensioni – quella generale inerente al paesaggio e quella particolare inerente all'esercizio della funzione autorizzativa – opera un nesso dialettico, l'una essendo la sintesi della seconda, che ne costituisce l'analisi, un po' come avviene, con le debite distinzioni e precisazioni, nel rapporto tra paesaggio e beni paesaggistici)».

2. Evoluzione della disciplina normativa

Dopo aver delineato l'oggetto della ricerca, appare opportuno muovere dalla ricostruzione della disciplina normativa, avente ad oggetto i beni sottoposti a vincolo paesaggistico. Ai limitati fini della presente indagine, la tutela del paesaggio in Italia è particolarmente tenuta in considerazione dalla Costituzione italiana sia con l'art. 9 che con l'art. 117, come modificato nel 2001, mediante i quali il paesaggio è compreso nel più ampio concetto di ambiente e quindi attratto nella competenza legislativa esclusiva dello Stato. La previsione, nella Costituzione, della tutela del paesaggio (art. 9, comma 2) ha rappresentato uno stimolo alla riflessione sulla definizione giuridica di tale espressione, nel nostro ordinamento. L'interpretazione dell'esatta portata dell'espressione "paesaggio", infatti, è stata per lungo tempo condizionata dalla preferenza per una concezione statica della funzione di tutela. Successivamente, attraverso una progressiva apertura verso un'interpretazione unitaria dei due commi dell'art. 9, si è giunti all'affermazione di una nozione più ampia di paesaggio, coincidente con la *«forma del territorio, o dell'ambiente, creata dalla comunità umana che vi è insediata, con una continua interazione della natura e dell'uomo»*. Secondo tale visione dinamica, il paesaggio esprime un rapporto "vivo" tra forze naturali e umane, *«fatto fisico, oggettivo, ma al tempo stesso un farsi, un processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà o dato immobile; è il modo di essere del territorio nella sua percezione visibile»*.

Il legislatore oggi tutela il valore paesaggistico mediante due strumenti fondamentali, vale a dire il vincolo¹⁰ che sottopone a tutela i beni ritenuti meritevoli di particolare attenzione, e l'autorizzazione necessaria per modificare lo stato dei luoghi. Il primo è riconducibile a tutti gli atti con i quali viene apposto il vincolo e il secondo è costituito dal complesso degli atti di gestione del vincolo e di controllo sui processi modificativi del bene.

L'interesse verso le bellezze naturali, i beni monumentali e quelli cul-

¹⁰ A.M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 818 ss., 822 ss.; A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edilizia*, 1967, II, 80 ss.; G. PASINI, *La tutela delle bellezze naturali*, *Contributo ad una ricerca sistematica*, Napoli, 1967, 94 ss., 125 ss.

turali si è concretizzato con l'approvazione della l. 16/7/1905, n. 411, prima legge dell'Italia post-unitaria, che si è occupata di bellezze naturali. Successivamente, è stata approvata la legge 11/6/1922, n. 778, specificamente rivolta alla protezione dei beni immobili di particolare bellezza naturale, ovvero aventi relazioni con la storia civile e letteraria, nonché le bellezze panoramiche¹¹.

La predetta legge prevedeva una dichiarazione di notevole interesse pubblico e la presentazione di una istanza per la modifica dello stato dei luoghi. Il Ministero dell'Istruzione era competente al rilascio della specifica autorizzazione.

Durante il regime fascista venne approvata la l. 29/6/1939, n. 1497, c.d. legge Bottai, che pur mantenendo ferma la necessità di ottenere il rilascio del provvedimento autorizzativo prevedeva la formazione facoltativa di piani del paesaggio per disciplinare nel dettaglio le zone vincolate. I poteri confluivano tutti in capo al Ministero, di conseguenza gli enti territoriali non avevano nessuna competenza in materia di autorizzazioni. La situazione rimase sostanzialmente invariata con l'entrata in vigore della Costituzione, anche se l'art. 9, comma II, attribuiva genericamente alla Repubblica e quindi anche alle Regioni la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione.

In quel periodo ha preso piede una tesi¹² che sosteneva che l'attribuzione alla Repubblica dei menzionati compiti non poteva rappresentare una riserva di potestà statale perché esistevano, a livello più vicino ai cittadini, numerosi strumenti giuridici idonei "ad assicurare la conservazione e la cura dei beni che costituiscono il paesaggio"¹³.

Detta tesi venne in parte accolta con l'entrata in vigore del d.P.R. n. 616 del 29/10/1977, con cui venne delegato alle Regioni¹⁴ il potere di ri-

¹¹ Sull'evoluzione normativa dell'autorizzazione paesaggistica in Italia si veda S. FLORIO, *L'autorizzazione paesaggistica in Italia: un pilastro instabile*, in *Riv. giur.* On line, Dereito, vol. 25, n. 1, 2016.

¹² A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edilizia*, 1967, II, 72.

¹³ Sul rapporto tra Stato e Regioni in materia di tutela del paesaggio e urbanistica, nel regime antecedente il Codice, conservano sempre il loro significato le osservazioni di A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, vol., XXXI, Milano, 1981, 522 ss.

¹⁴ Allo Stato spettava un potere surrogatorio di intervento in via sostitutiva, in caso di inerzia regionale.

lasciare l'autorizzazione paesaggistica, i cui poteri vennero meglio definiti dal d.l. 27/6/1985, n. 312 convertito nella l. 8/8/1985, n. 431, c.d. Legge Galasso¹⁵.

L'art. 1, con il quale è stato modificato l'art. 82 del d.P.R. n. 616/1977, stabiliva che le regioni, una volta rilasciata l'autorizzazione, ne dovevano trasmettere copia all'amministrazione statale, la quale, entro sessanta giorni, la poteva annullare con provvedimento motivato. Questo regime si è protratto nel tempo, anche con il d.lgs. 29/10/1999, n. 490, recante il Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali ed ambientali e con il vigente Codice dei beni culturali e del paesaggio (art. 159 del d.lgs. n. 22/2004, n. 42). Successivamente, il legislatore, sulla base della legge delega contenuta nell'art. 10 della l. n. 137/2002, ha redatto il "Codice dei beni culturali e del paesaggio", meglio noto come "Codice Urbani". Il nuovo Codice abroga e sostituisce completamente il d.lgs. n. 490/1999 e per la prima volta pone ordine alla complessa materia paesaggistica ed introduce nell'ordinamento giuridico una disciplina sistematica ed unitaria. Il "Codice Urbani" si presenta, da un punto di vista sistematico, come la diretta attuazione dell'art. 9 della Costituzione, ai sensi del quale la Repubblica Italiana "tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione". Nel 2006, l'art. 159 del Codice Urbani, disciplinante il potere di annullamento del nulla osta paesaggistico, viene sostituito dall'art. 26 del d.lgs. 24/3/2006, n. 157 (Disposizioni correttive ed integrative al d.lgs. 22/1/2004, n. 42, in relazione al paesaggio). La disciplina di tutela del vincolo paesaggistico si modifica con l'entrata in vigore dell'art. 146 del Codice, in quanto, dal 1/1/2010, il legislatore pre-

¹⁵ P. MADDALENA, *Considerazioni essenziali sul decreto Galasso sulla tutela del paesaggio*, in *Consiglio di Stato*, 1984, II, 1443 e M. OCCHIENA, *Autorizzazione paesistica e annullamento ministeriale: la tutela del paesaggio tra regionalismi e centralismo*, in *Riv. giur. edilizia*, 1994, II, 84; A. PREDIERI, *Enciclopedia del diritto, Paesaggio*, Milano, 1981, 507; G. COMPORZI, *Piani paesaggistici*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 1981, 1048; F. LEVI, Italia, in F. LEVI (a cura di), *La tutela del paesaggio*, Torino, 1979, 9; G. DE GIORGI CEZZI, *Lo statuto dei beni culturali*, Aedon, 3, 2001; C. BARBATI *Tutela e valorizzazione dei beni culturali dopo la riforma del titolo V: la separazione delle funzioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 147 ss.; E. FOLLIERI, *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio. I beni culturali*, Napoli, 2005, 33 ss.; M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1, ss.; S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 673; M.G. PULVIRENTI, *Patrimonio culturale e ordinamento pluralista*, Torino, 2022, 16 ss.

vede una differente gestione del vincolo, fondato non più sull'istituto dell'annullamento ministeriale del nulla osta paesaggistico. Invero, dalla suddetta data, il sistema di protezione dei beni ambientali e culturali è mutato nel senso che l'organo statale non ha più il potere di annullare bensì quello di emettere un parere preventivo obbligatorio divenuto poi vincolante con il primo correttivo e integrativo al Codice, vale a dire con il d.lgs. n. 157/2006.

Le norme principali relative alla tutela dei beni paesaggistici sono contenute nella terza parte del Codice dei beni culturali e paesaggistici (Codice Urbani).

Il procedimento autorizzatorio ordinario, in particolare, è attualmente disciplinato dall'art. 146¹⁶ del d.lgs. n. 42/2014 (c.d. Codice Urbani). Il d.lgs. n. 42/2004 (d'ora in avanti, Codice Urbani o Codice del paesaggio) attribuisce la funzione autorizzatoria in materia di paesaggio alla Regione, che tuttavia può delegarne l'esercizio per i rispettivi territori, a province, a forme associative ovvero ai comuni, purché gli enti destinatari della delega dispongano di strutture in grado di assicurare un adeguato livello di competenze tecnico-scientifiche nonché di garantire la differenza tra attività di tutela paesaggistica ed esercizio di funzioni amministrative in materia urbanistico-edilizia.

Il *corpus* normativo in materia di tutela paesaggistica è stato recentemente integrato con l'approvazione della l. n. 36/2004, recante il "nuovo ordinamento del Corpo Forestale dello Stato". Tale legge, infatti, assegna espressamente al Corpo Forestale dello Stato, in qualità di Forza di polizia specializzata nella tutela del paesaggio, la competenza istituzionale

¹⁶L'art. 146, comma 9, d.lgs. n. 42/2004, modificato dal d.l. n. 133/2014, conv. l. n. 164/2014 (c.d. Sblocca Italia). La versione antecedente prevedeva la possibilità per l'amministrazione competente di indire una conferenza di servizi che avrebbe dovuto pronunciarsi nel termine "perentorio" di quindici giorni. In ogni caso, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Soprintendente, l'amministrazione competente provvedeva sulla domanda di autorizzazione". È stata eliminata pertanto la previsione della conferenza di servizi. Le finalità sottese alla modifica sono esplicitate nella relazione di accompagnamento al d.d.l. di conversione del decreto Sblocca Italia: "fornisce una chiarificazione circa la rescindibilità del parere del Soprintendente", chiarificazione giudicata "opportuna al fine di evitare rallentamenti nella conclusione dei procedimenti "e al fine" di superare gli orientamenti spesso contrastanti della recente giurisprudenza". La citata relazione rileva come nella prassi la conferenza, quale passaggio intermedio si sia rilevata "un inutile e non risolutivo appesantimento procedurale.

relativa alla vigilanza sul rispetto della normativa nazionale ed internazionale concernente la salvaguardia delle risorse paesaggistiche della nazione. Il legislatore, con questa integrazione, ha individuato nel Corpo Forestale dello Stato un ulteriore organo statale di controllo specializzato nella tutela del paesaggio che, tuttavia, rimane estraneo al procedimento autorizzatorio. Un'importante novità si è avuta con la pubblicazione del d.P.R. n. 32/2017¹⁷ con cui il legislatore ha individuato alcune tipologie di interventi edilizi minori ritenuti privi di rilevanza paesaggistica (l'installazione di impianti fotovoltaici sui tetti, le opere di manutenzione degli spazi esterni, l'installazione di condizionatori e caldaie su prospetti secondari dell'edificio, ecc.) per i quali non sarà più necessario andare incontro a lunghe procedure per ottenere l'autorizzazione paesaggistica. Lo stesso decreto prevede che altri interventi, di lieve impatto sul contesto paesaggistico, possano essere assoggettati a nullaosta semplificato, da rilasciare nel termine di 60 giorni (autorizzazione paesaggistica semplifi-

¹⁷ Sono esenti dall'obbligo di autorizzazione paesaggistica gli interventi contenuti nell'Allegato A, del d.P.R. n. 31/2017, mentre per tutti i lavori indicati nell'Allegato B, del d.P.R. n. 31/2017, deve essere presentata una domanda di autorizzazione paesaggistica semplificata.

Il 28/7/2021 è stato approvato definitivamente il d.l. 31/5/2021, n. 77 (c.d. decreto Semplificazioni). Il provvedimento reca, in primo luogo, disposizioni in ordine all'organizzazione della gestione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, definendo i ruoli ricoperti dalle diverse amministrazioni coinvolte nonché le modalità di monitoraggio del Piano e del dialogo con le autorità europee. Nella seconda parte del decreto sono previste misure di semplificazione che incidono in alcuni dei settori oggetto del PNRR (tra cui la transizione ecologica, le opere pubbliche, la digitalizzazione) al fine di favorirne la completa realizzazione: fonti rinnovabili (artt. 30-33 *bis*).

L'art. 32 modifica ed integra la disciplina dell'autorizzazione unica per gli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, al fine di introdurre talune semplificazioni per le opere di modifica che comportano un incremento contenuto della potenza (*repowering*).

In particolare, dispone che gli interventi da realizzare sugli impianti fotovoltaici ed idroelettrici che non comportano variazioni delle dimensioni, dell'area e delle opere connesse, sono qualificabili come modifiche non sostanziali e sottoposte a comunicazione al Comune anche se consistenti nella modifica della soluzione tecnologica utilizzata, a prescindere dalla potenza elettrica risultante a seguito dell'intervento.

Vengono ugualmente assoggettate alla comunicazione al Comune gli interventi sui progetti e sugli impianti eolici, precedentemente non disciplinati per questo aspetto, nonché sulle relative opere connesse, che, a prescindere dalla potenza nominale risultante dalle modifiche, sono realizzati nello stesso sito dell'impianto eolico e che comportano una riduzione minima del numero degli aerogeneratori rispetto a quelli già esistenti o autorizzati (...).

cata). In questi casi viene anche previsto un modello standard per presentare la richiesta e una scheda semplificata di relazione paesaggistica da utilizzare a corredo della richiesta.

Di recente, l'art. 9 della Costituzione è stato riformato con la legge costituzionale 11/2/2022, n. 1, recante “*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*”. Viene aggiunto un nuovo comma all'art. 9 che, nella versione precedente alla riforma, fa menzione del paesaggio e del patrimonio storico-artistico senza citare espressamente l'ambiente.

Con la riforma, “*la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*” viene inserita tra i principi fondamentali dalla Carta costituzionale.

Nella recente riformulazione, l'art. 9 Cost. tutela quindi non solo più il paesaggio, ma anche l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi; per altro verso, l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con la salute e l'ambiente.

L'introduzione di questi nuovi principi, con riferimento alla realizzazione di nuove opere, comporta che la valutazione sull'opportunità (e legittimità) di una nuova costruzione non muove più unicamente dall'esigenza di tutelare il paesaggio giacché, a fianco ad esso, compaiono altri beni parimenti tutelati in via immediata, quali l'ambiente, la biodiversità e l'ecosistema. Il che si traduce in un serio bilanciamento di interessi da operare a livello amministrativo – centrale o locale – per determinare, caso per caso, se l'opera *realizzanda* porti più vantaggi all'ambiente o al paesaggio.

3. Le Autorità preposte alla tutela del paesaggio

Nell'approccio al tema di indagine un passaggio obbligato è rappresentato dalla individuazione dei soggetti pubblici che concorrono all'esercizio della funzione amministrativa in esame¹⁸. Il conferimento della

¹⁸ Sull'organizzazione amministrativa si vedano: M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione* Milano, 1966, 14 ss.; 67 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 408; G. BERTI, *Il princi-*

titolarità di una funzione amministrativa ad un ente pubblico e il coinvolgimento di altri soggetti pubblici nell'esercizio di essa non costituiscono solo la necessaria predisposizione dell'apparato organizzativo preposto allo svolgimento di una pubblica funzione, per ottenerne un esercizio ottimale. La predisposizione dell'apparato organizzativo costituisce, altresì, attività volta a conferire rilevanza giuridica, all'interno della specifica funzione amministrativa, agli interessi di cui ogni Autorità pubblica è espressione. Inoltre, essa rappresenta un modo per enfatizzare la particolare sensibilità che ogni amministrazione possiede rispetto a determinati interessi. L'esame delle Autorità preposte alla funzione paesaggistica deve avvenire al fine di lumeggiare i predetti profili.

Il Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42/2004) rivede l'ambito dell'intervento pubblico e ridefinisce l'attribuzione delle funzioni amministrative in materia di tutela, conservazione e valorizzazione del "paesaggio" e del "patrimonio culturale", sulla base anche del principio di sussidiarietà e di adeguatezza previsto dall'art. 118 della Costituzione. La nuova formulazione dell'art. 117 della Costituzione riserva allo Stato la legislazione esclusiva della tutela, ma attribuisce alla legislazione concorrente delle Regioni quella della valorizzazione.

L'attribuzione dei poteri concorrenti alle Regioni, a sua volta, è fondata sui principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza dei livelli di articolazione territoriale dell'organizzazione amministrativa. Alla luce del modello organizzativo appena delineato, il legislatore prova a distribuire l'esercizio della funzione di tutela e di valorizzazione del bene paesaggistico.

pio organizzativo del diritto pubblico, Padova, 1986, 156; S. PERONGINI, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa dei Länder nella Repubblica federale di Germania. Tecniche di distribuzione del potere organizzativo e modelli organizzativi*, Napoli 1987, 24 ss.; B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Milano, 2005, 61 ss.; E. CASETTA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Milano, 87 ss.; R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416. In particolare, sull'organizzazione delle Autorità preposte alla tutela del vincolo paesaggistico si vedano anche C. BARBATI, *Il "nuovo" Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 208 ss.; V. COCOZZA, *La "rottura" dei modelli di disciplina nella riorganizzazione del Ministero dei beni e attività culturali*, in *Nomos*, 2018, 1 ss.; M. LUNARDELLI, *Le Soprintendenze archeologia, belle arti e paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1121 ss.

In via ordinaria, la competenza per il procedimento autorizzatorio, ai sensi dell'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42/2004) spetta alla Regione – previo parere vincolante della Soprintendenza statale (comma 5) – anche se può delegarne l'esercizio, in presenza di determinati presupposti organizzativi e funzionali, agli enti locali (comma 6), conservando comunque il potere di intervenire in via sostitutiva, in caso di inerzia dell'ente delegato (comma 10).

Il legislatore, dunque, secondo, la lettera della menzionata norma individua due distinte Autorità competenti: lo Stato e le Regioni. Queste ultime, in attuazione dei principi del decentramento amministrativo, possono delegare *“l'esercizio della funzione, per i rispettivi territori, a province, a forme associative e di cooperazione fra enti locali come definite dalle vigenti disposizioni sull'ordinamento degli enti locali, agli enti parco, ovvero a Comuni, purché gli enti destinatari della delega dispongano di strutture in grado di assicurare un adeguato livello di competenze tecnico-scientifiche nonché di garantire la differenziazione tra attività di tutela paesaggistica ed esercizio di funzioni amministrative in materia urbanistico-edilizia”*¹⁹.

Orbene, la tutela del paesaggio spetta al Ministero per i Beni e le attività culturali, che la esercita direttamente o tramite forme di intesa e coordinamento con le Regioni che provvedono a promuovere la conoscenza dei beni paesaggistici, nonché a sostenere gli interventi di valorizzazione e di conservazione dei beni medesimi.

Il coinvolgimento della regione costituisce il modo per introdurre in sede di elaborazione del giudizio valutativo sulla compatibilità paesaggistica i molteplici interessi alla tutela dei quali è preposta ogni regione.

In particolare, le funzioni di tutela sono esercitate dalle Soprintendenze, strutture periferiche del Ministero, che dopo l'entrata in vigore del Codice Urbani sono state private di quella funzione di “estrema difesa del vincolo”, che costituiva uno dei principi cardine del precedente sistema di tutela del paesaggio.

Le Soprintendenze, infatti, perdono il potere di annullare le autorizzazioni paesaggistiche già concesse, ma acquistano quello di fornire un parere preventivo ed obbligatorio e vincolante – in assenza della pianificazione paesaggistica – per il loro rilascio; invece, nel caso in cui sia stato

¹⁹ Art. 146, comma 6, del d.lgs. 22/01/2004, n. 42.

adottato e condiviso il piano paesaggistico tra Stato e Regioni, il parere della Soprintendenza resterà “obbligatorio”, ma non più vincolante²⁰.

Le Regioni, invece, assicurano che il paesaggio sia adeguatamente tutelato e valorizzato. A tal fine, le Regioni cooperano con il Ministero nell’esercizio delle funzioni di tutela e provvedono a promuovere la conoscenza dei beni paesaggistici ai fini della fruizione pubblica degli stessi, nonché a sostenere gli interventi di valorizzazione e di conservazione dei beni medesimi.

Le Regioni, inoltre, sottopongono a specifica normativa d’uso il territorio, approvando i piani paesaggistici ovvero i piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici, concernenti l’intero territorio regionale²¹.

Le Regioni vigilano sull’ottemperanza alle disposizioni contenute nel Codice Urbani da parte delle Amministrazioni da loro individuate per l’esercizio delle competenze in materia di paesaggio.

Un ruolo importante, infine, spetta ai comuni e agli altri enti locali, qualora, ai sensi dell’art. 146, comma 6, del Codice, siano delegati dalla Regione all’esercizio della funzione autorizzatoria, a seguito delle novità

²⁰ Il piano paesaggistico rappresenta il principale strumento di attuazione della protezione delle bellezze naturali. Esso presuppone l’imposizione del vincolo e rappresenta lo strumento di regolamentazione generale dei beni immobili che sono assoggettati allo speciale regime di controllo amministrativo. L’adozione del piano paesaggistico può costituire l’unico momento di composizione dei diversificati poteri riconosciuti dalla Costituzione dando effettività a quei principi di sussidiarietà, adeguatezza, differenziazione affermati in via di principio.

Un decentramento finalmente reso possibile e concretamente applicabile avendo definito ed esperito ai livelli superiori i diversi gradi di conoscenza, di approfondimento e condivisione degli obiettivi (di tutela e valorizzazione).

Quanto ai rapporti tra atto impositivo del vincolo paesaggistico e piano paesaggistico, bisogna sottolineare che, mentre il vincolo costituisce il provvedimento con il quale, attraverso il potere conformativo della pubblica amministrazione, si sottopone il diritto di proprietà ad una serie di limitazioni, prima fra tutte quella che configura il divieto di alterare o di distruggere il bene vincolato senza la prescritta autorizzazione della Regione o, su sua delega, del Comune, il piano ne rappresenta una conseguenza. Esso è uno strumento di operatività, in una logica di programmazione delle attività di tutela che sottrae la salvaguardia del bene paesaggistico alla episodicità del singolo provvedimento autorizzatorio.

²¹ Per esempio, la Regione Campania ha emanato, con la legge r. c. n. 35/1987, il piano urbanistico territoriale dell’area sorrentino-amalfitana, sul quale si veda S. PERONGINI, *Profili giuridici del piano urbanistico territoriale dell’area sorrentino-amalfitana*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1994, 121, ss.

introdotta dal Codice del paesaggio. Essi hanno assunto un ruolo centrale, dal momento che, una volta accertata la compatibilità paesaggistica dell'intervento ed acquisito il parere della Soprintendenza competente, rilasciano la prescritta autorizzazione. Inoltre, unitamente agli altri enti territoriali ed agli enti gestori delle aree naturali protette, conformano e adeguano i propri strumenti di pianificazione territoriale ed urbanistica alle previsioni dei piani paesaggistici, introducendo, ove necessario, le ulteriori previsioni conformative che risultino utili ad assicurare l'ottimale salvaguardia dei valori paesaggistici individuati dai piani.

Infine, il Codice del paesaggio obbliga tutte le amministrazioni pubbliche competenti in materia a cooperare tra loro per la definizione di indirizzi e criteri riguardanti le attività di tutela, pianificazione, recupero, riqualificazione e valorizzazione del paesaggio e gestione dei relativi interventi.

Il coinvolgimento, a vario titolo, di una pluralità di enti nell'esercizio della funzione paesaggistica costituisce uno degli strumenti attraverso i quali il legislatore sottrae all'interesse paesaggistico il ruolo assoluto e primario per configurarlo come uno degli interessi, la cui tutela debba necessariamente confrontarsi con quella di tutti gli altri interessi pubblici facenti capo alle amministrazioni coinvolte nella gestione dell'interesse paesaggistico. Per quanto in alcune norme il legislatore attribuisce all'interesse paesaggistico un ruolo "tiranno", questo non implica che esso debba vivere isolato da tutti gli altri interessi.

Proprio nel momento iniziale della disciplina paesaggistica, quello in cui la relativa funzione viene attribuita agli enti preposti all'esercizio della relativa funzione, il legislatore detta norme che ne impongono una omogeneizzazione con gli altri interessi sociali.

4. Il potere originario della Soprintendenza: art. 159 del d.lgs. n. 42/2004: il regime transitorio

Fino al 31 dicembre 2009 il procedimento rivolto al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica era disciplinato secondo il regime transitorio previsto nell'art. 159 del d.lgs. n. 42/2004. La disciplina dettata al capo IV ha trovato applicazione anche per i procedimenti di rilascio dell'auto-

rizzazione paesaggistica che, alla data del 31 dicembre 2009, non si erano ancora conclusi con l’emanazione della relativa autorizzazione o approvazione. Il potere previsto in capo alla Soprintendenza si manifestava nell’esercizio di un potere di controllo *ex post* con cui l’Autorità statale procedeva all’annullamento dell’autorizzazione rilasciata dall’ente locale se riteneva l’autorizzazione non conforme alle prescrizioni di tutela del paesaggio.

In sintesi, il procedimento di autorizzazione paesaggistica si svolgeva nel seguente modo: il potere di annullamento del nulla osta paesaggistico²² – prima di competenza del Ministro, poi attribuito ai Soprintendenti territorialmente competenti dall’art. 82, ultimo comma, del d.P.R. n. 616/1977 (poi art. 151 del d.lgs. n. 490/1999, ed infine art. 159 del d.lgs. n. 42/2004, modificato dall’art. 26, comma 3, del d.lgs. n. 157 del 24/3/2006) – veniva esercitato in una successiva fase endoprocedimentale, che aveva natura di un procedimento di secondo grado²³ del tutto autonomo rispetto a quello di primo grado, conclusosi con l’autorizzazione paesaggistica della Regione o del Comune (in caso di delega). L’Autorità statale con tale procedimento compiva un’attività di valutazione e di controllo del provvedimento autorizzativo, emanato dalla Autorità preposta

²² A seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. 3/2/1993, n. 29, che ha attribuito ai dirigenti la competenza su tutti gli atti gestionali già riservati agli organi politici, il potere di annullamento della autorizzazione paesaggistica, prima di competenza del Ministro, è diventato di competenza della dirigenza ministeriale e, in particolare, del direttore generale dell’ufficio centrale per i beni ambientali; questi, a sua volta, con provvedimento del 18/12/1996 (pubblicato in G.U. 4/1/1997 n. 3), nel disciplinare le forme di decentramento dei poteri in materia di tutela ambientale e paesaggistica, ha delegato ai Soprintendenti territorialmente competenti l’emanazione dei provvedimenti ex art. 82 comma 9 d.P.R. 24/7/1977, n. 616, relativi agli interventi che interessano il territorio di un unico Comune, fatta eccezione per quelli concernenti opere statali (T.a.r. Liguria, Genova, sez. I, 19/4/2004, n. 444).

²³ Sul punto la Corte costituzionale, con sent. n. 383/1996, ha affermato che “l’anzidetto esercizio del potere di annullamento statale delle autorizzazioni paesistiche come espressione di sistema di concorrenza di poteri, realizzato non attraverso un atto complesso o una intesa, costituisce sempre una fase di secondo grado (rispetto ad una autorizzazione regionale perfetta ed efficace), nella quale vi è possibilità di introdurre – d’ufficio o su iniziativa dei soggetti portatori di interessi qualificati – documentazione ed elementi di fatto ulteriori rispetto all’istruttoria regionale. Questa speciale fase di secondo grado si caratterizza per l’Autorità (statale) diversa da quella di primo grado (regionale), con un diverso responsabile del procedimento; Cons. Stato, sez. VI, 13/02/2003, n. 790.

alla tutela del vincolo di legge²⁴, al termine della quale prestava il proprio consenso (manifestato con un atto espresso o col silenzio assenso per decorso del termine legale di annullamento), oppure manifestava il proprio dissenso e ne disponeva l'annullamento: *tertium non datur*²⁵. In quest'ultimo caso, la Soprintendenza, con l'esercizio di tale potere, concepito da una parte della dottrina²⁶ come indice della massima estensione della competenza attribuita all'amministrazione, interveniva su un potere

²⁴ Si vedano T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 11/07/2017, n. 1145; T.a.r. Campania Salerno, sez. I, 22/03/2017, n. 511.

²⁵ T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 07/08/2007, n. 7359.

²⁶ In tema di autotutela amministrativa si vedano: F. BENVENUTI, *Autotutela* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, IV, 1959, 537 ss.; B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 1223 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 828 ss.; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969; M.S. GIANNINI, *Autotutela* (dir. amm.), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 609 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principii del diritto amministrativo*, Torino, 2005, 217; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1979, 50 ss.; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001, 98 ss., che identificava la posizione di privilegio dell'amministrazione nel fatto che essa poteva esercitare l'autotutela dei propri diritti o interessi; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018, 73; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO, (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1993, 352; A. CONTIERI, *Provvedimenti e procedimenti di secondo grado*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 448 ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti di secondo grado* in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 336; G. CATALDO SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Torino, 2014, 235; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2016, 100 ss. e 122; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, 255 ss.; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015, 151 ss.; R. RESTA, *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi come onere di buona amministrazione*, nota a Cons. Stato, 12/1/1937, n. 5, in *Foro amm.*, 1937; I, 121 ss.; G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessari*, Torino, 2011, 28. Sulla prospettata estensione dell'obbligo di apertura di apertura del procedimento di riesame a fronte dell'istanza dell'interessato vedasi S. D'ANCONA, *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali fra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 537 ss.; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016, 43 ss. Nega che tale opinione sia così consolidata G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, nota a sentenza T.a.r. Trentino-Alto Adige, sez. Bolzano, 16/12/2009, n. 305, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 328; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, 105.

già esercitato incidendo sullo stesso in senso eliminatorio, vale a dire rimuovendo il (o disponendo la cessazione dell'efficacia del) provvedimento a decorrere dal momento della sua emanazione (*ex tunc*).

L'esito del predetto procedimento era in grado di incidere negativamente su una situazione giuridica soggettiva già acquisita con il rilascio del provvedimento autorizzatorio²⁷. Il controllo *ex post* della Soprintendenza è stato configurato, fin dalla sua originaria previsione²⁸, come espressione di un potere di «annullamento costantemente limitato al solo rilievo dei vizi di legittimità²⁹». In altri termini, l'organo statale,

²⁷ Si veda T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 11/07/2017, n. 1145.

²⁸ Il potere di annullamento attribuito al Ministro per i beni culturali ed ambientali dall'art. 82, ultimo comma, del d.P.R. n. 616/1977 (oggi art. 151 del d.lgs. n. 490/1999).

²⁹ Per consolidata giurisprudenza l'Autorità statale, nell'esercizio del potere di annullamento dell'autorizzazione paesistica, può esercitare un riesame sotto il profilo estrinseco, con riferimento cioè alla mera verifica di legittimità, ma non può rinnovare le valutazioni discrezionali di merito già compiute dall'organo delegato. Cons. Stato, sez. VI, 20/06/1997, n. 952; Cons. Stato, sez. VI, 30/06/1997, n. 1010; Cons. Stato, sez. VI, 6/10/1998, n. 1348; Cons. Stato, sez. VI, 3/11/1999, n. 1693; Cons. Stato, sez. VI, 14/04/1998, n. 480; Cons. Stato, sez. VI, 3/2/2000, n. 630; T.a.r. Liguria, Genova, sez. I, 09/07/2003, n. 864; T.a.r. Liguria, Genova, sez. I, 11/07/2003, n. 883; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 08/11/2004, n. 1991; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. II, 06/10/2005, n. 1630; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 02/01/2006, n. 16; T.a.r. Campania, Napoli, sez. II, 05/01/2006, n. 110; T.a.r. Lombardia, Brescia, 18/01/2006, n. 57; Cons. Stato, Adun. Plen., 14/12/2001, n. 9; T.a.r. Lombardia, Brescia, 12/05/2005, n. 314; T.a.r. Lombardia, Brescia, 9/05/2002, n. 622; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 13/10/2006, n. 4948; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 30/10/2006, n. 9260; T.a.r. Campania, Napoli, sez. IV, 08/11/2006, n. 9415; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 04/10/2007, n. 8943; Corte Cost., 07/11/2007, n. 367; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 05/02/2008, n. 551; Cons. Stato, sez. VI, 08/02/2008, n. 408; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 17/04/2008, n. 1141; T.a.r. Molise, Campobasso, sez. I, 20/12/2008, n. 1180; Cons. Stato, sez. VI, 06/02/2009, n. 696; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 03/03/2009, n. 1215; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 16/03/2009, n. 427; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 03/06/2009, n. 946; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 14/09/2009, n. 4955; Cons. Stato, sez. VI, 29/09/2009, n. 5870; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 02/10/2009, n. 9622; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 06/11/2009, n. 6993; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 10/11/2009, n. 7214; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 26/11/2009, n. 131; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 03/12/2009, n. 2985; T.a.r. Umbria, Perugia, sez. I, 18/01/2010, n. 8; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 22/02/2010, n. 1049; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 20/05/2010, n. 798; Cons. Stato, sez. VI, 10/01/2011, n. 50; Cons. Stato, sez. VI, 09/03/2011, n. 1476; Cons. Stato, sez. VI, 09/03/2011, n. 1483; Cons. Stato, sez. VI, 04/04/2011, n. 2094; Cons. Stato, sez. VI, 12/04/2011, n. 2240; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 12/04/2011, n. 2100; Cons. Stato, sez. VI, 23/05/2011, n. 3037; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 03/06/2011, n. 2963; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 16/06/2011, n. 3190; T.a.r. Liguria, Genova, sez. I,

nell'esercizio del suo potere, secondo una interpretazione meramente letterale dell'art. 159 del d.lgs. n. 42/2004, doveva limitarsi a svolgere un esame esclusivamente limitato a motivi di legittimità non potendo avere ad oggetto apprezzamenti di merito³⁰. La configurazione di siffat-

20/06/2011, n. 1000; Cons. Stato, sez. VI, 14/07/2011, n. 4297; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 13/09/2011, n. 7203; Cons. Stato, sez. VI, 21/09/2011, n. 5292; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 01/12/2011, n. 5610; Cons. Stato, sez. VI, 21/09/2011, n. 5293; T.a.r. Liguria, Genova, sez. I, 28/11/2011, n. 1649; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 01/12/2011, n. 5610; T.a.r. Molise, Campobasso, sez. I, 02/12/2011, n. 812; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 05/12/2011, n. 1503; Cons. Stato, sez. VI, 28/12/2011, n. 6885; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 10/01/2012, n. 14; Cons. Stato, sez. VI, 18/01/2012, n. 173; Cons. Stato, sez. VI, 11/06/2012, n. 3401; Cons. Stato, sez. VI, 06/08/2012, n. 4499; T.a.r. Campania, Napoli, sez. IV, 06/02/2013, n. 743; Cons. Stato, sez. VI, 11/01/2013, n. 115; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 08/03/2013, n. 616; Cons. Stato, sez. VI, 29/03/2013, n. 1843; Cons. Stato, sez. VI, 09/04/2013, n. 1905; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 03/06/2013, n. 1218; Cons. Stato, sez. VI, 17/07/2013, n. 3896; Cons. Stato, sez. VI, 3/09/2013, n. 4387; Cons. Stato, sez. VI, 11/09/2013, n. 4481; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 27/09/2013, n. 1973; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 7/11/2013, n. 9498; Cons. Stato, sez. VI, 12/11/2013, n. 5376; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 09/01/2014, n. 99; T.a.r. Umbria, Perugia, sez. I, 14/03/2014, n. 165; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 17/04/2014, n. 4184; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 07/05/2014, n. 2476; T.a.r. Umbria, Perugia, sez. I, 12/05/2014, n. 253; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 04/06/2014, n. 3070; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 04/06/2014, n. 3070; Cons. Stato, sez. VI, 01/10/2014, n. 4870; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 05/11/2014, n. 5670; Cons. Stato, sez. VI, 04/11/2014, n. 5430; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 12/01/2015, n. 131; T.a.r. Campania, Napoli, sez. IV, 03/02/2015, n. 653; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 03/02/2015, n. 631; T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 24/03/2015, n. 269; T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 24/03/2015, n. 270; T.a.r. Molise, Campobasso, sez. I, 27/03/2015, n. 127; Cons. Stato, sez. VI, 09/04/2015, n. 1790; Cons. Stato, sez. VI, 18/05/2015, n. 2509; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 05/06/2015, n. 1279; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 12/01/2016, n. 65; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 05/05/2016, n. 1093; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 22/03/2017, n. 511; T.a.r. Campania, Napoli, sez. IV, 03/05/2017, n. 2326; Cons. Stato, sez. VI, 16/08/2018, n. 4954; Cons. Stato, sez. VI, 04/02/2019, n. 860; Cons. Stato, sez. VI, 25/01/2019, n. 621; T.a.r. Marche, Ancona, sez. I, 29/10/2018, n. 696.

³⁰ A tal proposito la giurisprudenza ha affermato che l'Amministrazione statale è abilitata a svolgere un vaglio di legittimità esteso a tutte le figure sintomatiche dell'eccesso di potere sui provvedimenti resi nel rilascio del nulla osta ai fini paesistico – ambientali, ma non può invece esercitare un sindacato di merito annullandoli sulla base di proprie considerazioni tecnico-discrezionali contrarie a quelle effettuate dalla Regione o dall'ente subdelegato, ai sensi dell'art. 82, comma 9, del d.P.R. 24/7/1977, n. 616 (*ex pluribus* cfr. T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 26/11/2012, n. 2131; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 12/1/2015, n. 131; T.a.r. Umbria, sez. I, 14/3/2014, n. 165; Cons. Stato, sez. VI, 9/4/2013, n. 1905; Cons. Stato, sez. VI, 25/11/2008, n. 5771; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 10/5/2013, n. 1073. Sul tema, inoltre, Corte cost. 14/12/2001, n. 9.

to potere³¹, si è consolidata nel corso del tempo alla stregua di un “diritto vivente”, costituito «da una giurisprudenza amministrativa ormai trentennale³²». In particolare, la giurisprudenza amministrativa e la dottrina³³ si sono espressi nel senso che il potere statale potesse giungere non oltre l’annullamento nel caso in cui siano configurabili i tre classici vizi di legittimità, vale a dire l’incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere³⁴. Successivamente, è stato superato il vincolo della delimitazione del potere di cognizione dell’autorizzazione, oggetto del riscontro, ai soli parametri di legittimità. In particolare, le Amministrazioni

³¹ L’esercizio del potere di annullamento di cui all’art. 159 d.lgs. n. 42 del 2004 è stato pacificamente inteso come perentorio, ossia come limite temporale previsto a pena di decadenza decorrente dalla ricezione, da parte della Soprintendenza, dell’autorizzazione rilasciata e della pertinente documentazione tecnico-amministrativa. Cons. Stato, sez. VI, con la sent. 23/5/2017, n. 2435, si è pronunciato sulla natura del termine fissato alla Soprintendenza per l’annullamento dell’autorizzazione paesaggistica rilasciata dall’ente subdelegato che, nel caso di specie, è la Regione.

Si legge dalla sentenza: “*Secondo un consolidato orientamento (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2006 n. 1261; Id, sez. VI, 29 dicembre 2008, n. 6586), il termine fissato alla Soprintendenza competente per l’eventuale annullamento della autorizzazione paesaggistica rilasciata dalla Regione (ovvero dall’ente subdelegato), per quanto di natura perentoria, è previsto dalla legge soltanto ai fini dell’adozione dell’eventuale provvedimento di annullamento e non anche per la sua comunicazione ai soggetti interessati*”.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, è sufficiente che l’atto sia adottato nel rispetto del termine, non rientrando evidentemente in esso il momento in cui è necessario renderlo conoscibile ai suoi destinatari.

Infine, il Collegio ha richiamato una sentenza dell’Adunanza Plenaria, la quale ha affermato che “*la ratio del divisato orientamento riposa sulla natura non recettizia dell’atto tutorio, qualificandosi come espressione di cogestione attiva del vincolo paesaggistico (cfr., Cons. Stato, Ad. plen., 14 dicembre 2001, n. 9)*”.

³² Cons. Stato, sez. VI, 12/04/2013, n. 1991 ha stabilito che “Il potere di annullamento del nulla-osta paesaggistico da parte della Soprintendenza statale estrinseca solo un controllo di mera legittimità, che si estende a tutte le ipotesi riconducibili all’eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza, illogicità o irrazionalità motivazionale, senza che possa profilarsi un riesame nel merito” Cons. Stato, sez. VI, 22/6/2011, n. 3767; Cons. Stato, sez. VI, 23/2/2010, n. 1070; Cons. Stato, sez. VI, 21/9/2011, n. 5292.

³³ T. ALIBRANDI, P. GIORGIO FERRI, *I beni culturali ed ambientali*, Milano, 2001, 27; A. CROSETTI, *La tutela del paesaggio tra Consiglio di Stato e Corte costituzionale*; M.R. COZZUTO QUADRI, *Osservazioni alle sentenze del Consiglio di Stato n. 600 del 1990 e T.a.r. Campania n. 173/1989, in Foro italiano*, 1991, III.

³⁴ Tra le tante, Cons. Stato, sez. VI, 11/06/1990, n. 600; Cons. Stato, sez. VI, 30/12/1985, 1415; Cons. Stato, sez. VI, 8/08/2000; Cons. Stato, sez. VI, 12/04/2013, n. 1991; Cons. Stato, Ad. Plen., 14/12/2001, n. 9; Cons. Stato, sez. VI, n. 300/2012; T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 16/11/2018, n. 867.

statali competenti, confortate anche da alcune sentenze del giudice amministrativo³⁵, hanno iniziato a sostenere una piena e incondizionata competenza dell'amministrazione per i beni culturali ad annullare gli atti autorizzativi "qualora si ritenga l'autorizzazione non conforme alle prescrizioni di tutela del paesaggio", e, quindi, anche per profili di merito, e non solo per vizi di legittimità". Si è affermato in contrapposizione alla tesi prevalente che la determinazione tutoria negativa non deve essere necessariamente ed esclusivamente limitata a motivi di legittimità, ma al contrario la Soprintendenza può sovrapporre e sostituire la propria valutazione a quella effettuata dall'ente stesso in sede di rilascio del nulla osta paesaggistico. L'estensione della formulazione del giudizio di compatibilità paesaggistica fino agli aspetti c.d. "di merito", risulterebbe «suffragata dalla lettura dello stesso art. 159, comma 3, nel suo nuovo testo, così come modificato dall'art. 26, comma 3, del d.lgs. n. 157 del 24/3/2006³⁶ che stabilisce la piena e incondizionata competenza dell'amministrazione per i beni culturali ad annullare gli atti autorizzativi semplicemente "qualora ritenga l'autorizzazione non conforme alle prescrizioni di tutela del paesaggio" e non solo per ravvisati vizi di legittimità³⁷.

La nuova soluzione normativa non solo risulta in sostanziale contraddizione con quella originariamente assunta in sede di emanazione del decreto legislativo di prima attuazione della delega, ma ben presto diventa sempre più concreto e imperante il dubbio che si ponga in contrasto con gli articoli 3, 76 e 118 della Costituzione³⁸.

³⁵ Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 5/11/2007, n. 5719; Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 5/11/2007, n. 5720.

³⁶ Il d.lgs. 24/3/2006, n. 157 detta disposizioni correttive ed integrative al d.lgs. 22/1/2004, n. 42, in relazione al paesaggio.

³⁷ In senso contrario si veda Cons. Stato, sez. VI, 23/07/2009, n. 4630; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 03/12/2009, n. 2985; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. III, 3/02/2010, n. 422; T.a.r. Puglia, Bari, sez. 22/02/2010, n. 618; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 10/05/2010, n. 3423; T.a.r. Umbria, Perugia, sez. I, 18/01/2010, n. 8 che affermano che l'art. 159 d.lgs. n. 42 del 2004 – sia nel testo introdotto dall'art. 2 d.lg. n. 63/2008, sia in quello derivante dall'ultima modifica apportata dall'art. 4 *quinquies* d.l. n. 97/2008, introdotto dalla legge di conversione n. 129/2008 – va letto ed interpretato nel senso che, nemmeno nella vigenza del regime transitorio, si è mai inteso attribuire alla Soprintendenza un sindacato di merito, in sede di esercizio del potere di annullamento delle autorizzazioni paesistiche rilasciate dal Comune.

³⁸ Cons. Stato, sez. VI, ordinanza del 5/11/2007, n. 5719.

La corretta interpretazione del novellato art. 159 è stata successivamente fornita dal Giudice delle Leggi che con la sent. n. 367/2007 ha escluso che il comma 3 del predetto articolo attribuisse all'amministrazione centrale un potere di annullamento del nulla-osta paesaggistico per motivi di merito, così da consentire alla stessa amministrazione di sovrapporre una propria valutazione a quella di chi ha rilasciato il titolo autorizzativo, ritenendo, invece, che tale disposizione riconosca ad essa un controllo di mera legittimità che, peraltro, può riguardare tutti i possibili vizi, tra cui anche l'eccesso di potere³⁹. Successivamente, sempre la sesta sezione del Consiglio di Stato sollevava nuovamente la questione di illegittimità costituzionale della predetta norma, sotto svariati e convergenti profili, con la sua precedente ordinanza n. 5719/2007.

La Corte costituzionale⁴⁰, – preso atto del fatto che la disciplina del procedimento di autorizzazione in via transitoria, dettata dalla norma denunciata, era stata successivamente innovata per effetto dell'art. 2, lett. *hh*), del d.lgs. 26/3/2008, n. 63 (ulteriori disposizioni integrative e correttive del d.lgs. 22/1/2004, n. 42, in relazione al paesaggio), che aveva nuovamente sostituito il previgente art. 159 del d.lgs. n. 42/2004, come sostituito dall'art. 26 del d.lgs. n. 157/2006⁴¹ ed essendosi già pronunciata in merito⁴² – restituiva gli atti al giudice rimettente⁴³ affinché procedesse ad una rinnovata valutazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione in considerazione. Oggi la questione è stata superata grazie all'intervento del legislatore che, a far data dal 1/1/2010, ha accantonato il potere di annullamento *ex post* delle autorizzazioni paesaggistiche e ridimensionato il ruolo dell'Autorità statale. Il predetto controllo di legittimità ha trovato applicazione, sia pure sotto forma di regi-

³⁹ Anche il Consiglio di Stato ha chiarito, aderendo all'interpretazione seguita dalla Corte costituzionale che il riferimento alla “non conformità alle prescrizioni di tutela del paesaggio”, contenuto dell'art. 159, non è idoneo a mutare la natura del potere di annullamento di autorizzazioni paesaggistiche, che resta attribuito alle Soprintendenze per soli motivi di legittimità. Cons. Stato, sez. VI, 23/02/2009, n. 1050.

⁴⁰ Corte cost., ordinanza 18/07/2008, n. 295 che richiama anche la sua precedente decisione del 7/11/2007, n. 367.

⁴¹ A tal proposito Cons. Stato, sez. VI, 23/02/2009, n. 1050.

⁴² Corte cost., sent. 7/11/2007, n. 367.

⁴³ Cons. Stato, sez. VI, ordinanze del 5/11/2007, nn. 5719 e 5720 con le quali veniva riproposta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 159, comma 3, del d.lgs. n. 42/2004 per violazione dell'art. 76 della Cost.

me transitorio, fino al 31 dicembre 2009, per i procedimenti di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica che alla predetta data si siano conclusi con l'emanazione della relativa autorizzazione o approvazione (art. 159, comma 3, del d.lgs. 22/1/2004, n. 42)⁴⁴.

Pertanto, eventuali provvedimenti di annullamento adottati dopo tali date sono da ritenere illegittimi. Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 42/2004, il legislatore introduce un nuovo ruolo e un nuovo potere della Soprintendenza, non più solo depositaria di un potere di controllo di legittimità dell'operato della Regione o del Comune, ma titolare di potere decisionale attraverso l'espressione di un parere vincolante che comporta una attività istruttoria impegnativa e costituisce una rivoluzione culturale nel tradizionale "*modus operandi*" della Soprintendenza⁴⁵.

5. Lo sconfinamento indebito del giudizio di conformità della Soprintendenza nelle valutazioni di merito demandate alle Amministrazioni

Prima di soffermarci su questo nuovo *modus operandi* della Soprintendenza, è opportuno evidenziare che, nonostante siano passati quattordici anni dalla fine del regime transitorio, sono ancora numerose e recenti⁴⁶ le pronunce della giurisprudenza amministrativa sul potere di annullamento della Soprintendenza *ex art. 159 del d.lgs. n. 42/2004*.

Ovviamente si tratta di giudizi che, pur essendo relativi a vicende ancora pendenti dopo la fine del regime transitorio⁴⁷, hanno ad oggetto il

⁴⁴ Articolo sostituito, ai sensi dell'art. 10 della l. 6/7/2002, n. 137), come sostituito dall'art. 26 del d.lgs. 24/3/2006, n. 157 (Disposizioni correttive ed integrative al d.lgs. 22/1/2004, n. 42, in relazione al paesaggio).

⁴⁵ S. CASU, *L'autorizzazione paesaggistica tra disciplina transitoria (verso un equilibrio nel riparto di competenze)*, *Giustizia amministrativa*, in *Riv. di diritto pubblico*, 14.04.2009, <https://www.giustamm.it/>.

⁴⁶ Cons. Stato, sez. VI, 04/03/2019, n. 1482; Cons. Stato, sez. VI, 25/01/2019, n. 621; Cons. Stato, sez. VI, 25/01/2019, n. 621; T.a.r. Marche, Ancona, sez. I, 29/10/2018, n. 696.

⁴⁷ S. PERONGINI, *La formula ora per allora nel diritto pubblico, Le diverse tipologie di provvedimenti "ora per allora"* Milano, 1995, 61 ss.; S. PERONGINI, *La formula ora per allora nel diritto pubblico, Il provvedimento amministrativo "ora per allora"* Pre-

sindacato della legittimità del diniego del nulla osta paesaggistico con riguardo allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, secondo il principio del *tempus regit actum*. Le relative decisioni giurisprudenziali fanno divenire nuovamente attuale l'esigenza di soffermarsi sul contenuto e sulla *species* dell'oramai superato potere di annullamento della Soprintendenza. Infatti, dopo la previsione normativa, modificativa dell'art. 159 del d.lgs. n. 42/2004, sono maturati tre diversi orientamenti emersi in ordine all'espressione "giudizio di conformità".

Il primo orientamento giurisprudenziale⁴⁸ propone un'interpretazione della normativa paesaggistica assolutamente innovativa, che si pone in netta contrapposizione rispetto alla lettura fornita in passato. In particolare, la giurisprudenza afferma che il giudizio di valutazione della compatibilità paesaggistica non comporta un mero controllo sulla legittimità dell'atto dell'ente autorizzatorio, ma si estrinseca in una valutazione di merito. Il rilievo della "non conformità" alle prescrizioni della legislazione di tutela implica inevitabilmente il diretto apprezzamento dei fatti rilevanti nel caso concreto, già considerati nell'ambito dell'autorizzazione oggetto di controllo, al fine di esprimere su di essi un giudizio di "valore"⁴⁹.

In realtà, anche prima della nuova modifica normativa dell'art. 159 del d.lgs. n. 42/2004, alcune sentenze⁵⁰ affermavano che l'esercizio del potere di annullamento, espressione del potere di autotutela, assorbiva in sé anche profili valutativi che normalmente ineriscono all'esercizio della funzione amministrativa di primo grado, quando l'amministrazione non fosse stata a suo tempo in grado di esercitare la relativa funzione autoriz-

clusioni e limiti alle sopravvenienze di fatto e di diritto, Milano, 1999, 79 ss.; A.M. SANDULLI, *Sopraavvenienza di strumenti urbanistici e domande edilizie pretermesse*, in *Riv. giur. edilizia*, 1978, II, 190; A.M. SANDULLI, *Autorizzazione a costruire e jus superveniens*, in *Riv. giur. edilizia*, 1967, II, 3 ss.

⁴⁸ Cons. Stato, ordinanza 5/11/2007, n. 5720; Cons. Stato, sez. VI, 9/4/2018, n. 2160.

⁴⁹ La valutazione di compatibilità paesaggistica è un giudizio di valore «ancorato a "concetti indeterminati", da connotare cioè in base ad apprezzamenti tecnici complessi, alla stregua di regole non giuridiche e proprie delle discipline estetico-ambientali, suscettibili di diversi esiti applicativi: si abbia riguardo ai concetti di "alterazione", "pregiudizio", "compatibilità", "coerenza", rapportate ai "valori paesaggistici" ed agli "obiettivi di qualità paesaggistica", in base alla lettera dell'art. 146, commi 1, 4 e 5, del d.lgs. n. 42/2004». Cons. Stato, ordinanza 5/11/2007, n. 5720.

⁵⁰ Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 20/09/2002, n. 571.

zatoria. In particolare, la Soprintendenza compiva una valutazione di conformità paesaggistica quando oggetto del suo potere di autotutela era “l’assenso tacito”. Nella menzionata ipotesi, all’amministrazione competente doveva essere restituito integro il potere-dovere di compiere, per la prima volta, quelle valutazioni che a suo tempo l’amministrazione preposta alla cura dell’interesse pubblico specifico avrebbe potuto e dovuto porre a fondamento dell’esercizio della funzione istituzionale (di primo grado) nell’adozione del provvedimento espresso⁵¹.

Il secondo orientamento giurisprudenziale⁵² sostiene, che secondo l’originaria previsione della legge (art. 151 del d.lgs. n. 490/1999, poi art. 159 d.lgs. n. 42/2004), è illegittimo l’annullamento del parere comunale da parte della Soprintendenza che contrappone alla valutazione del Comune un autonomo apprezzamento di merito⁵³. L’Autorità statale, nell’esercizio del potere di annullamento delle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate dalle amministrazioni comunali competenti, esercita un riesame esclusivamente sotto il profilo estrinseco, con riferimento alla mera verifica di legittimità, ma non può rinnovare le valutazioni discrezionali di merito già compiute dall’organo comunale. Si tratta, infatti, di un riesame teso a verificare solo l’assenza di vizi di legittimità (tra essi compreso quello di eccesso di potere nelle diverse forme sintomatiche), che non può consistere in un giudizio tecnico discrezionale sulla compatibilità paesaggistico-ambientale dell’intervento, che appartiene in via esclusiva all’autorità competente. In altri termini, la cennata tesi afferma che quando la determinazione del Comune dà conto espressamente della conformità paesaggistica dell’intervento edilizio con la realtà locale, l’Autorità statale non può effettuare un riesame complessivo delle valutazioni discrezionali compiute dal predetto ente, perché ciò implicherebbe contrap-

⁵¹ Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 20/09/2002, n. 571.

⁵² T.a.r. Lazio, Roma, 27/02/2014, n. 2297.

⁵³ Cons. Stato, sez. VI, 24/05/2006, n. 3086; Cons. Stato, sez. VI, 23/09/2002, n. 4812; Cons. Stato, sez. VI, 4/03/2019, n. 1482; Cons. Stato, sez. VI, 17/05/2018, n. 2989; Cons. Stato, sez. VI, 4/02/2019, n. 860; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 9/06/2016, n. 2944; Cons. Stato, sez. VI, 29/03/2013, n. 1843; Cons. Stato, sez. VI, 11/06/2012, n. 3401; Cons. Stato, 21/09/2011, n. 5292; Cons. Stato 23/2/2010, n. 1070; Cons. Stato, 25/03/2009, n. 1786; in particolare su tale punto, Cons. Stato, Ad. pl., n. 9/2001 e Cons. Stato, sez. VI, 14/08/2012, n. 4562; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 18/01/2017, n. 56; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 04/10/2017, n. 1444.

porre alla valutazione del Comune un autonomo apprezzamento che di fatto sarebbe un giudizio di valore anziché di legittimità⁵⁴.

Orbene, questo orientamento giurisprudenziale era quello più consolidato in quanto nella realtà dei fatti il giudizio della Soprintendenza non si limitava ad un semplice controllo della legittimità degli atti impugnati, bensì integrava una vera e propria valutazione di merito differente da quella svolta dalla Regione (o Comune), cui tale giudizio è attribuito *ex lege*, sovrapponendo il proprio giudizio negativo a quello positivo espresso dall'ente competente, esorbitando in tale modo dall'ambito delle proprie prerogative. Numerosi sono i giudizi in cui la Soprintendenza occulta un illegittimo provvedimento volto ad operare una nuova valutazione tecnico discrezionale in ordine all'incidenza dei manufatti su valori paesaggistici dell'area. Nei predetti casi la Soprintendenza sconfinava dal perimetro delle sue attribuzioni, in quanto il potere di controllo si spinge fino all'analisi puntuale del merito e della incidenza delle opere abusive sulla tutela del paesaggio.

Il terzo orientamento giurisprudenziale⁵⁵, invece, afferma che quando la determinazione del Comune, invece, non dà conto espressamente della conformità paesaggistica dell'intervento edilizio con la realtà locale, allora l'Autorità statale può contrapporre alla valutazione del Comune un autonomo apprezzamento, vale a dire può pronunciarsi sulla conformità paesaggistica dell'intervento, indicando le ragioni di merito che militano per la non compatibilità delle opere realizzate con i valori tutelati. In particolare, la giurisprudenza afferma che l'Autorità statale può valutare l'impatto ambientale dell'intervento richiesto, alla luce del regime del vincolo imposto sulla zona, quando l'ente territoriale non adempie all'obbligo di motivare adeguatamente la compatibilità paesaggistica⁵⁶. Nella menzionata ipotesi, la verifica della Soprintendenza deve concentrarsi esclusivamente sulla completezza dell'istruttoria comunale. Se l'istruttoria è carente la Soprintendenza può annullare l'autorizzazione paesaggistica. Tut-

⁵⁴ T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 8/11/2016, n. 2397; Cons. Stato, sez. VI, 11/06/2012, n. 3401.

⁵⁵ Cons. Stato, sez. VI, 28/10/2015, n. 4925; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 4/10/2017, n. 1444; Cons. Stato, sez. VI, 20/02/2018, n. 1085; Cons. Stato, sez. VI, 9/04/2018, n. 2160.

⁵⁶ Cons. Stato, sez. III, 29/03/2016, n. 1843 che conferma T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, n. 3070/2005.

tavia, la sua attività di controllo neanche in questo caso può superare il vaglio della legittimità della determinazione comunale atteso che non compie una valutazione autonoma o sostitutiva di quella compiuta dall'ente che ha rilasciato l'autorizzazione, ma semplicemente annulla l'atto perché viziato per carenza istruttoria.

Quando il nulla osta comunale è del tutto privo di motivazione in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento, l'esame dell'organo statale non deve essere necessariamente ed esclusivamente limitato a motivi di legittimità, ma può sconfinare in apprezzamenti di merito.

La questione se l'esame *ex post* da parte della Soprintendenza determini un indebito sconfinamento nelle valutazioni di merito demandate all'amministrazione che emana l'autorizzazione, può essere affrontata anche alla luce dei suddetti orientamenti giurisprudenziali, prendendo in considerazione di volta in volta i contenuti della valutazione e le modalità a mezzo delle quali la stessa viene esercitata.

In realtà, come già affermato dalla Corte costituzionale⁵⁷, il potere di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica non può essere inteso come un giudizio di valore perché altrimenti si determinerebbe "un inammissibile accentramento delle funzioni in materia di autorizzazione paesaggistica" in capo allo Stato, senza la garanzia di adeguati modelli concertativi aderenti al principio di leale collaborazione⁵⁸. Non solo, la configurazione di un potere di controllo in forma c.d. di "tutela", esteso cioè anche al merito, che consenta allo Stato una costante e generalizzata autonoma rivalutazione delle determinazioni operate dalla regione e dagli enti territoriali delegati, renderebbe instabile ed irrilevante, il punto di vista degli enti, costituzionalmente dotati di autonomia nello svolgimento delle funzioni amministrative ai sensi dell'art. 118 della Costituzione.

⁵⁷ Corte cost., 07/11/2007, n. 367.

⁵⁸ Cons. Stato, sez. VI, 30/12/2004, n. 8296.

6. Il procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica dopo l'entrata in vigore dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004: considerazioni introduttive

Il controllo dello Stato sulle autorizzazioni paesaggistiche, venuto meno il regime transitorio di cui all'art. 159 del d.lgs. n. 42/2004 (Codice del paesaggio)⁵⁹, è disciplinato dall'art. 146 del Codice, (come sostituito dall'art. 2, comma 1, lett. s), del d.lgs. 26/3/2008, n. 63), secondo cui: “sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione, dopo avere acquisito il parere vincolante del Soprintendente⁶⁰” (art. 146, comma V).

In particolare, il procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica è stato configurato come un procedimento connotato da una fase decisoria pluristrutturata, in cui l'atto da emanare assume valenza codecisoria⁶¹.

⁵⁹ Nel regime transitorio vigente fino al 31/1/2009 trovava applicazione la disciplina prevista dall'art. 159 del d.lgs. n. 42/2004, che prevedeva in capo al Soprintendente il potere di annullare *ex post* le autorizzazioni paesaggistiche non conformi alle prescrizioni di tutela del paesaggio. A tal proposito si veda G. BOLDON ZANETTI, *Autorizzazione paesaggistica e decreto legislativo 26 marzo 2008, n. 63: fine del regime transitorio?*, in *Riv. giur. ambiente*, fasc. 5, 2008, 745.

⁶⁰ Il parere della Soprintendenza prima solo obbligatorio è divenuto poi vincolante con il primo decreto correttivo e integrativo al Codice, ossia il d.lgs. n. 157/2006.

⁶¹ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 86; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 118; F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 2371 ss.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 93; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, *Storia e Teoria*, Torino, 2017, 432; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, 1995, 49 ss.; S. PERONGINI, *L'interesse legittimo: attualità e prospettive nel pensiero di Franco Gaetano Scoca*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, Torino, 2019, 384 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento*, Torino, 2016, 267 ss.; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggi sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, 99; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Potere amministrativo, tecniche interpretative del diritto emergenziale, nullità provvedimentali e azioni di mero accertamento*, in *Giur. it.*, 2012, n. 6, 1434 ss.; N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, III, Milano, 1967, 295; F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in G. PASTORI (a cura di), *Procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 539; F. BEN-

Esso consta di varie fasi: una prima fase, nella quale la Regione (o l'ente delegato) adotta una proposta di autorizzazione paesaggistica sulla scorta di una propria attività valutativa di conformità paesaggistica dell'intervento, una seconda fase intermedia di competenza esclusiva della Soprintendenza e una terza fase nella quale l'amministrazione procedente, titolare della funzione autorizzatoria, esclusivamente sulla scorta dell'acquisito apprezzamento positivo espresso dalla Soprintendenza, rilascia l'autorizzazione paesaggistica. Il legislatore prevede che il parere dell'amministrazione statale sia obbligatorio e non vincolante quando la regione interessata abbia adottato il piano paesaggistico. Nella predetta ipotesi il parere – all'esito della positiva verifica da parte del Ministero dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici – deve essere reso nel rispetto delle previsioni e delle prescrizioni del piano paesaggistico⁶², entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti, decorsi i quali l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione (art. 146, comma 5 del d.lgs. n. 42/2004)⁶³.

VENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 204; S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in AA.VV. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 130; G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, I, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, 381; E. ROMANO, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 169; G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011, 28; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 166; M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 36.

⁶² Finora meno di dieci Regioni hanno firmato con il Ministero dei Beni culturali un'intesa per redigere le norme di tutela del paesaggio. Come noto, il piano paesaggistico è il principale strumento di tutela e di disciplina del territorio (artt. 135, 143, 144, 145 del d.lgs. n. 42/2004 e s.m.i.), sovraordinato agli strumenti di pianificazione urbanistica. Lo Stato e le Regioni sono investiti del compito di assicurare che tutto il territorio nazionale sia conosciuto, salvaguardato e pianificato. La predisposizione dei piani paesaggistici è di competenza regionale, ma spetta al Ministero la partecipazione obbligatoria all'elaborazione congiunta con le Regioni (c.d. copianificazione) di quelle parti del piano che riguardano beni paesaggistici vincolati in base ad atti amministrativi di vincolo o in base all'appartenenza alle categorie geografiche territoriali tutelate *ope legis*, specificatamente individuate all'art. 142 del d.lgs. n. 42/2004 e s.m.i. Allo stato attuale hanno adottato (ma non approvato definitivamente) un piano con valenza di tutela del paesaggio le Regioni Calabria (2007), Lazio (2007) e Piemonte (2013), mentre la Lombardia ha approvato il piano (2010) senza l'attività di copianificazione con gli Organi statali (Ministero dei Beni e Attività Culturali e del Turismo), necessaria per legge.

⁶³ M.A. SANDULLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, 251.

Al di fuori di questa ipotesi, il parere *ex ante* della Soprintendenza è obbligatorio e vincolante ed è espressione di un potere decisorio complesso, facente capo a due apparati diversi, preposti alla cura di interessi eterogenei, fra di loro non sovrapponibili, e inevitabilmente ispiratori di prospettive differenti⁶⁴.

L'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, ricevuta l'istanza dell'interessato, verifica prima di tutto se si tratti di interventi non soggetti ad autorizzazioni. Qualora gli interventi da realizzare necessitino dell'autorizzazione paesaggistica, l'amministrazione verifica se l'istanza stessa sia corredata della documentazione necessaria, provvedendo, in caso contrario, a richiedere le opportune integrazioni e a svolgere gli accertamenti del caso. Entro quaranta giorni dalla ricezione dell'istanza, l'amministrazione di primo livello effettua gli accertamenti volti a verificare la conformità dell'intervento proposto con le prescrizioni contenute nei provvedimenti di dichiarazione di interesse pubblico e nei piani paesaggistici. Una volta effettuata detta verifica trasmette al Soprintendente la documentazione presentata dall'interessato accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa, nonché con una proposta di provvedimento. Infine, l'amministrazione comunica all'interessato l'avvio del procedimento e l'avvenuta trasmissione degli atti al Soprintendente (art. 146, comma 7, del d.lgs. n. 42/2004). Dal canto suo la Soprintendenza, ricevuta la trasmissione della proposta di autorizzazione da parte dell'ente regionale o di un ente delegato, inizia un autonomo procedimento, caratterizzato da un'approfondita e minuziosa attività istruttoria, finalizzata all'adozione del provvedimento finale, sorretto da un'ampia e circostanziata motivazione⁶⁵.

La Soprintendenza nel valutare l'impatto paesaggistico sul contesto interessato dal vincolo *ex lege* deve rigorosamente argomentare sulla concreta compatibilità delle opere o dei lavori da assentire, finanche pervenendo ad un dissenso rispetto alla proposta dell'atto autorizzativo.

L'esito della sua attività valutativa ampiamente discrezionale⁶⁶ sfocerà in un parere da rendere entro il termine di quarantacinque giorni dalla

⁶⁴ T.a.r. Campania, Napoli, sez. IV, 07/09/2012, n. 3812.

⁶⁵ Cons. Stato, sez. VI, 15/10/2018, n. 5909.

⁶⁶ Sulla discrezionalità si vedano, fra gli altri, C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di*

ricezione degli atti. In caso di parere negativo, il Soprintendente comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo, ai sensi dell'art. 10 *bis* della l. 7/8/1990, n. 241⁶⁷. Successivamente, l'amministrazione, entro venti giorni dalla ricezione del parere, provvede in conformi-

Roma, 1936, ripubblicato in C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 997 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale, Concetto e problemi*, Milano, 1939, 74 ss.; C. MORTATI, Potere discrezionale, in *Nuovo Dig. it.*, X, 1939, 77 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIII, 1964, 65 ss.; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, V, 1968, 1108 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., 1970, 477 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo I* Milano, 1988, 483 ss.; G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1989; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 240 ss.; S. COGNETTI, *I, Profili sostanziali della legalità amministrativa: indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 83 ss., 200 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 232 ss.; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 71 ss.; F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 107 ss.; A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999, 125 ss.; P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2010, 146 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 202 ss.; E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2008, 61 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 224 ss., 314 ss.; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 7 ss.; E. CASSETTA, F. FRACCHIA (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, 2013, 439 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 2013, 114 ss.; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 309 ss.; S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, S. SAIITA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 127 ss.; S. COGNETTI, *Legge*, cit., 2014, 28 ss.; F.G. SCOCA, *Situazioni giuridiche dell'amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 32 ss.; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14/11/2014, Torino, 2016, 119 ss.

⁶⁷ Giurisprudenza contraria invece è dell'avviso che "il parere reso dalla Soprintendenza per i beni archeologici non è soggetto all'obbligo di comunicazione preventiva del preavviso di rigetto, in quanto esercizio di un potere che intercorre tra Autorità pubbliche" T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 07/11/2018, n. 6477; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 05/07/2017, n. 3607; Cons. Stato, sez. VI, 28/12/2015, n. 5844. Sul preavviso di rigetto si veda: M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 3/2022, Milano, 596.

tà (art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42/2004)⁶⁸. Il legislatore ha cura di puntualizzare che l'autorizzazione paesaggistica è impugnabile, con ricorso al Tribunale amministrativo regionale o con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, dalle associazioni portatrici di interessi diffusi e da qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che ne abbia interesse. Inoltre, il legislatore precisa che le sentenze e le ordinanze del Tribunale amministrativo regionale possono essere appellate dai medesimi soggetti, anche se non abbiano proposto ricorso di primo grado (art. 146, comma 10, d.lgs. n. 42/2004).

Appare evidente dal tenore letterale delle predette norme che il legislatore consente di interloquire nella vicenda – attraverso lo strumento della tutela processuale – a soggetti diversi dai diretti interessati. La legittimazione processuale, riconosciuta alle associazioni ambientaliste e alle altre associazioni è il segno del coinvolgimento di una pluralità di soggetti nell'apprezzamento con una dimensione corale.

Si discute invece in merito all'impugnabilità *ex se* in sede giurisdizionale del parere della Soprintendenza in virtù del fatto che esso ai sensi dell'art. 146, del d.lgs. n. 42/2004, ha natura obbligatoria e vincolante e, quindi, assume una connotazione non solamente consultiva, ma tale da possedere un'autonoma capacità lesiva della sfera giuridica del destinatario.

Sul punto la giurisprudenza recente ha affermato che la natura obbligatoria e vincolante del parere della Soprintendenza fa sì che esso assumi una connotazione non solamente consultiva, ma tale da possedere un'autonoma capacità lesiva della sfera giuridica del destinatario, essendo conseguentemente impugnabile "*ex se*" in sede giurisdizionale⁶⁹ indipendentemente dall'impugnazione anche del connesso atto di diniego comunale, che potrebbe non essere ancorato al parere negativo espresso dalla Soprintendenza⁷⁰. Secondo una diversa tesi giurisprudenziale, invece, il parere obbligatorio e vincolante di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, comma 5, può dirsi concretamente lesivo solo nel momento in cui è tra-

⁶⁸ Cons. Stato, sez. VI, 15/10/2018, n. 5909.

⁶⁹ T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 21/01/2019, n. 319; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 05/07/2017, n. 360; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 30/03/2015, 1852.

⁷⁰ T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 13/03/2012, n. 405; T.a.r. Liguria, Genova, sez. I, 08/06/2016, n. 579; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 07/11/2018, n. 6477; Cons. Stato, sez. IV, 28/03/2012, n. 1829.

sposto nell'atto finale che definisce il procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica⁷¹.

In particolare, secondo tale orientamento, i pareri e le proposte di natura vincolante non sono immediatamente ed autonomamente impugnabili giacché l'ordinamento postula l'adozione del provvedimento conclusivo, da parte di Autorità amministrativa diversa, la quale soltanto resta il *dominus* dell'identificazione in concreto del potere amministrativo esercitabile e della sussistenza dei presupposti per il suo esercizio⁷². Una tesi giurisprudenziale sostiene finanche l'inammissibilità del ricorso al giudice amministrativo proposto contro un parere, ancorché esso sia vincolante, quando non sia impugnato anche l'atto conclusivo del procedimento⁷³. Il profilo di inammissibilità è reso ancora più manifesto e incisivo allorquando il parere della Soprintendenza sia stato espresso oltre il termine di legge⁷⁴.

⁷¹ T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, 28/11/2019, n. 2545. Giurisprudenza consolidata sul punto. In particolare, si veda la stessa pronuncia richiamata dalla sentenza in commento: Cons. Stato, sez. IV, 28/3/2012, n. 1829, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 3, 618 ss., ove si afferma che non sussiste un dovere di immediata e autonoma impugnazione del parere vincolante salvi i casi in cui il parere vincolante sia stato fatto proprio dall'Amministrazione procedente e vi sia stato un arresto procedimentale da parte dell'organo di amministrazione attiva. Nello stesso senso, cfr. T.a.r. Piemonte, Torino, sez. I, 11/02/2019, n. 190, in *Riv. giur. edilizia*, 2019, 3, I, 744 ss.; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 3/09/2018, n. 5317, in *Foro amm.*, 2018, 9, 1538; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 31/08/2016, n. 2040, 774; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 13/07/2015, n. 3678; T.a.r. Marche, sez. I, 3/09/2014, n. 567, *ivi*, 2014; T.a.r. Piemonte, sez. II, 28/11/2013, n. 1273, in *Foro amm. T.a.r.*, 2013, 11, 3287; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 13/03/2012, n. 405; Cons. Stato, sez. VI, 12/06/2008, n. 2903.

In dottrina, si veda L. RICCI, *Parere vincolante della Soprintendenza, ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica di cui agli articoli 167 e 181 del d.lgs. n. 42/2004*, in *Riv. giur. edilizia*, 2012, 3, 127 ss.

⁷² T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 21/01/2019, n. 319; T.a.r. Campania, Napoli, sez. V, 20/09/2018, n. 5541.

⁷³ T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 07/06/2018, (ud. 23/05/2018, dep. 07/06/2018), n. 901; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, n. 3440/2011; Cons. Stato, sez. VI, 19/09/2017, n. 4377; Cons. Stato, sez. VI, 18/09/2017, n. 4369.

⁷⁴ «Nel caso di autonoma impugnativa del parere reso tardivamente dalla Soprintendenza sulla compatibilità paesaggistica ex art. 167, comma 5, del d.lgs. n. 42/2004, il ricorso si presenta inammissibile in quanto l'atto gravato non ha carattere di vincolatività ai fini dell'adozione dell'atto finale sull'istanza di accertamento di conformità da parte del Comune, presentandosi alla stregua di un parere non vincolante e, pertanto, non può considerarsi come un atto avente contenuto lesivo e carattere provvedimentoale auto-

Un'indicazione corretta, in merito alla possibilità di impugnare *ex se* il parere della Soprintendenza, può essere desunta procedendo preliminarmente alla ricostruzione del quadro normativo di riferimento. Innanzi tutto, si deve porre in rilievo il contenuto del comma 5, dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, il quale dispone che "Sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la Regione, dopo avere acquisito il parere vincolante del Soprintendente". L'ultima parte dell'art. 146, comma 8, invece, stabilisce che "entro venti giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione provvede in conformità".

Dalla lettura combinata dei predetti commi è *ictu oculi* che nonostante la sua collocazione endoprocedimentale, il parere statale è idoneo a concretizzare la lesione della situazione giuridica soggettiva necessaria per la nascita dell'interesse a ricorrere. La determinazione amministrativa del Soprintendente determina un arresto procedimentale in quanto esprime una indicazione definitiva insuperabile. Il provvedimento autorizzativo della Regione, infatti, presenta carattere meramente riproduttivo della valutazione effettuata dalla Soprintendenza ed è appunto alla adozione di tale parere negativo che va ricondotto il determinarsi della prima lesione dell'interesse legittimo del privato interessato. Pertanto, non v'è dubbio che il parere vada qualificato come un atto immediatamente lesivo e, quindi, autonomamente impugnabile⁷⁵.

7. Il potere del Soprintendente di cogestione del vincolo paesaggistico: oggetto, ampiezza e natura del parere ex art. 146, comma 5, del d.lgs. n. 42/2004

Con l'avvento dell'attuale regime normativo, a partire dal 1° ottobre 2010 sono sensibilmente mutati il ruolo ed i poteri della Soprintendenza. L'oggetto e l'ampiezza del suo parere si deducono dal tenore del comma 8, dell'art. 146: si tratta di un atto a contenuto decisorio, espressione di

mamente impugnabile". *Ex multis*, T.a.r. Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 16/11/2020; n. 18; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 20/03/2017, n. 1530; Cons. Stato, sez. VI, n. 4377/2017; Cons. Stato, sez. VI, 4369/2017.

⁷⁵ T.a.r. Campania, Napoli, sez. II, 28/10/2013, n. 4792, in www.giustizia-amministrativa.it.

una valutazione di merito⁷⁶, che il Soprintendente deve rendere *ex ante* sulla proposta di autorizzazione paesaggistica rilasciata dalla Regione (o dall'ente delegato). Occorre preliminarmente osservare che il principio a cui si ispira la nuova disciplina è quello di tutelare nel modo più ampio ed incisivo possibile il bene “*paesaggio*”, (valore costituzionale primario)⁷⁷ attraverso il coinvolgimento di due autorità aventi competenze diverse e specifiche per cui entrambe sono titolari di una funzione di amministrazione attiva nell'ambito di un procedimento unitario a struttura complessa.

La funzione esercitata dalla Soprintendenza anche se assume la veste di un parere, in sostanza, non è consultiva, ma è di tipo decisionale⁷⁸.

Il suo potere valutativo⁷⁹, infatti, da un punto di vista strutturale si esplica con una nuova e autonoma attività procedimentalizzata, che si

⁷⁶ T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 05/05/2016; T.a.r. Campania, Napoli, sez. IV, 09/06/2016, n. 2944; Cons. Stato, sez. VI, 28/12/2015, n. 5844; Cons. Stato, sez. VI, 18/02/2019, n. 1102; T.a.r. Umbria, Perugia, sez. I, 10/06/2016, n. 492; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 07/05/2014, n. 2476; Cons. Stato, sez. VI, 24/03/2014, n. 1418.

⁷⁷ T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 12/3/2009, n. 623; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 28/5/2004, n. 599; Cons. Stato, sez. VI, 20/1/2003, n. 204; Cons. Stato, sez. VI, 25/02/2008, n. 653; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 11/01/2011, n. 53.

⁷⁸ Cons. Stato, sez. VI, 4/06/2015, n. 2751; Cons. Stato, sez. VI, 25/02/2013, n. 1129. T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 03/09/2018, n. 5317.

⁷⁹ A. AZZENA, *Potere amministrativo e discrezionalità*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, 1993, 1195; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1981, 237 ss.; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 244, in cui l'Autore descrive la categoria dei concetti giuridici indeterminati in particolare nella dottrina tedesca, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 86; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 118; F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 2371 ss.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Agg.*, VI, Milano, 2002, 76; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo, Storia e Teoria*, Torino, 2017, 432; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. AMOROSINO (a cura di) *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, 1995, 49; S. PERONGINI, *L'interesse legittimo: attualità e prospettive nel pensiero di Franco Gaetano Scoca*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, Torino, 2019, 384 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento*, Torino, 2016, 267 ss.; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggi sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, 99; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Potere amministrativo, tecniche interpretative del diritto emergenziale, nullità provvedimenti e azioni di mero accertamento*,

pone accanto a quella posta in essere dalla Regione o, in genere dal Comune, con l'adozione della proposta di autorizzazione paesaggistica. Invece, da un diverso punto di vista, il Soprintendente si esprime sulla compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo insieme nonché sulla conformità di tale intervento alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico ovvero alla specifica disciplina dei vincoli di notevole interesse pubblico, entro il termine di 45 giorni decorrente dalla ricezione degli atti. Solo dopo aver ricevuto il detto parere, l'amministrazione precedente potrà rilasciare il provvedimento autorizzativo che diviene, a sua volta, presupposto autonomo rispetto a quello di natura edilizia (art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42/2004)⁸⁰.

L'esercizio del potere valutativo⁸¹ si manifesta con l'adozione di un parere che assume la natura di atto decisorio o meglio di atto di codecisione⁸² ed ha natura vincolante, con la conseguenza di precludere al-

in *Giur. it.*, 2012, n. 6, 1434 ss.; N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, III, Milano, 1967, 295; F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in G. PASTORI (a cura di), *Procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 534; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 204; S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in AA.VV. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 130; G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, 381 ss.

⁸⁰ T.a.r. Campania, Napoli, sez. IV, 07/03/2019, n. 1333; T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. I, 03/09/2019, n. 725; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 05/01/2017, n. 138.

⁸¹ L. DI GIOVANNI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione nel procedimento di pianificazione paesaggistica*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 6/2019, 559.

⁸² S. AMOROSINO, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Bari, 2010, 117; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 4/6/2015, n. 1261, in *www.giustizia-amministrativa.it*. T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. II, 2/2/2011, n. 224 Nel medesimo senso, in tema di cogestione del vincolo, in sede di amministrazione attiva, da parte dell'Autorità regionale (o di quella delegata) e dell'Autorità statale periferica ai sensi dell'art. 146 Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42/2004): Cons. Stato, sez. VI, 25/2/2013, n. 1129, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 2/5/2014, n. 1125, ivi; T.a.r. Liguria, Genova, sez. I, 30/10/2013, n. 1263, in *Foro amm. T.a.r.*, 2013, 3012; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 12/3/2013, n. 1404, ivi, 2013, 944. In dottrina M.R. SPASIANO, *Art. 146*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 1116 ss. (con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali); V. PARISIO, *Art. 146*, in R. FERRARA, F.G. FERRARI (a cura di), in *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, Padova, 2015, 1006; sulle recenti modifiche recate dal decreto Sblocca Italia (d.l. n. 133/2014, conv. in l. n. 164/2014) e, in particolare, sulla prescindibilità del parere in caso di decorso del termine fissato dall'art. 146 per

l'amministrazione procedente di disattenderlo. In altri termini, il provvedimento autorizzatorio viene deciso sostanzialmente nel suo contenuto dalla Soprintendenza, ma formalmente imputato alla Regione o all'ente subdelegato, solitamente il Comune.

8. Profili problematici della formula della cogestione del vincolo

L'esercizio della funzione autorizzatoria avviene con un procedimento complesso di cogestione del vincolo paesaggistico.

I profili problematici delle valutazioni di compatibilità paesaggistica concernono prima di tutto l'opportunità di scindere e analizzare le tipologie del potere amministrativo di cui sono contitolari le pubbliche amministrazioni: l'Autorità statale e quella regionale (o l'ente da essa delegata) nell'esercizio della già menzionata funzione. Il procedimento ordinario dell'autorizzazione paesaggistica si articola in tre "subprocedimenti": il primo gestito dalla Regione (dal Comune o dagli altri enti locali), che si conclude con una proposta di provvedimento; il secondo gestito dalla Soprintendenza, che si può concludere con un parere positivo, con un parere negativo (con eventuale invito all'adeguamento del progetto alle prescrizioni di modifica dettate dal Soprintendente), o infine con il silenzio⁸³; il terzo subprocedimento – che prende avvio nell'ipotesi in cui la Soprintendenza non concluda il procedimento di sua competenza con l'adozione di un parere positivo o negativo espresso – viene gestito dalla Regione in via sostitutiva e, nel caso in cui la Regione non abbia delegato l'esercizio della funzione al Comune o agli enti indicati al comma 6 dell'art. 146, dalla stessa Soprintendenza (art. 146, comma 10, del d.lgs. n. 42/2004)⁸⁴.

renderlo, G. MARI, *Le incertezze irrisolte in tema di autorizzazione paesaggistica*, in *Rivista giur. dell'edilizia*, Suppl. al n. 6, 103.

⁸³ Sulla già menzionata evenienza, si avrà modo di ritornare nel terzo capitolo. A tutt'oggi, restano irrisolte alcune questioni fondamentali relative alle funzioni della Soprintendenza, vale a dire: l'effetto dell'inerzia del Soprintendente e la possibilità di prescindere dal relativo parere.

⁸⁴ Art. 146, comma 10, del d.lgs. n. 42/2004, "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 richie-

Per quanto *concerne* le modalità operative del procedimento ordinario, la Regione⁸⁵ esercita la funzione autorizzatoria in materia di paesaggio avvalendosi di propri uffici, dotati di adeguate competenze tecnico-scientifiche e idonee risorse strumentali. Il legislatore prevede però la possibilità di delegarne l'esercizio agli enti locali, e tra cui in particolar modo ai Comuni, ciò anche in armonia con l'art. 118 della Costituzione, secondo il quale essi sono titolari delle funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze (art. 146, comma 7, del d.lgs. n. 42/2004). Sebbene il legislatore individui nella Regione, l'autorità titolare della funzione autorizzatoria⁸⁶, le Regioni hanno subdelegato, di norma, l'esercizio della predetta funzione ai Comuni, vale a dire alle amministrazioni tradizionalmente al centro del sistema della pianificazione urbanistica, e per tale ragione, naturalmente inclini a concepire il territorio come oggetto di sviluppo e trasformazione, più che come bene da conservare o da recuperare in tutto o in parte, e, sempre in questa veste, anche primi destinatari delle pressioni private per ottenere una gestione "elastica" del vincolo in sede di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, aperta alle istanze urbanistiche⁸⁷.

L'esercizio della funzione autorizzatoria per la tutela del paesaggio pone in rilievo alcuni profili problematici relativi alla distribuzione delle attività e delle funzioni regolative e al coordinamento dei rispettivi poteri decisori, tra cui appunto quello attribuito alla Regione (art. 146, commi 5 e 6 del d.lgs. n. 42/2004) e quello di cui è titolare la Soprintendenza che

sta. 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".

⁸⁵Cons. Stato, sez. III, 18/01/2018, n. 312.

⁸⁶A tal proposito la giurisprudenza amministrativa ha ribadito il principio secondo cui, può dunque ritenersi che, ordinariamente – e salvi gli effetti della disciplina regionale sulla delega delle competenze amministrative e della sua applicazione nei confronti del Comune – sia la Regione l'amministrazione competente alla gestione dell'autorizzazione paesaggistica. Cons. Stato, sez. III, 18/01/2018, n. 312.

⁸⁷P. MARZARO, *L'Amministrazione del paesaggio, profili critici ricostruttivi di un sistema complesso*, Torino, 2011, 75. Sul rapporto inverso e complementare tra urbanistica e tutela del paesaggio si vedano peraltro le ampie riflessioni di M. IMMORDINO, *I piani paesaggistici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M.A. SANDULLI, M. SPASIANO, P. STELLA RICHTER (a cura di), *Il diritto urbanistico in cinquant'anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 2006, 88, che mettono in luce "la relazione di strumentalità dell'urbanistica rispetto alla tutela del paesaggio" ferma restando l'autonomia delle due materie mai venuta meno nella giurisprudenza della Consulta.

si estrinseca nella emanazione di un parere *ex ante* sulla proposta di autorizzazione (art. 146, commi 5 e 8 del d.lgs. n. 42/2004).

È opportuno verificare se la procedura dell'autorizzazione paesaggistica disciplinata dal d.lgs. n. 42/2004 raggiunga effettivamente gli obiettivi di ripartizione delle competenze Stato-Regioni dichiarate a livello teorico e di principio.

9. La formula della cogestione “apparente” del vincolo paesaggistico

Il regime introdotto dal Codice del 2004 prevede che il parere della Soprintendenza debba esprimersi all'interno di un procedimento formalmente attribuito alla competenza regionale con possibilità di delega ai comuni definiti “amministrazioni competenti”.

Un assetto siffatto dovrebbe costituire applicazione del principio di cogestione rispettoso delle prerogative e delle competenze di ogni ente coinvolto.

In altri termini, con riguardo al procedimento di autorizzazione *de quo*, ai sensi dell'art. 146, il potere autorizzatorio appartiene in prima battuta alla Regione, spettando alla Soprintendenza un parere sulla proposta di provvedimento sottoposto dall'Amministrazione competente⁸⁸.

⁸⁸ All'interno di detto meccanismo di “cogestione” del potere pubblicistico tra Soprintendenza e Regione, alla stregua di un'interpretazione sistematica di tale disposizione normativa, a seguito del decorso del termine per l'espressione del parere vincolante da parte della Soprintendenza, l'organo statale non resta in assoluto privato della possibilità di rendere un parere; tuttavia il parere in tal modo espresso perderà il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo. In buona sostanza, secondo i giudici amministrativi, il decorso del termine per l'espressione del parere vincolante della Soprintendenza, non comporta un vuoto nella risposta dell'organo statale, ma in tal caso il parere così espresso non avrà più forza vincolante, richiedendo una valutazione autonoma e motivata dall'amministrazione preposta, appunto, al rilascio del titolo. Ne consegue, pertanto, che, se nel corso di una prima fase (che si esaurisce con il decorso del termine di legge), l'organo statale può, nella pienezza dei suoi poteri di “cogestione” del vincolo, emanare un parere vincolante dal quale l'amministrazione deputata all'adozione dell'autorizzazione finale non potrà discostarsi (comma 8), successivamente l'amministrazione procedente “provvede sulla domanda di autorizzazione” (comma 9), essendo pertanto legittimata all'adozione dell'autorizzazione prescindendo in radice dal parere della Soprintendenza, in ra-

In realtà questa “titolarità” si estrinseca nell’attribuzione alle Regioni (o ai comuni) di compiti prevalentemente formali, ma privi di un vero potere decisionale: ricevimento dell’istanza, protocollazione, verifica della completezza della documentazione, invio alla Soprintendenza, emanazione dell’atto finale (autorizzativo o di diniego) con le conseguenti azioni di eventuale tutela giudiziaria (art. 146, commi 4, 5, 6).

Tuttavia, l’esercizio sostanziale della funzione autorizzatoria resta allo Stato, che ha riservato per sé anche la definizione della documentazione a corredo, stabilita con D.P.C.M. 12/12/2005⁸⁹; così come al Soprintendente resta la facoltà di chiedere documentazione integrativa e di dare comunicazione di preavviso (ai sensi della l. n. 241/1990, art. 10 *bis*).

Invero, oltre all’espletamento delle formalità burocratiche di cui si è detto, alla regione (o al Comune delegato) spetta formalmente il compito di inviare alla Soprintendenza una “*proposta di provvedimento*”, il che parrebbe attribuirle un ruolo decisionale, ruolo che, invece, arretra qualora la Soprintendenza si esprima diversamente (ed entro i termini di legge) sulla sopraindicata proposta. In questo caso, infatti, il suo parere prevale e diventa vincolante, assumendo una connotazione decisoria e conclusiva del procedimento di autorizzazione paesaggistica. Attualmente, questo è quello che accade nel caso di mancata adozione del piano paesaggistico.

La situazione cambia quando sia stato adottato il piano paesaggistico (art. 146, comma 5) e quando la Soprintendenza non esprime il parere nel termine di legge (art. 146, commi 8 e 9), ipotesi quest’ultima assolutamente residuale della Soprintendenza.

Nelle suindicate ipotesi, la funzione autorizzatoria spetta all’Autorità locale (designata dal legislatore nelle disposizioni normative di cui all’art. 146, commi 5, 9 e 10, del d.lgs. n. 42/2004) che potrà legittimamente esprimere con autonomia il suo potere decisionale⁹⁰.

gione di un diritto legittimo all’adozione dell’atto di autorizzazione prescindendo dal parere della stessa Soprintendenza.

⁸⁹ Il decreto del presidente del Consiglio dei ministri 12/12/2005 individua della documentazione necessaria alla verifica della compatibilità paesaggistica degli interventi proposti, ai sensi dell’art. 146, comma 3, del Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. 22/1/2004, n. 42 (G.U. n. 25 del 31/1/2006).

⁹⁰ Infatti, quando il piano paesaggistico viene adottato, il parere del Soprintendente assume natura obbligatoria e non vincolante ed è reso nel rispetto delle previsioni e delle prescrizioni del piano paesaggistico, entro il termine di 45 giorni dalla ricezione degli atti, decorsi i quali, l’amministrazione competente (la Regione o il Comune) deciderà sulla

In altri termini, il carattere vincolante del parere della Soprintendenza viene meno in due ipotesi. Infatti, nell'ipotesi in cui il piano paesaggistico sia stato elaborato congiuntamente dalle Regioni, dal Ministero dei Beni Culturali, dal Ministero dell'ambiente e della Tutela del Territorio (l'art. 143, comma 3, del d.lgs. n. 42/2004), il parere statale ha semplicemente natura obbligatoria e non vincolante; nell'ipotesi di cui all'art. 143, comma 8, l'ente titolare della funzione autorizzatoria, può addirittura prescindere dall'acquisizione del parere statale, una volta che sia decorso il termine di legge previsto per lo svolgimento dell'attività consultiva.

Invero, l'oggetto e l'ampiezza dell'intervento del Soprintendente si deducono dal tenore del comma 8 dell'art. 146: si tratta di un atto a contenuto decisorio e di un giudizio di merito, tecnico-discrezionale. Il Soprintendente si esprime in merito alla compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo insieme nonché sulla conformità di tale intervento con le previsioni del piano paesaggistico e/o con quelle dell'art. 140 del Codice, entro il termine di 45 giorni decorrente dalla ricezione degli atti. Nel dettaglio, nell'ipotesi di cui al comma 8, il parere del Soprintendente assume la natura di atto decisorio o, meglio, di "atto di co-decisione" e ha natura vincolante. Pertanto, l'amministrazione procedente non potrà disattenderlo, salvo il caso in cui risulti che il parere sia stato reso sulla base di atti o fatti palesemente erronei o travisati.

Dall'analisi della disciplina del procedimento in tema di paesaggio è lampante che il potere della Soprintendenza è molto più ampio rispetto a quello locale (regionale e/o comunale). Infatti, se entrambi i pareri sono contrari *nulla quaestio*; se i due pareri sono condizionati, ma con condizioni diverse, quelle che andranno poste nell'atto saranno quelle della Soprintendenza; se, invece, il parere della Regione (Comune) è favorevole e quello della Soprintendenza contrario l'esito sarà un diniego; se il parere della Regione (Comune) è contrario e quello della Soprintendenza è favorevole, quest'ultimo prevarrà e la regione dovrà rilasciare un atto autorizzativo al quale era contraria⁹¹.

domanda di autorizzazione (art. 146, comma 5) anche tenendo conto del parere del Soprintendente. Nella diversa ipotesi in cui siano decorsi 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.

⁹¹ Sul punto la giurisprudenza afferma che il parere positivo della Soprintendenza prevale e la Regione (Comune) dovrà rilasciare un atto autorizzativo cui era contraria, In

L'analisi procedimentale appena riportata fa emergere una inequivoca prevalenza delle valutazioni fatte dall'Autorità Statale (sebbene effettuate in sede consultiva) che, quindi, dovranno essere formalmente recepite nell'atto finale, conclusivo del procedimento, dall'ente (comunale o regionale) competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica. In altri termini, la formula della cogestione così come è stata pensata dal legislatore non garantisce un equilibrio di poteri e di competenze atteso che vi è una indiscussa prevalenza del potere della Soprintendenza che sovrasta – sia in positivo, che in negativo – il parere della regione.

Il provvedimento autorizzatorio pur essendo dal punto di vista formale riconducibile all'Autorità regionale, non è altro che espressione dell'esercizio del potere decisorio statale.

10. La natura decisoria del parere del Soprintendente trova conferma nella previsione dell'istituto “del preavviso di rigetto del provvedimento negativo” previsto nell'art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42/2004

Un elemento che conferma la natura decisoria del potere della Soprintendenza si evince dal fatto che il legislatore ha previsto, in caso di parere negativo, che l'Autorità statale debba comunicare agli interessati il “preavviso di provvedimento negativo, ai sensi dell'art. 10 *bis* della legge n. 241/1990”⁹².

particolare, la giurisprudenza afferma che il parere statale ha natura provvedimentale: il parere, avendo un contenuto decisorio si sostanzia in una decisione preliminare e dunque è autonomamente impugnabile. In tale senso, Cons. Stato, sez. VI, 27/04/2015, n. 2136; Cons. Stato, sez. VI, 28/12/2015, n. 5488; T.a.r. Umbria, Perugia, sez. I, 16/01/2013, n. 11; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 17/12/2011, n. 1955, T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 25/03/2011, n. 1712; T.a.r. Puglia, Lecce, 3/12/2010, n. 2784.

Così il T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 11/09/2020, n. 9528 che afferma “Il parere successivamente reso in senso favorevole dalla Soprintendenza supera ed assorbe la proposta contraria della Commissione Comunale, poiché assume natura, oltre che obbligatoria, anche vincolante, con il quale la Soprintendenza esercita non più un sindacato di legittimità *ex post*, ma un potere che consente di effettuare *ex ante* valutazioni di merito amministrativo, con poteri di cogestione del vincolo paesaggistico.

⁹²M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 3/2022, 596.

In particolare, la natura decisoria del parere statale si desume dal fatto che da una analisi della sequenza procedimentale delineata dal legislatore laddove la regione (o il Comune delegato) non adotti il provvedimento finale di recepimento del pregresso parere vincolante della Soprintendenza, il preavviso di rigetto dell’Autorità statale assume le connotazioni formali e sostanziali di determinazione conclusiva del procedimento⁹³.

Con disposizione innovativa rispetto al testo previgente, è ribadita la necessità della comunicazione dei motivi ostativi, ma viene innovato l’organo investito di tale dovere. Infatti, mentre il d.lgs. n. 157/2006, nel recepire nell’art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, il preavviso di rigetto, ne assegnava l’incombente all’amministrazione titolare del potere di adottare l’atto conclusivo del procedimento così come indicato nella disciplina generale dell’art. 10 *bis* l. n. 241/1990, il d.l. n. 70/2011, nel modificare il comma 8, art. 146, ha previsto che la comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza debba essere inviata dal Soprintendente qualora egli ritenga di adottare parere negativo: ne consegue che, nell’iter autorizzatorio paesaggistico, il preavviso di rigetto, a differenza di quando indicato nell’art. 10 *bis* della l. n. 241/1990 non incombe sull’amministrazione attiva, bensì su quella consultiva⁹⁴.

Tuttavia, l’art. 146, sebbene utilizzi una terminologia differente (“preavviso di provvedimento negativo”), rispetto a quella indicata nell’art. 10 *bis* della l. n. 241/1990 senza possibilità alcuna di fraintendimento, ne ricollega gli effetti all’art. 10 *bis* della l. n. 241/1990⁹⁵.

Il richiamo esplicito e testuale, contenuto nell’art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42/2004, all’art. 10 *bis* della l. n. 241/1990 pone una questione molto interessante per quanto riguarda l’utilizzo dell’infelice locuzione “preavviso di provvedimento negativo”. Ora da una lettura coordinata e sistematica dell’art. 10 *bis* della l. n. 241/1990 e dell’art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, dal momento che il dovere del preavviso spetta al Soprintenden-

⁹³ T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 28/05/2021.

⁹⁴ Il Soprintendente prende parte ad un processo di decisione di soggetti diversi da quelli ai quali un ordinamento attribuisce istituzionalmente la competenza a provvedere e che ordina (organizza) stabilmente per questo scopo» M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, 1996, 1414.

⁹⁵ L’art. 146, comma 8, secondo periodo, recita: “il Soprintendente, in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell’art. 10 *bis* della legge 7/8/1990, n. 241”.

te, ne consegue che il preavviso di rigetto non può riferirsi a un provvedimento negativo in senso proprio, bensì al parere negativo, quale esito almeno formale dell'attività consultiva. Diversamente verrebbe violato il principio sotteso al suddetto istituto che è quello della partecipazione⁹⁶, in quanto il privato destinatario del preavviso di diniego, nel termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, ha il diritto di presentare per iscritto osservazioni, eventualmente corredate di documenti, proprio al fine di consentire all'interessato di confutare le argomentazioni contrarie dell'Autorità amministrativa⁹⁷. Tuttavia, l'espressione utilizzata dal legislatore evidenzia il chiaro convincimento dello stesso legislatore che il parere del Soprintendente, per la sua natura vincolante, è una predecisione che, all'esito dell'espletamento dell'istruttoria gestita dallo stesso Soprintendente, determinerà in positivo o in negativo il contenuto dell'autorizzazione paesaggistica adottata formalmente dall'autorità locale competente (Regione o ente locale delegato).

In conclusione, il parere negativo, in particolare, ha una valenza di sostanziale diniego e richiederà il previo rilascio del preavviso di rigetto, nelle sole ipotesi di svolgimento fisiologico dell'iter autorizzatorio⁹⁸.

Al contrario, nelle ipotesi residuali di cui al comma 9, dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, il parere del Soprintendente perderà il suo carattere vincolante e non assumerà alcun effetto di sostanziale arresto procedimentale di segno negativo. In tal modo, per la sua ritrovata natura di atto di amministrazione consultiva, non dovrà essere preceduto da alcun preavviso, (non a caso il comma 9, dell'art. 146 non richiama la previsione di cui all'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990).

⁹⁶ Sulla partecipazione al procedimento amministrativo si vedano S. COGNETTI, *“Quantità” e “qualità” della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, 2 ss., 66 ss., 122; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 217 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 443 ss., 454 ss.; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 187,193; S. PERONGINI, *La tutela giurisdizionale avverso l'inerzia della pubblica amministrazione e l'interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2010, 440 ss.

⁹⁷ T.a.r. Puglia, Bari, sez. III, 3/03/2002, n. 194.

⁹⁸ Cons., Stato, sez., VI, 27/04/2015, n. 2136, conferma T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, n. 1041/2014.

11. I risvolti pratici della cogestione del vincolo

La nuova formula della cogestione della tutela del vincolo paesaggistico ha, tuttavia, un risvolto pratico per il privato che ha dato avvio al procedimento paesaggistico, quello di potere contare, a differenza della precedente disciplina del parere della Soprintendenza, sulla non annullabilità dell'atto amministrativo conclusivo del procedimento (sia esso di autorizzazione che di diniego).

Inoltre, *la ratio* sottesa nella previsione normativa dell'art. 146, alla luce di un'interpretazione sistematica, è quella di garantire un processo di collaborazione fra ente statale e ente regionale, con l'individuazione di un equo punto di stabilità fra la tutela di un valore di rilievo costituzionale (la tutela del paesaggio) e l'esigenza – ugualmente rilevante anche ai fini costituzionali – di assicurare la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, imponendo che i poteri della Soprintendenza debbano essere esercitati entro un termine sicuramente congruo, ma allo stesso tempo certo e non superabile.

12. I soggetti legittimati a proporre la domanda di autorizzazione

I soggetti legittimati a proporre la domanda di autorizzazione, indicati nell'art. 146, comma 1, del d.lgs. n. 42/2004, sono i soggetti tenuti a rispettare il divieto di immodificabilità delle aree vincolate. In particolare, secondo tale prescrizione sono tenuti a presentare la domanda di autorizzazione i “proprietari, possessori o detentori⁹⁹ a qualsiasi titolo”

⁹⁹ A. MONTEL, *Accessione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, 132 ss.; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1958, 762 ss.; G. BRANCA, *Accessione*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 261 ss.; R. ALBANO, *Dell'accessione, della specificazione, dell'unione e della commistione*, in G. PESCATORE, F. ALBANO, F. GRECO, *Della proprietà*, in *Commentario del Codice civile*, Torino, 1968, 524 ss.; A. TABET, E. OTTOLENGHI, *La proprietà*, in W. BIGIAMI (diretto da), *Commentario sistematico civile e commerciale*, Torino, 1968, 750 ss.; F. SALARIS, *L'acquisto della proprietà*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato. 7. La proprietà*, Torino, 1982, 648 ss.; G. ALPA, *Accessione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, Torino, 1987, 28 ss.; F.

che si trovino con il bene in una relazione di effettiva disponibilità materiale, tale da realizzare condotte pregiudizievoli per il bene oggetto di protezione.

La norma non specifica se si tratti di un'elencazione tassativa o di una indicazione meramente esemplificativa dei soggetti obbligati a chiedere il nulla osta paesaggistico.

Nessun problema si pone in ordine alla individuazione dei soggetti titolari del diritto di proprietà o del possesso.

Di estrema complessità, invece, appare la determinazione della figura del detentore, non solo perché è discussa la sua esatta configurazione giuridica, ma soprattutto perché al suo interno possono confluire una serie di rapporti giuridici di non facile determinazione.

Il problema, in realtà si pone per tutti quei soggetti che non avendo la titolarità del diritto di proprietà o il possesso del bene, hanno comunque la disponibilità, ad altro titolo, del bene sottoposto a vincolo: si pensi ai soggetti titolari di un diritto reale (usufruttuario, enfiteuta, titolare di un diritto di uso sulla cosa, i soggetti che hanno il diritto di abitazione) o ai soggetti titolari di un rapporto obbligatorio o diritto personale di godimento (il conduttore nel contratto di locazione, l'affittuario nel contratto di affitto di un fondo rustico – sempre se in base al contratto abbiano la facoltà di eseguire interventi edilizi – il comodatario). L'usufruttuario, l'enfiteuta, il titolare di un diritto di uso sulla cosa, i soggetti che hanno il diritto di abitazione (*rectius* titolari di un diritto reale) possono farsi rientrare a pieno titolo nella qualifica di possessore.

Nel primo caso, infatti sussistono entrambi gli elementi identificativi della situazione possessoria, vale a dire il potere di fatto sulla res (il *corpus*) e l'elemento soggettivo, cioè, l'intenzione del soggetto di tenere la cosa quale proprietario o titolare di altro diritto reale (*l'animus*).

Nel concetto di detenzione si potrebbero far rientrare, a qualsiasi altro titolo, la figura del concessionario privato del bene (es. concessionario di terre incolte per il miglioramento dei fabbricati rurali e delle case di abitazione), colui che ha ottenuto il godimento di beni immobili appartenenti

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 238 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzione di diritto civile*, Padova, 2004, 561 ss.; T. CAMPANILE, F. CRIVELLATI, L. GENGHINI, *I diritti reali*, in L. GENGHINI (a cura di), *Manuali notarili*, Padova, 2011, 193 ss.; A. DALMARTELLO, *Dell'accessione, della specificazione, dell'unione e della commistione*, in G. CIAN, A. TRABUCCHI, in *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 2020, 918 ss.

al demanio, l'amministratore del condominio per quanto riguarda i beni comuni, il singolo condomino, previo consenso dell'assemblea condominiale, quando l'intervento concerne parti comuni, il rappresentante legale del proprietario munito di specifica delega e, infine, il beneficiario di occupazione d'urgenza, il destinatario di un provvedimento dell'autorità giudiziaria (es. custode giudiziario), i titolari di un rapporto obbligatorio. Orbene tutte queste figure ben possono essere intese come detentori, atteso che tali soggetti hanno la mera disponibilità materiale del bene caratterizzato dalla mancanza dell'elemento psicologico tipico del possesso (*animus detinendi*).

Il detentore, infatti, non ha volontà di esercitare poteri sulla *res* a nome proprio, poiché la sua relazione con la cosa si fonda sempre sulla titolarità di un diritto personale di godimento (es. contratto di locazione) o su un'obbligazione (es. contratto di deposito). Tutti questi soggetti, se si optasse per un'interpretazione meramente tassativa della disposizione normativa, non avrebbero la possibilità di presentare la domanda di autorizzazione paesaggistica, con la conseguenza di non poter eseguire i necessari lavori edilizi sui beni tutelati.

Si potrebbe sostenere, altresì, che tali soggetti siano esentati dal presentare la richiesta di autorizzazione e si potrebbe creare una prassi consistente nell'aggirare il divieto legislativo di immodificabilità delle aree sottoposte a vincolo.

Appare evidente che una interpretazione siffatta non avrebbe alcun valido fondamento. La norma di riferimento è data, appunto, dall'art. 146, comma 1, che impone ai proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili e aree oggetto degli atti e dei provvedimenti elencati all'art. 157, oggetto di proposta formulata ai sensi degli artt. 138 e 141, tutelati ai sensi dell'art. 142, ovvero sottoposti a tutela dalle disposizioni del piano paesaggistico, che non possono distruggerli, né introdurvi modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione. In altri termini, il legislatore si è preoccupato di imporre in prima battuta il divieto di immodificabilità del bene, ogni qual volta si sia in presenza di un'attività che possa distruggere o arrecare pregiudizio al bene vincolato. Pertanto, nessuna deroga è prevista per questi soggetti perché il legislatore, pur prediligendo un'interpretazione tassativa dei soggetti destinatari del divieto di alterazione dello stato dei luoghi, ha utilizzato, non a caso, l'espressione "proprietari, possessori o detentori a qual-

siasi titolo di immobili (...) ¹⁰⁰” delle aree oggetto di tutela paesaggistica, quali situazioni classiche di dominio.

Questa conclusione consente di chiarire anche l'altro aspetto del problema.

Se detti soggetti non sono esentati dall'obbligo di presentare la richiesta di autorizzazione paesaggistica, ne consegue inevitabilmente che ogni qual volta alcuno di loro, che sia in rapporto qualificato con il bene vincolato, voglia effettuare uno degli interventi soggetti a preventiva autorizzazione è tenuto a inoltrare regolare istanza di autorizzazione.

In altri termini, destinatari dell'obbligo di non alterazione e titolari della domanda di autorizzazione sono i proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo, perciò, chiunque vanti un diritto reale o personale di godimento e chiunque abbia l'effettiva disponibilità del bene.

13. Destinatario della domanda di autorizzazione paesaggistica

Un altro aspetto da chiarire è l'individuazione di quale sia il soggetto a cui vada proposta la domanda di autorizzazione.

In generale, si deve affermare che la domanda va inoltrata al soggetto titolare della funzione autorizzatoria.

Invero, la funzione paesaggistica, come già evidenziato, secondo l'impianto costituzionale, spetta allo Stato. Pertanto, la domanda dovrebbe essere presentata all'amministrazione statale competente.

Senonché, il legislatore statale individua nella Regione il soggetto pubblico competente a rilasciare il nulla osta paesaggistico. Infatti, i soggetti pubblici titolari della funzione autorizzatoria sono indicati nell'art. 146, commi 2 e 3, del Codice dei beni culturali ambientali.

La scelta legislativa di allocare in capo alla Regione l'esercizio della funzione autorizzatoria risponde a una finalità ben precisa.

¹⁰⁰ Secondo l'art. 146, comma 1, del d.lgs. n. 42/2004, “I proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili e aree oggetto degli atti e dei provvedimenti elencati all'art. 157, oggetto di proposta formulata ai sensi degli articoli 138 e 141, tutelati ai sensi dell'articolo 142, ovvero sottoposti a tutela dalle disposizioni del piano paesaggistico, non possono distruggerli, né introdurre modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione”.

Per comprendere i termini del problema, appare opportuno ricordare il progresso impianto normativo in materia.

Inizialmente, la funzione amministrativa consistente nel valutare la compatibilità paesaggistica dei beni oggetto di protezione era stata delegata alla Regioni, ai sensi dell'art. 82, comma 2, del d.lgs. n. 616/1977.

Successivamente, molte Regioni¹⁰¹ hanno subdelegato ai comuni, con apposita legge regionale, l'esercizio delle funzioni amministrative.

In particolare, la Regione Campania è intervenuta sull'argomento con la l. n. 65/1981. L'art. 6 della suddetta legge stabilisce che: "sono subdelegate ai Comuni le funzioni amministrative previste dall'art. 82, comma secondo, lettera b), d) e f) del D.P.R. 24.07.1977, n. 616 per le zone sottoposte a vincolo paesaggistico".

La suddetta normativa anticipava la devoluzione di tutte le funzioni amministrative ai Comuni, operata dalla legge costituzionale n. 3 del 18/10/2001.

Infatti, il nuovo art. 118 stabilisce che: le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo, che per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

In altri termini, i Comuni, enti locali più vicini al cittadino, in applicazione dei suddetti principi, avrebbero dovuto essere i soggetti pubblici competenti al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Invece, con la riforma del Codice dei beni culturali e ambientali si registra una inversione di tendenza rispetto al passato. I Comuni vengono privati della titolarità della funzione autorizzatoria in materia paesaggistica.

Tale funzione amministrativa viene restituita alle Regioni.

Tuttavia, il conferimento della funzione autorizzatoria in capo alle Regioni non è la regola. In realtà, chiarimenti in merito alla questione sono forniti dalla stessa disposizione normativa di cui all'art. 146. Infatti, pur ritenendo in prima battuta competente la Regione, il legislatore assume un atteggiamento flessibile perché stabilisce che le Regioni, ove stabiliscano di non esercitare direttamente la funzione autorizzatoria, ne possono delegare l'esercizio agli enti intermedi, quali province o a forme associative di cooperazione al fine di assicurarne l'adeguatezza e garantire

¹⁰¹ Lazio, Lombardia, Emilia-Romagna, Liguria, Toscana, Campania.

la necessaria distinzione tra la tutela paesaggistica e le competenze urbanistiche e edilizie comunali.

I due interessi pubblici per il legislatore sono degni di tutela autonoma e indipendente. Non solo, viene anche riconfermata, in un certo senso, la possibilità per le Regioni di subdelegare ai Comuni il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica nel caso in cui si verificano due condizioni, vale a dire, quando sia stato approvato il piano paesaggistico ai sensi dell'art. 143, comma 3, e quando i Comuni abbiano provveduto al conseguente adeguamento degli strumenti urbanistici.

Si può notare che il legislatore preferisce il criterio dell'adeguatezza a quello della sussidiarietà.

Le ragioni di questa scelta possono desumersi esplicitamente dallo stesso disposto normativo del comma 3, ovvero nell'intento di evitare che l'applicazione senza limiti del principio di sussidiarietà e, dunque, l'attribuzione dell'esercizio della funzione permissiva in capo all'ente locale più vicino al cittadino avrebbe comportato il pericolo di una sovrapposizione nella valutazione in capo allo stesso ente della conformità dell'intervento con i valori paesaggistici e con quelli attinenti al governo del territorio anch'essi di competenza comunale.

Appare, inoltre determinante anche il ruolo attivo e di collaborazione che l'autorità statale, nella veste della Soprintendenza ha nel procedimento autorizzatorio. La Soprintendenza, infatti è chiamata a intervenire nell'ambito del procedimento autorizzatorio, con l'emanazione di un parere, che a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 157/2006, è diventato vincolante.

Il fatto che il legislatore abbia coinvolto anche lo Stato si può spiegare nell'ottica del principio anch'esso di rilevanza costituzionale della leale cooperazione fra i vari enti pubblici. In definitiva, considerata l'importanza della tutela paesaggistica, il legislatore statale ha optato per forme di intesa e di collaborazione tra i vari soggetti pubblici.

Anche la Corte costituzionale, sotto la vigenza del precedente testo unico dei beni culturali e ambientali (d.lgs. n. 490/1999) si era pronunciata a favore di un modello ispirato al principio di leale cooperazione nelle relazioni tra gli organi costituzionali¹⁰².

¹⁰² Corte cost., 25/10/2000, n. 437.

Del resto, lo stesso modello è stato scelto nella materia dei beni culturali e ambientali¹⁰³.

Dunque, una delle prime importanti novità introdotte dalla riforma del Codice Urbani su cui in seguito ci soffermeremo nel corso della presente indagine, è il ruolo secondario e residuale che viene attribuito ai Comuni nell'esercizio della funzione amministrativa in materia di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

14. Forma e contenuto della domanda di autorizzazione

Occorre ora valutare la forma e il contenuto che deve avere la richiesta del privato qualora decida di esercitare lo *ius edificandi* nelle zone sottoposte a vincolo paesaggistico.

Anche se la norma di cui all'art. 146 del Codice non dice nulla sulla forma scritta o meno della domanda di autorizzazione, in applicazione dei principi generali della certezza e della trasparenza vigenti nell'ordinamento amministrativo si deve senz'altro convergere sulla necessità della sua forma scritta.

Per quanto concerne il contenuto della domanda di autorizzazione, non resta altro che procedere a una disamina dell'art. 146 che descrive puntualmente tutto il procedimento autorizzatorio.

Orbene, l'art. 146, comma 5, dispone che la domanda di autorizzazione deve indicare “lo stato attuale del bene interessato, gli elementi di valore paesaggistico presenti, gli impatti sul paesaggio delle trasformazioni proposte e gli elementi di mitigazione e di compensazione necessari”.

Viene demandato a un decreto del Consiglio dei ministri, il compito di individuare d'intesa con la Conferenza Stato – Regioni, entro sei mesi dall'entrata in vigore del Codice, la necessaria documentazione che deve corredare la domanda di autorizzazione, al fine di consentire alle autorità competenti di verificare la compatibilità paesaggistica degli interventi proposti.

Questi, dunque, i primi elementi che l'istanza del privato deve neces-

¹⁰³ L'art. 118, comma 3 della Cost. dispone che: “la legge statale (...) disciplina, inoltre, forme di coordinamento nella materia dei beni culturali e ambientali.

sariamente contenere per far sì che il suo intervento sia positivamente assentito.

Come si può osservare, il legislatore, nel descrivere il contenuto della domanda di autorizzazione, omette ogni tipo di riferimento alla situazione urbanistica della zona oggetto di intervento, ai provvedimenti permissivi legittimanti l'intervento edilizio, alla conformità dell'opera agli strumenti urbanistici vigenti, segno, tutto questo, di una chiara volontà legislativa di tenere separati la valutazione di due distinti e autonomi interessi, ossia quello paesaggistico e quello urbanistico.

Vengono, inoltre, individuati dei parametri ben precisi, a cui il soggetto pubblico, titolare della funzione autorizzatoria si deve attenere nel suo giudizio di valutazione avente a oggetto l'istanza del privato. Solo se sussistono tutti i requisiti richiesti il progetto sarà provvisoriamente assentito con la proposta di autorizzazione da inviare, poi, alla Soprintendenza per l'emanazione del parere di propria competenza.

La prima valutazione che la regione o eventualmente l'ente delegato deve compiere è quella di verificare la compatibilità dell'intervento con il piano paesaggistico e con le prescrizioni contenute nei provvedimenti di dichiarazione di interesse pubblico.

In particolare, occorrerà accertare: “a) la compatibilità rispetto ai valori paesaggistici riconosciuti dal vincolo e alle finalità di tutela e miglioramento della qualità del paesaggio individuati dalla dichiarazione di notevole interesse pubblico e dal piano paesaggistico; b) la congruità con i criteri di gestione dell'immobile o dell'area indicati dalla dichiarazione e dal piano paesaggistico” (art. 146 comma 6, lettere a) e b)).

La precisa individuazione dell'oggetto del giudizio implica una sorta di limitazione della discrezionalità amministrativa, sembra, infatti mancare uno dei due momenti caratterizzanti la discrezionalità amministrativa, vale a dire il momento della volontà¹⁰⁴. Si tratta di un giudizio ancorato a

¹⁰⁴ Sulla differenza tra discrezionalità amministrativa e tecnica si veda M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, individua nella esistenza di una riserva di valutazione tecnica non comportante un giudizio ponderativo su interessi; A.M. SANDULLI, *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, 3 ss.; A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 787 ss.; M.S. GIANNINI, *Corso di Diritto amministrativo*, Milano, 1967, I, 66; G. GUARINO, *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni 80*, Milano, 1985; ID., *Dizionario di diritto amministrativo*, vol. I, “Atti e poteri amministrativi”;

dei parametri ben precisi. In altri termini, volendo individuare la natura dell'attività amministrativa e del procedimento autorizzatorio e del provvedimento permissivo finale sembrerebbe venire in rilievo una vera e propria discrezionalità tecnica caratterizzata da una valutazione che presuppone un'approfondita ed esaustiva istruttoria attraverso la quale si procede all'analisi dei fatti, supportata dalle regole tecniche espressamente stabilite dalla legge.

Attraverso un riscontro di carattere tecnico, l'autorità competente effettua, anche, un controllo formale della domanda di autorizzazione atteso che l'accoglimento o il diniego dell'istanza di autorizzazione è condizionato dalla esistenza positiva o negativa di parametri tecnici.

Questo tipo di scelta, forse, ha *la sua ratio* nell'intento di evitare valutazioni soggettive arbitrarie che potrebbero intervenire nello svolgimento dell'attività istruttoria. Ma ciò è anche sintomo di una evidente trasparenza che caratterizza il procedimento autorizzatorio in materia paesaggistica. Il soggetto privato richiedente è, senza dubbio maggiormente tutelato perché il rigetto della sua istanza non è rimesso all'espletamento di un giudizio meramente discrezionale dell'ente competente. Al contrario, si dovrà dimostrare che le ragioni del diniego trovano fondamento nella mancanza di uno dei suddetti elementi.

Una volta accertata la conformità alle prescrizioni richieste e una volta acquisito il parere della commissione, che dovrà essere appositamente istituita ai sensi dell'art. 148 del Codice, la Regione invierà alla Soprintendenza la proposta di rilascio o di diniego dell'autorizzazione, corredata del progetto e di tutta la documentazione necessaria, entro il termine di quaranta giorni dalla ricezione dell'istanza, dandone comunicazione agli interessati (art. 146, comma 7).

Sulla proposta di autorizzazione o sul diniego della stessa la Soprintendenza effettuerà un controllo mirante ad accertare la legittimità dell'at-

Milano, 1983, 206, ss.; F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, 310 ss.; F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Milano, 1957, 88 ss.; F. FRACCHIA, *Autorizzazioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, I, 598; G. VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944; G. SACCHI MORSIANI, *Autorizzazioni in funzione di controllo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, 50 ss. Sull'autorizzazione come atto presupposto all'esercizio di un potere amministrativo, per tutti A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959, 60 ss.

to. Sulla natura della valutazione di compatibilità paesaggistica di competenza della Soprintendenza si rinvia ai capitoli successivi.

Ai fini della presente indagine, è interessante individuare gli interventi che, pur ricadenti su aree o su immobili di rilevante valore paesaggistico, non sono sottoposti al regime autorizzatorio disciplinato dall'art. 146 del Codice.

In realtà, la presenza di una categoria di lavori esclusi dal regime autorizzatorio non costituisce una novità introdotta dal d.lgs. n. 157/2006, ma era già prevista dalla previgente disciplina¹⁰⁵.

Le attività non soggette ad autorizzazione paesaggistica sono tassativamente indicate nell'art. 149 del Codice Urbani. Si tratta di un triplice elenco di interventi che, pur incidendo sul contesto territoriale oggetto di protezione sotto il profilo della tutela paesaggistica, sono considerati irrilevanti dal legislatore dal momento che non producono apprezzabili mutamenti dello stato dei luoghi. In particolare, si tratta dei seguenti tipi di lavori: a) interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria, di consolidamento statico e di restauro conservativo che non alterino lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore degli edifici; b) interventi inerenti all'esercizio delle attività agro-silvo-pastorale che non comportino alterazione permanente dello stato dei luoghi con costruzioni edilizie ed altre opere civili, e sempre che si tratti di attività e di opere che non alterino l'assetto idrogeologico del territorio; c) interventi per il taglio colturale, la forestazione, la riforestazione, le opere di bonifica, antincendio e di conservazione da eseguirsi nei boschi e nelle foreste indicati dall'art. 142, comma 1, lett. g), purché previsti ed autorizzati in base alla normativa in materia.

È interessante notare che i lavori individuati dal legislatore nell'art. 149, lett. a) sono caratterizzati dal fatto che hanno tutti la finalità di preservare l'aspetto esteriore dell'edificio senza comportare una modifica

¹⁰⁵ Secondo l'art. 152, del t.u. d.lgs. 29/10/1999, n. 490 sono sottratti a regime autorizzatorio e possono essere liberamente effettuati: a) gli interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria, di consolidamento statico e di restauro conservativo che non alterino lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore degli edifici; b) gli interventi inerenti all'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale che non comportino alterazione permanente dello stato dei luoghi con costruzioni edilizie ed altre opere civili, e sempre che si tratti di attività ed opere che non alterino l'assetto idrogeologico del territorio; c) il taglio colturale, la forestazione, la riforestazione, le opere di bonifica, antincendio e di conservazione da eseguirsi nei boschi e nelle foreste indicati alla lett. g) dell'art. 146 purché previsti ed autorizzati in base alle norme vigenti in materia.

della sagoma o la realizzazione di nuove opere. In effetti questi interventi possono essere sottratti al regime autorizzatorio proprio perché non creano nuovo volume e perché non pregiudicano il territorio sotto il profilo paesaggistico. Anche la scelta degli interventi di cui alla lett. b) dello stesso articolo è giustificata dalla natura dell'attività che è tale da non alterare o modificare lo stato dei luoghi. In particolare, l'attività agro – silvo-pastorale affinché non sia soggetta al nulla osta paesaggistico deve presentare due requisiti, vale a dire: a) non deve produrre un'alterazione permanente dello stato dei luoghi con costruzioni edilizie e altre opere civili; b) non deve alterare l'assetto idrogeologico del territorio.

L'altro intervento preso in considerazione nell'art. 149, lett. c) concerne quelle attività connesse all'utilizzazione di terreni coperti di boschi e foreste. Anche in questo caso deve essere soddisfatto il requisito della non trasformazione del territorio che potrebbe avvenire a esempio attraverso il taglio di alberi o la diversione delle acque.

La lieve incidenza sul contesto territoriale oggetto di protezione è tale da poter giustificare una deroga alla regola generale del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Se le tipologie di interventi, sottratte al provvedimento permissivo sono state espressamente individuate dal legislatore, ragionando *a contrario*, tutte le attività non rientranti nell'elenco di cui all'art. 149 del d.lgs. n. 42/2004 dovranno essere previamente autorizzate.

Per individuare nella specie le attività soggette al nulla osta paesaggistico un punto di riferimento potrebbe essere offerto dal d.P.R. n. 380/2001 che all'art. 3 definisce giuridicamente tutte le attività connesse all'utilizzo del territorio (interventi di nuova costruzione, interventi di ristrutturazione urbanistica, ecc.).

15. I provvedimenti autorizzativi

I provvedimenti autorizzativi¹⁰⁶ in generale rappresentano la misu-

¹⁰⁶ Secondo la ricostruzione teorica di O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV 7 ss.; nonché di U. FORTI, *Autorizzazioni amministrative*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1964; G. VIGNOCCHI, *La natu-*

ra amministrativa più frequente a tutela del paesaggio e dell'ambiente¹⁰⁷. Attraverso il potere autorizzatorio, l'amministrazione intende espri-

ra giuridica dell'autorizzazione amministrativa, Padova, 1944, 20; U. FORTI, C.M. JACCARINO, *Autorizzazione amministrativa*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, I, 2, 1980; G. GABRIELLI, *Profili delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1942, I, 207 ss., l'autorizzazione ha la funzione di rimozione di limiti "posti alla libertà individuale per ragioni di ordine pubblico" e sosteneva quindi che il destinatario del provvedimento autorizzatorio fosse titolare di una situazione di diritto soggettivo. L'esercizio di tale diritto, tuttavia era sottoposto ad una limitazione, la cui rimozione era determinata dal rilascio dell'atto di consenso dell'amministrazione. La dottrina successiva, invece, sostiene che le autorizzazioni hanno natura di atto ampliativo della sfera giuridica del destinatario, con efficacia costitutiva dei nuovi poteri, facoltà, diritti. In tale senso, A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 784; ID., *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, 6, ss., P. GASPARRI, *Autorizzazione* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, 509, ss., F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Milano, 1962, 5, ss., L. ACQUARONE, *Contributo alla classificazione delle autorizzazioni amministrative*, Milano, 1962, 9, ss.; G. SACCHI MORSIANI, *Autorizzazione in funzione di controllo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, 50 ss., P. SALVATORE, *Le autorizzazioni amministrative*, in *Cons. Stato*, 1965, II, 483. Più precisamente, la dottrina ha evidenziato l'utilizzo delle autorizzazioni come strumento flessibile di indirizzo e di controllo delle attività pubbliche e private ai fini della loro conformazione alle finalità sociali. In tale senso, R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative ed iniziativa economica privata*, Milano, 1974, 10, ss., P. DELL'ANNO, *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Padova, 1989, 51; non è mancato chi ha evidenziato anche una sorta di crisi del sistema autorizzatorio: A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, vol. II 70, ss.; V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, 95 ss.; infine, F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996 nonché N. GULLO, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati. Il quadro comunitario*, Torino, 2006, 63.

¹⁰⁷ I provvedimenti autorizzativi hanno la caratteristica di rimuovere i limiti fissati dalla legge all'esercizio di una preesistente situazione giuridica soggettiva di vantaggio. Con i provvedimenti autorizzativi, l'amministrazione esprime il proprio consenso all'attività prospettata dal richiedente, valutandone la compatibilità con l'interesse pubblico.

Esempi di esercizio di potere autorizzatorio sono le abilitazioni, che vengono rilasciate in seguito alla verifica di determinate qualità tecniche; il nullaosta, con cui un'altra amministrazione diversa da quella precedente, dichiara che non vi sono ostacoli all'approvazione del provvedimento finale e di altri atti diversamente denominati. A tal proposito, va evidenziato che i tradizionali modelli procedurali in tema di autorizzazioni basati sull'emanazione di provvedimenti espressi sono stati sostituiti da modelli nuovi: infatti, l'art. 19 della legge n. 241/1990 è stato modificato dalla legge n. 80/2005 con l'introduzione della c.d. segnalazione di inizio attività (prima dichiarazione di inizio attività), che dà la possibilità di sostituire ogni atto permissivo con la dichiarazione stessa.

mere il proprio consenso preventivo in ordine ad un'attività del privato, previa verifica di compatibilità della stessa, in relazione all'interesse pubblico paesaggistico in una logica di rapporto autorità – libertà¹⁰⁸. L'ordinamento giuridico, infatti, pur riconoscendo a determinati soggetti il diritto soggettivo di svolgere una determinata attività, si tutela dal pregiudizio

L'attività oggetto della segnalazione può essere iniziata dalla data della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente.

In caso di carenza dei presupposti di legittimità, l'amministrazione competente adotta provvedimenti motivati di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, ferma restando la possibilità da parte del soggetto di conformare l'attività alla normativa entro un termine mai inferiore a 30 giorni. L'amministrazione competente può assumere in ogni caso determinazioni in via di autotutela. Inoltre, sempre la l. n. 80/2005 ha modificato l'art. 20 della legge sul procedimento amministrativo, con l'introduzione della regola per cui il silenzio dell'amministrazione ha lo stesso valore del provvedimento di accoglimento dell'istanza del privato, nel caso in cui la P.A. non dia risposta entro un termine per il rilascio del provvedimento stesso. Questo meccanismo non si applica nelle materie concernenti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, la salute e la pubblica incolumità. Non si applica, inoltre, in tutti gli atti imposti dalla normativa comunitaria o nei casi in cui la legge qualifichi il silenzio come rigetto dell'istanza.

¹⁰⁸ Il rapporto tra la p.a. e situazioni giuridiche soggettive dei privati si qualifica con riferimento al rapporto dialettico fra Autorità e libertà. Sul tema M.S. GIANNINI, *Istituzione di Dir. amm.*, Milano, 2000, 253, il quale sottolinea l'importanza dell'elemento di mediazione fra i due termini del rapporto dialettico che è costituito dal procedimento amministrativo e ricorda che vi sono molte attività dell'amministrazione che non sono esercizio di autorità. Quali quelle conoscitive e quasi tutte quelle attinenti all'erogazione dei pubblici servizi, sui contenuti e le differenziazioni di tale rapporto si vedano comunque le indicazioni di F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale in Atti del convivio di studi giuridici*, Vicenza, 1958, 28 ss., quindi A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, XXVI, 56, 1977; M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, 805, ss.; G. ABBAMONTE, *Profili costituzionali sul ruolo dell'amministrazione*, in G. MARUONGI, G.C. DE MARTIN, *Democrazia e amministrazione*, 1992, 35 ss.; da ultimi sui limiti e i principi dell'azione amministrativa: A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI, (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 56; A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2004, 49. Infine, sul tradizionale rapporto autorità e libertà si vedano S. PERONGINI, *Stato costituzionale di diritto e procedimento amministrativo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità – libertà tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, 1; A. CROSETTI, *Il rapporto autorità – libertà nei modelli di tutela dell'ambiente*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità – libertà tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, 343; E. FREDIANI, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019, 11 ss.; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 265.

che potrebbe derivare alla collettività dall'esercizio incontrollato di tali diritti e potestà, subordinando, caso per caso, l'esercizio dei medesimi ad un assenso preventivo. In materia paesaggistica e ambientale, come si è visto, il potere amministrativo¹⁰⁹ è contraddistinto da una serie di atti e di procedimenti di controllo e di valutazione finalizzati a valutare la conformità o meno di determinate attività alla normativa tecnica di riferimento. Detta attività di controllo¹¹⁰, che può essere esercitata in via preventiva e /o successiva, nel procedimento amministrativo paesaggistico viene svolta in via preventiva dal Soprintendente, organo statale dotato di specifiche competenze e conoscenze tecniche, all'esito di una compiuta attività istruttoria e conoscitiva¹¹¹.

¹⁰⁹ Sulla diversa configurazione delle situazioni giuridiche soggettive in relazione al potere amministrativo A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive* in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 293 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir.*, Agg., Milano, 1988, II, 966 ss.; E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1999, 78; C.E. GALLO, *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999, XIV, 2864 ss.; G. SANTANIELLO, *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Cons. Stato*, 1999, II, 1207 ss.; E. PICOZZA, G. PALMA, E. FOLLIERI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 80; da ultimo, A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Il diritto*, *Enc. giur. Il Sole 24 Ore*, Milano, 2007, 14, 610 ss.; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo, Storia e Teoria*, Torino, 2017, 43; C. GUACCI, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in AA.VV., *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 2017, 97.

¹¹⁰ La ricostruzione moderna relativa ai procedimenti di controllo e rispettive differenziazioni è dovuta a M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1263 ss.; P. SALVI, *Premesse ad uno studio sui controlli giuridici*, Milano, 1957 (tesi criticata da GIANNINI nella recensione al volume in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 373); G. BERTI, L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, X 298; P. GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, IV, *Teoria dei controlli*, Padova, 1967, 49, 40 ss.; U. POTOTSCING, *Controlli e principi costituzionali sulla pubblica amministrazione*, in *Reg. e loc.*, 1984, 29 ss.; S. CASSESE (a cura di) *I controlli nella pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, 19; U. ALLEGRETTI (a cura di) *I controlli amministrativi*, Bologna, 1995, 25; V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *I principi generali*, in F. SCHLITZER (a cura di), *Il sistema dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2002, 40, nonché G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, II ed., *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, 1343 ss.; A. CROSETTI, *Controlli amministrativi*, in *Dig. IV disc. pubbl.*, Torino, 1989, IV, 67 ss., IX, 67 ss.

¹¹¹ Sulla rilevanza dell'attività istruttoria e conoscitiva si vedano soprattutto i contributi di F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 60 ss.; R. PEREZ, *L'istruzione nel procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*,

Gli atti autorizzativi in funzione di tutela paesaggistica presentano le stesse caratteristiche dei modelli abilitativi tradizionali. Di norma sono atti scritti, specifici e temporanei. I predetti provvedimenti, per quanto attiene alla loro specifica funzione di tutela del vincolo paesaggistico, hanno molto spesso una caratteristica, rappresentata dal fatto che attraverso tali atti l'amministrazione non si limita a verificare che l'attività progettata dal privato sia compatibile dal punto di vista paesaggistico, ma in alcuni casi esercita anche poteri conformativi, prescrittivi e sanzionatori dell'attività stessa.

Invero, per la comprensione della tipologia, dell'ampiezza e della natura del potere che si manifesta nell'espletamento del complesso e articolato procedimento paesaggistico, ai fini della presente ricerca, è opportuno soffermarsi sulla natura del provvedimento conclusivo dell'esercizio della menzionata funzione che prende il nome di autorizzazione paesaggistica, passando in rapida rassegna alcune opinioni che hanno approfondito lo studio delle autorizzazioni.

Occorre, infine, evidenziare che l'attività amministrativa di valutazione del paesaggio è una delle attività in cui discrezionalità amministrativa e tecnica¹¹² interagiscono con maggiore continuità e frequenza. La pub-

1996, 623; ID., *L'acquisizione di notizie da parte della pubblica amministrazione*, 1968, 1371, ss.; M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, 1996, 129; F. MERLONI, *Attività conoscitive delle amministrazioni pubbliche e statistiche ufficiali. Problemi organizzativi e funzionali*, in RTDP, 1994, 209; F. LEVI, *Inchiesta amministrativa*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1962, VIII, 509; G. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, 97 e R. LOMBARDI, *Inchiesta*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2005, 3036.

¹¹²La configurazione della discrezionalità tecnica intesa come attività di valutazione a contenuto scientifico è stata fortemente criticata dalla dottrina: F. PIGA, *Sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1956, I, 52 ss.; P. VIRGA, *Appunti sulla c.d. discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, XXVIII, 96 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 43 (secondo il quale la discrezionalità tecnica non esiste, ma esistono solo accertamenti, apprezzamenti, giudizi tecnici che possono essere riferiti tanto ad atti discrezionali che ad atti vincolati); inoltre, C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 79, ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1986, 20, ss.; L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Milano, 1986, 14; S. PIRAINO *La funzione amministrativa fra discrezionalità tecnica e merito*, Milano, 1990, 50, ss.; D. DE PRETIS, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 170 ss.; ulteriori contributi in F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 685 ss.; S. PIRAINO, *Tecnica e discrezionalità amministrativa*, in *Nuova rass.*, 1992, 1053 ss.; A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e pre-*

blica amministrazione è spesso chiamata non solo a individuare e ponderare interessi pubblici e privati; ma anche a valutare in base a criteri tecnico scientifici, quale sia la scelta migliore tra più opzioni possibili.

Invero, il tema delle autorizzazioni è stato oggetto di ampia trattazione nella dottrina¹¹³. L'impostazione teorica più nota e risalente è quella di Oreste Ranalletti, che, pur essendo stata integrata dall'evoluzione della teoria generale degli atti amministrativi, ha fornito spunti innovativi nell'elaborazione dottrinale dello studio del provvedimento amministrativo.

federativo, in *Dir. econ.*, 1996, 251, ss.; A. CARIOLA, *Discrezionalità tecnica ed imparzialità*, in *Dir. amm.*, 1997, 469, ss.; F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 603, ss.; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007, 31; C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica, La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, 44; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 791.

¹¹³La teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, di O. RANALLETTI si sviluppa in tre saggi, apparsi in più riprese nelle riviste giuridiche: *Concetto e natura* (*Giur. it.*, 1894, IV, 7 ss.); *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative* in *Riv. it. studi giur.*, 1894, 3 ss., 317 ss.; *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative* in *Riv. it. scienze giur.*, 1895, 3 ss.; 255, ss.; 1896, 77 ss., 177 ss., 350 ss.; ID., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1895, XIX, 3 ss.; D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, 3 ss.; U. FORTI, *Gli acquisti dei corpi morali e l'autorizzazione governativa*, in *Riv. dir. civ.* 1913, U. FORTI, *Studi di Diritto Pubblico*, II Roma, 1937, 66 ss.; U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Trattato dir. amm.* vol. 2, Milano, 1915, 607 ss.; C. VITTA, *Nozione degli atti amministrativi*, *Giur. it.*, 1906, IV, 60 ss.; L. RAGGI, *Alcuni rilievi e chiarimento del concetto di autorizzazione amministrativa*, in *Foro it.*, 1907, 8 ss.; L. RAGGI, *Sull'atto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, 175; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, 199 ss.; A. DE VALLES, *Concessione di servizi pubblici e autorizzazioni di servizi pubblici impropri*, in *Riv. dir. fin.*, 1941, II, 274; G.M. DE FRANCESCO, *L'ammissione nelle classificazioni degli atti amministrativi*, Milano, 1926, 82; G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, 80; C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, 1964, 117; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La proposta nel diritto pubblico*, Roma, 1936, 34; G. ORTOLANI, *Autorizzazione e approvazione*, in *Scritti S. Romano*, II Padova, 1940, 16 ss.; F. ROVELLI, *Le autorizzazioni di polizia*, *F. Lomb.*, 1939, I, 368; A.M. SANDULLI, *Il procedimento, amministrativo*, Milano, 1940, 66, 16; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 234 ss.; G. VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944, 80; G. VIGNOCCHI, *Note sull'autorizzazione a costruire rilasciata dalle attività municipali della p.a.*, Milano, 1950, in *Foro*, Padova, 1952, III, 9 ss.

I successivi Autori¹¹⁴ nelle loro elaborazioni hanno affrontato il tema in esame, pur introducendo delle varianti di specie alla costruzione originaria impostata a suo tempo da Ranelletti, e hanno mantenuto inalterata la sua ispirazione di fondo. Invero, il settore dei procedimenti autorizzatori è uno di quei campi dove più acuto si manifesta il confronto dialettico tra libertà ed autorità¹¹⁵. Secondo il pensiero di Ranelletti, l'autorizzazione elimina il limite posto dalla legge all'esercizio del potere che preesiste nella sfera soggettiva del privato richiedente. Da questa definizione di autorizzazione hanno preso spunto le diverse teorie dell'autorizzazione che pur mantenendosi all'interno dello schema concettuale delineato dall'Autore hanno riesaminato a fondo i passaggi logici del suo ragionamento: la natura e la valenza della situazione giuridica del richiedente l'autorizzazione, la funzione essenziale del provvedimento, la sua efficacia. La stessa giurisprudenza amministrativa, che ha contribuito alla fondazione di alcuni istituti giuridici, sia sul versante processuale, che su quello del diritto sostanziale, ha manifestato incertezze e perplessità circa la reale natura giuridica dei provvedimenti autorizzatori. Basti pensare alla classica distinzione tra autorizzazione e concessione che da sempre ha attratto il pensiero di molti studiosi, per osservare come essa sia stata di fatto sfumata dalla giurisprudenza amministrativa, che ha accostato entrambi i provvedimenti nella categoria generica degli "atti intesi a consentire a soggetti terzi, in particolare ai privati, lo svolgimento di certi diritti"¹¹⁶.

¹¹⁴ Si tratta in particolare dei contributi di F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici tra l'amministrazione e i privati*, Milano, 1957, 5 ss.; L. ACQUARONE, *Contributo alla classificazione delle autorizzazioni amministrative*, Milano, 1962, 1 ss.; C. DAL PIAZ, *Il trasferimento delle amministrazioni e concessioni amministrative*, Torino, 1971, 84 ss.; R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974, 7; A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzatori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 784; D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, *Arch. giur.*, 1903, I, 42; M.S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 300, ss.; V. DE POZZO, *Il nulla osta amministrativo*, Bari, 1959, 12; P. DELL'ANNO, *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Padova, 1989, 40.

¹¹⁵ P. DELL'ANNO, *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Padova, 1989, 15; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 79 che "il limite si pone come fratello dialettico della libertà". Tra i due termini del rapporto dialettico vi è un elemento di mediazione che è costituito dal procedimento amministrativo.

¹¹⁶ Per la giurisprudenza l'autorizzazione e la concessione sono atti intesi a consentire

In merito a tali aspetti sono state elaborate diverse tesi, fra le quali appare opportuno richiamare quella secondo la quale l'autorizzazione amplia la sfera giuridica del destinatario¹¹⁷, formulando una proposta interpretativa per alcuni versi in chiave critica rispetto all'opinione tradizionale; quella che distingue le autorizzazioni in legittimanti e potestizzanti¹¹⁸; quella che, ritenendo generica l'elaborazione dogmatica del Ranelletti, propone una diversa ricostruzione della vicenda giuridica, concentrando la sua indagine sulla funzione dell'autorizzazione e sulle autorizzazioni costitutive¹¹⁹; quella che, pur riconoscendo la validità dell'elaborazione

a soggetti terzi, in particolare ai privati, lo svolgimento di certe attività. P. GOTTI, *La giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali in tema di individuazione dei provvedimenti di concessione di beni o di servizi pubblici*, in *Dir. amm. e Giust. amm.*, 1998, 524; A. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, vol. 2; AA.VV., *Scritti per il Centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, vol. 2, Roma, 1981, 24; P. DELL'ANNO, *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Padova, 1989, 40.

¹¹⁷ Secondo G. ORTOLANI, *Sul concetto di autorizzazione e di funzione di servizio pubblico*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1948, 413, l'autorizzazione amplia la sfera giuridica del destinatario. L'autore critica la concezione della dottrina dominante. Dopo aver effettuato un esame della legislazione positiva propone la seguente definizione dell'autorizzazione amministrativa: "l'atto col quale un organo della pubblica amministrazione investita di poteri di supremazia, attribuisce, conferisce, integra ad un determinato soggetto (...) un diritto sostanziale o una potestà o una situazione giuridica che prima non aveva, previo l'accertamento che il soggetto stesso è nelle condizioni volute dalla legge per poterli conseguire ed esercitare, e che concorrono le condizioni di interesse pubblico cui è connesso il conferimento o l'integrazione di quel diritto, di quella potestà o situazione giuridica". In altri termini, secondo l'autore, l'autorizzazione ha sempre portata costitutiva, ma, a differenza di quanto sostenuto dal Ranelletti, consentirebbe il conferimento di un potere, di una facoltà, di un diritto che normalmente mancano o sono vietati prima che l'autorizzazione sia concessa.

¹¹⁸ G. GASPARRI, *Considerazioni in tema di autorizzazioni*, in *Giur. Cass. Civ.*, 1947, 1125; P. DELL'ANNO, *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Padova, 1989, 81. Secondo l'orientamento in esame, le autorizzazioni si risolvono in un giudizio su un atto o su un'attività e si distinguono in autorizzazioni legittimanti e autorizzazioni potestizzanti. Le prime non integrano una fattispecie attributiva di diritti o poteri, bensì di un dovere: in questi casi, senza l'autorizzazione manca il potere del soggetto di provvedere, e quindi l'atto è vietato finché non viene autorizzato; le seconde, invece, sono dette potestizzanti, quando rappresentano condizioni di efficacia dei provvedimenti. Le autorizzazioni presentano come tratto distintivo rispetto alle concessioni rappresentato dalla mancanza della funzione traslativa, in quanto intese a costruire in capo all'autorizzato o delle legittimazioni o delle potestà *ex novo*.

¹¹⁹ A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, rist. 1964, 66 ss., nota 16, secondo la quale i veri e propri provvedimenti autorizzativi hanno la funzione di

di Ranelletti secondo la quale l'autorizzazione non è un atto costitutivo, non crea un nuovo potere, ma rimuove un ostacolo al suo esercizio¹²⁰, sostiene che non sempre il provvedimento autorizzativo è espressione di un potere discrezionale, nel senso che l'atto di autorizzazione non pone necessariamente un giudizio di opportunità¹²¹. In particolare, secondo quest'ultima tesi, sulla scia di quanto sostenuto da Ranelletti, all'atto di autorizzazione preesiste un potere limitato nel suo esercizio¹²². L'autorizzazione, inserendosi tra quei poteri e le attività medesime, mira soltanto a togliere ogni ostacolo per la libera attuazione dei primi. Di conseguenza rimuovendo un limite all'esercizio di un potere allarga la sfera di efficacia della fattispecie che sta alla base del potere stesso. Per la tesi in esame, dunque, l'autorizzazione non è un atto costitutivo, ma avrebbe la funzione di consentire lo svolgimento di attività future che traggono la loro origine e la loro giustificazione nei poteri e nelle attitudini del soggetto che le pone in essere. In altri termini, essa non crea un nuovo potere, ma rimuove un ostacolo al suo esercizio. Il potere giuridico a cui si

condizionare l'esercizio del diritto alla constatazione della rispondenza e della compatibilità dei requisiti (oggettivi e soggettivi) a specifici interessi pubblici protetti; questa constatazione si realizza mediante un riscontro effettuato sulla base di una valutazione di discrezionalità amministrativa. Prima dell'autorizzazione, il soggetto pur essendo legittimato ai suddetti rapporti giuridici pur essendo titolare di un diritto soggettivo è privo di uno dei poteri o facoltà, i quali "normalmente ineriscono e sono ricompresi nel più ampio potere di cui si tratta", vale a dire del potere di esercitarlo. La situazione giuridica del privato è configurata come quella del diritto soggettivo in attesa di espansione condizionato da un riscontro tecnico. La forza costitutiva delle autorizzazioni, in sintesi, vista non nella creazione di nuovi diritti, ma nell'effetto di consentire l'espansione dei diritti soggettivi preesistenti, operando nel campo del potere o della facoltà che rappresentano le posizioni dinamiche del diritto soggettivo come posizione statica. L'esercizio del potere, presente nel diritto soggettivo "in stato di latenza" è quindi determinato dall'autorizzazione.

¹²⁰ G. VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944, 96 ss.

¹²¹ Sulla tesi che l'autorizzazione sia sempre discrezionale, cfr., D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Arch. giur.*, 1903, I, 42; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, I Padova, 1914, 1249; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Messina, 1932, 187. Sostengono il contrario, invece, U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO, (a cura di), *Trattato dir. amm.*, vol. 2, 2, Milano, 1915, 607; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, III ed., Padova, 1937, 249; V. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1933, 298.

¹²² G. VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944, 96 ss.

riferisce l'Autore non sarebbe altro che manifestazione, facoltà inerenti allo stesso diritto soggettivo, così i poteri di godere, di usare, di alienare non sarebbero che manifestazioni del diritto soggettivo di proprietà¹²³. Dunque, mentre Ranelletti parla di un diritto preesistente, G. Vignocchi introduce il concetto di potere, non necessariamente coincidente con il contenuto del primo; inoltre, tale potere è sospeso nel suo esercizio, laddove Ranelletti si riferiva ad un diritto potenziale¹²⁴.

La riflessione sul provvedimento autorizzatorio è proseguita, conseguendo un notevole livello di approfondimento, con la tesi che identifica una speciale tipologia di autorizzazioni, c.d. autorizzazioni *ut facias*, caratterizzate da un'ampia discrezionalità della pubblica amministrazione per ciò che attiene all'*an*¹²⁵; con la tesi che prospetta le autorizzazioni economiche, con le quali la pubblica amministrazione esprimerebbe un giudizio positivo di conformità dell'iniziativa economica privata all'interesse generale secondo una valutazione discrezionale¹²⁶.

¹²³ G. VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, cit., 98 ss.

¹²⁴ G. VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, cit., 107.

¹²⁵ F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Milano, 1957, 88 ss., aderisce alla tesi di Ranelletti, ma identifica un'altra tipologia di autorizzazioni caratterizzate da un'ampia discrezionalità della pubblica amministrazione per ciò che attiene all'*an*. In particolare, l'Autore sostiene che l'autorizzazione oltre ad avere una funzione di controllo preventivo dell'attività svolta dal privato, in alcuni casi ha la finalità di indirizzare attivamente l'attività autorizzata affinché si adegui al pubblico interesse. In questa prospettiva, l'autorizzazione è definita come l'atto che compone un ipotetico conflitto tra autorità e libertà. L'atto di autorizzazione, secondo l'Autore, in alcuni casi, consente di instaurare un rapporto di soggezione fra l'amministrazione e il privato. Quest'ultimo, in altri termini, assume l'obbligo di sottostare a tutte le prescrizioni presenti e future che la p.a. deciderà imporgli mediante un'apposita regolamentazione. Per questa tipologia di autorizzazione Franchini riprende la definizione già proposta dalla dottrina più antica, di autorizzazione *ut facias*. Si veda anche la dottrina tedesca. SULSER, *Bedingung und Auflage*, Aarau, 1919, 23; O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Lipsia, 1883, I, 298 ss.

¹²⁶ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, 107 ss., si discosta dalla tesi del Ranelletti e individua la categoria delle autorizzazioni economiche con esame del bisogno aventi natura reale e obiettiva. Con questa tipologia di atti autorizzativi, la pubblica amministrazione esprimerebbe un giudizio positivo di conformità dell'iniziativa economica privata all'interesse generale secondo ampi criteri di discrezionalità. In particolare, secondo l'Autore, il diritto preesistente all'autorizzazione è un diritto generale solo parzialmente limitato dal singolo divieto cui accede l'autorizzazione. La situazione giuridica preesistente sarebbe il generale diritto di iniziativa economica istituzionalmente spettante ai privati in virtù dell'art. 41, primo

La dottrina ha approfondito, altresì, il tema delle situazioni giuridiche soggettive esistenti a monte dell'autorizzazione, prospettando la tesi secondo la quale non sarebbero configurabili solo diritti soggettivi, ma in alcuni casi anche interessi legittimi¹²⁷; mentre, per altro verso la dottrina ha dedicato particolare attenzione ai profili funzionali dei procedimenti autorizzatori¹²⁸, evidenziando che i provvedimenti autorizzatori possono

comma della Costituzione, quale norma che “crea il potere al cui esercizio quei limiti si pongono per ragioni di interesse generale”.

¹²⁷ L. ACQUARONE, *Contributo alla classificazione delle autorizzazioni amministrative*, Milano, 1962, 116, ss., aderisce alla tesi ranellettiana, ma qualifica diversamente la situazione soggettiva di vantaggio preesistente alla rimozione del limite da parte della p.a. Secondo l'Autore, l'attività autorizzata trova il suo fondamento in una preesistente situazione di vantaggio del privato, che rientra nel generale istituto della libertà di iniziativa economica che ricomprende tanto posizioni di diritto soggettivo quanto posizioni di interesse legittimo (specie diritti affievoliti). Le autorizzazioni dotate di ampia discrezionalità escludono l'esistenza di un diritto soggettivo: “la situazione del soggetto sottoposto a potere discrezionale nasce come situazione di interesse legittimo”. Dunque, l'Autore opera una importante integrazione rispetto alla tesi originaria del Ranelletti, sostenendo che “l'intensità delle limitazioni e soprattutto la natura e l'estensione dei poteri conferiti in materia alla p.a. possono fare diversamente qualificare la situazione statica di vantaggio, alla quale si ricollega l'esercizio dell'attività economica effettuata dai privati”. L. Acquarone, pertanto, sostiene la necessità di distinguere le autorizzazioni a seconda che il loro contenuto sia costituito da disposizioni rivolte a consentire l'esercizio di un diritto soggettivo, oppure che permettono l'esplicazione di poteri e facoltà, le quali hanno a loro fondamento un interesse legittimo. Mentre le autorizzazioni che consentono l'esercizio di un diritto soggettivo hanno carattere vincolato sia per quanto concerne la loro emanazione che per quanto riguarda il contenuto, così che l'amministrazione non può, per loro mezzo, costituire gli autorizzati in una posizione di soggezione speciale, gli atti autorizzativi, rivolti a permettere l'esercizio di poteri e facoltà riconducibili ad un interesse legittimo hanno natura discrezionale, in modo che la p.a. attraverso l'imposizione di idonee clausole accidentali può riservarsi il potere di indirizzare e dirigere l'attività dell'autorizzato (118 ss.). Per una diversa interpretazione si vedano: G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, 257; M.P. CHITI, *Profilo pubblico del turismo*, Milano, 1970, 143 ss., 263, il quale ritiene inaccettabile la tesi che poteri e facoltà spettino anche ai titolari delle situazioni di interesse legittimo in quanto esse configurano invece situazioni di vantaggio a contenuto inattivo.

¹²⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 438; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, ora *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. SANTANIELLO, (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 1988. GIANNINI elabora una teoria delle autorizzazioni basandosi sugli aspetti funzionali attraverso lo studio dei procedimenti autorizzatori senza limitarsi al solo provvedimento finale. In particolare, l'Autore rileva che “anche se i procedimenti autorizzatori hanno come loro finalità tipica la composizione di interessi, il ruolo di carattere generale comune a tutti i procedimenti è quello di subordinare la realizzazione di interessi privati a interesse pubbli-

avere una funzione di controllo, una funzione di programmazione o una funzione meramente conformativa¹²⁹. Non è mancato chi ha discusso se le autorizzazioni debbano ancora oggi essere distinte dalle concessioni, sostenendo, alcuni, che si tratti di provvedimenti sostanzialmente identici¹³⁰ e, altri, che conservino tratti distintivi tali da giustificare la loro autonomia concettuale¹³¹. Una considerazione autonoma merita una elaborazione¹³² che contesta l'autonomia del provvedimento autorizzativo e la distinzione con la concessione. I due provvedimenti vengono collocati in

ci". Alla base dei procedimenti autorizzatori vi è una "illimitata possibilità di individuazione e di connotazione dei poteri". La vicenda giuridica dei procedimenti viene definita dal GIANNINI secondo una complessa articolazione di momenti: esistono norme che "dopo aver individuato un potere di un soggetto privato per ciò che concerne la gestione affidano una codecisione, in tutto o in parte ad un'autorità amministrativa, in ordine all'esercizio del potere o alle modalità del suo svolgimento o al suo contenuto".

¹²⁹ Sul pensiero di M.S. Giannini, si vedano le considerazioni di P. DELL'ANNO, *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Padova, 1989, 93 ss.

¹³⁰ U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964, 387 ss., 408 ss., individua una identità ontologica tra autorizzazioni e concessioni, in quanto le autorizzazioni non presuppongono un diritto preesistente, né una riserva pubblica dell'attività, così come avviene per le concessioni. Secondo l'Autore autorizzazioni e concessioni opererebbero in un campo non riservato alla pubblica amministrazione e tuttavia sottratto alla disponibilità dei privati nei cui confronti essi assumono efficacia ampliativa, come strumenti con i quali la legislazione indirizza l'attività economica verso il perseguimento di fini sociali. La differenza tra i due provvedimenti viene individuato nel carattere convenzionale che caratterizza le concessioni e in quello unilaterale e autoritativo che sarebbe tipico delle autorizzazioni. Anche F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, 12 ss. afferma che i provvedimenti autorizzativi dispiegherebbero efficacia costitutiva *ex novo*, non diversamente da quelli concessivi, i primi però costituiscono diritti *ex novo* in capo al destinatario, i provvedimenti concessivi, invece, sono traslativi, in quanto i soggetti pubblici trasferiscono diritti ad essi spettanti.

¹³¹ M.P. CHITI, *Profilo pubblico del turismo*, Milano, 1970, 143 ss., critica la ricostruzione tradizionale delle autorizzazioni. Egli ritiene che la distinzione tra l'autorizzazione e la concessione abbia una sua validità. Secondo l'Autore l'autorizzazione è non solo costitutiva di una situazione di diritto soggettivo, ma anche ricognitiva di una preesistente situazione di libertà che la norma attributiva del potere autorizzatorio alla pubblica amministrazione aveva limitato sottoponendola a condizione. Le concessioni invece, hanno un effetto costitutivo – traslativo in quanto si caratterizzano non tanto per l'effetto ampliativo della sfera giuridica del destinatario tramite l'attribuzione di un diritto soggettivo, quanto per la constatazione che l'oggetto degli atti di concessione risulta assolutamente estraneo, precedentemente all'emanazione dell'atto, alla sfera giuridica del destinatario.

¹³² F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, 44 ss.

una categoria unica. La crisi del provvedimento autorizzativo troverebbe, secondo detto orientamento, il suo fondamento nel dato positivo e, in particolare, nell'art. 19 della l. n. 241/1990, il quale ha sostituito il regime della sottoposizione di alcune attività al rilascio di atti permissivi con il meccanismo della dichiarazione di inizio di attività da parte del privato, e nell'art. 20 della stessa legge, il quale introduce il meccanismo del silenzio assenso nell'ipotesi di atti di permissivi¹³³. La tesi in esame, critica il predetto orientamento sostenendo che la rilevanza dell'autorizzazione deve essere più attentamente valutata nel complessivo panorama legislativo è che la stessa legge sul procedimento amministrativo consenta una diversa ipotesi interpretativa, rispetto a quella proposta dal predetto orientamento dottrinale. Secondo Fracchia, al contrario, gli artt. 19 e 20 confermano l'ammissibilità del mantenimento della fondatezza della distinzione fra autorizzazioni e concessioni, oggetto di recente di rilievi critici. In tal senso depone anche la disciplina comunitaria, la quale mantiene ferma la distinzione concettuale fra autorizzazioni e concessioni. La riflessione in esame ha affrontato anche il problema della individuazione della situazione soggettiva condizionata dal provvedimento in oggetto. Secondo la predetta tesi la situazione giuridica soggettiva preesistente, incisa dall'esercizio del potere amministrativo, non è sempre il diritto soggettivo, ma anche l'interesse legittimo.

La contrapposizione tra diritto e potere amministrativo era formalmente chiara: laddove esiste potere discrezionale il privato non può far valere un diritto che risulti da legge, regolamento o da un contratto. L'orientamento in esame¹³⁴ sostiene che all'autorizzazione preesistono posizione di vantaggio, le cui modalità di esplicazione risultano condizionate dal soggetto pubblico, il quale presta il proprio consenso, incidente soltanto nell'esercizio e non già sulla titolarità di quelle situazioni, a seguito della valutazione della compatibilità dell'operazione avuta di mira dal privato con le finalità pubbliche. Infine, la tesi in esame¹³⁵ individua quattro ma-

¹³³ F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, 35.

¹³⁴ F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 105.

¹³⁵ F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 213.

cro-tipologie di autorizzazione fornendo alla riflessione un contributo di rilevante interesse.

L'esame, per quanto sintetico, delle riflessioni condotte dalla dottrina sulla natura delle autorizzazioni consente di stabilire che il provvedimento in questione viene emanato dalle amministrazioni sulla scorta di un giudizio di valore a volte di natura interpretativa, a volte di natura discrezionale e a volte di natura di discrezionalità tecnica. Inoltre, la dottrina ha definitivamente accertato che il soggetto che richiede un'autorizzazione può essere titolare sia di un diritto soggettivo, che di un interesse legittimo.

I risultati attinti dal dibattito dottrinale rappresentano utili elementi da utilizzare nella riflessione successiva, volta ad acclarare la natura delle valutazioni poste a base dell'amministrazione in sede di autorizzazioni paesaggistiche.

Capitolo Secondo

La valutazione delle Autorità preposte alla tutela del vincolo paesaggistico

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La configurazione del potere valutativo dell'amministrazione nel procedimento paesaggistico secondo la dottrina e la giurisprudenza. – 3. La concreta configurazione del potere decisionale della Soprintendenza. – 4. Le tipologie di valutazioni compiute dalla Soprintendenza. – 5. Il potere valutativo devoluto all'amministrazione. – 6. Le riflessioni di M.S. Giannini sul potere discrezionale. – 7. Il potere amministrativo "legittimo" e "corretto". – 8. Il bilanciamento "necessario" degli interessi costituzionalmente tutelati. – 9. Il processo di concretizzazione dell'interesse pubblico nella fase istruttoria del procedimento amministrativo: distinzione tra interesse pubblico astratto e interesse pubblico concreto. – 10. La decisione amministrativa in condizioni di incertezza e il principio di precauzione. – 11. La qualificazione del potere amministrativo come discrezionalità tecnica. – 12. L'autorizzazione paesaggistica come strumento per conformare l'attività del privato. – 13. Le conseguenze che derivano dall'applicazione della tesi della decisione condizionata in tema di autorizzazioni paesaggistiche. – 14. Le configurazioni teoriche del potere decisionale della pubblica amministrazione. – 15. La configurazione dogmatica del potere decisionale della Soprintendenza. – 16. Casi in cui l'Autorità paesaggistica procede ad un bilanciamento dei diversi interessi pubblici coinvolti nel procedimento paesaggistico. – 17. Segue: a) Realizzazione impianto ripetitore per la radiotelevisione. – 18. Segue: b) Installazione impianto eolico o impianto fotovoltaico. – 19. Segue: c) Ampliamento di stabilimenti balneari in aree sottoposte a tutela paesaggistica e mantenimento o meno di una struttura recettivo balneare per l'intero anno. – 20. La configurazione del potere decisionale della Soprintendenza nelle tecniche legislative del potere amministrativo. – 21. Il potere valutativo vincolato dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico. – 22. Il potere interpretativo dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico. – 23. Il potere discrezionale puro dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico e il potere di discrezionalità tecnica. – 24. Il potere consistente nella elaborazione di prescrizioni provvedimenti sulla base di giudizi valutativi formulati sulla base di principi, di clausole generali e di concetti giuridici indeterminati. – 25. Considerazioni di sintesi.

1. Premessa

Sulla scorta di quanto precede, è possibile affrontare il tema della natura del potere che l'amministrazione esercita in sede di autorizzazioni paesaggistiche.

Appare opportuno evidenziare che il potere che l'amministrazione esercita in sede di autorizzazione paesaggistica presenta una natura composita. Infatti, esso consiste nella elaborazione di un giudizio valutativo, nell'ambito del quale convivono a volte una pluralità di tipologie di poteri amministrativi. Dette tipologie sono così intensamente fuse fra di loro da rendere difficile, se non impossibile, l'approfondimento della problematica in esame senza aver ben chiaro la diversa natura delle valutazioni sottese ai differenti tipi di potere della pubblica amministrazione. Invero, proprio prendendo le mosse dalla nozione del potere sostanziale della pubblica amministrazione è possibile tentare di comprendere le modalità di funzionamento dell'agire amministrativo e i mezzi di tutela giurisdizionale, previsti a difesa dei privati cittadini. Infatti, l'indagine sui profili sostanziali del potere – che tradizionalmente concerne il concetto di “discrezionalità amministrativa”¹, ma che investe anche altre tipologie di valutazione, come quelle relative alla discrezionalità tecnica o alla stessa interpretazione – risulta fondamentale per la comprensione e la classificazione delle scelte, delle valutazioni e delle decisioni compiute dalla pubblica amministrazione per la realizzazione e la cura dell'interesse pubblico paesaggistico.

¹ Sulla discrezionalità amministrativa M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 80 ss.; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, 1098 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65 ss.; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 1981, 264; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 215. Per un'analisi del pensiero di GIANNINI sulla discrezionalità, F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva* in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045. Si veda anche la ricostruzione effettuata da M. PASTORELLI, *La discrezionalità amministrativa nel pensiero giovanile di Massimo Severo Giannini*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVII, Milano, 2008, 381 ss., 464; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un "ordinamento liberal-democratico"*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 739 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 54 ss.

2. La configurazione del potere valutativo dell'amministrazione nel procedimento paesaggistico secondo la dottrina e la giurisprudenza

Appare opportuno partire dalla ricostruzione degli orientamenti maturati dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

La valutazione sulla compatibilità paesaggistica di un'opera, sulla cui base viene fondata una successiva scelta di tutela con il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica o con il suo diniego, è connotata da ampi margini di opinabilità, che pongono il problema della natura e dell'ampiezza del potere amministrativo che viene esercitato e del sindacato devoluto al giudice amministrativo².

La tutela del paesaggio viene garantita attraverso lo svolgimento di un'attività amministrativa procedimentalizzata, che trova il suo fondamento normativo nel dettato di una disciplina di rango speciale, contenuta nel d.lgs. n. 42/2004, all'art. 146. L'art. 146, comma 8, stabilisce che "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'art. 140, comma 2, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti". Il legislatore ha coniato per l'occasione una particolare tipologia di potere, qualificandolo come valutativo.

La giurisprudenza amministrativa ritiene che il parere reso dalla Soprintendenza sulla compatibilità paesaggistica di un intervento sia espressione di un ampio potere di "discrezionalità tecnico – valutativa"³. Con

² Ritiene che la valutazione sulla compatibilità paesaggistica di un'opera del privato abbia una spiccata natura opinabile P. MARZARO, *L'autorizzazione paesaggistica semplificata nella disciplina del D.P.R. 9 luglio 2010, n. 139*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2012, 259; P. MARZARO, *L'amministrazione del paesaggio. Profili critici ricostruttivi di un sistema complesso*, Torino, 2011, 83 ss.

³ Il giudizio affidato all'Amministrazione è connotato da un'ampia discrezionalità tecnico valutativa, poiché implica l'applicazione di cognizioni tecniche specialistiche proprie di settori scientifici disciplinari della storia, dell'arte e dell'architettura, caratterizzati da ampi, margini di opinabilità. In termini, T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 10/03/2022, n. 1627; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 17/01/2022, n. 40; Cons. Stato, sez. VI, 27/05/2021, n. 967; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 21/01/2020, n. 945; T.a.r.

quest'ultima locuzione si intende fare riferimento a quel tipo di valutazione, effettuata dalla pubblica amministrazione, quando l'esame di fatti o situazioni deve avvenire ricorrendo a cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico, a scienze tecniche quali ad esempio la medicina, la biologia, la fisica, l'ingegneria, ecc.

Per tale ragione, secondo la giurisprudenza, l'accertamento di compatibilità paesaggistica è sindacabile in sede giurisdizionale soltanto per difetto di motivazione, illogicità manifesta ovvero errore di fatto⁴.

Si sostiene che l'adozione degli atti di individuazione, protezione, conservazione dei beni paesaggistici, in cui si sostanzia la funzione di tutela del vincolo paesaggistico, coinvolge il compimento di attività conoscitive e valutative, che sono riconducibili alla nozione di discrezionalità tecnica⁵. L'azione amministrativa, dell'autorità competente alla tutela del

Campania, Napoli, sez. VI, 27/04/2020, n. 1486; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 2/03/2020, n. 945; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 21/01/2020, n. 268; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 1/10/2021, n. 7787; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 14/09/2021, n. 1185; Cons. Stato, sez. VI, 27/05/2021, n. 4096; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd. 7/05/2021, n. 406; T.a.r. Roma, sez. III, 9/03/2021, n. 2841; T.a.r. Trieste, sez. I, 3703/2021, n. 70; Cons. Stato, sez. VI 28/12/2015, n. 5844, Cons. Stato, sez. VI, 4/067/2015, n. 2751; Cons. Stato, sez. VI, 18/02/2019, n. 1002; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 16/12/2019, n. 8704, T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. II, 20/09/2019, n. 757; Cons. Stato, sez. VI, 18/02/2019, n. 1102; T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 16/11/2018, n. 867; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 31/08/2018, n. 1235; Cons. Stato, sez. VI, 22/11/2018, n. 6615; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II 5/10/2017, n. 1458.

⁴ Cfr., *ex multis*, T.a.r. Catania, sentt. nn. 515/2021, 3933/2019. Il T.a.r. Catania nella sent. n. 515/2021 ha affermato che *“nello specifico settore delle autorizzazioni paesaggistiche, dominato dal preminente valore costituzionale della tutela del paesaggio, la motivazione dell'autorizzazione paesaggistica e, a maggior ragione del diniego, deve contenere una puntuale esternazione delle ragioni tecnico-giuridiche che costituiscono il complesso impeditivo alla realizzazione dell'opera”*.

⁵ E. FOLLIERI, *Paesaggio e tutela giurisdizionale – La tutela del paesaggio culturale negata per la tesi sulla graduazione di ufficio degli effetti dell'annullamento*, in *Giur. it.*, 2021, 1942 ss.; G.DE GIORGI CEZZI, *Commento dell'art. 3 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 modificato con i DD.lg. 24 marzo 2006 n. 156 e n. 157)*, Milano, 2006, 33, 38; S. AMOROSINO, *Autorizzazioni paesaggistiche: una sentenza “passatista” del Consiglio di Stato disattesa dal T.A.R. Salerno*, in *Urb. e app.*, 2021, 449 ss.; S. AMOROSINO, *I “dehors” della Casina Valadier: Roma Capitale e Soprintendenza “disapplicano” le leggi*, in *Urb. e app.*, 2021, 305 ss.; F. D'ANGELO, *L'autorizzazione paesaggistica: inapplicabilità del silenzio assenso “endoprocedimentale”*, in *Giornale dir. amm.*, 2021, 231; R. PEPE, *Considerazioni sull'annullamento sopravvenuto dell'autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, 479 ss.; B. GRAZIOSI, *Il divieto di sanatoria*

paesaggistica tra sopravvenienza del vincolo e sopravvenienza del divieto, in *Urb. e app.*, 2019, 6 ss., 761; E. GIARDINO, *Il carattere unitario della tutela paesaggistica e l'ineludibilità del procedimento amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2019, 102 ss.; M. SINISI, *L'autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (D.P.R. 13 febbraio 2017 n. 31): La "questione aperta" del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 4, 235; S. AMOROSINO, *Il nuovo regolamento di liberalizzazione e semplificazione delle autorizzazioni paesaggistiche (d.P.R. n. 31/2017)*, in *Urb. e app.*, 2017, 327; E. BOSCOLO, *L'inammissibilità dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria: riaffermazione del principio e questioni sempre aperte*, in *Urb. e app.*, 2015, 838 ss.; E. BOSCOLO, *Motivazione dell'autorizzazione paesaggistica e attuazione del giudicato*, in *Urb. e app.*, 2014, 929 ss.; S. AMOROSINO, *Autorizzazioni paesaggistiche: obbligo di parere motivato e costruttivo. Il D.L. 83/2014 modifica l'art. 146 del Codice*, in *Urb. e app.*, 2014, 789 ss.; G. FERRARI, L. TARANTINO, *Sui presupposti per l'annullamento dell'autorizzazione paesaggistica*, in *Urb. e app.*, 2013, 1338 ss.; F. ROMANI, *L'autorizzazione paesaggistica in sanatoria e i volumi tecnici*, in *Il Corr. Mer.*, 2013, 10, 1009; M.T. SEMPREVIVA, *Autorizzazione paesaggistica*, in *Urb. e app.*, 2013, 1018; F. DE LUCIA, M. PROTTO, *Urbanistica: La sovrintendenza può annullare l'autorizzazione paesaggistica rilasciata dal Comune per carenza di adeguata valutazione della compatibilità paesaggistica*, in *Urb. e app.*, 2012, 475 ss.; S. AMOROSINO, *Le sette "novellette" legislative sul procedimento di autorizzazione paesaggistica*, in *Urb. e app.*, 2011, 1395; D. CHINELLO, *L'autorizzazione paesaggistica semplificata*, in *Immobili & proprietà*, 2010, 11, 705; G. SEVERINI, *Le nuove modifiche al Codice dei beni culturali e del paesaggio – le nuove misure correttive integrative*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 1057; L. CARBONE, L. LO MEO, *Annullamento dell'autorizzazione paesaggistica affetta da eccesso di potere*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 1131; L. CARBONE, L. LO MEO, *Verifica delle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate dagli enti territoriali*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 77; S. AMOROSINO, *Il nuovo regolamento di liberalizzazione e semplificazione delle autorizzazioni paesaggistiche (D.P.R. n. 31/2017)*, in *Urb. e app.*, 2017, 327 ss.; V. MILANI, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 5, 469; G. SCIULLO, *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio: principi dispositivi ed elementi di novità*, in *Urb. e app.*, 2004, 763 ss.; R. FUZIO, *Pianificazione ed autorizzazione paesaggistica: luci ed ombre del nuovo Codice*, in *Ambiente & sviluppo*, 2004, 7, 632; R. DAMONTE, *Il "punto" del Consiglio di Stato su autorizzazione paesistica in sanatoria e sanzione pecuniaria ex art. 15 l. 1497/39*, in *Urb. e app.*, 2000, 1311 ss.; F. CANGELLA, *La disciplina procedimentale dell'autorizzazione paesaggistica: l'impatto delle modifiche introdotte dal d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2009, 175 ss., 218; G. DE GIORGI CEZZI, *Tutela dell'identità dei luoghi e rilevanza monumentale di un uliveto secolare in Foro amm. T.a.r.*, 2005, 2955, 2959 ss.; G. DE GIORGI CEZZI, *Lo statuto dei beni culturali*, in *Aedon*, 3, 2001; G. SEVERINI, *Annullamento delle autorizzazioni paesaggistiche: termini e leale collaborazione*, in *Giornale dir. amm.*, 1995, 185 ss.; V. GIUFFRÈ, *L'autorizzazione paesaggistica negata in sanatoria*, in *Corr. giur.*, 1993, 9, 1120; M.R. SPASIANO, *Commento all'art. 146*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, 1305 ss.; E. BOSCOLO, *L'attività edilizia libera*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, III ed., 2015, 195 ss.; M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 251 ss., 2007.

vincolo paesaggistico, si sostanzia in una valutazione conoscitiva e in un giudizio tecnico formulati sulla base di scienze e di conoscenze specialistiche.

Tale affermazione costituisce ancora oggi una convinzione radicata nella dottrina e nella giurisprudenza, che escludono che l'autorità competente in materia paesaggistica possa svolgere apprezzamenti di discrezionalità amministrativa, concernenti la comparazione tra interessi pubblici e interessi privati, al fine della scelta in merito all'interesse che debba in concreto prevalere e ricevere tutela. Nell'ambito del procedimento paesaggistico, la valutazione di compatibilità è espressione di discrezionalità tecnica in quanto l'amministrazione, cui compete tale funzione, si concentra su un solo interesse e non può dare luogo ad alcuna forma di comparazione e valutazione di interessi eterogenei, risultando l'atto viziato da eccesso di potere⁶.

In particolare, secondo detto orientamento, l'autorità competente non può in questo ambito decidere comparando gli interessi sottesi nella vicenda in ragione del fatto che la scelta di prevalenza dell'interesse paesaggistico è stata già effettuata dall'art. 9 della Costituzione e dalle norme di legge ordinaria interposte⁷. L'accertamento volto a verificare la sussistenza del relativo interesse può essere compiuto dall'amministra-

⁶ Cons. Stato, sez. VI, 23/07/2015, n. 3652.

⁷ Di recente il Consiglio di Stato ha affermato che la tutela del paesaggio prevale sugli altri valori costituzionali, in particolare *“è preclusa all'amministrazione procedente la possibilità di cercare autonomamente di conciliare l'interesse paesaggistico con gli altri interessi in gioco, compreso quello ambientale appannaggio della Commissione tecnica costituita ai sensi dell'art. 7, d.l. 23 maggio 2008, n. 90, convertito con modificazioni dalla l. 14 luglio 2008, n. 123; la funzione di tutela del paesaggio, infatti è estranea a ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione. Tale regola essenziale di tecnicità e concretezza, per cui il giudizio di compatibilità deve essere appunto “tecnico” e proprio del caso concreto, applica il principio fondamentale dell'art. 9 Cost., il quale consente di fare eccezione anche a regole di semplificazione a effetti sostanziali altrimenti praticabili; anche laddove, cioè, il legislatore abbia scelto una speciale concentrazione procedimentale, come quella che si attua con il sistema della conferenza di servizi, essa non comporta comunque un'attenuazione della rilevanza della tutela paesaggistica perché questa di fonda su un espresso principio fondamentale costituzionale”*: Cons. Stato, sez. IV, 29/03/2021, n. 2633; Cons. Stato, sez. IV, 2/03/2020, n. 1486; T.a.r. Puglia, Bari, sez. I, 4/03/2019, n. 336; T.a.r. Veneto, Venezia, sez. II, 26/01/2017, n. 93; Cons. Stato, sez. VI, 23/07/2015, n. 3652; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 3/12/2012, n. 4881; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 27/04/2011, n. 735.

zione applicando regole tecnico-specialistiche, caratterizzate da una ineliminabile opinabilità. La valutazione della compatibilità paesaggistica non può avvenire comparando la tutela del paesaggio con gli altri interessi. La soddisfazione incondizionata dell'interesse pubblico paesaggistico scaturirebbe dalla collocazione dell'art. 9 tra i principi fondamentali della Costituzione⁸.

Secondo la giurisprudenza, nel peculiare settore dei beni paesaggistici, l'accertamento volto a verificare la sussistenza del relativo interesse può essere compiuto dall'Amministrazione con l'applicazione di regole tecnico – specialistiche ontologicamente caratterizzate da una fisiologica ed ineliminabile opinabilità⁹.

Il Ministero per i beni e le attività culturali, pertanto, nell'esercitare la sua funzione di tutela del paesaggio, deve limitarsi alla valutazione tecnico-professionale di compatibilità dell'intervento con l'interesse pubblico paesaggistico, riservando l'attività di bilanciamento alle Amministrazioni, cui tale funzione compete. Infatti, diversamente dalla discrezionalità amministrativa, la discrezionalità tecnica è caratterizzata dal perimetro dell'unicità dell'interesse. L'amministrazione preposta alla tutela non deve prendere in considerazione e calcolare gli altri interessi toccati, quale ne sia la natura o la meritevolezza: la valutazione dell'amministrazione secondo canoni scientifici e tecnici esclude la presa in considerazione e la comparazione con altri interessi in modo da individuare la soluzione più conveniente: la scelta di convenienza è già stata fatta a monte dalla legge e all'amministrazione, pertanto, resta solo il compito di evitare che l'interesse affidatole sia compromesso o messo in pericolo¹⁰.

La valutazione sulla compatibilità dell'intervento con il vincolo paesaggistico, come qualsivoglia potere amministrativo, trova fondamento giuridico nella legge, che ne prescrive le forme e i presupposti. La So-

⁸G. TROPEA, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità. "Relazione pericolosa" o "attrazione fatale"?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 718 ss.

⁹Secondo costante giurisprudenza, il parere vincolante della Soprintendenza ex art. 146 d.lgs. n. 42/2004, nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, è espressione non di una scelta discrezionale pura, ma di una valutazione tecnico-discrezionale. In termini, T.a.r. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 03/03/2021, n. 70; Cons. Stato, sez. VI, 20/04/2020, n. 2515; Cons. Stato, sez. V, 5/10/2020, n. 5831.

¹⁰Cons. Stato, sez. VI, 23/07/2015, n. 3652.

printendenza deve comunque vagliare, in relazione alla fattispecie concreta, la congruenza del giudizio di compatibilità paesaggistica dell'intervento. La valutazione di compatibilità paesaggistica, resa in concreto, a sua volta è adeguata se le caratteristiche dell'intervento vi risultano individuate, raffrontate e giustificate con i valori riconosciuti e protetti dal vincolo, dovendo essere esposta l'analisi eseguita sulle ragioni di compatibilità o incompatibilità effettiva che, in riferimento a tali valori, rendano o meno compatibile l'opera progettata, non essendo quindi sufficiente, allo scopo, l'affermazione della "centralità" del paesaggio e della rilevanza della sua tutela tra i valori costituzionalmente garantiti. Centralità riconosciuta anche da un consolidato orientamento della Corte costituzionale¹¹, ai sensi del quale la tutela del bene paesaggistico è elevata a valore primario dell'ordinamento, non è suscettibile di essere subordinata ad altri interessi e costituisce un interesse pubblico fondamentale, primario e assoluto che va salvaguardato nella sua interezza.

Principio, che di recente è stato riaffermato anche in significative sentenze del Consiglio di Stato¹², secondo le quali l'art. 9 della Costituzione erige il valore estetico-culturale del bene paesaggistico a valore primario dell'ordinamento; da ciò ne discende che la tutela del paesaggio, che sovrintende a superiori interessi pubblici, deve realizzarsi a prescindere da ogni valutazione dei singoli interessi privati.

Senonché, se sul piano teorico deve essere negata qualunque confusione concettuale tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, nella prassi si possono verificare diverse contaminazioni e commistioni¹³.

¹¹ Corte cost., 24/06/1986, n. 151, Corte cost., 21/12/1985, n. 359, Corte cost., 1/04/1985, n. 94; Corte cost., 7/11/2007, n. 367 che conferma la tesi già radicata in dottrina secondo la quale il paesaggio è "*forma del territorio e dell'ambiente*", la cui tutela rappresenta valore costituzionale primario (cfr., tra le molte), "*primarietà che la stessa giurisprudenza costituzionale ha esplicitamente definito come "insuscettibilità di subordinazione ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici"*".

¹² Cons. Stato, sez. VI, 11/01/2013, n. 118; Cons. Stato, sez. V, 22/03/2012, n. 1640; Cons. Stato, sez. IV, 5/07/2010, n. 4246; Cons. Stato, sez. V, 12/06/2009, n. 3770; Corte Giust., 25/07/2008, C-142/07; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II *quater*, 13/02/2014, n. 3577; T.a.r. Lazio, Roma, sez. V, 4/04/2022, n. 3870; T.a.r. Lazio, sez. II *quater*, n. 1041/2011; Corte Cass., 19/07/2002, n. 10542.

¹³ F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo tecnica e mercato: Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005, 11, 203, 204 "è frequente riscontrare una linea di demarcazione molto sfuggente tra il momento della valutazione tecnica opinabile e quello della

La distinzione tra giudizi tecnici e determinazioni esclusivamente discrezionali non sempre risulta di facile definizione. Una delle ipotesi in cui la valutazione tecnica è contaminata da una scelta di merito riguarda proprio le valutazioni compiute dalle pubbliche amministrazioni, coinvolte nella tutela del paesaggio, chiamate ad individuare la sussistenza dei presupposti, il significato di interesse paesaggistico, di quello di bene paesaggistico e di rilevanza paesaggistica dell'intervento da realizzare.

3. La concreta configurazione del potere decisionale della Soprintendenza

La modifica del quadro normativo comporta, senza dubbio, una diversa e più penetrante valutazione, da parte della Soprintendenza della compatibilità dell'intervento edilizio progettato con i valori paesaggistici compendati nella disciplina vincolistica¹⁴.

ponderazione dell'interesse pubblico. (...) Non solo tra di essi è apprezzabile contestualità cronologica, ma addirittura parziale sovrapposizione concettuale sul piano logico. (...) La valutazione tecnica e la ponderazione degli interessi, lungi dal potersi tenere distinte, appaiono talora fusi in un procedimento logico unitario". Sul tema dei rapporti tra valutazioni tecniche e scelte di opportunità: L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, 424, C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 211; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 180, 404, che sostiene: "il tratto comune alle posizioni della dottrina in merito alla c.d. 'discrezionalità tecnica' (...) consiste in prevalente misura ancor oggi proprio nella qualificazione in termini positivi di 'scientificità' o comunque di 'carattere specialistico' delle regole nella cui applicazione la discrezionalità tecnica si esprime"; "la dottrina – di gran lunga minoritaria – che si discosta dalla tendenza ad accentuare e a valorizzare il carattere della tecnicità-scientificità delle regole applicate, ove non si limiti a tacere sul punto, allarga magari il significato della tecnicità anche alle c.d. 'regole di esperienza', nel migliore dei casi propone come rilievo esplicito del tutto incidentale quello della sostanziale irrilevanza della 'tecnica' nella soluzione del problema delle valutazioni non discrezionali". C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 211; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007, 151; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 791.

¹⁴ Cons. Stato., sez. VI, 4/6/2015, n. 2751; Cons. Stato., sez. VI, 25/2/2013, n. 1129. T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 03/09/2018, n. 5317.

Il parere reso ai sensi dell'art. 146 del d.lgs. n. 40/2004, invero, è espressione di un potere composito e complesso nel quale sono presenti profili di ampia discrezionalità. Quando l'amministrazione statale esercita questo nuovo potere procede a riesaminare i presupposti di fatto e di diritto alla stregua di quanto già avvenuto da parte dell'ente titolare della funzione autorizzatoria. Il suo potere valutativo, invero, si traduce nell'espletamento di una nuova e autonoma attività procedimentalizzata, che si pone accanto a quella posta in essere dalla Regione o, in genere, dal Comune con l'adozione della proposta di autorizzazione paesaggistica. Tuttavia, non si può equiparare il parere positivo espresso dalla Soprintendenza con il provvedimento finale di compatibilità paesaggistica. Si tratta, infatti, di un atto meramente interno al procedimento amministrativo che – a differenza della valutazione di compatibilità paesaggistica, il cui esito positivo esclude l'applicazione della sanzione penale – non ammette equipollenti.

Invero, la qualificazione del potere, che la Soprintendenza esercita quando valuta la compatibilità paesaggistica di un intervento, non è cosa affatto semplice, perché presenta una morfologia composita. Il giudizio sulla conformazione paesistica è connotato da un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa, poiché implica l'applicazione di cognizioni tecniche specialistiche proprie di settori scientifici disciplinari della storia, dell'arte e dell'architettura, caratterizzati da ampi margini di opinabilità.

Tale giudizio, pertanto, è sindacabile, in sede giudiziale, esclusivamente sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, nonché sotto il profilo dell'adeguata motivazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, ma fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché, in sede di giurisdizione di legittimità, può essere censurata la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, affinché il sindacato giudiziale non divenga sostitutivo di quello dell'amministrazione attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile¹⁵.

Invero, in esso sono riconoscibili giudizi valutativi di natura tecnica e giudizi valutativi di natura discrezionale.

I giudizi valutativi di discrezionalità tecnica, vale a dire fondati sul-

¹⁵ Cons. Stato, sez. VI, 16/3/2018, n. 1675; Cons. Stato, sez. VI, 24/11/2015, n. 5327.

l'applicazione di cognizioni tecniche specialistiche proprie di settori scientifici disciplinari della storia, dell'arte e dell'architettura, sono caratterizzati da ampi margini di opinabilità. I giudizi valutativi di natura discrezionale sono fondati su una attività comparativa di interessi. Sostanzialmente il dilemma è il seguente: si tratta di un'attività valutativa vincolata, di una attività valutativa comparativa, di una attività valutativa compiuta sulla base di norme tecniche, di regole scientifiche, di un'attività valutativa compiuta sulla base dell'interpretazione di norme giuridiche o, infine, di un'attività valutativa compiuta sulla base dei c.d. concetti giuridici indeterminati¹⁶. La qualificazione nell'uno o nell'altro senso rileva ai fini pratici. Infatti, se si intende il potere valutativo come espressione di discrezionalità tecnico-valutativa, allora l'apprezzamento compiuto dall'Amministrazione preposta alla tutela è sindacabile, in sede giudiziale, esclusivamente sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione¹⁷ e della motivazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, ma fermo restando il limite della relatività delle valutazio-

¹⁶ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, 154.

¹⁷ T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 07/03/2019, n. 472; Cons. Stato, sez. VI, 28/12/2015, n. 5844; T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 16/11/2018, n. 867; Cons. Stato., sez. VI, 28/10/2015, n. 4925; Cons. Stato, sez., VI, 04/06/2015, n. 2751; Cons. Stato, sez. VI, 13/02/2018, n. 899; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 05/07/2017, n. 1122; T.a.r. Umbria, Perugia, 10/06/2016, n. 492; T.a.r. Friuli Venezia Giulia, 9/02/2015, n. 56; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 6/02/2014, n. 395; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 22/05/2014, n. 1241; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 26/06/2017, n. 996; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 22/03/2016, n. 3549; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 04/06/2014, n. 3070; Cons. Stato, sez. VI, 23/07/2018, n. 4466; Cons. Stato, sez. VI, 14/10/2015, n. 4747; Cons. Stato, sez. VI, 2/03/2015, n. 1000; Cons. Stato, sez. VI, 3/07/2014, n. 3360; Cons. Stato, 22/04/2014, n. 2019; Cons. Stato, sez. VI, 1/04/2014, n. 1557; Cons. Stato, sez. VI, 21/10/2013, n. 5084, in *Foro amm.*; Cons. Stato, sez. VI, 25/05/2013, n. 2851; Cons. Stato, IV, 4/12/2012, n. 6219, in *Dir., proc. amm.*, 2013, 509, con nota di G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica*; Cons. Stato, sez. IV, ord. 27/11/2012, n. 4648, in *Foro it.*, 2013, III, 81; Cons. Stato, sez. IV, 3/10/2012, n. 3967, *ivi*, 82; Cons. Stato, sez. IV, 24/04/2012, n. 1609, *ivi*, 82 (che ha sospeso in via cautelare T.a.r. Molise, I, n. 5/2012); Cons. Stato, sez. IV, 16/04/2012, n. 2166, *ivi*, 82; Cons. Stato, sez. IV, 30/11/2009, n. 7483, in *Foro amm.*; Cons. Stato, sez. VI, 4/05/2009, n. 2546 (che ha escluso, così come le successive pronunce, la possibilità di valutare la congruità dei giudizi della commissione sulla base di pareri espressi da periti di parte); Cons. Stato, sez. IV, ord. 28/10/2009, n. 5413; Cons. Stato, sez. IV, 10/09/2009, n. 2393; Cons. Stato, sez. IV, 18/06/2009, n. 3991; Cons. Stato, sez. IV, 20/11/2009, n. 1449; Cons. Stato, sez. VI, 3/05/2016, n. 2176.

ni scientifiche, sicché, in sede di giurisdizione di legittimità, potrà essere censurata la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, affinché il sindacato giudiziale non divenga sostitutivo di quello dell'Amministrazione attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile. Invece, se la valutazione di compatibilità corrisponde all'attività di comparazione degli interessi, vale a dire alla discrezionalità amministrativa pura, il giudizio di compatibilità paesaggistica si tradurrà nell'esercizio di una valutazione insindacabile.

Alla configurazione del potere valutativo concorrono anche altri elementi.

4. Le tipologie di valutazioni compiute dalla Soprintendenza

Al fine di rimarcare la varietà delle tipologie di valutazioni che la Soprintendenza pone a base delle sue determinazioni in materia di autorizzazioni paesaggistiche si è proceduto all'esame delle innumerevoli pronunce della giurisprudenza e all'esame di numerosi provvedimenti, rilasciati dalla stessa amministrazione.

L'indagine condotta ha consentito di accertare che, nel complesso e articolato impianto motivazionale delle determinazioni in materia di autorizzazioni paesaggistiche, sono riconoscibili una pluralità di giudizi valutativi. Innanzi tutto, si è in presenza della attività di interpretazione di leggi. Oggetto di interpretazione sono sia le leggi che fondano il vincolo paesaggistico, sia le leggi che disciplinano aspetti urbanistici e aspetti edilizi; inoltre, si è in presenza di valutazioni compiute sulla scorta di attività interpretativa di atti amministrativi, come il piano urbanistico comunale.

Sovente, l'amministrazione effettua una ricostruzione della situazione di fatto, al fine di trarre da essa elementi valutativi relativi alla qualificazione dell'area oggetto dell'intervento. La qualificazione dell'area può essere funzionale ad accertare l'eventuale esistenza del vincolo, ogni qual volta la sua sussistenza si desuma da una sua particolare conformazione fattuale. A tal proposito, si può fare il caso dell'immobile vincolato a causa della sua collocazione altimetrica, oppure il caso dell'immobile vincolato per la sua distanza da fiumi, da torrenti, o da corsi d'acqua,

iscritti negli elenchi previsti dal testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici, approvato con regio decreto 11/12/1933, n. 1775.

Inoltre, nell'ambito delle determinazioni in materia di autorizzazioni paesaggistiche si rinvengono anche valutazioni che investono profili meramente urbanistici e edilizi. A volte la Soprintendenza fa pesare, in sede di valutazione paesaggistica, anche la conformità dell'intervento alle norme edilizie e urbanistiche vigenti, arrogandosi un potere valutativo che non le compete. Tuttavia, proprio per il ruolo che la legittimità dell'intervento gioca in sede di formulazione della valutazione paesaggistica, di esso non può non tenersi conto, in sede di ricostruzione delle diverse tipologie di valutazioni che la Soprintendenza pone a base delle sue determinazioni in materia di autorizzazioni paesaggistiche.

In definitiva, la Soprintendenza si esprime su questioni edilizie e urbanistiche che non le competono e valuta (apparentemente) la compatibilità paesaggistica dell'intervento proposto sulla scorta di elementi che sono estranei alla valutazione paesaggistica.

Infine, la valutazione di compatibilità paesaggistica si compone di due giudizi. Una valutazione tecnica sulla compatibilità dell'intervento con il tipo di vincolo paesaggistico e una valutazione discrezionale, sulla compatibilità del tipo di intervento edile progettato con il quadro paesaggistico esistente.

Insomma, su tutte le differenti tipologie di valutazione occorrerà soffermare l'attenzione al fine di metterne a fuoco i connotati e di verificare se esse si conciliano effettivamente con il potere che il legislatore ha inteso devolvere all'amministrazione in materia. Appare opportuno muovere da un approccio storico dogmatico del potere valutativo devoluto all'amministrazione.

5. Il potere valutativo devoluto all'amministrazione

Il potere valutativo dell'amministrazione, all'origine del nostro sistema di diritto amministrativo, è stato identificato con la discrezionalità, nozione da sempre molto discussa e fortemente condizionata dai processi di trasformazione storica del nostro assetto ordinamentale.

Nella prima metà dell'Ottocento, in un assetto statale caratterizzato dalle monarchie assolute, le attività devolute all'amministrazione implicavano l'esercizio di poteri valutativi completamente liberi e sottratti a qualsiasi sindacato. In quella fase storica si iniziava a parlare di potere discrezionale, intendendo per tale quello riservato all'autonomia dell'amministrazione. L'amministrazione presentava forti residui dello Stato monarchico settecentesco nel quale tutti i poteri erano concentrati nel monarca e l'insindacabilità delle scelte dell'amministrazione era una conseguenza diretta della completa subordinazione dell'apparato burocratico al potere monarchico¹⁸.

Anche nello Stato di polizia, la nozione di discrezionalità generalmente accolta era quella di un territorio libero. La pubblica amministrazione si determinava in piena libertà, l'attività discrezionale era espressione del potere sovrano esercitato in completa autonomia, senza controllo di altro potere. Da ciò nasce la teoria della discrezionalità come attività libera della pubblica amministrazione, esente da ogni forma di controllo e di sindacato. Originariamente, il potere del monarca preesisteva alla legge, la discrezionalità era considerata come un fatto precipuamente processuale¹⁹, appariva come un mondo insindacabile dal giudice: "era la sfera ri-

¹⁸ Sul tema, S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, 15 ss.

¹⁹ A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 455; A. CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine. La giustizia amministrativa*, in *Archivio ISAP, n. 6 nuova serie*, Milano, 1990, 77 ss.; P. GOTTI, *La legge 20 marzo 1865, n. 2248 allegato E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in *Le riforme crispine*, vol. 2, *Giustizia amministrativa*, Milano, 1990, 43; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 56; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993, 71; P. AIMO, *La giustizia amministrativa dall'Ottocento a oggi*, Roma-Bari, 2000, 57; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 264; A. PABUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, 40; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 53; M. NIGRO, *La riforma del processo amministrativo*, Milano, 1980, 64; E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 1964, 122; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, (1800-1945)*, Milano, 2009, 26; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 240; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 275 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss.

servata alle pubbliche amministrazioni nelle quali il giudice non poteva penetrare”²⁰. A tal proposito, si è messo in evidenza che l’intangibilità dell’azione amministrativa era dovuta a una prerogativa del potere monarchico, all’autonomia della burocrazia ottocentesca e all’assenza di strumenti per sindacare l’esercizio del potere amministrativo²¹.

Con l’adozione delle prime Costituzioni liberali e l’affermarsi dello Stato di diritto, con conseguente separazione dei poteri, il rapporto fra legge e pubblica amministrazione muta radicalmente. Specifiche leggi iniziano a disciplinare l’esercizio dell’azione amministrativa, prevedendo particolari iter procedurali in determinate materie. Ognuna di dette leggi²² dettava le norme sul procedimento, sulle caratteristiche delle istanze che gli interessati dovevano presentare all’amministrazione, sugli atti che quest’ultima doveva compiere, sugli eventuali accertamenti a questa devoluti, sugli eventuali pareri da acquisire, in definitiva, su come doveva agire la pubblica amministrazione. In tal modo, l’azione amministrativa veniva sottoposta al principio di legalità²³.

²⁰ L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, vol. I., *Il progetto costituzionale*, Milano, 1984, 500; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 264.

²¹ S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, 15 ss., 50 ss., 55 ss. L’Autore nel ricostruire la nozione di discrezionalità conferisce particolare rilevanza al sindacato giurisdizionale, considerandolo uno dei fattori che plasmano la sostanza della valutazione amministrativa.

²² La tendenza a disciplinare l’esercizio dei pubblici poteri si è diffusa nelle organizzazioni statali moderne. Già nello Stato di diritto si rinvenivano le prime discipline dell’esercizio del potere amministrativo. In alcuni casi si era in presenza di discipline generali sul procedimento; in altri casi, invece, vennero emanate leggi su specifici provvedimenti amministrativi. In Austria, per esempio, venne emessa la l. n. 21/7/1925, n. 274 contenente una disciplina generale del procedimento amministrativo. In Italia, invece, soprattutto dopo l’unificazione nazionale vennero promulgate diverse leggi su specifici provvedimenti amministrativi. Per esempio, venne emanata la legge 20/6/1865 n. 2359 sul procedimento espropriativo per pubblica utilità; inoltre, vennero emanate le disposizioni relative al demanio fluviale, in particolare la l. 10/8/1884, n. 2644 e il relativo Regolamento di attuazione 26/11/1893, n. 710, per la esecuzione delle opere concernenti la derivazione di acque pubbliche; la disciplina del procedimento relativo alla concessione del demanio marittimo, con il regolamento per l’esecuzione del Codice di marina mercantile del 20/11/1879, n. 5166, la legge sulle bonificazioni delle paludi e dei terreni paludosi 25/6/1882, n. 869, che disciplinava il relativo procedimento, la legge sulle concessioni delle ferrovie pubbliche.

²³ Sul principio di legalità si vedano E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, München, 1950, 265; M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*,

Sono gli anni in cui inizia il processo di formazione di un apparato giudiziario preposto a sindacare l'esercizio dell'azione amministrativa: dapprima con la giurisdizione unica, a seguito dell'emanazione della l. n. 2248/1865 e, poi, con la l. n. 5992/1889, istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato²⁴.

Tutto questo non poteva non incidere anche sulla configurazione della discrezionalità. Infatti, l'istituzione del giudice amministrativo costituisce l'avvio di quel lento, ma inesorabile processo che consentirà di sviluppare un sindacato capace di penetrare all'interno della discrezionalità.

Le diverse concezioni offerte dalla dottrina mutano con il procedere del tempo²⁵ e con le evoluzioni del rapporto tra legge e potere ammini-

Paris, 1952, 425 ss.; C. EISENMAN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Conseil d'Etat, Etudes et documents*, 1957, 29 ss.; G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, 1961, 162 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1962, 291 ss.; L. CARLASSARRE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 113 ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 157 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 10 ss., 237 ss.; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXII, 1973, 659 ss.; R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1974, 197 ss.; F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 124 ss.; A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1981, 315, 338; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, 1990, 127 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 27 ss.; F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale trasparenza e principio di legalità*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 236 ss.; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamento giuridico*, in *Dir. amm.*, 1999, 111; B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Milano, 2005, 61 ss.; L. MEZZETTI, *Manuale breve Diritto costituzionale*, Milano, 2006, 269 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 708 ss.; B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 2008, 20 ss., 22 ss.; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2013, 338 ss.; A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 190 ss.; S. VILLAMENA, *La pubblica amministrazione ei suoi principi*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 51 ss.

²⁴ Il rapporto fra queste vicende e la configurazione della discrezionalità è ben rappresentato da S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, 82 ss.

²⁵ Come sottolinea A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65, le diverse concezioni che le varie dottrine hanno offerto della discrezionalità “non hanno il medesimo oggetto, ma oggetti che variano con il procedere del tempo, via via che mutano i contenuti assunti come esistenti nel diritto positivo”. Sulla impossi-

strativo²⁶ che, nel corso degli anni, ha subito continui processi di trasformazione e di adattamento per effetto del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto. Processo di trasformazione che ha inciso anche sulla nozione e sul contenuto del provvedimento e di riflesso sulla classificazione del potere amministrativo²⁷.

La discrezionalità è mutata nel corso degli anni, è mutato l'oggetto ed è cambiata la sfera del suo ambito applicativo²⁸. In altri termini, la discrezionalità di cui parliamo oggi è diversa da quella degli inizi dell'Ottocento. Oggi è un'attività funzionalizzata, procedimentalizzata, rilevante e doverosa. In passato, la pubblica amministrazione poteva scegliere se agire o meno, oggi la sua azione è doverosa, come ben evidenziato dalla teoria della doverosità dell'azione pubblica.

Nello Stato costituzionale di diritto, la rilevanza costituzionale attribuita ai diritti fondamentali e il sindacato di costituzionalità delle leggi impongono al legislatore non solo di stabilire in maniera tipica e tassativa i casi in cui l'amministrazione può emanare provvedimenti, ma anche di precisare il procedimento di adozione del provvedimento e soprattutto il contenuto che l'atto dovrà assumere. Con il passare degli anni, si delinea una nuova visione del potere amministrativo. La nozione di atto discrezionale non coincide più con quella di atto assolutamente libero, è la legge che consente e che legittima l'esercizio del potere²⁹. Il principio di le-

bilità di parlare di esattezza o inesattezza in assoluto delle varie teorie sulla discrezionalità, cfr. G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 130, 138; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, 1098 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 91 ss.; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 240.

²⁶ Sul rapporto tra legge e discrezionalità, O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, 370 sostiene che "attività libera non vuol dire attività arbitraria" dal momento che l'amministrazione ha sempre l'obbligo giuridico, che le deriva dalla stessa finalità dello Stato, di agire nello e per lo interesse pubblico; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 134.

²⁷ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 267 ss.

²⁸ A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65 ss.

²⁹ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 267 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 157 ss.; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica dell'interpretazione*, Milano, 1939, 210 ss.; G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, 385; R. VILLATA, M.

galità assolve alla funzione di “limitare e incanalare l’attività dello Stato nell’interesse dello Stato medesimo”, e l’amministrazione si pone come “interprete e attuatrice – subordinata, ma essenziale – dell’interesse generale e obiettivo”³⁰. Ciò comporta il passaggio dall’insindacabilità assoluta dei provvedimenti discrezionali ad una sindacabilità limitata, finalizzata non solo a verificare la legittimità dell’azione amministrativa, ma anche la logicità e la razionalità dell’attività posta in essere attraverso il sindacato sull’eccesso di potere³¹. La discrezionalità, in altri termini, si risolve in un apprezzamento di interessi che, in quanto tale, è ammesso solo sulla base di una specifica attribuzione di potere³². La definizione tradizionale della discrezionalità, come ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario, è quella che più di ogni altra consente di garantire l’effettiva presa in considerazione di tutti gli interessi che vengono in rilievo nella fattispecie concreta³³. Il potere

RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 54 ss.; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, 305; G. ALESSIO, *Sull’insindacabilità dei poteri discrezionali della p.a.*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1928, I, 413 ss., 430 ss., il quale osservò come “una discrezionalità prova di ogni limite sarebbe una forma di assolutismo amministrativo, non meno riprovevole dell’assolutismo politico”.

³⁰ G. ZANOBINI, *L’attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, 385; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 54 ss.

³¹ F. LEVI, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 347 ss.

³² M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 72, 1939. Su di essa, si veda, fra gli altri, F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nel pensiero successivo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1052 ss.; M.S. GIANNINI, *L’interpretazione dell’atto amministrativo e la teoria giuridica dell’interpretazione*, Milano, 1939, 69; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65; G. DE GIORGI CEZZI, *Sulla “inesauribilità del potere amministrativo, nota di commento a Tar Lecce*, sez. I, 7/2/2002, n. 842, in *Urb. e app.*, 2002, 995 ss.

³³ La valutazione comparativa di più interessi secondari rispetto ad un interesse primario e la ponderazione degli interessi rappresenta la funzione essenziale della discrezionalità amministrativa M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 77 ss., 80 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nel pensiero successivo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Milano, 2000, 1052; M.S. GIANNINI, *L’interpretazione dell’atto amministrativo e la teoria giuridica dell’interpretazione*, Milano, 1939, 69 ss.; Per tale connotazione v. E. CARDI, *La manifestazione di interessi nel procedimento amministrativo*, Rimini, vol. I, 1983 e vol. II, 1984; v. inoltre in *Contributi contenuti negli Atti del XXXIV Convegno di studi di scienza dell’amministrazione*, Varenna, 1988, dedicato proprio a *La ponderazione degli interessi nell’esercizio dei controlli*, Milano, 1991, ed il successivo Convegno dedicato a

discrezionale è correttamente esercitato quando la ponderazione involge anche gli interessi privati.

6. Le riflessioni di M.S. Giannini sul potere discrezionale

Un decisivo contributo alla elaborazione della nozione di discrezionalità, dal quale non si può prescindere, è offerto da M.S. Giannini con la sua opera del 1939³⁴ e, successivamente, con vari contributi nei quali precisa e sviluppa il suo pensiero³⁵. L'assetto dato dal Maestro alla discrezionalità è rimasto sostanzialmente immutato sino ai giorni nostri.

M.S. Giannini, dopo aver preso posizione nei confronti delle definizioni correnti di discrezionalità, sostiene che la nozione di discrezionalità va studiata in connessione con quella di attività amministrativa: poiché l'attività amministrativa è cura di interessi pubblici, "modalmente" in attuazione di legge, e poiché nel diritto amministrativo vige il principio di nominatività

Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo, Milano, 1994, e, in particolare, G. CORAGGIO, "La posizione dell'interesse privato nella gerarchia degli interessi", in AA.VV., *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, Milano, 1994, 79-92 ss.; A. PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, 1988, 130 ss.; F. MERUSI, *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, 2000, 119, ss.

M. BOMBARDELLI, *Decisione e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, 10, per il quale "il potere di decidere il corso dell'azione amministrativa finisce per apparire giuridicamente rilevante alla stregua di una *facultas agendi*, propria del decisore amministrativo che la legge si preoccupa di riconoscere, ma non di regolare nel suo svolgimento verso il raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico. Si assume così, almeno implicitamente, che il decisore abbia sempre capacità tali da consentirgli di fronteggiare comunque, in modo unilaterale ed autonomo, qualsiasi situazione problematica, acquisendo i dati necessari per risolverla ed elaborando gli stessi in modo ottimale verso la soluzione soddisfattiva dell'interesse generale".

³⁴ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione, Concetto e problemi*, Milano, 1939, 22.

³⁵ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 98; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 477 ss.

degli atti amministrativi³⁶, l'attività discrezionale dell'amministrazione è una sfera libera limitata positivamente³⁷. La discrezionalità viene distinta dall'autonomia privata e dalla discrezionalità tecnica, intesa, quest'ultima, come scelta sulla scorta di regole e di discipline tecniche³⁸.

L'elaborazione della nozione di discrezionalità avviene ricorrendo a un criterio soggettivo che collega l'esercizio del potere al pubblico interesse³⁹. L'interesse pubblico in senso formale è un interesse di cui è titolare un soggetto pubblico e riflette il soddisfacimento di un bisogno pubblico giuridicamente rilevante, specifico e determinato dal diritto⁴⁰. Il potere discrezionale è esplicazione di una attività amministrativa preposta alla cura di un interesse pubblico⁴¹, è "il potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare"⁴².

La discrezionalità viene rappresentata come comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e di quelli privati, in una data situazione sociale oggettiva⁴³, essa consiste in una scelta frutto di una ponderazione fra l'interesse c.d. primario e gli interessi c.d. secondari, pubblici e privati. Vengono precisate le differenze che intercorrono fra l'attività discrezionale, l'attività interpretativa (quest'ultima configurata come un giudizio volto a spiegare il senso della norma), l'attività di determinazione del fatto indicato in maniera generica dalla norma (che si riduce a una attività valutativa di interpretazione della norma che qualifica il fatto)⁴⁴. Il Maestro precisa che non si deve confondere la discrezionalità, che consiste in una scelta valutativa, con l'accertamento del fatto, che è un momento del processo di applicazione della legge⁴⁵.

³⁶ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione, Concetto e problemi*, cit., 22.

³⁷ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 23, 25.

³⁸ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 42.

³⁹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 45.

⁴⁰ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 47.

⁴¹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 48.

⁴² M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 52.

⁴³ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 74 ss.

⁴⁴ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 69 ss.

⁴⁵ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 162 ss.

Il potere discrezionale nel pensiero di Giannini⁴⁶ (coerente con quello esistente all'epoca in cui scriveva l'autore) è esercizio di una attività comparativa che non riguarda solo gli interessi pubblici, ma si estende anche a quelli privati, che ben possono essere sacrificati nei limiti in cui ciò sia richiesto per il soddisfacimento dell'interesse della collettività. L'autore distingue fra interessi essenziali e interessi secondari⁴⁷. La comparazione fra gli interessi presuppone una valutazione politica che consente all'amministrazione di optare fra una delle soluzioni possibili nel caso concreto⁴⁸.

La comparazione, secondo Giannini, consiste in una attività intellettuale e in una attività volitiva. L'attività intellettuale consente di comprendere come l'interesse essenziale "si atteggi nel gioco degli interessi secondari"⁴⁹. Essa avviene sulla scorta di criteri, principi e regole di vario genere che disciplinano, appunto, l'attività intellettuale in esame. Invece, la scelta, esito dell'attività volitiva, conduce alla individuazione di una delle soluzioni possibili per la vicenda sottoposta all'azione dell'amministrazione⁵⁰. Secondo Giannini, la discrezionalità è il potere di apprezzare soluzioni possibili in un margine determinato⁵¹.

Nel suo nucleo essenziale, l'elaborazione della discrezionalità compiuta da M.S. Giannini nel 1939 e successivamente confermata⁵² raccoglie ancora oggi un consenso pressoché unanime. Si è lucidamente affermato che "Giannini ha orientato la dottrina italiana verso una strada ori-

⁴⁶ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 72, 77; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 98; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045.

⁴⁷ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 77.

⁴⁸ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 72.

⁴⁹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 80 ss.

⁵⁰ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 91 ss.

⁵¹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, cit., 141 ss.

⁵² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 49. Sulla fedeltà del pensiero di GIANNINI alla originaria concezione della discrezionalità da lui elaborata nel 1939 si veda F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1048.

ginale e proficua per fare chiarezza sulla portata, i limiti e il trattamento giuridico della discrezionalità”⁵³. Ne è chiara espressione l’esito del dibattito che M.S. Giannini instaurò con C. Mortati nella fase di assestamento della sua elaborazione della nozione di discrezionalità⁵⁴. La tesi di C. Mortati, secondo la quale l’amministrazione può compiere una sola scelta discrezionale esatta e il giudice può sindacarne la legittimità, è risultata recessiva rispetto a quella propugnata da M.S. Giannini, secondo il quale l’amministrazione nell’esercizio di un potere discrezionale può scegliere fra una pluralità di soluzioni tutte astrattamente possibili e legittime, senza che la sua decisione possa essere sindacata in sede di legittimità. È stato evidenziato che l’opinione di M.S. Giannini “è ormai universalmente condivisa”⁵⁵.

7. Il potere amministrativo “legittimo” e “corretto”

L’esercizio del potere discrezionale, nel pensiero di Giannini⁵⁶, conduce a una valutazione comparativa che non investe solo gli interessi pubblici, ma si estende anche a quelli privati, che possono essere sacrificati nei limiti in cui ciò sia richiesto per il soddisfacimento dell’interesse della collettività.

La peculiarità del potere amministrativo, come situazione giuridica soggettiva finalizzata alla tutela dell’interesse pubblico, non comporta la

⁵³ F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., 1072.

⁵⁴ Sulla diversità delle tesi formulate da M.S. Giannini e da C. Mortati si vedano G. AZZARITI, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Pol. dir.*, 1989, 347 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., 1049 ss.

⁵⁵ F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., 1049 ss.

⁵⁶ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 72, 77; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 98; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045.

realizzazione di quel fine ad ogni costo e a discapito di tutti gli altri interessi implicati nella vicenda. Inoltre, l'interesse pubblico attribuito alla cura funzionale dell'amministrazione non si trova mai isolato nel mondo sociale, ma in tanto esiste in quanto vi sono altri interessi coinvolti, sia pubblici che privati.

Tuttavia, l'autorità amministrativa non è responsabile della tutela di detti ulteriori interessi quando non siano stati ad essa affidati dalla legge; oppure, benché siano stati ad essa affidati, quando rivestano un ruolo secondario. Quest'ultima ipotesi ricorre quando il procedimento non è stato improntato, qualificato e finalizzato alla loro specifica cura, bensì al perseguimento di un unico gruppo omogeneo di essi, qualificabili come comprimari⁵⁷.

Rispetto a questa ulteriore ipotesi non mancano casi nei quali gli interessi pubblici affidati dalla legge ad una stessa autorità amministrativa risultano numerosi, differenziati e potenzialmente in conflitto fra di loro⁵⁸. Si pensi agli organi di un Comune, in particolare al Sindaco, nonché alla molteplicità di compiti di cui questi è legalmente investito, sia come organo della comunità locale, sia come ufficiale di governo. In casi siffatti, ricorrono interessi suscettibili di confrontarsi e di competere gli uni contro gli altri⁵⁹, con conseguente recessione di alcuni di essi, rispetto all'affermazione di altri, nella ponderazione finale che precede la scelta definitiva⁶⁰. L'espressione "interesse primario" è qualificabile solo con riferimento a quello specifico interesse che si identifica con il fine perseguito nell'azione avviata, da considerare per ciò stesso come interesse pubblico emergente⁶¹.

⁵⁷ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 242.

⁵⁸ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit., 242; L. BENVENUTI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 9.

⁵⁹ S. COGNETTI, *Partecipazione "presa sul serio"*, in *Studi in Onore di Giuseppe Palma*, Torino, 2012, I, 371 ss.

⁶⁰ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit., 242.

⁶¹ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit., 242.

Pertanto, per procedere ad una comparazione quantitativa e qualitativa degli interessi⁶² pubblici e privati, è necessario che la norma attributiva del potere individui quale sia l'interesse pubblico primario da soddisfare, benché non sia sempre facile desumere con chiarezza quale sia l'interesse pubblico da tutelare quando la legge stessa impone di tenere in considerazione diversi interessi senza stabilire una gerarchia dei valori da tutelare. Di conseguenza, detto interesse deve essere ricavato sulla base del contesto normativo nel quale è inserita la norma attributiva del relativo potere. Tale processo ermeneutico, inoltre, non può prescindere dalla considerazione secondo cui il perseguimento dell'interesse primario presuppone ed implica il coinvolgimento di una serie di interessi ulteriori e che appaiono come "secondari", con riferimento all'esercizio di quel determinato potere. In presenza di una realtà così complessa ed articolata, l'amministrazione deve perseguire in concreto l'interesse primario, *comparandolo con gli interessi secondari cui il primo è in rapporto di collegamento*. Pertanto, a meno che la legge non predetermini nello specifico ogni elemento, si riconosce all'amministrazione uno spazio di valutazione discrezionale che esula dai confini dell'operazione ermeneutica e diventa decisione di scelta degli interessi⁶³.

A quanto precede va aggiunto che la ponderazione, oltre che legittima, deve essere corretta.

Secondo un orientamento dottrinale, la comparazione deve avvenire non solo nel rispetto della norma attributiva del potere, ma anche in considerazione del principio di proporzionalità, che introduce la necessità di cercare un equilibrio tra i vari interessi presenti nella vicenda concreta⁶⁴.

⁶² M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nel pensiero successivo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Milano, 2000, 1052; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 69.

⁶³ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 67 ss., 77 ss.

⁶⁴ La ponderazione non riguarda solo gli interessi pubblici, ma si estende a quelli privati, che ben possono essere sacrificati, ma solo nei limiti in cui ciò sia richiesto per il soddisfacimento dell'interesse della collettività e all'insegna del rispetto del principio di proporzionalità. Cfr., COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit., 332.

Il principio della proporzione si impianta nel cuore della dialettica del bilanciamento fra interessi, fra diritti, fra interessi e diritti⁶⁵. L'equo bilanciamento segue un particolare iter logico, soprattutto quando le premesse di fatto all'esercizio del potere (fatti, interessi, circostanze) sono estremamente complesse e variegate. Di volta in volta che gli interessi vengono manifestati e acquisiti e che, con la partecipazione, emergono le differenze e le conflittualità, nella fase istruttoria i contrasti vengono ordinati, raggruppati e ricomposti al fine di individuare i punti di contatto e le affinità che aprono la via ad accettabili compromessi in applicazione del principio di proporzionalità⁶⁶.

Secondo una tesi, la ricerca della soluzione più mite non può essere concepita come obbligo di far propendere la bilancia da una parte, anziché dall'altra, bensì come dovere di parsimonia e di ragionevole applicazione del principio di economicità a favore degli amministrati che, su un versante o sull'altro, non dovranno pagare un prezzo ingiustificatamente più elevato per il conseguimento del fine pubblico⁶⁷.

Il principio di proporzionalità non è storicamente dotato di una propria ed autonoma caratterizzazione. Se da una parte è certo che la proporzione costituisce nel nostro ordinamento un valore giuridico, dall'altra è altrettanto vero che tale valore si manifesta in modo implicito e inespreso. Un riferimento esplicito al principio di proporzionalità si è avuto a seguito dell'emanazione dell'art. 1 della l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, modificato dalla l. n. 15/2005 che ha recepito i principi del diritto comunitario. Negli anni successivi anche la giurisprudenza ammini-

⁶⁵ Sulla comparazione degli interessi e delle situazioni giuridiche soggettive in generale: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 72; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65; G. DE GIORGI CEZZI, *I diritti fondamentali procedurali e il mondo degli interessi*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Torino, 2022, 1569 ss.; L. ACQUARONE, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1995, 70.

⁶⁶ Sul punto E. SCHMIDT, ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin-Heidelberg-New York, 2006, 150, III, 72; S. COGNETTI, *Partecipazione "presa sul serio"*, *Comunicazione al Convegno su "Diritto e processo amministrativo – La rivista a tre anni dalla fondazione"*, Salerno 4-5 dicembre, in *Studi in onore di Giuseppe Palma*, Torino, 2012, I, 371 ss.

⁶⁷ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit., 232.

strativa ha finito col riconoscere autonomia concettuale e applicativa al principio di proporzionalità, qualificandolo come principio generale dell'ordinamento⁶⁸. Invece, la dottrina ne ha rimarcato la natura di principio di rilevanza costituzionale⁶⁹.

L'espansione dei principi dell'ordinamento *comunitario* al nostro ordinamento ha comportato, a livello generale, la progressiva riduzione della natura sintomatica nell'accertamento della legalità sostanziale.

Inoltre, nelle riflessioni sulla discrezionalità amministrativa, la dottrina⁷⁰ ha messo in discussione anche la tradizionale ricostruzione della discrezionalità amministrativa, nelle ipotesi di utilizzo delle clausole generali, partendo dalla ridefinizione della posizione costituzionale dell'amministrazione. Si è affermato che *“tutte le interpretazioni della discrezionalità amministrativa presuppongono – più o meno esplicitamente – che l'ambito di indeterminatezza circa la fattispecie concreta debba essere riempito da una scelta dell'autorità amministrativa” ritenendo che “questa idea trovi la sua spiegazione nella radice concettuale della spettanza della sovranità allo Stato”*. Secondo questa ricostruzione, la posizione costituzionale dell'amministrazione comporta che l'amministrazione non è più sovrana, e, quindi, non è più capace di integrare il precetto normativo in base ad una sua scelta, la sovranità appartiene al popolo e, dunque, l'integrazione del precetto normativo non può essere affidato all'amministrazione, ma al popolo sovrano e all'ordine giuridico della società⁷¹, trasformandosi in una operazione pienamente sindacabile⁷².

⁶⁸ Cons. Stato, sez. VI, 14/04/2006, n. 2087.

⁶⁹ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit., 13 ss.

⁷⁰ L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 314 ss.; G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003, 259; E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali “standard” valutativi e principi generali dell'ordinamento*, nota a Cass. civ., sez. lavoro, 13/4/1999, n. 3645, in *Foro it.*, 1999, I, 3558.

⁷¹ L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 314 ss. È stato osservato che la legge, nell'assegnare il potere all'amministrazione, disciplina fattispecie astratte che si integrano con altre. L'amministrazione dovrà identificare i fatti rilevanti, provarli e collegarli con la fattispecie astratta corretta.

⁷² L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., 314 ss.

8. Il bilanciamento “necessario” degli interessi costituzionalmente tutelati

Non sempre, dunque, la legge indica con esattezza l’interesse primario da realizzare; infatti, in alcuni casi vengono individuati più interessi pubblici. La necessità di bilanciare e comparare i vari interessi deriva non solo dalla impossibilità di disciplinare ogni concreta fattispecie con specifiche norme giuridiche, ma deriva soprattutto dall’esigenza che l’autorità competente possa tener conto – nella cura di ciascun interesse pubblico – degli interessi che con quello concorrono⁷³.

Un ulteriore elemento di incertezza in merito all’individuazione dell’interesse primario da soddisfare deriva, molte volte, proprio dalla formulazione generica, se non atecnica, della norma attributiva del potere, che individua interessi aventi natura indeterminata, si pensi alla sicurezza, all’ordine pubblico, alla sanità. Tale situazione di incertezza, in merito all’interesse pubblico da tutelare come primario, evidenzia l’assenza di una scala di valori e di interessi tra di loro preventivamente gerarchizzabili⁷⁴. In alcuni casi, pur risultando netta la distinzione tra interessi pubblici e quelli privati che dovrebbero soccombere, non sempre si può fare a meno dell’attività di ponderazione comparativa⁷⁵.

Un potenziale conflitto tra interessi potrebbe prendere forma allorché nel procedimento amministrativo vengono in rilievo, nella fase decisionale dell’agire amministrativo, più interessi tutti costituzionalmente rilevanti.

La tutela del paesaggio⁷⁶, ad esempio, non è l’unica forma di tutela

⁷³ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. COCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 102, 103.

⁷⁴ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 103.

⁷⁵ Si pensi ai provvedimenti assunti in materia di tutela del mercato concorrenziale, secondo alcuni finalizzati alla soddisfazione non tanto di un interesse pubblico, quanto piuttosto di un particolare interesse risultante dalla necessità e dalla opportunità di garantire, reciprocamente situazioni soggettive private. In tale senso, L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti* in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 55.

⁷⁶ Tutela e valorizzazione sono le due principali funzioni che intervengono in materia di paesaggio e di beni culturali. Sulla nozione di paesaggio, G. SEVERINI, “Paesaggio”: storia italiana ed europea di una veduta giuridica, in *Aedon*, 2019, n. 1, 1 ss.; A. PREDIE-

territoriale costituzionalmente rilevante, ma si affianca alla tutela dell'ambiente, della salute, del governo del territorio, ecc.

Secondo la giurisprudenza, l'amministrazione preposta alla tutela del paesaggio non può sacrificare ogni altro interesse⁷⁷. In particolare, la tutela del preminente valore del paesaggio non deve necessariamente coincidere con la sua statica salvaguardia, ma richiede interventi improntati a fattiva collaborazione delle autorità preposte alla tutela paesaggistica, funzionali a conformare le iniziative edilizie al rispetto dei valori estetici e naturalistici del paesaggio⁷⁸.

RI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, II Firenze, Vallecchi, 1969, 381, ss.; F. MERUSI, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), *Principi fondamentali* (Art. 1-12), Bologna-Roma, 1975, sub. Art. 9, 432 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. COCCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del Diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 101; L. CASINI, *Patrimonio culturale*, in B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (diretto da), *Funzioni amministrative*, III, in *Enc. dir., I tematici*, Milano, 2022, 824; M. DEL SIGNORE, *Ambiente*, in B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (diretto da), *Funzioni amministrative*, III, *Enc. dir., I tematici*, Milano, 2022, 50-54.

⁷⁷ Sulla difficoltà di individuare l'interesse pubblico da soddisfare in occasione del concreto esercizio di un potere discrezionale si pensi ad esempio alla nuova tecnologia degli impianti eolici che ha messo in conflitto tra loro interessi che in passato erano stati considerati come un'endiadi, quali l'ambiente e il paesaggio. Se da un lato, l'esigenza di tutelare l'ambiente impone di incrementare gli impianti eolici, dall'altro, la tutela del paesaggio porta ad impedirne la realizzazione. Di conseguenza, "atteso che non può esservi un interesse destinato ad un'assoluta prevalenza sull'altro", l'amministrazione non deve obbedire a una concezione totalizzante e monosettoriale dell'interesse pubblico primario. Sul punto: T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. II, 4/05/2007, n. 1252; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 29/01/2009, n. 530; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 8/06/2016, n. 2888.

⁷⁸ T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 13/10/2020, n. 1374; Cons. Stato, sez. VI, 20/04/2020, n. 3906; T.a.r. Roma, sez. II, 14/04/2020, n. 3906; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 7/01/2020, n. 1; Cons. Stato, sez. VI, 24/03/2014, n. 1418. Come ricordato dalla Presidente della Corte costituzionale nella relazione del novembre 2013 (Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola) sui principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, quello del bilanciamento dei diritti è tradizionalmente un settore privilegiato in cui si rende necessario fare ricordo al giudizio di ragionevolezza e proporzionalità, come teorizzato da Robert Alexy e praticato dalla stragrande maggioranza delle Corti costituzionali. In particolare, secondo la Presidente CARTABIA, nella giurisprudenza costituzionale italiana, il giudizio di bilanciamento dei diritti è conosciuto e praticato da molto tempo, come strumento indispensabile per l'attuazione di una Costituzione pluralista, che accoglie una concezione "dignitaria dei diritti". Nella Costituzione italiana, ogni diritto è sempre predicato assieme al suo limite e, in questo ambito, il bilanciamento è una tecnica interpretativa e

Con riferimento a tale ipotesi sono state formulate diverse tesi⁷⁹ che convergono nel ritenere che il bilanciamento sia l'unica via da percorrere, laddove i predetti interessi non possano essere soddisfatti contemporaneamente. Se sorge un conflitto tra interessi che hanno pari dignità, non sono ammesse valutazioni sulla maggiore o minore importanza di un interesse o dell'altro, ma la situazione conflittuale può essere risolta attraverso il bilanciamento degli interessi in competizione⁸⁰.

L'utilizzo di questa tecnica interpretativa si rende necessario nella nostra Costituzione che individua una serie di valori da tutelare alla stregua di interessi considerati tutti di valore primario (la salute, il paesaggio, l'ambiente, il patrimonio storico culturale, ecc.)⁸¹. Il necessario temperamento, non essendo stato individuato in anticipo, dovrà essere svolto secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza⁸² al fine di non sacrificare il nucleo essenziale del potere amministrativo. La valutazione comparativa dei vari interessi primari dovrà essere effettuata, dunque, non solo nel rispetto del principio di legalità, ma anche mediante l'applicazione del principio di proporzionalità⁸³, che la pubblica amministrazione deve

argomentativa che consente il necessario ragionevole temperamento di una pluralità di interessi costituzionali concorrenti.

⁷⁹ T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. II, 4/02/2005, n. 150, in tema di valutazione della compatibilità paesaggistica da operare in caso di realizzazione di un impianto di produzione eolica in M.A. SANDULLI, G. TROTTA (diretta da), in *Foro amm.*, T.a.r., vol. IV, febbraio 2005, 2, 540.

⁸⁰ G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Torino, 2022, 132; Sul giudizio di proporzionalità che riguarda le misure legislative si veda R. ALEXY, *Dignità umana e proporzionalità*, in *Lo Stato*, n. 10, 2018, 17. L'autore individua la "legge del bilanciamento" nella seguente regola: «quanto più alto è il grado di non realizzazione o di lesione di un principio, tanto più grande deve essere l'importanza della realizzazione dell'altro principio».

⁸¹ Cons. Stato, sez. IV, 21/03/2023, n. 2836.

⁸² G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Torino, 2022, 132.

⁸³ E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, 133; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 899 ss.; A. BARONE, *Pianificazione urbanistica e principio di proporzionalità*, in E. FERRARI, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, Milano, 2001, 303; A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013, 35; A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, 2012, 175 ss., 210; V.

utilizzare come criterio interpretativo e valutativo, effettuando un giudizio di proporzionalità simile a quello che il legislatore e il giudice compiono nell'esercizio dei loro poteri, bilanciando i diritti e gli interessi in gioco e ricercando la soluzione che più di ogni altra persegue in modo

FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo*, Torino, 2012, 276; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 316; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa, indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 41; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 37-38; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008, 19; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 93, che ha rilevato come "l'interpretazione (e segnatamente quella costituzionale) si ponga quale l'incontro tra un'oggettività da interpretare e una soggettività interpretante, entrambe intese in un contesto intersoggettivo di significati". A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 37; G. SCACCIA, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio*, Roma 2007, 286-302; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza del giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 264-267, in cui l'A. sottolinea l'effetto di indebolimento del testo costituzionale che il ricorso al principio di ragionevolezza determina; E. ELLIS (ed), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999, 89; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 111; D.U. GALETTA, *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1994, 142; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 108-136; N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London, 1996, 53; M.P. VIPIANA, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 72; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 42; A. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, ora in Scritti giuridici*, vol. I, Napoli, 1990, 683 ss.; R. VON KRAUSS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburg, 1955, 35 ss.; J. SCHWARZE, *The principle of proportionality and principle of impartiality in european administrative law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, 53, ss. Rimane, inoltre, fondamentale M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetti e problemi*, Milano, 1939, 72; C. FRANCHINI, *I principi di organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 4, 672; C. FRANCHINI, *Potere discrezionale e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica inglese*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici*, Milano, 1985, 925; A. POLICE, *Principi generali dell'azione amministrativa*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990, riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 49, ss.; E. PICOZZA, *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi del diritto comunitario e nazionale*, in *Cons. Stato*, 2005, 7-8. 1419 ss.; S. CASSESE, *La crisi del diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 319.

equilibrato la massima espansione di tutti i diritti e i valori rilevanti⁸⁴. La Corte costituzionale⁸⁵ ha affermato che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuarne uno che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela dei diritti deve essere sempre sistemica e non frazionata⁸⁶, se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti che diventerebbe "tiranno"⁸⁷ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette⁸⁸.

⁸⁴ Sul nesso tra bilanciamento dei diritti e pluralismo si veda R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto* Torino, 2002, 59 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 9; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26/10/2013, 8; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 37-38.

⁸⁵ Corte cost., 27/07/1982, n. 239; Corte cost., 21/12/1985, n. 359; Corte cost., 5/5/1986, n. 182; Corte cost., 10/10/1998, n. 302; Corte cost., 19/10/1992, n. 393; Corte cost., 12/02/1996, n. 2; Corte cost., 28/06/2004, n. 196; Corte cost., 29/10/1992, n. 272; Corte cost., 23/11/2011, n. 309; Corte cost., 19/11/2012, n. 264; Corte cost., 24/06/2004, 196 con cui ha chiarito che la "primarietà" della tutela paesaggistica "non legittima un primato assoluto in una scala gerarchica dei valori costituzionali, ma origina la necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario ed 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. Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Ad. plen., 14/12/2001, n. 9, Cons. Stato, sez. VI, 3/07/2012, n. 3893; Cons. Stato, sez. VI, 18/04/2011, n. 2378; Cons. Stato, sez. VI, 22/09/2014, n. 4775.

⁸⁶ La Corte costituzionale, nelle sentenze nn. 348 e 349 del 24/11/2007, afferma il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. (...) nelle valutazioni di questa Corte (...) la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro». Corte cost., 19/11/2012, n. 264. M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali – il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola – Santiago di Compostela 16-18/10/2014*; G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Torino, 2022, 134.

⁸⁷ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008, 52.

⁸⁸ La nuova tecnologia, degli impianti eolici ha messo in conflitto interessi che in

In particolare, secondo la Corte, bilanciamento, necessità, proporzionalità, giustiziabilità e temporaneità sono i criteri con cui, in ogni tempo, deve essere attuata la tutela sistemica e non frazionata “dei principi e dei diritti fondamentali⁸⁹ garantiti dalla Costituzione e dei relativi limiti”.

Tuttavia, di recente sul tema dell’equilibrio dei valori costituzionali ha inciso in maniera *preponderante* il periodo di emergenza pandemica, che ha determinato uno “sbilanciamento” del diritto fondamentale alla salute rispetto a tutti gli altri diritti costituzionali⁹⁰. Il legislatore e l’amministrazione, infatti, per fronteggiare l’emergenza Covid-19, hanno ritenuto proporzionato limitare e sacrificare, alla luce del principio di precauzione⁹¹,

passato erano considerati endiadi, quali l’ambiente e il paesaggio. Se da un lato l’esigenza di tutelare l’ambiente impone di incrementare gli impianti eolici, dall’altro, la tutela del paesaggio porta ad impedirne la realizzazione. In altri termini, non vi può essere un interesse destinato ad un’assoluta prevalenza sull’altro.

⁸⁹ P. GROSSI, *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2008, 6 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020; Sugli elementi di novità, rappresentati dalla codificazione dei diritti fondamentali e dal sindacato di costituzionalità delle leggi, presenti nelle costituzioni democratiche dell’ultimo dopoguerra, M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2004, 62 ss.; P. COSTA, *Diritti fondamentali (Storia)*, in *Enc. dir., ann.*, II, 2, 2008, 382, 389, 400.

⁹⁰ D. MORANA, *Sulla fundamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell’interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia*, in *Consulta online*, 30/4/2020, 2, 4; A. VENANZONI, *L’innominabile attuale. L’emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26/3/2020; G. GUZZETTA, *E se il caos delle norme anti-contagio fosse un trucco per toglierci la voglia di libertà?*, ne *Il Dubbio*, 4/4/2020, consultabile dal sito ufficiale dell’Associazione ex Parlamentari della Repubblica; F. GRANDI, *L’art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o “recrudescenza” di un dovere?*, fascicolo 1/2021 in *Costituzionalismo.it*.

⁹¹ La letteratura giuridica sul principio di precauzione è molto vasta. Tra i contributi più recenti, con ampie citazioni della dottrina precedente, si indicano: A. BARONE, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *Riv. Persona e Amministrazione*, 2020, 185-196; che ha analizzato l’impatto dei principi di precauzione e sussidiarietà sulle scelte di gestione dei rischi da Covid-19; A. BARONE, *Principio di precauzione e governo del rischio*, in F. RICCI (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2019, 219 ss. 238; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2004, 24; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, III ed., Oxford, 2018, 694 ss. e l’ampia dottrina ivi citata; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018, 199, “E, così, per effetto della citata l. n. 15/2005, nell’interesse generale, tutte le autorità competenti sono obbligate “ad adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la

interessi costituzionali a vantaggio del diritto alla salute che, pertanto, si trasforma in un diritto “tiranno” rispetto agli altri, o meglio in un “valore” meta-positivo che orienta e piega tutti gli altri diritti e che non può essere con essi bilanciato⁹².

sicurezza e per l’ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici”; F. DE LEONARDIS, *Tra precauzione, prevenzione e programmazione*, in L. GIANI, M. D’ORSOGNA, A. POLICE (a cura di), *Dal diritto dell’emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, 49 ss.; S. GIULIETTI, *I principi di prevenzione e precauzione nella materia ambientale* in L. GIANI, M. D’ORSOGNA, A. POLICE, *Dal diritto dell’emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, 238; F. SCALIA *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Riv. diritto pubblico italiano. di diritto comparato e europeo*, in *Federalismi.it*, 18/11/2020. Per un’approfondita analisi della precauzione nel diritto pubblico tedesco si veda P. SAVONA, *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in *Federalismi.it*, 28/12/2011; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 413 ss. Il principio di precauzione costituisce un importante paradigma del principio di proporzionalità, cfr., S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 130. Con la Comunicazione della Commissione europea del 2/2/2002 (Com/2000/01) e con la l. 11/2/2005, n. 15 il principio di precauzione è stato incluso, a pieno titolo, tra i principi generali dell’azione amministrativa nell’ordinamento europeo, A. NAPOLITANO, *L’evoluzione del principio di precauzione nel panorama giuridico nazionale ed europeo*, in *De Iustitia*, 1, 2019, 64 ss.; M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell’azione amministrativa*, in *Il dir. eco.*, 2016, 2, 411 ss.

⁹² Nella gestione del rischio nell’emergenza epidemiologica, merita di essere ricordato il principio espresso dalla giurisprudenza amministrativa che si è formata sul punto sia in sede cautelare che in sede di merito: da un lato è stata ribadita l’ammissibilità dell’impugnazione avverso i decreti cautelari di primo grado nei soli limitatissimi casi in cui la tutela richiesta incida su un diritto costituzionalmente tutelato e, dall’altro, è stato affermato che nella comparazione tra diritti anche fondamentali della persona – al libero movimento al lavoro, alla privacy e la salute della generalità dei cittadini, prevale quest’ultima, quale valore di rango costituzionale assolutamente primario. Cons. Stato, sez. III, 30/03/2020, n. 1553; T.a.r. Calabria, sez. I, 9/05/2020, n. 841. In analoghi sensi, (che sviluppano anche il tema del principio di precauzione nei rapporti tra Stato e Regione) T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. III, 25/09/2020, n. 1952, T.a.r. Lazio, sez. III, 2/10/2020, n. 10048 e 16/10/2020, n. 11991; T.a.r. Piemonte, sez. I, 12/12/2020, n. 834, T.a.r. Calabria, sez. I, 18/12/2020, n. 1346.

9. Il processo di concretizzazione dell'interesse pubblico nella fase istruttoria del procedimento amministrativo: distinzione tra interesse pubblico astratto e interesse pubblico concreto

La difficoltà di individuare in maniera agevole l'interesse pubblico da soddisfare in occasione del concreto esercizio di un potere discrezionale, cui si affianca la necessità di cercare un equilibrio tra i vari interessi presenti nel caso concreto, conduce ad un declassamento della predominanza della norma attributiva del potere e della prevalenza dell'interesse della pubblica amministrazione rispetto a quello di cui è titolare il soggetto privato. Attualmente vi è una tendenza che conduce non più nella sola direzione di una attività amministrativa legittima, ma una propensione ad un'azione amministrativa corretta che per essere tale non può prescindere dalla valutazione e dall'approfondita conoscenza del caso concreto. In altri termini, si assiste ad una svalutazione del principio di legalità⁹³ ovvero alla crisi del classico rapporto tra la legge e l'atto amministrativo⁹⁴: il

⁹³ Sulla crisi del principio di legalità, F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo tecnica e mercato: Poteri tecnici e Giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005, 11. Secondo l'Autore, nonostante il principio di legalità sia il fondamento del potere amministrativo, è innegabile che non sempre la legge ordinaria costituisca una fonte di legittimazione chiara: molte volte, infatti, la norma attribuisce all'amministrazione un potere generico espresso con la mera indicazione di un fine suscettibile di essere riempito da varie scelte possibili. La crisi della legge è da intendersi nel senso che la legge non è in grado di individuare un interesse e un fine pubblico da attuare, ma compete alla stessa pubblica amministrazione completare la norma e individuare il fine da attuare, la decisione amministrativa assume, dunque, una funzione integrativa della norma. Di conseguenza l'atto amministrativo conquista margini di discrezionalità ben più ampi rispetto al passato. Si configura una funzione creativa dell'amministrazione che prende sempre più forma a causa della instabilità del sistema delle fonti e della dominanza che assumono, in alcuni settori, i concetti giuridici indeterminati. Sul tema G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3170; F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1070; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 274; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 347 ss.

⁹⁴ Sul rapporto tra discrezionalità e procedimento si vedano M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 119 ss.; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Napoli, 1981, 21, ss.; M. NIGRO, E. CARDI, *L'azione dei poteri pubblici, Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a

dato normativo non è da solo sufficiente per individuare l'interesse pubblico da perseguire⁹⁵, ma deve essere supportato dal procedimento amministrativo inteso come il luogo di raccolta delle informazioni e degli interessi, nonché di conoscenza dei fatti. L'interesse pubblico incorporato nella norma giuridica è un interesse astratto che si concretizza e prende forma all'esito dello svolgimento dell'attività procedimentalizzata della pubblica amministrazione⁹⁶. L'interesse pubblico viene determinato in maniera puntuale e viene composto concretamente in relazione a tutti gli altri interessi nell'ambito del procedimento amministrativo⁹⁷. Si viene, pertanto, ad instaurare uno stretto rapporto tra attività conoscitiva dell'amministrazione e discrezionalità, da cui ha origine la valorizzazione del complessivo ruolo del procedimento, che evidenzia le scelte e che costituisce il momento di raccolta e di selezione degli interessi da comparare⁹⁸. Secondo detto orientamento, determinante è anche la partecipazione

cura di), *Manuale di diritto pubblico*, III, Bologna, 1994, 713; R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, 576; S. CASSESE, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Un'analisi comparata*, in *Foro it.*, 1993, V, 28; G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali* in U. ALLEGRETTI, O. BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, 815.

⁹⁵ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione, Concetto e problemi*, Milano, 1939, le cui posizioni sono state riprese in più lavori, tra i quali da ultimo; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 45. L'importanza degli studi di M.S. Giannini è generalmente riconosciuta, cfr. per tutti: F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045.

⁹⁶ Sulla distinzione tra interesse pubblico concreto e interesse pubblico astratto si veda F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 335. L'Autore precisa che la norma attributiva del potere, quando contiene termini generici della fattispecie o anche un'indicazione implicita dell'interesse pubblico, rende necessario lo svolgimento di una indagine conoscitiva, volta ad appurare se esista nella realtà un qualsiasi fatto da cui si desuma la presenza dell'interesse medesimo.

⁹⁷ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 98, 99.

⁹⁸ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo* in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 112; G. PERICU, *Attività amministrativa, Premesse introduttive e principi costituzionali*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, III ed., Bologna, 2001, 1214 ss.; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 330 ss.; M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, 1996, 129; M.T. SERRA,

del privato al procedimento con cui contribuisce alla determinazione dell'interesse pubblico concreto⁹⁹. I soggetti che partecipano al procedimento collaborano alla formazione dell'atto discrezionale non tanto con l'introduzione degli interessi, quanto piuttosto con l'indicazione e la giustificazione della soluzione che meglio giustifica i loro interessi¹⁰⁰. Il processo di concretizzazione dell'interesse pubblico evidenzia lo stretto rapporto che si instaura tra l'attività conoscitiva dell'amministrazione e la discrezionalità: la comparazione e la considerazione di tutti gli interessi rilevanti nella vicenda avvengono concretamente attraverso una approfondita attività conoscitiva. La fase istruttoria anticipa la futura scelta dell'amministrazione. È dunque la procedimentalizzazione¹⁰¹ dell'attività a

Contributo ad uno studio sulla istruttoria nel procedimento amministrativo, Milano, 1991, 75. L'interesse pubblico concreto non è uno degli interessi pubblici dati dalla legge (né l'interesse primario né uno degli interessi secondari), ma è un interesse (composito, misto, frutto di confronto o compromesso) diverso, scolpito o costruito dalla stessa amministrazione attraverso le operazioni di valutazione comparativa.

⁹⁹ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 112, 113.

¹⁰⁰ S. COGNETTI, *Qualità e qualità della partecipazione, Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000; M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, 226 ss.; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 330; M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, 1996, 129 ss.; M.T. SERRA *Contributo ad uno studio sull'istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, 387; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato al procedimento*, Milano, 1996, 121 ss.; M. RAMAJOLI, *Art. 9*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2016, 516 ss.; F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996, 37; G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in www.giustizia-amministrativa.it, che ricorda come Benvenuti "ravvisava nella partecipazione dialettica del cittadino allo svolgersi della funzione, non soltanto un'occasione di arricchimento dell'istruttoria amministrativa attraverso l'apporto di elementi e di interessi provenienti dal destinatario, ma anche lo strumento privilegiato per instaurare un reale confronto, secondo il metodo del contraddittorio democratico, tra il punto di vista dell'amministrazione e quello della società civile".

¹⁰¹ La procedimentalizzazione dell'attività amministrativa secondo S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità, Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 238, tende a produrre sul piano dell'effettività la giuridicizzazione del merito, con la conseguente esaltazione delle regole non scritte, siano esse di esperienza, di razionalità, di proporzionalità. Suggestiva, l'analisi di E.M. MARENGHI, *Procedimenti e proces-*

costituire l'osservatorio naturale dei criteri guida che hanno orientato l'attività stessa lungo il suo formarsi.

Lo strumento giuridico attraverso il quale si possono rilevare l'incompletezza e l'inadeguatezza dell'istruttoria è la motivazione del provvedimento¹⁰². L'art. 3 della l. n. 241/1990¹⁰³ impone che la pubblica amministrazione indichi i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche in relazione alle risultanze dell'istruttoria; il dovere di motivazione è conforme alla legge quando viene condotta ed esplicitata una specifica attività conoscitiva.

La motivazione del provvedimento è strettamente collegata alle risultanze dell'istruttoria. Essa non solo deve essere presente, ma deve essere sufficiente, adeguata, ragionevole, congrua e coerente. La motivazione consente di valutare non solo la legittimità, ma anche la qualità del potere esercitato.

In alcuni casi, e in modo particolare in materia di tutela del paesaggio, la motivazione del provvedimento si limita ad una semplice affermazione stereotipata del tipo: "la realizzazione dell'opera è incompatibile con il

sualprocedimento, Padova, 2009, 25, secondo cui valutazioni che spetterebbero anzitutto all'amministrazione, vengono svolte in sede processuale. Ciò che rischia di trasformare inevitabilmente il processo in un "processual-procedimento", forzandosi per questa via il giudice amministrativo a svolgere ruoli e attività che dovrebbero spettare *ex ante* alla stessa amministrazione nel corso dell'istruttoria; G. DE GIORGI CEZZI, *Commento dell'art. 21 quater legge n. 241/1990*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 859.

¹⁰² Sul rapporto tra motivazione e istruttoria, nonché sulla natura "sostanziale" della motivazione, I. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e potere dell'amministrazione*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2003, 338 ss.; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (Dal processo al procedimento con pluralità di parti)*. Napoli, 1996, 222; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 74; S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione*, Milano, 2000, 120; G. PALMA, *Le posizioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di Diritto amministrativo*, Padova, 1999, 73; F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento amministrativo, commento art. 3 legge 241/1990*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 374.

¹⁰³ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2010, Milano, 564; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, 66; M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della l. n. 241/1990, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 459.

paesaggio”¹⁰⁴. Da tempo la giurisprudenza procede all’annullamento di provvedimenti per assenza di istruttoria¹⁰⁵. Così, ad esempio, si ritiene illegittima la valutazione negativa espressa dalla Soprintendenza con riguardo all’impatto dell’opera progettata sul paesaggio, sulla base di una generica motivazione con cui si afferma che l’intervento determinerebbe una trasformazione irreversibile delle caratteristiche formali e cromatiche dell’area a ridosso delle sponde del canale e che comporterebbe la cancellazione dei tratti distintivi del paesaggio protetto in contrasto con il regime di tutela¹⁰⁶. La soddisfazione di un interesse pubblico preso in considerazione da una norma non può essere disancorata da una concreta valutazione del caso di specie e dello stato dei luoghi. L’autorità competente al rilascio dell’autorizzazione è tenuta ad operare un giudizio in concreto, mediante lo svolgimento di una approfondita attività conoscitiva, al fine di verificare il rispetto, da parte dell’intervento progettato, delle esigenze connesse alla tutela del paesaggio stesso, anche se il paesaggio è un valore costituzionale primario¹⁰⁷. In altri termini, l’autorità deve verificare se la realizzazione del progetto comporti una compromissione dell’area protetta, accertando in concreto la compatibilità dell’intervento con il mantenimento e l’integrità dei valori dei luoghi¹⁰⁸. La scelta, in un primo momento, presuppone lo svolgimento di una attività conoscitiva e, in un secondo momento, implica la valutazione degli interessi sottesi. La sinte-

¹⁰⁴ T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. II, 1/10/2021, n. 677 che ha affermato che il diniego di conformità paesaggistica non può essere fondato su una generica incompatibilità delle opere con il paesaggio, in quanto la Soprintendenza non può limitare la sua valutazione al mero riferimento ad un pregiudizio del paesaggio, utilizzando espressioni, vaghe e formule stereotipate, ma deve al contrario necessariamente spiegare per quali concrete ragioni il manufatto risulti incompatibile con i valori tutelati dallo specifico vincolo paesaggistico. In tale senso: Cons. Stato, sez. VI 8/2021, n. 2858; Cons. Stato, sez. IV, 10/03/2021, n. 2041; T.a.r. Trieste, sez. I, 03/03/2020, n. 70; Cons. Stato, sez. VI, 26/10/2020, n. 6511; T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 2/11/2020, n. 694; Cons. Stato, sez. VI, 18/01/2019, n. 470; Cons. Stato, sez. VI, 15/10/2018, n. 5909; Cons. Stato, sez. VI, 23/07/2018, n. 4466.

¹⁰⁵ Cons. Stato, sez. VI, 27/04/2018, n. 2574; T.a.r. Campania, Napoli, 21/06/2018, n. 4167.

¹⁰⁶ T.a.r. Campania, Napoli, 21/06/2018, n. 4167.

¹⁰⁷ T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 29/03/2021, n. 296; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 24/08/2017, n. 1768; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 10/10/2016, n. 4650.

¹⁰⁸ T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I 29/03/2021, n. 296.

si di questi due momenti, ad esempio, si ha anche nel caso della valutazione dell'interesse paesaggistico. In tale ambito, ci sono profili di discrezionalità pura, però la scelta finale è espressione non di una valutazione politica, ma di una valutazione tecnica¹⁰⁹, perché la pubblica amministrazione deve scegliere tra due soluzioni tecniche diverse.

Di fronte a soluzioni tecniche diverse di un problema, la pubblica amministrazione deve sempre verificare, anche attraverso una attività meramente interpretativa della sussunzione del fatto nella norma, quale sia l'interesse che deve prevalere e quale sia la soluzione da preferire. In altri termini, l'esercizio del potere discrezionale tecnico si accompagna a momenti di discrezionalità pura. Come si avrà modo di notare in occasione dell'analisi della giurisprudenza, la modalità di decisione della pubblica amministrazione in astratto è individuata dalla norma attributiva del potere, mentre sul piano pratico non può prescindere dall'attività conoscitiva e valutativa del caso concreto, da regolare in sede di procedimento amministrativo, anche grazie all'attività collaborativa dei privati cittadini¹¹⁰.

¹⁰⁹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, ora in ID., *Scritti*, I, Milano, 2000, 42 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 54-58. Con GIANNINI, come è ben noto, si ha una prima svolta importante: il chiaro autore distingue nettamente valutazione politica e valutazione scientifica, e quindi discrezionalità amministrativa e tecnica. In tal senso la discrezionalità amministrativa viene depurata da ogni elemento che resta fuori dall'intrinseca politicità della comparazione di interessi: lo stesso impiego della locuzione "discrezionalità tecnica", in questo senso, sarebbe improprio, poiché l'unica vera discrezionalità è quella amministrativa. Dopo il fondamentale chiarimento di Giannini l'elemento che, soprattutto in giurisprudenza, ha consentito di mantenere un certo contatto tra discrezionalità amministrativa e tecnica, è stato l'opinabilità ineliminabile di taluni apprezzamenti tecnici.

¹¹⁰ Sul tema della finalità collaborativa intesa ad acquisire tutti i contributi utili a pervenire alla migliore individuazione dell'interesse pubblico concreto, si vedano M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, 226; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 95; S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione – Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, 120; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 221 ss., 347 ss.; M. RAMAJOLI, *Art. 9*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2016, 516.

10. La decisione amministrativa in condizioni di incertezza e il principio di precauzione

Oggi la riflessione sulla discrezionalità, prevalentemente, si muove lungo due filoni. Il primo filone è quello di distinguere l'attività valutativa degli interessi da altre tipologie di giudizio. Il secondo filone, invece, è quello di specificare quali sono le regole che condizionano l'esercizio dell'attività discrezionale e che rendono una decisione corretta, opportuna e adeguata. Non sono sempre regole giuridiche di rango legislativo, ma anche regole di diversa specie e di altra natura. Gli studi più recenti sulla discrezionalità sono volti a verificare come quel complesso di disposizioni legislative e sub legislative – per fare un esempio, il principio di proporzionalità, il principio di adeguatezza, il principio di precauzione, ecc. – riescano ad indirizzare la valutazione che compie l'amministrazione nella direzione volta a rendere una scelta opportuna, adeguata e corretta. Una delle ipotesi, peraltro, più che mai attuale, in cui la valutazione della pubblica amministrazione è sorretta dalle regole cc.dd. non giuridiche si ha quando l'amministrazione deve “decidere” in un contesto emergenziale. Le tecniche di gestione del rischio implicano un'attività amministrativa che presenta momenti di discrezionalità tecnica e momenti di discrezionalità pura.

Le condizioni di incertezza ampliano il potere discrezionale della pubblica amministrazione in quanto necessario alla regolazione (non predefinibile *ex lege*) del contesto emergenziale, così come i provvedimenti emergenziali si caratterizzano per una atipicità contenutistica lecita in quanto indispensabile a offrire la necessaria flessibilità delle scelte di gestione delle situazioni eccezionali.

Le autorità amministrative competenti possono compiere le scelte ritenute più adeguate ai fini della realizzazione dell'interesse pubblico primario, richiedendosi valutazioni comparative confluenti in un necessario connubio tra scienza e amministrazione, dove l'alto grado di contingenza e imprevedibilità esige un ampio spazio di adattabilità delle misure disposte. La manifestazione di volontà confluita nell'atto finale (la decisione pubblica) non rappresenta soltanto l'applicazione meccanica di norme di legge, ma diventa espressione doverosa del bilanciamento dei diritti fondamentali variamente presenti nella fattispecie considerata, di conver-

genze sociali ed economiche, di recepimento di dati scientifici, di scelta e applicazione di più criteri e parametri. Nella valutazione emergenziale tutte le tipologie di valutazione dell'amministrazione non vivono isolate, ma si intrecciano tra di loro, per cui accanto a momenti di vincolo, troviamo momenti di attività discrezionale, momenti di interpretazione di norme, momenti di deduzione della regola dai principi, dai concetti giuridici indeterminati e via di seguito. In particolare, la discrezionalità amministrativa si intreccia con la discrezionalità tecnica ampliando l'ambito dell'eventuale sindacato giurisdizionale¹¹¹. La decisione amministrativa deve trovare il suo legittimo fondamento nei dati scientifici disponibili ai quali è vincolata e il conseguente sindacato sulla decisione va effettuato in relazione al collegamento esistente tra dato normativo e dato fattuale, posto che non è più soltanto la norma a giustificare l'azione e la scelta amministrativa, quanto piuttosto la realtà dei fatti e l'analisi delle circostanze concrete, nel quadro ed entro i limiti posti dai principi di proporzionalità, adeguatezza, ragionevolezza¹¹², pertinenza e precauzione, che guidano l'autorità decidente verso le soluzioni più giuste e opportune, fungendo da criteri metodologici e procedurali. Il sindacato giurisdizionale, quindi, è esteso alla verifica delle condizioni e delle modalità di esercizio del potere discrezionale al fine di valutare la sussistenza dei requisiti di ragionevolezza, proporzionalità e coerenza delle scelte. In contesti in cui domina l'incertezza tecnico – scientifica, viene in rilievo il principio di precauzione¹¹³, che fornisce parametri di giudizio, implicando un am-

¹¹¹ Si vedrà nel prosieguo che il reale impedimento ad un sindacato pieno del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e sull'apprezzamento del c.d. fatto complesso si pone essenzialmente nelle ipotesi di commistione con la discrezionalità amministrativa ed è causata dalla difficoltà talora estrema di districare l'intreccio fra i due rispettivi momenti di esercizio.

¹¹² G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars Interpretandi*, 2002, 7, 437 ss., 451; G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. III, Padova, 1998, 95; M.P. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 69 ss.; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 105.

¹¹³ Il principio di precauzione si afferma innanzitutto come principio cardine del diritto dell'Unione europea (art. 191, par. 2, T.F.U.E.: "*La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie Regioni dell'Unione. Essa è fondata su principi della precauzione e*

pliamento della logica della funzione amministrativa per giustificare l'adozione di misure adottate anche quando non sia certa la pericolosità del fattore che le ha determinate. In generale, il principio di precauzione è il principio in forza del quale la pubblica amministrazione, in presenza di un contesto scientifico incerto, deve adottare le tecniche e le azioni necessarie per prevenire e gestire il rischio, contemperando anche opposti interessi.

La valutazione amministrativa non può, a pena di illegittimità della decisione finale, prescindere dalle preliminari valutazioni circa i dati tecnici e scientifici disponibili al momento della decisione, nonché dalle obiettive e reali condizioni degli specifici contesti territoriali (o ambiti socio-relazionali) sui quali andrà ad incidere il provvedimento amministrativo discrezionale¹¹⁴. Ogni scelta dell'Amministrazione attuata in base al principio di precauzione, richiede necessariamente una continua verifica in concreto della bontà delle misure, perché il rischio cambia con l'evoluzione del tempo e con l'evoluzione scientifica. Di conseguenza, scegliere le misure di contenimento, le misure che attuano il principio di precauzione, non è semplicemente una scelta espressione di una discre-

dell'azione preventiva”). Il paragrafo 3 dell'art. 191 T.F.U.E individua chiaramente i criteri di legittimità dell'azione in situazione di incertezza tecnico – scientifica prevedendo che “ *nel disporre la sua politica in materia ambientale la Comunità tiene conto: dei dati scientifici e tecnici disponibili; delle condizioni dell'ambiente nelle varie Regioni della Comunità; dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o all'assenza di azione; dello sviluppo socioeconomico della Comunità nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole Regioni*”. La positivizzazione del principio di precauzione nel nostro ordinamento avviene con il d.lgs. 30/4/2006, n. 152 (Codice dell'ambiente), il cui art. 301, commi 1 e 2, così recita: “*In applicazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2, del Trattato CE, in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione. L'applicazione del principio di cui al comma 1 concerne il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva*”.

¹¹⁴La decisione amministrativa precauzionale, quindi, non è una decisione libera, ma è vincolata alla doverosa preliminare valutazione concernente i profili indicati dall'art. 191, par. 3 T.F.U.E. e dall'art. 301, comma 2, d.lgs. n. 152/2006, ai sensi dei quali sarà indispensabile: a) esaminare i dati tecnici scientifici disponibili al momento della decisione; b) tenere conto delle condizioni dei singoli contesti territoriali; c) di effettuare una attenta analisi costi benefici. Come si desume dalle due norme succitate, la concreta attuazione del principio di precauzione non può fondarsi su un'aprioristica affermazione di rischio del tutto priva di evidenze scientifiche.

zionalità tecnica, ma è una discrezionalità tecnica che viene doppiata dalla discrezionalità pura, dal momento che subentrano valutazioni politiche.

Nel nostro ordinamento è condivisa l'impostazione che il principio di precauzione, pur essendo un principio comunitario recepito in materia ambientale, sia ormai un principio avente una portata più ampia, vale a dire un principio generale dell'azione amministrativa il cui fondamento normativo è da rinvenire nella l. n. 241/1990, che all'art. 1, nella individuazione dei principi cui è soggetta l'attività amministrativa, pur non facendo espressamente riferimento al principio di precauzione¹¹⁵, annovera anche i principi generali dell'ordinamento comunitario.

11. La qualificazione del potere amministrativo come discrezionalità tecnica

Quando l'attività dell'amministrazione è particolarmente complessa e richiede lo svolgimento di una approfondita istruttoria, nel senso che per la conoscenza dei fatti e delle situazioni rilevanti necessita, in alcuni casi, anche del ricorso a cognizioni tecniche o scientifiche di carattere specialistico, tradizionalmente si usa parlare di discrezionale tecnica.

Il potere discrezionale tecnico si concretizza in valutazioni svolte dall'organo amministrativo, fondate su regole e concetti richiamati dalla norma, ma trascendenti il diritto stesso, in quanto propri di scienze tecniche specialistiche. Tali valutazioni sono spesso complesse. Per tale ragione, esse sono caratterizzate da un margine di opinabilità. Infatti, la scienza fornisce spesso più soluzioni al singolo problema. In tali casi, la determinazione di quale sia la scelta migliore, per i bisogni della pubblica amministrazione, è rimessa alla stessa amministrazione¹¹⁶.

Oggi si parla più correttamente di valutazioni tecniche perché, a differenza di quanto accade nell'esercizio del potere discrezionale comparativo o puro, l'Amministrazione compie una valutazione di fatti alla stregua di canoni scientifici e tecnici, e non svolge alcuna comparazione tra l'in-

¹¹⁵ S. COGNETTI, *Precauzione nell'applicazione del principio di precauzione*, in G. LEONE (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019, 387 ss.

¹¹⁶ T.a.r. Sardegna, sez. I, 19/08/2021, n. 604.

teresse pubblico primario e gli interessi secondari, al fine di individuare la soluzione più opportuna per l'interesse da perseguire (come invece avviene in caso di discrezionalità amministrativa c.d. "pura")¹¹⁷. Tra la "di-

¹¹⁷ Si vedano V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 70, che propone una nozione di discrezionalità tecnica come discrezionalità amministrativa particolarmente qualificata, in quanto limitata dal rinvio a criteri tecnici; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, 47; F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, 275 ss., che individua discrezionalità tecnica di fronte a norme vaghe e imprecise, la cui attuazione presuppone il verificarsi di fatti complessi (quali l'urgenza di provvedere, la pericolosità di una costruzione, ecc.), che esigono apprezzamenti di carattere soggettivo e perciò non univoci; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 54 ss., che sostiene che la discrezionalità tecnica ricorre quando la norma giuridica che fa scaturire determinati effetti da dati fatti tace sulla misura in cui questi ultimi devono presentarsi affinché si produca l'effetto giuridico; O. Ranalletti che fa riferimento a "quando la norma, pur obbligando l'autorità a compiere una data azione, ne lega e fa dipendere la determinazione o il contenuto dell'atto dal concorso di elementi o condizioni, di cui l'esistenza si può accertare solo mediante un apprezzamento subiettivo di esigenze di interessi collettivi (utilità pubblica, l'urgenza, la sicurezza pubblica). Tra i primi a sottolineare la progressiva tecnicizzazione dell'attività amministrativa vi è F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teoria*, Milano, 1963, 547; C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica, La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, 346; C. VIDETTA, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2002 ss., 2266 ss. Secondo F. FRACCHIA, C. VIDETTA, *La tecnica come potere*, in *Foro it.*, 2002, III, 497: «una sorta di riserva in capo al soggetto tecnico nei confronti dell'organo di amministrazione attiva emerge sul piano sostanziale dall'art. 17 l. 241/90». Nello stesso senso, D. DE PRETIS, *Valutazioni tecniche della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 6179. Sul punto anche A. CARIOLA, *Discrezionalità tecnica e imparzialità*, in *Dir. amm.*, 1997, 480; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 684 ss., 707, distingue tra «acclamamenti tecnici» e «valutazioni di tipo operativo»: queste ultime, secondo l'autore, «non si pongono in una posizione di assoluta neutralità rispetto al gioco di interessi (...). Presentano, anche dal punto di vista strutturale, spiccate analogie con la discrezionalità, nel senso che in esse è presente – ed è fisiologica – quella tensione alla composizione di interessi che è tipica dell'agire discrezionale». M.S. GIANNINI, *Discrezionalità amministrativa e pluralismo, (intervista a cura di M. D'Alberti)*, in *Quaderni del pluralismo*, 1984, n. 2, 104-109 secondo cui si sta assistendo alla graduale trasformazione della discrezionalità amministrativa in discrezionalità tecnica; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 775; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del Diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 112; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, 1098-1109; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 240; L. BENVENUTI, *La discrezionalità*

screzionalità amministrativa” e la “discrezionalità tecnica”, perciò, vi è una diversità concettuale di fondo: mentre la discrezionalità amministrativa consta sia del momento del giudizio (nel quale si acquisiscono e si esaminano i fatti), che del momento della scelta (nel quale si compie una sintesi degli interessi in gioco e si determina la soluzione più opportuna), la discrezionalità tecnica, viceversa, contiene il solo profilo del giudizio, risolvendosi soltanto in una analisi di fatti, sia pure complessi, ma non di interessi. Una volta esaurita la fase dell'accertamento dei fatti sulla base di cognizioni tecniche, può succedere che la pubblica amministrazione sia “vincolata”, per effetto della norma attributiva del potere, all'adozione di un determinato provvedimento: in questo caso, si afferma che la discrezionalità amministrativa è servente rispetto al vincolo amministrativo stabilito dal legislatore. Può altresì accadere che, dopo l'analisi dei fatti condotta nell'esercizio della discrezionalità tecnica, la pubblica amministrazione rimanga libera di individuare il provvedimento più opportuno per il perseguimento dell'interesse pubblico: in tale ipotesi, si sostiene che alla discrezionalità tecnica si accompagna la discrezionalità amministrativa, dando luogo alla c.d. “discrezionalità mista”, intesa concettualmente come la sintesi dei due momenti discrezionali che caratterizzano l'intera azione amministrativa¹¹⁸. Peraltro, occorre chiarire che, quando l'amministrazione è chiamata all'accertamento dei fatti ai fini dell'esercizio del potere conferitole dalla legge, detto accertamento può essere svolto sulla base di regole dotate di un maggiore o minore grado di certezza. Il diverso atteggiarsi delle stesse comporta una diversa qualificazione dell'atto emanato a seguito della loro applicazione. Segnatamente, ove la

amministrativa, Padova, 1986, 28 ss.; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE, (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, 1993 ss.; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 804; G. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 150 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 404 ss.

¹¹⁸Cfr. T.a.r. Veneto, Venezia, sez. II, 14/06/2010, n. 2512. “In tema di V.I.A., il giudizio di compatibilità ambientale, in quanto implica una valutazione anticipata finalizzata alla tutela preventiva dell'interesse pubblico, non si risolve in un puro e semplice giudizio tecnico, ma presenta comunque profili elevati di discrezionalità amministrativa e, pertanto, si parla di discrezionalità mista, a fronte della quale il sindacato giurisdizionale è ristretto ai casi di illogicità manifesta, errore di fatto, difetto di istruttoria e di motivazione”.

pubblica amministrazione si affidi a criteri attinti dalle c.d. *scienze esatte*, e tali dunque da comportarne una utilizzazione ontologicamente priva di qualsivoglia margine valutativo o di opinabilità, il provvedimento amministrativo si configura come mero “accertamento tecnico”¹¹⁹. Viceversa,

¹¹⁹ Secondo M.S. GIANNINI, la discrezionalità tecnica, in realtà, non ha nulla di discrezionalità ed è frutto di un errore storico della dottrina. Sarebbe stato possibile rimediare a questo errore se non fosse che l’espressione discrezionalità tecnica è ormai ampiamente utilizzata nel linguaggio comune: M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II Milano, 1993, 55, 57 ss. Non esiste pertanto una ‘discrezionalità tecnica’: esistono soltanto valutazioni, apprezzamenti tecnici”; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 211-214-218, secondo il quale “è da escludere che il criterio determinante l’accoglimento di una anziché di un’altra valutazione tecnica sia l’interesse pubblico, ove per tale si intenda quel fenomeno (comparazione e scelta fra interessi) in cui consiste l’apprezzamento discrezionale”, “l’elemento che consente di superare l’opinabilità della questione tecnica appartiene all’ordine dei valori”; “non si può negare che i valori espressi dall’amministrazione (per il fatto che essi scaturiscono dalla forzata compresenza di valori portati da gruppi individuati e individuabili in base a criteri diversi e per il fatto che sono sistematicamente mediati dall’indirizzo politico) siano più rappresentativi dell’insieme del corpo sociale, per un verso, e, per un altro, (...), più facilmente influenzabili e controllabili dai cittadini”; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 428, secondo il quale “gli studi sulla discrezionalità amministrativa (ne hanno) posto in evidenza la relativa autonomia dalle valutazioni tecniche. Indubbiamente, molto spesso tali valutazioni sono precedute da una prima individuazione e ponderazione di quei pubblici interessi che concorrono a delimitare l’ambito del problema tecnico relativo ad una certa situazione; e forse ancor più spesso si hanno determinazioni discrezionali successive, che utilizzano i risultati dell’indagine tecnica per la risoluzione del problema amministrativo vero e proprio. Ciò nondimeno questi momenti, che talvolta si susseguono ed alternano secondo ordini seriali molto articolati, sono pur sempre suscettibili di distinzione; V. CERULLI IRELLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 477, secondo il quale “con l’espressione *mera attuazione delle legge* si intende invero fare riferimento ad un dato prettamente giuridico (...) che sta in ciò, che nell’ambito delle attività così qualificabili all’amministrazione non è consentito procedere ad autonoma (discrezionale) valutazione dell’interesse pubblico o degli interessi pubblici in gioco”; (nell’ipotesi di) attività amministrativa discrezionale (...) la legge stessa, *attribuendo* ad un’autorità amministrativa la cura concreta di un interesse pubblico, le imputa con ciò solo, uno spazio libero dell’agire (più o meno ampio) nel quale essa è tenuta muoversi autonomamente, cioè a compiere scelte (circa la amministrazione dell’interesse pubblico medesimo) che sono sue proprie: di essa come quella che per legge è attributaria della cura dell’interesse; E. CAPACCIOLI, *Pagine scelte dal manuale di diritto amministrativo*, in F. MERUSI, D. SORACE (a cura di) Padova, 1995, 88 ss., secondo il quale “La discrezionalità (...) è il criterio di valutazione onde si sceglie nel caso concreto la soluzione più adatta per soddisfare l’interesse pubblico in relazione al fine predeterminato dalla legge (...) Il rapporto “determinazione volitiva – interesse pubblico da soddisfare” è specifico ed esclusivo della discrezionalità; esso si giova della tecnica, ma non si confonde con essa. (...) Il momento

il provvedimento amministrativo costituisce espressione della discrezionalità tecnica nel momento in cui la pubblica amministrazione svolge l'accertamento del fatto alla luce di criteri opinabili e non certi¹²⁰. In un

discrezionale comincia quando termina quello tecnico o finisce quando comincia quello tecnico"; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 215, secondo il quale "L'identificazione di discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa è diversa quanto diverso è un giudizio da un atto volitivo di scelta, risulta infatti la funzione amministrativa allorché opera la qualificazione di un fatto alla luce di criteri tecnici o scientifici, seppure a carattere valutativo, da quando invece definisce l'interesse pubblico prevalente secondo una valutazione di opportunità"; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 92 ss., 158, 319 ss., 344, spec. 329, secondo il quale "ogni fatto che entra a far parte della struttura causale del provvedimento in esito alla fase di impostazione delle premesse è oggetto di un giudizio che (...) non involge alcun momento discrezionale ed ha natura essenzialmente interpretativa della norma attributiva di potere o determinativa della competenza"; "sul giudice incombe la responsabilità di isolare gli apprezzamenti dell'amministrazione che hanno concorso all'individuazione ed alla concretizzazione dell'interesse pubblico specifico dalle altre valutazioni, di pura opportunità, che afferiscono direttamente e specificamente alla identificazione della migliore soluzione del problema" (331). Nel primo caso, "si tratta di apprezzamenti che non comportano alcuna ponderazione di interessi"; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, che critica incisivamente la categoria della c.d. discrezionalità tecnica ed individua quella delle valutazioni non discrezionali; ossia prive di "ciò che è tradizionalmente proprio dell'attività discrezionale, cioè l'essere valutazione concernente gli interessi – riservata all'amministrazione in ragione della sua istituzionale funzione di complesso organizzatorio preordinato a perseguire in concreto nel migliore modo possibile l'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge". Le valutazioni non discrezionali, a "differenza dell'attività vincolata [comportano] un apporto nuovo ed originale del soggetto applicante (...); tale apporto, tuttavia, non avendo ad oggetto la valutazione comparativa degli interessi, si differenzerebbe dalla creatività propria dell'intervento discrezionale"; R. CARANTA, *I sassi e lo stagno (il difficile accesso al fatto del giudice amministrativo)*, in *Urb. e app.*, 2000, 1350, secondo il quale "il tentativo di assimilare le valutazioni tecniche alla discrezionalità amministrativa (...) è divenuto impossibile nella misura in cui il *proprium* della discrezionalità amministrativa è stato individuato nel bilanciamento di contrapposti interessi"; E. FOLLIERI, *La sindacabilità delle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione nella tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, vol. IV, Padova, 2007, 158, secondo il quale la discrezionalità amministrativa "è espressione di una scelta e di una decisione sull'opportunità di una determinata soluzione frutto della comparazione degli interessi pubblici, collettivi e privati presenti una determinata fattispecie concreta (...)"; la discrezionalità tecnica, invece, "è manifestazione, nelle ipotesi di maggiore ampiezza e complessità, di un giudizio conseguente ad accertamenti di fatto (...)".

¹²⁰ E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Riv. dir. amm.*, n. 3/2014, 759; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, III, 2013, 309 ss.; P.

tale contesto la ricerca dell'equilibrio tra i diversi interessi, pubblici e privati, che insistono nel territorio non può che essere affidata a criteri ordinatori delle scelte amministrative in grado di cogliere la misura, intesa anzitutto come reciproca compatibilità, della loro soddisfazione. Tra questi standard vi è certamente il principio di proporzionalità, la cui effettiva applicazione nell'ordinamento dipenderà molto dal ruolo che il giudice amministrativo riuscirà a ritagliarsi nel novellato sistema processuale quale garante di un corretto esercizio del potere discrezionale.

12. L'autorizzazione paesaggistica come strumento per conformare l'attività del privato

Un apporto alla trattazione del tema oggetto di studio è offerto dalle riflessioni sulle modalità di esercizio del potere amministrativo in tema di adozione dei provvedimenti autorizzativi in materia ambientale, perché le autorità amministrative, anche in materia di tutela del paesaggio, così come in materia ambientale, non si limitano ad esprimere un mero consenso allo svolgimento di una determinata attività.

Secondo un orientamento, l'amministrazione preposta alla tutela dell'ambiente esercita un potere conformativo dell'attività privata mediante l'indicazione delle modalità operative ed esecutive delle attività del soggetto richiedente che diventano espressione di un vero e proprio elemento strutturale del provvedimento ambientale. Le potestà conformative¹²¹ co-

CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, VII, Napoli, 1976, 87, secondo cui l'interpretazione delle norme elastiche costituisce, di certo, "la parte più dinamica e attiva della giurisprudenza stessa, che qui, meglio che in ogni altra circostanza, adempie il compito di ringiovanire il diritto obiettivo e di adattarlo alle esigenze moderne". Con particolare riferimento al ripercuotersi dei concetti giuridici indeterminati sull'estensione del sindacato del giudice amministrativo, si veda S. VENEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, disponibile in <https://www.giustizia-amministrativa.it>; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa: indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 41.

¹²¹ Le potestà conformative costituiscono espressione dell'incidenza delle potestà pubblicistiche su quelle attività umane riconosciute dall'ordinamento di particolare rilevanza in ragione della loro inerente ai pubblici interessi. Sul punto si veda M.S. GIANNINI,

stituiscono esercizio di poteri amministrativi volti a definire alcuni elementi distintivi di una attività, di un prodotto, di un impianto, di una situazione giuridica soggettiva (in generale, attività di impresa, diritto di proprietà) ed hanno valenze differenziate in relazione al regime normativo autorizzativo.

Il richiamo alla figura della decisione condizionata¹²² pone il problema del suo inquadramento nel *genus* della condizione, intendendo la condizione, secondo la dottrina tradizionale, quale elemento accidentale¹²³ del provvedimento amministrativo, o secondo un recente indirizzo quale elemento riconducibile alla figura della clausola prescrittiva condizionale, espressione del contenuto necessario della decisione, vale a dire uno elemento capace di incidere sulla *ratio* della decisione. In particolare, la condizionalità¹²⁴ della decisione appare evidente in quei provvedimenti

Diritto amministrativo, Milano, 1970, II, 1093 ss.; M.S. GIANNINI *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 179 ss. Sottolineano che il potere conformativo è espressione della funzione autoritativa della pubblica amministrazione B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo, Saggio critico*, Padova, 2000, 11; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sull'autoritarità nella funzione amministrativa*, Milano, 2005, 30 ss.; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 82.

¹²² Sulla decisione condizionata si veda G. GRECO, *L'atto amministrativo condizionato*, Torino, 2013, 151; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, 331. In alcune ipotesi, l'esistenza o l'esercizio di un potere può essere subordinato alla verifica della presenza di particolari condizioni o requisiti, sul punto A. CROSETTI, *Il rapporto autorità-libertà nei modelli di tutela dell'ambiente*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione, Atti del convegno Salerno 14-15 novembre 2014*, Torino, 2017, 343 ss.

¹²³ Sulla nozione di elementi accidentali degli atti amministrativi, intesi come quelle determinazioni accessorie e strumentali che la pubblica amministrazione può inserire e/o richiedere onde ottenere che gli effetti dei medesimi siano funzionali al rispetto dell'interesse pubblico e tradizionalmente individuati nelle nozioni di condizione, modo, termine, si vedano R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo negli elementi accidentali*, Milano, 1941, (rist. 1960) 15; G. LOCATI, *Note sulle clausole accessorie degli atti amministrativi*, in *Nuova rass.*, 1965, 2019 ss.; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 187; L. ACQUARONE, *L'attività amministrativa e i provvedimenti amministrativi*, in G. COFRANDESCO, P.M. VIPIANA, (a cura di), *Appunti dalle lezioni raccolti ad uso esclusivo dagli studenti*, Genova, 1985, 116 ss.

¹²⁴ E. FREDIANI, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019, 11 ss.; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 265; S. BORRAS PENTINAT, *L'impatto ambientale della clausola di condizionalità: globalizzazione sostenibile?*, in *Riv. giur. ambiente*, 2006, 391.

di natura autorizzatoria, dotati contemporaneamente di efficacia abilitativa e di una funzione prescrittiva¹²⁵, la cui caratteristica è stata individuata ricorrendo all'espressione di un "sì condizionato" da parte dell'amministrazione decidente.

Detta tesi, sviluppata nei riguardi dei provvedimenti autorizzativi, prende le mosse dalla dottrina tradizionale¹²⁶ che afferma che l'autorizzazione, oltre ad avere un effetto tipico, che è da ricondurre alla "rimozione di un limite", "risulta caratterizzata sovente da un effetto conformativo, nel senso che l'attività del soggetto autorizzato deve svolgersi entro i confini e seguendo le prescrizioni dettagliatamente impartite con tale provvedimento della pubblica amministrazione"¹²⁷.

Si afferma¹²⁸ che in determinate ipotesi, soprattutto nell'ambito di settori qualificati come sensibili, la scelta operata dall'amministrazione decidente "non si limita ad un sì o un no in ordine ad un certo provvedimento". In particolare, quando l'autorità decidente è tenuta ad operare una

¹²⁵ La dottrina ha variamente sviluppato il tema della possibile funzione prescrittiva assunta dalle autorizzazioni amministrative. Tra le ricostruzioni più risalenti si possono richiamare A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 787 ss.; P. GASPARRI, *Autorizzazioni* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, 512 ss.; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 313, 314; A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, vol. II, 58 ss., il quale riconosce che in molti casi l'autorizzazione ha carattere prescrittivo o conformativo della situazione soggettiva che ne è oggetto; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 241 ss.; F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, 59; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, vol. I, 844 ss., il quale afferma che l'autorizzazione, oltre ad avere un effetto tipico, che "è da ricondurre alla rimozione di un limite", "risulta caratterizzata sovente da un effetto conformativo, nel senso che l'attività del soggetto autorizzato deve svolgersi entro i confini e seguendo le prescrizioni dettagliatamente impartite con tale provvedimento della P.a.; F.G. SCOCA, *Nozione, elementi, classificazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 266 ss., il quale osserva che "l'esame di compatibilità tra interesse privato e interesse pubblico può comportare il potere amministrativo di conformazione dell'attività privata, mediante fissazione di limiti, di condizioni, di modalità di svolgimento di una determinata attività assentita dall'amministrazione medesima".

¹²⁶ O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, IV, 1894, 7.

¹²⁷ R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, vol. I, 844 ss.

¹²⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 242.

scelta in ordine al rilascio o meno di un provvedimento autorizzativo all'esercizio di un'attività privata, che può compromettere la tutela e la protezione di alcuni interessi pubblici aventi rilevanza costituzionale, quali ambiente, paesaggio, assetto idrico e salute, è necessaria una protezione adeguata ed effettiva dei suddetti interessi sensibili una volta incisi dal provvedimento amministrativo.

Una effettiva protezione di siffatti interessi pubblici può essere garantita mediante l'esercizio di un potere conformativo e di composizione preventiva di conflitti tra interessi. Ad assumere rilevanza è dunque la sussistenza di un potere dell'amministrazione pubblica di "apporre clausole particolari alle statuizioni provvedimentali", determinando in questo modo una riduzione o estensione della sfera applicativa di un determinato atto¹²⁹ e assoggettando, di conseguenza, il comportamento del destinatario a specifiche modalità operative¹³⁰.

¹²⁹ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 238.

¹³⁰ E. FREDIANI, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019, 13. L'autore nel suo recente lavoro ha analizzato la clausola condizionale quale parte del contenuto dei provvedimenti amministrativi in materia ambientale. L'intera riflessione viene ricondotta entro una cornice più ampia, rappresentata dal tradizionale modello di formazione delle decisioni pubbliche ambientali ispirato alla logica del *command and controll* (*comando e controllo*). Questa espressione indica "il meccanismo coattivo attraverso il quale il potere pubblico regolamenta i comportamenti collettivi". In campo ambientale, come anche in altri settori, tale meccanismo, si attua in primo luogo, con la definizione di norme coattive, che prescrivono determinati comportamenti come dovuti ("comando") e, in secondo luogo, con l'accertamento (attuato direttamente dalla p.a. o tramite altri soggetti) dell'effettivo rispetto delle norme stesse (controllo). In tale senso si vedano R. CELLERINO, *Comando e controllo*, in G. GAMBA, G. MARTINETTI (a cura di), *Dizionario dell'ambiente*, Torino, 1995, 168 ss. Il modello si struttura su provvedimenti di regolamentazione di attività (concessioni, autorizzazioni, divieti) supportati da un impianto repressivo (controlli e sanzioni) ed eventualmente, preceduto da atti a carattere generale (piani, programmi). Per questi profili nel diritto comunitario: S. CASSESE (a cura di), *Diritto ambientale comunitario*, Milano, 1995, 30; P. SANDS et al. *Principles of international environmental law I*, Manchester-New York, 1995, 20, ss.; C.S. HOLLING, G.K. MEFFE, *Command and Control and the Pathology Resource Management*, in *Conservation Biology*, 1996, vol. 10, n. 2, 328; HANDLER, *Regulating the European Environment Chichester*, 1997, 31 ss.; A. KISS, D. SHELTON, *Manual of European environmental law*, Cambridge, 1997, 10, ss.; R. ROMI, *L'Europe et la protection juridique de l'environnement*, Nantes, 1993, 75; L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, 2002, 61; S. BRIGGS, *Command and Control in natural resource management: Revisiting Holling and Meffe*, in *Ecological Management & Restoration*, 2003, vol. 4, n. 3. 161 ss. La clausola condizionale assume così la funzione di uno strumento di bilanciamento e integrazione reciproca tra pluralità di interessi sensibili, in un

Il riferimento all'elemento condizionale viene sviluppato in termini di esclusione con la figura della condizione intesa sulla base del richiamo alla trattazione civilistica. Invero, l'idea sottesa al modello condizionale porta ad abbandonare il riferimento alla mera condizione come elemento accidentale del provvedimento amministrativo. Il modello condizionale è espressione della modalità dell'esercizio del potere amministrativo che conduce alla figura della clausola prescrittiva condizionale quale espressione del contenuto necessario della decisione. Secondo la già menzionata tesi, la clausola condizionale recando misure preordinate a orientare e guidare lo svolgimento nel tempo di una determinata attività materiale, diviene uno strumento avente una duplice funzione¹³¹. Da una parte, è espressione di un potere conformativo con cui l'amministrazione competente fissa le modalità secondo le quali l'attività del privato debba essere svolta, assoggettando, di conseguenza, il comportamento del destinatario a specifiche modalità operative¹³². Dall'altra, la clausola prescrittiva – condizionale assume la funzione di strumento per la gestione del conflitto all'interno della dinamica decisionale¹³³. In questo ambito a venire in rilievo è la sua funzione coincidente con una forma di tutela che, alla luce della giurisprudenza costituzionale, può essere definita come integrata, olistica e sistemica¹³⁴, vale a dire espressiva di un equilibrio tra diversi

contesto segnato dall'affermazione di un nuovo approccio cooperativo e dialogico nella definizione dei contenuti della stessa decisione ambientale; A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, vol. I, 193-194.

¹³¹ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2102, 129.

¹³² F.G. SCOCA, *Nozione, elementi, classificazione*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2011, 267; E. FREDIANI, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019, 13; A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in AA.VV. *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, vol. I, 193-194.

¹³³ M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, XI, 810; F. MERUSI, G. TOSCANO, *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, vol. X, 1; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, 331.

¹³⁴ Per una lettura critica del modello sistemico elaborato dalla giurisprudenza costituzionale con specifico riferimento alla vicenda dell'Ilva di Taranto, si rinvia a R. FERRARÀ, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 651; G. PIZZANELLI, *Conciliare interessi amministrando, nel dialogo tra scienza tecnica e diritto*, Pisa, 2016, 96.

interessi sensibili, potenzialmente confliggenti, realizzato per effetto della decisione amministrativa ambientale. Invero, la riflessione sviluppata dalla tesi in esame, con riguardo al caso dell'inquadramento dell'elemento condizionale dei provvedimenti ambientali¹³⁵, conduce ad affermare che la questione non è tanto quella volta a verificare se l'elemento condizionale, apposto ai provvedimenti in materia di tutela del paesaggio e di altri interessi sensibili, debba essere inteso come elemento accidentale o strutturale della decisione amministrativa, ma quella della possibilità da parte della pubblica amministrazione di esercitare un potere conformativo ovvero di indicare le modalità di svolgimento delle attività private volta per volta considerate. In altri termini, secondo la predetta impostazione, le clausole condizionali indicano qualcosa di diverso dalla figura della condizione di origine privatistica¹³⁶. Nel primo caso, si tratta di clausole impositive di specifici obblighi¹³⁷. Nella seconda ipotesi, siamo in presenza di "condizioni vere e proprie". Inoltre, quest'ultima afferisce al piano dell'efficacia del provvedimento amministrativo; invece, l'apponibilità di una clausola prescrittiva – condizionale inerisce al contenuto stesso del provvedimento nel senso che può integrare e aggiungersi al contenuto necessario, vale a dire ad un momento *ex ante* alla produzione degli effetti.

¹³⁵ E. FREDIANI, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019, 13.

¹³⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile, il contratto*, Milano, 2000, vol. III, 537 ss., ove si afferma che la condizione è tradizionalmente indicata come elemento accidentale del contratto, in quanto non rientra tra i suoi elementi costitutivi; R. SACCO, *La condizione*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. II, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1992, 291; D. BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1937, 269.

¹³⁷ R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, vol. I, 844, 845, 792.

13. Le conseguenze che derivano dall'applicazione della tesi della decisione condizionata in tema di autorizzazioni paesaggistiche

La decisione condizionata in tema di tutela del paesaggio è una modalità operativa che consente di realizzare un adeguato bilanciamento tra i diversi valori in gioco. Il problema di fondo, da cui bisogna partire per mettere a fuoco la nuova funzione dell'atto autorizzatorio, innanzi tutto, è quello di verificare se il nostro sistema positivo riconosce all'amministrazione la possibilità di apporre clausole prescrittive condizionali al provvedimento amministrativo e, in secondo luogo, se la conseguente delimitazione del contenuto della decisione amministrativa si ponga in contrasto con il principio di tipicità, che impone la predeterminazione normativa di ciascun provvedimento amministrativo e degli elementi che lo compongono, e con il principio di tassatività che determina la delimitazione positiva del contenuto di ciascuno di essi¹³⁸.

Invero, la tutela del preminente valore del paesaggio non deve necessariamente coincidere con la sua statica salvaguardia, ma richiede interventi improntati a una fattiva collaborazione delle autorità preposte alla tutela paesaggistica, funzionali a conformare le iniziative edilizie al rispetto dei valori estetici e naturalistici, insiti nel bene comune costituito dal paesaggio. L'autorità preposta alla tutela del vincolo, oltre ad una puntuale individuazione del disvalore dell'opera con il contesto paesistico, è tenuta, in un'ottica di leale collaborazione con il privato, a precisare quale tipo di accorgimento tecnico o di modifica progettuale potrebbe far conseguire all'interessato l'autorizzazione paesaggistica, naturalmente nel caso in cui l'area non sia sottoposta a vincolo di inedificabilità.

La risposta affermativa al primo interrogativo porta a sostenere la legittimità dell'apposizione delle clausole condizionali in tutti i casi in cui esse costituiscano un normale modo di esplicazione del potere, così come conferito dalla legge all'amministrazione¹³⁹. Naturalmente, anche al se-

¹³⁸ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 186 ss.

¹³⁹ F. FREDIANI, *La clausola condizionale nei provvedimenti amministrativi*, Bologna, 2019, 24; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, 123.

condo interrogativo può offrirsi una soluzione positiva, precisando, tuttavia, che l'inserimento delle clausole condizionali incontra un limite ben preciso nel rispetto del principio di tassatività, in forza del quale la clausola apposta non dovrà alterare il tipo e il contenuto del provvedimento in questione. In altri termini, il predetto limite consiste nell'impossibilità di alterare il contenuto tipico di un atto e nell'impossibilità di incidere su quelle parti del contenuto del provvedimento in ordine alle quali sia da escludere ogni potestà discrezionale dell'Amministrazione¹⁴⁰.

Un altro problema importante è quello che attiene alla qualificazione della clausola prescrittiva-condizionale in rapporto al tipo di contenuto che caratterizza il provvedimento amministrativo. Appare opportuno premettere che la problematica in esame non ha nulla in comune con la tematica classica, di evidente derivazione privatistica, della qualificazione dei termini, dei modi e delle condizioni come elementi accidentali dell'atto. In particolare, resta da vedere se la suindicata clausola possa essere ricondotta al contenuto necessario o eventuale dell'atto. La risposta a quest'ulteriore interrogativo non può non tener conto della soluzione data ai primi due quesiti. Invero, la possibilità di inserire dette clausole presuppone la sussistenza di un potere discrezionale in capo alla pubblica amministrazione che si esteriorizza anche attraverso l'inserimento delle predette clausole, integrando il contenuto necessario, al fine di determinare gli effetti che nel caso singolo si intendono far scaturire dall'atto autorizzatorio medesimo, senza alterarne il contenuto tipico legale. Invero, la possibilità che l'amministrazione emani un provvedimento, che condiziona lo svolgimento dell'attività privata che si intende autorizzare, involge, in primo luogo, la configurabilità del potere amministrativo attribuito dalla legge.

Nell'attuale contesto giuridico il quadro di riferimento, in cui si colloca la problematica dell'ammissibilità delle determinazioni accessorie all'atto amministrativo, è mutato radicalmente. La l. n. 241/1990 ha introdotto un modo di operare alternativo al modello provvedimentale dell'agire amministrativo.

L'art. 11 della l. n. 241/1990 stabilisce che l'amministrazione, in ac-

¹⁴⁰ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 696; E. CASERTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 40; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 186 ss.

coglimento di osservazioni e proposte formulate da privati, possa concludere accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento, ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo. La norma in questione, come è noto, prevede due tipologie di accordi: gli accordi integrativi e quelli sostitutivi del provvedimento. Lo strumento consensuale dell'accordo non serve solo a determinare il contenuto discrezionale del provvedimento, ossia a fissare una delle scelte possibili per l'amministrazione, ma consente di ampliare il contenuto del provvedimento oltre i limiti che certamente sarebbero esistiti in mancanza del consenso del privato¹⁴¹. La determinazione pattizia ha ingresso attraverso l'accordo tra privati e pubblica amministrazione¹⁴².

Tuttavia, il consenso del privato non vale a fugare ogni dubbio in ordine ad una invasione eccessiva della sua sfera giuridica. La ricerca di un corretto equilibrio va riveduta sul piano delle garanzie e della ragionevolezza dell'apposizione della determinazione aggiuntiva¹⁴³. In applicazione del principio di proporzionalità, residua in capo alla Soprintendenza il potere di introdurre prescrizioni limitative o mitigative sugli elementi di dettaglio del progetto, nonché sulla scelta dei materiali e dei colori, per

¹⁴¹ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento*, Torino, 2016, 232 ss.

¹⁴² S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento*, Torino, 2016, 232 ss.; F. TIGANO, *Principio di tipicità e accordi procedurali*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, vol. 3/2007; 330-367; G.P. CIRILLO, *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, in *Giur. amm.*, 2007, 10, 327 ss; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, in *Quaderni regionali*, 1988, 79 ss.; Altresi, F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1/1993, 21 ss. Dove si accenna alla frequenza di distorsioni nella prassi per la tendenza del privato, in sede pattizia, di chiedere alla p.a. anche atti e provvedimenti indisponibili e dall'altro la tendenza "estorsiva" della p.a. di chiedere al privato prestazioni completamente estranee agli interessi in gioco. R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra l'autorità e consenso: Dalla "specialità amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia"*, in *Riv. trim. dir. amm.*, 1997, Milano, 225-270; G. GRECO *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 75; F. SATTA, F. CARDARELLI, *Il contratto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. amm.*, 2/2007, Milano, 205-230; M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. amm.*, 1/1997 Milano, 103; M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 675-695.

¹⁴³ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento*, Torino, 2016, 232.; R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985, 19 ss.

attenuare il significato innovativo delle modifiche e armonizzarle con il resto dell'edificio.

Anche la giurisprudenza ha affermato che “è nel potere dell'amministrazione apporre al giudizio di compatibilità ambientale condizioni e prescrizioni al fine di garantire la compatibilità ambientale di un progetto, alla stregua di un giudizio comparativo che consideri da un lato la necessità di salvaguardare preminenti valori ambientali, dall'altro l'interesse pubblico sotteso all'esecuzione dell'opera”¹⁴⁴. Il legislatore del pari è intervenuto sulla questione della condizionalità inserendo nell'art. 5, comma 1, del Codice dell'ambiente, dedicato alle “definizioni”, la specifica e autonoma categoria della “condizione ambientale”. L'idea che emerge da tale nuova disciplina è quella di un percorso che testimonia una maggiore sensibilità rispetto alla rilevanza della clausola prescrittiva condizionale nel contesto della procedura valutativa. Soprattutto dalla lettura della normativa vigente si desume che il concetto di una condizionalità è soltanto eventuale espressione del contenuto non necessario del provvedimento ambientale. Questa nuova configurazione contenutistica appare recepita dal legislatore, sempre che l'amministrazione disponga di una discrezionalità¹⁴⁵.

La decisione condizionata è espressione dell'esercizio di un potere¹⁴⁶ dinamico, di una modalità operativa cui la pubblica amministrazione può ricorrere nelle svariate ipotesi in cui debba effettuare una valutazione comparativa tra l'interesse ambientale, paesaggistico e gli altri interessi sensibili oggetto di incisione nella vicenda decisionale volta per volta considerata.

¹⁴⁴ Cons. Stato, sez. IV, 3/05/2005, n. 2136, in *Giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Molise, 10/11/2003, n. 874, in *Foro amm. T.a.r.*, 2003, 3281.

¹⁴⁵ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 696; E. CASERTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 527, 528; P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 2001, 41, 43.

¹⁴⁶ R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 792.

14. Le configurazioni teoriche del potere decisionale della pubblica amministrazione

La tradizione dogmatica ha tramandato l'idea che l'attività amministrativa dovesse essere distinta in attività vincolata e attività discrezionale, al fine di tracciare una netta linea di confine tra l'attività, i cui esiti potevano essere sindacati dal giudice amministrativo (dunque attività vincolata), e l'attività non sindacabile dal giudice amministrativo (attività discrezionale). Nel corso del tempo, come è noto, il giudice amministrativo ha affinato i suoi poteri, svolgendo un raffinato sindacato, con le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, che va oltre l'atto, investendo direttamente il rapporto¹⁴⁷ e con esso il fatto, pur rispettando i limiti del sindacato esterno sulla discrezionalità, nel rispetto del principio della separazione dei poteri, e il nucleo riservato alla pubblica amministrazione¹⁴⁸.

L'assetto ordinamentale, nel quale è maturata la rappresentazione tradizionale, limitava il sindacato del giudice amministrativo sull'azione amministrativa, configurando una situazione di privilegio per il potere amministrativo e una condizione di subordinazione del cittadino¹⁴⁹.

In realtà non vi è alcuna separazione netta tra le due tipologie di attività. Il legislatore, nel disciplinare l'azione amministrativa, emana disposizioni di natura diversa, con le quali, a volte disciplina la forma degli atti, altre volte detta indicazioni sulle modalità di svolgimento dell'azione amministrativa, altre volte ancora configura il giudizio valutativo dell'amministrazione¹⁵⁰.

In definitiva, l'attività amministrativa viene qualificata come discrezionale, come vincolata, come interpretativa, ecc., perché il legislatore nel disciplinare il momento valutativo della pubblica amministrazione lo qualifica come discrezionale, vincolato o interpretativo. La natura dell'attività amministrativa viene configurata di volta in volta dalla legge.

¹⁴⁷ A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 65 ss. 66.

¹⁴⁸ S. PERONGINI, *Teoria e Dogmatica del provvedimento*, Torino, 2016, 268.

¹⁴⁹ S. PERONGINI, *Teoria e Dogmatica del provvedimento*, cit., 269.

¹⁵⁰ S. PERONGINI, *Teoria e Dogmatica del provvedimento*, cit., 270.

La configurazione del potere amministrativo, secondo una tesi, si desume dal rapporto che intercorre tra la legge e il provvedimento amministrativo. Il conferimento dei poteri decisionali alle amministrazioni da parte del legislatore viene denominato strategia legislativa di configurazione del potere decisionale amministrativo¹⁵¹. La tesi in esame ha isolato sette strategie legislative di configurazione del potere decisionale dell'amministrazione. Tutte le strategie attengono ad un rapporto giuridico di diritto amministrativo, gli estremi del quale sono sempre gli stessi: da un lato vi è un potere amministrativo unilaterale, autoritativo, imperativo, vale a dire un potere che esplica i propri effetti direttamente nella sfera giuridica soggettiva del destinatario; dall'altro lato, invece, vi è l'interesse legittimo. Le strategie in questione sono isolabili solo in sede teorica; nella realtà, esse si intrecciano fra di loro, dando luogo a poteri amministrativi variamente strutturati, nei quali profili vincolati sono connessi a profili discrezionali, a momenti di interpretazione di norme, a momenti di deduzione della regola dai principi, dai concetti giuridici indeterminati, ecc.

Le strategie legislative di configurazione del potere sono il frutto delle norme che il legislatore detta per indirizzare la valutazione della pubblica amministrazione. Esse non distinguono solo l'attività amministrativa in attività discrezionale e attività vincolata, ma disciplinano altre forme, altre tipologie di configurazione legislativa della valutazione e del giudizio riservato al potere amministrativo. Le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo si distinguono in strategie fondate su regole e strategie fondate su principi, su concetti giuridici indeterminati e su clausole generali¹⁵². Le strategie legislative fondate sulle regole danno luogo, in funzione della natura della regola, a poteri liberi, a poteri vincolati, a poteri di discrezionalità comparativa e a poteri di discrezionalità tecnica. Le strategie legislative, invece, fondate su principi, su concetti giuridici indeterminati e su clausole generali danno luogo a poteri di discrezionalità interpretativa e a poteri di discrezionalità integrativa¹⁵³.

¹⁵¹ S. PERONGINI, *Teoria e Dogmatica del provvedimento*, cit., 273.

¹⁵² S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 297.

¹⁵³ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 297.

Sulla scorta delle predette precisazioni può affrontarsi il problema della concreta e specifica configurazione del potere decisionale devoluto all'amministrazione preposta alla tutela dei valori paesaggistici.

15. La configurazione dogmatica del potere decisionale della Soprintendenza

Contrariamente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza maggioritaria, il potere dell'amministrazione preposta alla tutela del paesaggio non presenta solo profili di discrezionalità tecnica, ma anche profili di discrezionalità comparativa¹⁵⁴. In un sistema pluralistico quale quello introdotto dalla Costituzione repubblicana, la tutela del paesaggio non è l'unica forma di tutela territoriale costituzionalmente rilevante, ma vi sono altre forme di tutela territoriale quali l'ambiente, la salute, il governo del territorio pure dotate di copertura costituzionale almeno pari a quella di cui gode la tutela paesaggistica. Secondo una parte della giurisprudenza, quando l'amministrazione preposta alla tutela dei valori paesaggistici deve valutare la compatibilità paesaggistica dell'intervento oggetto di richiesta di autorizzazione rispetto al vincolo, deve comparare detti valori con gli interessi antagonisti¹⁵⁵.

Il potere autorizzatorio (sotto il profilo della valutazione di compatibilità) il cui esercizio costituisce l'atto di gestione del vincolo, secondo il

¹⁵⁴ T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, n. 510/2017.

¹⁵⁵ T.a.r. Sicilia, sez. II, 4/02/2005, n. 150, in *Foro amm. T.a.r.*, 2005, 540; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. II, 28/09/2005, n. 1671; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. II, 12/01/2006, n. 156; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. II, 20/04/2006, n. 870; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. II, 5/06/2006, n. 1398; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. II, 7/11/2006, n. 4124. T.a.r. Palermo, Sicilia, sez. II, 04/05/2007, n. 1252. A tal proposito si veda la nota di P. CARPENTIERI, Paesaggio "contro" ambiente che ha considerato illegittimo il diniego di nulla osta paesaggistico per la realizzazione di un impianto eolico di produzione di energia elettrica fondato su una motivazione che tenga conto esclusivamente delle caratteristiche morfologiche del territorio considerato, senza tener conto, ponendoli in comparazione con i valori paesaggistici, degli interessi antagonisti del soggetto richiedente, che non possono essere compressi senza una preventiva valutazione tecnico-discrezionale di tutti i valori (ambientali, economici e di salute) interessati; G. SIGISMONDI, *Valutazione paesaggistica e discrezionalità tecnica: il Consiglio di Stato pone alcuni punti fermi*, in *Rivisteweb*, fasc. n. 3, 2016, 5.

dato normativo di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, va esercitato alla stregua della citata norma non soltanto avuto riguardo a tale accertamento di compatibilità, bensì anche con riferimento al profilo della congruità con i criteri di gestione dell'immobile considerato. Di conseguenza la valutazione di compatibilità paesaggistica è una valutazione complessa, coerente con il disegno costituzionale delle tutele territoriali e delle libertà economiche, che non può essere ricondotta al mero riscontro delle caratteristiche morfologiche della realtà fisica¹⁵⁶.

Nel possibile conflitto tra valori di pari rango costituzionale, l'amministrazione deve fare in modo di non sacrificare l'uno a discapito dell'altro, secondo una logica meramente inibitoria; ma piuttosto, come indicato dalla sentenza della Corte costituzionale del 10/7/2002, n. 355, deve ricercare una soluzione necessariamente comparativa della dinamica fra le esigenze correlate all'esercizio di un'attività imprenditoriale e quelle afferenti a valori non economici (come la tutela del paesaggio) tutte rilevanti in sede di esercizio del potere amministrativo di autorizzazione alla realizzazione di attività imprenditoriali¹⁵⁷. Il che non esclude che l'esito finale del giudizio comparativo privilegi il valore paesaggistico, ma ciò potrà avvenire solo all'esito di una ragionevole ponderazione alla stregua di un canone di proporzionalità fra valore di tutela e intensità del vincolo¹⁵⁸ rispetto alla specifica attività considerata, e non già per una scontata prevalenza del primo. In altri termini, l'amministrazione preposta alla tu-

¹⁵⁶ Giurisprudenza contraria afferma che "Posto che nessuna norma o principio, a livello comunitario o nazionale, riconosce come prevalente l'esigenza energetica rispetto a quella di tutela paesaggistica (...), il regime di favore per gli impianti eolici non può mai condizionare e vincolare in maniera assoluta il giudizio di compatibilità ambientale, nel senso di obbligare il rilascio dell'autorizzazione in relazione ai benefici legati all'efficienza energetica per la collettività, perché altrimenti si darebbe luogo ad un totale sbilanciamento in favore delle sole esigenze energetiche di un sistema di valori, quali quelli paesistico-ambientali, avente pari rilevanza costituzionale" (T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. II, 4/02/2005, n. 150; T.a.r. Sardegna, sez. II, 3/10/2006, n. 2082; T.a.r. Toscana, sez. II, 14/10/2009, n. 1536).

A tal proposito, si è fatto notare che sovente le pale eoliche incidono negativamente sul paesaggio, perché collocate nelle zone di maggiore ventosità, quali i crinali, le colline e le montagne, tutte per lo più rilevanti sotto il profilo paesaggistico (cfr. T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 22/7/2010, n. 16938 e sez. VII, 29/1/2009, n. 530).

¹⁵⁷ T.a.r. Sicilia, sez. II, 4/02/2005, n. 150, in *Foro amm. T.a.r.*, 2005, 540.

¹⁵⁸ Con. Stato, sez. V, 18/02/1992, n. 132; T.a.r. Sicilia, sez. II, 4/02/2005, n. 150, in *Foro amm. T.a.r.*, 2005, 540.

tela del paesaggio non può, in forza di una concezione totalizzante dell'interesse pubblico primario della cui tutela è investita, limitarsi ad affermarne la generica rilevanza assoluta, paralizzando ogni altra attività e sacrificando ogni altro interesse. Questa concezione prevalente (mono settoriale) della tutela dell'interesse pubblico è da ritenere incompatibile con il disegno costituzionale dell'esercizio del potere amministrativo nello Stato sociale¹⁵⁹.

Il modello di Stato sociale, fatto proprio dalla Costituzione, è infatti, come già evidenziato, un modello pluralista, che individua i vari interessi complessi pubblici e privati, ne affida la cura a diversi centri di imputazione (in funzione del nesso fra tali figure soggettive e le relative posizioni di interesse) e ne disciplina i rapporti in chiave di confronto dialettico: confronto che non può che essere regolato da una autorità in grado di ponderare tutte le complesse implicazioni della scelta¹⁶⁰.

Accade sovente che la singola pubblica amministrazione non è più semplicemente un centro di imputazione attributiva della cura di uno specifico e ben definito interesse, ma è sempre più spesso una figura soggettiva chiamata ad operare scelte distributive di risorse limitate, dopo aver effettuato una preliminare valutazione di compatibilità fra una pluralità di interessi pubblici, e fra questi e quelli dei privati, in relazione ai vari possibili usi di tali risorse ciascuno corrispondente ad un dato interesse.

La pluralità dei valori e degli interessi assunti come primari dallo Stato (paesaggio, ambiente, salute, impresa, urbanistica, ecc.) determinano una complessità della regolazione giuridica nei rapporti interessati dal regime amministrativo.

Le amministrazioni hanno il compito di ricercare e di ponderare autonomamente gli interessi in gioco, consentendo ai privati di prendere parte nella decisione mediante l'istituto della partecipazione procedimentale¹⁶¹. I soggetti, nel collaborare alla formazione dell'atto discrezionale, non si limitano solo a introdurre interessi, quanto piuttosto indicano e giustificano

¹⁵⁹ T.ar. Sicilia, sez. II, 4/02/2005, n. 150, in *Foro amm. T.a.r.*, 2005, 540.

¹⁶⁰ T.ar. Sicilia, sez. II, 4/02/2005, n. 150, in *Foro amm. T.a.r.*, 2005, 540.

¹⁶¹ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 109.

la soluzione che sarebbe più conforme ai loro interessi¹⁶². Dunque, l'amministrazione mediante una specifica attività conoscitiva deve prendere in considerazione tutti i presupposti di fatto e di diritto in grado di influire sulla valutazione del caso concreto (art. 3 della l. n. 241/1990). La fase istruttoria del procedimento che prelude alla scelta da seguire è stata configurata come "metodo di realizzazione" di una "legalità-giustizia", in cui l'amministrazione, non cala sul fatto un diritto prefabbricato, ma tesse per così dire una trama che va dal diritto al fatto e dal fatto al diritto, per precisare l'uno attraverso l'altro e viceversa¹⁶³. Secondo dottrina autorevole, pertanto, si viene ad instaurare uno stretto rapporto tra attività conoscitiva dell'amministrazione e discrezionalità. L'accertamento dei fatti su cui fondare la decisione riguarda sia l'attività discrezionale sia l'attività vincolata, perché sempre e in ogni caso l'agire dell'amministrazione comporta una ricostruzione dei fatti¹⁶⁴.

Solo procedendo alla qualificazione dei fatti si individua in concreto l'interesse pubblico che si vuole attuare. L'interesse pubblico assume un contenuto variabile in relazione alle diverse situazioni di fat-

¹⁶² R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. COCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 112; M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, 226; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 95; S. COGNETTI "Quantità" e "qualità" della partecipazione, *Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, 120; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 221 ss., 347; M. RAMAJOLI, *Art. 9*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2016, 516 ss.

¹⁶³ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la p.a.* (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo), in *Riv. dir. proc.*, 1980, 252 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, 1437, 1442, è con il procedimento amministrativo che l'interesse pubblico viene determinato puntualmente e in concreta relazione con tutti gli altri interessi e il privato entra nel procedimento per contribuire alla stessa determinazione dell'interesse pubblico concreto; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo* in F.G. COCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 11; G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la l. 241/1990: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. amm.*, 1993, 186.

¹⁶⁴ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. COCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 53 ss.

to¹⁶⁵, si determina solo progressivamente, attraverso la più completa istruttoria dell'affare, grazie anche all'intervento dei diversi centri di riferimento.

Secondo la predetta tesi si registra un'evoluzione nel modo di concepire la relazione tra interesse pubblico e discrezionalità, un processo di concretizzazione¹⁶⁶ dell'interesse pubblico. Questo orientamento muove dalla distinzione tra interesse pubblico astratto e interesse pubblico concreto. Quest'ultimo è così denominato in quanto individuato in base a dati oggettivi e strettamente aderente alla concreta situazione di fatto¹⁶⁷.

L'autorizzazione paesaggistica, dunque può essere rilasciata solo dopo che la pubblica amministrazione ha valutato i vari interessi pubblici rilevanti, che vengono in evidenza nel corso dell'iter procedimentale.

Invece, in numerosi casi concreti, il potere di valutazione della compatibilità paesaggistica degli interventi sul territorio contrasta con il parametro normativo (art. 146 del d.lgs. n. 42/2004) e con quello costituzionale che legittima l'esercizio di detto potere. In particolare, l'amministrazione quando svolge il suo potere di controllo non bilancia gli interessi sottesi, ma considera sempre preminente l'interesse pubblico alla salvaguardia dei beni ambientali e paesaggistici (art. 9 Cost.).

16. Casi in cui l'Autorità paesaggistica procede ad un bilanciamento dei diversi interessi pubblici coinvolti nel procedimento paesaggistico

Il potere di cui dispone l'amministrazione preposta alla tutela del paesaggio, pur dovendo essere esercitato sulla base di conoscenze tecniche e

¹⁶⁵ Si pensi all'ipotesi in cui un edificio abitato sia pericolante. Questo "fatto significativo" rende attuale l'interesse pubblico all'incolumità dei singoli: l'interesse pubblico, che è l'elemento da provare, non sussisterebbe se non esistesse quel certo fatto oggettivo.

¹⁶⁶ R. VILLATA, M. RAMAJOLI (diretto da), *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI, *Sistema del Diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 53 ss.

¹⁶⁷ R. VILLATA, M. RAMAJOLI (diretto da), *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI, *Sistema del Diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 53 ss.

specialistiche, in alcuni casi non può prescindere dall'esigenza di procedere ad un adeguato bilanciamento degli interessi coinvolti quando si tratti di interessi di rilevanza costituzionale. Secondo una tesi minoritaria¹⁶⁸, non sempre condivisa dalla dottrina¹⁶⁹, il potere esercitato dall'amministrazione preposta alla tutela di interessi costituzionalmente rilevanti e differenziati è connotato da un'ampia discrezionalità (non solo tecnica), che implica un bilanciamento proporzionale degli interessi coinvolti, volto alla ricerca di una soluzione adeguata al caso concreto e ragionevole¹⁷⁰.

Questo orientamento muove dalla convinzione che il confronto e la composizione dialettica dei vari interessi contrapposti siano l'unico modo per tutelare anche i valori di pari rango costituzionale¹⁷¹. La tutela degli ambiti territoriali sottoposti a vincolo paesaggistico non deve essere confusa con la conservazione di ogni singola caratteristica del paesaggio ordinario. In realtà, il vincolo è tutelato anche quando le innovazioni possano essere efficacemente diluite nel contesto¹⁷². Il bilanciamento, svolto alla luce dei criteri di ragionevolezza e adeguatezza, consente di stabilire quali soluzioni costruttive non comportino un sacrificio eccessivo dei valori del paesaggio e, quindi, in quale misura le innovazioni possano essere tutelate¹⁷³. Una effettiva protezione di siffatti interessi pubblici può es-

¹⁶⁸ A. ANGIULI, *Commento all'art. 146*, in A. ANGIULI, V. CAPUTI Jambrenghi (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005, 383; M.R. SPASIANO, *Controllo e gestione dei beni soggetti a tutela. Art. 146, Autorizzazione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 1116 ss.; F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio ed energia eolica*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 889 ss.; M. IMMORDINO, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni*, Padova, 1991, 191; P. MARZARO, *L'autorizzazione paesaggistica semplificata nella disciplina del D.P.R. 9 luglio 2010, n. 139*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2012, 1-2, 259.

¹⁶⁹ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, 154.

¹⁷⁰ Cons. Stato, sez. VI, 19/10/2018, n. 5986; Cons. Stato, sez. VI, 12/04/2011, n. 2243, in *For amm. C.d.S.*, 2011, 4, 1278; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 5/6/2017, n. 730.

¹⁷¹ Secondo pacifica giurisprudenza, le valutazioni in ordine all'esistenza di un interesse archeologico, storico e artistico, tali da giustificare l'apposizione dei relativi vincoli, è espressione di un potere nel quale sono presenti sia momenti di discrezionalità tecnica sia momenti di discrezionalità amministrativa esclusiva dell'amministrazione: T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 2/12/2020, n. 796; Cons. Stato, sez. VI, 6/03/2009, n. 1332; Cons. Stato, sez. VI, 10/09/2009, n. 5455; T.a.r. Umbria, 9/01/20107, n. 36.

¹⁷² T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 5/06/2017, n. 730.

¹⁷³ T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 5/06/2017, n. 730.

sere garantita mediante l'esercizio di un potere conformativo e di composizione preventiva di conflitti tra interessi. Ad assumere rilevanza è dunque la sussistenza di un potere dell'amministrazione pubblica di "apporre clausole particolari alle statuizioni provvedimentali", determinando in questo modo una riduzione o estensione della sfera applicativa di un determinato atto¹⁷⁴ e assoggettando, di conseguenza, il comportamento del destinatario a specifiche modalità operative¹⁷⁵.

Qui di seguito verranno esaminate le varie ipotesi in cui il potere, finalizzato ad appurare la compatibilità paesaggistica di un intervento, è connotato da tipologie di valutazioni che si sviluppano intessendo tra di loro momenti di discrezionalità pura e momenti di discrezionalità tecnica: si pensi alla realizzazione di un impianto ripetitore per la radiotelevisione, all'installazione di impianti fotovoltaici in aree qualificate di interesse paesaggistico, all'installazione o ampliamento di uno stabilimento balneare in un'area sottoposta a regime vincolistico¹⁷⁶.

Nei predetti casi, la tecnica del bilanciamento si rende necessaria per la compresenza di interessi di rilevanza costituzionale¹⁷⁷.

¹⁷⁴ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. COCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 238.

¹⁷⁵ L'amministrazione preposta alla tutela dell'ambiente esercita un potere conformativo dell'attività privata mediante l'indicazione delle modalità operative ed esecutive dell'attività del soggetto richiedente che diventano espressione di un vero e proprio elemento strutturale del provvedimento ambientale. Le potestà conformative vanno intese come esercizio di poteri amministrativi volti a definire alcuni elementi distintivi di una attività, di un prodotto, di un impianto, di una situazione giuridica (impresa, proprietà) ed hanno valenze differenziate in relazione al regime normativo autorizzativo. Si veda E. FREDIANI, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019, 13. In tale senso si vedano R. CELLERINO, *Comando e controllo*, in G. GAMBA, G. MARTINETTI (a cura di), *Dizionario dell'ambiente*, Torino, 1995 ss. Per questi profili nel diritto comunitario: S. CASSESE (a cura di), *Diritto ambientale comunitario*, Milano, 1995, 30; S. BRIGGS, *Command and Control in natural resource management: Revisiting Holling and Meffe*, in *Ecological Management & Restoration*, 2003, vol. 4, n. 3. 161, ss. La clausola condizionale assume così la funzione di uno strumento di bilanciamento e integrazione reciproca tra pluralità di interessi sensibili, in un contesto segnato dall'affermazione di un nuovo approccio cooperativo e dialogico nella definizione dei contenuti della stessa decisione ambientale; A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, vol. I, 193 ss.

¹⁷⁶ Cons. Stato, sez. V, 28/12/2018, n. 7292.

¹⁷⁷ Cons. Stato, sez. IV, 21/03/2023, n. 2836.

17. Segue: a) Realizzazione impianto ripetitore per la radiotelevisione

L'installazione di un impianto ripetitore per la radiotelevisione implica necessariamente una trasformazione del contesto paesaggistico in cui si inserisce. Il valore costituzionalmente rilevante del paesaggio in questo caso coesiste con un altro valore di pari livello, vale a dire quello della libertà delle persone nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica e di iniziativa economica. Orbene, in questa specifica ipotesi, l'autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico, nel rendere il parere di compatibilità paesaggistica, deve operare un bilanciamento tra gli opposti interessi coinvolti nella vicenda: quello della tutela del paesaggio e quello di continuità dello svolgimento del pubblico servizio di informazione, avente anch'esso rilevanza costituzionale¹⁷⁸.

Nell'esercizio del suo potere valutativo, l'amministrazione deve correttamente dare rilievo alla natura dell'impianto e alle finalità di pubblico servizio da esso assolte, prevedendo delle misure di mitigazione e la possibilità della sua delocalizzazione¹⁷⁹.

Dello stesso avviso è la Corte costituzionale¹⁸⁰ e una parte della giurisprudenza amministrativa¹⁸¹, secondo le quali l'interesse della tutela del

¹⁷⁸ Cons. Stato, sez. III, 26/04/2016, (ud. 10/03/2016, dep. 26/04/2016), n. 1613.

¹⁷⁹ E. FREDIANI, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019, 11 ss.; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 265; S. BORRAS PENTINAT, *L'impatto ambientale della clausola di condizionalità: globalizzazione sostenibile?*, in *Riv. giur. ambiente*, 2006, 391.

¹⁸⁰ Corte cost., sent. 9/05/2013, n. 85.

¹⁸¹ L'esistenza di un vincolo paesaggistico non preclude, per ciò stesso, l'installazione di un impianto di telecomunicazioni, bensì impone una valutazione più rigorosa (che deve tradursi in una motivazione effettiva e non tautologica) degli aspetti di compatibilità paesaggistica; la normativa speciale di matrice statale tende a salvaguardare i "beni ambientali", ossia quei beni specificamente sottoposti a vincolo paesaggistico o correlati alla tutela della salute e, da un lato, non consente di introdurre limitazioni generalizzate alla localizzazione degli impianti (come, ad esempio, quelle afferenti ad una generica incompatibilità del progetto con il contesto ambientale, attraverso valutazioni apodittiche e prive di oggettiva giustificazione, destinate soltanto ad impedire, in maniera indebita, la realizzazione di una rete completa di telecomunicazioni); mentre, dall'altro, impone una valutazione rigorosa, ma effettiva proprio in presenza di vincoli paesaggistici. In termini, T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, 19/05/2022, n. 1153; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II,

paesaggio non prevale sempre e comunque sugli altri interessi contrapposti di analogo rango costituzionale.

18. Segue: b) Installazione impianto eolico o impianto fotovoltaico

Un'altra ipotesi in cui l'amministrazione è tenuta a procedere alla composizione dialettica degli interessi coinvolti ricorre nel caso dell'installazione di un impianto eolico. La realizzazione di tale tecnologia mette in conflitto due interessi, che in passato erano stati considerati come un'endiadi: l'ambiente ed il paesaggio¹⁸². L'esigenza di tutelare l'ambiente, infatti, impone di incrementare gli impianti eolici; invece, quella di tutelare il paesaggio impone di impedirne la realizzazione¹⁸³. Ambiente e paesaggio, dunque, risultano concetti distinti, a volte in rapporto antinomico; non a caso di recente, il legislatore con la legge costituzionale 11/2/2022, n. 1 ha modificato l'art. 9 (e l'art. 41) della Costituzione inserendo, accanto alla tutela del paesaggio, anche l'ambiente come valore costituzionalmente protetto in maniera autonoma¹⁸⁴.

5/05/2022; n. 1010; Cons. Stato, sez. VI 15/12/2009, n. 7944; Cons. Stato, sez. VI, 7/01/2021, n. 20; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, 13/05/2021, n. 1193; Cons. Stato, sez. VI, 7/01/2021, n. 206; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 10/10/2014, n. 5262.

¹⁸² T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 29/01/2009, n. 530.

¹⁸³ T.a.r. Sicilia, sez. II, 4/5/2007, n. 1252, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, I, 1639, con nota di P. LOMBARDI, La realizzazione degli impianti di produzione di energia eolica tra ponderazione degli interessi e cooperazione istituzionale, secondo cui il nullaosta paesaggistico “deve operare una ponderazione comparativa di tutti gli interessi coinvolti, e non precludere radicalmente l'esercizio di una libertà costituzionalmente tutelata in ossequio alla tutela del solo valore paesaggistico senza operare un effettivo bilanciamento fra tali interessi antagonisti”.

¹⁸⁴ Legge costituzionale 11/02/2022, n. 1, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 44 del 22/02/2022. Con la tale riforma, “la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi” viene inserita tra i principi fondamentali della Carta costituzionale. Non solo per la prima volta viene riconosciuta dignità agli animali, che non vengono più considerati alla stregua di cose. Infine, in materia di iniziativa economica privata, l'art. 41 viene integrato prevedendo che tale attività non possa svolgersi in modo da recare danno alla salute e all'ambiente. La riforma introduce due nuovi limiti rispetto a quelli già esistenti entro i quali può essere svolta l'iniziativa economica privata. Essa non deve recare danno

In questo particolare caso non è semplice individuare preventivamente l'interesse pubblico da soddisfare, ma soprattutto è difficile distinguere tra interessi primari e interessi secondari. La Costituzione, pur definendoli entrambi come valori primari da tutelare, non contiene una scala di valori e di interessi tra loro preventivamente gerarchizzati¹⁸⁵. Il contesto normativo di riferimento, pertanto, impone di tener conto in egual modo dei diversi interessi tutelati. Tale difficoltà, inoltre, è strettamente condizionata dall'evoluzione del contesto fattuale. Se da un lato, la tutela dell'ambiente impone di incrementare gli impianti eolici; dall'altro lato, la tutela del paesaggio porta ad impedirne la realizzazione.

Secondo un orientamento giurisprudenziale¹⁸⁶, data la primaria importanza di entrambi gli interessi in gioco, a nessuno dei due può essere assicurata un'assoluta prevalenza sull'altro: qualunque opzione che assicuri tutela ad uno solo dei due interessi, considerando l'altro del tutto irrilevante, sarebbe senz'altro incostituzionale ed in contrasto con i principi dell'ordinamento¹⁸⁷.

Dunque, occorre senz'altro un bilanciamento tra l'interesse alla tutela del paesaggio, da un lato, e l'interesse alla tutela dell'ambiente (con conseguente tutela dell'interesse della società ad esercitare un'attività produttiva per la produzione di energia pulita e rinnovabile), dall'altro. Detto bilanciamento andrà effettuato secondo criteri di ragionevolezza e di proporzionalità. Pertanto, con specifico riferimento all'installazione di pan-

alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. I primi due limiti (salute e ambiente) vengono anteposti agli altri, dando in tale modo attuazione al novellato art. 9 della Costituzione che menziona la tutela dell'ambiente come valore primario da tutelare. Inoltre, la destinazione e il coordinamento dell'attività economica pubblica e privata avvengono non solo per fini sociali, ma anche per fini ambientali.

¹⁸⁵ A. TRAVI, *Nuovi fenomeni nel diritto amministrativo verso al fine degli anni 90*, in *Il Foro Italiano*, vol. 120, n. 6, 1997, V, 3 dell'estr.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. COCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 107; G. AZZARITI, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, 1988, vol. II, 89; A. PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, 1988, 184; S. CASSESE, *L'opera di Massimo Severo Giannini negli anni trenta*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1990, 419, 423.

¹⁸⁶ Cons. Stato, sez. VI, 15/04/2022, n. 1742; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII 29/01/2009, n. 530; Ta.r. Campania, Salerno, sez. II, 5/10/2017; T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. II, 3/10/2006, n. 2082.

¹⁸⁷ Corte cost., 30/12/1987, n. 641.

nelli fotovoltaici in ambiti sottoposti a vincoli paesaggistici, il giudizio di compatibilità paesaggistica non può limitarsi a rilevare l'oggettività del *novum* sul paesaggio preesistente, dal momento che ogni nuova opera, in quanto corpo estraneo rispetto al preesistente quadro paesaggistico, sarebbe di per sé non autorizzabile. Occorre, invece, una "severa comparazione tra i diversi interessi coinvolti nel rilascio di titoli abilitativi, compreso quello paesaggistico, alla realizzazione e al mantenimento di un impianto di energia da fonte rinnovabile. Tale comparazione non può ridursi all'esame dell'ordinaria contrapposizione interesse pubblico/interesse privato, ma impone una valutazione più analitica che si faccia carico di esaminare la complessità degli interessi coinvolti. Ciò in quanto la produzione di energia elettrica da fonte solare è essa stessa attività che contribuisce, sia pure indirettamente, alla salvaguardia dei valori paesaggistici¹⁸⁸. Va da sé che stabilire in concreto se il bilanciamento è stato effettuato in modo corretto è molto più difficile.

Posta la necessità del bilanciamento, è evidente che tanto un provvedimento favorevole (come, ad es., l'autorizzazione alla realizzazione di un parco eolico), quanto uno sfavorevole, debbono essere motivati; il primo non può essere adottato senza aver dato conto degli specifici presupposti di fatto, che impongono la localizzazione in quel punto, mentre il secondo (che neghi o limiti l'installazione di pale eoliche) non può essere motivato con riferimento a generiche esigenze paesaggistiche.

Il parametro normativo di riferimento per la valutazione delle autorità competenti non va individuato quindi nella disciplina urbanistico-edilizia, ma nella specifica disciplina del vincolo paesaggistico, contenuta nel provvedimento impositivo o, come nella specie, nella normativa dettata con il piano paesistico (art. 146, comma 5, del Codice per i beni culturali e paesaggistici)¹⁸⁹.

La ragione per cui si nega che l'amministrazione possa compiere un tale tipo di apprezzamento è data dal fatto che la scelta di prevalenza dell'interesse paesaggistico è stata già compiuta una volta per tutte dall'art. 9 della Costituzione e dalle norme di legge ordinaria interposte.

¹⁸⁸ Cons. Stato, sez. VI, 9/06/2020, n. 3696; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 29/03/2021, 29/03/2021, n. 296.

¹⁸⁹ Sul punto si vedano Cons. Stato, VI, 20/12/2004, n. 7956; Cons. Stato, sez. VI, 25/02/2013, n. 8142; Cons. Stato, sez. VI, 25/02/2013, n. 1117.

Detta ricostruzione viene contrastata dalla tesi secondo cui la norma che disciplina l'azione amministrativa, volta alla tutela del bene paesaggistico, usa concetti giuridici indeterminati tali da conferire nella sostanza all'amministrazione un potere integrativo del precetto. Questa peculiare specie di discrezionalità (da taluni definita discrezionalità ermeneutica) attiene al momento applicativo della legge e non coinvolge la natura condizionale e non finale della norma stessa.

Il legislatore nel disciplinare l'azione amministrativa in tema di paesaggio, lungi dall'indicare un mero fine all'amministrazione, ne condiziona la funzione, stabilendo in modo rigido che se c'è interesse paesaggistico nella situazione presa in esame allora deve esserci tutela prevalente su ogni altro interesse confliggente.

Invece, secondo un diverso orientamento giurisprudenziale¹⁹⁰, il potere valutativo in materia di compatibilità ambientale si risolve in un apprezzamento e in un bilanciamento di interessi che, in quanto tale, sono ammessi solo sulla base di una specifica attribuzione di potere¹⁹¹.

L'amministrazione, nel rendere il giudizio di valutazione paesaggistica, esercita un'ampissima discrezionalità, che non si esaurisce in un mero giudizio tecnico, in quanto tale suscettibile di verifica *tout court* sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta, al contempo, profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa in rela-

¹⁹⁰ La tutela di un bene culturale in contrapposizione a un altro interesse pubblico, come quello di favorire l'utilizzo di energia pulita e sostenibile va bilanciata dall'Amministrazione in maniera opportuna, secondo i principi di proporzionalità e integrazione; Cons. Stato, sez. VI, 23/09/2022, n. 8167; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 02/05/2017, n. 988.

¹⁹¹ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il Provvedimento amministrativo*, in F.G. COCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del Diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 111; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 72; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, e in *Dir. pubbl.*, 1998, 126, ss.; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, vol. I, 844 ss.; E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 293 ss., 306; E. CASETTA, *Attività amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, 528; F. BENVENUTI, *Funzione (Teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989, 5; G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989, 3; U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, 205 ss.; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, 214; G. MIELE, *Funzione pubblica*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VII, Torino, 1961, 686.

zione all'apprezzamento degli interessi pubblici e privati coinvolti, con conseguenti limiti al sindacato giurisdizionale sulla determinazione finale emessa¹⁹². In tali casi, in cui il sindacato giurisdizionale sul provvedimento finale risulta limitato, per non incorrere in un deficit di tutela, occorre un notevole rigore nella valutazione degli elementi formali dell'atto, quali la presenza di una motivazione adeguata. Invero, anche se in virtù della norma attributiva del potere, l'autorità competente a garantire la tutela del vincolo deve compiere una valutazione discrezionale tecnica, al fine di accertare e valutare la conformità dell'intervento al vincolo *ex lege*, in numerose fattispecie concrete il potere valutativo è espressione di attività discrezionale pura che si atteggia diversamente a seconda dei casi¹⁹³.

Il giudizio di compatibilità affidato alla Soprintendenza non può essere preordinato alla unilaterale chiusura verso qualsiasi installazione di impianti eolici; infatti, in un sistema pluralistico quale quello introdotto dalla Costituzione, l'amministrazione preposta alla tutela dei valori paesaggistici deve valutare la compatibilità dell'attività autorizzanda rispetto al vincolo, ponendo in comparazione tali valori con gli interessi antagonisti¹⁹⁴. Il rapporto tra i vari interessi sottesi deve essere risolto in termini di composizione e ricerca di modalità operative che comportino il minimo sacrificio degli uni e degli altri.

Di recente, il Decreto PNRR 3, vale a dire il d.l. 24/2/2023, n. 13, che riporta le Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e di resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR, ha previsto alcune semplificazioni per l'installazione degli impianti a fonti rinnovabili e lo sviluppo del mini-eolico. In particolare, il provvedimento introduce nuove disposizioni di semplificazione per la diffusione di impianti alimentati da fonti rinnovabili. Tra queste, si annoverano misure per rendere più semplice e snello l'iter di installazione di impianti fotovoltaici in aree a destinazione industriale, artigianale e commerciale, nonché in discariche e cave non più soggette a sfruttamento. È prevista, inoltre, una misura volta a ridurre la fascia di

¹⁹² Cons. Stato, sez. V, 27/03/2013, n. 1783; Cons. Stato, sez. V, 2/10/2014, n. 4928.

¹⁹³ Cons. Stato, sez. VI, 23/09/2022, n. 8167; T.a.r. Abruzzo. Pescara, sez. I, 26/04/2016, n. 159.

¹⁹⁴ Corte cost., 10/07/2002, n. 355.

rispetto (da beni o aree sottoposte a vincoli paesaggistici) per l'installazione di impianti eolici e fotovoltaici.

Un'ulteriore misura di semplificazione introdotta riguarda il procedimento autorizzatorio unico per impianti a fonti rinnovabili che, come è spiegato nel decreto-legge, dovrà concludersi entro 150 giorni dalla ricezione dell'istanza di avvio del procedimento, con un provvedimento di autorizzazione che comprenda anche la valutazione di impatto ambientale (VIA), ove occorrente.

19. Segue: c) Ampliamento di stabilimenti balneari in aree sottoposte a tutela paesaggistica e mantenimento o meno di una struttura recettivo balneare per l'intero anno

Un'altra ipotesi in cui si ha una valutazione discrezionale particolarmente "estesa" concerne l'ampliamento di stabilimenti balneari in aree sottoposte a tutela paesaggistica e il mantenimento o meno di un manufatto di una struttura recettivo balneare per l'intero anno¹⁹⁵. La giurisprudenza sostiene che non è irragionevole che la valutazione dell'impatto paesaggistico di uno stabilimento balneare venga svolta prendendo in considerazione la diversità anche del periodo temporale (stagione estiva ed invernale). In particolare, la condizione di temporaneità apposta ai titoli abilitativi si fonda sulla ragionevole necessità di limitare allo stretto necessario il danno che il paesaggio potrebbe subire per effetto della struttura balneare. L'attività di conservazione del paesaggio implica un giudizio di comparazione dell'opera rispetto al contesto da tutelare, che deve tener conto delle effettive condizioni dell'area in cui il manufatto dovrà essere inserito. In altri, termini, l'autorità competente, nell'esercizio della sua funzione di conservazione e tutela del paesaggio, ha il compito di tutelare l'interesse che le è stato attribuito, ma senza sacrificare, in

¹⁹⁵ T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 14/04/2021, n. 998; Cons. Stato, sez. IV, 30/01/2019, n. 738; Cons. Stato, sez. VI, 6/12/2021, n. 8083; T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 24/03/2021, n. 572; T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 24/03/2021, n. 539; Cons. Stato, sez. VI, 27/04/2018, n. 2574; Cons. Stato, sez. VI, 12/06/2015, n. 2892.

maniera irragionevole, l’iniziativa economica del privato. Ciò sulla base di due importanti considerazioni: la prima consiste nel fatto che il paesaggio può essere tutelato mediante l’adozione di un “provvedimento con prescrizioni”¹⁹⁶, con le quali l’amministrazione può suggerire al privato in che modo deve realizzare l’opera senza pregiudicare il paesaggio, vale a dire specificando i tipi di materiale da utilizzare, i colori, la facile amovibilità dell’opera, ecc. La seconda, invece, è data dal fatto che nella vicenda in esame sono sottesi interessi costituzionali di pari rango: tutela del paesaggio (art. 9 Cost.) da una parte, e tutela dell’iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), dall’altra. La libertà di iniziativa economica non è incomprimibile o illimitata, ben potendo tale diritto essere soggetto a vincoli e restrizioni, purché nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, specie nella misura in cui il suo esercizio concreto si traduca in una lesione di beni aventi valore preminente e anch’essi costituzionalmente tutelati, quali l’ambiente e il paesaggio, con particolare riguardo alle aree protette.

In altri termini, l’autorità titolare della funzione autorizzatoria deve svolgere una minuziosa attività istruttoria, comparando i diversi interessi in gioco al fine di evitare che i profili di incertezza nella delimitazione dell’area di tutela possano risolversi in danno del privato, che, in assenza di impedimenti normativi univocamente riscontrabili, non può subire un’ingiusta lesione della sua libertà di iniziativa economica in quanto valore tutelato dalla Costituzione¹⁹⁷.

¹⁹⁶ E. FREDIANI, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019, 11 ss.; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 265; S. BORRAS PENTINAT, *L’impatto ambientale della clausola di condizionalità: globalizzazione sostenibile?*, in *Riv. giur. ambiente*, 2006, 391.

¹⁹⁷ Cons. Stato, sez. V, 28/12/2018, n. 7292; Cons. Stato, sez. VI, 02/05/2018, n. 2620; Cons. Stato, sez. VI, 16/03/2018 (ud. 08/03/2018, dep. 16/03/2018), n. 1675; Cons. Stato, sez. VI, 27/4/2018, n. 2572, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 27/04/2018, n. 2574; Cons. Stato, sez. VI, 13/02/2018, n. 899; Cons. Stato, sez. VI, 15/11/2017, n. 5272; Cons. Stato, sez. VI, 28/07/2017, n. 3800; Cons. Stato, sez. VI, n. 4759 del 2012. Analoghe considerazioni si rinvengono in Cons. Stato, sez. VI, 27/4/2018, n. 2572, in www.giustizia-amministrativa.it. Sulla possibilità che l’autorizzazione paesaggistica imponga – esplicitandone le relative ragioni – la rimozione, al termine della stagione estiva, delle strutture precarie collocate all’interno degli stabilimenti balneari cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9/5/2018, n. 2766; Cons. Stato, sez. VI, 9/5/2018, n. 2764; Cons. Stato, sez. VI, 9/5/2018, n. 2763; Cons. Stato, sez. VI, 9/5/2018, n. 2761, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 15/1/2018, n. 194, in www.giustizia-amministrativa.it.

Un altro esempio di valutazione discrezionale amministrativa si ha nel caso in cui il vincolo paesaggistico viene valutato diversamente in base ai

giustizia-amministrativa.it. Sulla natura – invasiva o meno – delle operazioni periodiche di montaggio e smontaggio delle strutture precarie e amovibili cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15/11/2017, n. 5272, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 28/7/2017, n. 3800. Sulla diversità dei contesti – estivo e invernale – in cui gli stabilimenti balneari si inseriscono cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16/3/2018, n. 1675; Cons. Stato, sez. VI, 13/2/2018, n. 899; Cons. Stato, sez. VI, 12/6/2015, n. 2892; Cons. Stato, sez. VI, 4/11/2013, n. 5293, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, 11, 3134; Cons. Stato, sez. VI, 7/9/2012, n. 4759. Sull’obbligo – a carico della Soprintendenza – di motivare congruamente, caso per caso, il diniego di autorizzazione paesaggistica e sulla conseguente illegittimità di un diniego generico cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7/5/2018, n. 2711. Nel caso di specie, la Soprintendenza aveva opposto il diniego in considerazione della necessità di consentire la naturale rigenerazione della spiaggia. Sennonché – ha osservato il Collegio – “qualsiasi spiaggia per mantenersi richiede una rigenerazione e tale processo naturale può essere alterato in ogni ipotesi in cui su di essa siano presenti opere che vi insistono per tutto l’anno. Un diniego di tal tipo, quindi, potrebbe essere opposto a qualsiasi richiesta di mantenimento e, ove ritenuto legittimo, produrrebbe l’effetto di abolire nella sostanza la norma di legge, per cui il mantenimento annuale delle strutture è una scelta lecita e possibile, se pur a date condizioni”. Sulla necessità di una congrua motivazione in presenza dello smontaggio periodico cfr. T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 26/4/2018, n. 730 e n. 727, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In generale, per una ricostruzione del quadro normativo di riferimento e delle vicende che si sono susseguite con riferimento alla normativa della Regione Puglia cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9/5/2018, n. 2766, cit. Nello specifico, dalla lettura della citata pronuncia emerge che: i) in seguito all’entrata in vigore, in data 1/1/2010, dell’art. 146 del d.lgs. 22/1/2004, n. 42, la Soprintendenza – nell’ambito del procedimento di rilascio dell’autorizzazione paesaggistica – non esercita più un sindacato di legittimità *ex post* sul provvedimento rilasciato dalla Regione o dall’Ente delegato, bensì un potere che le consente di effettuare *ex ante* una valutazione di merito amministrativo, con poteri di cogestione del vincolo paesaggistico; ii) la Corte costituzionale, con sent. 27/6/2008, n. 232, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 11, comma 4 *bis*, della l.r. Puglia 23/6/2006, n. 17, per contrasto con l’art. 117, comma 2, lett. s), Cost. in relazione all’art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, nella parte in cui consentiva il mantenimento delle strutture precarie e amovibili, funzionali all’attività turistico-ricreativa oltre la durata della stagione balneare, in mancanza della relativa valutazione di compatibilità paesaggistica; iii) l’attuale formulazione della norma, per come modificata dall’art. 1 della l.r. Puglia 2/10/2008, n. 24, consente il rilascio di una concessione che non prescrive, al termine della stagione estiva, la rimozione delle strutture funzionali all’attività; tuttavia, il conseguimento del titolo – onde evitare la riproduzione di una norma dichiarata incostituzionale – deve intendersi condizionato all’ottenimento del nulla osta delle autorità preposte alla tutela dell’ambiente e del paesaggio, non potendosi ammettere che “una legge regionale introduca innovazioni al regime della compatibilità paesaggistica”; iv) “pur consentendo, in astratto, l’art. 1 della l.r. 24/2008 il mantenimento per l’intero anno di strutture funzionali alla balneazione, l’autorizzazione paesaggistica può comunque imporre che strutture precarie, collocate in uno stabilimento balneare, siano rimosse al termine della stagione estiva, esplicandone le ragioni”.

periodi stagionali (diversità dei contesti – estivo e invernale – in cui gli stabilimenti balneari si inseriscono). In particolare, in numerose fattispecie concrete aventi ad oggetto il mantenimento o meno di un manufatto di una struttura recettivo balneare per l'intero anno, la giurisprudenza ha affermato che l'amministrazione preposta alla tutela del vincolo deve procedere ad una diversa valutazione a seconda dei periodi stagionali. Il Consiglio di Stato¹⁹⁸, dal canto suo, ha ribadito che i “contesti, estivo e invernale, in cui gli stabilimenti si inseriscono sono diversi”, il che implica che differente può essere l'impatto che un manufatto può avere a seconda del periodo che viene in rilievo. La concessione per il solo periodo estivo “si giustifica anche alla luce di un complessivo bilanciamento degli interessi rilevanti e in considerazione del fatto che l'incidenza sull'ambiente è comunque temporalmente limitata”.

Secondo il predetto orientamento “laddove venga in rilievo un'eccezionale diversa valutazione per differenti periodi stagionali, occorre che l'amministrazione, proprio a fronte di tale peculiarità, evidenzi e chiarisca i profili di incompatibilità con il vincolo, opposti a quelli che hanno consentito la realizzazione ed il mantenimento per la stagione balneare, stagione che, per evidenti caratteristiche intrinseche, comporta una presenza ben più massiccia sul territorio e, conseguentemente, una maggiore rilevanza in termini di impatto paesaggistico, anche in relazione ai numerosi fruitori dello stesso bene tutelato. Sul punto, inoltre, non può trascurarsi che, quanto meno in astratto, i valori paesaggistici dell'area ben possono essere meglio tutelati con il mantenimento annuale della struttura, così da evitare ogni anno operazioni particolarmente complesse e delicate di installazione e rimozione della struttura medesima”.

In altri termini, l'autorizzazione paesaggistica può comunque imporre che strutture precarie, collocate in uno stabilimento balneare, siano rimosse al termine della stagione estiva, esplicandone le relative ragioni. Non è sufficiente, quindi, la motivazione del diniego all'istanza di autorizzazione fondata su una generica incompatibilità, non potendo l'Amministrazione limitare la sua valutazione al mero riferimento ad un pregiudizio ambientale, utilizzando espressioni vaghe e formule stereotipate¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 10/03/2023, n. 7803; Cons. Stato, sez. VI, 5/12/2016, n. 5108.

¹⁹⁹ Cons. Stato, sez. VI, 11/06/2018, n. 2138; Cons. Stato, sez. VI, 2/05/2018, n. 2620; T.a.r. Veneto, 14/11/2013, n. 129.

La valutazione, inoltre, deve, confrontarsi con il reale contesto di riferimento, atteso che l'obbligo di rimozione stagionale risulta pienamente giustificato qualora la persistenza invernale del manufatto risulti specificamente dannosa per il paesaggio, impedendo il ripascimento dell'arenile con le mareggiate invernali. Il predetto obbligo, viceversa, non ha ragione di essere, laddove non sia motivatamente dimostrata la sussistenza di pericoli concreti per il paesaggio, oppure quando la rimozione autunnale e la conseguente ricostruzione primaverile risultino maggiormente dannose o pericolose per l'ambiente rispetto al mantenimento del manufatto.

In definitiva, le predette ipotesi passate in rassegna, mettono in rilievo la necessità che l'esercizio di qualunque potestà pubblica, ovvero di un potere autoritativo suscettibile di conformare l'attività privata a un interesse pubblico, debba parametrare la ragionevolezza del sacrificio imposto al privato (che in questo caso è costretto a un'onerosa attività di rimozione stagionale dei manufatti) in relazione alla sua utilità per l'interesse pubblico (in questo caso, l'interesse paesaggistico all'integrità della costa), istituzionalmente perseguito dalla Soprintendenza.

La valutazione, in altri termini, deve essere effettuata sulla base dei parametri di ragionevolezza, di adeguatezza e di proporzionalità che restano ancorati al percorso logico compiuto dalla Soprintendenza nella ponderazione fra l'interesse privato e l'esigenza di tutela dell'interesse paesaggistico. Si tratta, dunque di una tipica espressione di discrezionalità amministrativa.

20. La configurazione del potere decisionale della Soprintendenza nelle tecniche legislative del potere amministrativo

Sulla scorta di quanto precede si può affermare che l'attività dell'autorità preposta alla tutela del vincolo non può essere qualificata come valutazione tecnica, ma si tratta di una azione che assume un contenuto diverso a seconda delle strategie legislative di configurazione del potere decisionale²⁰⁰. Il problema della tipologia di potere che viene in rilievo nello svolgi-

²⁰⁰ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 298.

mento della funzione autorizzatoria in materia paesaggistica può, dunque, essere risolto analizzando la natura delle disposizioni legislative in esecuzione delle quali viene elaborata la prescrizione provvedimento.

In altri termini, la connotazione del potere esercitato dall'amministrazione statale ex art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 e il contenuto dell'effetto prodotto dalla prescrizione del provvedimento valutativo dipendono dalle strategie legislative di configurazione del potere²⁰¹.

Invero, il potere di valutazione della compatibilità paesaggistica disciplinato dall'art. 146 del Codice del paesaggio è diversamente articolato e presenta caratteristiche differenti a seconda della fattispecie individuata dal legislatore. In altri termini, nella realtà concreta dell'azione amministrativa, la decisione è il frutto di una pluralità di tipi di valutazione, che si intrecciano e che è necessario analizzare per rendere chiare le diverse figure.

Alla luce della predetta ricostruzione del potere amministrativo, occorre esaminare se il potere valutativo della Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici possa essere configurato alla stregua di un potere discrezionale libero (merito amministrativo), di un potere vincolato, di un potere discrezionale puro, di un potere discrezionale tecnico, di un potere discrezionale interpretativo, di un potere discrezionale integrativo²⁰².

La tesi prevalente secondo la quale si tratterebbe dell'esercizio di un potere di discrezionalità tecnico coglie sicuramente nel segno²⁰³. La Soprintendenza basa le sue determinazioni in materia di autorizzazione paesaggistica su valutazioni tecniche, come si è avuto modo di evidenziare nelle pagine che precedono.

La discrezionalità tecnica²⁰⁴, nonostante voci critiche contra-

²⁰¹ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 298.

²⁰² S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 298.

²⁰³ SUL PUNTO M. LUNARDELLI, *Le soprintendenze archeologia, belle arti e paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1134.

²⁰⁴ Sulla discrezionalità tecnica F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo i criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, 275 ss.; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa, Ricorsi amministrativi. Giurisdizione ordinaria I*, Milano, s.d., 128 ss.; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, IV, 47 ss.; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 54 ss.; O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, (*Introduzione e nozioni fondamentali*), Napoli, 1912, 365 ss.; C.F.

rie²⁰⁵, possiede una sua autonomia dogmatica ed è una figura distinta dalla discrezionalità comparativa²⁰⁶. Essa ricorre nei casi in cui l'amministrazione adotta una decisione facendo applicazione di criteri, di regole, di canoni propri di scienze specialistiche, diverse da quella giuridica²⁰⁷. Nell'ambito della discrezionalità tecnica sono state individuate varie tipologie²⁰⁸, fra le quali va annoverata anche la discrezionalità mista e l'accertamento tecnico²⁰⁹.

Senonché, come si è innanzi evidenziato, l'amministrazione non formula le sue determinazioni in materia paesaggistica solo su valutazioni di

FERRARIS, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione e l'autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, 224; A.C. JEMOLO, *La competenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale nella risoluzione delle questioni tecniche*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1927, I, 569 ss.; U. FORTI, *Diritto amministrativo*, I, cit., 1931, 143 ss.

²⁰⁵ C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, V, 1968, 1108, nega che la discrezionalità tecnica debba essere distinta dalla discrezionalità amministrativa.

²⁰⁶ Su posizioni variamente articolate si vedano O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo, I (Introduzione e nozioni fondamentali)*, Napoli, 1912, 365 ss.; F. PIGA, *Sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1956, 52 ss.; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95 ss.; G. ZANOBINI, *Corso*, cit., 1958, 316. con varietà di argomentazioni, si vedano V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987, 428 ss.; G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, 1989, 9 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., 1985, 162 ss.; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 1998, 71 ss.; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 214 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 297 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 2000, 437; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo*, cit., 2005, 199 ss.

²⁰⁷ L. GALATERIA, M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 1989, 347; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 177; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000, 268; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, cit., 2005, 775; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2006, 104; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, 2016. Torino, 293.

²⁰⁸ Una esaustiva rassegna in R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2006, 107 ss.

²⁰⁹ L'accertamento tecnico ricorre quando l'amministrazione prima di determinarsi deve operare una verifica di natura oggettiva, come per esempio la misurazione della gradazione alcolica di un liquore. Sull'accertamento tecnico si vedano A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 526; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 2006, 109; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 293.

discrezionalità tecnica; a volte essa elabora la prescrizione provvedimento in materia paesaggistica sulla scorta di altri criteri valutativi, che sostituiscono la valutazione di discrezionalità tecnica, oppure si affiancano ad essa, oppure ancora si intrecciano fra di loro dando luogo a valutazioni estremamente complesse e articolate.

Quando, in sede di conferenza di servizi, la Soprintendenza contesta le conclusioni raggiunte e le determinazioni adottate, investendo della questione il Consiglio dei ministri, non solo sposta il baricentro del tema dal piano amministrativo a quello politico, ma affianca e per alcuni versi sostituisce alle valutazioni di discrezionalità tecnica quelle di libera discrezionalità. In altri termini, rivive in materia la prima strategia legislativa di determinazione del potere amministrativo, quella che conferisce alla legge il ruolo di perimetrare i poteri amministrativi limitandosi a porre i limiti esterni, oltre i quali essi non possono essere esercitati, lasciando piena libertà all'amministrazione nell'ambito in tal modo delineato. Nei casi in questione si è in presenza di discrezionalità pura e insindacabile, intesa come un territorio di assoluta libertà dell'amministrazione. Si può qualificare tale potere come potere di libera discrezionalità dominato da valutazioni di natura politica.

21. Il potere valutativo vincolato dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico

Vi sono anche casi in cui la determinazione dell'amministrazione in materia di autorizzazioni paesaggistiche è vincolata. Si pensi al caso in cui una legge, nazionale o regionale²¹⁰, o un provvedimento amministrativo abbiano apposto un vincolo di inedificabilità assoluta su di un'area.

I provvedimenti amministrativi vincolati sono pur sempre espressione del poter di disporre la produzione di effetti giuridici come avviene anche

²¹⁰ La l. reg. Camp. n. 35/1987, sulla quale si veda S. PERONGINI, *Profili giuridici del piano urbanistico territoriale dell'area sorrentino-amalfitana*, in *Riv. giur. di urbanistica*, 1994, 163; A. BARONE, *Pianificazione urbanistica e principio di proporzionalità*, in E. FERRARI, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, *Atti del quarto Convegno nazionale dell'A.I.D.U.*, Messina-Taormina, 10-11/11/2000, Milano, 2001, 303-322.

nell'ipotesi di atti discrezionali; la diversità consiste nel fatto che l'amministrazione risulta limitata sotto tutti gli aspetti dell'agire in forza di norme di legge. L'autoritatività del potere non va confusa con la modalità di esercizio dello stesso²¹¹. Anche il provvedimento vincolato è un atto autoritativo²¹² produttivo di effetti giuridici, nel caso di specie l'effetto giuridico non deriva solo dalla legge, ma pur sempre dall'esercizio del potere. La distinzione tra l'attività vincolata e quella discrezionale ha avuto delle conseguenze significative ai fini della individuazione della situazione giuridica soggettiva vantata dal privato di fronte all'esercizio del potere. Coloro che identificano la nozione di provvedimento amministrativo unicamente con l'atto discrezionale affermano che il privato in quest'ultimo caso vanta un interesse legittimo; invece, di fronte all'attività vincolata vanta un diritto soggettivo²¹³. Invero, quando la pubblica amministrazione esercita il suo potere amministrativo unilaterale, autoritativo e imperativo, vale a dire un potere che esplica i propri effetti direttamente nella sfera giuridica soggettiva del destinatario, il rapporto giuridico che si instaura è un rapporto di diritto pubblico i cui termini restano inalterati sia nel caso di esercizio di potere discrezionale, sia nel caso del potere vincolato; in altri termini il rapporto giuridico intercorrerà sempre tra una situazione giuridica soggettiva che si chiama potere e una situazione giuridica soggettiva che si chiama interesse legittimo²¹⁴. La dottrina, che sostiene che di fronte all'esercizio di un potere vincolato il privato vanti pur

²¹¹ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 79 ss.; E. CASSETTA, *Riflessioni, Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. ec.*, 1998, 503 ss., 522; F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 32.

²¹² Sostengono il contrario E. CAPACCIOLI, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 62, 289; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 12 ss.; E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. ec.*, 1998, 503 ss., 522; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività* 436; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996, 72; P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi*, Milano, 1996, 245.

²¹³ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 62.

²¹⁴ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 267.

sempre un interesse legittimo, muove dalla convinzione che la situazione giuridica dell'interesse legittimo trovi ragione negli effetti giuridici prodotti dall'attività amministrativa e quindi nella sua costitutività, più che nelle modalità, discrezionali o meno²¹⁵, attraverso le quali si esplica.

In presenza di prescrizioni vincolanti, le determinazioni dell'amministrazione preposta alla tutela paesaggistica assumono veste di valutazioni vincolate.

Quando la norma configura un potere come vincolato consente in ogni modo alla pubblica amministrazione di intercedere nella produzione dell'effetto giuridico valutando la sussistenza dei presupposti individuati a monte per l'emanazione dell'atto.

22. Il potere interpretativo dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico

La Soprintendenza nel formulare il proprio parere può trovarsi a dover verificare la conformità dell'intervento progettato alla disciplina edilizia e urbanistica vigente. In tal caso, ai diversi giudizi di valore, si affianca anche una vera e propria attività di natura interpretativa. L'amministrazione esercita in materia un'attività ermeneutica analoga a quella che compie il giudice nell'interpretare le norme. In passato, le valutazioni interpretative dell'amministrazione sono state spesso incluse nell'ambito dell'attività discrezionale, perché la discrezionalità e l'interpretazione hanno un nucleo comune, rappresentato dal fatto di consistere entrambe in un'attività intellettuale di natura valutativa, e di condurre, anche se con diversa gradazione, alla elaborazione di disposizioni di natura creativa²¹⁶. Tuttavia, l'autonomia concettuale delle due diverse attività costituisce un dato acclarato. Essa consente di riconoscere, nell'ambito dell'attività valutativa conferita alla Soprintendenza in sede di rilascio del parere paesaggistico, una componente che consiste nella mera interpretazione di norme giuridiche. Appare superfluo evidenziare che l'interpretazione in-

²¹⁵ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 59.

²¹⁶ L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 215 ss., inquadra l'attività discrezionale nell'ambito delle operazioni ermeneutiche.

veste norme di rango diverso, spaziando da quelle legislative a quelle di natura amministrativa, riconducibili a provvedimenti generali, ad atti di pianificazione o di altro tipo.

23. Il potere discrezionale puro dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico e il potere di discrezionalità tecnica

Le determinazioni in tema di tutela paesaggistica possono condurre la Soprintendenza a compiere una attività di valutazione che si basa sulla comparazione tra interessi diversi. Come si è visto nelle ipotesi sopra passate in rassegna, l'interesse alla tutela del paesaggio può essere comparato con l'interesse allo svolgimento di un servizio pubblico (per esempio, il caso dell'impianto di ripetitore di onde elettromagnetiche), con l'interesse alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (per esempio, il caso degli impianti eolici e fotovoltaici), con l'interesse alla tutela del lavoro e dell'attività imprenditoriale (per esempio, il caso degli stabilimenti balneari).

Nelle predette ipotesi e in tante altre che si potrebbero formulare, l'amministrazione preposta alla tutela del paesaggio compara interessi, ponendo a base delle sue determinazioni una vera e propria attività di discrezionalità comparativa o pura.

Per quanto concerne, invece, le determinazioni in tema di tutela paesaggistica assunte dalla Soprintendenza sulla scorta di valutazioni di discrezionalità tecnica, si rinvia a quanto già esposto nei precedenti paragrafi del presente capitolo. In questa sede appare opportuno ribadire solo che la valutazione di compatibilità paesaggistica compiuta dalla Soprintendenza, secondo l'orientamento consolidato, è espressione di discrezionalità tecnica, poiché comporta l'applicazione di cognizioni tecniche e specialistiche proprie di alcuni settori scientifici caratterizzati da ampi margini di opinabilità.

Secondo un orientamento della giurisprudenza, nel procedimento paesaggistico, il parere del Soprintendente in ordine alla compatibilità paesaggistica non può che essere un atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica²¹⁷: l'intervento progettato va messo in relazione con i

²¹⁷ Con. Stato, sez. VI, 23/07/2005, n. 3652.

valori protetti ai fini della valutazione tecnica della compatibilità fra l'intervento medesimo e l'interesse pubblico paesaggistico tutelato, valutazione che è istituzionalmente finalizzata a evitare che sopravvengano alterazioni inaccettabili del preesistente valore protetto²¹⁸. Questa regola essenziale di tecnicità e correttezza applica il principio fondamentale dell'art. 9 Cost., il quale fa eccezione a regole di semplificazione a effetti sostanziali, altrimenti praticabili²¹⁹. La norma costituzionalizza al massimo rango la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione. Tutto ciò richiede da parte dell'amministrazione preposta, che si esprimano valutazioni tecnico professionali e non comparative di interessi.

Per le ragioni sopra esposte, detto orientamento coglie solo uno dei criteri di elaborazione della valutazione sottesa alle determinazioni in tema di tutela paesaggistica.

24. Il potere consistente nella elaborazione di prescrizioni provvedimentali sulla base di giudizi valutativi formulati sulla base di principi, di clausole generali e di concetti giuridici indeterminati

In presenza di principi giuridici e di clausole generali, l'amministrazione dovrà procedere ponendo in essere un'attività ermeneutica.

A volte capita che l'amministrazione debba esercitare il suo potere valutativo previo apprezzamento di locuzioni del seguente tenore: "valore paesaggistico dell'area", "bellezza paesaggistica", "valore naturalistico dell'area", "panorama paesaggistico", ecc.

In questi e altri consimili casi si è in presenza di concetti giuridici indeterminati²²⁰, sulla scorta dei quali l'amministrazione, nell'esercizio del

²¹⁸ Con. Stato, sez. VI, 23/07/2005, n. 3652.

²¹⁹ Con. Stato, sez. VI, 23/07/2005, n. 3652; Corte cost., 29/12/1982, n. 239; Corte cost., 21/12/1985, n. 359; Corte cost., 27/06/1986, n. 151; Corte cost., 10/03/1988, n. 302; Cons. Stato, sez. VI, 18/04/2011, n. 2378.

²²⁰ Per la dottrina italiana sui concetti giuridici indeterminati, si vedano F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 244 ss., 248 ss.; F. SATTA,

suo potere di tutela paesaggistica, deve formulare un giudizio valutativo da porre a base della propria prescrizione provvedimentale. Il giudizio valutativo, conferito all'amministrazione dalla legge che utilizzi concetti giuridici indeterminati, consiste nella qualificazione della vicenda oggetto di esercizio del potere nell'ambito della fattispecie astratta "indeterminata" delineata dal legislatore.

Come messo in evidenza da un orientamento, quando il legislatore utilizza i concetti giuridici indeterminati nella composizione della fattispecie normativa, conferisce all'amministrazione un potere di apprezzamento così ampio quanto estesa è la pluralità di fenomeni che le locuzioni utilizzate riescono a comprendere. I concetti giuridici indeterminati fanno riferimento a una categoria generale, idonea ad assumere diversi significati, che non hanno caratteri specifici, definiti e precisi²²¹.

L'elaborazione della nozione di concetti giuridici indeterminati si deve soprattutto alla dottrina tedesca²²², ma l'istituto è stato adeguato

Principio di legalità e amministrazione nello Stato democratico, Padova, 1969, 150 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 77 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 475 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 303 ss., 310 ss.; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 347 ss.; G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, 136 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 41 ss., 69 ss., 246 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 44 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 220 ss.; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa, Germania – Austria – Italia*, Trento, 2004, 15 ss.; A. TRAVI, *Il giudizio amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 458 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Torino, 2006, 362 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 299 ss.

²²¹ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 283.

²²² Sui concetti giuridici indeterminati e sul tema dell'unica decisione giusta in Germania si vedano, fra i tanti, W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, 36 ss.; H. REUB, *Das Ermessen*, in *D.V.Bl.*, 1953, 649 ss.; O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in *J.Z.*, 1955, 97 ss.; C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München, 1955, 309 ss., 318 ss.; H.H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen, 1965, 213 ss.; F. CZER-

tamente approfondito anche dalla dottrina italiana²²³.

Un orientamento accoglie la ricostruzione prevalente nella dottrina tedesca in materia²²⁴. La dottrina tedesca qualifica il giudizio valutativo – che concerne un concetto giuridico indeterminato – come un semplice processo di sussunzione “del fatto alla norma”, vale a dire come una vicenda da inquadrare nella teoria generale dell’interpretazione. L’orienta-

MAK, *Zur Lehre vom gerichtsfreien Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, in *Jus*, 1968, 399 ss.; W. SCHMIDT, *Gesetzvollziehung durch Rechtsetzung*, Tübingen, 1969, 142 ss.; O. BACHOF, *Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum*, in *J.Z.*, 1972, 641 ss.; F. OSSENBUHL, *Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung*, in *D.O.V.*, 1972, 402 ss.; C.H. ULE, *Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutzrecht*, in *D.V.Bl.*, 1973, 756 ss.; W. SCHMIDT, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrecht*, München, 1982, 59 ss.; C.H. ULE, *Verwaltungsprozeßrecht*, München, 1983, 9; C.H. ULE, *Rechtsstaat und Verwaltung*, in *Verw. Arch.*, 1985, 1 ss., 9 ss.; H.U. ERICHSEN - W. MARTENS, *Das Verwaltungshandeln*, in H.U. ERICHSEN-W. MARTENS (hrsg), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin-New York, 1992, 191, 192; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2002, 105; H. EHMKE, “Ermessen” und “unbestimmte Rechtsbegriffe” im Verwaltungsrecht, Tübingen, 1960, 132 ss.; H. SENDLER, *Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff*, in *Festschrift für Ule*, München, 1987, 337 ss.; W. SCHMIDT, *Abschied vom “unbestimmter Rechtsbegriffe”*, in *N.J.W.*, 1975, 1753 ss.; R. GEITMANN, *Bundesverfassungsgericht und “offene” Normen*, Berlin, 1971, 173 ss.; G. SCHIMDT-EICHSTAEDT, *Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung*, in *AÖR*, 1973, 173 ss.; G. SCHIMDT-EICHSTAEDT, *Der Konkretisierungsauftrag der Verwaltung beim Vollzug öffentlichrechtlicher Normen*, in *D.V.Bl.*, 1985, 645; H.J. KOCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, Frankfurt am Main, 1979, 172 ss.; H.W. RENGELING, *Anlagenbegriff, Schadenvorsorge und Verfahrensstufung im Atomrecht*, in *D.V.Bl.*, 1986, 265 ss.; H. HILL, *Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandeln*, in *D.ö.V.*, 1987, 886 ss.; H. KIND, *Ist die gesetzliche Verpflichtung der Executive zur (letzverbindlichen) Auslegung eines “unbestimmten Rechtsbegriffes” durch Allgemeine Verwaltungsvorschriften verfassungswidrig*, in *D.ö.V.*, 1988, 679 ss.; D. GRIMM, *Die Aufgabenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung bei der Genehmigung kerntechnischer Anlagen*, in SH. VAN BUIREN (hrsg), *Rechterliches Handeln und technisches Risiko*, Baden-Baden, 1982, 25 ss.; M. REINHARDT, *Abschied von der verwaltungsvorschrift im Wasserrecht*, in *D.ö.V.*, 1992, 102 ss.

²²³ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 14 ss., 77 ss., 124 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, 362 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011, 297 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 283 ss.

²²⁴ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011, 297 ss.; S. COGNETTI, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminatezza della norma*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 1016 ss.

mento in esame mette in evidenza che “la sussunzione costitui(sce) una vicenda da inquadrare nell’ambito della teoria generale dell’interpretazione e, in quanto tale, di totale pertinenza del giudice. Vicenda, dunque, non solo da distinguere sul piano concettuale, ma anche da mantenere separata sul piano sistematico-operativo da quella della discrezionalità propriamente intesa, concepita come libero bilanciamento fra interessi”²²⁵.

Appare del tutto evidente, che siffatta ricostruzione ha importanti risvolti sul piano della tutela giurisdizionale. L’orientamento in esame afferma che “la dottrina tedesca contemporanea, pur ammettendo che meno concreto è il concetto espresso dalla norma meno affidabile è la sua applicazione alla fattispecie reale, precisa che non è ammissibile alcun nesso fra grado di indeterminatezza della norma e affrancamento dal controllo giurisdizionale sulla applicazione della stessa. Sicché una sua maggiore determinatezza, semmai, costituisce una condizione necessaria alla sua corretta interpretazione, ma mai sufficiente a limitare il controllo giurisdizionale sulle sue concrete modalità applicative”²²⁶.

Si è sostenuto che la piena sindacabilità dei concetti indeterminati costituisce un dogma dello Stato di diritto, in conformità all’impostazione kelseniana della dottrina pura del diritto, in linea con gli esiti attinti dalla dottrina tedesca, che sviluppa la teorica dei concetti giuridici indeterminati come ambito nel quale consentire il sindacato del giudice, erodendo in tal modo la sfera della discrezionalità ammantata dalla sua qualificazione come attività valutativa rientrante nei poteri discrezionali dell’amministrazione. La sussunzione e l’attività interpretativa danno luogo a giudizi valutativi ben distinti da quelli riservati all’amministrazione dalle norme che le conferiscono un potere discrezionale²²⁷, anche perché i primi possono essere oggetto di sindacato giurisdizionale.

Come messo in evidenza dalla dottrina, “in presenza di un concetto giuridico indeterminato, la specificazione devoluta all’amministrazione si articola in due momenti. Innanzi tutto, l’amministrazione deve specifica-

²²⁵ S. COGNETTI, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminatezza della norma*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 1025 ss.

²²⁶ S. COGNETTI, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminatezza della norma*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 1026.

²²⁷ S. COGNETTI, *Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminatezza della norma*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 1030 ss.

re la norma, generica e indeterminata, utilizzando le disposizioni di rango sovraordinato, quali principi generali dell'ordinamento, norme costituzionali e norme comunitarie. In altri termini, fra tutte quelle astrattamente possibili, deve scegliere una fattispecie e riferirla al caso di cui essa si occupa. Si è in presenza di una tipica attività interpretativa, analoga a quella svolta dal giudice in sede giurisdizionale. In secondo luogo, gli elementi di indeterminatezza che dovessero residuare all'esito della predetta attività interpretativa, vanno puntualizzati sulla scorta di una attività valutativa, che può avere natura comparativa degli interessi in gioco, oppure natura valutativa di altri profili”²²⁸.

In definitiva, in presenza di un concetto giuridico indeterminato l'amministrazione, nel determinarsi in materia di paesaggio, dovrà prevalentemente procedere a un'attività meramente interpretativa e, per l'eventuale parte residua di natura discrezionale o involgente valutazioni di altro tipo, dovrà determinarsi comparando gli interessi implicati nella vicenda o elaborando il proprio giudizio valutativo sulla scorta di norme e criteri tecnici e scientifici.

25. Considerazioni di sintesi

Il potere di valutazione di compatibilità paesaggistica non è sempre e solo espressione di discrezionalità tecnica, ma assume diverse qualificazioni in relazione al caso concreto.

Il potere esercitato dalla Soprintendenza in materia paesaggistica è espressione di diverse tipologie di potere, ovvero presenta diversi momenti²²⁹ che in realtà dipendono dal caso concreto sottoposto all'esame della Soprintendenza. In altri termini – anche al fine di individuare una parte di essa che possa essere oggetto di sindacato giurisdizionale – quando si tratta di valutare la conformità paesaggistica di un'opera in una zona sottoposta a vincolo di inedificabilità relativa, in questo caso l'am-

²²⁸ S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 291.

²²⁹ T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 02/12/2020, n. 796.

ministrazione deve esercitare un potere valutativo tecnico al fine di verificare se sia possibile edificare nel rispetto delle prescrizioni normative impositive dei vincoli paesaggistici. Quando invece si tratta di esprimere una valutazione sulla realizzazione di un impianto eolico, ad esempio, viene in rilievo il compimento di un'attività valutativa discrezionale particolarmente complessa, che si può definire pura, senza che si possa dire che prevale l'interesse paesaggistico sull'interesse alla tutela della salute e dell'iniziativa economica privata, senza trascurare che indirettamente è in contrapposizione la tutela sempre del paesaggio, attraverso la formazione di energia pulita rinnovabile. Dunque, in questo caso specifico ci si trova di fronte a due momenti dell'esercizio del potere che si susseguono: quello della sussunzione e quello della ponderazione. La prima svolge il ruolo della verifica, della qualificazione, e dell'apprezzamento tecnico-conoscitivo dei fatti posti a fondamento delle scelte in base all'applicazione di una regola giuridica che pone il fine da realizzare, nell'esempio concreto dell'apposizione o sussistenza di un vincolo paesaggistico, quella di accertare che in quella zona non vi sia un vincolo di inedificabilità assoluta; la seconda, invece, consente lo svolgimento del confronto fra le situazioni giuridiche della vicenda concreta, vale a dire quella di scegliere attraverso una valutazione comparativa tra interessi tutti costituzionalmente rilevanti o di scegliere quale sia la modalità più opportuna e ragionevole per la realizzazione del fine pubblico che nel caso di specie è la tutela del paesaggio. Se così non fosse, ci si troverebbe ideologicamente a dover utilizzare una scala gerarchica di valori che la Costituzione non prevede. Nella pratica, l'esercizio del potere amministrativo o per la natura della materia o per il numero degli interessi da valutare o per la rilevanza costituzionale di tutti gli interessi sottesi nella vicenda, non può essere qualificato in un modo univoco in senso assoluto²³⁰. In particolar modo, quando in una determinata vicenda sono presenti più interessi primari e secondari costituzionalmente tutelati, l'ammi-

²³⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 49-50. Per un'analisi del pensiero di Giannini, F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 105. Particolare attenzione merita la ricostruzione del pensiero dell'Autore condotta di M. PASTORELLI, *La discrezionalità amministrativa nel pensiero giovanile di Massimo Severo Giannini*, in *Quaderni e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045.

nistrazione pur essendo preposta alla cura funzionale di uno di essi (denominato interesse essenziale o primario)²³¹, non può assumere alcuna decisione se non dopo averli ponderati e bilanciati²³².

Secondo una tesi, “il fatto di fondare il vincolo su una singola area con l’esigenza di provvedere alla cura di un interesse pubblico non basta in sé medesimo, a giustificare quel tipo di scelta anziché un’altra. Ciò che invece giustifica quella scelta è, e non può essere diversamente, che tutti gli interessi meritevoli di considerazione, in quel particolare contesto venutosi a creare, siano stati equamente ponderati fra loro²³³.”

In sintesi, la risposta al quesito sulla natura del potere di valutazione della compatibilità paesaggistica varia in ragione del valore giuridico delle premesse che fondano la proporzione fra situazioni diverse nell’applicazione del principio di uguaglianza formale e sostanziale²³⁴.

La concezione della discrezionalità pura pur fondandosi sulla scelta dell’attività meramente conoscitiva che la precede non produce in concreto differenze di rilievo fra le due vicende con riferimento ai limiti del sindacato nella sintomatologia dell’eccesso di potere²³⁵.

Lo studio della natura del potere amministrativo nel procedimento paesaggistico ha consentito di acclarare che la sua configurazione dipende dal rapporto che intercorre tra la legge e il provvedimento amministrativo e che sono state isolate varie strategie legislative di configurazione del potere decisionale dell’amministrazione. Tutte le predette strategie

²³¹ Secondo S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011, 243 l’interesse essenziale o primario “è quello per il quale opera nella contingenza del fatto specifico che ne sollecita l’intervento. È l’interesse che si sublima nel fine astrattamente previsto dalla norma, verso la cui realizzazione quel procedimento tende sin dal suo primo avvio”.

²³² L. CASINI, *Gli equilibri degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005, 244.

²³³ S. COGNETTI, *La tutela delle situazioni giuridiche soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e Germania*, Napoli, 1987, 171-172.

²³⁴ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità: Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 52; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Padova, 1998, 134; S. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005, 139; R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo, visto dal “terzo”*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1034.

²³⁵ Su tale problematica, N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 101.

attengono ad un rapporto giuridico di diritto amministrativo, gli estremi del quale sono sempre gli stessi: da un lato vi è un potere amministrativo unilaterale, autoritativo, imperativo, vale a dire un potere che esplica i propri effetti direttamente nella sfera giuridica soggettiva del destinatario; dall'altro lato, invece, vi è l'interesse legittimo. Le strategie di configurazione del potere amministrativo nel procedimento paesaggistico sono isolabili solo in sede teorica; nella realtà, invece, esse si intrecciano fra di loro, dando luogo a poteri amministrativi variamente strutturati, nei quali profili vincolati sono connessi a profili discrezionali, a momenti di interpretazione di norme, a momenti di deduzione della regola dai principi e dai concetti giuridici indeterminati. In definitiva, si è giunti alla conclusione che nella valutazione paesaggistica si rinvengono non solo determinazioni fondate su giudizi valutativi di discrezionalità tecnica – come sostengono la giurisprudenza e la dottrina – ma anche determinazioni basate su giudizi valutativi di discrezionalità comparativa, su interpretazioni di norme di vario rango, su deduzioni della prescrizione provvedimento dai principi, dai concetti giuridici indeterminati e dalle clausole generali, accanto a determinazioni il cui contenuto prescrittivo è vincolato direttamente dalla legge.

Capitolo Terzo

Il giudizio valutativo della Soprintendenza emesso tardivamente e la configurabilità del silenzio assenso ex art. 17 bis della l. n. 241/1990

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il Parere tardivo della Soprintendenza ex art. 146, comma 9, del d.lgs. n. 42/2004. – 3. Le argomentazioni sostenute dalla giurisprudenza a sostegno della natura vincolante del parere della Soprintendenza adottato dopo il termine di 45 giorni: a) i nuovi poteri di cogestione del vincolo paesaggistico; b) la natura vincolante del parere tardivo è deducibile dall'art. 16 della l. n. 241/1990; c) la natura vincolante del parere tardivo desumibile dal richiamo all'istituto del c.d. "preavviso di rigetto" ai sensi dell'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990: "il parere come provvedimento". – 4. La natura del termine di conclusione del procedimento nella legge generale sul procedimento. – 5. Il superamento del termine di conclusione del procedimento e la consumazione del potere amministrativo: "le eccezioni". – 6. Gli atti tardivi della pubblica amministrazione. – 7. Il decorso del termine e la qualificazione dell'inerzia della pubblica amministrazione. – 8. Silenzio significativo: differenza con istituti "contigui" e funzione da esso svolta. – 9. I silenzi procedurali: a) silenzio devolutivo; b) silenzio facoltativo. – 10. Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: l'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990. – 11. Differenza tra il silenzio assenso verticale (art. 20 l. n. 241/1990) e il silenzio assenso orizzontale (l'art. 17 *bis* l. n. 241/1990). – 12. Il silenzio tra pubbliche amministrazioni e rapporti con gli artt. 16, 17 e 20 della l. n. 241/1990. – 13. Il silenzio assenso nella conferenza di servizi. – 14. La tesi giurisprudenziale che riafferma il carattere vincolante del parere tardivo della Soprintendenza per silenzio assenso orizzontale di cui all'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990. – 15. L'interpretazione estensiva del parere del Consiglio di Stato e della circolare del MIBACT – con parere n. 23231 del 27 settembre 2018 – sull'operatività del meccanismo del silenzio assenso procedimentale anche al parere tardivo del Soprintendente. – 16. Le ragioni di natura comunitaria, costituzionale e sistematica ostative all'applicazione del silenzio assenso orizzontale al parere tardivo della Soprintendenza nel procedimento di valutazione della compatibilità paesaggistica nonostante l'interpretazione estensiva fornita dal Consiglio di Stato in sede di attività consultiva e dal MIBACT. – 17. Le altre ragioni ostative all'applicazione del silenzio assenso orizzontale al parere tardivo della Soprintendenza nel procedimento di valutazione della compatibilità paesaggistica, nonostante l'interpretazione estensiva fornita dal Consiglio di Stato in sede di attività consultiva e dal

MIBAC: a) il silenzio devolutivo; b) l'art. 17 bis della l. n. 241/1990 delimita il campo di applicazione del silenzio assenso orizzontale ai procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti c.d. pluristrutturati semplici; c) il dibattito ancora aperto della giurisprudenza amministrativa sulla concreta applicazione dell'art. 17 bis della l. n. 241/1990 al parere Soprintendizio; d) *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. – 18. L'efficacia del parere della Soprintendenza trasmesso o emanato oltre il termine di 45 giorni dopo l'adozione dell'art. 2, comma 8 bis della l. n. 241/1990. – 19 Considerazioni riepilogative.

1. Premessa

L'art. 146, comma 8, d.lgs. 24/01/200, n. 42, individua il tempo di emanazione del parere della Soprintendenza, fissando in 45 giorni il termine di conclusione del procedimento paesaggistico.

Oggetto del presente capitolo è quello di esaminare il valore da riconoscere al parere della Soprintendenza reso oltre il termine di legge nell'ambito della procedura autorizzativa ex art. 146, d.lgs. 22/1/2004, n. 42¹. La natura del parere tardivo, ancora oggetto di dibattiti interpretativi,

¹M.R. SPASIANO, *Commento all'art. 146*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, 1306; V. PARISIO, *sub art. 146*, (Par. I-VII), in R. FERRARA, G.F. FERRARI (diretto da), *Commentario breve alle leggi in materia urbanistica ed edilizia*, III ed., Padova, 2019, 1084-1100; L. RICCI, *Parere vincolante della Soprintendenza, ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica di cui agli articoli 167 e 181 del d.lgs. n. 42/2004*, in *Rivista giur. dell'edilizia*, 2012, 3, 127 ss.; G. MARI, *Le incertezze irrisolte in tema di autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, 6, 103 ss.; S. AMOROSINO, *Autorizzazioni paesaggistiche: se la soprintendenza non fa pervenire il parere entro il termine, la Regione o l'ente locale deve provvedere*, in *Urb. e app.*, 2014, 3, 265 ss.; V. PARISIO, *Beni culturali, paesaggio e giudice amministrativo*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2004, 3229; P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 363 ss.; G.F. CARTEI, *Autonomia locale e pianificazione del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 703; L. CASINI, *Valorizzazione del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 385; P. MARZARO, *L'Amministrazione del paesaggio, profili critici ricostruttivi di un sistema complesso*, Torino, 2011, 75. Sul rapporto inverso e complementare tra urbanistica e tutela del paesaggio si vedano peraltro le ampie riflessioni di M. IMMORDINO, *I piani paesaggistici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M.A. SANDULLI, M. SPASIANO, P. STELLA RICHTER (a cura di), *Il diritto urbanistico in cinquant'anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 2006, 88, che mettono in luce "la relazione di strumentalità dell'urbanistica rispetto alla tutela del paesaggio" ferma restando l'autonomia delle due materie mai venuta meno nella giurisprudenza della Consulta.

verrà approfondita alla luce dei diversi e numerosi orientamenti giurisprudenziali volti a stabilire se il parere reso oltre il termine di 45 giorni dalla ricezione degli atti conservi o meno la sua natura vincolante. Tre sono le principali tesi sostenute dalla giurisprudenza: la prima² sostiene che l'autorità statale, decorso il termine legale, consumi il potere valutativo³ – decisorio di rendere un qualunque parere vincolante o meno; la seconda tesi, invece, afferma che la Soprintendenza non perda il potere⁴ di rendere un parere vincolante anche dopo il termine di 45 giorni, attesa

²Cons. Stato, sez. VI, 15/03/2013, n. 1561; T.a.r. Veneto, sez. II, 14/11/2013, n. 1295.

³Sulla valutazione amministrativa si veda D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 86; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 118; F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in Cons. Stato. 2000, II, 2371 ss.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, in *Storia e Teoria*, Torino, 2017, 432; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, 1995; S. PERONGINI, *L'interesse legittimo: attualità e prospettive nel pensiero di Franco Gaetano Scoca* in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, Torino, 2019, 384 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento*, Torino, 2016, 267 ss.; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggi sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, 14 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Potere amministrativo, tecniche interpretative del diritto emergenziale, nullità provvedimento e azioni di mero accertamento*, in *Giur. it.*, 2012, 1434 ss.; N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, III, Milano, 1967, 295 ss.; R. PEPE, *Considerazioni sull'annullamento sopravvenuto dell'autorizzazione*, in *Riv. giur. edilizia*, fasc. 5, 2020, 479; F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in *Atti Convivio Studi Giuridici*, Trento, 1958 e G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 539 ss.; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 311; S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 127 ss.; G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, 381 ss.; E. ROMANO, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 169; G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011, 28 ss.; A.M. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 166 ss.; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 119 ss.

⁴Sulla nozione di potere si vedano A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Macerata*, 1981, 411 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 158 ss.; M. CLARICH *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 158 ss.

la natura meramente ordinatoria del predetto termine⁵; infine, la terza tesi stabilisce che l'autorità statale, nelle predette ipotesi, non perda la possibilità di rendere comunque un parere in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento; tuttavia, il succitato parere resterebbe privo di valenza obbligatoria e vincolante⁶. In merito a quest'ultima tesi, si sono

⁵ T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 27/03/2017, n. 1645; T.a.r. Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 9/02/2015, n. 53; Cons. Stato, sez. VI, 18/09/2013, n. 4656; Cons. Stato, sez. VI, 13/05/2016, n. 1935; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 05/01/2017, n. 138; T.a.r. Campania, sez., VI, n. 4914/2013; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 9/7/2015, n. 1565, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 09/02/2015, n. 53; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 9/07/2015, n. 1565, in *De Jure*, Giuffrè; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 10/11/2015, n. 1470; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 08/10/2015, n. 4720; T.a.r. Campania Salerno, sez. II, 11/09/2015, n. 1845; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 9/07/2015, n. 1565; Cons. Stato, sez. VI, 27/04/2015, n. 2136.

Negli stessi termini si esprime la giurisprudenza prevalente. *Ex multis* si vedano: Cons. Stato, sez. VI, 13/5/2016, n. 1935; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 13/10/2014, n. 2481, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 18/9/2013, n. 4656, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, 9, 2589; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16/4/2012, n. 382, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, si vedano: P. MARZARO, *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 *www.federalismi.it*, 5/10/2016; G. MARI, *La rilevanza del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti relativi ai titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizia. Considerazioni a margine di una recente circolare del MIBACT*, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 3, 61 ss.; G. MARI, *Le incertezze irrisolte in tema di autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, Suppl. 6, 103 ss.; S. AMOROSINO, *Autorizzazioni paesaggistiche: se la Soprintendenza non fa pervenire il parere entro il termine, la Regione o l'ente locale deve provvedere*, in *Urb. e app.*, 2014, 3, 265 ss.; V. PARISIO, *Art. 146*, in R. FERRARA, G.F. FERRARI (a cura di), *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica e edilizia*, Padova, 2010, 859 ss.

⁶ Cons. Stato, sez. IV, 8/11/2022, n. 9798; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II *quater*, 30/05/2022, n. 6907; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 14/01/2021, n. 271; Cons. Stato, sez. VI, 19/11/2020, n. 7193; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 01/10/2020, n. 679; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 15/07/2020, n. 8104; T.a.r. Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 05/08/2020, n. 288; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 02/04/2020, n. 262; Cons. Stato, sez. VI, 10/01/2020, n. 259; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 12/11/2019, n. 1521; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 17/04/2019, n. 2166; Cons. Stato, sez. VI, 06/02/2019, n. 895; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, 05/12/2018, n. 2738; Cass. Penale, sez. III, 20/11/2018, n. 10799; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 11/12/2017, n. 1424; Cons. Stato, sez. VI, 11/12/2017, n. 5799; Cass. Penale, sez. III, 20/11/2018, n. 10799; Cons. Stato, sez. VI, 11/12/2017, n. 5799; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 07/11/2018, n. 6477; Cons. Stato, sez. VI, 18/04/2018, n. 2342; Cons. Stato, sez. VI, 12/09/2017, n. 4316; Cons. Stato, sez. VI, 24/7/2017, n. 3656; Cons. Stato, sez. VI, 9/8/2016, n. 3561; T.a.r.

formati due diversi filoni giurisprudenziali vertenti sulla natura del temi-

Lombardia, Brescia, sez. I, 11/12/2017, n. 1424; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 09/11/2017, n. 1594; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 09/11/2017, n. 1594; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 18/12/2014, n. 474; T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. II, 23/02/2017, n. 133; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 20/12/2016, n. 1828; Cons. Stato, sez. VI, sent. 27/04/2015, n. 2136; T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 23/09/2015, n. 633; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 04/07/2014, n. 1195; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 20/12/2016, n. 1828; Cons. Stato, sez. VI, sent. 27/04/2015, n. 2136; Cons. Stato, sez. VI, 09/08/2016, n. 3561; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 21/05/2018, n. 3305; T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. II, 8/1/2016, n. 3, in *Foro amm.*, 2016, 1, 199; Cons. Stato, sez. VI, 18/7/2016, n. 3179, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 13/5/2016, n. 1935, in *Foro amm.*, 2016, 5, 1204; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 23/10/2015, n. 3034; T.a.r. Sardegna, sez. II, 20/1/2016, n. 41, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 28/10/2015, n. 4927, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 27/4/2015, n. 2136, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, 4, 775; Cons. Stato, sez. VI, 15/3/2013, n. 1561, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Cons. Stato, sez. VI, 28/10/2015, n. 4927, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Cfr., altresì, Cons. Stato, sez. VI, 15/3/2013, n. 1561, in *www.giustizia-amministrativa.it* e la più recente sentenza della sez. VI, 9/8/2016, n. 3194, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Veneto, Venezia, sez. II, 22/05/2014, n. 698; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 24/01/2014, n. 252; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 12/07/2013, n. 1681; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16/04/2012, n. 382; T.a.r. Puglia, Bari, sez. III, 8/09/2010, n. 3453, T.a.r. 2010, 9, 2959; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 13/4/2011, n. 669, in *Rivista giur. dell'edilizia*, 2011, 4, 1382; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 22/04/2015, n. 2267; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 03/09/2018, n. 5317; T.a.r. Campania, sez. I, 27/05/2015, n. 2136; Cons. Stato, sez. VI, 27/04/2015, n. 2136; T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 29/06/2015, n. 501; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 3/03/2015, n. 474; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16/04/2012, n. 382; T.a.r. Puglia, Bari, sez. III, 8/9/2010, n. 3453, in *Rivista T.a.r. 2010*, 9, 2959; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 13/04/2011, n. 669, in *Rivista T.a.r. 2011*, 4, 1382. T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 12/07/2012, n. 3380; Cons. Stato, sez. VI, 27/4/2015, n. 2136; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 24/01/2014, n. 252; T.a.r. Campania Salerno, sez. I, 4/7/2014, n. 1195; Cons. Stato, sez. VI, 15/03/2013, n. 156; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 03/03/2015, n. 468.

In dottrina si vedano: V. PARISIO, *Commento all'art. 146*, in R. FERRARA, G.F. FERRARI (a cura di), *Commentario breve alle leggi in materia urbanistica e edilizia*, Padova, 2015, 1006; M.A. SANDULLI, *Commento all'art. 167*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 1229; anche E. BOSCOLO, *L'inammissibilità dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria: riaffermazione del principio e questioni sempre aperte*, in *Urb. e app.*, 2015, 7, 838; S. AMOROSINO, *La Soprintendenza non può vanificare l'autorizzazione ambientale che salvaguarda il paesaggio*, in *Urb. e app.*, 2015, 6, 723; S. AMOROSINO, *Autorizzazioni paesaggistiche: obbligo di parere motivato e costruttivo. Il d.l. 83/2014 modifica l'art. 146 del Codice*, in *Urb. e app.*, 2014, 7, 789; S. AMOROSINO, *Autorizzazioni paesaggistiche: se la Soprintendenza non fa pervenire il parere entro il termine la Regione, o l'ente locale, deve provvedere*, in *Urb. e app.*, 2014, 3, 265; F.M. PILERI, *I vincoli del potere di valutazione della P.A. in tema di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria*, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, 1, 109.

ne entro il quale deve essere adottato il parere statale. Il primo sostiene che il termine di 45 giorni ha carattere ordinatorio⁷: con il superamento del termine non si determina né la perdita del relativo potere, né alcuna ipotesi di silenzio qualificato o significativo⁸, con la conseguenza che il

⁷ Cons. Stato, sez. IV, 8/11/2022, n. 9798; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II *quater*, 30/05/2022, n. 6907; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, 05/12/2018, n. 2738; Cons. Stato, sez. II, parere 09/08/2016, n. 1794; Cons. Stato, sez. VI, 18/04/2018, n. 234; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 21/05/2018, n. 3305; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 03/09/2018, n. 5317; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 27/03/2017, n. 1645; T.a.r. Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 9/02/2015, n. 53; Cons. Stato, sez. VI, 18/09/, n. 4656; Cons. Stato, sez. VI, 13/05/2016, n. 1935. T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 20/12/2016, n. 1828; Cons. Stato, sez. VI, 13/05/2016, n. 1935; Cons. Stato, sez. III, 26/04/2016, n. 1613; T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. II, 08/01/2016, n. 3.

⁸ Un rilevante contributo alla teorica del silenzio amministrativo si deve alla tesi secondo la quale non è possibile ricondurre il comportamento inerte della pubblica amministrazione a una manifestazione di volontà e, quindi, a un qualunque tipo di atto della pubblica amministrazione, espressa, tacita o presunta che a dir si voglia. I casi in cui l'inerzia può essere equiparata ad un provvedimento ricorrono solo quando è la stessa legge che le attribuisce un determinato significato (positivo o negativo) vale a dire nella sola ipotesi di silenzio tipizzato. Quindi il silenzio assenso, il silenzio rifiuto, poiché per legge hanno un determinato valore legale tipico possono essere equiparati a un provvedimento e, di conseguenza, per loro non si pone un problema di qualificazione. Il problema della qualificazione riguarda la mera inerzia della pubblica amministrazione, vale a dire quei casi in cui la legge non dice nulla in proposito: F.G. SCOCA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1971, 53; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*” successivo all'introduzione del rito speciale sul silenzio da parte della legge 205/2000, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 68; F.G. SCOCA, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amministrativi regionali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1985, I, 236 ss.; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione: la ricostruzione dell'istituto in una prospettiva evolutiva*, in V. PARISIO (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata*, Milano, 2002, 3 ss.; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 415: hanno sostenuto che “dottrina e giurisprudenza, nel tentativo di convogliare anche il giudizio sul silenzio nel tradizionale schema impugnatorio – demolitorio del processo amministrativo, hanno inizialmente ricostruito l'inerzia come un modo (o un mezzo(i) di manifestazione (tacita o presunta) della volontà dell'amministrazione e, precisamente, di una volontà negativa, argomentando dall'esistenza di un obbligo in capo all'amministrazione di un obbligo (meglio di un dovere) di emanare un provvedimento espresso soltanto nell'ipotesi di provvedimento favorevole (o positivo), ossia di accoglimento dell'istanza presentata dal privato. Il silenzio, pertanto, era (o equivaleva) ad un provvedimento negativo (o di rifiuto), ovvero veniva assunto come tale, sulla base di un procedimento logico di presunzione”; V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione. La rinuncia alle garanzie dell'atto scritto*, Milano, 1996, 10, 45 ss.; secondo la quale la concezio-

suo decorso non determina alcuna decadenza, ma legittima unicamente la proposizione dell'azione avverso il silenzio inadempiuto⁹. In particolare, sempre secondo il preaccennato orientamento, la perentorietà del termine non riguarda la sussistenza del potere, ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento (obbligo che, se rimasto inadempito, può essere dichiarato sussistente dal giudice, con le relative conseguenze)¹⁰.

L'effetto che, in siffatta ipotesi, si produce è quello della prescindibilità dello stesso parere, con la conseguenza che la decisione viene rimessa alla esclusiva responsabilità dell'Ente territoriale¹¹. Il secondo¹², invece,

ne del silenzio come forma della funzione ha una chiara matrice civilistica; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 15 maggio 2005, n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 89 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 265 ss.; F. MARTINES, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra le pubbliche amministrazioni introdotto dall'art. 17 bis della legge n. 241/1990*, in *Dir. amm.*, fasc. 3, 1/9/2018, 247; A. CONTIERI, *Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17 bis della legge n. 241/1990: la resistibile ascesa della semplificazione meramente temporale*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. II, Napoli 2020, 1173; N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2015, 393 ss.; C. GUACCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 113; C. GUACCI, *Il silenzio della pubblicazione*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 427.

⁹ Consideravano l'inerzia alla stregua di un atto amministrativo tacito C. VITTA, *Nozione degli atti amministrativi*, 1906, IV, 197; O. RANELLETTI, A. AMORTH, *Atti amministrativi*, in *Nuovo Dig. it.*, 1, 1937, 1099 ss.; U. FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1950, 150 ss. il quale sostenne che il silenzio era "una dichiarazione tacita", che ricorre con il concorso di circostanze idonee a conferire all'inerzia del soggetto "un colore positivo; R. RESTA, *Il silenzio nell'esercizio della funzione amministrativa*, Roma, 1932, 40 ss.; U. FORTI, *Il silenzio della pubblica amministrazione ed i suoi effetti processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, 127; C. GUACCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*. Torino, 2012, 27 ss.

¹⁰ T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 21/05/2018, n. 3305; Cons. Stato, sez. VI, 28/10/2015, 4927; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 08/10/2015, n. 4720; T.a.r. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 9/2/2015, n. 53.

¹¹ Cons. Stato, sez. II, parere 09/08/2016, n. 1794.

¹² Cons. Stato, sez. VI, 19/11/2020, n. 7193; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 11/12/2017, n. 1424; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 11/12/2017, n. 142; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 09/11/2017, n. 1594; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 05/10/2017, n. 4649; T.a.r. Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 9/02/2015, n. 53; Cons. Stato, sez. VI, 18/09/2013, n. 4656; Cons. Stato, sez. VI, 13/05/2016, n. 1935; Cons. Stato, sez. VI, 18/07/2016, n. 3179; Cons. Stato, sez. VI, 18/07/2016, n. 3179; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 12/07/2013, n. 1681.

sostiene che il termine abbia natura perentoria, decorso il quale, il parere è da considerarsi privo dell'efficacia attribuitagli dalla legge, vale a dire privo di valenza obbligatoria e vincolante; tuttavia, la decorrenza del termine non ne pregiudica l'esercizio: un siffatto parere può comunque essere reso nei confronti dell'amministrazione procedente, la quale dovrà valutarlo in modo adeguato, assumendo connotazione strumentale rispetto al provvedimento comunale conclusivo del procedimento.

Poi, oggetto di approfondimento sarà la verifica della ragionevolezza della scelta con cui il legislatore ha esteso l'operatività dell'istituto del silenzio assenso orizzontale anche agli interessi sensibili, tra cui quello paesaggistico ai sensi dell'art. 17 *bis*, comma 3, della l. n. 241/1990¹³. In particolare, attraverso una approfondita disamina delle sentenze amministrative e della normativa esistente e sopravvenuta si verificherà se effettivamente il parere della Soprintendenza soggiace al meccanismo del silenzio assenso tra le pubbliche amministrazioni delineato dalla norma prima menzionata.

Per quanto concerne questo aspetto, il punto di partenza sarà l'interessante pronuncia n. 394 del 17 maggio 2017 del T.a.r. Sardegna, sez. Cagliari, con cui il giudice amministrativo, alla luce della nuova normativa introdotta nella legge sul procedimento, ha affermato che, decorso il termine di legge, il parere vincolante riservato alla Soprintendenza dal comma 5, dell'art. 146, d.lgs. n. 42/2004, si intende formato, per "*silentium*". L'importanza della già menzionata sentenza è data dal fatto che essa costituisce uno dei primi casi pratici di applicazione del nuovo istituto del silenzio assenso¹⁴ orizzontale al procedimento pluristrutturale paesaggistico.

¹³ F. MARTINES, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. n. 214/1990*, in *Dir. amm.*, fasc.3, 1/09/2018, 747.

¹⁴ Sull'istituto del silenzio assenso, vedasi F.G. SCOCA, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amministrativi regionali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1985, I, 236 ss.; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione: la ricostruzione dell'istituto in una prospettiva evolutiva*, in V. PARISIO (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata*, Milano, 2002, 3 ss.; E. BOSCOLO, *Il perimetro del silenzio assenso tra generalizzazioni, eccezioni per materia e norme previgenti*, in *Urb. e app.*, 2009, 4, 454 ss.; V. PARISIO, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in M. CLARICH,

In particolare, il giudice amministrativo¹⁵, disattendendo la disciplina *ratione materiae* attualmente esistente, ha applicato il comma 3, dell'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990, al procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica qualificando l'inerzia della Soprintendenza come silenzio assenso, nonostante la previsione contrastante della disciplina di settore che, invece, nella suddetta ipotesi ha previsto l'istituto del silenzio devolutivo (146, comma 9, del d.lgs. n. 42/2004). Questa interessante pronuncia, inoltre, verrà utilizzata come banco di prova per verificare: a) se questo nuovo istituto sia compatibile con il procedimento pluristrutturato decisivo paesaggistico e, quindi, possa essere esteso al parere tardivo della Soprintendenza e in particolare, se il legislatore nella formula utilizzata "atti di assenso nulla osta o altro" abbia ricompreso anche il parere; b) se l'estensione del meccanismo di semplificazione del silenzio assenso orizzontale in materia di paesaggio sia compatibile con la giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia europea che esclude l'operatività del predetto istituto di semplificazione procedimentale allorquando si tratti di procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico e tutti gli altri interessi sensibili per i quali richiede, invece, l'adozione di un provvedimento espresso; c) se la nuova normativa di cui all'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 abbia abrogato tacitamente o implicitamente la disciplina di settore di cui al d.lgs. n. 42/2004; d) se nell'ipotesi in cui si constati l'applicazione dell'istituto del silenzio significativo in tema di autorizzazione paesaggistica, si verifichi l'inefficacia della determinazione tardivamente emanata ai sensi dell'art. 2, comma 8 *bis*, della l. n. 241 del 1990.

G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario del diritto amministrativo*, Milano, 2006, 258; F. FONDERICO, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5550 ss.; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in www.giustamm.it, 2016, 1-6; M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: avversari o alleati?*, in *Foro amministrativo*, 2006, 1057; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 15 maggio 2005, n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 89 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso* in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 265 ss., F. MARTINES, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra le pubbliche amministrazioni introdotto dall'art. 17-bis della legge n. 241/1990*, in *Dir. amm.*, fasc. 3, 1/9/2018, 247.

¹⁵T.a.r. Sardegna, Cagliari, 17/05/2017, n. 394; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giur., 27/07/2020, n. 681.

Ai predetti interrogativi si cercherà di dare una risposta proprio sulla scorta del dato normativo esistente e dell'interpretazione favorevole all'estensione del silenzio assenso orizzontale al parere tardivo formulata dal Consiglio di Stato¹⁶, in sede di attività consultiva con il parere n. 1640 del 13 luglio 2016 e dal Ministero per i Beni e le Attività culturali e per il Turismo (MIBACT) con la circolare del 20 luglio 2016, n. 21892¹⁷.

2. Il Parere tardivo della Soprintendenza ex art. 146, comma 9, del d.lgs. n. 42/2004

Un problema, dunque, ancora irrisolto è rappresentato dalla sorte del parere tardivamente reso dalla Soprintendenza. In particolare, molto controversa in dottrina e anche in giurisprudenza¹⁸ è la questione se la Soprintendenza, dopo il decorso del termine di 45 giorni, possa o meno emanare legittimamente il parere e se, in caso di soluzione affermativa, esso perda il carattere della vincolatività impressogli dalla legge¹⁹.

Alla luce del quadro normativo di riferimento la giurisprudenza amministrativa, come sopra rappresentato in maniera sintetica, ha assunto diverse posizioni.

La prima opzione consiste nel ritenere che con il decorso del termine di 45 giorni interviene la consumazione del potere e, pertanto, il parere tardivo sarebbe, per l'effetto, nullo e, come tale, improduttivo di effetti²⁰.

¹⁶ Il Consiglio di Stato, Commissione speciale, del 13/7/2016, n. 1640 definisce l'art. 17 bis della l. 7/8/1990, n. 241 quale "nuovo paradigma" destinato ad operare in tutti i rapporti interni tra amministrazioni, nei casi in cui il procedimento sia destinato a concludersi con una decisione pluristrutturata.

¹⁷ T.a.r. Firenze, Toscana, sez. III, 10/10/2016, n. 1446.

¹⁸ T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 10/11/2015, n. 1470; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 08/10/2015, n. 4720.

¹⁹ A. BERLUCCHI, *Il parere tardivo espresso dalla Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici ex art. 146 d.lgs. n. 2004/42: spunti di riflessione*. Nota a: Cons. Stato, 09/08/2016, n. 3561, sez. VI, in *Riv. giur. edilizia*, fasc. 1, 2017, 128; L. RICCI, *Parere vincolante della Soprintendenza, ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica di cui agli articoli 167 e 181 del d.lgs. n. 42/2004*, in *Riv. giur. edilizia*, fasc. 3, 2012, 127.

²⁰ Cons. Stato, sez. VI, 15/03/2013, n. 1561; T.a.r. Veneto, sez. II, 14/11/2013, n. 1295.

Il secondo orientamento afferma che, anche dopo il decorso del termine di legge, il parere della Soprintendenza, attesa la natura ordinatoria del termine conservi la sua efficacia obbligatoria e vincolante²¹. Infine, la terza opzione interpretativa²² sostiene che il superamento del termine pe-

²¹ Secondo il Ministero dei Beni culturali – che richiama la giurisprudenza del Cons. Stato, sez. VI, 4/10/2013, n. 4914, in termini simili, Cons. Stato, sez. VI, 18/09/2013, n. 4656 – l'eventuale superamento del termine di 45 giorni non determina la perdita del potere della Soprintendenza di rendere comunque un parere tardivo e nondimeno vincolante. Tale assunto, secondo il Ministero, si desumerebbe dal richiamo operato dal secondo periodo del comma 8, dell'art. 146 all'istituto del c.d. preavviso di rigetto ai sensi dell'art. 10 della l. n. 241/1990 che confermerebbe in via implicita il carattere non consumabile del potere della Soprintendenza di rendere un parere tardivo pur sempre vincolante. Si osserva in contrario che il richiamo al preavviso di rigetto ben si coniuga con la ricostruzione sistematica che propende per la natura non vincolante del parere tardivo, atteso che il parere negativo del Soprintendente sortirà valenza di sostanziale diniego – e richiederà pertanto il previo rilascio del preavviso di rigetto – nelle sole ipotesi di svolgimento fisiologico dell'iter autorizzatorio di cui al comma 8. Al contrario nelle ipotesi residuali di cui al successivo comma 9 il parere del Soprintendente perderà il suo carattere vincolante e non assumerà alcun effetto di sostanziale arresto procedimentale di segno negativo, in tal modo non richiedendo alcun previo avviso (non a caso, del resto, il comma 9, non richiama la previsione di cui all'art. 10 *bis*). Cons. Stato, sez. VI, 27/04/2015, n. 2136.

²² T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 14/01/2021, n. 271; Cons. Stato, sez. VI, 19/11/2020, n. 7193 T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 01/10/2020, n. 679; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 15/07/2020, n. 8104; T.a.r. Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 05/08/2020, n. 288; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 02/04/2020, n. 262; Cons. Stato, sez. VI, 10/01/2020, n. 259; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 12/11/2019, n. 1521; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 17/04/2019, n. 2166; Cons. Stato, sez. VI, 06/02/2019, n. 895; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, 05/12/2018, n. 2738; Cass. Penale, sez. III, 20/11/2018, n. 10799; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 11/12/2017, n. 1424; Cons. Stato, sez. VI, 11/12/2017, n. 5799 Cass. Penale, sez. III, 20/11/2018, n. 10799; Cons. Stato, sez. VI, 11/12/2017, n. 5799; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 07/11/2018, n. 6477; Cons. Stato, sez. VI, 18/04/2018, n. 2342; Cons. Stato, sez. VI, 12/09/2017, n. 4316; Cons. Stato, sez. VI, 24/7/2017, n. 3656; Cons. Stato, sez. VI, 9/8/2016, n. 3561; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 11/12/2017, n. 1424; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 09/11/2017, n. 1594; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 09/11/2017, n. 1594; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 18/12/2014, n. 474; T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. II, 23/02/2017, n. 133; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 20/12/2016, n. 1828; Cons. Stato, sez. VI, 27/04/2015, n. 2136; T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 23/09/2015, n. 633; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 04/07/2014, n. 1195; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 20/12/2016, n. 1828; Cons. Stato, sez. VI, 27/04/2015, n. 2136; Cons. Stato, sez. VI, 09/08/2016, n. 3561; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 21/05/2018, n. 3305; T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. II, 8/1/2016, n. 3, in *Foro amm.*, 2016, 1, 199; Cons. Stato, sez. VI, 18/7/2016, n. 3179, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 13/5/2016, n. 1935, in *Foro amm.*, 2016, 5, 1204; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 23/10/2015, n. 3034; T.a.r. Sarde-

rentorio di 45 giorni per il rilascio del parere vincolante da parte della Soprintendenza non ne determina l'illegittimità, ma lo degrada a parere non vincolante, di cui l'Amministrazione regionale deve tener conto, nella propria pur sempre autonoma valutazione circa il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica. Invero, ci sarebbe una quarta tesi²³ – che di fatto confluisce nel suindicato orientamento – secondo cui la pronuncia tardiva del parere non consuma il potere, ma il decorso del termine – di natura ordinatoria – incide sulla natura conformativa del potere degradandolo in atto di giudizio non rilevante nella decisione finale dell'amministrazione locale che potrà autonomamente prescindere. Tralasciando la prima tesi, oramai superata e la seconda che sarà oggetto di approfondimento, nelle sue diverse argomentazioni nei paragrafi successivi, meritano attenzione entrambi gli indirizzi della terza tesi che allo stato è sostenuta dalla giurisprudenza dominante. Infatti, tali indirizzi, pur affermando che il parere tardivamente espresso resti privo di valenza obbligatoria e vincolante, vacillano sulla natura ordinatoria o perentoria del termine e sull'effetto che, in siffatte ipotesi, si produce che è quello della rescindibilità o meno dello stesso parere.

gna, sez. II, 20/1/2016, n. 41, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 28/10/2015, n. 4927, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 27/4/2015, n. 2136, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, 4, 775; Cons. Stato, sez. VI, 15/3/2013, n. 1561, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cfr., altresì, Cons. Stato, sez. VI, 15/3/2013, n. 1561, in *www.giustizia-amministrativa.it* e la più recente sentenza della sez. VI, 9/2016, n. 3194, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Veneto, Venezia, sez. II, 22/05/2014, n. 698; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 24/01/2014, n. 252; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 12/07/2013, n. 1681; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16/04/2012, n. 382; T.a.r. Puglia, Bari, sez. III, 8/09/2010, n. 3453, T.a.r. 2010, 9, 2959; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 13/4/2011, n. 669, in *Riv. giur. edilizia*, T.a.r. 2011, 4, 1382; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 22/04/2015, n. 2267; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 03/09/2018, n. 5317; T.a.r. Campania, sez. I, 27/05/2015, n. 2136; Cons. Stato, sez. VI, 27/04/2015, n. 2136; T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 29/06/2015, n. 501; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 3/03/2015, n. 474; T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 29/06/2015, n. 501; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16/04/2012, n. 382; T.a.r. Puglia, Bari, sez. III, 8/09/2010, n. 3453, in *Rivista T.a.r.*, 2010, 9, 2959; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 13/04/2011, n. 669, in *Rivista T.a.r.*, 2011, 4, 1382; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 12/07/2012, n. 3380; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 12/07/2013, n. 1681.

²³ T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 21/05/2018, n. 3305.

3. Le argomentazioni sostenute dalla giurisprudenza a sostegno della natura vincolante del parere della Soprintendenza adottato dopo il termine di 45 giorni: a) i nuovi poteri di cogestione del vincolo paesaggistico; b) la natura vincolante del parere tardivo è deducibile dall'art. 16 della l. n. 241/1990; c) la natura vincolante del parere tardivo desumibile dal richiamo all'istituto del c.d. "preavviso di rigetto" ai sensi dell'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990: "il parere come provvedimento"

a) I nuovi poteri di cogestione del vincolo paesaggistico

La natura del parere tardivo vincolante, oggetto di dibattito giurisprudenziale, è sostenuta da un orientamento giurisprudenziale²⁴ molto interessante formatosi all'indomani del superamento del regime transitorio, secondo cui l'inosservanza dei termini prescritti dalla legge per l'emissione del parere di compatibilità paesaggistica non priva la Soprintendenza del potere di provvedere, e il relativo parere continua a sussistere e a mantenere la sua efficacia²⁵ vincolante. Al riguardo la giurisprudenza ha

²⁴ T.a.r. Napoli, Campania, sez. VIII, 27/03/2017, n. 1645; T.a.r. Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 9/02/2015, n. 53; Cons. Stato, sez. VI, 18/09/2013, n. 4656; Cons. Stato, sez. VI, 13/05/2016, n. 1935; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 05/01/2017, n. 138; T.a.r. Campania, Napoli, sez., VI, n. 4914/2013; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 9/7/2015, n. 1565, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 09/02/2015, n. 53; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 9/07/2015, n. 1565, in *De Jure*, Giuffrè; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 10/11/2015, n. 1470; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 08/10/2015, n. 4720; T.a.r. Campania Salerno, sez. II, 11/09/2015, n. 1845; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 9/07/2015, n. 1565. Cons. Stato, sez. III, 26/04/2016, n. 1613. T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 10/11/2015, n. 147.

Negli stessi termini si esprime la giurisprudenza prevalente. *Ex multis* si vedano: Cons. Stato, sez. VI, 13/05/2016, n. 1935; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 13/11/2014, n. 2481, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 18/09/2013, n. 4656, in *Foro amm.*, Cons. Stato, 2013, 9, 2589; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16/04/2012, n. 382, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 9/02/2015, n. 53. T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 9/7/2015, n. 1565, in *De Jure*, Giuffrè.

²⁵ N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, ora in N. IATI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 3 ss.; S. PERONGINI, *La formula ora per allora nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo ora per allora*, Napoli, 1999, 139 ss. *Sulla relazione di efficacia giuridica* A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 79, 82, 84, 116; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 26 ss., 35 ss., A. FALZEA, *Teoria dell'efficacia giuridica*

precisato che, nell'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, non vi è alcuna espressa comminatoria di decadenza della Soprintendenza dall'esercizio del relativo potere, una volta decorso il termine ivi previsto. La perentorietà del termine riguarda, infatti “non la sussistenza del potere, ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento (obbligo che, se rimasto inadempito, può essere dichiarato sussistente dal giudice, con le relative conseguenze)”. Quindi, nel caso di superamento del termine fissato dall'art. 146, comma 8, il Codice non ha previsto né la perdita del relativo potere, né alcuna ipotesi di silenzio qualificato o significativo²⁶ con conseguente possibilità per l'interessato di proporre il ricorso previsto dall'art. 117 del Codice del processo amministrativo avverso il silenzio dell'amministrazione. Questa tesi muove dall'assunto che, dopo la modifica dell'art. 146 del Codice del paesaggio, la valutazione di “merito amministrativo”, espressione dei nuovi poteri di cogestione del vincolo paesaggistico²⁷ si manifesta con l'emanazione di un parere (vincolante) avente contenuto “valutativo, ma al tempo stesso “decisionale” rispetto alla determinazione di autorizzazione paesaggistica emanata dal Comune.

b) La natura vincolante del parere tardivo è deducibile dall'art. 16 della l. n. 241/1990

Un altro orientamento sostiene che la natura vincolante del parere tardivo della Soprintendenza si desume indirettamente dalla lettura dell'art. 16 della l. n. 241/1990.

L'art. 16, comma 3, della l. n. 241/1990 esclude che l'Amministrazione, nel caso in cui sia decorso il termine senza che sia reso il parere obbligatorio, possa procedere indipendentemente da esso, quando detto pa-

voci di teoria generale del diritto, ed. prov., 1951, 3 ss.; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, 462 ss., 481 ss., 483 ss.; A. FALZEA, *Fattispecie e fatto. II. Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 941 ss.; A. FALZEA, *Rilevanza giuridica*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, 900 ss.

²⁶ T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 27/03/2017, n. 1645; Cons. Stato, sez. VI, 18/09/2013, n. 4656; Cons. Stato, sez. VI, 13/05/2016, n. 1935.

²⁷ Cons. Stato, sez. VI, 25/02/2013, n. 1129.

rere deve essere rilasciato da amministrazioni preposte, tra l'altro, alla tutela del paesaggio.

A tal proposito, la dottrina ha chiarito come i pareri vincolanti vadano esclusi dal relativo ambito di applicazione in quanto un parere definito dalla legge come vincolante finirebbe di fatto col perdere tale sua qualificazione se si riconoscesse all'amministrazione la possibilità di prescindere²⁸.

Invero, il parere *ex art.* 146 del d.lgs. n. 42/2004 rimane estraneo all'ambito applicativo dell'art. 16 della l. n. 241/1990, non già perché la norma non lo richiami, ma perché essa si riferisce solo ai pareri resi nell'esercizio di attività (tecnicamente) consultiva (come tale formalmente ausiliaria e funzionalmente neutra rispetto agli interessi in gioco).

L'istituto del silenzio facoltativo disciplinato dall'art. 16 della l. n. 241/1990 è estraneo alla tematica del parere (tardivo) della Soprintendenza, in quanto, tale atto, sia nell'ipotesi in cui sia vincolante – se reso nei termini di legge – sia nell'eventualità che non sia vincolante – se reso tar-

²⁸ In materia di attività consultiva e pareri in generale: A. TRAVI, *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1995, 601 ss.; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, III ed, Padova, 1937, 115; A. AMORTH, *La funzione consultiva e i suoi organi*, in *Amm. civ.*, 1961, 397; G. CORSO, *La funzione consultiva*, Padova, 1942, 48; F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, 1974, 15, 35; C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, 2002, 132; V. PARISIO, *Novità e conferme nella disciplina degli atti consultivi prevista nella l. 15 maggio 1997 n. 127*, in V. PARISIO (a cura di), *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della l. 15 maggio 1997 n. 127*, Milano, 1998, 68; G. GRASSO, *Art. 16 Attività consultiva*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 414; G. GHETTI, *La consulenza amministrativa*, Padova, 1974, 198; F. FRANCHINI, *Parere*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, 396; F. TRIMARCHI, *Parere*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1990, 1; F. FRANCHINI, *Il parere nel diritto amministrativo*, Milano, 1945, 44; G. CORREALE, *Parere*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981; D. MASTRANGELO, *La tecnica nell'amministrazione, fra discrezionalità, pareri e merito*, Bari, 2003, 23; V. PARISIO, *L'attività consultiva*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 21; A. TRAVI, *Parere*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 11; M. NICOSIA, *Il procedimento amministrativo: principi e materiali. Commento alla l. 241/1990 e alla sua attuazione con i d.p.r. 300 e 352/1992*, Napoli, 1992, 138, *La riforma del procedimento amministrativo. I lavori preparatori della legge 7 agosto 1990 n. 241, Camera dei deputati, Roma 1991*, 16-93-710; M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 59.

divamente – dovrà sempre essere tenuto in considerazione ai fini dell'adozione dell'autorizzazione paesaggistica.

c) La natura vincolante del parere tardivo desumibile dal richiamo all'istituto del c.d. “preavviso di rigetto” ai sensi dell'art. 10 bis l. n. 241 del 1990: “il parere come provvedimento”

Secondo un orientamento minoritario²⁹, il richiamo, operato dal secondo periodo del comma 8, dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, all'istituto del c.d. “preavviso di rigetto”, ai sensi dell'art. 10 *bis*³⁰ della l. n. 241/1990, confermerebbe, in via implicita, il potere decisorio della Soprintendenza di rendere un parere tardivo, ma pur sempre vincolante. In particolare, secondo tale tesi, trattandosi di una disposizione applicabile esclusivamente ai procedimenti a istanza di parte (in cui l'esercizio del potere amministrativo non è sottoposto a termini di decadenza), tale richiamo confermerebbe in via implicita il carattere non consumabile del potere della Soprintendenza di rendere un parere tardivo e nondimeno vincolante. La norma in esame mira ad instaurare un contraddittorio a carattere

²⁹ Secondo il Ministero dei Beni culturali – che richiama la giurisprudenza del Cons. Stato, sez. VI, 4/10/2013, n. 4914, in termini simili, Cons. Stato, sez. VI, 18/09/2013, n. 4656 – l'eventuale superamento del termine di 45 giorni non determina la perdita del potere della Soprintendenza di rendere comunque un parere tardivo e nondimeno vincolante. Tale assunto, secondo il Ministero, si desumerebbe dal richiamo operato dal secondo periodo del comma 8, dell'art. 146 all'istituto del c.d. preavviso di rigetto ai sensi dell'art. 10 della l. n. 241/1990 che confermerebbe in via implicita il carattere non consumabile del potere della Soprintendenza di rendere un parere tardivo pur sempre vincolante. Si osserva in contrario che il richiamo al preavviso di rigetto ben si coniuga con la ricostruzione sistematica che propende per la natura non vincolante del parere tardivo, atteso che il parere negativo del Soprintendente sortirà valenza di sostanziale diniego – e richiederà pertanto il previo rilascio del preavviso di rigetto – nelle sole ipotesi di svolgimento fisiologico dell'iter autorizzatorio di cui al comma 8. Al contrario nelle ipotesi residuali di cui al successivo comma 9 il parere del Soprintendente perderà il suo carattere vincolante e non assumerà alcun effetto di sostanziale arresto procedimentale di segno negativo, in tal modo non richiedendo alcun previo avviso (non a caso, del resto, il comma 9 non richiama la previsione di cui all'art. 10 *bis*) Cons. Stato, sez. VI, 27/04/2015, n. 2136.

³⁰ L'art. 10 della l. n. 241/1990 si pone in contrasto con la *ratio* dell'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990, atteso che quest'ultimo disciplina il silenzio assenso nei procedimenti tra le pubbliche amministrazioni, mentre il preavviso di rigetto è consentito nei procedimenti a istanza di parte, vale a dire nei procedimenti tra le pubbliche amministrazioni e i privati.

necessario tra la pubblica amministrazione e il cittadino, al fine sia di ampliare la possibilità del privato di ottenere ciò a cui aspira, sia di acquisire elementi che arricchiscono il patrimonio conoscitivo dell'Amministrazione.

Inoltre, essa assolve anche ad una finalità deflattiva del contenzioso, evitando che si sposti nel processo ciò che dovrebbe svolgersi nel procedimento³¹. Infatti, trattandosi di attività di carattere tecnico-discrezionale, non può escludersi che l'apporto della parte può determinare un diverso esito, tenuto anche conto dell'ampiezza valutativa della Soprintendenza, in quanto il parere vincolante del Soprintendente nel regime vigente, per la sua collocazione nell'ambito di un unico procedimento, può contenere anche valutazioni di merito.

Invero, la tesi appena accennata è un retaggio del riferimento contenuto al comma 9 del previgente art. 146, che prevedeva la possibilità di rendere il parere tardivo nella conferenza di servizi ai sensi degli artt. 14 ss. della l. 241 del 1990. L'indizione della conferenza di servizi confermava, ancora una volta, il carattere ontologicamente prevalente degli interessi pubblici sottesi alle competenze della Soprintendenza le quali, pertanto, non potrebbero subire forme di compressione o di modulazione per effetto del decorso del tempo.

Ancora, il richiamo all'istituto del preavviso di rigetto confermerebbe la natura decisoria e non consultiva del parere della Soprintendenza (il parere come provvedimento). In merito alla natura del parere della Soprintendenza, si osserva che lo stesso comma 8 dell'art. 146, afferma che *“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”*.

Come noto, l'art. 10 *bis*, l. 7/8/1990, n. 241, prevede un atto endoprocedimentale, prodromico all'emanazione di un provvedimento negativo per il richiedente.

Pertanto, se il parere negativo è preceduto dall'adozione di un preavviso di rigetto, va riconosciuta la sua natura provvedimentale.

³¹ T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 13/05/2014, n. 2625; Cons. Stato, sez. VI, 21/10/2013, n. 5082; Cons. Stato, 11/09/2013, n. 4492; Cons. Stato, sez. VI, 10/01/2007, n. 28; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 9/02/2006, n. 3883; T.a.r. Campania, Napoli, 5147/2009; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 1058/2011.

Ciò tanto più che il medesimo art. 146, comma 8, stabilisce che “entro venti giorni dalla ricezione del parere, l’amministrazione provvede in conformità”. Di conseguenza, il parere espresso dalla Soprintendenza è vincolante quanto alla richiesta di autorizzazione paesaggistica.

Anche queste opzioni teoriche sono state superate dalla previsione normativa dell’art. 146, del d.lgs. n. 42/2004, che con il riferimento al c.d. “preavviso di rigetto³²”, al contrario, ben si coniuga con la natura non vincolante del parere tardivo, dal momento che il parere negativo del Soprintendente sortirà valenza di sostanziale diniego e richiederà il previo rilascio del preavviso di rigetto nelle sole ipotesi in cui il parere sia adottato nel termine di 45 giorni.

Al contrario, nelle ipotesi residuali di cui al successivo comma 9, il parere del Soprintendente perderà il suo carattere vincolante e non assumerà alcun effetto di sostanziale arresto procedimentale di segno negativo, e di conseguenza non richiederà alcun previo avviso (non a caso, del resto, il comma 9 non richiama la previsione di cui all’art. 10 *bis* della l. n. 241/1990). Dunque, se il parere sopraggiunge dopo il termine di legge, degrada formalmente ad “*un semplice atto istruttorio interno al procedimento*”.

In realtà, il problema della natura da riconoscere al parere della Soprintendenza, vale a dire quello volto a stabilire se esso perde o meno la natura vincolante, una volta decorso il termine di 45 giorni, va desunto dalla disciplina generale di cui all’art. 2 della l. n. 241/1990 con riguardo al tempo di conclusione del procedimento. La previsione di un termine certo sottintende un’esigenza meramente sollecitatoria nell’esercizio della funzione valutativa della Soprintendenza.

³²D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di L. Mazzaroli*, Padova, 2007, 461 ss.; G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: F. Benvenuti e la riforma della legge n. 241/1990*, in www.GiustiziaAmministrativa.it; M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 3/2022, Milano, 596; In tema M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Procedimento. Art. 10 bis l. n. 241/1990*, in *Il Libro dell’Anno del Diritto*, Istituto Treccani, Roma, 2012, 278 ss. consultabile anche in www.treccani.it; F. TRIMARCHI BANFI, *L’istruttoria procedimentale dopo l’art. 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 353 ss., 354-355; P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Milano, 2020, 300 ss.

4. La natura del termine di conclusione del procedimento nella legge generale sul procedimento

La lettura della tesi dominante, declinata nelle sue due opzioni teoriche, va calata nell'attuale quadro normativo concernente la disciplina del procedimento amministrativo³³ in generale (l. n. 241/1990) e di quello *ratione materiae* (d.lgs. n. 42/2004). Innanzi tutto, uno sguardo alla disciplina del termine di conclusione del procedimento amministrativo³⁴ offre un contributo di chiarezza da non sottovalutare. Orbene, la qualificazione in termini sostanziali dell'interesse legittimo³⁵ come interesse a

³³ In tal senso, F.G. COCA, *La teoria del provvedimento. Dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 4; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 591 ss.; A. QUARANTA, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Novara, 1978, 240 ss.; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, 298 ss.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, 2. *Atti e ricorsi*, Milano, 1995, 4 ss.; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo, Parte generale*, Padova, 1987, 91 ss.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991, 259 ss.; F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1991, 73 ss.; R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1991, 259 ss.; A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 273 ss.; L. GALATERIA, M. STIPI, *Manuale di diritto amministrativo. Principi generali*, Torino, 1993, 262 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 493 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, *Principi generali*, Milano, 1958, 243; V. ITALIA, *Diritto amministrativo*, Milano, 2002, 147 ss.; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009, 512; V. CERULLI IRELLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2012, 388 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 101.

³⁴ M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere e potere amministrativo*, Torino, 1995, 27 ss.; C. GUACCI, *Il procedimento amministrativo. Nozioni e caratteri generali*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 189 ss.; R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, 1996, 579.; A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 214; A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 238 ss., 2014, 210; R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., in *Dig. disc. pubbl.*, XI, 1996, 577; N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995, XIV, 34 ss., 207 ss.

³⁵ F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e Teoria*, Torino, 2017, 201; S. PERONGINI, *L'interesse legittimo: attualità e prospettive nel pensiero di Franco Gaetano Scoca*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 37; G.P. CIRILLO, *La valenza patrimoniale dell'interesse legittimo. Il bene nei rapporti amministrativi e l'oggetto del provvedimento favorevole* in S. LIC-

CIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 133; A. PAJNO, *L'interesse legittimo: riflessioni e suggestioni. A proposito de "L'interesse legittimo. Storia e teoria" di Franco Gaetano Scoca*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 169; L. LENTINI, *Interesse legittimo e giudice amministrativo*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 165; L. DE LUCIA, *Interesse legittimo e costituzionalizzazione della prassi amministrativa*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 157; M. ABRUZZESE, *Interessi legittimi a geometria variabile (ovvero le mobili frontiere dell'interesse legittimo)*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 117; S. COGNETTI, *Interesse legittimo: rilievi critici ai suoi critici*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 209; G. CORSO, *Franco G. Scoca e l'interesse legittimo*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 221; S. LICCIARDELLO, *La pedagogia della giustizia amministrativa*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 195; F. FRANCIOSI, *Osservazioni a margine dello studio di Franco Scoca sulla figura dell'interesse legittimo*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 245; L. GIANI, *Il "bene della vita" del privato tra potere amministrativo e speranza. Brevi riflessioni a margine del volume di F.G. Scoca*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 383; A. POLICE, *Cosa serve l'interesse legittimo? A margine delle riflessioni di Franco Gaetano Scoca*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 355; F. PATRONI GRIFFI, *Una breve riflessione sull'interesse legittimo*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 345; M.A. SANDULLI, *Suggerimenti per una tutela più effettiva*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 303; N. PAOLOANTONIO, *Centralità del cittadino ed interesse legittimo (oltre le categorie, per una tutela effettiva: l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca)*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 281; M. MAZZAMUTO, *L'interesse legittimo: profili di teoria generale (a proposito di una recente monografia di Franco Gaetano Scoca)*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 261; G. GRECO, *Interesse strumentale e interesse finale*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 251; M. LUCIANI, *Franco Scoca e l'interesse legittimo*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 333; G. PAGLIARI, *"L'interesse legittimo. Storia e teoria". Le suggestioni di una lettura*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 339; N. DURANTE, *Nuovi orizzonti di tutela dinanzi al giudice amministrativo*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 233; G. GRASSO, *Procedimento e danno tra interesse legittimo e fondata pretesa: spigolature sullo scrutinio di spettanza, a margine di un libro recente*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019, 319.

un bene della vita³⁶, è alla base della riscontrata esigenza di individuare un termine massimo di conclusione del procedimento amministrativo al fine di garantire la certezza delle relazioni giuridiche, propria dell'elemento temporale³⁷.

L'individuazione del termine massimo di conclusione del procedimento trova una esplicita enunciazione nell'art. 2, comma 2, della l. n. 241/1990.

³⁶ L. GIANI, *Il "bene della vita" del privato tra potere amministrativo e speranza. Brevi riflessioni a margine del volume di F.G. Scoca*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019; In termini analoghi si esprimono G. SORICELLI, *Il tempo quale bene della vita nel procedimento amministrativo e il danno da ritardo: un falso problema?*, in www.gazzettaamministrativa.it, 2017, 4: «la fissazione del termine "breve" di sessanta giorni per la proposizione dell'azione di annullamento è certamente un elemento di garanzia a presidio della stabilità delle misure amministrative e, quindi, della certezza delle situazioni giuridiche che dialogano con il potere amministrativo»; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2015, 300, definisce il concetto di situazione giuridica soggettiva come la concreta situazione di cui è titolare un soggetto con riferimento al bene che costituisce oggetto di un interesse; S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1964, 64 ss.; A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1967, 209 ss.; V. FROSINI, *Situazione giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, 1970, 468 ss.; E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 27 ss.; F.G. SCOCA, *Le situazioni giuridiche soggettive dei privati*, in F.G. SCOCA (A cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 34 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Bari, 2012 (ma 2007), 301; C. GUACCI, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in AA.VV. *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 97 ss.; U. FRAGOLA, *Le situazioni giuridiche nel diritto amministrativo*, Milano, 1939, 67 ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, 9 ss.; A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979, 111 ss.; S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 52 ss., 172 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Agg., II, 1998, 966 ss.; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 1 ss., 53 ss., 242 ss.; A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 145 ss. E. FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 253.

³⁷ La riconosciuta rilevanza del fattore temporale, peraltro anche grazie agli influssi del diritto sovranazionale, tra cui quello dell'Unione europea e dell'art. 41 della Carta di Nizza, discende, in sintesi, da una rivalutazione della posizione del privato e dal complessivo ripensamento del rapporto amministrativo: il privato non riveste più il ruolo di suddito, ma di cittadino titolare di un interesse legittimo che si compone di pretese partecipative e procedimentali, e che si affianca continuamente al potere.

La disposizione prevede che il procedimento amministrativo deve concludersi entro il termine di trenta giorni, salvo che non sia diversamente previsto da leggi speciali. Con tale disposizione, il legislatore prevede un termine di conclusione del procedimento³⁸, entro il quale l'amministrazione deve definire il procedimento con l'adozione di un provvedimento avente la forma scritta.

Dal combinato disposto di quanto stabilito all'art. 2 della l. n. 241/1990 con i principi generali di buona amministrazione si ricava il corollario per cui l'amministrazione, salva l'ipotesi di proroga dei termini di conclusione, ha il dovere (l'obbligo)³⁹ di concludere il procedimento amministrativo entro un termine "certo" con un provvedimento espresso. Tale articolo codifica i principi della doverosità, di certezza⁴⁰ temporale dell'azione amministrativa nonché di correttezza comportamentale della stessa amministrazione nei confronti del cittadino⁴¹.

La mancanza della forma⁴² espressa concretizzerà una grave patolo-

³⁸ M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere e potere amministrativo*, Torino, 1995, 27 ss.; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 264; S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, 15 ss.; L. GIANI, *I tempi (dell'azione e della decisione) dell'amministrazione tra certezza e affidamento*, *Scritti in onore di Franco Gaetano Scoca*, vol. III, Napoli, 2020, 2413.

³⁹ Si preferisce la locuzione "dovere di provvedere" in luogo di quella più diffusa in giurisprudenza di "obbligo di provvedere" perché considerata più adatta a rappresentare la natura del rapporto esistente fra cittadino e pubblica amministrazione, quando quest'ultima agisca nell'esercizio di un pubblico potere e si trovi di fronte un interesse legittimo. Sul punto si rinvia alla precisazione terminologica di V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996, 14 ss.; G. GUACCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 113.

⁴⁰ Per una compiuta ricostruzione del concetto di certezza dell'azione amministrativa in termini di prevedibilità cfr., per tutti, A. POLICE, *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, 697 ss. Su tale concetto si veda altresì lo studio di F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 39 ss.

⁴¹ Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 227, ss., dove si afferma che il principio di legalità debba intendersi come vincolo al perseguimento dello scopo per il quale il potere è attribuito, collegandosi alla c.d. legalità di risultato.

⁴² Sul tema della forma quale elemento essenziale del provvedimento si veda S. PERONGINI, *Teoria dogmatica del provvedimento*, Torino, 2016, 21: l'Autore in assenza di

gia dell'atto amministrativo perché privo di un suo elemento essenziale⁴³, mentre nessuna illegittimità o nullità si verificherà nel caso in cui la decisione, ovvero la determinazione conclusiva sia adottata in ritardo, fatta naturalmente salva la tutela giurisdizionale del silenzio inadempimento⁴⁴ per rimuovere lo stato di inerzia.

una norma specifica che precisi gli elementi del provvedimento analizza i profili strutturali del provvedimento amministrativo optando per una impostazione metodologica capace di coniugare l'indagine teorica con quella dogmatica. In altri termini, la relativa elaborazione dogmatica deve muovere dalle indicazioni che provengono dalla teoria generale degli atti giuridici, deve fondarsi anche sulle indicazioni che provengono dalla disciplina degli stati patologici del provvedimento. A tal proposito, attraverso l'esegesi dell'art. 21 *septies* sulla nullità del provvedimento e dell'art. 21 *octies*, l. n. 241/1990 sull'annullabilità del provvedimento distingue gli elementi del provvedimento in elementi essenziali (causa forma e contenuto) e elementi costitutivi (motivazione del provvedimento). I due articoli utilizzano una tecnica differente. Il primo sanziona con la nullità la carenza degli elementi essenziali; il secondo, invece, sanziona con l'annullabilità non carenze e imperfezioni di elementi del provvedimento, bensì vizi generali quali la violazione di legge, l'incompetenza e l'eccesso di potere.

Una indicazione metodologica in tale senso in F.G. SCOCA, *Nozione, elementi, classificazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 260; F.G. SCOCA, *L'attività amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 176; A. DE SIANO, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, Napoli, 2018, 190 ss. Diversa è la tesi di M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012, 14 ss.; secondo l'Autrice il rinvio che l'art. 21 *septies* effettua all'art. 1418 c.c. e il rinvio di quest'ultimo all'art. 1325 c.c. consentirebbero di desumere gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo sulla scorta di quelli del contratto.

⁴³ Alla nullità testuale (casi espressamente previsti dalla legge), inserita nel sistema già nel 1992, la legge ha aggiunto la nullità strutturale, determinata dalla mancanza degli elementi essenziali. I problemi sollevati dalla nullità testuale sono difficili da risolvere, non tanto perché nessuna disposizione di legge stabilisce quali siano gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, ma soprattutto perché la rilevanza accentuata conferita a tali elementi si scontra con la concezione stessa del provvedimento come atto di esercizio di potere puntuale, diretto alla soddisfazione di interessi pubblici predeterminati; concezione che implica che il provvedimento, non appena sia riconoscibile come tale, ossia come fattispecie tipica di atto autoritativo, anche se carente di alcuni elementi strutturali, sia considerato efficace, idoneo a produrre effetti, salva la sua annullabilità: F.G. SCOCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove autonomie*, in *Riv. dir. pubbl.*, XXX, 1, Napoli, 2021, 135.

⁴⁴ F. LA VALLE, *Azione di impugnazione ed azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965, I-II, 165 ss.; A.M. SAMDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 596 ss.; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 490 ss.; G. GUCCIONE, *Il ricorso avverso il silenzio-ina-*

La giurisprudenza, pur dando rilievo al tempo di conclusione del procedimento, considerato come bene della vita, è costante nell'associare alla violazione del termine procedimentale la mera sanzione comportamentale della responsabilità⁴⁵, fondata sull'art. 2 *bis* della l. n. 241/1990.

In passato si è discusso se il decorso del termine per la conclusione del procedimento determinasse una ipotesi di esaurimento del potere amministrativo o meno⁴⁶. Ad onor del vero, solamente la legge può qualificare un termine come perentorio⁴⁷.

In assenza di una espressa previsione normativa, che sanzioni con la decadenza il superamento del termine, questo riveste natura meramente ordinatoria o sollecitatoria⁴⁸. Invero, la previsione del termine certo di conclusione di un procedimento ha una natura meramente sollecitatoria e non può assumere connotati di perentorietà. Detto assunto trova conferma nel fatto che il decorso del termine, non determina la consumazione del potere di provvedere, né l'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato⁴⁹.

dempimento dell'amministrazione: breve ricostruzione storica dell'istituto ed applicazioni giurisprudenziali del rito ex art. 2 della legge n. 21 luglio 2000, n. 205, in Dir. proc. amm., 2002, 1086 ss.; M. CORRADINO, Il rito contro il silenzio della pubblica amministrazione, in M. CORRADINO, G. DATO, (a cura di) I riti speciali nel giudizio amministrativo, Torino, 2008, 216; C. CACCIAVILLANI, Sul ricorso per motivi aggiunti di cui all'art. 21 della legge TAR, come modificato dalla legge n. 205 del 2000, in Dir. proc. amm., 2005, 1, 181 ss.

⁴⁵ G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 104; G.M. RACCA, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale della pubblica amministrazione*, in P. RESCIGNO, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Tomo Primo, cap. X, *I contratti con la pubblica amministrazione*, C. FRANCHINI, (a cura di), Torino, 2007, 637-696; E. ROMANO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: profili ricostruttivi e prospettive di evoluzione normativa*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2, 2012.

⁴⁶ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere, profili critici*, Napoli, 2018, 637.

⁴⁷ Cons. Stato, sez. III, n. 6044/2017.

⁴⁸ T.a.r. Emilia-Romagna Bologna, sez. II. 16/12/2020, n. 833; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 4641/2016.

⁴⁹ Sul punto M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Atti del XLVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2003, 92 ss., spec. 129 ss.; P. LIGNANI, *I tempi del procedimento amministrativo*, in B. CAVALLO (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso. Legge 7 agosto 1990, n. 241*, II ed., Napoli, 1993, 46; B. TONOLETTI, *Commento all'art. 2 della l. n. 205/2000*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, 578, che

Pertanto, sanzioni incidenti sul potere (consumazione) e, di conseguenza, sull'atto possono prevedersi solo in alcune "eccezionali" ipotesi.

5. Il superamento del termine di conclusione del procedimento e la consumazione del potere amministrativo: "le eccezioni"

In generale, dunque, il termine generale di conclusione del procedimento, previsto dall'art. 2 della l. n. 241/1990, è considerato dalla giurisprudenza⁵⁰ come ordinatorio e, pertanto, allo spirare dello stesso non si consuma il potere della PA, potendo la stessa intervenire con un provvedimento tardivo legittimo e meramente irregolare. Come chiarito dal Consiglio di Stato⁵¹, infatti, 'in assenza di una specifica disposizione che

sottolinea come l'art. 2 della l. n. 205/2000 si limiti a porre un limite temporale alla facoltà dell'amministrazione a provvedere tardivamente, in modo da evitare sovrapposizioni con la pronuncia del commissario ad acta. Invece, secondo M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 12, ss. L'amministrazione è vincolata a concludere il procedimento entro il tempo previsto, sul rilievo che l'intero potere discrezionale in ordine al quando sia stato consumato dall'amministrazione stessa nella fase di determinazione della regola, in particolare, secondo l'Autore, le conseguenze del mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento sono diverse, a seconda dell'interesse a tutela del quale il termine è fissato; nei procedimenti ad iniziativa d'ufficio, la scadenza del termine determina l'impossibilità di esercitare il potere, nei procedimenti ad istanza di parte, la scadenza determina l'obbligo in capo all'amministrazione di risarcire il danno, sul punto, M. RAMAJOLI *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 709.

⁵⁰ Per costante giurisprudenza il termine di conclusione del procedimento amministrativo previsto dall'art. 2 della l. n. 241/1990 non ha natura perentoria ed il suo mancato rispetto, pur dando luogo alle conseguenze previste dal medesimo art. 2 e dal successivo art. 2 *bis* della stessa legge, non incide di per sé sulla validità del provvedimento successivamente adottato: T.a.r. Piemonte, Torino, sez. II, 12/01/2023, n. 35; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 14/03/2022, n. 257; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 11/02/2020, n. 1805; T.a.r. Piemonte, Torino, sez. II 9/12/2022, nn. 1092 e 1096; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 2/03/2020, n. 970; Cons. Stato, sez. III, 26/05/2021, n. 4061; Ta.r. Valle D'Aosta, Aosta, sez. I, 28/05/2021, n. 37; Cons. Stato, sez. IV, 13/09/2021, n. 6255; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 14/02/2018, n. 1019; Cons. Stato, sez. III, 18/05/2019, n. 2019; IV, 30/09/2013, n. 4847.

⁵¹ Il giudice amministrativo ha sempre ritenuto che il termine del procedimento indicato in via generale nell'art. 2 della l. n. 241/1990 abbia natura acceleratoria perché ri-

espressamente preveda il termine come perentorio, comminando la perdita della possibilità di azione da parte dell'Amministrazione al suo spirare o la specifica sanzione della decadenza, il termine stesso deve intendersi come meramente sollecitatorio o ordinatorio⁵²; il suo superamento non determina, perciò, l'illegittimità dell'atto, ma una semplice irregolarità non viziante, poiché non esaurisce il potere⁵³ dell'Amministrazione di provvedere: se tale conclusione vale con riferimento ad una norma di legge, è tanto più valida laddove il termine finale sia stato previsto dalla stessa Amministrazione procedente.

La tesi poggia sull'assenza di specifiche previsioni normative e sulla considerazione che l'aspetto temporale, seppur rilevante ad altri fini (ri-

chiamando, tra l'altro l'art. 152 c.p.c., la decadenza si può determinare solo quando un'espressa disposizione di legge la prevede. Cons. Stato, sez. VI, 2/02/2015, n. 468; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 02/11/2020, n. 760; T.a.r. Valle d'Aosta, Aosta, sez. I, 16/09/2020, n. 41; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 16/04/2020, n. 3994; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. III, 16/12/2015, n. 2935; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 27/04/2019, n. 934; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 28/11/2018, n. 11529; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 30/03/2018, n. 2031; T.a.r. Abruzzo, Pescara, sez. I, 26/04/2016, n. 160; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 11/02/2020, n. 1805; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 01/03/2019, n. 2712; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 21/09/2018, n. 9536 T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, n. 4641/2016; T.a.r. Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 07/05/2018, n. 141; T.a.r. Abruzzo, Pescara, sez. I, 26/04/2016, n. 160; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 25/06/2015, n. 1104; T.a.r. Sicilia, sez. II, 20/04/2015, n. 987; Cons. Stato, sez. V, 14/04/2015, n. 1872 T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 06/05/2014, n. 1155; T.a.r. Liguria, Genova, sez. I, 13/03/2014, n. 426; T.a.r. Campania, Napoli, sez. II, 07/11/2013, n. 4945; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 21/09/2018, n. 9536; T.a.r. Marche Ancona, sez. I, 11/12/2014, n. 992 T.a.r. Abruzzo, Pescara, sez. I, 28/11/2014, n. 473; Cons. Stato, sez. IV, 18/11/2014, n. 5663, T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 02/10/2014, n. 10166; T.a.r. Puglia, Bari, sez. I, 16/07/2014, n. 922; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 06/05/2014, n. 115; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 23/01/2014, n. 221; T.a.r. Trentino Alto Adige, Trento, sez. I, 15/01/2014, n. 1 T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 28/11/2013, n. 10219; T.a.r. Campania, Napoli, sez. II, 07/11/2013, n. 4945; Cons. Stato, sez. V, 11/10/2013, n. 4980; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. II, 08/10/2013, n. 1346; Cons. Stato, sez. IV, 30/09/2013, n. 4847; Cons. Stato, sez. V, 30/08/2013.

⁵² T.a.r. Piemonte, Torino, sez. II, 1/06/2022, n. 539; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 14/03/2022, n. 257.

⁵³ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere, profili critici*, Napoli, 2018, 637. L'autore sostiene che l'inesauribilità del potere non può essere assunta come postulato che si impone al diritto positivo e ne orienta l'interpretazione; ad essa può essere riconosciuto niente più che il valore di un'ipotesi, da verificare alla luce dei principi costituzionali e della disciplina dell'azione amministrativa.

sarcitori, indennitari per il mero ritardo)⁵⁴ non altera comunque la struttura del procedimento e dell'atto ovvero non costituisce uno dei suoi elementi essenziali⁵⁵, per cui la sua violazione non dà luogo ad un vizio di legittimità del provvedimento tardivamente adottato bensì ad una mera irregolarità non viziante che può avere rilievo semmai ai fini dell'insorgenza dell'interesse ad agire⁵⁶.

⁵⁴L. 7/8/1990, n. 241 “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”:

Art. 2 *bis*. (Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento).

1. Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1 *ter*, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

1 *bis*. Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 2, della l. n. 23/8/1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento.

Sulla natura della responsabilità dell'Amministrazione per danno da ritardo, si veda. Cons. Stato, Ad. plen., 23/04/2021, n. 7; T.a.r. Lazio, Roma, sez. V, 2/05/2022, n. 2992; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 7/2/2022, n. 164.

⁵⁵Numerosi autori hanno qualificato nullo il provvedimento privo di uno degli elementi essenziali. In tal senso, S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 38 ss.; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo, Parte generale*, Padova, 1987, 110 ss. 50; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, 2012, 266 ss. 51; S. PERONGINI, *Profili strutturali o statici del provvedimento amministrativo*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 363; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012.

⁵⁶Una tesi minoritaria, rispetto all'orientamento generalmente accolto afferma, invece, la perentorietà di tutti i termini di conclusione di procedimenti volti all'emanazione di provvedimenti volti all'emanazione di provvedimenti sfavorevoli, di fronte ai quali il privato è titolare di un interesse legittimo oppositivo. Nello specifico, tale dottrina sostiene che la validità della tesi maggioritaria sarebbe limitata ai soli casi di provvedimenti accrescitivi (cui corrisponde un interesse legittimo pretensivo), poiché in queste ipotesi la consumazione del potere dopo lo spirare del termine si tradurrebbe in un pregiudizio per il cittadino, che verrebbe privato, della possibilità di ottenere, anche se tardivamente, il bene della vita anelato.

La perentorietà dei termini per l'emanazione di provvedimenti restrittivi è sostenuta sulla base di plurimi argomenti. In primo luogo, si evidenzia un'esigenza di simmetria

Preliminarmente si deve rilevare che nel nostro ordinamento vige il principio, consolidato in giurisprudenza⁵⁷, di continuità dell'azione am-

rispetto alla disciplina prevista per i provvedimenti favorevoli all'art. 20 l. n. 241/1990 (silenzio assenso), il quale sancisce che l'omessa adozione del provvedimento nel termine equivale a provvedimento tacito, così consumando il potere della p.a. di adottarne uno tardivo. In secondo luogo, si afferma come la non perentorietà dei termini priverebbe di precettività la regola di cui all'art. 2, l. n. 241/1990 che, presieduta da una mera sanzione comportamentale, verrebbe di fatto, posta nel nulla. In terzo luogo, si nota come non sottoporre a decadenza l'esercizio del potere pubblico equivarrebbe a riconoscere alla p.a. un privilegio che mal si attaglia all'evoluzione subita da rapporto tra privato e amministrazione. Infine, si esclude l'applicabilità dell'art. 152, comma 2, c.p.c. al potere amministrativo: trattasi, infatti, di norma processuale, inapplicabile, a rapporti di diritto sostanziale come quello tra potere e interesse legittimo. In proposito: M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 70 ss., 123 e 145; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ediz. Milano, 2019-2020, 627; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 502; F. FIGORILLI, M. RENNA, *Art. 2*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010 106 ss.; F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2003, 536; B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIV, Torino, 1999, 156 ss.; S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento*, in *www.giustamm.it*, 2005.

Sulla natura perentoria del termine di conclusione del procedimento Cons. Stato, sez. VI, 19/01/2021, n. 584. Con la predetta pronuncia, il Consiglio di Stato, sebbene limitativamente ai provvedimenti sanzionatori di Autorità Indipendenti sembra aderire alla tesi minoritaria sopra rappresentata. In particolare, per sostenere la natura perentoria di tutti termini, anzidetti, il giudice amministrativo sostiene, in primo luogo, che se certamente la perentorietà deve essere prevista dalla legge, "per legge" non deve intendersi (solo) la disposizione, bensì la norma come sintesi di enunciato linguistico e attività interpretativa. In altre parole, l'interprete ben potrebbe dedurre la perentorietà dei termini da indici diversi rispetto all'espressa previsione letterale. In secondo luogo, la pronuncia condivide la non applicabilità dell'art. 152, comma 2, c.p.c. al rapporto amministrativo di diritto sostanziale, ed evidenzia che l'art. 2964 c.c. rimette ai singoli ordinamenti settoriali la determinazione dei casi di prescrizione e di decadenza. In terzo luogo, i giudici di Palazzo Spada sottolineano la stringente necessità, in caso di provvedimenti sanzionatori, di irrogare la sanzione a stretto giro rispetto all'infrazione, per non frustare le finalità generali e speciali preventive, che scemano con il trascorrere del tempo tra misura sanzionatoria e fatto commesso. Infine, si ricorda che la sottoposizione a procedimento sanzionatorio costituisce di per sé, una pena, e che l'incedere temporale rende difficile, per il privato, esercitare il diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost. e, al contempo, si pone in contrasto con i principi di cui all'art. 97 Cost.

⁵⁷ Cons. Stato, sez. VI, 9/02/2010, n. 633; Cons. Stato, sez. IV, 4/06/2014, n. 2856; Cons. Stato, sez. IV, 6/10/2014, n. 4987.

ministrativa, che implica una tendenziale inesauribilità del potere attribuito al soggetto pubblico⁵⁸.

Se questa è la regola generale, il dibattito giurisprudenziale, circa la natura perentoria o ordinatoria, si è posto, almeno fino al d.l. n. 76/2020⁵⁹, rispetto al termine previsto per le ipotesi di silenzio assenso⁶⁰, il cui decorso comporta la formazione di un provvedimento tacito di assenso.

Un primo orientamento, minoritario, intendeva il termine come ordinatorio, riconoscendo alla pubblica amministrazione il potere di intervenire successivamente alla scadenza dello stesso. In particolare, questa giurisprudenza subordinava l'operatività del meccanismo del silenzio assenso al ricorrere di presupposti ulteriori rispetto a quelli richiesti espressamente dal legislatore. In altri termini, affinché si completi la fattispecie del silenzio assenso, poiché nel caso di specie la motivazione del provvedimento finale è assente, si rende necessario che l'interessato abbia prodotto una istanza completa, dotata di documentazione adeguata⁶¹.

L'indirizzo prevalente, invece, sulla scorta di un'interpretazione più fedele al dato letterale, riconosceva la natura perentoria del termine con conseguente consumazione del potere della pubblica amministrazione. Il provvedimento tardivo, quindi, doveva, per i più, considerarsi nullo

⁵⁸ Cons. Stato, sez. VI, 8/10/2019, n. 6881.

⁵⁹ Il titolo II, capo I, del decreto semplificazioni è intervenuto su aspetti rilevanti del procedimento amministrativo, tra cui l'art. 12, che ha aggiunto all'art. 2 della l. n. 241/1990 il comma 8 *bis*. Il legislatore prende in considerazione quattro specifici ambiti, tra cui la conferenza semplificata e simultanea (art. 14 *bis*, comma 2, lett. *c*) e 14 *ter*, comma 2), il silenzio tra pubbliche amministrazioni (art. 17 *bis*, commi 1 e 3) e tutti i casi di silenzio assenso (art. 20, comma 1).

Ai sensi di tale previsione la tardività di taluni atti comporta come sanzione l'immediata inefficacia degli stessi, salvo il potere di annullamento d'ufficio in capo all'amministrazione procedente. La già menzionata norma va letta in combinato disposto con il precedente comma 4 *bis*, il quale prevede che "le pubbliche amministrazioni misurano e rendono pubblici i tempi effettivi di conclusione del procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i termini previsti dalla normativa vigente".

⁶⁰ Per una approfondita ricognizione storica della legislazione anche pre-costituzionale, in materia di silenzio assenso, si veda E. SCOTTI, *Silenzio assenso*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 654, 664; F.G. COCCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2021, 346.

⁶¹ T.a.r. Lazio, Roma, sez. II *bis*, 1/07/2020, n. 7476.

per difetto assoluto di attribuzione⁶², per altri, illegittimo per violazione della norma che prevede il termine perentorio. In entrambi i casi, residuava la possibilità per l'Amministrazione di agire in autotutela⁶³ ri-

⁶² Il legislatore con la l. n. 15/2005 ha identificato come figure di nullità ipotesi estreme di illegittimità che, secondo l'impostazione precedente, già comportavano la inefficacia del provvedimento, e rilevavano, l'una, ai fini del riparto della giurisdizione (il difetto assoluto di attribuzione, corrispondente alla carenza di potere in astratto, che secondo la Cassazione, determinava l'inesistenza), l'altra, ai fini della proponibilità dell'azione di ottemperanza (la nullità in questo caso era un modo necessario per giustificare che il provvedimento non divenisse inoppugnabile alla scadenza del termine per far valere la illegittimità degli atti compiuti dall'amministrazione dopo il giudicato di cognizione: G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La nuova disciplina dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 165 ss.; F.G. SCOCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove autonomie*, Riv. dir. pubbl., XXX, 1, Napoli, 2021, 135. In particolare, secondo Cass., sez. un., 3/10/2016, n. 19682: "secondo una giurisprudenza amministrativa, con la l. n. 241/1990, art. 21 *septies*, il legislatore, nell'introdurre in via generale la categoria normativa della nullità del provvedimento amministrativo ha ricondotto a tale radicale patologia il solo difetto assoluto di attribuzione, che evoca la c.d. "carenza in astratto del potere", cioè l'assenza in astratto di qualsivoglia norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo, con ciò facendo implicitamente rientrare nell'area dell'annullabilità i casi della carenza del potere in concreto, ossia del potere, pur astrattamente sussistente, esercitato senza i presupposti di legge (Cons. Stato, sez. IV, 17/11/2015, n. 5228, Cons. Stato, sez. IV, 18/11/2014, n. 5671). L'orientamento della giurisprudenza amministrativa è stato ripreso anche da questa Corte, con l'affermazione che "il difetto assoluto di attribuzione delineato in via generale dalla l. 7/08/1990, n. 241, art. 21 *septies* è configurabile solo in casi per lo più di scuola, in cui un atto non possa essere radicalmente emanato dall'autorità amministrativa, in quanto priva di alcun potere nel settore (Cons. Stato, sez. VI, 31/10/2013, n. 5266) Cass., sez. un., 23/09/2014, n. 19974.

⁶³ A. AZZENA, *L'annullamento d'ufficio in senso stretto e l'annullamento in sede di controllo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1993, 1275. La tematica dell'interesse pubblico nell'annullamento d'ufficio è ben presente nella dottrina amministrativistica: cfr. B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2007, 1223 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Silenzi assenso e «interesse pubblico all'annullamento»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 409 ss.; R. PERTICARARI, *Annulamento in via di autotutela e interesse pubblico*, in *Urb. e app.*, 2010, 714 ss.; M. INTERLANDI, *La revoca; prime riflessioni sulle novità introdotte dalla legge 15/2005*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 313; P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri «incidenti» nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, 98; E. ZAMPETTI *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, in Riv. giur. edilizia, 2015, 730 ss.; A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 797 ss., spec. 804 ss.; 53 Per un'approfondita analisi della revoca e dell'annulla-

spetto al provvedimento formatosi tacitamente⁶⁴.

Una tesi mediana, pur considerando il termine come perentorio, ammetteva uno spazio di intervento allo scadere del termine laddove il provvedimento tardivo della pubblica amministrazione fosse di assenso, in quanto funzionale a dare veste ad un provvedimento che si era già formato, motivandolo⁶⁵.

Secondo recente giurisprudenza, l'adozione di un provvedimento esplicito costituisce un diritto dell'istante e le fattispecie di silenzio tipizzato⁶⁶ non sono una modalità ordinariamente alternativa a quella di esercizio della funzione amministrativa, ma un'eccezione posta al fine di snelli-

mento d'ufficio, cfr. R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956, 143; F. BENVENUTI, *Autotutela* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 539 ss.; S. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi. Struttura e limiti: linee dell'evoluzione, con una parentesi sull'annullamento d'ufficio*, in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bacchelet*, Milano, 1987, II – *Amministrazione e garanzie*, 597 ss.; G. CORAGGIO, *Autotutela. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, IV, 1 ss.; F. PAPARELLA, *Revoca* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 204 ss.; P. SALVATORE, *Revoca degli atti*, III) *Revoca degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991; G. GHETTI, *Brevi note intorno alla revoca dell'atto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, 302 ss.; A. CORPACI, *Ritiro e rimozione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 472 ss.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 79; S. VASTA, *La revoca degli atti amministrativi consensuali*, Padova, 2004, 20; S. TARULLO, *Il riesercizio del potere amministrativo nella l. n. 15 del 2005: profili problematici*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 237 ss.; M. SINISI, *Il "potere" di revoca*, in *Dir. amm.*, 2007, 625 ss.; G. LIGUGNANA, *Vecchie e nuove questioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it, 2006; M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 27 ss.; S. FANTINI, *La revoca dei provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1 ss.; C. VITALE, *La revoca degli atti di gara: discrezionalità e dovere di diligenza della pubblica amministrazione*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 493 ss.; A. LUPO, *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano, 2013; G. CATALDO SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Torino, 2014, 93; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016, 43; S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in www.federalismi.it, n. 16/2016; C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

⁶⁴ Cons. Stato, sez. VI, sent. 13/8/2020, n. 5034.

⁶⁵ Cons. Stato, parere n. 1640/2016.

⁶⁶ T.a.r. Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 3/06/2022, n. 105.

mento e/o semplificazione dell'azione amministrativa nell'interesse dell'istante, il quale per l'appunto consegue per effetto del silenzio significativo, l'utilità del provvedimento espresso mancante e, nel contempo, assume un rilievo sanzionatorio nei confronti dell'amministrazione inerte. Dunque, entro il termine stabilito dalla legge per la conclusione del procedimento, anche nelle ipotesi di silenzio significativo, sussiste il dovere di provvedere, che è sancito dal principio enunciato in via generale dall'art. 2 della l. n. 241/1990, che non prevede alcun limite alla propria applicazione. Ogni soluzione diversa dall'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso e, salve le ipotesi di silenzio significativo si tradurrebbe nel conferimento ai pubblici uffici di un potere arbitrario, tipico di uno Stato non democratico⁶⁷.

Queste ricostruzioni necessitano di essere riconsiderate alla luce del d.l. n. 76/2020 che ha inserito, nel testo dell'art. 2 l. n. 241/1990, il comma 8 *bis* il quale prevede, tra l'altro, che il provvedimento tardivo adottato all'esito del silenzio assenso già formatosi debba essere considerato inefficace, fermo restando il potere di annullare in autotutela.

L'intervento del legislatore, sicuramente, ha il merito di aver chiarito la natura del termine, nella misura in cui, nel sancire l'inefficacia del provvedimento tardivo, aderisce all'orientamento prevalente che sostiene la natura perentoria dello stesso⁶⁸.

Allo stesso tempo, però, residuano dei dubbi interpretativi.

Innanzitutto, una prima questione involge la stessa *ratio* sottesa al decreto-legge, in quanto, se il legislatore estende l'inefficacia a tutti i provvedimenti tardivi, a prescindere dalla natura degli stessi, appare evidente che la stessa abbia natura sanzionatoria, in senso lato: il fine è sanzionare e responsabilizzare l'Amministrazione.

⁶⁷ T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 10/11/2021, n. 2488: l'obbligo di conclusione del procedimento amministrativo di tutti i procedimenti amministrativi entro un determinato termine costituisce diretta applicazione del precetto costituzionale di cui all'art. 97, comma 2 della Cost., Il buon andamento della "macchina" organizzativa pubblica presuppone la possibilità per il cittadino che ad essa si rivolge di poter contare su tempi certi, e possibilmente ragionevoli nella conclusione di un procedimento che debba obbligatoriamente conseguire ad una istanza.

⁶⁸ Si tratta di un intervento legislativo che incide in maniera rilevante sullo stesso rapporto amministrativo, trasformando l'eccezione in regola: tesi sostenuta da M. FRATINI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2020-2021, Roma, 691.

La tutela dell'affidamento del privato potrebbe palesarsi solo a fronte di un provvedimento tardivo di rigetto e non anche di assenso, posto che il provvedimento di assenso espresso dovrebbe considerarsi più conveniente per l'interessato rispetto al silenzio significativo. È chiaro che il meccanismo del silenzio assenso non ponga un problema di motivazione, in quanto il bene della vita è ottenuto dal privato, ma potrebbe configurarsi un'esigenza di pubblicità nei confronti dei terzi. È in tale contesto, dunque, che si era fatta spazio quella tesi intermedia della giurisprudenza che sosteneva la validità del provvedimento tardivo favorevole in quanto volto ad eliminare qualsiasi residuale incertezza e che, attualmente, risulta superata dall'intervento del legislatore che estende l'inefficacia a tutti i provvedimenti tardivi di qualunque natura essi siano.

Se il d.l. n. 76/2020 ha chiarito la natura perentoria del termine di cui all'art. 20 l. n. 241/1990, nello stesso tempo, essendo l'inefficacia⁶⁹ una categoria di derivazione, ha acceso un dibattito in giurisprudenza in merito alla qualificazione della sanzione (atto inefficace).

L'indirizzo prevalente – più coerente con il dato letterale e con l'orientamento dominante già prima dell'emanazione del decreto-legge – sostiene che il provvedimento tardivo deve considerarsi nullo per difetto assoluto di attribuzione⁷⁰. L'inefficacia di cui parla la norma, infatti, sembra riferirsi alla sanzione della nullità⁷¹ che impedisce, fin da subito, al

⁶⁹ Sull'efficacia del provvedimento annullabile e l'inefficacia del provvedimento nullo si veda F.G. COCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica. La nuova disciplina dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 165 ss.; F.G. COCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove autonomie, Riv. dir. pubbl.*, XXX,1, Napoli, 2021, 135; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, 432; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012, 429 ss., M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri probatori nel decreto-legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3, 2020, 27 agosto, in www.forumcostituzionale.it; F. CARDARELLI, V. ZENO, *Osservazioni sulla nullità del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla nullità civilistica*, in www.giustamm.it, ottobre 2005.

⁷⁰ Sulla nullità per difetto assoluto di attribuzione N. PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2008, 865; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 34; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità nel diritto amministrativo*, Milano, 2004, 327; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 387.

⁷¹ F.G. COCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove autonomie, Riv. dir. pubbl.*, XXX, 1, Napoli, 2021, 135; A. BARTOLINI, *La nullità del*

provvedimento amministrativo di produrre effetti senza che sia necessaria una pronuncia costitutiva del giudice, ma solo ricognitiva di una situazione già verificatasi⁷².

L'opposta tesi della annullabilità⁷³ per violazione di legge, pertanto,

provvedimento, Torino, 2002; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 387; A. ROMANO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 799; F. ASTONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, Soveria Mannelli, 2009, 51; A. DE SIANO, *Contributo sul tema della nullità dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 269; A. PIRAS, *Invalidità* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1972, 599; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità nel diritto amministrativo*, Milano, 2004, 327; L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi (art. 21 septies della l. n. 241/1990, introdotto con la l. n. 15 del 2005)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 559; D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2007, 151; B. GILIBERTI, *Profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 1657; A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità e il giudice amministrativo*, in *Giustamm.it*, n. 7/2007; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo, tra carenza di potere in concreto nella prospettiva dell'art. 21 septies L. n. 241/1990*, in *Giustamm.it*, n. 9/2007; C. FELIZIANI, *Nullità del provvedimento amministrativo ex art. 21 septies L. n. 241 del 1990 e successive modifiche*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 2740; N. PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2008, 855; F. LUCIANI, *L'invalidità e altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, 16; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo, Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010, 24; F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012, 120; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, Il problema della nullità*, Torino, 2012, 32; A. CORPACI, *Osservazioni, minime sulla nullità del provvedimento e sul relativo regime*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 673; G. MORBIDELLI, *Della "triplice" forma di nullità dei provvedimenti*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 666: L'autore individua sulla base dell'art. 31 c.p.a. tre diverse categorie di nullità: a) nullità per violazione od elusione del giudicato il cui accertamento è rimesso al giudice amministrativo dell'ottemperanza; b) una nullità per le ipotesi previste dalla legge, devoluta alla giurisdizione amministrativa di legittimità e per le quali la relativa azione va proposta entro il termine di decadenza di 180 giorni; c) la nullità inesistenza, per carenza di uno degli elementi essenziali (di contenuto, di oggetto, di riferibilità); G.E. GALLO, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 43; R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi, e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, 637.

⁷² La disciplina positiva della nullità, in vigore dal 2005 (anzi dal 1992) al 2010 si differenzia profondamente da quella della annullabilità. In particolare, il provvedimento nullo non determina l'onere della sua impugnazione, per evitare che divenga inoppugnabile; F.G. SCOCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove autonomie, Riv. dir. pubbl.*, XXX, 1, Napoli, 2021, 135.

⁷³ F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir.*

non appare pienamente confacente alla lettera della norma sulla scorta della considerazione che il provvedimento annullabile produce effetti, sebbene precari, rendendosi necessaria una pronuncia di annullamento costitutiva del giudice, da sollecitare entro termini decadenziali, decorsi i quali lo stesso si consolida.

Allo stesso modo, non sembra possa darsi seguito a quell'orientamento per cui il riferimento all'inefficacia sia volto ad esonerare il privato dall'impugnare il provvedimento tardivo, da considerarsi, dunque, *tamquam non esset*⁷⁴. Tale soluzione risulterebbe distonica con l'impianto generale

proc. amm., 2008, 319; F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 409-435; F. MESSINEO, *Annullabilità e annullamento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 469 ss.

La dottrina, (non solo privatistica) ritiene che anche l'annullabilità determini l'inefficacia; e qualifica la produzione degli effetti fino all'annullamento come efficacia precaria e provvisoria: Va tuttavia sottolineato che l'efficacia del provvedimento amministrativo prescinde, per prodursi, dalla sua validità; gli effetti intervengono pienamente anche se il provvedimento è annullabile (art. 21 *bis*, l. n. 241/1990): il provvedimento annullabile è efficace ed esecutivo, alla pari del provvedimento valido; e la efficacia diventa definitiva, nonostante l'illegittimità, al momento in cui il provvedimento non è più annullabile, per inoppugnabilità ovvero per la scadenza del termine per essere annullato d'ufficio. In altri termini, è più corretto ritenere che il provvedimento annullabile sia efficace e che l'annullamento non fa che rendere palese la sua efficacia: D'altronde, la tesi dell'inefficacia dell'atto annullabile non si raccorda col carattere costitutivo dell'annullamento: F.G. COCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove autonomie, Riv. dir. pubbl.*, XXX, 1, Napoli, 2021, 139; F.G. COCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 165 ss.

V. LOPILATO, F. CARINGELLA, *Art. 31*, in F. CARINGELLA, E.M. PROTTO, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2015, 419, sostengono che, con la disciplina vigente, si potrebbero consolidare per decorrenza dei termini, nei confronti di chi ha interesse all'impugnazione, gli effetti di un provvedimento emanato in difetto assoluto di attribuzione e cioè quando, tra l'altro, nessuna norma attribuisce il potere alla pubblica amministrazione.

⁷⁴La clausola nulla è disapplicabile e impedisce all'amministrazione di porre in essere atti ulteriori che si fondino su quella clausola. In dottrina, M. DEL SIGNORE, *L'ordinaria rilevanza dell'atto nullo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 864, ritiene che la commissione di gara, avvedendosi della nullità della clausola, possa considerarla automaticamente inefficace, senza che si richieda l'accertamento della nullità dell'atto di esclusione. Di contrario avviso F.G. COCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove autonomie, Riv. dir. pubbl.*, XXX, 1, Napoli, 2021, 135, che afferma testualmente "sarei molto prudente nell'ammettere la disapplicazione da parte dell'amministrazione, di clausole o di provvedimenti, che essa senza accertamento giudiziale, consideri nul-

del diritto amministrativo che impone l'impugnazione di tutti i provvedimenti, anche di quelli nulli, entro termini decadenziali. Non si discosta da tale impostazione, pertanto, nemmeno la recente sentenza del Consiglio di Stato⁷⁵ che, nel definire nulle e inefficaci le clausole di esclusione atipiche inserite in un bando di gara ha escluso che le stesse debbano essere impugnate nei termini decadenziali. Una tale soluzione si giustifica sul presupposto che l'art. 31⁷⁶ comma 4 c.p.a. opera solo con

li, Quanto meno alla disapplicazione dovrebbe provvedere la stessa autorità che ha adottato la clausola o il provvedimento nullo; non potrebbe farlo un organo diverso, meno che mai se subordinato ad esempio al Rup. La disapplicazione inserirebbe nel sistema delle invalidità una ulteriore fonte di incertezze, oltre che di eventuali responsabilità amministrative.

⁷⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 16/10/2020, n. 22: l'Adunanza plenaria stabilisce che la clausola nulla, "in quanto inefficace e improduttiva di effetti, si deve intendere come "non apposta" a tutti gli effetti di legge. Pertanto, non sono applicabili né l'art. 21 *septies* della legge sul procedimento, né l'art. 31 c.p.a.: entrambi si riferiscono ai casi in cui un provvedimento sia nullo ed "integralmente improduttivo di effetti" mentre "la clausola escludente affetta da nullità, in base al principio *vitiatur sed non vitiat* (...) non incide sulla natura autoritativa del bando di gara, quanto alle sue ulteriori determinazioni. Se ne deve dedurre che, secondo l'attuale orientamento dell'organo di nomofilachia, la nullità ha un doppio trattamento, o, meglio, si sdoppia in due figure diverse: la nullità che determina l'inefficacia *ex lege* dell'atto cui inerisce che non comporta alcun onere di tempestiva impugnazione, che si riverbera sui provvedimenti applicativi, determinandone l'annullabilità; la nullità simil annullabilità. I provvedimenti applicativi (il riferimento concreto è al provvedimento di esclusione dalla gara) annullabili, devono essere impugnati nei termini consueti e, in quella sede, si farà valere come causa dell'annullabilità, la nullità (e l'inefficacia) della clausola. Su di essa: M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 198; si veda F.G. SCOCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove autonomie, Riv. dir. pubbl.*, XXX, 1, Napoli, 2021, 135; F.G. SCOCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 165 ss. Secondo l'Autore, nel diritto positivo, emergono due figure profondamente diverse di nullità, l'una espressamente denominata "nullità in senso tecnico", che è vicino all'archetipo civilistico, mentre l'altra ne è decisamente lontana e potrebbe essere definita "nullità simil annullabilità". La differenza può dipendere dalla categoria del vizio: F.G. SCOCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove autonomie, Riv. dir. pubbl.*, XXX, 1, Napoli, 2021, 157.

⁷⁶ V. LOPILATO, F. CARINGELLA, *Art. 31*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA, M. PROTTO, Roma, 2015, 419: affermano che, con la disciplina vigente, "si potrebbero consolidare per decorrenza dei termini, nei confronti di chi ha interesse all'impugnazione, gli effetti di un provvedimento emanato in difetto assoluto di attribuzione e cioè quando, tra l'altro, nessuna norma attribuisce il potere alla pubblica amministrazione".

riferimento al provvedimento interamente nullo, mentre rispetto alla nullità parziale, l'inefficacia si manifesta con l'inopponibilità di quella specifica clausola.

Allo stato, dunque, trova un diffuso accoglimento la tesi della nullità⁷⁷ per difetto assoluto di attribuzione, sebbene non manchi, in giurisprudenza, chi continui a sostenere l'annullabilità considerando, in primo luogo, che il vizio della nullità sarebbe eccessivamente gravoso per l'Amministrazione, in quanto più confacente all'ipotesi in cui la stessa adotti un provvedimento che non le spetti in assoluto. Si evidenzia, inoltre, come tale conclusione sconti un difetto di coerenza con altre decisioni assunte dalla giurisprudenza rispetto ad altri settori, dove, pur considerando il termine come perentorio, ha inteso il provvedimento tardivo annullabile e non nullo.

Del resto, per pacifica e risalente giurisprudenza del Consiglio di Stato (in tutte le materie, anche in quella espropriativa, edilizia, sanzionatoria, ecc.), il decorso del termine per l'esercizio del potere pubblico non comporta la perdita del potere medesimo, potendosi ravvisare, invece, l'annullabilità dell'atto per il caso in cui il termine vada considerato perentorio⁷⁸.

In realtà la soluzione che meglio si presta per superare le diverse opinioni potrebbe essere quella di ritenere che il legislatore con la previsione dell'art. 2, comma 8 *bis*, abbia individuato ipotesi di "nullità testuale" nel rispetto dell'art. 21 *septies*: "è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato", "nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge". Con la l. n. 15/2005 il legislatore ha inserito un intero capo (il IV *bis*) dedicato alla "efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo", in particolare l'art. 21 *septies* della l. 241/1990, rubricato "nullità dell'atto" ha individuato tre forme di nullità: a) nullità strutturali (per carenza di un elemen-

F.G. SCOCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove autonomie*, Riv. dir. pubbl., XXX, 1, Napoli, 2021, 135.

⁷⁷ Cons. Stato. Ad. Plen., 25/02/2014, n. 9: "La nullità dell'atto amministrativo è eccezionale e sono di stretta interpretazione, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi, le norme che la prevedono".

⁷⁸ Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 10/11/2020, n. 6925.

to essenziale); b) nullità derivante da un difetto di attribuzione, (in passato considerato quale indicatore di “inesistenza” dell’atto amministrativo e ora positivamente indicato quale causa di nullità del medesimo); c) nullità testuali, (nei casi espressamente previsti dalla legge).

Le cause di nullità del provvedimento amministrativo devono quindi oggi intendersi quale numero chiuso, hanno carattere tassativo, in contrapposizione al carattere virtuale di quella civilistica. Per cui qualunque illegalità non rientrante nell’art. 21 *septies* – salvo i residui casi di inesistenza da una parte e di irregolarità dall’altra parte – comporta l’annullabilità dell’atto ai sensi dell’art. 21 *octies*, comma 1, della l. 241/1990.

In altri termini, le determinazioni tardive, ovvero adottate dopo il decorso del termine qualificato come perentorio (art. 2, comma 8 *bis*) determinano un’ipotesi di consumazione del potere individuata in maniera espressa e testuale dal legislatore.

Posto che il comma 8 *bis* dell’art. 2 l. n. 241/1990 si riferisce, tra le altre, alle ipotesi di silenzio assenso *ex art.* 20 della stessa legge, si pone il problema di verificarne l’estensione ai casi residuali di silenzio diniego.

Si ritiene che il d.l. n. 76/2020 sia ricognitivo dell’orientamento maggioritario, in giurisprudenza, che considerava perentorio il termine per tutte le ipotesi di silenzio significativo, sia di assenso che di rigetto. Inoltre, se si parte dall’assunto che l’inefficacia, rispetto al silenzio assenso, travolga tutti i provvedimenti tardivi, a prescindere dal segno degli stessi, *a fortiori* la si dovrebbe estendere al provvedimento favorevole tardivo adottato nelle ipotesi di silenzio diniego, a garanzia della stabilità dei rapporti giuridici.

Allo stesso tempo si sostiene, però, che non tutto quanto venga argomentato rispetto alle ipotesi di silenzio assenso possa, automaticamente, essere traslato per i casi di silenzio diniego, attesa la diversa *ratio* sottesa ai due istituti. Come ha chiarito il Consiglio di Stato⁷⁹, il meccanismo del silenzio assenso rappresenta la più grave sanzione cui può essere esposta la p.a., laddove, a seguito della sua inerzia, il privato ottiene un provvedimento tacito di assenso, senza dover ricorrere al giudice e con un esito molto più soddisfacente rispetto alla generica condanna ad emanare un provvedimento. Nel silenzio diniego, invece, la sanzione sembra essere

⁷⁹ Cons. Stato, parere 13/07/2016, n. 1640.

per il privato e, pertanto, non essendoci una norma generale speculare all'art. 20, sembrerebbe più confacente dare spazio ad un'indagine casistica per valutare, in base alla singola norma di riferimento, se possa risultare utile riconoscere alla pubblica amministrazione di intervenire con un provvedimento tardivo.

Il silenzio diniego, invece, non è una sanzione per la pubblica amministrazione, perché il provvedimento non è di accoglimento, in tal caso è il privato a non essere soddisfatto. La pubblica amministrazione, infatti, potrebbe restare convenientemente silente visto che il silenzio significativo, in senso negativo, non modifica la sfera giuridica soggettiva del destinatario, diversamente dal silenzio assenso che concede al privato il bene della vita richiesto. Nel silenzio diniego vi è una logica di semplificazione, di certezza. Il silenzio diniego opera per fornire all'interessato dei termini decadenziali entro i quali impugnare il provvedimento tacito. Più specificamente, quando si introduce un silenzio diniego in una determinata materia si impone al privato di impugnare il provvedimento tacito nei termini decadenziali, se invece il silenzio opera quale mera inerzia si consente al privato di attivare il rimedio dell'art. 2 della l. 241/90 il cui termine decadenziale è di massimo un anno.

La scelta dipende dalle esigenze del legislatore di garantire o meno certezza in una data materia. Si pensi al diritto di accesso documentale dove opera il silenzio diniego⁸⁰, qui al privato interessa ottenere subito il provvedimento. Infatti, se la pubblica amministrazione non risponde nei termini all'istanza presentata, si forma il silenzio diniego che è uno strumento che consente al privato l'impugnazione nel normale termine di decadenza.

Anche la giurisprudenza⁸¹ differenzia le due ipotesi di silenzio significativo, affermando che mentre il silenzio assenso può essere inteso co-

⁸⁰ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, 516, fra le poche ipotesi di silenzio è quella prevista dall'art. 25 l. n. 241/1990 in materia di accesso ai documenti amministrativi. In ordine a questa tipologia di silenzio significativo non si può non osservare che essa non è congruente con il principio del contraddittorio ingenerato dal preannuncio di diniego senza che il richiedente abbia potuto giovare della possibilità di opporsi garantita da tale norma; in ogni caso, le amministrazioni sono incentivate a non provvedere espressamente; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo*, III ed., Napoli, 2012, 389.

⁸¹ T.a.r. Lazio, Roma, sez. II *bis*, ordinanza 22/7/2021, n. 8854.

me una forma di semplificazione accettabile che agevola la tutela dell'istante, il silenzio diniego, invece, andrebbe a pregiudicare due diritti fondamentali. Da una parte, viene in rilievo il diritto alla motivazione, di rilevanza costituzionale ed espressione del principio di trasparenza: se è possibile accettarne la mancanza rispetto ad un provvedimento favorevole, lo stesso non potrebbe dirsi per quello sfavorevole. Dall'altra, appare immediata la ricaduta sul diritto alla effettività della tutela, fortemente lesa laddove il privato venga costretto ad un ricorso al buio senza avere la possibilità, non conoscendo i motivi del provvedimento, di effettuare un calcolo circa le probabilità di successo⁸².

Alla luce di tale approfondimento, l'attuale previsione normativa sembra individuare in maniera tassativa le eccezioni alla regola generale dell'inesauribilità del potere amministrativo, vale a dire presupporre che la tardività dell'atto emanato nell'ambito degli istituti individuati nell'art. 2, comma 8 *bis*, della l. n. 241/1990 consumi il potere dell'amministrazione, prevedendo l'immediata inefficacia dello stesso una volta decorso il termine.

6. Gli atti tardivi della pubblica amministrazione

La sorte degli atti tardivi della pubblica amministrazione, dunque, è stata chiarita dal legislatore con la previsione di un regime diverso rispetto alla formazione del silenzio assenso. La violazione del dovere di provvedere entro il termine stabilito non determina l'invalidità o l'inefficacia dell'atto tardivo della pubblica amministrazione, ma espone quest'ultima all'azione avverso il silenzio inadempimento, finalizzata al conseguimento di una pronuncia di condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento o a risarcire il c. d. danno da ritardo per la violazione del termine di conclusione del procedimento, come risulta dal combinato disposto degli artt. 2 e 2 *bis* della l. n. 241/1990 e degli articoli 31 e 117 c.p.a. Di recente, è stata introdotta una tutela procedimentale con l'attivazione del potere sostitutivo e la possibilità di ottenere un indennizzo per il mero

⁸²T.a.r. Lazio, Roma, sez. II *bis*, ordinanza 22/7/2021, n. 8854.

ritardo nel caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte (art. 2 *bis*, comma 1 *bis*, l. n. 241/1990).

In questo caso, la violazione del dovere di esercitare l'attività amministrativa e il superamento del termine certo di conclusione del procedimento non comportano l'estinzione del potere o l'invalidità dell'atto tardivo, atteso che il diritto del cittadino, pur essendo protetto nella sua dimensione patrimoniale, non prevale sull'interesse alla conservazione del potere e della decisione. Inoltre, non può essere esercitato il potere di autotutela dal momento che manca l'esercizio di un potere di primo grado e un atto da rimuovere.

Per quanto riguarda le ipotesi di silenzio significativo la questione è stata risolta dalla novella legislativa introdotta dal decreto semplificazioni n. 76/2020. Il silenzio assenso, come del resto il silenzio rigetto, costituiscono esercizio del potere della pubblica amministrazione ed equivalgono ad un provvedimento tacito. La dottrina e ora anche il legislatore considerano illegittima l'adozione da parte della pubblica amministrazione di un provvedimento esplicito tardivo, adottato dopo il silenzio assenso. Il potere della pubblica amministrazione si consuma con la formazione del silenzio.

Tuttavia, dopo la formazione del silenzio assenso o rigetto, l'amministrazione può annullare gli effetti derivanti dal silenzio, qualora ricorrano i presupposti richiesti dall'art. 21 *nonies*⁸³ della l. n. 241/1990.

Il silenzio della pubblica amministrazione può assumere il significato di provvedimento tacito di assenso anche nei rapporti orizzontali tra pubbliche amministrazioni e non solo in quelli verticali. In particolare, nei casi in cui alla decisione concorrano più amministrazioni che svolgono una funzione codecisoria, esso funge da strumento di semplificazione dell'azione amministrativa.

Tali ipotesi si configurano con la conferenza di servizi, ai sensi degli artt. 14 *bis* e 14 *ter* della l. n. 241/1990, e con il silenzio assenso nei rap-

⁸³ In particolare, l'atto di secondo grado potrà essere adottato in presenza di un interesse pubblico alla rimozione degli effetti del comportamento della p.a. e dovrà intervenire entro un termine ragionevole, previa valutazione comparativa dell'interesse pubblico con gli interessi dei destinatari dell'atto e dei controinteressati (art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990).

porti tra le pubbliche amministrazioni, i cui effetti sono disciplinati all'art. 17 *bis* della predetta legge.

Nel primo caso, si forma il silenzio assenso quando la pubblica amministrazione non partecipa alla conferenza; quando vi partecipa, ma rimane silente oppure quando esprime un dissenso non motivato. In tutti questi casi, l'inerzia della pubblica amministrazione equivale ad un assenso.

Del pari, nel caso in cui l'amministrazione precedente richieda a un'altra pubblica amministrazione codecidente un nulla osta, un assenso, un concerto o un'intesa e quest'ultima rimanga silente, il silenzio ha il significato di assenso. Anche in tali casi si applica agli atti tardivi il medesimo regime applicabile nei casi di silenzio assenso nei rapporti verticali.

In altri termini, soggiacciono alla sanzione dell'inefficacia i provvedimenti, le autorizzazioni, i pareri, i nulla osta e gli altri atti di assenso adottati dopo la scadenza dei termini relativi alla conferenza di servizi, ai rapporti tra le pubbliche amministrazioni, al silenzio assenso, e alla scia (art. 2, comma 8 *bis*, della l. n. 241/1990)⁸⁴.

⁸⁴ In particolare, il comma 8 *bis* dell'art. 2 della l. n. 241/1990, introdotto dal d. l. n. 76/2020 (c.d. Decreto Semplificazioni), sancisce, in estrema sintesi, l'inefficacia del provvedimento emanato oltre i termini procedurali in tutti i casi in cui operi il regime del silenzio assenso, nonché nelle ipotesi di SCIA. Per una approfondita analisi, si veda M. CALABRÒ, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, in *giustiziainsieme.it*, 2020; L. FOGLI, *La Scia tra il processo di semplificazione e l'obbligo di provvedere della Pubblica Amministrazione*, in *Azienditalia*, 2022, 3, 512; C. LAMBERTI, *Segnalazione certificata di inizio attività SCIA – La SCIA tutela le attività economiche non il terzo*, in *Giur. it.*, 2019, 4, 917; G. LA ROSA, *Scia e tutela del terzo dopo la Corte cost.*, n. 45/2019, in *Urb. e app.*, 2019, 4, 480; G.F. NICODEMO, *Edilizia – SCIA e autotutela: la P.A. deve provvedere sull'istanza di annullamento del terzo*, in *Giur. it.*, 2021, 7, 1717; S. TUCCILLO, *La s.c.i.a edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 1-1, 141.

7. Il decorso del termine e la qualificazione dell'inerzia della pubblica amministrazione

Il problema del silenzio è strettamente collegato alla questione della tempistica procedimentale, in particolare ai termini di conclusione del procedimento. L'esatta individuazione del termine di conclusione del procedimento rileva soprattutto sotto due profili: da un alto, serve a scandire l'azione amministrativa e, dall'altro, rappresenta il momento a partire dal quale assume rilevanza un'eventuale inerzia della pubblica amministrazione, laddove si configura l'ipotesi del silenzio inadempimento.

Ciò giustifica la particolare e costante attenzione del legislatore verso l'art. 2 della l. n. 241/1990.

Sulla questione della qualificazione del termine dell'azione amministrativa, come ordinatorio o perentorio, si innesta, il problema della qualificazione dell'inerzia della pubblica amministrazione una volta decorso il termine di conclusione del procedimento.

Al fine di analizzare le problematiche relative agli atti tardivi della pubblica amministrazione e, in particolare, alla natura del parere tardivo della Soprintendenza, è necessario osservare come l'inerzia dell'amministrazione assuma nell'ordinamento diversi significati.

L'art. 20 della l. n. 241/90 prevede che nei procedimenti a istanza di parte, aventi a oggetto il rilascio di provvedimenti amministrativi, il silenzio della pubblica amministrazione si interpreta come assenso⁸⁵. Con

⁸⁵ Sul silenzio assenso si vedano O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, II, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1984, 363; D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione e approvazione*, Modena, 1903, 70 (ora in *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, 1966, 389 ss.); F. CAMMEO, *Corso*, cit., 1960 (ma 1914), 576; U. FORTI, *I controlli sull'amministrazione locale*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1921, 107; C.F. FERRARIS, *Diritto amministrativo*, I, Padova, 1922, 230; R. RESTA, *Il silenzio nell'esercizio della funzione amministrativa*, Roma, 1932, 40 ss.; U. FORTI, *Il silenzio della pubblica amministrazione e i suoi effetti processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, 127; G. VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1933, 334; A. CONTIERI, *Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17 bis della legge n. 241/1990: la resistibile ascesa della semplificazione meramente temporale*, *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. II, Napoli 2020, 1173; C. GUACCI, *Il potere decisorio tardivo della soprintendenza ex art. 146 d.lgs. n. 42 del 2004 e l'istituto del silenzio assenso ex art. 17 bis della legge n. 241/1990*, *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. II, Na-

la norma sopra indicata, dunque, il legislatore, già a far data dal 2005, sembra aver capovolto la regola: salvo diversa qualificazione normativa, il silenzio della pubblica amministrazione, a fronte dell'istanza di un privato, equivale ad accoglimento della stessa⁸⁶.

Ebbene, in relazione al rapporto tra l'art. 2 e 2 *bis* e l'art. 20 della legge sul procedimento, potrebbe affermarsi che il legislatore ha riconosciuto, allineandosi all'ordinamento sovranazionale, il tempo quale bene strumentale all'interesse sotteso all'istanza presentata dal privato alla pubblica amministrazione.

Con l'istituto del silenzio assenso, il legislatore ha inteso approntare degli strumenti di difesa preventiva, volti a evitare il ritardo nell'emanazione del provvedimento, perseguendo il fine della semplificazione e accelerazione dell'azione amministrativa.

poli, 2020, 2609; A.M. SANDULLI, *Silenzio rifiuto, silenzio accoglimento e silenzio assenso*, in *Atti della Tavola rotonda sugli effetti sostanziali di silenzio assenso nella legislazione urbanistica*, Roma, 1982, 51, ss.; A TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1975, 107; F. SAITTA *La riforma della "241" tre anni dopo: spunti di riflessione su partecipazione, accordi, d.i.a. e silenzio assenso alla luce delle prime indicazioni dottrinali e giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2009, 45 ss.

⁸⁶ Sulla base di una interpretazione meramente letterale dell'art. 20 della l. n. 241/1990 e dell'art. 4 del suo regolamento di attuazione (d.P.R. 9/5/1994, n. 407 "Regolamento recante modificazioni al decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1992, n. 300, concernente le attività private sottoposte alla disciplina degli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241)" si desume che per aversi accoglimento tacito di una istanza, occorre la dimostrazione della sussistenza di tutti i requisiti previsti dalla legge, non essendo il silenzio assenso un'istituto volto a perseguire la sanatoria di istanze non accoglibili, ma solo a colmare l'inerzia dell'amministrazione nel provvedere, così, nel caso in cui un privato intenda avvalersi dell'avvenuta formazione di un provvedimento tacito, deve dimostrare la sussistenza dei presupposti di legge per il suo accoglimento.

Equiparare il silenzio assenso ad un provvedimento tacito consente inoltre di spiegare coerentemente, perché, l'amministrazione possa intervenire in autotutela con la revoca (art. 21, *quinquies*, l. n. 241/1990) e/o con l'annullamento d'ufficio (art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990). Il d.l. n. 77/2021, c.d. "secondo decreto semplificazioni", ha previsto che quando si forma il silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto, dell'intervenuto accoglimento della domanda. Se ciò non accade entro dieci giorni dalla richiesta, il privato può autocertificare l'intervenuto silenzio assenso (ossia sostituire con propria autodichiarazione l'attestazione che l'amministrazione ha omesso di rilasciare).

Nei casi in cui la legge non qualifica espressamente il silenzio⁸⁷, ovvero nelle numerose materie in cui il silenzio assenso non trova applicazione per espressa disposizione di legge (si tratta delle materie indicate al comma 4 dell'art. 20 della l. n. 241/1990 che, per la loro rilevanza, necessitano di un'istruttoria e di una manifestazione espressa del potere: ad es., paesaggio, ambiente, difesa nazionale, patrimonio culturale, immigrazione, cittadinanza), il silenzio dell'amministrazione equivale a un inadempimento, vale a dire a un silenzio non significativo.

Presupposto necessario affinché possa configurarsi il silenzio inadempimento della pubblica amministrazione è la sussistenza di un dovere (o dell'obbligo) di provvedere⁸⁸ in capo alla pubblica amministrazione e la violazione di un termine certo di conclusione del procedimento. Entrambi i presupposti sono espressamente previsti dall'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo.

Nell'ipotesi di silenzio-inadempimento, a differenza di quanto accade nelle ipotesi di silenzio-significativo (silenzio assenso), la decorrenza del termine non determina la consumazione del potere di pronunciarsi sull'istanza: l'emanazione del provvedimento tardivo, perciò, è del tutto legittima ed è causa della cessazione della materia del contendere del giudizio contro il silenzio-inadempimento eventualmente proposto, a meno che il privato non abbia interesse a proseguire il giudizio a fini risarcitori. Pertanto, qualora il provvedimento tardivo fosse ritenuto illegittimo – naturalmente per motivi diversi dalla tardività – il privato avrà l'onere di proporre una nuova impugnazione. A conferma di ciò basti pensare che il

⁸⁷ O. RANELLETTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1920/1921, 106 ss.; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 1930, 206 ss.; S. TRENTIN, *L'atto amministrativo*, Roma, 1915, 444 ss.; A. DE VALLES *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1916, 250 ss. In tal senso, F.G. COCCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 7. Sul tema si veda V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996, 10, 45 ss.

⁸⁸ Si preferisce utilizzare la locuzione “dovere di provvedere” in luogo di quella più diffusa in giurisprudenza di “obbligo di provvedere” perché considerata più adatta a rappresentare la natura del rapporto esistente fra cittadino e pubblica amministrazione, quando quest'ultima agisca nell'esercizio di un pubblico potere e si trovi di fronte un interesse legittimo. Sul punto si rinvia alla precisazione terminologica di V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996, 14 ss.; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica Amministrazione*, Milano, 2005, 89 ss.; C. GUACCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il codice del processo amministrativo*, Torino, 113 ss.

legislatore, all'art. 31 c.p.a., ha previsto che l'azione avverso il silenzio può essere proposta “fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento” e che, all'art. 117 c.p.a., ha previsto l'impugnabilità del provvedimento sopravvenuto con motivi aggiunti. La possibilità, per l'interessato, di esperire l'azione fintanto che perdura il silenzio della pubblica amministrazione e di impugnare l'atto sopravvenuto sembra confermare, infatti, che la decorrenza del termine di conclusione del procedimento non comporta una vicenda di decadenza dall'esercizio del potere, con la conseguenza che il provvedimento può essere adottato anche tardivamente⁸⁹.

Contrariamente, se il termine imposto all'agire dell'amministrazione fosse espressamente qualificato, dalla norma di legge, come perentorio, il suo decorso comporterebbe, la decadenza dal potere di provvedere e la conseguente illegittimità del provvedimento tardivamente reso⁹⁰.

Di recente, il legislatore, al fine di rafforzare l'onere di tempestività dell'azione amministrativa ha posto in capo alla pubblica amministrazione un onere indennitario in caso di omessa osservanza del termine di conclusione del procedimento⁹¹.

In tutte le ipotesi di deroga all'art. 20 della l. n. 241/1990, dunque, il silenzio della pubblica amministrazione, infatti, costituisce un mero fatto che lascia inalterato il potere-dovere dell'amministrazione di provvede-

⁸⁹ T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 02/11/2020, n. 760; T.a.r. Valle d'Aosta, Aosta, sez. I, 6/09/2020, n. 41; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 16/04/2020, n. 3994; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. III, 16/12/2015, n. 2935; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 28/11/2018, n. 11529; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 30/03/2018, n. 2031; T.a.r. Abruzzo, Pescara, sez. I, 26/04/2016, n. 160; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 11/02/2020, n. 1805; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 01/03/2019, n. 2712; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 21/09/2018, n. 9536.

⁹⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 15 del 29/07/2011.

⁹¹ L. n. 241/1990, art. 2 *bis*, rubricato “Conseguenze per il ritardo nella conclusione del procedimento” al comma 1 *bis*, stabilisce che “Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento (l. n. 69/2009 e con il d.l. 5/2012 conv. in l. n. 35/2012 “il decreto semplifica Italia”, che hanno rafforzato il concetto del tempo quale bene della vita).

re⁹². Il silenzio-rifiuto postula, sul piano strutturale, la sopravvivenza del potere al decorso del tempo fissato per la definizione del procedimento amministrativo e, quindi, la natura ordinatoria e acceleratoria del termine di conclusione dello stesso.

8. Silenzio significativo: differenza con istituti “contigui” e funzione da esso svolta

Ciò posto, è opportuno muovere dal silenzio significativo⁹³ e dalla sua differenza con gli istituti “contigui”. Invero, il silenzio significativo (o anche con valore provvedimentale) si ha quando il legislatore qualifica espressamente l’inerzia della pubblica amministrazione come provvedimento amministrativo, a seconda dei casi, di accoglimento o di rigetto⁹⁴.

⁹² Sulla doverosità dell’esercizio della funzione amministrativa cfr. SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 189 ss.; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 34 ss.; G. GUARINI, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 258 ss.; E. GUICCIARDI, *Inerzia e discrezionalità*, in *Giur. it.*, 1955, III, 103 ss.; E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 298 ss.; F. LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento*, Torino, 1970, 84 ss.; A. MELONCELLI, *L’iniziativa amministrativa*, Milano, 1976, 34 ss.; 281.; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere e potere amministrativo*, Torino, 1995, 27 ss.; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, 134; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 185; A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 238 ss.; A. POLICE, *Doverosità dell’azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, 140; A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, 228 ss.; F. FIGORILLI, A. GIUSTI, *Articolo 2 Conclusione del procedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 127; Più recentemente, S. VERNILE, *Il provvedimento in forma semplificata*, Napoli, 2017, 93; P. OTRANTO, *Silenzio e interesse pubblico nell’attività amministrativa*, Bari, 2018, 52.

⁹³ Sul silenzio significativo cfr. le considerazioni di M.C. CAVALLARO, *Brevi riflessioni sulla natura giuridica del silenzio significativo, nota a T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 27/05/2009, n. 509*, in *Foro amm.*, 2009, 3196.

⁹⁴ La formazione del silenzio assenso dà luogo, secondo dottrina, ad una fattispecie legale tipica di assenso: A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, 205.

Il silenzio significativo è una *fictio iuris*, dal momento che il provvedimento materialmente non esiste. Naturalmente, perché il silenzio possa equivalere a provvedimento è necessario che sia decorso integralmente il tempo assegnato alla pubblica amministrazione per provvedere; prima di quel momento, *la fictio iuris*, non si configura, non vi è alcun provvedimento⁹⁵. Né si può imporre all'amministrazione di provvedere prima. Il silenzio significativo, dunque, consiste in un meccanismo che il legislatore utilizza per far sorgere un provvedimento che, in realtà, non c'è.

Il silenzio significativo non va confuso con il provvedimento implicito⁹⁶.

⁹⁵ Cfr., Cons. Stato, A.P. n. 15 del 29/07/2011, che si è occupata della questione con riferimento alla SCIA.

⁹⁶ La nascita dell'istituto dell'atto amministrativo implicito è correlata all'esigenza di individuare un atto impugnabile anche laddove non esiste un provvedimento esplicito. Il modello dei poteri impliciti consente all'amministrazione di andare oltre il dato normativo: tuttavia, sorgono dei problemi di compatibilità con il principio di legalità che nella sua definizione più pregnante impone che l'azione amministrativa deve trovare fondamento nella legge e che la legge deve definirne il contenuto e le modalità di esercizio. Nega l'ammissibilità del provvedimento implicito S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 226. Secondo l'Autore, "il modello di provvedimento prefigurato dallo Stato costituzionale di diritto è solo quello connotato da una forma espressa e scritta. Tale modello preclude che possano essere configurate come provvedimento, le figure del provvedimento implicito, presunto e tacito, le quali non hanno legittimazione nel nostro ordinamento giuridico. In definitiva, la necessità che il potere rinverga in una norma esplicita il suo fondamento preclude la configurabilità di poteri amministrativi impliciti". Sul tema dei poteri impliciti si vedano N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 274 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 708 ss. 736 ss., 776.

La configurazione del provvedimento implicito è ammessa da G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 42, 49: L'atto amministrativo non deve necessariamente rilevarsi attraverso una manifestazione espressa. La regola da applicare in mancanza di disposizioni legislative, esplicite o implicite, è invece proprio la libertà della forma. Sicché, accanto agli atti scritti – che indubbiamente sono i più frequenti e i più noti – non pochi ne vengono posti in essere in forma orale (si pensi a molti ordini delle minori autorità di pubblica sicurezza), o mediante segnali (si pensi alle disposizioni attinenti alla circolazione stradale date dai vigili col movimento delle braccia o attraverso l'illuminazione di un semaforo e alle analoghe disposizioni date dalle autorità marittime per la circolazione dei porti). L'atto amministrativo, non diversamente dagli altri atti giuridici, può dunque rilevarsi anche (per implicito) attraverso fatti o atti destinati ad altri fini.

Di recente il Cons. Stato, sez. V, 24/01/2019, n. 589 ammette l'astratta ammissibilità dell'atto amministrativo implicito. In particolare, in merito all'ammissibilità, la sentenza afferma che "l'astratta ammissibilità del provvedimento implicito non può essere negata,

Quest'ultimo condivide con il silenzio significativo la sola caratteristica dell'assenza, *in rerum natura*, del provvedimento, ma la differenza tra le due fattispecie è clamorosa. Nel silenzio significativo, infatti, il provvedimento si ritiene esistente in base alle intenzioni del legislatore: scaduto il termine per provvedere senza che l'amministrazione abbia provveduto, la richiesta si intende accolta o respinta. Se si vuole contestare il provvedimento, esso va impugnato dinanzi al giudice amministrativo entro i termini decadenziali, al pari di qualunque altro provvedimento positivo, pena la cristallizzazione di quanto in esso stabilito. Il provvedimento implicito⁹⁷ è altra cosa, è un provvedimento mai emanato, ma la cui esistenza e il cui contenuto si desumono in via interpretativa ed in modo inequivoco da altri provvedimenti. È un provvedimento implicitamente desumibile da altri provvedimenti.

Il silenzio assenso e il silenzio diniego, invece, sono provvedimenti sostanzialmente taciti, silenti, che equivalgono a provvedimenti espressi

qualora l'Amministrazione, pur non adottando formalmente la propria determinazione, ne determini univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un contegno conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del corrispondente provvedimento formale non adottato: le quante volte, cioè, emerga senza equivoco un collegamento biunivoco tra l'atto adottato o la condotta tenuta e la determinazione che da questi si pretende di ricavare, onde quest'ultima sia l'unica conseguenza possibile della presupposta manifestazione di volontà". Cfr., *ex multis*, di recente Cons. Stato, sez. VI, 28/12/2020, n. 8383; Cons. Stato, sez. VI, 28/12/2020, n. 8384; Cons. Stato, Ad. Plen., 20/01/2020, n. 2; Cons. Stato, sez. VI, 2/11/2020, n. 6723; Cons. di giust. amm. per la Regione siciliana – sez. giuris. 28/12/2020, n. 1206; Cons. Stato, sez. VI, 27/11/2014, n. 5887; Cons. Stato, sez. VI, 22/10/1965, n. 643. Nel senso dell'ammissibilità di un ordine in forma orale, Cons. Stato, sez. VI, 6/12/1977, n. 907.

⁹⁷ Un problema rilevante sorto dopo il varo della l. n. 241/1990 riguarda la compatibilità dell'atto implicito con l'obbligo generale di motivazione sancito dall'art. 3 della predetta legge. La dottrina ritiene che tale prescrizione normativa non incida negativamente sulla permanenza dell'istituto, delimitandone, tuttavia, il perimetro applicativo. Ed infatti, nell'ipotesi di atto implicito, desunto da altro atto amministrativo, occorre esaminare la parte motivazionale di quest'ultimo per accertare l'eventuale sussistenza di una giustificazione dell'atto dedotto in via indiretta; nel caso, invece, di un comportamento concludente può trovare applicazione la prassi della motivazione *per relationem*, disciplinata dall'art. 3, comma 3, l. n. 241/1990 (si da desumere la motivazione dell'atto implicito da un altro atto del procedimento finalizzato a concludersi con il comportamento concludente). Sul tema M. TUCCI, *L'atto amministrativo implicito. Profili dottrinali e giurisprudenziali*, Milano, 65; F.G. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, II ed., 2003, 1578.

per unica scelta del legislatore. Altra grande differenza è quella che intercorre tra il silenzio significativo e la segnalazione certificata di inizio attività (c.d. S.C.I.A.)⁹⁸, spesso accostata al primo. L'Adunanza plenaria

⁹⁸ M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi (in attesa dei decreti legislativi di riordino)*, in *Foro amm.*, 2015, 2923 ss.; G. FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la Dia ed il silenzio assenso* (commento alla l. 14/5/2005, n. 80), in *Giornale dir. amm.*, 2005, 1017 ss.; W. GIULIETTI, *Dichiarazione di inizio attività*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla ln. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2003, 370 ss.; E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012, 139; A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio attività*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, Milano, 2008, 344; L. GIANI, *Articolo 20. Silenzio assenso*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 411 ss.; W. GIULIETTI, *Dichiarazione di inizio attività*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2000, 370; A. LOIODICE, *Il silenzio della pubblica amministrazione nelle recenti innovazioni legislative*, in *Cons. Stato*, 2005, 1443, ss.; M. OCCHIENA, *Riforma della l. n. 241/1990 e "nuovo" silenzio rifiuto: del diritto v'è certezza*. In *Giust. amm.*, 2005, 99 ss.; C. LAMBERTI, *La SCIA fra liberalizzazione e semplificazione*, in *Urb. e app.*, 1, 2013, 11; A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.p.r. 26 aprile 1992, n. 300*, in *Foro amm.*, 1993, 601 ss.; A. TRAVI, *Silenzio Assenso – Denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 16 ss.; M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004; R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012, 202; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padova, 2001, 54; E. BOSCOLO., *La segnalazione certificata di inizio attività: fra esigenze di semplificazione ed effettività dei controlli*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 580; E. BOSCOLO, *SCIA e poteri in autotutela*, in *Urb. e app.*, 2012, 1007; D. CORLETTI, *La denuncia di inizio attività*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Il Testo Unico sull'edilizia*, Bologna, 2005, 103; G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 3492; A. DI MARIO (a cura di), *DIA e SCIA e tutela dei terzi*, in *Giur. it.*, 2014, 1013; G. FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge n. 241/1990*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 411; G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1997, 139; W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008, 193; C. LAMBERTI, *La SCIA tra liberalizzazione e semplificazione*, in *Urb. e app.*, 2013, 10; G. LAVITOLA, *Denuncia di inizio attività*, Padova, 2003, 6; G. SCIULLO, *Modelli ricostruttivi di Dia e tutela del controinteressato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 975; R. DE NICOTOLIS, *Natura giuridica della denuncia di inizio attività in materia edilizia e tutela del terzo*, in *Urb. e App.*, 2003, 1376; F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività: nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, Milano, 2011, 45; R. PROIETTI, *La denuncia di inizio attività alla luce del nuovo art. 19 della legge 241/1990*, in *Urb. e*

del Consiglio di Stato⁹⁹ ha spiegato la differenza intercorrente tra i due istituti (S.C.I.A. e silenzio significativo) muovendo dall'analisi del dato normativo. Ai sensi dell'art. 19, comma 6 *ter*, l. n. 241/1990, infatti, la S.C.I.A. non costituisce un provvedimento tacito direttamente impugnabile. Il silenzio-assenso ed il silenzio diniego, invece, si collocano agli antipodi, in quanto sono proprio provvedimenti (non già impliciti, bensì) taciti direttamente impugnabili. La S.C.I.A. consiste in una semplice comunicazione che il privato fa alla pubblica amministrazione, normalmente per intraprendere un'attività in regime di liberalizzazione parziale¹⁰⁰. La liberalizzazione è parziale in quanto l'amministrazione conserva, comunque, dei poteri di controllo successivi, specialmente inibitori.

Letto *a contrario*, dunque, l'art. 19, comma 6 *ter*, l. n. 241/1990 fornisce esattamente la definizione di silenzio significativo, che è tutto ciò che non è la S.C.I.A. Non a caso, il silenzio significativo si impugna (anzi si deve impugnare altrimenti si consolida); invece, per la S.C.I.A. ciò non vale. L'impugnazione della S.C.I.A. sarebbe dichiarata inammissibile dal giudice, perché avrebbe ad oggetto un non-provvedimento. Infatti, se si vuole contestare la S.C.I.A. è necessario sollecitare l'amministrazione affinché effettui le verifiche e i controlli che le competono e, poi, in caso di perdurante inerzia dell'amministrazione, eventualmente impugnare il silenzio-inadempimento di quest'ultima.

La S.C.I.A. non è un provvedimento, bensì un atto privato. Il silenzio significativo, di contro, è provvedimento tacito direttamente impugnabile. Se la pubblica amministrazione cambiasse idea e volesse adottare un

app., 2005, 873; N. PAOLANTONIO, W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 748; M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 329; M.A. SANDULLI, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione "a rischio"*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 478; S.S. SCOCA, *Gli atti di autoamministrazione*, in *Giur. it.*, 2014, 1787; A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 15; A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il Codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.*, 2011, 517; A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio attività (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, 343 ss. 364; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2021, 414.

⁹⁹ Cons. Stato, Ad. plen. 29/07/2011, n. 15.

¹⁰⁰ Non occorre, infatti, un permesso a costruire, un'autorizzazione se, ad esempio, i lavori da intraprendere non cambieranno completamente il plesso edilizio.

provvedimento tardivo, esso sarebbe inefficace, ai sensi dell'art. 2, comma 8 *bis* della l. n. 241/1990, come modificato dal d.l. n. 76/2020. La norma citata stabilisce che, al più, la pubblica amministrazione potrà provvedere in via di autotutela, annullando il provvedimento tacito e adottandone uno nuovo. Quello tardivo sarebbe inefficace.

Il silenzio significativo, dunque, è immaginato dal legislatore per finalità di semplificazione, come strumento di semplificazione. Occorre, però, operare un distinguo.

Non v'è dubbio che la semplificazione sia la *ratio* sottesa all'istituto del silenzio significativo, (silenzio assenso e silenzio diniego). Se, tuttavia, il valore della semplificazione è evidente, la previsione del silenzio significativo è dettata da altre ragioni, ossia quelle di certezza e di trasparenza. Il cittadino è consapevole del fatto che, se la pubblica amministrazione non emana il provvedimento entro i termini assegnati, l'istanza sarà accolta o rigettata a seconda del significato che il legislatore ha attribuito all'inerzia. Dal punto di vista della certezza, dunque, il meccanismo del silenzio significativo obiettivamente la realizza. Esso, d'altronde, comporta l'inapplicabilità della disciplina sul silenzio-inadempimento (artt. 31, commi 1, 3 e 117 c.p.a.).

Il silenzio-inadempimento è un non-provvedimento. Il silenzio assenso è, invece, un provvedimento, ancorché tacito. Ed infatti, il silenzio-inadempimento opera nella S.C.I.A., che è un non-provvedimento.

Sussistono, allora, certamente ragioni di semplificazione che consistono nella aspirazione alla certezza giudica. Normalmente, però, semplificazione e certezza sono possibili nei casi di valutazioni della pubblica amministrazione non particolarmente complesse. Il provvedimento, infatti, non c'è. Si ritiene, pertanto, che le forme di silenzio significativo riguardino quei casi in cui la pubblica amministrazione pone in essere un'attività vincolata¹⁰¹ o a basso tasso di discrezionalità. Difficilmente il silenzio significativo può formarsi quando alla pubblica amministrazione è richiesta una valutazione specifica (in tema di discrezionalità tecnica).

¹⁰¹ E. CASSETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. ec.*, 1998, 503 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 3-59. Una analisi delle tesi che negano la distinzione fra attività vincolata e attività discrezionale in G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 336 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 222 ss.

In particolare, il silenzio assenso opera nei casi in cui l'attività è vincolata o a basso tasso di discrezionalità.

La Commissione speciale del Consiglio di Stato¹⁰² evidenzia come il nuovo strumento di semplificazione confermi la natura "patologica" del silenzio amministrativo, sia nel rapporto verticale (tra amministrazione e cittadino), sia nel rapporto orizzontale (tra amministrazioni codecidenti). Il meccanismo del silenzio-assenso stigmatizza l'inerzia dell'amministrazione coinvolta, ancorché non fisiologica, tanto da ricollegarvi la più grave delle "sanzioni" o il più efficace dei rimedi: la definitiva perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento¹⁰³.

In altri termini, il silenzio significativo secondo il Consiglio di Stato rappresenta una forma grave di sanzione per la pubblica amministrazione, in particolare, la più grave delle sanzioni o il più efficace dei rimedi.

9. I silenzi procedurali: a) silenzio devolutivo; b) silenzio facoltativo

a) silenzio devolutivo

Vi è un altro tipo di silenzio significativo, quello devolutivo, in cui l'inerzia della pubblica amministrazione non equivale a un provvedimento tacito, ma ha il significato di traslare le competenze da un soggetto pubblico a un altro.

Se il soggetto competente ad emanare un parere è silente senza emanare il provvedimento nel termine assegnato, la competenza ad emanarlo

¹⁰² Cons. Stato, Commissione speciale del 13/7/2016, n. 1640.

¹⁰³ Secondo, il Cons. Stato, Commissione speciale, del 13/7/2016, n. 1640. Il fondamento del nuovo silenzio-assenso è triplice: a) eurounitario, individuato nel "principio della tacita autorizzazione" (ovvero la regola del silenzio-assenso) introdotto dalla c.d. direttiva Bolkestein (considerando 43; art. 13, par. 4); b) costituzionale, rinvenibile nel principio di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., inteso nell'ottica di assicurare il 'primato dei diritti' della persona, dell'impresa e dell'operatore economico; c) sistematico, con riferimento al principio di trasparenza (anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost.) che ormai, specie dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 25/5/2016, n. 97, informa l'intera attività amministrativa come principio generale.

si sposta e passa in capo ad un altro soggetto. In altri termini, questa figura di silenzio è denominata “silenzio devolutivo”, perché produce l’effetto di spostare le competenze.

Un esempio di silenzio devolutivo è previsto nell’art. 17 l. n. 241/1990, nel quale, con riguardo alle valutazioni tecniche¹⁰⁴, è espressamente previsto che se gli organi tecnici non esprimono la valutazione entro il termine perentorio, il responsabile del procedimento deve chiedere le suddette valutazioni ad altri organi dell’amministrazione che siano dotati di qualificazioni o capacità tecnica equipollenti, ovvero ad istituti universitari.

Il silenzio devolutivo è anche detto silenzio procedimentale, perché si innesta all’interno del procedimento, ma non ha valore provvedimentale, bensì solo procedimentale. Questa tipologia di silenzio è uno strumento che opera con riguardo alle valutazioni tecniche (art. 17) dove il silenzio assenso rischierebbe di non raggiungere l’obiettivo perché non consentirebbe di sapere se si può fare o meno una determinata attività. Con il silenzio assenso, che si basa su di una *fictio iuris*, non è possibile risalire alle ragioni per le quali l’intervento viene assentito.

Quindi, il silenzio devolutivo rappresenta una sanzione come il silenzio assenso, ma con struttura diversa perché nel silenzio assenso si riconosce il bene della vita, in quello devolutivo, invece, o si trasferisce, con l’attivazione del potere sostitutivo, la valutazione a un altro soggetto.

b) silenzio facoltativo

Un altro esempio di silenzio procedimentale è quello dell’art. 16 l. n. 241/1990, che riguarda gli atti consultivi, ove è previsto espressamente, al comma 2, che in caso di decorrenza dei termini senza che sia stato comunicato il parere facoltativo, l’amministrazione richiedente procede indipendentemente dall’espressione del parere.

Il silenzio di cui all’art. 16 l. n. 241/1990 non è devolutivo in senso stretto. Nella succitata disposizione si stabilisce che, una volta richiesto all’organo consultivo il parere – che non dovrebbe essere vincolante – l’amministrazione procede indipendentemente dall’espressione del parere.

¹⁰⁴G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, 341.

Quindi, l'organo consultivo ha un tempo per esprimere il parere, scaduto il quale perde il potere e, soprattutto, cosa più importante, l'amministrazione procedente acquista il potere di decidere indipendentemente dalla valutazione dello stesso organo consultivo.

La norma prevede che l'amministrazione proceda indipendentemente dall'espressione del parere. Dunque, anche se l'organo consultivo lo emana in ritardo, esso non ha nessun valore per la pubblica amministrazione che può prescindere e decidere autonomamente.

Anche in questo caso il problema non si pone come nel silenzio assenso, perché anche qui il legislatore non dice alla pubblica amministrazione di riconoscere il bene della vita, accogliere l'istanza, ma rimette la scelta all'amministrazione procedente che decide e, quindi, la garanzia sul rispetto degli interessi generali è data appunto dalla valutazione dell'amministrazione procedente.

10. Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: l'art. 17 bis della l. n. 241/1990

Il meccanismo del silenzio assenso con l'art. 17 bis della l. n. 241/1990 è divenuto regola generale anche nei rapporti tra pubbliche amministrazioni. La novità più interessante consiste nel fatto che il legislatore ha introdotto l'istituto del silenzio assenso, normalmente utilizzato nei rapporti verticali, anche nei rapporti orizzontali tra le pubbliche amministrazioni. In tutte le ipotesi di decisione pluristrutturata, il silenzio dell'amministrazione interpellata non sortisce più l'effetto di precludere l'adozione del provvedimento finale, ma essendo equiparato *ope legis* ad un atto di assenso, consente all'amministrazione procedente di adottare comunque il provvedimento¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Sull'ambito di applicazione del silenzio assenso orizzontale, si vedano il parere del Cons. Stato, 13/07/2016, n. 1640, "Silenzio assenso", problemi applicativi art. 17 bis della l. n. 241/1990 introdotto dall'art. 3, l. 7/8/2015, n. 124; Cons. Stato, sez. V, 19/05/2022, n. 3972; T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 11/02/2022, n. 124; Cons. Stato, sez. IV, 29/03/2021, n. 2640; Con. Stato, sez. VI, 14/07/2020, n. 4559.

Tale norma stabilisce che “nei casi in cui è prevista l’acquisizione di assensi, pareri, concerti e nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l’adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento” (...) decorsi i termini senza che sia stato comunicato, l’assenso, il concerto o nulla osta lo stesso si intende acquisito per cui si forma il silenzio assenso”. Se dal punto di vista teorico, la *ratio* di questa previsione normativa doveva essere quella di snellire l’esercizio dell’attività amministrativa anche nei rapporti tra i soggetti pubblici, sul piano pratico, invece, non ha fatto altro che complicare e mettere in discussione delle realtà certe e indiscutibili nella parte in cui dispone che “*Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano 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.(...).* Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l’assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito” (art. 17 bis, comma 3, l. n. 241/1990).

Orbene, il legislatore nazionale contraddicendo le sue precedenti determinazioni (contenute nella stessa legge: art. 16, comma 3, art. 17, comma 2 e art. 20, comma n. 4, della l. n. 241/1990), la normativa comunitaria e la giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁰⁶ (aspetti che verranno ulteriormente trattati in maniera più analitica nella parte finale del

¹⁰⁶“Sul “principio della necessità di pronuncia esplicita” nelle materie a “elevato tasso di discrezionalità” si veda Corte cost., n. 302/1988; Corte cost., n. 194/1993; Corte cost., n. 408/1995; Corte cost., n. 26/1996 e, più recentemente, Ad. Plen. n. 17/2016, che nel ritenere compatibile la fattispecie del silenzio assenso con il nulla osta dell’Ente Parco (art. 13, l. n. 394/1991), sottolinea la distinzione con l’autorizzazione paesaggistica (ritenuta, invece, incompatibile); Corte cost., 17/12/1997, n. 404, in *Foro amm.*, 1998, 1321 ss.; Id., 10/03/1998, n. 302, in *Giust. civ.*, 1998, 1390 ss.; Id., 01/7/1992, n. 307, in *Giur. it.*, 1998, 1, 505 ss. che ha ripetutamente affermato che per il profilo paesaggistico opera il principio fondamentale della necessità di pronuncia esplicita, non potendo avere il silenzio della p.a. valore di assenso.

capitolo) applica agli interessi sensibili, e, in particolare, ai beni paesaggistici l'istituto del silenzio assenso¹⁰⁷.

Subito dopo, al comma 4, il legislatore sembra fare un passo indietro affermando che *“le disposizioni del presente articolo non si applicano nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi”*.

L'art. 17 *bis* pone un problema di portata applicativa abbastanza complesso, che a tutt'oggi è oggetto di un acceso dibattito *giurisprudenziale*. Il punto centrale della vicenda, per quanto in questa sede interessa, riguarda l'applicabilità o meno dell'istituto del silenzio assenso, di cui all'art. 17 *bis* della l. n. 21/1990, al parere della Soprintendenza ai beni paesaggistici ai sensi dell'art. 146, comma, 8 del d.lgs. n. 42/2004.

Un primo elemento chiarificatore è offerto dal comma 4 dell'art. 17 *bis* che stabilisce che le disposizioni del presente articolo non si applicano nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi.

11. Differenza tra il silenzio assenso verticale (art. 20 l. n. 241/1990) e il silenzio assenso orizzontale (l'art. 17 *bis* l. n. 241/1990)

L'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 – a differenza di quello che accade rispetto al silenzio assenso di cui all'art. 20 della l. n. 241/1990, in cui vi è un coinvolgimento diretto dei diritti del privato – disciplina i rapporti orizzontali tra amministrazioni. Pur essendo un istituto di carattere generale, non può dunque trovare applicazione nei procedimenti nei quali il rapporto intersoggettivo tra pubbliche amministrazioni si inserisce in un procedimento ad istanza di parte. In virtù di questa differenza la prima

¹⁰⁷ Art. 17 *bis*, comma 3 della l. n. 241/1990: *“Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano 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. (...) Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito”*.

tipologia di assenso viene definita “orizzontale”, la seconda, invece, “verticale”.

Rispetto al silenzio assenso dell’art. 20 della l. n. 241 del 1990, il silenzio endoprocedimentale tra pubbliche amministrazioni non equivale all’emanazione del provvedimento conclusivo, bensì si inserisce in un procedimento pluristrutturato, del quale rappresenta una tappa obbligatoria, ma anche vincolante per la pubblica amministrazione, sia perché rientra nella fase codecisoria, sia perché si tratta di assensi che le pubbliche amministrazioni devono rendere e che, normalmente, la pubblica amministrazione precedente è tenuta ad osservare.

Tale istituto riguarda le c.d. decisioni pluristrutturate, in quanto la pubblica amministrazione precedente manda uno schema di provvedimento alle altre pubbliche amministrazioni che devono comunicare assensi/concerti/nulla osta; viceversa, nell’art. 20 l. n. 241/1990, si tratta di decisioni monostrutturate perché vi è una sola pubblica amministrazione che non si pronuncia nei termini previsti, per cui l’inerzia conduce alla formazione di un provvedimento tacito di assenso.

Mentre nei rapporti verticali (art. 20) il silenzio significativo ha efficacia esterna, in quanto è un provvedimento tacito che chiude il procedimento; nei rapporti orizzontali (art. 17 *bis*) il silenzio tra le pubbliche amministrazioni ha efficacia interna, vale a dire non conclude mai il procedimento, ma è una tappa intermedia di quel percorso. Un’altra differenza tra i due istituti di semplificazione concerne il loro ambito applicativo. L’art. 17 *bis*, infatti, ha un ambito applicativo molto più ampio dell’art. 20 perché opera anche per i provvedimenti normativi.

Pertanto, per distinguere le due ipotesi si deve evidenziare che, quando il procedimento inizia su istanza di parte, il 17 *bis* non dovrebbe operare dal momento che l’impulso alle altre pubbliche amministrazioni non proviene da un’iniziativa privata, ma dalla stessa pubblica amministrazione.

Infine, nell’art. 20 viene esclusa espressamente l’applicabilità del silenzio assenso quando il provvedimento ha ad oggetto interessi sensibili, essendo caratterizzati da valutazioni di compatibilità, con un grado di discrezionalità più o meno ampia, che mal si prestano ad un comportamento concludente in luogo di un parere espresso.

L’art. 17, *bis*, invece, ai sensi del comma 3, si forma anche nei procedimenti aventi ad oggetto interessi costituzionalmente rilevanti. La prote-

zione dell'interesse sensibile consiste esclusivamente nell'allungamento dei tempi di formazione del silenzio (novanta giorni).

12. Il silenzio tra pubbliche amministrazioni e rapporti con gli artt. 16, 17 e 20 della l. n. 241/1990

Un altro aspetto poco chiaro riguarda il rapporto tra l'art. 17 *bis* e gli artt. 16 e 17 della l. n. 241/1990 che disciplinano rispettivamente il silenzio procedimentale e/o facoltativo e il silenzio devolutivo. Viene naturale chiedersi perché il legislatore ha inserito il 17 *bis* dopo gli artt. 16 e 17 e non dopo l'art. 20.

Forse la ragione della collocazione sistematica – dopo le due norme che ineriscono alla fase istruttoria del procedimento – deriva dal fatto che vi è un aspetto che accomuna gli artt. 16, 17 e 17 *bis*: essi concernono una fase interna del procedimento che non conclude il procedimento. Infatti, l'art. 16 concerne l'attività consultiva; l'art. 17 riguarda le valutazioni tecniche e l'art. 17 *bis* si riferisce al silenzio assenso orizzontale.

Benché l'art. 17 *bis* riguardi la fase codecisoria e gli articoli 16 e 17 attengano, invece, alla fase istruttoria, negli ultimi due articoli l'amministrazione procedente conclude il procedimento con decisione monodimensionata; invece, nell'ipotesi di cui all'art. 17 *bis* non chiude il procedimento, ma vi è un silenzio assenso che si forma prima della decisione finale, e che è il presupposto per emanare la codecisione.

Un altro problema che si pone all'interprete è la differenza della disciplina applicabile con riguardo agli interessi sensibili. Infatti, mentre gli articoli 16 e 17 non si applicano nei procedimenti aventi ad oggetto interessi costituzionalmente rilevanti per espressa esclusione del legislatore (art. 16, comma 3, e art. 17, comma 2, della l. n. 241/1990); l'art. 17 *bis*, invece, opera anche con riguardo agli interessi sensibili (comma 3).

Sembra esserci una illogicità del sistema, ma soprattutto sembra che il legislatore abbia dato vita ad una norma che si pone in palese contrasto con l'orientamento della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia che in più occasioni hanno affermato – con riguardo a valutazioni di interesse ambientale, paesaggistico e via dicendo – che il silenzio assenso non è ammesso, ad esempio, in presenza di procedimenti complessi in

cui, per garantire effettività agli interessi tutelati, è necessaria una espressa valutazione amministrativa, quale un accertamento tecnico o una verifica; in questi casi ammettere il silenzio-assenso significherebbe legittimare l'amministrazione a non svolgere quella attività istruttoria imposta a livello comunitario per la tutela di particolari valori e interessi¹⁰⁸.

13. Il silenzio assenso nella conferenza di servizi

La riforma in tema di conferenza di servizi, confermando la precedente soluzione legislativa, prevede l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso sia per la conferenza semplificata (art. 14 *bis*, comma 4), sia per la conferenza simultanea (art. 14 *ter*, comma 7).

Il problema, anche in questo caso, è dato dal fatto che l'istituto del silenzio assenso si applica ai procedimenti aventi a oggetto interessi costituzionalmente rilevanti; infatti, è previsto che “la mancata comunicazione della determinazione entro il termine previsto per la conclusione della conferenza equivale ad assenso senza condizioni”. Tuttavia, anche nella predetta ipotesi come per l'art. 17 *bis*, il legislatore utilizza la seguente clausola di salvezza: “il silenzio assenso non si applica nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedono l'adozione di provvedimenti espressi”¹⁰⁹.

Senza ulteriori specificazioni le nuove norme si riferiscono a tutte le amministrazioni partecipanti alla conferenza e, quindi, anche a quelle che curano interessi sensibili.

Il tema del silenzio assenso delle amministrazioni portatrici di interessi sensibili in conferenza di servizi si collega con quello più generale delle eccezioni al silenzio assenso generalizzato di cui all'art. 20, comma 4, della l. n. 241/1990 in rapporto all'ambito di applicazione dell'art. 17 *bis* della stessa legge.

¹⁰⁸ Corte di Giustizia C-87/02 10/6/2004 (riproponendo la Direttiva 85/337/CEE del 27/6/1985; Corte di Giustizia Europea con sent. 28/2/1991, C-360/87; Corte di Giustizia CE 19/9/2000, in C-287/98; cfr. anche Corte di Giustizia 10/6/2004 C-87/02.

¹⁰⁹ Cons. Stato, sez. IV, 15/4/2021, n. 3106; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I *quater*, 20/06/2022, n. 8238.

L'art. 20 della l. n. 241/1990 prevede una eccezione all'applicazione del silenzio per gli atti e i procedimenti riguardanti i c.d. interessi sensibili. L'art. 17 *bis*, al contrario, prevede la generalizzata acquisizione degli atti di assenso delle amministrazioni preposte alla cura di tali interessi. Per quest'ultima disposizione, la protezione dell'interesse sensibile consiste esclusivamente nell'allungamento dei tempi di formazione del silenzio (novanta giorni).

La normativa in tema di conferenza di servizi pone due delicati problemi: il primo riguarda l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso; il secondo, invece, concerne il rapporto e il coordinamento con l'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990. Invero, si tratta di problemi particolarmente delicati allorché vengano in considerazione amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili.

Per quanto concerne il primo aspetto, il legislatore, al fine di evitare che il meccanismo del silenzio assenso possa diventare uno strumento per aggirare una corretta istruttoria, ha previsto una più ampia garanzia procedimentale. Infatti, ha previsto che gli interessi qualificati possano essere tutelati non solo con la previsione di un termine più lungo come nell'art. 17 *bis* (90 giorni), ma con l'introduzione di un meccanismo in cui le autorità preposte alla tutela di interessi sensibili – che hanno espresso un dissenso qualificato – possono opporsi alla determinazione dell'amministrazione procedente, e attivare un subprocedimento che conduce all'intervento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che può comporre gli interessi e decidere in luogo dei predetti enti. Dunque, nella conferenza di servizi vi è un meccanismo che tutela gli interessi sensibili quando le determinazioni di conclusione della conferenza di servizi si pongono in contrasto con gli interessi delle amministrazioni qualificate. Tale principio è stato attuato con l'art. 14 *quinquies* della l. n. 241/1990. La decisione della conferenza è immediatamente esecutiva nell'ipotesi di dissenso di amministrazioni non preposte alla tutela di interessi sensibili (la determinazione finale della conferenza viene adottata sulla base del principio della prevalenza); mentre nell'ipotesi di dissenso qualificato la decisione viene comunque adottata, ma ne sono sospesi gli effetti per il periodo utile all'esperimento dei rimedi previsti per la risoluzione di tale conflitto.

L'allungamento dei termini di conclusione del procedimento riguarda,

chiaramente, i tempi delle decisioni delle singole pubbliche amministrazioni attraverso il silenzio assenso e ciò avviene sia per la conferenza semplificata sia per quella ordinaria.

La previsione del termine più lungo in realtà ha un significato diverso rispetto a quanto previsto dall'art. 17 *bis* perché nella conferenza di servizi il silenzio assenso non chiude il procedimento, ma si forma prima dell'adozione della determinazione finale, vale a dire quando una pubblica amministrazione non rispetti il termine di consegna della propria determinazione alla amministrazione precedente.

La conferenza di servizi dovrà concludersi in ogni caso con una determinazione motivata ai sensi dell'art. 14 *quater*. Ove, in presenza di un interesse sensibile si pervenga a una decisione positiva unanime, la determinazione presa all'unanimità avrà immediata efficacia. Altrimenti, si applicheranno le disposizioni dell'art. 14 *quinquies*.

Tuttavia, tale opzione normativa – pur rispettando l'esigenza di un accurato coordinamento con quanto previsto dall'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 – non è coerente con la giurisprudenza comunitaria e nazionale, che ha negato l'applicabilità dell'istituto allorché vengano in rilievo interessi sensibili.

L'applicazione generalizzata del silenzio assenso anche nei procedimenti di tal fatta compromette non solo un'esigenza di maggiore tutela dei suddetti interessi, ma viola il principio del necessario bilanciamento che deve essere rispettato da tutti poteri dello Stato quando vengono in considerazione interessi sensibili.

Il problema della valutazione degli interessi sensibili e della loro resistenza è di estrema delicatezza e complessità. Spesso tali interessi si confrontano o, meglio si scontrano, con altrettanti interessi costituzionalmente protetti come quello al paesaggio, all'ambiente, alla libertà di iniziativa economica, alla salute, ecc.

Il punto di equilibrio rispetto alla ponderazione dei citati interessi è stato ben individuato dalla Corte costituzionale con decisioni particolarmente rilevanti come quella resa sul caso Ilva ¹¹⁰.

¹¹⁰ Corte cost., 9/05/2013, n. 85; Corte cost., 27/07/1982, n. 239; Corte cost., 21/12/1985, n. 359; Corte cost., 5/5/1986, n. 182; Corte cost., 10/10/1998, n. 302, Corte cost., 19/10/1992, n. 393; Corte cost., 12/02/1996, n. 2; Corte cost., 28/06/2004, n. 196, Corte cost., 29/10/1992, n. 272; Corte cost., 23/11/2011, n. 309; Corte cost., 19/11/2012,

In quel caso, la Corte ha affermato che ogni decisione sia legislativa sia amministrativa deve realizzare un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, come quello alla salute (art. 32 Cost.) da cui deriva il diritto all'ambiente salubre e quello al lavoro (art. 4 Cost.), l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali e il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso¹¹¹. La precisazione più rilevante del giudice delle leggi è che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non può essere frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro e se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti che diverrebbe "tiranno"¹¹² nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Pertanto, la qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa 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 assoluto¹¹³. Da

n. 264; Corte cost., 24/06/2004, n. 196 con cui ha chiarito che la "primarietà" della tutela paesaggistica "non legittima un primato assoluto in una scala gerarchica dei valori costituzionali, ma origina la necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario ed 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. Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Ad. plen. 14/12/2001, n. 9, Cons. Stato, sez. VI, 3/07/2012, n. 3893; Cons. Stato, sez. VI, 18/04/2011, n. 2378; Cons. Stato, sez. VI, 22/09/2014, n. 4775.

¹¹¹ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011, 44 ss., 73 ss.

¹¹² Come rileva M. CARTABIA, *Diritto amministrativo e diritti fondamentali*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, Bologna, 2016, 177; E. FREDIANI, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019, 251; L. CASINI, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005, 219.

¹¹³ Corte cost., 9/05/2013, n. 85 per cui il "punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato (...) secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio" del "nucleo essenziale" sotteso a tali valori in gioco. In tale ottica si richiama, altresì, la considerazione per la quale (M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, 254), l'abbandono dell'idea di una "aprioristica sovraordina-

ciò deriva che il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato dal legislatore nella statuizione delle norme e dalla pubblica amministrazione nell'attuazione delle stesse secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale¹¹⁴.

Nella sostanza, gli interessi sensibili come quello al paesaggio, all'ambiente o alla salute non si devono considerare resistenti in assoluto rispetto ad altre valutazioni che hanno alla base ulteriori interessi costituzionalmente protetti.

Per quanto attiene al secondo problema, vale a dire quello relativo al rapporto tra l'art. 14 *bis*, comma 4, l'art. 14 *ter*, comma 7, e l'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990, è necessario premettere che nelle rispettive ipotesi vengono in rilievo procedimenti pluristrutturati e/o pluriprocedimentali facenti capo a più pubbliche amministrazioni. La prima differenza è data dal fatto che la conferenza di servizi, rispetto al 17 *bis*, ha una disciplina molto più specifica e dettagliata, sicché la giurisprudenza ritiene che l'art. 17 *bis* opera in tutte le ipotesi, mentre la disciplina in tema di conferenza di servizi ha una applicazione di natura residuale. L'obiettivo è di evitare che l'art. 17 *bis* vada in contrasto con le norme sulla conferenza di servizi (analogamente a quanto avviene nell'autorizzazione paesaggistica). In altre parole, l'art. 17 *bis*, rapportato alla conferenza di servizi, potrebbe assumere le sembianze di una conferenza di servizi decisoria asincrona; perché in realtà questo meccanismo consente di inviare ad una pubblica amministrazione lo schema di provvedimento (*decidere entro un termine, il quale ritorna all'amministrazione che decide*) è una sorta di conferenza asincrona e non simultanea. La conferenza di servizi asincrona è finalizzata ad evitare la riunione simultanea, rinviando allo schema di provvedimento. Pertanto, è innegabile che l'art. 17 *bis* si applica in prima battuta e che la disciplina della conferenza di servizi è residuale.

zione" dell'interesse ambientale rispetto agli altri interessi rilevanti a livello costituzionale, coincide con allestimento di "uno spazio procedimentale che assicuri una bilanciata ponderazione" tra i valori in gioco in una determinata vicenda decisionale.

¹¹⁴ Su cui ha fatto chiarezza anche Corte Giust. UE, sez. I, 26/05/2011, n. 165, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 1386.

Peraltro, la stessa giurisprudenza cerca sempre di trovare una *ratio*, una compatibilità tra queste norme. Il silenzio-assenso è senz'altro utilizzato come uno strumento della conferenza di servizi, ma il problema è che il silenzio-assenso opera anche per gli interessi sensibili data la non identità della disciplina, perché scattano meccanismi differenti rispetto alla conferenza di servizi, sicché al fine di conciliare le due norme è necessario far prevalere l'una sull'altra. Questo spiega perché la giurisprudenza afferma espressamente che la disciplina sul 17 *bis* è generale, mentre quella relativa alla conferenza di servizi ha un ambito residuale.

Il Consiglio di Stato, a tal proposito, nel parere della Commissione speciale 7/4/2016, n. 890, avente a oggetto lo schema di decreto legislativo di riforma, aveva rilevato che *“si fosse dovuto valutare la necessità di indire una conferenza di servizi laddove si sarebbe potuto agire applicando il meccanismo di cui all'art. 17 bis. Ma la riforma prevede l'obbligatorietà della indizione della conferenza di servizi. Da ciò deriva che l'art. 17 bis e la conferenza di servizi hanno differenti ambiti applicativi. Il 17 bis dovrebbe applicarsi a procedimenti molto semplici in cui sono coinvolte al massimo due amministrazioni (quella procedente e quella che deve esprimere il proprio atto di assenso) mentre la conferenza di servizi verrebbe in rilievo nelle ipotesi in cui gli assensi da acquisire siano riferibili a più pubbliche amministrazioni. Solo in questo modo possono coerentemente convivere le due ipotesi di silenzio assenso”*. Quindi, l'osservazione del Consiglio di Stato avrebbe colto effettivamente nel segno solo se la riforma avesse previsto la facoltatività della indizione della conferenza decisoria. In questo caso, infatti, sarebbe stata rimessa alla discrezionalità della amministrazione l'utilizzazione del silenzio assenso *ex art. 17 bis* o l'indizione della conferenza di servizi, opzione non consentita dalla nuova normativa.

Il Consiglio di Stato, nel parere n. 1640 del 13/07/2016, ha precisato che si forma il silenzio assenso *ex art. 17 bis* quando è necessario acquisire l'assenso di una sola amministrazione, mentre opera la conferenza di servizi (art. 14 e ss.) quando è necessario acquisire l'assenso di due o più amministrazioni ¹¹⁵.

¹¹⁵ Cons. Stato, sez. I *quater*, 20/06/2022, n. 8238.

L'assetto di competenze delineato dall'art. 146, commi 8 e 9, del d.lgs. n. 42/2004 e s.m.i. non può essere stravolto per il solo fatto che l'autorizzazione paesaggistica deve essere acquisita in seno a una conferenza di servizi¹¹⁶, né su di esso può incidere il meccanismo del silenzio assenso tra amministrazioni, disciplinato dall'art. 17

¹¹⁶F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, 255; E. STICCHI DAMIANI, *La conferenza di servizi*, in *Studi in onore di P. Virga*, II, Milano, 1994, 1753; L. TORCHIA, *La conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplificazione*, in *Giornale dir. amm.*, 1997, 676; C. TUBERTINI, *La conferenza di servizi di fronte alla riforma del Titolo V della Costituzione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI (a cura di), *Dal procedimento all'azione amministrativa*, Bologna, Bononia University Press, 2004, 126; G. GARDINI, *La Conferenza di servizi: natura e scopi. L'evoluzione dell'istituto dalla legge 241/90 al regolamento sullo Sportello Unico*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 6/1999, 1275; G. GARDINI, *La conferenza di servizi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2005, 488; I.M.G. IMPASTATO, *La conferenza di servizi "aperta" nel dpr 447 del 1998 ovvero della "semplificazione partecipata"*, in *Dir. amm.*, 2001, 487; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, 1325; G. PASTORI, *Conferenza di servizi e pluralismo autonomistico*, in *Le Regioni*, 1993, 1564; P. BERTINI, *La conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1997, 293; F. CARINGELLA, M. SANTINI, *Il nuovo volto della conferenza di servizi*, in F. CARINGELLA, D. DE CAROLIS, G. DE MARZO (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e 80/2005*, I, Milano, 2005, 32; E. CASSETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, 335; G. COMPORTI, *Conferenza di servizi e ordinamento delle autonomie*, in *Dir. amm.*, 1998, 203; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002, 123; G. CUGURRA, *La semplificazione del procedimento amministrativo nell'art. 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127*, in *Dir. amm.*, 1998, 479; G. FALCON, *Gli accordi tra amministrazioni e tra amministrazioni e privato*, in L. VANDELLI E G. GARDINI (a cura di), *La semplificazione amministrativa*, in *Quaderni della Spisa*, Rimini, 1999. Per un esame della nuova disciplina della conferenza di servizi si veda E. SCOTTI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in *Federalismi.it*, 16/2016; F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, 262; S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 621; D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002; G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in M.A. SANDULLI, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 608. Per l'analisi della conferenza di servizi a seguito della approvazione della legge di delega si vedano E. SCOTTI, *La conferenza di servizi*, in A. ROMANO, (a cura di), *L'attività amministrativa*, Torino, 2015, 458 ss.; M. SANTINI, *La conferenza di servizi dopo la riforma Madia: questioni di (ulteriori) norme o di cultura?*, in *Urb. e app.*, 2016, 129. Si concorda con quanto affermato da E. SCOTTI, *La conferenza di servizi*, in A. ROMANO, (a cura di), *L'attività amministrativa*, Torino, 2015, 458 ss., la quale rileva che la conferenza di servizi si caratterizza per essere un luogo di confronto e di coordinamento, un'arena pubblica di negoziazione e compromesso, in cui semplificazioni, poteri unilaterali e spostamenti di competenze si giustificano

*bis*¹¹⁷ della l. n. 241/1990, atteso che tale meccanismo non riguarda la fase istruttoria del procedimento, ma influisce solamente sulla fase decisoria e, pertanto, non opera nei rapporti interni che intercorrono tra le diverse amministrazioni chiamate a cogestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi¹¹⁸. Analoghe considerazioni valgono con riferimento al meccanismo normato dall'art. 14 *ter*, comma 7, della l. n. 241/1990 e s.m.i.

in un percorso di ricomposizione unitaria dell'interesse pubblico concreto, altrimenti impedito nel suo stesso emergere dalla contrapposizione tra interessi pubblici particolari. E da ciò ricava che questi caratteri non si individuano nella conferenza semplificata.

Negli ultimi anni l'ordinamento comunitario ha fatto della semplificazione dell'azione amministrativa lo strumento per l'affermazione delle libertà di stabilimento, di cui agli artt. 49 e 56 TFUE. La direttiva "relativa ai servizi nel mercato interno" (2006/1234 CE), ha imposto agli Stati membri l'adozione di principi di semplificazione amministrativa, in particolare mediante la limitazione dell'obbligo di autorizzazione preliminare, ai casi in cui essa è indispensabile e l'introduzione del principio della tacita autorizzazione da parte delle autorità competenti allo scadere di un determinato termine, al fine di ovviare a una delle principali difficoltà incontrate, soprattutto dalle PMI, nell'accesso alle attività di servizi e nel loro esercizio; F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla legge Madia*, in *Federalismi*, 2015. Sul punto si veda anche M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in materia di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in *Federalismi*, 2015. Non altrettanto critico è F. SCALIA, *Il silenzio assenso nelle materie c.d. sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, 11 secondo il quale tale disposizione riporta a coerenza il sistema considerato che, anche in sede di conferenza di servizi, è previsto il meccanismo procedimentale del silenzio assenso.

¹¹⁷ Sul problema del rapporto fra le due norme si vedano E. SCOTTI, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 566; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale* "successivo all'introduzione del rito speciale sul silenzio da parte della legge 205/2000", in *Dir. proc. amm.*, 2002, 68, in www.giustiziaamministrativa.it. A tal proposito si vedano F. APERIO BELLA, *Il silenzio assenso*; C. cost., 9/5/2013, n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, 1494; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 525.

¹¹⁸ Sull'influenza del meccanismo del silenzio assenso nella sola fase decisoria e non anche in quella istruttoria cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14/7/2020, n. 4559, in *Rivista giur. dell'edilizia*, 2020, 5, 1269 ss. In generale, sul meccanismo del silenzio assenso cfr., in dottrina, *ex multis*, A. DEL PRETE, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: profili critici e problematici*, in *Riv. giur. edilizia*, 2018, 3, 705 ss.; G. MARI, "Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.aa. e nella conferenza di servizi", *ivi*, 2017, 5, 305 ss.; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, 4, 699 ss.; M. SINISI, *L'autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (d.p.r. 13 febbraio 2017 n. 31): la "questione aperta" del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 4, 235 ss.

Pertanto, il silenzio assenso non può essere applicato in maniera netta alla autorizzazione paesaggistica, perché si avrebbero anche problemi di compatibilità con la conferenza di servizi, in cui le autorità preposte alla tutela ambientale e paesaggistica esprimono valutazioni tecniche, ma in tal caso, queste autorità non vengono surrogate con un mero silenzio assenso poiché si attiva il meccanismo del dissenso qualificato dell'art. 14 *quinquies*. Tutto questo meccanismo dimostra che il silenzio-assenso non opera in maniera automatica. Il sistema sarebbe incompatibile se da un lato operasse in maniera netta e dall'altro no. Evidentemente, per dare compatibilità al sistema, occorre che l'art. 17 *bis* operi in maniera rigida solo se la valutazione non è specialistica e tecnica.

14. La tesi giurisprudenziale che riafferma il carattere vincolante del parere tardivo della Soprintendenza per silenzio assenso orizzontale di cui all'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990

Le ragioni per cui si è avvertita la necessità di accennare al regime degli atti tardivi della pubblica amministrazione, intervenuti in seguito alla scadenza del termine previsto dalla legge per l'esercizio del potere amministrativo, derivano dal fatto che la giurisprudenza amministrativa è tornata ad affermare che il parere della Soprintendenza, anche dopo il decorso del termine legale, continui ad avere natura vincolante *per silentium*¹¹⁹. Lo ha affermato il T.a.r. della Sardegna con la sent. 8/6/2017, n.

¹¹⁹ Sull'argomento in dottrina, L. RICCI, *Parere vincolante della Soprintendenza ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica di cui agli articoli 167 e 181 del d.lgs. n. 42/2004*, in *Riv. giur. edilizia*, fasc. 3, 2012, 127 ss.; G. MARI, *'Primarietà' degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.aa. e nella conferenza di servizi*, in *Rivista giur. dell'edilizia*, 2017, 305 ss.; G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimenti e procedimentali della p.a.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 199; G. MARI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 853 ss.; N. POSTERARO, *Autorizzazione alla realizzazione di strutture sanitarie, verifica di compatibilità regionale e silenzio assenso tra PP.AA.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 2.

394¹²⁰, che ha precisato quali sono le conseguenze nel caso in cui gli enti di tutela del paesaggio, ovvero le Soprintendenze, non esprimano il loro parere entro i termini previsti dal Codice dei beni culturali e del paesaggio per le procedure di autorizzazione paesaggistica. Nel caso in cui si verifichi tale circostanza, l'inerzia della Soprintendenza si risolve in senso favorevole per l'istante, e, di conseguenza, la Regione è tenuta a rilasciare l'autorizzazione paesaggistica in conformità al parere positivo della Soprintendenza, da ritenersi vincolante anche nei casi in cui si sia formato per silenzio assenso, non potendo rimettere in discussione il risultato procedimentale a cui si è pervenuti.

In realtà, la predetta tesi è suscettibile di critica per svariate ragioni di ordine logico e giuridico. Consentire l'operare del meccanismo del silenzio assenso, con conseguente carattere vincolante del provvedimento tacito di accoglimento (*alias* silenzio assenso), finirebbe per integrare una insanabile contraddizione logica.

In tema di tutela del paesaggio, il provvedimento autorizzatorio deve avere forma espressa, atteso che il silenzio dell'amministrazione preposta

¹²⁰ Se la Soprintendenza non si esprime nel termine di legge, la Regione (o il Comune delegato) è obbligata a rilasciare l'autorizzazione paesaggistica. È quanto ha stabilito il T.a.r. Sardegna nell'ambito di una innovativa sentenza (sez. II, 8/6/2017, n. 394), che risolve a favore di un privato una articolata controversia relativa ad un intervento in area soggetta a vincolo paesaggistico.

Il T.a.r. Sardegna ha evidenziato in particolare che:

- il parere che il Soprintendente è chiamato a rendere nell'ambito del procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, salvo casi particolari, è vincolante per l'amministrazione che procede (Regione o Comune delegato) (art. 146, comma 5, d.lgs. n. 42/2004);

- qualora il Soprintendente non si esprima nel termine di 45 giorni dalla ricezione degli atti, trova applicazione l'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 (inserito dalla Legge 124/2015) che prevede la formazione del silenzio assenso fra pubbliche amministrazioni: il silenzio assenso si cristallizza a seguito dell'inerzia protrattasi oltre i 45 giorni;

- l'amministrazione procedente, di conseguenza, per la natura vincolante del parere favorevole del Soprintendente, è tenuta al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Il T.a.r. Sardegna, dunque, aderisce all'interpretazione già fornita dall'Ufficio legislativo del Ministero dei beni culturali, secondo la quale il silenzio assenso dell'art. 17 *bis* Legge 241/1990 trova applicazione non solo nel procedimento semplificato di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica (art. 11 d.P.R. n. 31/2017), ma anche nell'ambito di quello ordinario (art. 146 d.lgs. n. 42/2004 Autorizzazione paesaggistica: il silenzio assenso si applica anche nel procedimento ordinario) ed anzi porta ulteriormente avanti il ragionamento stabilendo che l'applicazione del silenzio assenso comporta l'obbligo per l'ente locale di rilasciare un provvedimento favorevole.

alla tutela del vincolo non può avere valore di assenso stante la necessità di valutare da parte dell'Amministrazione. equilibri diversi e tenere conto del concorso di competenze statali e regionali, ma soprattutto, della natura costituzionalmente rilevante del paesaggio.

Del resto, la previsione di una tutela concorrente della Soprintendenza e dell'ente territoriale in materia paesaggistica cela il chiaro intento legislativo di porre sullo stesso piano, se non addirittura su un piano prevalente, la valutazione di merito di pertinenza dell'Autorità statale che deve per forza di cose e, secondo il dettato dell'art. 2 della l. n. 241/1990, avere una forma espressa e scritta¹²¹ e quella della Regione (o dell'ente delegato). In altri termini, la tutela del paesaggio e delle bellezze naturali è affidata, nelle intenzioni del legislatore del paesaggio, ad un sistema di intervento pubblico basato su una compartecipazione di competenze statali e regionali, in una attuazione legislativa di equilibri diversi, con l'osservanza in ogni caso del principio di una equilibrata concorrenza e cooperazione tra le due competenze in relazione ai momenti fondamentali della disciplina stabilita a protezione del paesaggio¹²².

In particolare, l'equiparazione dell'inerzia a un provvedimento tacito di accoglimento, al fine di preservare la natura vincolante del parere tardivo, non è convincente anche perché viene snaturato, comunque, il potere decisorio di gestione del vincolo paesaggistico, facente capo a due apparati distinti. Diversamente dal regime transitorio dell'art. 159, d.lgs. n. 42/2004, la disciplina dettata dall'art. 146, comma 5, d.lgs. n. 42/2004, prevede che l'autorità si deve pronunciare previo parere (espressamente qualificato come) vincolante della Soprintendenza. Tale parere, attesa la sua vincolatività, assume carattere sostanzialmente decisorio. In considerazione del rilevante apporto decisionale, si richiede una compiuta esposizione da parte della Soprintendenza delle eventuali ragioni giuridiche ostative al rilascio dell'autorizzazione. In altri termini, nell'adozione del suddetto parere, la Soprintendenza esercita valutazioni connotate da un'ampia discrezionalità che, allorquando si traducono in considerazioni

¹²¹ T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16/04/2012, n. 382; Cass. Penale, sez. III, 28/05/2004 (ud. 28/05/2004, dep. 04/10/2004), n. 38707; Corte cost. 17/12/1997, n. 404; Corte cost. 12/02/1996, n. 26 e Corte cost. 10/03/1988, n. 302.

¹²² Corte cost. 17/12/1997, n. 404; Corte cost. 12/02/1996 n. 26 e Corte cost. 10/03/1988, n. 302.

del tutto negative sulla proposta di autorizzazione, condizionano l'adozione del provvedimento finale da parte dell'ente procedente al punto tale da non potersene discostare. Orbene, la qualificazione giuridicamente vincolante del parere tardivo formatosi per *silentium* è una forzatura del tutto priva di rilevanza giuridica poiché l'effetto che si produce in siffatte ipotesi è quello di legittimare una inefficienza dell'attività amministrativa, vale a dire un comportamento omissivo dell'amministrazione di fronte a specifici doveri di provvedere, di emanare un atto e di concludere il procedimento con l'adozione di un provvedimento espresso entro un termine prestabilito (art. 2, commi 1 e 5, l. n. 241/1990, art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42/2004) quando si tratti di atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale, il paesaggio, l'ambiente, la difesa nazionale, vale a dire atti relativi a interessi costituzionalmente rilevanti.

Nel caso di specie, siamo di fronte ad uno dei casi espressamente individuati dal legislatore in cui non si forma il silenzio assenso. Tuttavia, l'aspetto che più rileva è dato dal fatto che il silenzio assenso della Soprintendenza non avrebbe altro significato se non quello di cristallizzare la natura vincolante del parere anche dopo la scadenza del termine di legge.

Questo modo di ragionare, però avrebbe delle ripercussioni anche sul meccanismo atipico di cogestione voluto dal legislatore. Infatti, si è evidenziato, nella prima parte della ricerca, che la funzione autorizzatoria, pur essendo attribuita espressamente alla Regione (art. 146, comma 5), di fatto finisce di essere determinata dalla Soprintendenza perché con il suo parere obbligatorio e vincolante configura il contenuto dell'autorizzazione paesaggistica pur formalmente rilasciata dalla Regione (o dall'ente delegato). Tuttavia, la *ratio* sottesa alla norma fa pensare ad una cogestione del vincolo che non è concorrente, ma cadenzata in due momenti temporali differenti, precedente (parere tempestivo) e successivo (parere tardivo) al termine "ordinatorio" di 45 giorni.

Nella prima parte del procedimento paesaggistico, la cogestione è apparente perché la Regione non può discostarsi dal parere obbligatorio e vincolante della Soprintendenza se viene reso nel termine di legge: il parere in questa prima fase ha natura provvedimentale anche perché in capo alla Soprintendenza è previsto l'obbligo di comunicare il preavviso di rigetto. In definitiva, la Regione, o l'ente delegato, formalmente emana l'autorizzazione paesaggistica, ma sostanzialmente chi decide è l'autorità statale.

Nella sequenza temporale successiva, ovvero nel caso in cui la Soprintendenza non adotti il parere nel rispetto del termine legale, la funzione decisoria spetta formalmente e sostanzialmente alla Regione (od ente delegato). In altri termini, dopo il decorso del termine di legge, il parere della Soprintendenza cessa di avere natura vincolante e, quindi, provvedimentale e si riepanda la natura endoprocedimentale del parere che potrà essere tenuto o meno in considerazione, come atto istruttorio, dalla Regione che, non essendo più vincolata al parere soprintenzio, potrà decidere se accogliere o meno la richiesta del privato con il rilascio del provvedimento autorizzativo.

L'istituto del silenzio provvedimentale, inoltre, come sostenuto anche dalla Corte costituzionale, deve ritenersi "ammissibile in riferimento ad attività amministrative nelle quali sia pressoché assente il tasso di discrezionalità"¹²³.

La trasposizione di tale modello nei procedimenti caratterizzati da un'ampia discrezionalità valutativa¹²⁴ da parte delle autorità decidenti,

¹²³ Corte cost., sent. 6/7/2012, n. 171; Cons. Stato, Ad. Plen., 27/7/2016, n. 17; Corte cost., 1/07/1992, n. 306 e 307, in *Foro it.*, 1993, 332. Nello stesso senso si veda anche la pronuncia Corte cost., 27/07/195, n. 408, in *Giur. cost.*, 1995, 2900. T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 12/11/2019, n. 1521; Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd. 27/07/2020, n. 681. La Corte costituzionale (sent. 6/7/2012, n. 171), in riferimento all'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., ha affermato che la tutela dell'ambiente non è un "materiale" in senso tecnico, perché è da intendere come valore costituzionalmente protetto, una sorta di "materia trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, anche regionali; fermo restando che allo Stato spettano le determinazioni rispondenti a esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale, con la conseguenza che l'intervento regionale è possibile soltanto in quanto introduca una disciplina idonea a realizzare un ampliamento dei livelli di tutela e non derogatoria in senso peggiorativo (*ex multis*: sentenze 22/7/2011, n. 235; 23/1/2009, n. 12; 22/7/2009, n. 225; T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. II, 08/06/2017, n. 394).

¹²⁴ Il parere della Soprintendenza, previsto dal sistema autorizzatorio paesaggistico, si configura nell'attuale assetto normativo come un atto a contenuto decisivo, attraverso il quale il Soprintendente deve esprimere, non più *ex post*, ma in via preventiva, un giudizio di natura tecnico discrezionale sulla conformità dell'intervento con le previsioni del piano paesaggistico; inoltre, richiedendo l'applicazione di cognizioni tecniche specialistiche proprie di settori specifici, come quelli della storia, dell'arte e dell'architettura, la stessa valutazione si connota in termini di ampia discrezionalità. Cons. Stato, sez. IV, 05/05/2020, n. 2847; Cons. Stato, sez. II, 15/09/2020, n. 5451; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, 04/09/2020, n. 1643; Cons. Stato, sez. VI, 23/7/2018, n. 4466. Cons. Stato, sez. VI, 20/04/2020, n. 2515; T.a.r. Abruzzo, Pescara, sez. I, 26/04/2016, n. 159. T.a.r. Umbria, Perugia, sez. I, 02/03/2020, n. 131; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 22/03/2016, n. 3549;

come quello in materia di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, finisce per incidere sull'essenza stessa della competenza statale, alterando il predetto modello di gestione del vincolo paesaggistico¹²⁵.

Il meccanismo decisionale del silenzio-assenso è costituzionalmente ammissibile in relazione ad ipotesi in cui all'amministrazione compete unicamente il riscontro di condizioni predeterminate per il rilascio del titolo richiesto dal privato e purché tale meccanismo non impedisca – anche solo di fatto – all'amministrazione stessa di esercitare le funzioni di cura dell'interesse pubblico. E ciò, in particolare, con riguardo alla tutela del paesaggio, dell'ambiente e della salute in quanto valori particolarmente tutelati dagli artt. 9 e 32 della Costituzione¹²⁶.

La tesi giurisprudenziale in esame, inoltre, si pone in contrasto con il dato normativo in materia di paesaggio, in particolare, con la previsione normativa dell'art. 146, comma 9, del d.lgs. n. 42/2004. Infatti, il legislatore non ha attribuito alcun significato positivo o negativo all'inerzia dell'autorità statale. L'eventuale superamento del termine di quarantacinque giorni non determina la perdita del relativo potere da parte dell'organo statale periferico, L'unica conseguenza collegata al comportamento inerte è la previsione espressa dell'istituto del silenzio devolutivo¹²⁷ in

T.a.r. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 26/11/2015, n. 527; Cons. Stato, sez. VI, 16/03/2018, n. 1675.

¹²⁵ Si è sostenuto che il diniego dell'amministrazione preposta all'intervento di modificazione del paesaggio esclude l'esigenza del "doppio controllo", ossia la necessità di una seconda valutazione rimessa alla Soprintendenza, essendo peraltro difficile ipotizzare che quest'ultima, titolare della funzione di conservazione e protezione del paesaggio, possa esprimersi favorevolmente a fronte di un diniego (o proposta negativa) dell'amministrazione locale in ragione della mancata conformità dell'intervento proposto con le prescrizioni contenute nel Piano paesaggistico regionale. Tale principio è stato confermato dal MIBAC con parere n. 23231 del 27/9/2018. il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, nella propria circolare del 20/7/2016, prot. n. 21892.

¹²⁶ Corte cost., 1/07/1992, n. 306 e 307, in *Foro it.*, 1993, 332. Nello stesso senso si veda anche la pronuncia Corte cost., 27/07/195, n. 408, in *Giur. cost.*, 1995, 2900.

¹²⁷ Art. 146, comma 9, d.lgs. n. 42/2004: 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. (...).

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

quanto la competenza viene attribuita ad un'altra autorità che, nel caso di specie, è l'ente procedente tenuto al rilascio del provvedimento autorizzatorio, ma senza compromettere l'attività valutativa dell'autorità statale che può essere esercitata pure tardivamente. L'eventuale superamento del termine di quarantacinque giorni non determina né la perdita del relativo potere da parte dell'organo statale periferico, né alcuna ipotesi di silenzio significativo¹²⁸ salvo che la legge non preveda un'espressa sanzione per il loro superamento (il che nel caso di specie non è avvenuto).

15. L'interpretazione estensiva del parere del Consiglio di Stato e della circolare del MIBACT – con parere n. 23231 del 27 settembre 2018 – sull'operatività del meccanismo del silenzio assenso procedimentale anche al parere tardivo del Soprintendente

Il principio affermato dal T.a.r. Cagliari nella sent. n. 394/2017¹²⁹ assume particolare rilevanza in quanto concerne il tema, tutt'ora oggetto di dibattito, dell'applicazione del silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni ai procedimenti di tutela dei beni paesaggistici dopo la legge Madia¹³⁰.

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.

¹²⁸ La dottrina prevalente considerava come silenzio assenso tutte le situazioni nelle quali, in base a una norma, alla scadenza del termine entro il quale l'autorità amministrativa doveva emanare un determinato atto, si produceva un effetto giuridico positivo di rilevanza sostanziale. O. RANELLETTI, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1984, 363; D. DONATI *Atto complesso, autorizzazione e approvazione*, Modena 1903, 70 (ora in *Scritti di diritto pubblico*), vol. I, Padova, 1966, 389 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo, 1911-1914*; U. FORTI, *I Controlli sull'amministrazione locale*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, II, Napoli 1921, 107; C.F. FERRARIS, *Diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 1922, 230; U. FORTI, *Il silenzio della pubblica amministrazione ed i suoi effetti processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, 127; G. VITTA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1933, 334.

¹²⁹ Il principio secondo il quale, in applicazione dell'art. 17 bis, della l. n. 241/1990, debba intendersi a tutti gli effetti acquisito l'assenso della Soprintendenza alla proposta favorevole al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica. T.a.r. Sardegna, Cagliari nella sent. n. 394/2017.

¹³⁰ M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di*

La riforma Madia del 2015, come è stato illustrato nei paragrafi precedenti, ha introdotto nella l. n. 241/1990 una ulteriore tipologia di silenzio assenso, definita anche endoprocedimentale: quello tra amministrazioni pubbliche o tra queste e gestori di servizi pubblici.

In particolare, la sopraccitata sentenza¹³¹, rappresenta una delle prime pronunce in Italia con cui si afferma che la nuova disciplina procedimentale di cui all'art. 17 *bis*¹³², della l. n. 241/1990 trova immediata applicazione e prevale sulle discipline settoriali dei procedimenti di tutela dei beni culturali e di quelli paesaggistici, previste nel d.lgs. n. 42/2004, in virtù del principio dell'abrogazione implicita, poiché regola l'intera materia già disciplinata dalla precedente. A differenza del silenzio assenso provvedimentale, l'istituto del silenzio assenso endoprocedimentale¹³³ si

velocità nelle accelerazioni procedimentali, in *Urb. e app.*, 7/2016, 768; G. VESPERINI, *La riforma della pubblica amministrazione. Le norme generali sulla semplificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 629 ss.

¹³¹ Di recente l'orientamento estensivo viene confermato dal T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 1705/2019 che applica il silenzio assenso orizzontale nel procedimento di accertamento della compatibilità paesaggistica con fase codecisoria pluristrutturata ex art. 167 del d.lgs. n. 42/2004.

¹³² F. MARTINES, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. n. 214/1990*, in *Dir. amm.*, fasc. 3, 1/09/2018, 747.

¹³³ Sull'istituto del silenzio assenso, vedasi F.G. SCOCA, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amministrativi regionali, Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1985, I, 236 ss.; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione: la ricostruzione dell'istituto in una prospettiva evolutiva*, in V. PARISIO (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata*, Milano, 2002, 3 ss.; E. BOSCOLO, *Il perimetro del silenzio assenso tra generalizzazioni, eccezioni per materia e norme previgenti*, in *Urb. e app.*, 2009, 4, 454 ss.; V. PARISIO, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in M. CLARICH, G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario del diritto amministrativo*, Milano, 2006; Id., *Silenzio della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (A cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5550 ss.; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *www.giustamm.it*, 2016; M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: avversari o alleati?*, in *Foro amministrativo*, 2006, 1057; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 15 maggio 2005, n. 80*, in *Diritto Amministrativo*, 2006, 89 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, in V. CERULLI IRELLI, (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 265 ss.; F. MARTINES, *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra le pubbliche*

applica nei procedimenti tra amministrazioni pubbliche, nei procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti normativi ed amministrativi che prevedano atti di assenso, concerto o nulla osta comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche¹³⁴, ossia in buona sostanza, per tutti i procedimenti amministrativi. La disposizione prevede che tali atti di assenso debbano intendersi implicitamente acquisiti qualora siano decorsi trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato dalla relativa documentazione da parte dell'amministrazione procedente.

Il legislatore, al comma 3 del predetto articolo, estende l'applicazione del modulo procedimentale appena descritto anche ai casi in cui sia 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 (i c.d. interessi sensibili), prevedendo però in tali casi il più lungo termine di novanta giorni (fatti salvi i termini diversi previsti dalla disciplina di settore¹³⁵, come ad esempio quello più breve di quarantacinque giorni previsto dall'art. 146 d.lgs. n. 42/4004 per il parere della soprintendenza nel procedimento di autorizzazione paesaggistica)¹³⁶. Come si può vedere, la differenza so-

amministrazioni introdotto dall'art. 17-bis della legge n. 241/1990, Dir. amm., fasc. 3, 1/9/2018, 247.

¹³⁴ S. AMOROSINO, *Il nuovo regolamento di liberalizzazione e semplificazione delle autorizzazioni paesaggistiche (d.p.r. n. 31/2017)*, cit., 333; P. CARPENTIERI, *La tutela dei beni culturali, paesaggistici e ambientali nelle riforme della l. n. 124 del 2015*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2016, 3, 40 ss.; G. MARI, *La rilevanza della disciplina del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti relativi ai titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizia. Considerazioni a margine di una recente circolare del MIBACT*, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 83; M. SINISI, *L'autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (d.p.r. 13/02/2017, n. 31: la "Questione Aperta" del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. edilizia*, fasc. 4, 1/8/2017, 235.

¹³⁵ MIBACT, circolare del 10/11/2015, prot. n. 27158.

¹³⁶ A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 319 e ivi M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Il silenzio assenso*, Milano, 2017, 972.; G. MARI, *La rilevanza della disciplina del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti relativi ai titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizia. Considerazioni a margine di una recente circolare del Mibact*, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 3, 69 ss.; G. MARI, *Autorizzazioni preliminari e titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizi, la conferenza di servizi e il silenzio assenso id cui agli artt. 17-bis e 20 l. n. 241/1990*, in AA.VV., *Semplificazione e trasparenza amministrativa: esperien-*

stanziale tra interessi a tutela ordinaria e quelli a tutela rinforzata si sostanzia soltanto nella differenziazione del termine per la formazione del silenzio assenso, trenta giorni per gli interessi a tutela ordinaria e novanta per quelli a tutela rinforzata.

Tale disposizione, pur non essendo ancora stata approfondita dalla dottrina, merita particolare attenzione per la sua potenziale estensione a quei procedimenti che hanno ad oggetto interessi costituzionalmente tutelati, i quali oggi in base alle novità introdotte dalla riforma Madia riceverebbero una tutela più attenuata, rispetto a quella che il legislatore continua a garantire agli stessi interessi allorquando si tratti di procedimenti intercorrenti tra le pubbliche amministrazioni e i privati (art. 20, comma 4 della l. n. 241/1990).

Infine, il quarto e ultimo comma del suddetto articolo prevede un'unica espressa eccezione al silenzio significativo riguardante i casi in cui l'ordinamento eurocomunitario richieda l'adozione di provvedimenti espressi. Sulla scorta del suindicato quadro normativo ha preso forma il convincimento del Tar Cagliari, peraltro, confermando implicitamente anche la piena legittimità degli indirizzi applicativi emanati dal MIBACT con circolare del 10 novembre 2015, prot. n. 27158.

La circolare¹³⁷ in questione, dopo aver premesso che l'istituto del silenzio assenso, di natura endoprocedimentale, nasce quale forma di semplificazione amministrativa, finalizzata a garantire il buon andamento per mezzo di un'accelerazione dell'attività amministrativa, fornisce dei chiarimenti in merito alla esatta individuazione del termine allo scadere del quale scatta automaticamente il silenzio assenso. In particolare, oggetto di attenzione è il comma 3 dell'art. 17 *bis* (secondo periodo) che relativamente ai procedimenti volti alla cura degli interessi sensibili, tra cui quello paesaggistico, evidenzia che “*in tali casi, ove disposizioni di legge*

ze italiane ed europee a confronto, Atti dei convegni Strategie di contrasto alla corruzione: l. 06/11/2012 n. 190 e s.m.i. e Titoli abilitativi edilizi, Sblocca Italia e Decreti del Fare, svoltisi a Napoli, Università Federico II, il 25/6/e il 6/7/2015, ed organizzati dal Centro Interdipartimentale di ricerca Laboratorio di Urbanistica e di Pianificazione Territoriale “Raffaele D’Ambrosio” (L.U.P.T.), Editore Edicampus, 2016, 39 ss.

¹³⁷ In particolare, univoche e ripetute indicazioni in tale senso provengono dal capo dell'ufficio legislativo del Ministero per i beni e le attività culturali, con le direttive n. 27158 del 10/11/2015, n. 21892 del 20/07/2016 e n. 11688 dell'11/04/2017, nonché con i pareri n. 1293 del 19/01/2017 e n. 23231 del 27/09/2018.

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".

Secondo il MIBACT, la locuzione "termine diverso", adoperata dalla legge, fa sì che restino in vigore e prevalgano, in quanto norme speciali, secondo la riferita opzione interpretativa, quelle che prevedono non solo termini più lunghi (rispetto al termine generale di novanta giorni), ma anche quelle che prevedono termini speciali più brevi come, ad esempio, il termine di quarantacinque giorni previsto per il parere del Soprintendente nell'ambito del procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica a regime, in base all'art. 146, comma 8, del Codice oppure il termine di trenta giorni per il medesimo procedimento nel caso di interventi di lieve entità, ai sensi e per gli effetti del d.P.R. n. 139/2010.

La circolare precisa, infine, che trova applicazione il nuovo art. 17 *bis* in tutti i casi in cui la domanda provenga da una pubblica amministrazione, anche se tale domanda abbia ad oggetto un'autorizzazione paesaggistica e il destinatario finale dell'atto, titolare della posizione soggettiva condizionata al previo atto di assenso, sia un privato, a nulla rilevando che la domanda di quest'ultimo sia veicolata dallo sportello unico comunale.

Quindi anche il Ministero per i Beni Culturali conferma che la nuova disciplina trova piena applicazione anche alla materia del paesaggio notoriamente sottratta in precedenza a misure di semplificazione amministrativa¹³⁸.

Tale convincimento, infine, è stato successivamente confermato dal Consiglio di Stato, con parere del 13 luglio 2016, n. 1640, secondo il quale il silenzio assenso c.d. "orizzontale" opera in tutti i procedimenti che prevedano una fase codecisoria necessaria di competenza di altra amministrazione e, quindi, è applicabile anche ai pareri vincolanti e non, invece, a quelli puramente consultivi (non vincolanti), che rimangono assoggettati alla diversa disciplina degli artt. 16 e 17 della l. n. 241/1990. Il Consiglio di Stato conclude affermando che il silenzio assenso, di cui

¹³⁸ Il Codice del paesaggio del 2004 ha abrogato le norme sul silenzio assenso introdotte dalla riforma c.d. "Bassanini" di cui alla l. n. 127/1997, art. 12, commi 5 e 6, della l. n. 127/1997, recepite dall'art. 24 del d.lgs. n. 490/1999); M.A. Sandulli, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019, 20.

all'art. 17 *bis*, non si applica quando sono implicati rapporti “verticali” tra pubbliche amministrazioni e privati, anche qualora tale rapporto sia mediato dagli stessi uffici della pubblica amministrazione¹³⁹. Quanto appena evidenziato è stato recentemente sostenuto anche recentemente dalla Corte di Cassazione¹⁴⁰ che ha affermato che nel procedimento c.d. “verticale” o “monostrutturato”, nel quale la domanda proviene direttamente dal privato e non da amministrazioni pubbliche, resta, applicabile l'art. 20 della l. n. 241/1990, che esclude espressamente, al comma 4, il silenzio assenso per gli “atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico.

In definitiva, le ragioni che sono alla base dell'interpretazione estensiva favorevole dell'operatività del silenzio assenso, resa dal Consiglio di Stato, sono di natura eurocomunitaria, costituzionale e sistematica. Per quanto riguarda la prima ragione 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, introduce 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). La seconda ragione, di natura costituzionale, ricollega il meccanismo di semplificazione al principio di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., inteso nell'ottica di assicurare il ‘primato dei diritti’ della persona, dell'impresa e dell'operatore economico. Infine, la terza ragione, di natura sistematica, risiede nel principio di trasparenza (anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost.) che oramai, specie dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 25/5/2016, n. 97, informa l'intera attività amministrativa come principio generale.

¹³⁹ Commissione Speciale del Consiglio di Stato del 23 giugno, parere n. 1640/2016, depositato in data 13/7/2016.

¹⁴⁰ Corte di Cassazione, sez. III pen., del 9/06/2019, n. 15523.

16. Le ragioni di natura comunitaria, costituzionale e sistematica ostative all'applicazione del silenzio assenso orizzontale al parere tardivo della Soprintendenza nel procedimento di valutazione della compatibilità paesaggistica nonostante l'interpretazione estensiva fornita dal Consiglio di Stato in sede di attività consultiva e dal MIBACT

La generale estensione del silenzio assenso anche agli “atti di assenso, concertati o nulla osta comunque denominati” delle amministrazioni preposte alla tutela del paesaggio (art. 17, comma 3 della l. n. 241/1990), rappresenta una scelta che, anche se accolta con favore dal Consiglio di Stato e dal MIBACT, non può essere applicata anche al parere tardivo della Soprintendenza *ex art.* 146, commi 8 e 9 del d.lgs. n. 42/2004. Le stesse ragioni di natura eurocomunitaria, costituzionale e sistematica individuate dal Consiglio di Stato inducono, invece, a ritenere che il nuovo meccanismo di semplificazione¹⁴¹ del silenzio assenso non possa qualificare in senso positivo il parere tardivo del Soprintendente.

In primo luogo, una delle ragioni ostative è data proprio dalla incompatibilità dell'operatività del silenzio assenso con il diritto della Unione europea e con la giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁴², che sembrano

¹⁴¹ M. RENNA, *Le semplificazioni amministrative (nel decreto legislativo n. 152/2006)*, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, 649; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.4, 1/12/2017, 699; M. SINISI, *Autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (d.p.r. 13 febbraio 2017 n. 31): La “questione aperta” del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. edilizia*, fasc. 4, 1/8/2017, 235.

¹⁴² Corte Giust., 28/02/1991, C-360/87, Commissione c. Repubblica Italiana, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, in cui il Giudice europeo ha affermato che “il rifiuto, la concessione o la revoca delle autorizzazioni devono risultare da un provvedimento esplicito e seguire regole procedurali precise, nelle quali venga rispettato un determinato numero di condizioni necessarie, dalle quali sorgono diritti e obblighi in capo ai singoli. Ne consegue che una autorizzazione tacita non può ritenersi compatibile con le prescrizioni della direttiva, tanto più che una siffatta autorizzazione non consente la realizzazione di indagini preliminari, né di indagini successive e di controlli”. Si tratta della prima pronuncia in materia, che ha riguardato una legge italiana (l. n. 319/1976, c.d. legge Merli) che prevedeva un'autorizzazione provvisoria tacita in materia di scarichi. In tale caso, la Corte ha ritenuto che, data la delicatezza degli interessi

spesso confermare che l'interesse all'ambiente sia di tale importanza da richiedere sempre un'espressa valutazione da parte delle autorità. Il principio della tacita autorizzazione (ovvero la regola del silenzio assenso), introdotto dalla direttiva Bolkestein 2006/123, contrariamente a quanto sostenuto dal Consiglio di Stato, pur dimostrando come anche in ambito europeo sia sempre più avvertita l'esigenza di introdurre rimedi semplificanti per neutralizzare gli effetti negativi dell'inerzia dell'Amministrazione, riguarda la sola materia della tutela della concorrenza.

Un'altra ragione si desume implicitamente dal quarto e ultimo comma dell'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 che ha previsto, in relazione al rapporto tra la nuova disciplina del silenzio assenso e il diritto comunitario, una c.d. clausola di salvaguardia, la quale esclude l'applicazione dell'istituto disciplinato dai commi precedenti "nei casi in cui disposizioni di diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi". Questa previsione normativa, pur confermando un principio di portata generale quale quello della primazia del diritto dell'Unione europea, può, allo stesso tempo, essere richiamata per escludere l'applicazione del silenzio assenso in materia paesaggistica, visto e considerato che il riferimento al diritto dell'Unione europea va inteso come evocativo dell'intero ordinamento comunitario, comprensivo dei principi elaborati dalla relativa giurisprudenza in materia ambientale. In altri termini, il legislatore nazionale, con la suddetta disposizione normativa, pur non avendo la necessità di riconfermare il principio generale della primazia del diritto comunitario sul diritto interno, implicitamente conferma la non operatività del silenzio assenso in materia di paesaggio e la profonda incertezza della generalizzazione del silenzio assenso anche ai c.d. interessi sensibili.

La seconda ragione, quella di natura costituzionale, è data dal fatto che la previsione di questo istituto, volto a snellire lo svolgimento dell'attività amministrativa, è incompatibile con la giurisprudenza della Corte costituzionale. Invero, la Corte¹⁴³ ha ripetutamente affermato che il si-

protetti, è sempre necessario un provvedimento espresso che dia conto dell'istruttoria svolta e del bilanciamento effettuato.

¹⁴³ Corte cost., 17/12/1997, n. 404, in *Foro amm.*, 1998, 1321; Corte cost., 10/03/1998, n. 302, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1390; Corte cost., 1/07/1992, n. 307, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 505; Corte cost. n. 196/2004, in *www.federalismi.it*, n. 1/2014; Corte cost., 19-27/04/1993,

lenzio dell'amministrazione, preposta alla conservazione e alla tutela del vincolo ambientale, non può avere valore di assenso. In particolare, la Corte ha sostenuto che per il paesaggio opera il principio fondamentale, risultante da una serie di norme in materia ambientale, della necessità di una pronuncia esplicita. Il valore di taluni interessi, intesi come primari ed assoluti, implica quindi l'indefettibilità di una verifica espressa della compatibilità dell'intervento con le esigenze di conservazione e protezione del bene tutelato. La protezione di un interesse primario, quale quello paesaggistico richiede lo svolgimento di un'accurata e approfondita attività istruttoria, caratterizzata da un ampio margine valutativo. A tal proposito, la Corte costituzionale ha anche affermato che l'istituto del silenzio assenso non può ritenersi compatibile con i principi di buon andamento della pubblica amministrazione, in presenza di procedimenti complessi, caratterizzati da un alto tasso di discrezionalità¹⁴⁴.

Il parere vincolante della Soprintendenza, nell'ipotesi prevista dal comma 5 dell'art. 146, è espressione di un'attività valutativa ampiamente discrezionale che, pur perdendo il suo carattere vincolato con il decorso del termine di legge, rimane tale, in quanto è espressione di un potere decisivo espressamente attribuito dalla disciplina di settore¹⁴⁵.

n. 194, in G.U., I serie speciale n. 19 del 5/5/1993, nella quale si stabilisce l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 32 Cost., dell'art. 3, comma 3, della l.r. Veneto 23/4/1990, n. 28, avendo la stessa disposizione "introdotta l'istituto del silenzio assenso in una fattispecie nella quale, attesa la natura degli interessi protetti e le finalità da raggiungere, cioè la tutela della salute e dell'ambiente, che sono beni costituzionalmente protetti (artt. 9 e 32 Cost.) e stante l'obbligo dell'osservanza di direttive comunitarie (n. 75/442; n. 76/403; n. 78/319 e n. 91/156 che modifica la n. 75/442), sono indispensabili per il rilascio dell'autorizzazione accurate indagini ed accertamenti tecnici, nonché controlli specifici per la determinazione delle misure e degli accorgimenti da osservarsi per evitare danni facilmente possibili per la natura tossica e nociva dei rifiuti accumulati". Corte cost., 9/07/2014, n. 209, in *www.federalismi.it*, 2014, n. 16.

¹⁴⁴ Nel senso che il silenzio assenso non sia operante in procedimenti che postulano valutazioni complesse, si veda altresì Cass. civ., sez. II, 1/03/2007, n. 4869, in *www.lexitalia.it*, n. 3/2007; Cons. Stato, sez. IV, 22/06/2004, n. 4395, in *www.lexitalia.it*; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 19/11/2004, n. 6048, in *Riv. giur. polizia*, 2005, 341, 836; T.a.r. Umbria, 3/02/2010, n. 50, in *www.giustamm.it*, n. 2/2010. T.a.r. Puglia, Bari, sez. II, 06/02/2020, n. 19; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16/04/2012, n. 382; Cons. Stato, sez. VI, 06/02/2019, n. 895; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 07/06/2019, n. 3099.

¹⁴⁵ Di recente la giurisprudenza amministrativa afferma che il silenzio assenso tra Amministrazioni ai sensi dell'art. 17 *bis* della l. n. 242/1990, pur essendo un istituto di carattere generale, non può trovare applicazione nei procedimenti quale quello rivolto al

La terza ragione, quella di natura sistematica, va individuata nel fatto che, se da una parte l'introduzione del meccanismo di semplificazione del silenzio assenso consente di definire più rapidamente i procedimenti amministrativi tra le pubbliche amministrazioni, ammettendo l'adozione del provvedimento amministrativo in assenza di un atto di assenso, di concerto o di nulla osta; tuttavia, non è detto che l'estensione della sua operatività consenta di realizzare in maniera efficace la cura dell'interesse pubblico.

L'equiparazione di un assenso o di un nulla osta all'inerzia della pubblica amministrazione annulla totalmente la possibilità di una valutazione, sia pure concisa dell'interesse da parte dell'autorità che si è resa inadempiente. Il legislatore, in realtà, con la previsione dell'art. 3 della l. n. 124/2005, nel bilanciare il principio dell'efficienza dell'attività amministrativa con quello di efficacia, ha senza dubbio optato per il primo in quanto ha rinunciato a valutare gli interessi pubblici e privati contrapposti. Per eliminare possibili inefficienze dell'agire amministrativo, il legislatore ha attribuito un significato giuridicamente rilevante al tempo di conclusione del procedimento, al fine di evitare che un eventuale ritardo possa pregiudicare il risultato finale atteso dal privato cittadino: se c'è il ritardo, la decisione deve essere presa in senso favorevole alla richiesta del privato. In altri termini, l'amministrazione procedente si trova a non avere più alcuna alternativa rispetto all'adozione del provvedimento e l'amministrazione consultiva non è in grado far valere le proprie esigenze istruttorie, sia pure rese tardivamente, in quanto si consuma l'esercizio del relativo potere. Non si considera, invece, che la semplificazione del procedimento¹⁴⁶ può essere compromessa non solo dall'eccesso di atti, ma dalla varietà degli interessi in gioco e, soprattutto, dalle esigenze del loro confronto.

rilascio di un'autorizzazione paesaggistica, nei quali il rapporto intersoggettivo tra pubbliche amministrazioni si inserisce in un procedimento a istanza di parte, dove cioè l'atto di assenso sia chiesto da un'altra pubblica amministrazione non nel proprio interesse, ma nell'interesse del privato (destinatario finale dell'atto) che abbia presentato al relativa domanda. In tal senso: Cons. Stato, sez. IV, 7/04/2022; T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 27/06/2022, n. 555; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 10/05/2022; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 21/03/2022, n. 269.

¹⁴⁶ Sul punto, G. FALCON, *La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2000, 134 ss.

In altri termini, quando l'utilizzo di un istituto di semplificazione incide su interessi rilevanti, si deve riconoscere all'amministrazione competente la possibilità di comparare gli interessi contrapposti, di valutare le modalità della sua applicazione o, quanto meno, di circoscrivere la sua applicazione ai procedimenti semplici o ai provvedimenti caratterizzati da un basso tasso di discrezionalità¹⁴⁷.

¹⁴⁷ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 86; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 118; F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 2371 ss.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo, Storia e Teoria*, Torino, 2017, 432; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, 1995, 257; S. PERONGINI, *L'interesse legittimo: attualità e prospettive nel pensiero di Franco Gaetano Scoca*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, Torino, 2019, 384 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento*, Torino, 2016, 267 ss.; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggi sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Potere amministrativo, tecniche interpretative del diritto emergenziale, nullità provvedimenti e azioni di mero accertamento*, in *Giur. it.*, 2012; N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, III, Milano, 1967; F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in G. PASTORI (a cura di), *Procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 534; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953; S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in AA.VV. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014; G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924; G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011, 75; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 45.

17. Le altre ragioni ostative all'applicazione del silenzio assenso orizzontale al parere tardivo della Soprintendenza nel procedimento di valutazione della compatibilità paesaggistica, nonostante l'interpretazione estensiva fornita dal Consiglio di Stato in sede di attività consultiva e dal MIBAC: a) il silenzio devolutivo; b) l'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 delimita il campo di applicazione del silenzio assenso orizzontale ai procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti c.d. pluristrutturati semplici; c) il dibattito ancora aperto della giurisprudenza amministrativa sulla concreta applicazione dell'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 al parere Soprintendenziale; d) *lex posterior generalis non derogat priori specialis*

a) il silenzio devolutivo

Una delle ragioni, che impedisce di estendere l'istituto del silenzio assenso al parere tardivo della Soprintendenza, è offerta dal dato normativo esistente *ratione materiae*. Il legislatore, infatti, come abbiamo già detto, non qualifica giuridicamente l'inerzia dell'autorità statale. Il comportamento omissivo del Soprintendente legittima l'amministrazione competente a provvedere comunque sulla domanda di autorizzazione (silenzio devolutivo art. 146, comma 9, d.lgs. n. 42/2004).

La previsione di questo diverso meccanismo di semplificazione ha una sua *ratio* ben precisa: il potere esplicato dalla Soprintendenza nell'ambito del procedimento di cui all'art. 146, comma 5, 8, e 9 del d.lgs. n. 42/2004 "si atteggia come potere di amministrazione attiva, per sua natura inesauribile".

Il decorso del termine di 45 giorni previsto per la sua ricezione determina un solo effetto giuridico, ossia la perdita del suo carattere vincolante, nel senso che una eventuale valutazione di conformità tardiva non dovrà essere assorbita dalla decisione finale. L'estensione automatica del meccanismo di semplificazione del silenzio assenso *a contrario* determinerebbe in capo al Soprintendente la perdita del potere di dissentire, vale a dire il mancato esercizio del potere valutativo – decisivo espressamente attribuitogli al fine di proteggere e conservare il vincolo paesaggistico

alla cui tutela è preposto. Una simile soluzione non appare allo stato coerente con il dato normativo, d'altra parte, se il legislatore avesse voluto configurare il silenzio della Soprintendenza come una mera condizione di procedibilità per l'assunzione della decisione finale, avrebbe dovuto richiamare espressamente il suindicato istituto, cosa che invece non ha fatto nel caso del silenzio della Soprintendenza nel procedimento di autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146, comma 9, del d.lgs. 22/1/2004, n. 42¹⁴⁸. Al contrario, invece, alla stregua di un'interpretazione sistematica della normativa sul paesaggio, e, in particolare, secondo quanto espressamente previsto dal primo periodo del comma 9, dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, sussiste quindi un univoco indice normativo secondo cui, a seguito del decorso del termine per l'espressione del parere vincolante (*rectius*: conforme) da parte della Soprintendenza, l'organo statale non resti in assoluto privato della possibilità di rendere un parere; tuttavia il parere in tal modo espresso perderà il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo¹⁴⁹.

¹⁴⁸F. MARTINES, *La non decisione sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. n. 241/1990*; P. MARZARO, *Silenzio assenso tra amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento*, in *Giustamm.it Rivista di Dir. pubbl.* 2016, 32 ss., la quale mette in luce il diverso trattamento riservato al silenzio dall'art. 146 del Codice rispetto all'art. 17 bis, evidenziando altresì le differenze che ne discendono in caso di rilascio del parere; P. MARZARO, *Coordinamento tra Amministrazioni e silenzio assenso*, in *Riv. giur. urbanistica*, n. 1, 2016, 51, 57.

¹⁴⁹Ne consegue, pertanto, che se nel corso di una prima fase (che si esaurisce con il decorso del termine di legge), l'organo statale può, nella pienezza dei suoi poteri di gestione del vincolo, emanare un parere vincolante dal quale l'amministrazione deputata all'adozione dell'autorizzazione finale non potrà discostarsi (comma 8), successivamente l'amministrazione precedente "provvede sulla domanda di autorizzazione" (comma 9), essendo pertanto legittimata all'adozione dell'autorizzazione prescindendo in radice dal parere della Soprintendenza: Cons. Stato, sez. IV, 29/03/2021, n. 2640; Cons. Stato, sez. VII, 27/04/2015, n. 2136; Cons. Stato, sez. VII, 23/02/2015, n. 4927.

b) l'art. 17 bis del l. n. 241/1990 delimita il campo di applicazione del silenzio assenso orizzontale ai procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti c.d. pluristrutturati semplici

Un profilo che merita di essere approfondito concerne l'esatta individuazione della portata della locuzione "assensi, concerti, nulla osta comunque denominati" rispetto ai quali opera il silenzio assenso. Questo inciso induce ad una riflessione perché in essa manca il riferimento al termine "pareri".

Il silenzio assenso¹⁵⁰ fra amministrazioni opera in una fase procedimentale che si colloca alla fine dell'istruttoria, quando cioè l'amministrazione procedente è nelle condizioni di elaborare uno "schema di provvedimento" da trasmettere ad altra amministrazione competente a rendere il proprio "assenso, concerto o nulla osta". La disposizione è certamente rivolta ai procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti c.d. pluristrutturati semplici¹⁵¹. Si tratta di un "silenzio endoprocedimentale", ovvero improduttivo di effetti diretti ed immediati verso l'esterno in quanto

¹⁵⁰ G. MARI, 'Primarietà' degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.aa. e nella conferenza di servizi, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 305 ss.; G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della p.a.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 199; G. MARI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 853 ss.; N. POSTERARO, *Autorizzazione alla realizzazione di strutture sanitarie, verifica di compatibilità regionale e silenzio assenso tra PP.AA.*, in *Giornale dir. amm.*, 2021, 2.

¹⁵¹ Così ben definisce le decisioni (non complesse), non comprese nell'ambito di applicazione della conferenza di servizi, D. D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 366; P. MARZARO, *Certezze e incertezze sul silenzio assenso tra amministrazioni*, in *Giust. amm.*, n. 15 del 2015; P. MARZARO, *L'amministrazione del paesaggio. Profili critici ricostruttivi di un sistema complesso* Torino, 2011, 22; F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla c.d. riforma Madia*, in *Federalismi.it*, il quale, sulla base della premessa che "i procedimenti cui si applica tale forma di silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni sono quelli diretti all'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, ossia in buona sostanza tutti i procedimenti amministrativi", avanza giustamente tutta una serie di interrogativi circa le criticità presentate da questa disposizione quanto alla garanzia dell'interesse ambientale, nell'ordinamento interno e in quello europeo; M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi, Riv. dir. pubbl.*, 2020, 57.

gli atti ad esso equiparati sono manifestazione di giudizio. Gli atti di assenso, concerto o nulla osta denotano l'esercizio di una attività valutativa semplice a basso tasso di discrezionalità.

Pertanto, il meccanismo di semplificazione di nuovo conio non può essere esteso a un (sub)procedimento, volto all'adozione del parere del Soprintendente, perché in questo caso, pur avendo la veste formale di atto consultivo, esso è una vera e propria manifestazione di volontà decisoria. I procedimenti aventi a oggetto la tutela del paesaggio sono procedimenti decisionali pluristrutturati, complessi caratterizzati dalla competenza di due diverse amministrazioni, in cui non viene in rilievo un'attività di mera esternazione. Il parere del Soprintendente anche se tardivo è connotato da un apporto valutativo dal quale l'amministrazione procedente difficilmente potrà prescindere, ai fini di un compiuto bilanciamento degli interessi in gioco. In questa ipotesi, dunque, il silenzio assenso orizzontale non interverrebbe e dovrebbe piuttosto optarsi per l'acquisizione del parere espresso¹⁵².

Infine, l'elemento centrale e determinate della non applicabilità dell'istituto del silenzio assenso di cui all'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 al parere della Soprintendenza è dato dal fatto che il procedimento paesaggistico è un procedimento ad istanza di parte, in quanto il rapporto amministrativo è di carattere verticale e non orizzontale. Difatti, il rapporto intercorre tra il privato e la Soprintendenza e non fra quest'ultima e la Regione (o ente locale delegato)¹⁵³.

¹⁵² A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Diritto Amministrativo*, 1/12/2017, 699.

¹⁵³ Cons. Stato, sez. IV, 07/04/2022, n. 2584; Cons. Stato, sez. IV, 29/03/2021; T.a.r. Roma, Lazio, sez. II, 15/02/2021; T.a.r. Lazio, Roma, 11/09/2020, n. 9528; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 15/07/2020, n. 8104; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 11/02/2022, n. 443. Stupisce che la stessa sezione del T.a.r. Salerno abbia qualche giorno prima sostenuto l'esatto contrario, vale a dire che l'istituto del silenzio assenso di cui all'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 opera anche con riferimento al procedimento di rilascio del parere di competenza della Soprintendenza prescritto dall'art. 146, comma 8, d.lgs. n. 42/2004 ai fini del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica dal momento che costituisce espressione di cogestione attiva del vincolo paesaggistico, detto procedimento rientra infatti tra le decisioni pluristrutturate nelle quali, per poter emanare il provvedimento conclusivo, l'amministrazione procedente deve, per obbligo di legge, acquisire l'assenso vincolante di un'altra amministrazione, con tutto quelle che ne consegue in ordine alla piena operatività dell'istituto in parola pe l'ipotesi in cui la Soprintendenza non rilasci il parere di competenza nel termine di legge: T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 4/02/2022, n. 343; T.a.r.

L'istituto, quindi, non trova applicazione nei procedimenti ad istanza di parte: il contrario, cioè, di quanto accade per il silenzio assenso provvedimento di cui all'art. 20. La ragione sta nel fatto che l'art. 17 *bis* si applica ai procedimenti con fase decisoria pluristrutturata. La disposizione richiede, cioè, che le due Amministrazioni (quella titolare del procedimento e quella interpellata) condividano la funzione decisoria, nel senso che entrambe devono essere titolari di una funzione decisoria "sostanziale"¹⁵⁴.

Quando invece un'amministrazione ha un ruolo meramente formale¹⁵⁵ (invio documentazione, raccolta di informazioni, trasmissione dell'istanza all'amministrazione unica decidente), la decisione risulta "monostrutturata". In questo caso il beneficiario del silenzio assenso è il privato¹⁵⁶.

c) il dibattito ancora aperto della giurisprudenza amministrativa sulla concreta applicazione dell'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 al parere Soprintenziale

Attualmente in tema di procedimento paesaggistico, in particolare in tema di parere tardivo della Soprintendenza, vi è un contrasto giurisprudenziale che non riesce a mettere d'accordo nemmeno le singole sezioni giurisdizionali dei Tribunali amministrativi regionali e dello stesso Consiglio di Stato che, anche a distanza di pochi mesi, cambiano il proprio convincimento affermando tutto e il contrario di tutto.

Il tema principale oggetto di discussione è l'applicabilità o meno del silenzio assenso disciplinato dall'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 al parere della Soprintendenza ai beni paesaggistici ai sensi dell'art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42/2004 reso oltre i quarantacinque giorni dalla rice-

Campania, Salerno, sez. II, 29/11/2021, n. 2589; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 23/06/2021, n. 1542; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 06/11/2020, n. 5049.

¹⁵⁴ Cons. Stato, sez. IV, 27/07/2020, n. 4765.

¹⁵⁵ La formula della cogestione del vincolo paesaggistico è solo apparente, atteso che il legislatore pur individuando la Regione come titolare della funzione autorizzatoria in materia di paesaggio, nello svolgimento del procedimento paesaggistico ha un ruolo meramente formale, raccoglie e trasmette la proposta di autorizzazione alla Soprintendenza, che in realtà è l'amministrazione unica decidente per la natura vincolante del suo parere.

¹⁵⁶ Cons. Stato, sez. IV, 27/07/2020, n. 4765.

zione degli atti. In merito sono riscontrabili due, se non addirittura tre orientamenti.

Il primo orientamento nega l'operatività del silenzio assenso in materia di autorizzazione paesaggistica e muove dal fatto che essa costituisce un provvedimento monostrutturato, essendo il relativo procedimento attivato ad istanza della parte privata interessata e non della pubblica amministrazione procedente. Il procedimento paesaggistico è strutturalmente ed ontologicamente connotato (con un rapporto per così dire "verticale") dall'iniziativa privata: il rapporto intercorre pur sempre tra il privato e la parte pubblica, ancorché "collettivamente" articolata nelle diverse autorità preposte rispettivamente alla tutela degli interessi edilizi ed urbanistici, nonché di quelli ambientali e paesaggistici.

Pertanto, il parere reso tardivamente non è inefficace. Esso però non vincola la pubblica amministrazione procedente, alla quale tocca tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici ¹⁵⁷.

¹⁵⁷ In tal senso: Cons. Stato, sez. IV, 21/03/2023, n. 2836; Cons. Stato, sez. VII, 4/01/2023, 168; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 16/01/2023, n. 35; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 4/01/2023, n. 12; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 11/01/2023, nn. 48 e.49; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. II, 13/01/2023, n. 85; T.a.r. Cagliari, sez. I, 25/05/2022, n. 350; T.a.r. Salerno, sez. II, 11/02/2022, n. 443; Cons. Stato, sez. VI, 17/11/2022, n. 10109; Cons. Stato, IV, 27/01/2022, n. 563; Cons. Stato, sez. VI, 17/11/2022, n. 10109; Cons. Stato, sez. VI, 19/08/2022, n. 7293; Cons. Stato, sez. VI, 24/05/24/2022, n. 4098, Cons. Stato, sez. VI, 29/03/2021, n. 2640; Cons. Stato, sez. VI, 9/11/2020, nn. 7192 e 7193; Cons. Stato, sez. IV, 27/07/2020, n. 4765; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 16/08/2021, n. 5503; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 19/07/2021, n. 4971; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 24/06/2021, n. 967; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 21/02/2021, n. 298.

Sulle conseguenze dell'acquisizione di un'autorizzazione paesaggistica in seno ad una conferenza dei servizi L'assetto di competenze delineato dall'art. 146, commi 8 e 9, del d.lgs. n. 42/2004 e s.m.i. non può essere stravolto per il solo fatto che l'autorizzazione paesaggistica deve essere acquisita in seno a una conferenza di servizi, né su di esso può incidere il meccanismo del silenzio assenso tra Amministrazioni disciplinato dall'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 e s.m.i., atteso che tale meccanismo non riguarda la fase istruttoria del procedimento, ma influisce solamente sulla fase decisoria e, pertanto, non opera nei rapporti interni che intercorrono tra le diverse Amministrazioni chiamate a cogestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi. Analoghe considerazioni valgono con riferimento al meccanismo normato dall'art. 14 *ter*, comma 7, della l. n. 241/1990 e s.m.i.: Cons. Stato, sez. IV, 29/03/2021, n. 2640; Cons. Stato, sez. IV, 15/4/2021, n. 3106; T.a.r. sez. I *quater*, Lazio, Roma, sez. 20/06/2022, n. 8238.

Un altro filone giurisprudenziale che sostiene la non applicabilità del silenzio significativo al parere tardivo di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, è dell'avviso che il decorso del termine di 45 giorni senza che la Soprintendenza abbia espresso il parere vincolante di compatibilità paesaggistica determina la formazione del silenzio inadempimento¹⁵⁸.

Secondo questa tesi, la violazione del termine *ex lege* contemplato per l'apporto consultivo della Soprintendenza non integra una ipotesi di silenzio significativo, ovvero di consumazione del potere. Invero, il potere dell'organo ministeriale continua a sussistere perché il termine di conclusione del procedimento paesaggistico ha natura ordinatoria, ma l'interessato può proporre ricorso al giudice amministrativo, per contestare l'illegittimità dell'inerzia per violazione del dovere di provvedere (art. 2 l. n. 241/1990, e art. 146, comma 8, d.lgs. n. 42/2004). La perentorietà del termine riguarda, in altre parole, non la sussistenza del potere, ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento, obbligo che, ove rimasto inadempito, può essere dichiarato sussistente dal giudice, con le relative conseguenze, lasciando inalterato il potere-dovere di provvedere, ancorché tardivamente.

La terza impostazione giurisprudenziale, al contrario, ritiene che la formulazione testuale del comma 3, dell'art. 17 *bis* consente di estendere il meccanismo del silenzio assenso anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini, di modo che, scaduto il termine fissato dalla normativa di settore, vale la regola generale del silenzio assenso. Inoltre, secondo questa tesi, il procedimento di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica si configura come ipotesi di cogestione attiva del vincolo paesaggistico da parte di due amministrazioni e rientra, quindi, a pieno titolo tra le decisioni "pluristrutturate" nelle quali, per poter emanare il provvedimento conclusivo, l'Amministrazione procedente deve, per obbligo di legge, acquisire l'as-

¹⁵⁸ T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 12/11/2019, n. 1521; Cons. Stato, sez. VI, 06/02/2019, n. 895; Cons. Stato, sez. VI, 18/04/2018, n. 2342; T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. II, 08/06/2017, n. 394; Cons. Stato, sez. VI, 13/05/2016, n. 1935; Cons. Stato, sez. III, 26/04/2016, n. 1613; Cons. Stato, sez. VI, 13/05/2016, n. 1935; T.a.r. Umbria, Perugia, sez. I, 12/05/2014, n. 253; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16/04/2012, n. 382; Cons. Stato, sez. VI, 13/05/2016, n. 1935.

senso vincolante di un'altra amministrazione”¹⁵⁹. A tali pareri, si applica pertanto l'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990, diversamente che ai pareri consultivi (non vincolanti), che restano disciplinati dagli artt. 16 e 17 della l. n. 241/1990¹⁶⁰.

Un altro orientamento di segno contrario, del tutto originale perché

¹⁵⁹Con. Stato, sez. VI, 19/8/2022, n. 7293; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 29/03/2021, n. 809; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 25/03/2021, n. 759; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 04/02/2022, n. 343 T.a.r. Campania, sez. II, 2/2/2021, n. 306; Con. Stato, sez. 25/03/2021, n. 759; T.a.r. Campania, Napoli, ord., sez. VI, 9/12/2021, n. 2109; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 29/11/2021, n. 2589; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 23/06/2021, n. 1542; Nel medesimo senso sulla natura del parere: Cons. Stato, sez. VI, 21/11/2016, n. 4843; Cons. Stato, sez. VI, 18/03/2021, n. 2358; Cons. Stato, sez. VI, 19/03/2021, n. 2390; Cons. Stato, sez. IV, 19/04/2021, n. 3145; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 30711/2020, n. 181; T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 27/02/2021, n. 153; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 16/12/2020, n. 1656; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 06/11/2020, n. 5049; Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 27/07/2020, n. 681; T.a.r. Cagliari, Sardegna, sez. II, 08/06/2017, n. 394.

L'applicabilità dell'art. 17 *bis* al solo silenzio orizzontale, inoltre, è stata recentemente ribadita anche dalla Corte costituzionale con la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 8 della legge della Regione Siciliana 6/05/2019, n. 5 che aveva introdotto il silenzio assenso sulla domanda di autorizzazione paesaggistica con efficacia anche verticale.

¹⁶⁰Per riflessioni critiche sul crescente impiego dell'istituto del silenzio ha senso si veda M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine per provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il processo*, 1/2022, 11, ss. in dottrina *ex multis*: A. CONTIERI, *Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17 bis della legge n. 241/1990: la resistibile ascesa della semplificazione meramente temporale*, *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. II, Napoli 2020, 1173; A. CONTIERI, *Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17 bis della legge n. 241/1990: la resistibile ascesa della semplificazione meramente temporale*, in A. CONTIERI (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo* Napoli, 2021, 109; F. SCALIA, *Considerazioni in ordine all'ambito soggettivo del nuovo istituto del silenzio assenso tra amministrazioni*, in *Giust. Amm.*, M. 9, 2017; C. VITALE, *Il silenzio assenso tra amministrazioni: il parere del Consiglio di Stato – il Commento*, in *Giornale dir. amm.*, 2017, 1, 95 ss.; F. DE LEONARDI, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla c.d. riforma Madia*, in *Federalismi.it.*, 21/10/2015; G. MARI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 853; E. SCOTTI, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 566; P. MARZARO, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' disegnato dal Consiglio di Stato*, in *Federalismi.it.*, 5/10/2016; F. D'ANGELO, *L'autorizzazione paesaggistica: inapplicabilità del silenzio assenso "endoprocedimentale"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 1, 95.

dotato di ricadute pratiche alquanto simili all'art. 17 *bis*, ritiene che l'ostacolo all'applicazione della norma semplificatoria sia costituito non dall'assenza di un potere codecisorio, ma dalla peculiare scansione procedimentale dettata dal comma 9 dell'art. 146, secondo cui "l'amministrazione competente" – cioè Regione/Ente locale delegato – "provvede comunque". Ciò nondimeno, dal punto di vista pratico, cambia poco rispetto alla fattispecie del silenzio assenso *ex art. 17 bis*, perché è evidente che il provvedimento finale, anche in tal caso, deve rispecchiare la proposta originaria trasmessa alla Soprintendenza: diversamente il provvedimento adottato risulterebbe illegittimo in quanto emesso su una proposta non precedentemente sottoposta al parere della Soprintendenza¹⁶¹. Viceversa, ove l'amministrazione procedente avesse un ripensamento, non essendosi formato un silenzio assenso da parte della Soprintendenza, potrebbe riformulare la proposta originaria, senza incorrere in un provvedimento in autotutela, non essendosi ancora formato un provvedimento definitivo. Pertanto, l'atto finale dell'amministrazione procedente, a meno di un "ripensamento" circa la propria posizione originaria, non potrà che essere favorevole al privato, pena l'illegittimità di un diniego, che sarebbe emesso in assenza di una precedente proposta in tal senso sottoposta al parere della Soprintendenza¹⁶².

Infine, secondo un'altra tesi, al parere tardivo della Soprintendenza non si applica l'istituto del silenzio assenso, ma quello del silenzio devolutivo. In particolare, secondo la suindicata tesi, l'inutile decorso dello *spatium temporis* che connota la scansione del procedimento non assume (tacita) significanza provvedimentale, ma costituisce al più fatto devolutivo della competenza¹⁶³.

¹⁶¹ Cons. Stato, sez. VI, 11/12/2017, n. 5799.

¹⁶² Cons. Stato, sez. VI, 24/5/2022, n. 4098.

¹⁶³ Cons. Stato, sez. VII, 5/01/2023, n. 171 (tra le altre: Cons. Stato, VI, 19/8/2022, n. 7293; 24/5/2022, n. 4098); T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 19/10/2022, n. 6438 (sentenza importante); T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 5/12/2022, n. 3296; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 21/11/2022, n. 3126; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 2/11/2022, n. 2896; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 26/04/2022, n. 2826; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 18/07/2022, n. 2040; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 25/11/2022, n. 1868, T.a.r. Campania, Napoli, ord. sez. VI, 28/9/2022, n. 1712; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, sent. n. 3651/2020, alle cui ulteriori diffuse argomentazioni ci si richiama per ragioni di economia processuale; T.a.r. Lombardia, sent. n. 2738/2018; T.a.r. Campania, Salerno, sez. III, 3/06/2022, n. 1535; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 26/04/2022, n. 2826; T.a.r.

Secondo questa condivisa giurisprudenza, il parere paesaggistico tardivamente formulato (o tardivamente trasmesso) mantiene la propria efficacia, in quanto non è prevista una norma che, in via generale, faccia conseguire in capo alla Soprintendenza, dal mancato rispetto del termine, la perdita *tout court* del potere di esercitare la propria funzione consultiva.

d) *lex posterior generalis non derogat priori specialis*

Il legislatore ha inserito l'istituto del silenzio assenso orizzontale nella legge generale sul procedimento amministrativo. La disposizione dell'art. 17 *bis* l. n. 241/1990 è dunque una norma generale che può essere estesa a tutti i procedimenti amministrativi, tranne quelli espressamente disciplinati da normative di settore perché in queste ipotesi la disciplina di settore prevarrà sulla disciplina generale. Vi è un'obiettiva incompatibilità delle speciali prescrizioni dell'art. 146 d.lgs. n. 42/2004 rispetto a quelle contenute nella legge generale del procedimento amministrativo (art. 17 *bis* l. n. 241/1990).

Pertanto, in forza del *principio lex posterior generalis non derogat priori specialis*, alla norma generale di cui all'art. 17 *bis* non può attribuirsi alcun effetto di abrogazione tacita di norme speciali previgenti.

18. L'efficacia del parere della Soprintendenza trasmesso o emanato oltre il termine di 45 giorni dopo l'adozione dell'art. 2, comma 8 *bis* della l. n. 241/1990

Il contrasto sul tema dell'efficacia del parere della Soprintendenza trasmesso o emanato oltre il termine di 45 giorni deve essere analizzato in funzione del fatto che – nel quadro normativo e giurisprudenziale – è so-

Campania, Napoli, sez. VI, 16/08/2021, n. 5503); T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 23/06/2022, n. 1040; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 16/08/2022, n. 5503; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 19/07/2022, n. 4971; Cons. Stato, sez. IV, 19/04/2021, n. 3145; T.a.r. Campania, Napoli, ord. sez. VI, 9/12/2021, n. 2121; T.a.r. Campania, Napoli, ord., sez. VI, 9/12/2021, n. 2109; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 26/04/2022, n. 2826; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 16/08/2021, n. 5503.

praggiunto l'art. 2, comma 8 bis¹⁶⁴, della l. n. 241/1990 per il quale: “*Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all’ultima riunione di cui all’articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell’attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all’articolo 19, commi 3 e 6-bis, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall’articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni*”.

Il dibattito resta ancora vivo anche in considerazione del fatto che la suddetta norma prevede l’inefficacia del provvedimento successivo alla formazione del silenzio assenso disciplinato dall’art. 17 bis della l. n. 241/1990¹⁶⁵.

Orbene, il legislatore con la previsione del predetto articolo, forse senza esserne pienamente consapevole, ha messo fine al complesso dibattito giurisprudenziale sul delicato tema dell’applicabilità o meno del silenzio assenso al parere reso dalla Soprintendenza oltre il termine di legge.

Infatti, mettendo nuovamente in discussione la regola generale dell’inesauribilità del potere¹⁶⁶, ha individuato altre ipotesi in cui, al decor-

¹⁶⁴ Comma introdotto dall’art. 12, comma 1, lett. a), l. n. 120/2020.

¹⁶⁵ È prevista quindi la sola conseguenza relativa all’eventuale emanazione del provvedimento tardivo di diniego, senza nulla dire in merito alla causa da cui dipende, se la nullità o la annullabilità di esso. Il provvedimento di diniego tardivo e successivo alla formazione del silenzio assenso per alcuni sarebbe nullo per difetto assoluto di attribuzione, poiché adottato in assenza di un potere in quanto esaurito. Sarebbe preferibile la tesi che propende per l’annullabilità del provvedimento atteso che la causa di nullità sopra citata riguarda le ipotesi in cui la P.A. non è affatto titolare del potere e non già quando non può più esercitarlo perché esaurito limitatamente ad un dato procedimento, in cui si è formato il silenzio.

Il legislatore già in altre sedi si è determinato in tal senso, come in caso di annullamento dell’aggiudicazione ex artt. 121 e 122 c.p.a., in cui il giudice dichiara l’inefficacia del contratto stipulato in base a essa, lasciando agli interpreti il dubbio se sia nullo o annullabile.

¹⁶⁶ L’inesauribilità del potere non è più la “regola”, in quanto il legislatore ha individuato altre ipotesi in cui il potere della pubblica si consuma allo scadere del termine classificato come perentorio: si fa riferimento all’esercizio del potere di annullamento d’ufficio che non può essere più esercitato decorso il termine di 12 mesi (art. 21 nonies, della l. n. 241/1990 (...)) “Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell’articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere

so del termine di legge si verifica l'impossibilità per la pubblica amministrazione di esercitare il potere di cui è titolare oltre i termini fissati dalla legge, per effetto della previsione dell'inefficacia della determinazione tardiva¹⁶⁷.

L'istituto del silenzio assenso orizzontale (art. 17 *bis* l. n. 241/1990) rientra in una di quelle ipotesi espressamente menzionate dal legislatore in cui si consuma il potere della pubblica amministrazione.

Pertanto, la sua applicabilità è indiscussa laddove il termine di legge abbia natura perentoria.

La violazione del termine *ex lege*, contemplato per l'apporto consultivo della Soprintendenza, non integra una fattispecie di silenzio significativo ai sensi dell'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990. Non vi è, infatti, nell'invocato art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio alcuna espressa comminatoria di decadenza della Soprintendenza dall'esercizio del relativo potere, una volta decorso il termine ivi previsto¹⁶⁸.

annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo". e nell'ipotesi dell'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990: (...) In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato.

¹⁶⁷ Legge n. 241/1990, art. 2, comma 8 *bis*: Conferenza semplificata in modalità asincrona (art. 14 *bis*, comma 2, lett. c): il termine perentorio, comunque non superiore a quarantacinque giorni, entro il quale le amministrazioni coinvolte devono rendere le proprie determinazioni relative alla decisione oggetto della conferenza, fermo restando l'obbligo di rispettare il termine finale di conclusione del procedimento. Se tra le suddette amministrazioni vi sono amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, o alla tutela della salute dei cittadini, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'art. 2 non prevedano un termine diverso, il suddetto termine è fissato in novanta giorni); Silenzio assenso nei rapporti tra le amministrazioni pubbliche (art. 17 *bis*, commi 1 e 3), Silenzio assenso, comma 1 e Segnalazione certificata di inizio attività (art. 19, commi 3 e 6 *bis*, primo periodo).

In tutti e quattro gli istituti le determinazioni tardivamente adottate sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'art. 21 *nonies*, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni. (comma introdotto dall'art. 12, comma 1, lett. a), l. n. 120/2020).

¹⁶⁸ Cons. Stato, sez. IV, 21/03/2023, n. 2836; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 5/01/2017, n. 138, in www.giustizia-amministrativa.it.

Nell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, il legislatore non ha previsto la natura perentoria del termine, ovvero la consumazione del potere, per l'emanazione del parere della Soprintendenza, visto che la Regione, laddove si verifica l'inerzia della Soprintendenza, "provvede comunque sulla domanda di autorizzazione".

In altri termini, la tesi della natura vincolante del parere tardivo per *silentium significativo* viene superata da detta previsione normativa perché "indirettamente" il legislatore chiarisce che nel procedimento paesaggistico non può trovare applicazione l'istituto disciplinato dall'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990, dal momento che il meccanismo del silenzio assenso comporta la consumazione del potere¹⁶⁹, che, invece, non è prevista nella disciplina speciale dettata in tema di autorizzazione paesaggistica.

Di conseguenza, un eventuale provvedimento tardivo emanato non potrà essere considerato inefficace, perché l'art. 2 comma, 8 della l. n. 241/1990 e, di conseguenza l'art. 17 *bis* della stessa legge, non possono essere applicati al parere tardivo della Soprintendenza.

¹⁶⁹ Il problema circa la permanenza del potere di provvedere in capo alla p.a. ha suscitato un altro dibattito, relativo agli atti da questa adottati in seguito alla nomina del commissario ad acta che ha indotto il Consiglio di Stato a rimettere la questione all'Adunanza Plenaria. La questione de qua si ripercuote inevitabilmente sulla possibilità per la p.a. di continuare ad esercitare i suoi poteri ed emanare il provvedimento dovuto, una volta che sia stato nominato il commissario ad acta. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sent. 25/05/2021, n. 8 ha escluso che il Commissario ad acta possa essere un organo straordinario della p.a., essendo un mero ausiliario del giudice come chiarito dall'art. 21 c.p.a. e affermato come la p.a. non perda il proprio potere di provvedere a seguito della nomina di questo, dovendo anzi intervenire prontamente per conformare la propria azione al *dictum* della sentenza. Di conseguenza, gli atti emanati dalla p.a. dopo la nomina del Commissario non possono essere considerati nulli se non per l'ipotesi di violazione o elusione del giudicato e gli atti promananti dal Commissario successivi a quelli della p.a. saranno inefficaci. Il potere del Commissario *ad acta* concorre con quello della P.A. fin quando uno dei due non provvede, fondandosi il primo nella pronuncia del giudice ed il secondo direttamente nella legge.

19. Considerazioni riepilogative

Nella normativa di settore, in assenza di una norma espressa che qualifichi come perentorio il termine di conclusione del procedimento¹⁷⁰ paesaggistico, la violazione di quest'ultimo non comporta la consumazione del potere in capo all'autorità procedente. Inoltre, atteso che l'art. 20 della legge n. 241/1990 ha escluso che l'istituto silenzio-assenso possa, di regola, trovare applicazione in materia di tutela ambientale e paesaggistica, l'interessato può attivare i rimedi previsti dall'ordinamento avverso l'inerzia amministrativa formatasi prima dell'adozione del parere tardivo.

Al contrario, sussiste, quindi, una precisa indicazione normativa secondo cui – a seguito del decorso del più volte richiamato termine per l'espressione del parere vincolante (*rectius*: conforme) da parte della Soprintendenza – l'organo statale non resta privato della possibilità di rendere un parere. Tuttavia, il parere in tal modo espresso perderà il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo.

Una lettura sistematica dei commi 8, 9 e 10 dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 rende piuttosto evidente l'esistenza di un ordito normativo volto a configurare, in tema di rilascio dell'autorizzazione ai fini paesaggistici, una sorta di *gradatio inversa* per ciò che riguarda la possibilità per l'organo statale di incidere attraverso l'espressione del proprio parere sugli esiti della vicenda autorizzatoria.

Infatti, nel corso di una prima fase, per così dire fisiologica, che si esaurisce con il decorso del termine di quarantacinque giorni, l'autorità statale può, nella pienezza dei suoi poteri di cogestione del vincolo, emanare un parere vincolante dal quale l'amministrazione deputata all'adozione dell'autorizzazione finale non potrà discostarsi (art. 146, comma 8).

Laddove, poi, l'inerzia della Soprintendenza si protragga ulteriormente oltre il termine di sessanta giorni da quello della ricezione della documentazione completa (terza fase), "l'amministrazione competente prov-

¹⁷⁰ M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere e potere amministrativo*, Torino, 1995, 27 ss.; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, 134; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 185; A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 238 ss.

vede sulla domanda di autorizzazione” (art. 146, comma 9, terzo periodo). In tal modo, il legislatore rende chiaro che l’ulteriore, ingiustificabile decorso del tempo legittima l’amministrazione competente all’adozione dell’autorizzazione prescindendo in radice dal parere della Soprintendenza (il quale, evidentemente, viene così a perdere il proprio carattere di obbligatorietà e vincolatività).

L’art. 146, commi 8 e 9, del d.lgs. n. 42/2004 (nella versione vigente, modificata dall’art. 25, comma 3, d.l. 12/9/2014, n. 133) attribuisce natura obbligatoria e vincolante solo al parere reso entro il termine di quarantacinque giorni (art. 146, comma 8).

L’eventuale parere che sopraggiunga tardivamente non è di per sé illegittimo, né tanto meno cambia la portata e l’ampiezza del suo contenuto che restano invariati, ma semplicemente perde il carattere della vincolatività impressogli dalla legge, poiché si colloca al di fuori del quadro normativo. Tuttavia, in presenza di un siffatto parere l’amministrazione non è tenuta a rilasciare *tout court* l’autorizzazione paesaggistica, ma deve valutarlo criticamente e motivatamente non potendosene autonomamente discostare¹⁷¹.

Ne consegue che, nell’eventualità di un parere tardivo della Soprintendenza, è illegittimo il diniego di rilascio di un’autorizzazione paesaggistica, con il quale l’amministrazione comunale si uniformi in modo pedissequo al parere negativo dato dalla Soprintendenza oltre il termine di 45 giorni previsto dall’art. 146, comma 9, del d.lgs. 22/1/2004, n. 42, atteso che la stessa non può recepire lo stesso senza un’autonoma valutazione di compatibilità paesaggistica dell’intervento di cui si tratta¹⁷².

Dunque, le opzioni interpretative formatesi in tema di parere tardivo – che propendono per la conservazione della natura vincolante del parere

¹⁷¹ Cons. Stato, sez. IV, 21/03/2023, n. 2836; T.a.r. Campania Salerno, sez. II, 09/11/2017, n. 1594; T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 29/06/2015, n. 501; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 18/12/2014, n. 474.

¹⁷² T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 03/09/2018, n. 5317; Cons. Stato, sez. VI, 09/08/2016, n. 3561; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. III, 20/12/2016, n. 1828; Cons. Stato, sez. VI, 18/07/2016, n. 3179; T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 11/12/2017, n. 1424; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 11/12/2017, n. 1741; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 27/03/2017, n. 1645; Cons. Stato, sez. VI, 13/05/2016, n. 1935; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 07/06/2018, n. 901; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 08/10/2015, n. 4720; T.a.r. Campania, Salerno, sez. II, 09/07/2015, n. 1565; T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. II, 08/01/2016, n. 3.

tardivo o per la natura del termine o per la formazione del silenzio assenso – non appaiono sufficientemente convincenti, in quanto una loro lettura induce a ritenere che il decorso del termine di 45 giorni, entro cui la Soprintendenza deve esprimere il parere vincolante ai sensi dell'art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42/2004, determina la formazione del silenzio inadempienza essendo il procedimento di cui all'art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42/2004 al di fuori della portata applicativa delle sopravvenienze normative (art. 17 *bis* della l. n. 241/1990). Un eventuale parere tardivo non precluderà la prosecuzione dell'attività istruttoria dell'amministrazione che sarà tenuta a valutarlo in maniera adeguata.

Una interpretazione di tal fatta trova un suo fondamento anche nella *ratio*, sottesa alle modifiche normative in materia con cui il legislatore ha delineato una tutela rinforzata del bene paesaggio, proprio per la sua rilevanza costituzionale. La previsione di un controllo¹⁷³ *ex ante* in sostituzione del controllo *ex post* è indice del fatto che il legislatore ha inteso attribuire la gestione del vincolo sia all'autorità statale che a quella locale.

Tuttavia, la violazione del termine prevista dall'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 implica effetti di altro genere, quale la trasformazione dell'apporto decisionale dell'autorità statale in un apporto consultivo, che assume una connotazione strumentale rispetto al provvedimento della Regione o dell'ente delegato. Il parere della Soprintendenza non può non avere comunque una sua rilevanza, quanto meno ai fini dello svolgimento di un'adeguata istruttoria. L'amministrazione dovrà ai fini della sua determinazione¹⁷⁴ finale motivare le ragioni per cui intende discostarsi dal parere statale¹⁷⁵. In altri termini, il superamento del termine finisce per mutare la stessa natura del potere attribuito alla Soprintendenza (che da de-

¹⁷³ E. ROMANO, *Profili ricostruttivi del sistema dei controlli amministrativi*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 567, 585.

¹⁷⁴ Per uno studio sistematico delle principali forme di predeterminazione dell'azione amministrativa, nonché sulle molteplici finalità assolute da queste ultime, si vedano M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica Amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, 10; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 279; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 353.

¹⁷⁵ T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, 05/12/2018, n. 2738.

cisionale e provvedimento si trasformerebbe in meramente ausiliario e propriamente consultivo).

L'evoluzione normativa, che ha trasformato l'atto di annullamento *ex post* in una forma di cogestione del vincolo, non ha, in realtà, inciso sulla natura del termine entro il quale l'atto di esercizio del relativo potere può e deve essere adottato. Piuttosto, il legislatore ha trovato un adeguato punto di equilibrio fra l'esigenza di assicurare, da un lato, una tutela pregnante a un valore di rilievo costituzionale quale la tutela del paesaggio e l'esigenza – parimenti di rilievo costituzionale – di garantire, dall'altro, in massimo grado la certezza e la stabilità dei rapporti¹⁷⁶.

In altri termini, il legislatore rende chiaro che l'ulteriore, ingiustificabile decorso del tempo, legittima l'amministrazione competente all'adozione dell'autorizzazione solo se la Soprintendenza ometta del tutto l'esercizio della sua attività valutativa discrezionale¹⁷⁷; ma se, invece, il pa-

¹⁷⁶ T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 23/10/2015, n. 3034; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 22/04/2015, n. 2267; T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 03/09/2018, n. 5317; T.a.r. Campania, sez. I, 27/05/2015, n. 2136; Cons. Stato, sez. VI, 27/04/2015, n. 2136; T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 29/06/2015, n. 501; T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 3/03/2015, n. 474; T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 29/06/2015, n. 501.

¹⁷⁷ Sulla discrezionalità si vedano, fra gli altri, C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, 1936, ripubblicato in C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 997 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale, Concetto e problemi*, Milano, 1939, 74 ss.; C. MORTATI, *Potere discrezionale*, in *Nuovo Dig. it.*, X, 1939, 77 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIII, 1964, 65 ss.; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, V, 1968, 1108 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, 1970, 477 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1988, 483 ss.; G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1989; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 240 ss.; S. COGNETTI, *Poteri sostanziali*, cit., 1993, 83 ss., 200 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 232 ss.; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 71 ss.; F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 107 ss.; A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999, 125 ss.; P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2010, 146 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 202 ss.; E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2008, 61 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 224 ss., 314 ss.; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 7 ss.;

rere viene reso tardivamente, non potrà prescindere da esso se non motivando le ragioni per cui intende discostarsene¹⁷⁸. Una interpretazione diversa contrasterebbe con il nuovo sistema di cogestione del vincolo paesaggistico delineato dalla disciplina di settore che, invece, richiede una doppia valutazione, proprio per la rilevanza dell'interesse sotteso.

Il contrasto ancora attuale, sul tema dell'applicazione del silenzio assenso orizzontale al parere tardivo della Soprintendenza, può essere superato solo sulla base delle chiare indicazioni contenute nell'art. 146 del Codice del paesaggio. L'incertezza e la contraddizione dell'attuale disposizione di cui all'art. 17 *bis* della l. n. 42/2004, sono appianati da un quadro normativo di settore chiaro, che, a *contrario*, consente di superare l'inerzia della Soprintendenza in sede di autorizzazione paesaggistica, con l'espressa previsione del silenzio devolutivo¹⁷⁹. Invero, questo articolato dibattito giurisprudenziale non ha ragion d'essere in quanto il vero ostacolo all'applicazione della norma semplificatoria non è qualificare il procedimento come verticale o orizzontale, ma è costituito dalla scansione procedimentale indicata dal comma 9 dell'art. 146, secondo cui "l'amministrazione competente", cioè la Regione o l'ente delegato, "provvede comunque": dal che si desume che in tal caso l'amministrazione procedente è tenuta ad adottare il provvedimento finale in maniera espressa, ma non necessariamente nel senso precedentemente prefigurato.

E. CASETTA, F. FRACCHIA (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, 2013, 439 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 2013, 114 ss.; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 309 ss.; S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI-S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, S. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 127 ss.; S. COGNETTI, *Legge*, cit., 2014, 28 ss.; F.G. SCOCA, *Situazioni giuridiche dell'amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 32 ss.; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14/11/2014, Torino, 2016, 119 ss.

¹⁷⁸ Cons. Stato, sez. IV, 21/03/2023, n. 2836; Cons. Stato, sez. VI, 27/04/2015, n. 2136; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 24/07/2018, n. 4931; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. III, del 3/2/2016, n. 237.

¹⁷⁹ F. MARTINES, *La non decisione sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. n. 241/1990*. in *Dir. amm.*, 2018, 747.

Ora, se il legislatore avesse voluto attribuire un significato giuridicamente rilevante all'inerzia della Soprintendenza allo scadere del termine dei 45 giorni, avrebbe dovuto prevedere, per coerenza, che l'amministrazione procedente (la Regione) adottasse il provvedimento finale "in conformità".

Invece, il legislatore non ha voluto che si producesse tale effetto, quale conseguenza del comportamento silente della Soprintendenza, come è reso evidente dal fatto che in tal caso l'amministrazione procedente è tenuta a provvedere "comunque" e non, invece, "in conformità".

Il parere reso tardivamente, è da ritenere non già inefficace, ma semplicemente non vincolante¹⁸⁰ per la pubblica amministrazione procedente (la Regione o ente delegato), alla quale spetta tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici.

Le considerazioni conclusive non possono non tener conto della crescente tendenza dell'ordinamento ad attribuire carattere sempre più generale all'istituto del silenzio assenso, come rilevato anche dalle più recenti riforme, in particolare i decreti-legge semplificazioni n. 76/2020 e n. 77/2021. In tutti i procedimenti amministrativi in cui è necessario un confronto tra più pubbliche amministrazioni, la generalizzazione dell'istituto del silenzio assenso e la sua applicazione a fattispecie caratterizzate dall'esercizio di un potere discrezionale più o meno ampio non appaiono compatibili con i principi generali dell'azione amministrativa (trasparenza, buon andamento,) atteso che, quando vengono in rilievo interessi costituzionalmente rilevanti, in assenza di una scala gerarchica dei valori da tutelare, sussiste il dovere della pubblica amministrazione di esercitare la propria funzione di amministrazione attiva attraverso la ponderazione degli interessi coinvolti.

La frammentarietà e il mancato coordinamento degli strumenti già presenti nel sistema provocano dubbi e disorientamento in capo ai vari soggetti coinvolti in particolar modo ai soggetti privati, i quali si trovano privi di sostegno adeguato in un quadro normativo privo di un'effettiva coordinazione¹⁸¹.

¹⁸⁰ Cons. Stato, sez. IV, 21/03/2023, n. 2836.

¹⁸¹ R. FERRARA, *Lo Stato di diritto fa bene all'economia. Alcune note in margine alla cd. Legge Madia, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *AIPDA, Forum, Lo Stato di diritto fa bene all'economia*, in www.aipda.it; P. MARZARO,

In mancanza di una disciplina puntuale sembra preferibile l'opzione interpretativa che esclude l'equiparazione del parere tardivo al silenzio assenso, anche sulla base del principio interpretativo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

La semplificazione sproporzionata: procedimenti e interessi alla ricerca di equilibrio e identità. Il caso del Testo unico dell'edilizia dopo il decreto cd. Sblocca Italia, in www.giustamm.it.

Capitolo Quarto

Considerazioni riepilogative

SOMMARIO: 1. Considerazioni riepilogative: primo capitolo. – 2. Considerazioni riepilogative: secondo capitolo. – 3. Considerazioni riepilogative: terzo capitolo.

1. Considerazioni riepilogative: primo capitolo

Nel corso del primo capitolo sono state delineate le caratteristiche, le modalità operative del procedimento paesaggistico ed infine, sono stati individuati i soggetti legittimati a proporre la domanda di autorizzazione. In particolare, dopo aver ricostruito la disciplina costituzionale e legislativa della normativa in materia di apposizione del vincolo paesaggistico, si è tentato di mettere a fuoco gli elementi maggiormente problematici della nuova formula di cogestione del vincolo paesaggistico al fine di verificare l'autenticità della predetta formula, partendo dal confronto tra il regime precedente e quello attuale, per poi procedere ad un'analisi concreta della distribuzione delle competenze tra le Autorità preposte alla tutela del "paesaggio".

La prospettiva di analisi ha tenuto conto della natura speciale della disciplina dettata dall'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, frutto della particolare importanza che la tutela dell'interesse paesaggistico riveste nel nostro ordinamento.

L'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, ai sensi dell'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, è la Regione che deve acquisire il parere vincolante della Soprintendenza statale. Il legislatore, dunque, individua due distinte Autorità competenti: lo Stato e le Regioni.

In particolare, il procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica è stato configurato come un procedimento connotato da una fase decisoria pluristrutturata, in cui l'atto da emanare assume valenza codecisoria.

Esso consta di varie fasi: una prima fase, nella quale la Regione (o l'ente delegato) adotta una proposta di autorizzazione paesaggistica sulla scorta di una propria attività valutativa di conformità paesaggistica dell'intervento; una seconda fase intermedia di competenza esclusiva della Soprintendenza e una terza fase nella quale l'amministrazione procedente, titolare della funzione autorizzatoria, esclusivamente sulla scorta dell'acquisito apprezzamento positivo espresso dalla Soprintendenza, rilascia l'autorizzazione paesaggistica. Il legislatore prevede che il parere dell'amministrazione statale sia obbligatorio e non vincolante quando la Regione interessata abbia adottato il piano paesaggistico. Nella suddetta ipotesi il parere – all'esito della positiva verifica da parte del Ministero dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici – deve essere 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.

Al di fuori di questa ipotesi, il parere *ex ante* della Soprintendenza è obbligatorio e vincolante ed è espressione di un potere decisivo complesso, facente capo a due apparati diversi, preposti alla cura di interessi eterogenei, fra di loro non sovrapponibili, e inevitabilmente ispiratori di prospettive differenti.

È stato opportuno verificare se la procedura dell'autorizzazione paesaggistica raggiunga effettivamente gli obiettivi di ripartizione delle competenze Stato-Regioni dichiarate a livello di principi.

Invero, si è appurato che la funzione autorizzatoria, pur essendo attribuita espressamente alla Regione, di fatto, finisce per essere determinata dalla Soprintendenza che con il suo parere obbligatorio e vincolante configura il contenuto dell'autorizzazione paesaggistica pur formalmente rilasciata dalla Regione (o dall'ente delegato).

In altri termini, dall'analisi della disciplina del procedimento in tema di paesaggio, è emerso che la formula della cogestione così come è stata pensata dal legislatore non garantisce un equilibrio di poteri e di competenze, atteso che vi è una indiscussa prevalenza del potere della Soprin-

tendenza che sovrasta – sia in positivo, che in negativo – la valutazione della Regione.

Il provvedimento autorizzatorio, pur essendo dal punto di vista formale riconducibile all’Autorità regionale, dal punto di vista sostanziale è espressione dell’esercizio del potere decisorio statale.

Si è giunti alla conclusione che la *ratio* sottesa alla normativa sul paesaggio prevede una cogestione del vincolo che non è concorrente, ma apparente e cadenzata in due momenti temporali differenti: “sequenza temporale precedente” (parere tempestivo) e “sequenza temporale successiva” (parere tardivo) al termine ordinatorio di 45 giorni.

Nella prima parte del procedimento paesaggistico (sequenza temporale precedente), la cogestione è apparente, perché la Regione non può discostarsi dal parere obbligatorio e vincolante della Soprintendenza, se viene reso nel termine di legge: il parere in questa prima fase ha natura provvedimentale. In definitiva, la Regione, o l’ente delegato, formalmente emana l’autorizzazione paesaggistica, ma sostanzialmente chi decide è l’Autorità statale.

Nella sequenza temporale successiva, ovvero nel caso in cui la Soprintendenza non adotti il parere nel rispetto del termine legale, la funzione decisoria spetta formalmente e sostanzialmente alla Regione (od all’ente delegato). In altri termini, dopo il decorso del termine di legge, il parere della Soprintendenza cessa di avere natura vincolante e, quindi, provvedimentale e si riespande la natura endoprocedimentale del parere che potrà essere tenuto o meno in considerazione, come atto istruttorio, dalla Regione che, non essendo più vincolata al parere soprintendizio, potrà decidere se accogliere o meno la richiesta del privato con il rilascio del provvedimento autorizzativo.

Infine, l’indagine consente di affermare che la natura decisoria del parere del Soprintendente trova conferma nella previsione dell’istituto “del preavviso di rigetto del provvedimento negativo”, previsto nell’art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42/2004. Il richiamo esplicito e testuale contenuto nella predetta norma all’art. 10 *bis* della l. n. 241/1990 evidenzia il chiaro convincimento dello stesso legislatore che il parere del Soprintendente, per la sua natura vincolante, è una predecisione che, all’esito dell’espletamento dell’istruttoria gestita dallo stesso Soprintendente, determinerà in positivo o in negativo il contenuto dell’autorizzazione paesaggistica adottata formalmente dall’Autorità locale competente (Regione o ente locale delegato).

2. Considerazioni riepilogative: secondo capitolo

Nel secondo capitolo è stato affrontato il tema della natura del potere che l'amministrazione esercita in sede di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Il potere che l'amministrazione esercita nello svolgimento del procedimento paesaggistico presenta una natura composita. Infatti, esso consiste nella elaborazione di un giudizio valutativo, nell'ambito del quale convivono, a volte, una pluralità di tipologie di poteri amministrativi.

Dette tipologie di poteri sono così intensamente intrecciate fra di loro da rendere difficile, se non impossibile, l'approfondimento della problematica in esame, senza aver ben chiaro la diversa natura delle valutazioni sottese ai differenti tipi di potere della pubblica amministrazione. Invero, proprio prendendo le mosse dalla nozione del potere sostanziale della pubblica amministrazione è possibile tentare di comprendere le modalità di funzionamento dell'agire amministrativo e i mezzi di tutela giurisdizionale, previsti a difesa dei privati cittadini. A tal proposito, l'indagine è stata svolta attraverso l'esame dei profili sostanziali del potere amministrativo, che tradizionalmente concerne il concetto di discrezionalità amministrativa, ma che investe anche altre tipologie di valutazione che normalmente la pubblica amministrazione effettua per la realizzazione e la cura dell'interesse pubblico paesaggistico.

Nel corso del capitolo si sono esaminati gli orientamenti maturati dalla dottrina e dalla giurisprudenza sulla configurazione del potere valutativo dell'amministrazione nel procedimento paesaggistico. Si è accertato che la giurisprudenza amministrativa in prevalenza ritiene che il parere reso dalla Soprintendenza sulla compatibilità paesaggistica di un intervento sia espressione di un ampio potere di "discrezionalità tecnico – valutativa". Tale affermazione costituisce ancora oggi una convinzione radicata nella giurisprudenza e in buona parte della dottrina, che escludono che l'Autorità competente in materia paesaggistica possa svolgere apprezzamenti di discrezionalità amministrativa, concernenti la comparazione tra interessi pubblici e interessi privati, al fine della scelta discrezionale in merito all'interesse che debba in concreto prevalere e ricevere tutela. Nell'ambito del procedimento paesaggistico, la valutazione di compatibilità è espressione di discrezionalità tecnica in quanto l'amministrazione, cui

competete tale funzione, si concentra su un solo interesse, quello paesaggistico, La soddisfazione incondizionata dell'interesse pubblico paesaggistico scaturirebbe dalla collocazione dell'art. 9 tra i principi fondamentali della Costituzione.

Senonché, se sul piano teorico deve essere negata qualunque confusione concettuale tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, nella prassi si possono verificare diverse contaminazioni e commistioni.

La valutazione sulla compatibilità dell'intervento con il vincolo paesaggistico, come qualsivoglia potere amministrativo, trova fondamento giuridico nella legge, che ne prescrive le forme e i presupposti. La Soprintendenza deve comunque vagliare, in relazione alla fattispecie concreta, la congruenza e l'adeguatezza del giudizio di compatibilità paesaggistica dell'intervento.

Invero, la qualificazione del potere, che la Soprintendenza esercita quando valuta la compatibilità paesaggistica di un intervento, non è cosa affatto semplice, perché presenta una morfologia composita.

Molte volte la norma attributiva del potere, pur individuando quale sia l'interesse pubblico primario da soddisfare, non consente di desumere con chiarezza quale sia l'interesse pubblico da tutelare, quando la legge stessa impone di tenere in considerazione diversi interessi senza stabilire una gerarchia dei valori da tutelare. Di conseguenza, detto interesse deve essere ricavato sulla base del contesto normativo nel quale è inserita la norma attributiva del relativo potere. Tale processo ermeneutico, inoltre, non può prescindere dalla considerazione secondo cui il perseguimento dell'interesse primario presuppone ed implica il coinvolgimento di una serie di interessi ulteriori che appaiono come "secondari", con riferimento all'esercizio di quel determinato potere. In presenza di una realtà così complessa ed articolata, l'amministrazione deve perseguire in concreto l'interesse primario, *comparandolo con gli interessi secondari cui il primo è in rapporto di collegamento*. Pertanto, a meno che la legge non predetermini nello specifico ogni elemento, si riconosce all'amministrazione uno spazio di valutazione discrezionale che esula dai confini dell'operazione ermeneutica e diventa decisione di scelta degli interessi.

A tal proposito, si è richiamato un interessante orientamento dottrinale secondo cui la comparazione deve avvenire non solo nel rispetto della norma attributiva del potere, ma anche in considerazione del principio di

proporzionalità, che introduce la necessità di cercare un equilibrio tra i vari interessi presenti nella vicenda concreta.

La difficoltà di individuare in maniera agevole l'interesse pubblico da soddisfare in occasione del concreto esercizio di un potere discrezionale, cui si affianca la necessità di cercare un equilibrio tra i vari interessi presenti nel caso concreto, conduce ad un declassamento della predominanza della norma attributiva del potere e della prevalenza dell'interesse della pubblica amministrazione rispetto a quello di cui è titolare il soggetto privato. Attualmente vi è una tendenza che conduce non più nella sola direzione di una attività amministrativa legittima, ma che propende verso un'azione amministrativa corretta, che per essere tale non può prescindere dalla valutazione e dall'approfondita conoscenza del caso concreto. In altri termini, si assiste ad una svalutazione del principio di legalità ovvero alla crisi del classico rapporto tra la legge e l'atto amministrativo: il dato normativo non è da solo sufficiente per individuare l'interesse pubblico da perseguire, ma deve essere supportato dal procedimento amministrativo, inteso come il luogo di raccolta delle informazioni e degli interessi, nonché di conoscenza dei fatti. L'interesse pubblico incorporato nella norma giuridica è un interesse astratto che si concretizza e prende forma all'esito dello svolgimento dell'attività procedimentalizzata della pubblica amministrazione. In altri termini, alla luce di tale orientamento, la ponderazione oltre che legittima deve essere corretta.

Un apporto alla trattazione del tema oggetto di studio è stato offerto dalle riflessioni svolte dalla dottrina sulle modalità di esercizio del potere amministrativo in tema di adozione dei provvedimenti autorizzativi in materia ambientale, perché le Autorità amministrative, anche in materia di tutela del paesaggio, così come in materia ambientale, non si limitano ad esprimere un mero consenso allo svolgimento di una determinata attività.

Secondo tale orientamento, l'amministrazione preposta alla tutela dell'ambiente esercita un potere conformativo dell'attività privata mediante l'indicazione delle modalità operative ed esecutive delle attività del soggetto richiedente che diventano espressione di un vero e proprio elemento strutturale del provvedimento ambientale. Le potestà conformative costituiscono esercizio di poteri amministrativi volti a definire alcuni elementi distintivi di una attività, di un prodotto, di un impianto, di una situazione giuridica (impresa, proprietà) ed hanno valenze differenziate in relazione al regime normativo autorizzativo.

In realtà non è che vi è alcuna separazione netta tra le due tipologie di attività. Il legislatore, nel disciplinare l'azione amministrativa, emana prescrizioni, di natura diversa, con le quali, a volte disciplina la forma degli atti, altre volte detta indicazioni sulle modalità di svolgimento dell'azione amministrativa, altre volte ancora configura il giudizio valutativo dell'amministrazione.

La decisione condizionata in tema di tutela del paesaggio è una modalità operativa che consente di realizzare un adeguato bilanciamento tra i diversi valori in gioco.

Successivamente, nel corso dell'indagine si è acclarato che la tecnica del bilanciamento si rende necessaria allorquando nel procedimento amministrativo vengono in rilievo, nella fase decisionale dell'agire amministrativo, più interessi tutti costituzionalmente rilevanti.

Se sorge un conflitto tra interessi che hanno pari dignità, non sono ammesse valutazioni sulla maggiore o minore importanza di un interesse o dell'altro, ma la situazione conflittuale può essere risolta attraverso il bilanciamento.

A tal proposito si è proceduto ad esaminare i casi in cui l'Autorità paesaggistica effettivamente procede ad un bilanciamento dei diversi interessi pubblici coinvolti nel procedimento paesaggistico: a) realizzazione di un impianto ripetitore per la radiotelevisione, b) installazione di un impianto eolico o di un impianto fotovoltaico, c) ampliamento di stabilimenti balneari in aree sottoposte a tutela paesaggistica e mantenimento o meno di una struttura recettivo balneare per l'intero anno.

Nei suddetti casi, l'attività di conservazione del paesaggio implica un giudizio di comparazione dell'opera rispetto al contesto da tutelare, che deve tener conto delle effettive condizioni dell'area in cui il manufatto dovrà essere inserito. In altri, termini, l'Autorità competente, nell'esercizio della sua funzione di conservazione e tutela del paesaggio, ha il compito di tutelare l'interesse che le è stato attribuito, ma senza sacrificare, in maniera irragionevole, tutti gli altri interessi costituzionali coinvolti: quali la tutela della salute, la tutela dell'ambiente, la tutela dell'iniziativa economica del privato. Pertanto, non è possibile isolare e separare la fattispecie astratta da quella concreta. La decisione amministrativa, in materia di paesaggio, va effettuata in relazione al collegamento esistente tra dato normativo e dato fattuale, posto che non è più soltanto la norma a giustificare l'azione e la scelta amministrativa, quanto piuttosto la realtà dei

fatti e l'analisi delle circostanze concrete, nel quadro ed entro i limiti posti dai principi di proporzionalità, adeguatezza, ragionevolezza, pertinenza e precauzione, che guidano l'Autorità decidente verso le soluzioni più giuste e opportune, fungendo da criteri metodologici e procedurali. Nelle menzionate ipotesi il giudizio valutativo presenta elementi di discrezionalità comparativa, perché consiste nella comparazione fra vari interessi.

Il potere esercitato dalla Soprintendenza in materia paesaggistica è espressione di diverse tipologie di potere, ovvero presenta diversi momenti dell'esercizio del potere che si susseguono: quello della sussunzione e quello della ponderazione: la prima svolge il ruolo della verifica, della qualificazione, e dell'apprezzamento tecnico – conoscitivo dei fatti posti a fondamento delle scelte in base all'applicazione di una regola giuridica che pone il fine da realizzare. La seconda, invece, consente lo svolgimento del confronto fra le situazioni giuridiche della vicenda concreta, vale a dire quella di scegliere attraverso una valutazione comparativa tra interessi tutti costituzionalmente rilevanti quale sia la modalità più opportuna e ragionevole per la realizzazione del fine pubblico che nel caso di specie è la tutela del paesaggio. Diversamente ci troveremo ideologicamente a dover utilizzare una scala gerarchica di valori che la Costituzione non prevede.

Nella pratica, l'esercizio del potere amministrativo o per la natura della materia o per la molteplicità degli interessi da valutare o per la rilevanza costituzionale di tutti gli interessi sottesi nella vicenda, non può essere qualificato in un modo univoco in senso assoluto. In particolar modo, quando in una determinata vicenda sono presenti più interessi primari e secondari costituzionalmente tutelati, l'amministrazione pur essendo preposta alla cura funzionale di uno di essi (denominato interesse essenziale o primario) non può assumere alcuna decisione se non dopo averli ponderati e bilanciati.

Lo studio della natura del potere amministrativo nel procedimento paesaggistico ha consentito di acclarare che la sua configurazione dipende dal rapporto che intercorre tra la legge e il provvedimento amministrativo e che sono state isolate varie strategie legislative di configurazione del potere decisionale dell'amministrazione. Tutte le predette strategie attengono ad un rapporto giuridico di diritto amministrativo, gli estremi del quale sono sempre gli stessi: da un lato vi è un potere amministrativo unilaterale, autoritativo, imperativo, vale a dire un potere che esplica i

propri effetti direttamente nella sfera giuridica soggettiva del destinatario; dall'altro lato, invece, vi è l'interesse legittimo. Le strategie di configurazione del potere amministrativo nel procedimento paesaggistico sono isolabili solo in sede teorica; nella realtà, invece, esse si intrecciano fra di loro, dando luogo a poteri amministrativi variamente strutturati, nei quali profili vincolati sono connessi a profili discrezionali, a momenti di interpretazione di norme, a momenti di deduzione della regola dai principi e dai concetti giuridici indeterminati. In definitiva, si è giunti alla conclusione che nella valutazione paesaggistica si rinvencono non solo determinazioni fondate su giudizi valutativi di discrezionalità tecnica – come sostengono la giurisprudenza e la dottrina – ma anche determinazioni basate su giudizi valutativi di discrezionalità comparativa, su interpretazioni di norme di vario rango, su deduzioni della prescrizione provvedimento dai principi, dai concetti giuridici indeterminati e dalle clausole generali, accanto a determinazioni il cui contenuto prescrittivo è vincolato direttamente dalla legge.

Pertanto, la risposta al quesito sulla natura del potere di valutazione della compatibilità paesaggistica varia in ragione del valore giuridico delle premesse che fondano la proporzione fra situazioni diverse nell'applicazione del principio di uguaglianza formale e sostanziale.

3. Considerazioni riepilogative: terzo capitolo

Nel corso del terzo capitolo si è esaminato il valore da riconoscere al parere della Soprintendenza reso oltre il termine di legge, nell'ambito della procedura autorizzativa *ex art.* 146, d.lgs. 22/1/2004, n. 42. La giurisprudenza, nel discutere se il parere, reso oltre il termine di 45 giorni dalla ricezione degli atti, conservi o meno la sua natura vincolante, ha elaborato diversi e contrapposti orientamenti.

La problematica è stata affrontata alla luce dell'attuale quadro normativo, concernente la disciplina del procedimento amministrativo in generale (l. n. 241/1990) e quella del procedimento *ratione materiae* (d.lgs. n. 42/2004).

In passato, si è discusso se il decorso del termine per la conclusione del procedimento determinasse una ipotesi di esaurimento del potere am-

ministrativo. Invero, solamente la legge può qualificare un termine come perentorio. In assenza di una espressa previsione normativa, che sanzioni con la decadenza il superamento del termine, questo riveste natura meramente ordinatoria o sollecitatoria. La previsione del termine certo di conclusione di un procedimento ha una natura meramente sollecitatoria e non può assumere connotati di perentorietà. Detto assunto trova conferma nel fatto che il decorso del termine, non determina la consumazione del potere di provvedere, né l'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato. Pertanto, sanzioni incidenti sul potere (consumazione) e, di conseguenza, sull'atto possono prevedersi solo in alcune "eccezionali" ipotesi.

Il legislatore, alla luce del d.l. n. 76/2020 che ha inserito, nel testo dell'art. 2 l. n. 241/1990, il comma 8 *bis*, ha individuato in maniera tassativa le eccezioni alla regola generale dell'inesauribilità del potere amministrativo, stabilendo che la tardività dell'atto, emanato nell'ambito degli istituti individuati nell'art. 2, comma 8 *bis* della l. n. 241/1990, consumi il potere dell'amministrazione, prevedendo l'immediata inefficacia dello stesso una volta decorso il termine di conclusione del procedimento.

Tuttavia, l'intervento legislativo pur chiarendo la natura perentoria del termine nelle ipotesi tassativamente individuate, nello stesso tempo ha dato vita ad un acceso dibattito in merito al significato da attribuire al termine "inefficace".

L'indirizzo prevalente – più coerente con il dato letterale – sostiene che il provvedimento tardivo deve considerarsi nullo per difetto assoluto di attribuzione. L'inefficacia di cui parla la norma, infatti, sembra riferirsi alla sanzione della nullità, che impedisce al provvedimento amministrativo di produrre effetti senza che sia necessaria una pronuncia costitutiva del giudice, ma solo ricognitiva di una situazione già verificatasi. L'opposta tesi dell'annullabilità per violazione di legge – secondo la quale il vizio della nullità sarebbe eccessivamente gravoso per l'Amministrazione, in quanto più confacente all'ipotesi in cui la stessa adotti un provvedimento che non le spetti in assoluto – non appare pienamente confacente alla lettera della norma, sulla scorta della considerazione che il provvedimento annullabile produce effetti, sebbene precari, rendendosi necessaria una pronuncia di annullamento costitutiva del giudice, da sollecitare entro termini decadenziali, decorsi i quali lo stesso si consolida.

Allo stesso modo, non sembra possa darsi seguito a quell'orientamento per cui il riferimento all'inefficacia sia volto ad esonerare il privato dal-

l'impugnare il provvedimento tardivo, da considerarsi, dunque, *tamquam non esset*. Tale soluzione risulterebbe distonica con l'impianto generale del diritto amministrativo che impone l'impugnazione di tutti i provvedimenti, anche di quelli nulli, entro termini decadenziali.

In realtà, la soluzione che meglio si presta per superare le diverse opinioni potrebbe essere quella di ritenere che il legislatore con la previsione dell'art. 2, comma 8 *bis*, abbia individuato ipotesi di "nullità testuale" nel rispetto dell'art. 21 *septies*: "è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, *"nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge"*. L'art. 21 *septies* della l. 241/1990, rubricato "nullità dell'atto" ha individuato tre forme di nullità: a) nullità strutturali (per carenza di un elemento essenziale); b) nullità derivante da un difetto di attribuzione, (in passato considerato quale indicatore di "inesistenza" dell'atto amministrativo e ora positivamente indicato quale causa di nullità del medesimo; c) nullità testuali, (nei casi espressamente previsti dalla legge). Invero, le cause di nullità del provvedimento amministrativo hanno carattere tassativo, in contrapposizione al carattere virtuale di quella civilistica. Per cui qualunque illegalità non rientrante nell'art. 21 *septies* – salvo i residui casi di inesistenza, da una parte, e di irregolarità, dall'altra parte – comporta l'annullabilità dell'atto ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 1, della l. n. 241/1990.

In altri termini, le determinazioni tardive, ovvero adottate dopo il decorso del termine qualificato come perentorio (art. 2, comma 8 *bis*) determinano un'ipotesi di consumazione del potere individuata in maniera espressa e testuale dal legislatore.

Nel corso dell'indagine si è tentato di mettere a fuoco gli elementi problematici che emergono dalla stessa *ratio* sottesa nell'art. 2, comma 8 *bis* della l. n. 241/1990 in quanto, se il legislatore estende l'inefficacia a tutti i provvedimenti tardivi, adottati dopo la formazione del silenzio significativo si palesa il dubbio se le argomentazioni che concernono il silenzio assenso possano essere automaticamente traslate per i casi di silenzio diniego.

Successivamente, si è verificato che la sorte degli atti tardivi della pubblica amministrazione – nell'ambito degli istituti individuati nell'art. 2, comma 8 *bis* della l. n. 241/1990 – è stata chiarita dal legislatore con la previsione di una determinata conseguenza giuridicamente rilevante. Al

di fuori delle predette ipotesi, la violazione del dovere di provvedere entro il termine stabilito non determina l'invalidità o l'inefficacia dell'atto tardivo della pubblica amministrazione, ma espone quest'ultima all'azione avverso il silenzio inadempimento, finalizzata al conseguimento di una pronuncia di condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento o a risarcire il c. d. danno da ritardo per la violazione del termine di conclusione del procedimento, come risulta dal combinato disposto degli artt. 2 e 2 *bis* della l. n. 241/1990 e degli articoli 31 e 117 c.p.a.

Sulla questione della qualificazione del termine dell'azione amministrativa, come ordinatorio o perentorio, si innesta, il problema della qualificazione dell'inerzia della pubblica amministrazione una volta decorso il termine di conclusione del procedimento.

Al fine di analizzare le problematiche relative agli atti tardivi della pubblica amministrazione e, in particolare, alla natura del parere tardivo della Soprintendenza, è stato necessario passare in rassegna i diversi significati che l'inerzia dell'amministrazione può assumere nel nostro ordinamento e i rapporti intercorrenti con gli istituti "contigui".

Pertanto, sono state delineate, per grandi linee, le caratteristiche del silenzio assenso, del silenzio diniego, del silenzio devolutivo, del silenzio facoltativo, del provvedimento implicito, della segnalazione certificata di inizio attività (c.d. S.C.I.A.), del silenzio inadempimento, del silenzio assenso nei rapporti tra le amministrazioni e, infine, del silenzio assenso nella conferenza di servizi.

Si è proceduto, poi, ad analizzare la problematica dell'estensione dell'istituto del silenzio assenso agli interessi sensibili, e, in particolare, ai beni paesaggistici e quella della differenza del suo ambito applicativo rispetto alla normativa interna, alla normativa comunitaria e alla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Sembra esserci una illogicità del sistema, ma soprattutto sembra che il legislatore abbia dato vita ad una norma che si pone in palese contrasto con l'orientamento della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia che in più occasioni hanno affermato – con riguardo a valutazioni di interesse ambientale, paesaggistico e via dicendo – che il silenzio assenso non è ammesso, ad esempio, in presenza di procedimenti complessi in cui, per garantire effettività agli interessi tutelati, è necessaria una espresa valutazione amministrativa, quale un accertamento tecnico o una verifica; in questi casi ammettere il silenzio-assenso significherebbe legitti-

mare l'amministrazione a non svolgere quella attività istruttoria imposta a livello comunitario per la tutela di particolari valori e interessi.

Un altro problema affrontato è quello relativo al rapporto e alla differenza tra l'art. 14 *bis*, comma 4, l'art. 14 *ter*, comma 7, e l'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990. È necessario premettere che nelle rispettive ipotesi vengono in rilievo procedimenti pluristrutturati e /o pluriprocedimentali facenti capo a più pubbliche amministrazioni. La prima differenza è data dal fatto che la conferenza di servizi, rispetto al 17 *bis*, ha una disciplina molto più specifica e dettagliata, sicché la giurisprudenza ritiene che l'art. 17 *bis* opera in tutte le ipotesi, mentre la disciplina in tema di conferenza di servizi ha una applicazione di natura residuale. L'obiettivo è di evitare che l'art. 17 *bis* vada in contrasto con le norme sulla conferenza di servizi (analogamente a quanto avviene nell'autorizzazione paesaggistica). In altre parole, l'art. 17 *bis*, rapportato alla conferenza di servizi, potrebbe assumere le sembianze di una conferenza di servizi decisoria asincrona, perché in realtà questo meccanismo consente di inviare ad una pubblica amministrazione lo schema di provvedimento (*decidere entro un termine, il quale ritorna all'amministrazione che decide*); è una sorta di conferenza asincrona e non simultanea. La conferenza di servizi asincrona è finalizzata ad evitare la riunione simultanea, rinviando allo schema di provvedimento. Pertanto, è innegabile che l'art. 17 *bis* si applica in prima battuta e che la disciplina della conferenza di servizi è residuale.

L'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 pone, inoltre, un problema di portata applicativa abbastanza complesso, che a tutt'oggi è oggetto di un acceso dibattito *giurisprudenziale*. Il punto centrale della vicenda, per quanto interessa in questa sede, riguarda l'applicabilità o meno dell'istituto del silenzio assenso, di cui all'art. 17 *bis* della l. n. 21/1990, al parere della Soprintendenza ai beni paesaggistici ai sensi dell'art. 146, comma, 8 del d.lgs. n. 42/2004.

A tale scopo si è tentato di verificare, attraverso una disamina delle sentenze amministrative e della normativa esistente e sopravvenuta, se effettivamente il parere della Soprintendenza soggiace al meccanismo del silenzio assenso tra le pubbliche amministrazioni.

Per quanto concerne questo aspetto, il punto di partenza è stata l'interessante pronuncia n. 394 del 17 maggio 2017 del T.a.r. Sardegna, sez. Cagliari, con cui il giudice amministrativo, alla luce della nuova normati-

va introdotta nella legge sul procedimento, ha affermato che, decorso il termine di legge, il parere vincolante riservato alla Soprintendenza dal comma 5, dell'art. 146, d.lgs. n. 42/2004, si intende formato, per "*silentium*". L'importanza della menzionata sentenza è data dal fatto che essa costituisce uno dei primi casi pratici di applicazione del nuovo istituto del silenzio assenso orizzontale al procedimento pluristrutturale paesaggistico.

Tesi accolta con favore anche dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del Turismo, espresso con la circolare del 10 novembre 2015, prot. n. 27158, e dal Consiglio di Stato con il parere del 13 luglio 2016, n. 1640, con cui quest'ultimo ha confermato la generale estensione del silenzio assenso anche agli "atti di assenso, concerti o nulla osta comunque denominati" delle amministrazioni preposte alla tutela del paesaggio, sulla base di ragioni di natura eurocomunitaria, costituzionale e sistematica.

All'esito del predetto esame si è avuto modo di constatare che le stesse ragioni di natura eurocomunitaria, costituzionale e sistematica individuate dal Consiglio di Stato inducono, invece, a ritenere che il nuovo meccanismo di semplificazione del silenzio assenso non possa qualificare in senso positivo il parere tardivo del Soprintendente.

In primo luogo, una delle ragioni ostative è data proprio dalla incompatibilità dell'operatività del silenzio assenso con il diritto della Unione europea e con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che sembrano spesso confermare che l'interesse all'ambiente sia di tale importanza da richiedere sempre un'espressa valutazione da parte delle autorità. Il principio della tacita autorizzazione (ovvero la regola del silenzio assenso), introdotto dalla direttiva Bolkestein 2006/123, contrariamente a quanto sostenuto dal Consiglio di Stato, pur dimostrando come anche in ambito europeo sia sempre più avvertita l'esigenza di introdurre rimedi semplificanti per neutralizzare gli effetti negativi dell'inerzia dell'Amministrazione, riguarda la sola materia della tutela della concorrenza.

La seconda ragione, quella di natura costituzionale, è data dal fatto che la previsione di questo istituto, volto a snellire lo svolgimento dell'attività amministrativa, è incompatibile con la giurisprudenza della Corte costituzionale. Invero, la Corte ha ripetutamente affermato che il silenzio dell'amministrazione, preposta alla conservazione e alla tutela del vincolo ambientale, non può avere valore di assenso. In particolare, la Corte ha sostenuto che per il paesaggio opera il principio fondamentale,

risultante da una serie di norme in materia ambientale, della necessità di una pronuncia esplicita. Il valore di taluni interessi, intesi come primari ed assoluti, implica quindi l'indefettibilità di una verifica espressa della compatibilità dell'intervento con le esigenze di conservazione e protezione del bene tutelato. La protezione di un interesse primario, quale quello paesaggistico, richiede lo svolgimento di un'accurata e approfondita attività istruttoria, caratterizzata da un ampio margine valutativo. A tal proposito, la Corte costituzionale ha anche affermato che l'istituto del silenzio assenso non può ritenersi compatibile con i principi di buon andamento della pubblica amministrazione, in presenza di procedimenti complessi, caratterizzati da un alto tasso di discrezionalità. Il parere vincolante della Soprintendenza, nell'ipotesi prevista dal comma 5 dell'art. 146, è espressione di un'attività valutativa ampiamente discrezionale che, pur perdendo il suo carattere vincolato con il decorso del termine di legge, rimane tale, in quanto è espressione di un potere decisorio espressamente attribuito dalla disciplina di settore.

La terza ragione, quella di natura sistematica, va individuata nel fatto che, se da una parte l'introduzione del meccanismo di semplificazione del silenzio assenso consente di definire più rapidamente i procedimenti amministrativi tra le pubbliche amministrazioni, ammettendo l'adozione del provvedimento amministrativo in assenza di un atto di assenso, di concerto o di nulla osta; tuttavia, non è detto che l'estensione della sua operatività consenta di realizzare in maniera efficace la cura dell'interesse pubblico.

L'equiparazione di un assenso o di un nulla osta all'inerzia della pubblica amministrazione annulla totalmente la possibilità di una valutazione, sia pure concisa dell'interesse da parte dell'autorità che si è resa inadempiente. Il legislatore, in realtà, con la previsione dell'art. 3 della l. n. 124/2005, nel bilanciare il principio dell'efficienza dell'attività amministrativa con quello di efficacia, senza alcun dubbio ha optato per il primo in quanto ha rinunciato a valutare gli interessi pubblici e privati contrapposti. Per eliminare possibili inefficienze dell'agire amministrativo, il legislatore ha attribuito un significato giuridicamente rilevante al tempo di conclusione del procedimento, al fine di evitare che un eventuale ritardo possa pregiudicare il risultato finale atteso dal privato cittadino: se c'è il ritardo, la decisione deve essere presa in senso favorevole alla richiesta del privato. In altri termini, l'amministrazione precedente si trova a non

avere più alcuna alternativa rispetto all'adozione del provvedimento e l'amministrazione consultiva non è in grado far valere le proprie esigenze istruttorie, sia pure rese tardivamente, in quanto si consuma l'esercizio del relativo potere. Non si considera, invece, che la semplificazione del procedimento può essere compromessa non solo dall'eccesso di atti, ma dalla varietà degli interessi in gioco e, soprattutto, dalle esigenze del loro confronto.

In altri termini, quando l'utilizzo di un istituto di semplificazione incide su interessi rilevanti, si deve riconoscere all'amministrazione competente la possibilità di comparare gli interessi contrapposti, di valutare le modalità della sua applicazione o, quanto meno, di circoscrivere la sua applicazione ai procedimenti semplici o ai provvedimenti caratterizzati da un basso tasso di discrezionalità.

Inoltre, consentire l'operare del meccanismo del silenzio assenso, con conseguente carattere vincolante del provvedimento tacito di accoglimento (*alias silenzio assenso*), finirebbe per integrare una insanabile contraddizione logica.

In tema di tutela del paesaggio, il provvedimento autorizzatorio deve avere forma espressa, atteso che il silenzio dell'amministrazione, preposta alla tutela del vincolo, non può avere valore di assenso, stante la necessità che la pubblica amministrazione valuti equilibri diversi e tenga conto del concorso di competenze statali e regionali, ma soprattutto della natura costituzionalmente rilevante del paesaggio.

Il contrasto sul tema dell'efficacia del parere della Soprintendenza, trasmesso o emanato oltre il termine di 45 giorni, è stato analizzato e risolto in funzione del fatto che è sopraggiunto l'art. 2, comma 8 *bis*, della l. n. 241/1990 per il quale: "*Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni*".

Orbene, il legislatore con tale previsione ha superato il complesso di-

battito giurisprudenziale sul delicato tema dell'applicabilità o meno del silenzio assenso al parere reso dalla Soprintendenza oltre il termine di legge.

Infatti, mettendo nuovamente in discussione la regola generale dell'inesauribilità del potere ha individuato altre ipotesi in cui, una volta decorso il termine di legge, si verifica l'impossibilità per la pubblica amministrazione di esercitare il potere di cui è titolare oltre i termini fissati dalla legge, per effetto della previsione dell'inefficacia della determinazione tardiva.

L'istituto del silenzio assenso orizzontale (art. 17 *bis* l. n. 241/1990) rientra in una di quelle ipotesi espressamente menzionate dal legislatore in cui si consuma il potere della pubblica amministrazione.

Pertanto, la sua applicabilità è indiscussa laddove il termine di legge abbia natura perentoria.

La violazione del termine *ex lege*, contemplato per l'apporto consultivo della Soprintendenza, non integra una fattispecie di silenzio significativo ai sensi dell'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990. Non vi è, infatti, nell'invocato art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio alcuna espressa comminatoria di decadenza della Soprintendenza dall'esercizio del relativo potere, una volta decorso il termine ivi previsto.

Nell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, il legislatore non ha previsto la natura perentoria del termine, ovvero la consumazione del potere, per l'emanazione del parere della Soprintendenza, visto che la Regione, qualora si verifichi l'inerzia della Soprintendenza, "provvede comunque sulla domanda di autorizzazione".

In altri termini, la tesi della natura vincolante del parere tardivo per *silentium significativo* viene superata da detta previsione normativa perché "indirettamente" il legislatore chiarisce che nel procedimento paesaggistico non può trovare applicazione l'istituto disciplinato dall'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990, dal momento che il meccanismo del silenzio assenso comporta la consumazione del potere, che, invece, non è prevista nella disciplina speciale dettata in tema di autorizzazione paesaggistica.

Di conseguenza, un eventuale provvedimento emanato tardivamente non potrà essere considerato inefficace, perché l'art. 2 comma, 8 della l. n. 241/1990, di conseguenza l'art. 17 *bis* della stessa legge, non possono essere applicati al parere tardivo della soprintendenza. Infine, l'assetto di competenze delineato dall'art. 146, commi 8 e 9, del d.lgs. n. 42/2004 e

s.m.i. non può essere stravolto per il solo fatto che l'autorizzazione paesaggistica deve essere acquisita in seno a una conferenza di servizi, né su di esso può incidere il meccanismo del silenzio assenso tra amministrazioni, disciplinato dall'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990 e s.m.i., atteso che tale meccanismo non riguarda la fase istruttoria del procedimento, ma influisce solamente sulla fase decisoria e, pertanto, non opera nei rapporti interni che intercorrono tra le diverse amministrazioni chiamate a cogestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi. Analoghe considerazioni valgono con riferimento al meccanismo normato dall'art. 14 *ter*, comma 7, della l. n. 241/1990.

Pertanto, il silenzio assenso non può essere applicato in maniera netta alla autorizzazione paesaggistica, perché si avrebbero anche problemi di compatibilità con la conferenza di servizi, in cui le Autorità preposte alla tutela ambientale e paesaggistica esprimono valutazioni tecniche, ma in tal caso, queste Autorità non vengono surrogate con un mero silenzio assenso, poiché si attiva il meccanismo del dissenso qualificato dell'art. 14 *quinquies*. Tutto questo dimostra che il silenzio-assenso non opera in maniera automatica. Il sistema sarebbe incompatibile se da un lato operasse in maniera netta e dall'altro no. Evidentemente, per dare compatibilità al sistema, occorre che l'art. 17-*bis* operi in maniera rigida solo se la valutazione non è specialistica e tecnica.

Infine, una delle ragioni, che impedisce di estendere l'istituto del silenzio assenso al parere tardivo della Soprintendenza, è offerta dal dato normativo esistente *ratione materiae*. Il legislatore, infatti, non qualifica giuridicamente l'inerzia dell'Autorità statale. Il comportamento omissivo del Soprintendente legittima l'amministrazione competente a provvedere comunque sulla domanda di autorizzazione (silenzio devolutivo art. 146, comma 9 d.lgs. n. 42/2004).

La previsione di questo diverso meccanismo di semplificazione ha una sua ratio ben precisa: il potere esplicato dalla Soprintendenza nell'ambito del procedimento di cui all'art. 146, comma 5, 8, e 9, del d.lgs. n. 42/2004, "si attegga come potere di amministrazione attiva, per sua natura inesauribile".

Il decorso del termine di 45 giorni previsto per la sua ricezione determina un solo effetto giuridico, ossia la perdita del suo carattere vincolante, nel senso che una eventuale valutazione di conformità tardiva non dovrà essere assorbita dalla decisione finale. L'estensione automatica del meccanismo di semplificazione del silenzio assenso *a contrario* determi-

nerebbe in capo al Soprintendente la perdita del potere di dissentire, vale a dire il mancato esercizio del potere valutativo – decisorio espressamente attribuitogli al fine di proteggere e conservare il vincolo paesaggistico alla cui tutela è preposto. Una simile soluzione non appare allo stato coerente con il dato normativo, D'altra parte, se il legislatore avesse voluto configurare il silenzio della Soprintendenza come una mera condizione di procedibilità per l'assunzione della decisione finale, avrebbe dovuto richiamare espressamente il predetto istituto, cosa che invece non ha fatto nel caso del silenzio della Soprintendenza nel procedimento di autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146, comma 9, del d.lgs. 22/1/2004, n. 42. Al contrario, invece, alla stregua di un'interpretazione sistematica della normativa sul paesaggio, e, in particolare, secondo quanto espressamente previsto dal primo periodo del comma 9, dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, sussiste quindi un univoco indice normativo secondo cui, a seguito del decorso del termine per l'espressione del parere vincolante (*rectius*: conforme) da parte della Soprintendenza, l'organo statale non resti in assoluto privato della possibilità di rendere un parere; tuttavia il parere in tal modo espresso perderà il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo. In altri termini, il superamento del termine finisce per mutare la stessa natura del potere attribuito alla Soprintendenza (che da decisionale e provvedimentale si trasformerebbe in meramente ausiliario e propriamente consultivo).

Bibliografia

- ABBAMONTE G., *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 1986.
- ABRUZZESE M., *Interessi legittimi a geometria variabile (ovvero le mobili frontiere dell'interesse legittimo)*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- ACQUARONE L., *Contributo alla classificazione delle autorizzazioni amministrative*, Milano, 1962.
- ACQUARONE L., *Le garanzie pubblicistiche della proprietà. Gli aspetti fondamentali*, in *Quad. reg.*, 1984.
- ACQUARONE L., *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1995.
- ACQUARONE L., *L'attività amministrativa e i provvedimenti amministrativi*, in G. COFRANCESCO, P.M. VIPIANA (a cura di), *Appunti dalle lezioni raccolti ad uso esclusivo degli studenti*, Genova, 1985.
- AIMO P., *La giustizia amministrativa dall'Ottocento a oggi*, Roma-Bari, 2000.
- ALBANO R., *Dell'accessione, della specificazione, dell'unione e della commistione*, in G. PESCATORE, F. ALBANO, F. GRECO, *Della proprietà, Commentario del Codice civile*, Torino, 1968.
- ALESSI R., *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956.
- ALESSIO G., *Sull'insindacabilità dei poteri discrezionali della p.a.*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1928, I.
- ALEX Y., *Dignità umana e proporzionalità*, in *Lo Stato*, n. 10, 2018.
- ALIBRANDI T., GIORGIO FERRI P., *I beni culturali ed ambientali*, Milano, 2001.
- ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984.
- ALLENA M., *L'annullamento d'ufficio dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018.
- ALLENA M., *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Il dir. eco.*, 2016.
- ALPA G., *Accessione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987.
- AMOROSINO S., *Introduzione al diritto del paesaggio*, Bari, 2010.

- AMOROSINO S., *Le sette “novellette” legislative sul procedimento di autorizzazione paesaggistica*, in *Urb. e app.*, 2011, 12.
- AMOROSINO S., *Autorizzazioni paesaggistiche: obbligo di parere motivato e costruttivo. Il d.l. 83/2014 modifica l'art. 146 del codice*, in *Urb. e app.*, 2014, 7.
- AMOROSINO S., *La Soprintendenza non può vanificare l'autorizzazione ambientale che salvaguarda il paesaggio*, in *Urb. e app.*, 2015, 6.
- AMOROSINO S., *Il nuovo regolamento di liberalizzazione e semplificazione delle autorizzazioni paesaggistiche (D.P.R. n. 31/2017)*, in *Urb. e app.*, 2017.
- AMOROSINO S., *I “dehors” della Casina Valadier: Roma Capitale e Soprintendenza “disapplicano” le leggi*, in *Urb. e app.*, 2021, 3.
- AMOROSINO S., *Autorizzazioni paesaggistiche: una sentenza “passatista” del Consiglio di Stato disattesa dal T.A.R. Salerno*, in *Urb. e app.*, 2021.
- AMORTH A., *Il silenzio dell'autorità amministrativa di fronte alla richiesta di un'autorizzazione (a proposito di licenze di costruzione edilizia)*, in *Foro it.*, 1949, I, 153.
- AMORTH A., *La funzione consultiva e i suoi organi*, in *Amm. civ.*, 1961.
- ANGIULI A., *Art. 146*, in A. ANGIULI, V. CAPUTI IAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2005, Torino, 383.
- ANGIULI A., *Commento all'art. 146*, in A. ANGIULI, V. CAPUTI IAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005, 383.
- APERIO BELLA F., *Il silenzio assenso; C. cost., 9/5/2013, n. 85*, in *Giur. cost.*, 2013, 1494.
- ASSINI N., MANTINI P., *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2007, 131.
- ASTONE F., *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, Soveria Mannelli, 2009.
- AZZARITI G., *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, 1988, vol. II.
- AZZARITI G., *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989.
- AZZARITI G., *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Pol. dir.*, 1989.
- AZZENA A., *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976.
- AZZENA A., *L'annullamento d'ufficio in senso stretto e l'annullamento in sede di controllo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1993.
- AZZENA A., *Potere amministrativo e discrezionalità*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, 1993.
- BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967.

- BACHOF O., *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in *J.Z.*, 1955, 97.
- BACHOF O., *Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum*, in *J.Z.*, 1972, 641.
- BARAK A., *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, 2012.
- BARBATI C., *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, 2002.
- BARBATI C., *Il "nuovo" Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015.
- BARBATI C., *Tutela e valorizzazione dei beni culturali dopo la riforma del titolo V: la separazione delle funzioni*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2003.
- BARBERO D., *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1937.
- BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1958.
- BARONE A., *Pianificazione urbanistica e principio di proporzionalità*, in E. FERRARI, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, in Milano, 2001.
- BARONE A., *Il diritto del rischio*, Milano, 2004.
- BARONE A., *Principio di precauzione e governo del rischio*, in F. RICCI (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2019.
- BARONE A., *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *Riv. Persona e Amministrazione*, 1/2020.
- BARONE G., *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, 1989, 9.
- BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento*, Torino, 2002.
- BASSI F., *In tema di autorizzazioni e concessioni*, in *Foro Pad.*, 1955, I.
- BASSI F., *La norma interna. Lineamenti di una teoria*, Milano, 1963.
- BASSI F., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1991.
- BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001.
- BAZZICALUPO L., *La tecnica governamentale e la ridefinizione dell'autorità*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14/11/2014, Torino, 2016.
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1.
- BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.
- BENVENUTI F., *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in *Atti Convivio Studi Giuridici*, Trento, 1958.
- BENVENUTI F., *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.
- BENVENUTI F., *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in G. PASTORI (a cura di), *Procedura amministrativa*, Vicenza, 1964.

- BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo, Parte generale*, Padova, 1987.
- BENVENUTI F., *Funzione (Teoria generale)* in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989, 5.
- BENVENUTI F., *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996.
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.
- BENVENUTI L., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.
- BERLUCCHI A., *Il parere tardivo espresso dalla Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici ex art. 146 d.lgs. n. 2004/42: spunti di riflessione*. Nota a: Consiglio di Stato, 09/08/2016, n. 3561, sez. VI, in *Riv. giur. edilizia*, fasc. 1, 2017.
- BERTI G., *Autorizzazione e concessione in materia di scuole*, in *Giur.it.*, 1960, I, 2.
- BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.
- BERTI G., *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, 1986.
- BERTINI P., *La conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1997.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, il contratto*, vol. III, Milano, 2000.
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 42.
- BIN R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002.
- BODDA P., *Autorizzazioni amministrative con particolare riferimento alle licenze di commercio*, in *Nuova rass.*, 1955.
- BOMBARDELLI M., *Decisione e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996.
- BOMBARDELLI M., *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004.
- BOMBARDELLI M., *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in *Urb. e app.*, 7/2016.
- BORRAS PENTINAT S., *L'impatto ambientale della clausola di condizionalità: globalizzazione sostenibile?*, in *Riv. giur. ambiente*, 2006.
- BOSCOLO E., *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padova, 2001.
- BOSCOLO E., *Il perimetro del silenzio assenso tra generalizzazioni, eccezioni per materia e norme previgenti*, in *Urb. e app.*, 2009, 4.
- BOSCOLO E., *La segnalazione certificata di inizio attività: fra esigenze di semplificazione ed effettività dei controlli*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 580.
- BOSCOLO E., *SCIA e poteri in autotutela*, in *Urb. e app.*, 2012, 1007.
- BOSCOLO E., *Motivazione dell'autorizzazione paesaggistica e attuazione del giudicato*, in *Urb. app.*, 2014, 929.
- BOSCOLO E., *L'attività edilizia libera*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, III ed., Milano, 2015.
- BOSCOLO E., *L'inammissibilità dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria: riaffermazione del principio e questioni sempre aperte*, in *Urb. e app.*, 2015, 7, 838.

- BRANCA G., *Accessione*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958.
- BRIGGS S., *Command and Control in natural resource management: Revisiting Holling and Meffe*, in *Ecological Management & Restoration*, 2003, vol. 4, n. 3.
- BUOSO E., *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, 133.
- CACCIAVILLANI C., *Sul ricorso per motivi aggiunti di cui all'art. 21 della legge TAR, come modificato dalla legge n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2005.
- CACCIAVILLANI C., *La perequazione urbanistica nell'esperienza italiana*, in D. D'ORSOGNA (a cura di), *Perequazione urbanistica, Materiali per la comparazione giuridica*, Torino, 2015.
- CAFAGNO M., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007.
- CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003.
- CALABRÒ M., *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, in *giustiziainsieme.it*, 2020.
- CALABRÒ M., *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione in Federalismi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2020.
- CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, VII, Napoli, 1976.
- CALANDRA G., *Osservazioni in tema di visto ed atti amministrativi*, in *Giur. Cass. Civ.* 1951, III 73.
- CALANDRA G., *Brevi osservazioni in tema di autorizzazioni e approvazioni*, in *Foro amm.*, 1957, II, 1.
- CALEGARI A., *Riflessioni in tema di tutela dell'ambiente e del paesaggio nell'esperienza italiana*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2014, 224.
- CAMMEO F., *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III.
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vol. I - *Ricorsi amministrativi. Giurisdizione ordinaria I*, Milano, 2011, s.d., 128.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 1914, 23.
- CAMPANILE T., CRIVELLATI F., GENGHINI L., *I diritti reali*, in L. GENGHINI (a cura di), *Manuali notarili*, Padova, 2011.
- CANGELLA F., *La disciplina procedimentale dell'autorizzazione paesaggistica: l'impatto delle modifiche introdotte dal d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2009.
- CANNADA BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 1964, 122.
- CAPACCIOLI E., *Pagine scelte dal manuale di diritto amministrativo*, in F. MERUSI, D. SORACE (a cura di), Padova, 1995, 88.

- CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983.
- CAPACCIOLI E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2016.
- CAPUTI JAMBRENGHI, M.T.P. *Studi sull'autoritarità nella funzione amministrativa*, Milano, 2005.
- CARANTA R., *I sassi e lo stagno (il difficile accesso al fatto del giudice amministrativo)*, in *Urb. e app.*, 2000.
- CARBONE L., LO MEO L., *Verifica delle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate dagli enti territoriali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008.
- CARDARELLI F., ZENO V., *Osservazioni sulla nullità del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla nullità civilistica*, in www.giustamm.it, ottobre 2005.
- CARDARELLI F., *La motivazione del provvedimento amministrativo, commento art. 3 legge 241/1990*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010.
- CARDARELLI F., *Amministrazione digitale trasparenza e principio di legalità*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015.
- CARDI E., COGNETTI S., *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990.
- CARDI E., *La manifestazione di interessi nel procedimento amministrativo*, vol. I, Rimini, 1983.
- CARINGELLA F., *Beni culturali ed ambientali*, in *Urb. e app.*, 1999.
- CARINGELLA F., *Corso di Diritto Amministrativo*, II ed., Milano, 2003.
- CARINGELLA F., SANTINI M., *Il nuovo volto della conferenza di servizi*, in F. CARINGELLA, D. DE CAROLIS, G. DE MARZO (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e 80/2005*, Milano, 2005.
- CARIOLA A., *Discrezionalità tecnica e imparzialità*, in *Dir. amm.*, 1997.
- CARLOTT G., *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- CARPENTIERI P., *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004.
- CARPENTIERI P., *Regime dei vincoli e Convenzione europea*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, 2007.
- CARPENTIERI P., *Interesse paesaggistico e procedimenti autorizzativi*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2015.
- CARPENTIERI P., *La tutela dei beni culturali, paesaggistici e ambientali nelle riforme della l. n. 124 del 2015*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2016, 3.
- CARRARO L., *Contributo alla teoria dell'autorizzazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947.
- CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurispru-*

- denza costituzionale italiana, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, 8.
- CARTABIA M., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali – il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola –* Santiago di Compostela 16-18 ottobre 2014.
- CARTABIA M., *Diritto amministrativo e diritti fondamentali*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, Bologna, 2016.
- CARTEI G., *L'autorizzazione paesaggistica nel codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *G.d.A.*, 2007.
- CARTEI G.F., *Autonomia locale e pianificazione del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013.
- CASSETTA E., *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957.
- CASSETTA E., *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998.
- CASSETTA E., *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. ec.*, 1998.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010.
- CASSETTA E., FRACCHIA F., *Manuale di diritto amministrativo*, 2013.
- CASINI L., *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, in *Dir. amm.*, 1999, Milano, 2005.
- CASINI L., *Valorizzazione del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014.
- CASINI L., *Patrimonio culturale*, in B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (diretto da), *Funzioni amministrative*, III, *Enc. dir., I tematici*, Milano, 2022.
- CASSARINO S., *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956.
- CASSATELLA A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013.
- CASSESE S., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983.
- CASSESE S., *L'opera di Massimo Severo Giannini negli anni trenta*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1990.
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991.
- CASSESE S., *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo, Un'analisi comparata*, in *Foro it.*, 1993, V.
- CASSESE S., *Diritto ambientale comunitario*, Milano, 1995.
- CASSESE S., *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998.
- CASSESE S., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001.
- CATALDO SALERNO G., *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Torino, 2014.

- CAVALLARO M.C., *Brevi riflessioni sulla natura giuridica del silenzio significativo*, nota a T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 27/05/2009, n. 509, in *Foro amm.*, 2009.
- CAVALLARO M.C., *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, Il problema della nullità*, Torino, 2012.
- CAVALLO B., *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1993.
- CAVALLO B., *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Milano, 2005, 61.
- CAVALLO PERIN R., *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14 /11/ 2014, Torino, 2016, 17.
- CAVALLO PERIN R., *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi, e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017.
- CELLERINO R., *Comando e controllo*, in G. GAMBA, G. MARTINETTI (a cura di), *Dizionario dell'ambiente*, Torino, 1995.
- CERULLI IRELLI V., *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984.
- CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984.
- CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997.
- CERULLI IRELLI V., *Principi del diritto amministrativo*, Torino, 2005.
- CERULLI IRELLI V., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2012.
- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2021.
- CHINELLO D., *L'autorizzazione paesaggistica semplificata*, in *Immobili & proprietà*, 2010.
- CHIRULLI P., *La partecipazione al procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020.
- CHITI M.P., *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: avversari o alleati?*, in *Foro amm.*, 2006.
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011.
- CINTIOLI F., *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Cons. Stato*, 2000, II.
- CINTIOLI F., *Giudice amministrativo tecnica e mercato: Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005, 11.
- CIOFFI A., *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005.
- CIOFFI A., *Dovere di provvedere e silenzio assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 15 maggio 2005, n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 89.
- CIOFFI A., *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 797.
- CIRILLO G.P., *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, in *Giur. amm.*, 2007, 10, 327.

- CIRILLO G.P., *La valenza patrimoniale dell'interesse legittimo. Il bene nei rapporti amministrativi e l'oggetto del provvedimento favorevole*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Torino, 2006.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Art. 146*, in M. CAMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2007, Bologna, 593.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un "ordinamento liberal-democratico"*, in *Dir. pubbl.*, 2009.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Potere amministrativo, tecniche interpretative del diritto emergenziale, nullità provvedimenti e azioni di mero accertamento*, in *Giur. it.*, 2012, n. 6.
- CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989.
- CLARICH M., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995.
- CLARICH M., *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 219.
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013.
- CLARICH M., *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021.
- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *La nuova disciplina dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005.
- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *Lezioni di diritto amministrativo*, III ed., Napoli, 2012.
- COCOZZA V., *La "rottura" dei modelli di disciplina nella riorganizzazione del Ministero dei beni e attività culturali*, in *Nomos*, 2018, 1.
- COGNETTI S., *La tutela delle situazioni giuridiche soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e Germania*, Napoli, 1987, 171.
- COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa, indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 41 COGNETTI S., *Qualità e qualità della partecipazione, Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000.
- COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.
- COGNETTI S., *Partecipazione "presa sul serio", Comunicazione al Convegno su "Diritto e processo amministrativo – La rivista a tre anni dalla fondazione"*, Salerno 4-5 dicembre, in *Studi in onore di Giuseppe Palma*, Torino, 2012, I, 371.
- COGNETTI S., *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014.

- COGNETTI S., *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in AA.VV. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014.
- COGNETTI S., *Precauzione nell'applicazione del principio di precauzione*, in G. LEONE (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019, 387.
- COGNETTI S., *Interesse legittimo: rilievi critici ai suoi critici*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- COMPORITI G., *Piani paesaggistici*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 1981.
- COMPORITI G., *Conferenza di servizi e ordinamento delle autonomie*, in *Dir. amm.*, 1998.
- CONTIERI A., *Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17 bis della legge n. 241/1990: la resistibile ascesa della semplificazione meramente temporale*, in A. CONTIERI (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2021.
- CONTIERI A., *Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17 bis della legge n. 241/1990: la resistibile ascesa della semplificazione meramente temporale*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. II, Napoli, 2020.
- CONTIERI A., *Provvedimenti e procedimenti di secondo grado*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014.
- CORAGGIO G., *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976.
- CORAGGIO G., *Autotutela. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, IV, 1.
- CORAGGIO G., "La posizione dell'interesse privato nella gerarchia degli interessi", in AA.VV., *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, Milano, 1994, 79-92.
- CORLETTO D., *La denuncia di inizio attività*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Il Testo Unico sull'edilizia*, Bologna, 2005.
- CORPACI A., *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine. La giustizia amministrativa*, in *Archivio ISAP*, n. 6 nuova serie, Milano, 1990.
- CORPACI A., *Ritiro e rimozione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997.
- CORPACI A., *Osservazioni, minime sulla nullità del provvedimento e sul relativo regime*, in *Dir. pubbl.*, 2015.
- CORRADINO M., *Il rito contro il silenzio della pubblica amministrazione*, in M. CORRADINO, G. DATO, (a cura di), *I riti speciali nel giudizio amministrativo*, Torino, 2008.
- CORREALE G., *Parere*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981.

- CORSO G., *La funzione consultiva*, Padova, 1942.
- CORSO G., *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969.
- CORSO G., *Autorizzazioni di polizia*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987.
- CORSO G., *Franco G. Scoca e l'interesse legittimo*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- CORSO G., *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars Interpretandi*, 2002.
- CORSO G., *Autotutela (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.
- CORSO G., *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022.
- CORTI M., *Vincoli e autorizzazioni paesaggistiche: orientamenti consolidati e profili di novità*, in *Riv. giur. ambiente*, 2011.
- COSTA P., *Diritti fondamentali (Storia)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2, 2008.
- COTZA P., *Dell'interesse pubblico e di altri «incidenti» nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, Napoli, 2012.
- COZZUTO QUADRI M.R., *Osservazioni alle sentenze del Consiglio di Stato n. 600 del 1990 e T.a.r. Campania n. 173/1989*, in *Foro it.*, 1991, III.
- CRAIG P., *EU Administrative Law*, III ed., Oxford, 2018.
- CROSETTI A., *La tutela del paesaggio tra Consiglio di Stato e Corte costituzionale tra legittimità e merito*, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 2002.
- CROSETTI A., *Il rapporto autorità – libertà nei modelli di tutela dell'ambiente* in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione, Atti del convegno*, Salerno 14-15/11/2014, Torino, 2017.
- CROSETTI A., *I controlli ambientali: natura, funzioni, rilevanza, I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in AA.VV., *Introduzione al Diritto dell'Ambiente*, Bari, 2018.
- CUGURRA G., *La semplificazione del procedimento amministrativo nell'art. 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127*, in *Dir. amm.*, 1998, 479.
- CZERMAK, F., *Zur Lehre vom gerichtlichen Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, in *Jus*, 1968, 399 ss.
- D'ALBERTI M., *Le concessioni amministrative, Aspetti della contrattualità della pubblica amministrazione*, Napoli, 1981.
- D'ALBERTI M., *Lezioni di Diritto amministrativo*, Torino, 2013.
- D'ANCONA S., *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e*

- giurisprudenziali fra diritto interno e diritto comunitario, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009.
- D'ANCONA S., *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità* Napoli, 2015.
- D'ANGELO F., *L'autorizzazione paesaggistica: inapplicabilità del silenzio assenso "endoprocedimentale"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 2.
- D'ORSOGNA D., *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002.
- D'ORSOGNA M., *Il problema della nullità nel diritto amministrativo*, Milano, 2004.
- D'ORSOGNA D., *La conferenza di servizi*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011.
- D'ORSOGNA M., LOMBARDI R., *Il silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.
- DAL PIAZ C., *Il trasferimento delle amministrazioni e concessioni amministrative*, Torino, 1971.
- DALMARTELLO A., *Dell'accessione, della specificazione, dell'unione e della commistione*, in G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 2020.
- DAMONTE R., *Il "punto" del Consiglio di Stato su autorizzazione paesistica in sanatoria e sanzione pecuniaria ex art. 15 l. 1497/39*, in *Urb. e app.*, 2000.
- DANIELE N., *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, III, Milano, 1967, 2.
- DE FRANCESCO G.M., *L'ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*, Milano, 1964.
- DE GIORGI CEZZI G., *Lo statuto dei beni culturali*, in *Aedon*, 3, 2001.
- DE GIORGI CEZZI G., *Sulla "inesauribilità del potere amministrativo, nota di commento a Tar Lecce, sez. I, 7 febbraio 2002, n. 842*, in *Urb. e app.*, 2002.
- DE GIORGI CEZZI G., *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003.
- DE GIORGI CEZZI G., *Tutela dell'identità dei luoghi e rilevanza monumentale di un uliveto secolare*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2005.
- DE GIORGI CEZZI G., *Commento dell'art. 3 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 modificato con i D. D.lg. 24 marzo 2006 n. 156 e n. 157)*, Milano, 2006.
- DE GIORGI G., *Commento dell'art. 21 quater legge n. 241/1990*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011.
- DE GIORGI CEZZI G., *I diritti fondamentali procedurali e il mondo degli interessi*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Torino, 2022.
- DE LEONARDIS F., *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 889.

- DE LEONARDIS F., *Il principio di precauzione*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012.
- DE LEONARDI F., *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla c.d. riforma Madia*, in *Federalismi.it.*, 21/10/2015.
- DE LEONARDIS F., *Tra precauzione, prevenzione e programmazione*, in L. GIANNI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, 49.
- DE LUCIA L., *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggi sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005.
- DE LUCIA L., *Interesse legittimo e costituzionalizzazione della prassi amministrativa*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- DE LUCIA F., PROTTO M., *Urbanistica: La sovrintendenza può annullare l'autorizzazione paesaggistica rilasciata dal Comune per carenza di adeguata valutazione della compatibilità paesaggistica*, in *Urb. e app.*, 2012, 475.
- DE NICTOLIS R., *Natura giuridica della denuncia di inizio attività in materia edilizia e tutela del terzo*, in *Urb. e App.*, 2003, 1.
- DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.
- DE PRETIS D., *Valutazioni tecniche della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.
- DE SIANO A., *Contributo sul tema della nullità dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2013.
- DE SIANO A., *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, Napoli, 2018.
- DE VALLES A., *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917.
- DEL POZZO V., *Il nulla osta amministrativo*, Bari, 1959, 12.
- DEL PRETE A., *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: profili critici e problematici*, in *Rivista giur. dell'edilizia*, 2018, 3, 705.
- DEL SIGNORE M., *L'ordinaria rilevanza dell'atto nullo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015.
- DEL SIGNORE M., *Ambiente*, in B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (diretto da), *Funzioni amministrative*, III, in *Enc. dir., I tematici*, Milano, 2022, 50-54.
- DELL'ANNO P., *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Padova, 1989.
- DELL'ANNO P., *La valutazione di impatto ambientale*, in *Riv. Giur. dell'Ambiente*, Milano, 2001.
- DELLA CANANEA, G. FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010.
- DELLA CANANEA G., DUGATO M., MARCHETTI B., POLICE A., RAMAJOLI M., *Manuale di Diritto amministrativo*, Torino, 2022.
- DELLA SCALA M.G., *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016.

- DEODATO C., *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.
- DI GIOVANNI L., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione nel procedimento di pianificazione paesaggistica*, in *Riv. giur. dell'edilizia*, n. 6/2019.
- DI MARIO A., *DIA e SCIA e tutela dei terzi*, in *Giur. it.*, 2014.
- DONATI D., *Atto complesso, autorizzazione e approvazione*, Modena, 1903 (ora in *Scritti di diritto pubblico*, vol. I., Padova, 1966).
- DURANTE N., *Nuovi orizzonti di tutela dinanzi al giudice amministrativo*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- EHMKE H., *“Ermessen” und “unbestimmte Rechtsbegriffe” im Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1960, 132 ss.
- ELLIS E. (ed), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999.
- EMILIOU N., *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London, 1996.
- ERICHSEN H.U., MARTENS W., *Das Verwaltungshandeln*, in H.U. ERICHSEN, W. MARTENS (hrsg), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin-New York, 1992, 191, 192.
- FABIANI E., *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali “standard” valutativi e principi generali dell'ordinamento*, nota a Cass. civ. sez. lavoro, 13 aprile 1999, n. 3645, in *Foro it.*, 1999, I, 3558.
- FALCON G., *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1997.
- FALCON G., *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge n. 241/1990*, in *Dir. pubbl.*, 1997.
- FALCON G., *Gli accordi tra amministrazioni e tra amministrazioni e privato*, in L. VANDELLI, G. GARDINI (a cura di), *La semplificazione amministrativa*, in *Quaderni della Spisa*, Rimini, 1999.
- FALCON G., *La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2000.
- FALZEA A., *Rilevanza giuridica*, in *Enc. dir.*, XL, 1989.
- FALZEA A., *Fattispecie e fatto. II. Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967.
- FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965.
- FALZEA A., *Teoria dell'efficacia giuridica, voci di teoria generale del diritto*, ed. prov., Roma, 1951.
- FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941.
- FALZEA A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939.

- FANTI V., *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo*, Torino, 2012, 276.
- FANTINI S., *La revoca dei provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1.
- FEDERICO A., *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999.
- FELIZIANI C., *Nullità del provvedimento amministrativo ex art. 21 septies L. n. 241 del 1990 e successive modifiche*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008.
- FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Bari, 2012.
- FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996.
- FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, 13.
- FERRARA R., *La pubblica amministrazione fra l'autorità e consenso: Dalla "specialità amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia"*, in *Riv. trim. dir. amm.* Milano, 1997, 225-270.
- FERRARA R., *Il procedimento amministrativo, visto dal "terzo"*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1034.
- FERRARA R., *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012, 202.
- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014.
- FERRARA R., *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014.
- FERRARA R., *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Il Piemonte delle autonomie*, 2018, 1.
- FERRARI G., TARANTINO, L., *Sui presupposti per l'annullamento dell'autorizzazione paesaggistica*, in *Urb. e app.*, 2013.
- FERRARIS C.F., *Diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 1922.
- FERRARIS C.F., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione e l'autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, 224.
- FERRERO E., *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Riv. dir. amm.*, n. 3/2014, 759.
- FIGORILLI F. *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (Dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996.
- FIGORILLI F., GIUSTI A., *Articolo 2 Conclusione del procedimento*, in N. PAOLANTONIO, A POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005.
- FIGORILLI F., RENNA M., *Art. 2*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010.
- FIORAVANTI M., *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2004.

- FLORIO S., *L'autorizzazione paesaggistica in Italia: un pilastro instabile*, in *Riv. giur. On line, Dereito*, vol. 25, n. 1, 2016.
- FOGLI L., *La Scia tra il processo di semplificazione e l'obbligo di provvedere della Pubblica Amministrazione*, in *Azienditalia*, 2022, 3.
- FOLLIERI E., *Paesaggio e tutela giurisdizionale – La tutela del paesaggio culturale negata per la tesi sulla graduazione di ufficio degli effetti dell'annullamento*, in *Giur. it.*, 2021, 8-9, 1942.
- FOLLIERI E., *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 253.
- FOLLIERI E., *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio. I beni culturali*, Napoli, 2005.
- FOLLIERI E., *La sindacabilità delle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione nella tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, vol. IV, Padova, 2007, 158.
- FOLLIERI E., *Il sindacato del giudice sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2008, 61.
- FOLLIERI E., *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017.
- FONDERICO G., *Il nuovo tempo del procedimento, la Dia ed il silenzio assenso* (commento alla l. 14 maggio 2005, n. 80), in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1017.
- FONDERICO F., *Silenzio della pubblica amministrazione*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006.
- FORTI U., *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO (a cura di), in *Trattato dir. amm.*, vol. 2, Milano, 1915.
- FORTI U., *I controlli sull'amministrazione locale*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1921.
- FORTI U., *Il silenzio della pubblica amministrazione e i suoi effetti processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932.
- FORTI U., *Lezioni di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1950.
- FORTI U., *Autorizzazioni amministrative*, in *Nuovo Dig. it.*, 1964, I, 177.
- FRACCHIA F., *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996.
- FRACCHIA F., VIDETTA C., *La tecnica come potere*, in *Foro it.*, 2002, III.
- FRAENKEL-HAEBERLE C., *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa, Germania – Austria – Italia*, Trento, 2004.
- FRAGOLA U., *Le situazioni giuridiche nel diritto amministrativo*, Milano, 1939.
- FRANCARIO F., *Osservazioni a margine dello studio di Franco Scoca sulla figura dell'interesse legittimo*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.

- FRANCHINI F., *Il parere nel diritto amministrativo*, Milano, 1945.
- FRANCHINI F., *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici tra l'amministrazione e i privati*, Milano, 1957, 5.
- FRANCHINI F., *Parere*, in *Noviss. Dig.it.*, XII, Torino, 1965.
- FRANCHINI C., *Potere discrezionale e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica inglese*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici*, Milano, 1985, 925.
- FRANCHINI C., *I principi di organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 4, 672.
- FRATINI M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2020-2021, 691.
- FREDIANI E. *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019, 106.
- FROSINI V. *Situazione giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, 1970.
- FUZIO R., *Pianificazione ed autorizzazione paesaggistica: luci ed ombre del nuovo codice*, in *Ambiente & sviluppo*, 2004, 7, 632.
- GALATERIA L., STIPO M., *Manuale di diritto amministrativo. Principi generali*, Torino, 1993.
- GALETTA D.U., *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1994.
- GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.
- GALLI R., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1991.
- GALLI R., GALLI D., *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Padova, 2001, 657.
- GALLO C.E., *Potere amministrativo e valutazioni discrezionali*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Salerno 13-14 /11/ 2014, Torino, 2016.
- GALLO E., *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 43.
- GARDINI G., *La Conferenza di servizi: natura e scopi. L'evoluzione dell'istituto dalla legge 241/90 al regolamento sullo Sportello Unico*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 6/1999, 1275.
- GARDINI G., *La conferenza di servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2005, 488.
- GAROFOLI R., FERRARI R., *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Milano, 2019-2020.
- GASPARRI P., *Considerazioni in tema di autorizzazioni*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1947, III, 1125, nota a sentenza Cons. Stato, IV, 30/10/1947, n. 378.
- GASPARRI P., *Autorizzazioni (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, 512.
- GASPARRI P., *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 124.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 238.

- GEITMANN R., *Bundesverfassungsgericht und "offene" Normen*, Berlin, 1971, 173 ss.
- GHETTI G., *La consulenza amministrativa*, Padova, 1974.
- GHETTI G., *Brevi note intorno alla revoca dell'atto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996.
- GIANI L., *Articolo 20. Silenzio assenso*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005.
- GIANI L., *Il "bene della vita" del privato tra potere amministrativo e spettanza. Brevi riflessioni a margine del volume di F.G. Scoca*, in S. LICCIARDELLO e S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- GIANI L., *I tempi (dell'azione e della decisione) dell'amministrazione tra certezza e affidamento*, in *Scritti in onore di Franco Gaetano Scoca*, vol. III, Napoli, 2020.
- GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica dell'interpretazione*, Milano, 1939, 210.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione, Concetti e problemi*, Milano, 1939, 103.
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950. GIANNINI M.S., *Corso di Diritto amministrativo. I, L'attività amministrativa*, Milano, 1967, 66.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo, I*, Milano, 1970. GIANNINI M.S., *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976.
- GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977.
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.
- GIANNINI M.S., *Discrezionalità amministrativa e pluralismo, (intervista a cura di M. D'Alberti)*, in *Quaderni del pluralismo*, 1984, n. 2, 104-109.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 241.
- GIARDINO E., *Il carattere unitario della tutela paesaggistica e l'ineludibilità del procedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 102.
- GILIBERTI B., *Profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 1657.
- GIUFFRÈ V., *L'autorizzazione paesaggistica negata in sanatoria*, in *Corr. giur.*, 1993, 9, 1120.
- GIULIETTI S., *I principi di prevenzione e precauzione nella materia ambientale*, in L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, 238.
- GIULIETTI W., *Dichiarazione di inizio attività*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla ln. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2003.

- GIULIETTI W., *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008.
- GIUSTI A., *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato, La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007.
- GOGGIAMANI F., *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.
- GOTTI P., *La legge 20 marzo 1865, n. 2248 allegato E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in *Le riforme crispine* vol. 2, *Giustizia amministrativa*, Milano, 1990.
- GOTTI P., *Gli atti amministrativi dichiarativi*, Milano, 1996.
- GRANDI F., *L'art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o "recrudescenza" di un dovere?*, in *Costituzionismo.it.*, fascicolo 1/2021.
- GRASSO G., *Procedimento e danno tra interesse legittimo e fondata pretesa: spigolature sullo scrutinio di spettanza, a margine di un libro recente*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- GRASSO G., *Art. 16 Attività consultiva*, in BARTOLINI, A. FANTINI, S. FERRARI, G. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e della responsabilità*, Roma, 2010.
- GRAZIOSI B., *Il divieto di sanatoria paesaggistica tra sopravvenienza del vincolo e sopravvenienza del divieto*, in *Urb. e app.*, 2019, 761.
- GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.
- GRECO G., *L'atto amministrativo condizionato*, Torino, 2013.
- GRECO G., *Interesse strumentale e interesse finale*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- GRIMM D., *Die Aufgabenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung bei der Genehmigung kerntechnischer Anlagen*, in SH. VAN BUIREN (hrsg), *Rechterliches Handeln und technisches Risiko*, Baden-Baden, 1982, 25 ss.
- GROSSI P., *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2008.
- GUACCI C., *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012.
- GUACCI C., *Il procedimento amministrativo. Nozioni e caratteri generali*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014.
- GUACCI C., *Il silenzio della pubblicazione*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017.
- GUACCI C., *Le situazioni giuridiche soggettive*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017.

- GUACCI C., *Il potere decisorio tardivo della soprintendenza ex art. 146 d.lgs. n. 42 del 2004 e l'istituto del silenzio assenso ex art. 17 bis della legge n. 241/1990*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. II, Napoli, 2020, 2609.
- GUALDANI A., *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016.
- GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, 257.
- GUARINO G., *Dizionario di diritto amministrativo*, vol. I, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1983, 101.
- GUARINO G., *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1985.
- GUCCIONE G., *Il ricorso avverso il silenzio-inadempimento dell'amministrazione: breve ricostruzione storica dell'istituto ed applicazioni giurisprudenziali del rito ex art. 2 della legge n. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. proc. amm.*, 2002.
- GUERRA M.P., *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, 1996, 129.
- GUICCIARDI E., *Inerzia e discrezionalità*, in *Giur. it.*, 1955, III, 103.
- GUZZETTA G., *E se il caos delle norme anti-contagio fosse un trucco per toglierci la voglia di libertà?*, ne *Il Dubbio*, 4 aprile 2020.
- HANDLER T., *Regulating the European Environment*, Chichester, 1997.
- HILL H., *Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandeln*, in *D.ö.V.*, 1987, 886 ss.
- HOLLING C.S., MEFFE G.K., *Command and Control and the Pathology Resource Management*, in *Conservation Biology*, 1996, vol. 10, n. 2, 328.
- IMMORDINO M., *Vincolo paesaggistico e regime dei beni*, Padova, 1991, 191.
- IMMORDINO M., *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. amm.*, 1/1997, 103.
- IMMORDINO M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.
- IMMORDINO M., *I piani paesaggistici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M.A. SANDULLI, M. SPASIANO, P. STELLA RICHTER (a cura di), *Il diritto urbanistico in cinquant'anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 2006.
- IMMORDINO M., CAVALLARO M.C., *La nullità del provvedimento amministrativo, tra carenza di potere in concreto nella prospettiva dell'art. 21 septies L. n. 241/1990*, in *Giustamm.it*, n. 9/2007.
- IMMORDINO M., *I provvedimenti di secondo grado*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017.
- IMPASTATO M.G., *La conferenza di servizi "aperta" nel dpr 447 del 1998 ovvero della "semplificazione partecipata"*, in *Dir. amm.*, 2001, 487.

- INTERLANDI M., *La revoca; prime riflessioni sulle novità introdotte dalla legge 15/2005* in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005.
- IRTI N., *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, ora in N. IATI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 3.
- ITALIA V., *Diritto amministrativo*, Milano, 2002.
- JELLINEK W., *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen, 1913.
- JEMOLO A.C., *La competenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale nella risoluzione delle questioni tecniche*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1927, I, 569.
- KIND H., *Ist die gesetzliche Verpflichtung der Executive zur (letzverbindlichen) Auslegung eines "unbestimmten Rechtsbegriffes" durch Allgemeine Verwaltungsvorschriften verfassungswidrig*, in *D.ö.V.*, 1988, 679 ss.
- KISS A., SHELTON D., *Manual of European environmental law*, Cambridge, 1997, 10.
- KOCH H.J., *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, Frankfurt am Main, 1979, 172 ss.
- KRAMER L., *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, 2002.
- LA ROSA G., *Scia e tutela del terzo dopo la Corte cost., n. 45/2019*, in *Urb. e app.*, 2019, 4.
- LA VALLE F., *Azione di impugnazione ed azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965.
- LAMBERTI C., *La SCIA fra liberalizzazione e semplificazione*, in *Urb. e app.*, 1, 2013, 11.
- LAMBERTI C., *Segnalazione certificata di inizio attività SCIA – La SCIA tutela le attività economiche non il terzo*, in *Giur. it.*, 2019, 4.
- LAVITOLA G., *Denuncia di inizio attività*, Padova, 2003.
- LAZZARA P., *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, 2010, 146.
- LEDDA F., *Il rifiuto del provvedimento*, Torino, 1970.
- LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 428.
- LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133.
- LENTINI L., *Interesse legittimo e giudice amministrativo*, in S. LICCIARDELLO E S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- LEVI A., *Teoria generale del diritto*, Padova, 1967.
- LEVI F., *Inchiesta amministrativa*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1965.

- LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.
- LEVI F., *Italia*, in F. LEVI (a cura di), *La tutela del paesaggio*, Torino, 1979.
- LEVITA L., *L'attività discrezionale della pubblica amministrazione: forme e limiti dell'esercizio del potere amministrativo*, Matelica, 2008.
- LIBERTINI L., *La regolazione amministrativa del mercato*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, III, *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979.
- LOMBARDI P., *Inchiesta*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2005, 3036.
- LICCIARDELLO S., *La pedagogia della giustizia amministrativa*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- LIGNANI P., *I tempi del procedimento amministrativo*, in B. CAVALLO (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso. Legge 7 agosto 1990, n. 241*, II ed., Napoli, 1993.
- LIGUGNANA G., *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004.
- LIGUGNANA G., *Vecchie e nuove questioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it, 2006.
- LIPARI L., *I tempi del procedimento amministrativo*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, *Atti del XLVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2003.
- LIPARI M., *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi (in attesa dei decreti legislativi di riordino)*, in *Foro amm.*, 2015, 2923.
- LOCATI G., *Note sulle clausole accessorie degli atti amministrativi*, in *Nuova rass.*, 1965.
- LOIODICE A., *Il silenzio della pubblica amministrazione nelle recenti innovazioni legislative*, in *Cons. Stato*, 2005.
- LOPILATO V., CARINGELLA F., *Art. 31*, in *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2015, 419.
- LUCIANI F., *L'invalidità e altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009.
- LUCIANI F., *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo, Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010.
- LUCIANI M., *Franco Scoca e l'interesse legittimo*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- LUCIFREDI R., *L'atto amministrativo negli elementi accidentali*, Milano, 1941, (rist. 1960).
- LUHMANN N., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995.

- LUNARDELLI M., *Le soprintendenze archeologia, belle arti e paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022.
- LUPO A., *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano, 2013.
- MACCHIA M., *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri probatori nel decreto-legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020, 27 agosto, in www.forumcostituzionale.it.
- MADDALENA P., *Considerazioni essenziali sul decreto Galasso sulla tutela del paesaggio*, in *Cons. Stato*, 1984, II, 1443.
- MANFREDI G., *Accordi e azione amministrativa*, in *Quaderni regionali*, 1988, 79.
- MANFREDI G., *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso, nota a sentenza T.a.r. Trentino Alto Adige 16 dicembre 2009, n. 305*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 328.
- MANNORI L., *Uno Stato per Romagnosi*, vol. I., *Il progetto costituzionale*, Milano, 1984.
- MANNORI L., *L'influenza francese*, in *Le riforme crispine. La giustizia amministrativa*, Milano, 1990.
- MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001.
- MANTERO A., *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979.
- MARENGHI E.M., *Procedimenti e processualprocedimento*, Padova, 2009.
- MARI G., *Le incertezze irrisolte in tema di autorizzazione paesaggistica*, in *Rivista giur. edilizia*, 2014, Suppl. 6, 103.
- MARI G., *Autorizzazioni preliminari e titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizi, la conferenza di servizi e il silenzio assenso id cui agli artt. 17-bis e 20 l. n. 241/1990*, in AA.VV., *Semplificazione e trasparenza amministrativa: esperienze italiane ed europee a confronto, Atti dei convegni Strategie di contrasto alla corruzione: l. 06/11/2012 n. 190 e s.m.i. e Titoli abilitativi edilizi, Sblocca Italia e Decreti del Fare, svoltisi a Napoli, Università Federico II, il 25 giugno e il 6 luglio 2015, ed organizzati dal Centro Interdipartimentale di ricerca Laboratorio di Urbanistica e di Pianificazione Territoriale "Raffaele D'Ambrosio" (L.U.P.T.)*, 2016.
- MARI G., *La rilevanza del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti relativi ai titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizia. Considerazioni a margine di una recente circolare del MIBACT*, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 2016.
- MARI G., *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

- MARI G., *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.aa. e nella conferenza di servizi*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 305.
- MARI G., *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017,
- MARI G., *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.aa. e nella conferenza di servizi*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 305.
- MARI G., *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della p.a.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020.
- MARINO I., *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e potere dell'amministrazione*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2003, 338.
- MARONGIU G., *Funzione amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989, 3.
- MARRAMA R., *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416.
- MARTINES F., *La segnalazione certificata di inizio attività: nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, Milano, 2011.
- MARTINES F., *La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra le pubbliche amministrazioni introdotto dall'art. 17-bis della legge n. 241/1990*, in *Dir. amm.*, fasc. 3, 1/12/2018, 2.
- MARTINEZ L., *Il controllo dei profili ambientali nei titoli abilitativi edilizi*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da) *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, *Tutele parallele. Norme processuali*, Padova, 2015.
- MARZARO P., *L'Amministrazione del paesaggio, profili critici ricostruttivi di un sistema complesso*, Torino, 2011.
- MARZARO P., *L'autorizzazione paesaggistica semplificata nella disciplina del D.P.R. 9 luglio 2010, n 139*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2012, 259.
- MARZARO P., *Certezze e incertezze sul silenzio assenso tra amministrazioni*, in *Giust. amm.*, 15/2015.
- MARZARO P., *Coordinamento tra Amministrazioni e silenzio assenso*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1/2016, 51.
- MARZARO P., *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' disegnato dal Consiglio di Stato*, in *Federalismi.it*, 5 ottobre 2016.
- MARZARO P., *Silenzio assenso tra amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento*, in *Giustamm.it Rivista di Dir. pubbl.*, 2016, 32.
- MARZUOLI C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.

- MARZUOLI C., *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, e in *Dir. pubbl.*, 1998, 126.
- MASTRANGELO D., *La tecnica nell'amministrazione, fra discrezionalità, pareri e merito*, Bari, 2003.
- MATTARELLA B.G., *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Saggio critico, Padova, 2000.
- MATTARELLA B.G., (voce) *Discrezionalità amministrativa*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 1993.
- MATTARELLA B.G., *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 1223.
- MAURER H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2002, 105.
- MAZZAMUTO M., *L'interesse legittimo: profili di teoria generale (a proposito di una recente monografia di Franco Gaetano Scoca)*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, vol. I, 193-194.
- MAZZAROLLI L., *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi (art. 21 septies della l. n. 241/1990, introdotto con la l. n. 15 del 2005)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 559.
- MELONCELLI A., *L'iniziativa amministrativa*, Milano, 1976.
- MERLONI F., *Attività conoscitiva delle amministrazioni pubbliche, le statistiche ufficiali. Problemi organizzativi e funzionali*, in *Riv. trib. dir. pubbl.*, 1994.
- MERUSI F., *Principi fondamentali* (Art. 1-12), in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 432.
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1979, 50.
- MERUSI F., TOSCANO G., *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, vol. X, 1.
- MERUSI F., *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, n. 1, 1993, 21.
- MERUSI F., *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, 2000.
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001.
- MERUSI F., *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2003.
- MERUSI F., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 7.
- MESSINEO F., *Annullabilità e annullamento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.

- MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, II ed., Padova, 1953.
- MIELE G., *Funzione pubblica*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VII, Torino, 1961.
- MIELE G., *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I.
- MILANI V., *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 5.
- MODUGNO F., MANETTI M., *Eccesso di potere – II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1988, 1.
- MODUGNO F., *Eccesso di potere, II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989.
- MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 93.
- MOLITERNI A., *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, 4.
- MONTEL A., *Accessione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957.
- MORANA D., *Sulla fundamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia*, in *Consulta online*, 30/4/2020, 4.
- MORBIDELLI G., *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. III, Padova, 1998.
- MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998.
- MORBIDELLI G., *Il silenzio assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006.
- MORBIDELLI G., *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 708.
- MORBIDELLI G., *Della "triplice" forma di nullità dei provvedimenti*, in *Dir. pubb.*, 2015, 666.
- MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.
- MORTATI C., *Potere discrezionale*, in *Nuovo Dig. it.*, X, 1939, 77.
- MORTATI C., *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, V, 1968.
- MORTATI C., *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, 1936, ripubblicato in C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 997.
- NAPOLITANO A., *L'evoluzione del principio di precauzione nel panorama giuridico nazionale ed europeo*, in *De Iustitia*, 1, 2019, 64.
- NICODEMO G.F., *Edilizia – SCIA e autotutela: la P.A. deve provvedere sull'istanza di annullamento del terzo*, in *Giur. it.*, 2021, 7.
- NICOSIA M., *Il procedimento amministrativo: principi e materiali. Commento alla l. 241/1990 e alla sua attuazione con i d.p.r. 300 e 352/1992*, Napoli, 1992.

- NIGRO M., *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, XI, 810.
- NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.
- NIGRO M., *La riforma del processo amministrativo*, Milano, 1980.
- NIGRO M., *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, ora in ID., *Scritti giuridici*, 1996, 1414.
- NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione* (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo), in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Napoli, 1981.
- NIGRO M., CARDI E., *L'azione dei poteri pubblici, Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1994.
- OCCHIENA M., *Autorizzazione paesistica e annullamento ministeriale: la tutela del paesaggio tra regionalismi e centralismo*, in *Riv. giur. edilizia*, 1994, II, 84.
- OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.
- OCCHIENA M., *Riforma della l. n. 241/1990 e "nuovo" silenzio rifiuto: del diritto v'è certezza*, in *Giust. amm.*, 2005.
- ORSI BATTAGLINI A., *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, vol. II, 58.
- ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano, 1988.
- ORTOLANI G., *Autorizzazioni e approvazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II Padova, 1940.
- ORTOLANI G., *Sul concetto di autorizzazione e di funzione di servizio pubblico*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, 413.
- OSSENBUHL F., *Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung*, in *D.O.V.*, 1972, 402 ss.
- OTRANT P., *Silenzio e interesse pubblico nell'attività amministrativa*, Bari, 2018.
- OTTAVIANO V., *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987.
- PABUSA A., *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.* IX, Torino, 1994.
- PAGLIARA P., *L'art. 1 sexies legge 431/85 e la tutela "sostanziale" dei beni paesaggistici*, in *Ambiente & sviluppo*, 1996, 4.
- PAGLIARI G., *La conferenza di servizi*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011.

- PAGLIARI G., "L'interesse legittimo. Storia e teoria". *Le suggestioni di una lettura*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- PAJNO A., *L'interesse legittimo: riflessioni e suggestioni. A proposito de "L'interesse legittimo. Storia e teoria" di Franco Gaetano Scoca*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- PALADIN L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 899 ss.
- PALMA G., *Le posizioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di Diritto amministrativo*, Padova, 1999.
- PAOLANTONIO N., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.
- PAOLANTONIO N., *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, *Annali*, I, Milano, 2008.
- PAOLANTONIO N., GIULIETTI W., *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010.
- PAOLOANTONIO N., *Centralità del cittadino ed interesse legittimo (oltre le categorie, per una tutela effettiva: l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca)*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- PAPARELLA F., *Revoca (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.
- PARISIO V., *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996.
- PARISIO V., *Novità e conferme nella disciplina degli atti consultivi prevista nella l. 15 maggio 1997 n. 127*, in V. PARISIO (a cura di), *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della l. 15 maggio 1997 n. 127*, Milano, 1998.
- PARISIO V., *Beni culturali, paesaggio e giudice amministrativo*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2004, 3229.
- PARISIO V., *Silenzio della pubblica amministrazione*, in M. CLARICH, G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario del diritto amministrativo*, Milano, 2006.
- PARISIO V., *Silenzio della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006.
- PARISIO V., *Legittimità e merito nei provvedimenti di vincolo*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2008, 3, 234.
- PARISIO V., *L'impugnazione dell'autorizzazione paesaggistica nell'art. 146 c. 12 del d.lgs. n. 42 del 2004: supremazia dei valori paesaggistici e deroghe al sistema processuale amministrativo*, in F. CORTESE (a cura di), *Conservazione del paesaggio e dell'ambiente, governo del territorio e grandi infrastrutture: realtà o utopia*, Milano, 2009, 151.

- PARISIO V., *Art. 146*, in R. FERRARA, G.F. FERRARI (a cura di), *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, Padova, 2010.
- PARISIO V., *L'attività consultiva*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011.
- PARISIO V., *Commento all'art. 146*, in R. FERRARA, G.F. FERRARI (a cura di), *Commentario breve alle leggi in materia urbanistica ed edilizia*, Padova, 2015.
- PARISIO V., *Sub art. 146, (Par. I-VII)*, in R. FERRARA, G.F. FERRARI (diretto da), *Commentario breve alle leggi in materia urbanistica ed edilizia*, III ed., Padova, 2019.
- PARODI G., *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990.
- PASINI G., *La tutela delle bellezze naturali, Contributo ad una ricerca sistematica*, Napoli, 1967.
- PASTORELLI M., *La discrezionalità amministrativa nel pensiero giovanile di Massimo Severo Giannini*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVII, Milano, 2008, 381 ss., 464.
- PASTORI G., *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964.
- PASTORI G., *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3170.
- PASTORI G., *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. ALLEGRETTI, O. BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, 815.
- PASTORI G., *Conferenza di servizi e pluralismo autonomistico*, in *Le Regioni*, 1993, 1564.
- PATRONI GRIFFI F., *Una breve riflessione sull'interesse legittimo*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- PEPE R., *Considerazioni sull'annullamento sopravvenuto dell'autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, 5.
- PERFETTI L.R., *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, 424.
- PERFETTI L.R., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 314.
- PERFETTI L.R., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14/11/2014, Torino, 2016.
- PERICU G., *Attività amministrativa, Premesse introduttive e principi costituzionali*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, III ed., Bologna, 2001.

- PERLINGIERI P., *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020.
- PERONGINI S., *Profili giuridici del piano urbanistico territoriale dell'area sorrentino-amalfitana*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1994.
- PERONGINI S., *La formula ora per allora nel diritto pubblico, Il provvedimento amministrativo "ora per allora" Preclusioni e limiti alle sopravvenienze di fatto e di diritto*, Milano, 1999.
- PERONGINI S., *Profili giuridici della pianificazione urbanistica peregrativa*, Milano, 2005.
- PERONGINI S., *La tutela giurisdizionale avverso l'inerzia della pubblica amministrazione e l'interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2010, 440.
- PERONGINI S., *Profili strutturali o statici del provvedimento amministrativo*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014.
- PERONGINI P., *L'elaborazione della nozione di provvedimento amministrativo*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014.
- PERONGINI S., *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14/2014, Torino, 2016.
- PERONGINI S., *Teoria e dogmatica del provvedimento*, Torino, 2016.
- PERONGINI S., *L'interesse legittimo: attualità e prospettive nel pensiero di Franco Gaetano Scoca*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, Torino, 2019.
- PERTICARARI R., *Annullamento in via di autotutela e interesse pubblico*, in *Urb. e app.*, 2010, 714.
- PICOZZA E., *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi del diritto comunitario e nazionale*, in *Cons. Stato*, 2005, 7.
- PIGA P., *Sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1956, 52.
- PILERI F.M., *I vincoli del potere di valutazione della P.A. in tema di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria*, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, 1, 109.
- PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964.
- PIRAS A., *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1972.
- PIZZANELLI G., *Conciliare interessi amministrando, nel dialogo tra scienza tecnica e diritto*, Pisa, 2016, 96.
- POLICE A., *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996.

- POLICE A., *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007.
- POLICE A., *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.
- POLICE A., *Cosa serve l'interesse legittimo? A margine delle riflessioni di Franco Gaetano Scoca*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- PONTE D., *La nullità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2007.
- POSTERARO N., *Autorizzazione alla realizzazione di strutture sanitarie, verifica di compatibilità regionale e silenzio assenso tra PP.AA.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021.
- PREDIERI A., *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, II, Firenze, 1969.
- PREDIERI A., *Enciclopedia del diritto, Paesaggio*, Milano, 1981.
- PREDIERI A., *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, vol., XXXI, Milano, 1981.
- PRESUTTI E., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, 47.
- PRESUTTI E., *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911.
- PRESUTTI E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, III ed., Messina s.d. (ma 1930), I, 82.
- PROIETTI R., *La denuncia di inizio attività alla luce del nuovo art. 19 della legge 241/1990*, in *Urb. e app.*, 2005, 873.
- PUBUSA A., *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, 1988.
- PUGLIATTI S., *Il trasferimento delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1964.
- PUGLIESE F.P., *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1469.
- PULVIRENTI M.G., *Patrimonio culturale e ordinamento pluralista*, Torino, 2022.
- QUARANTA A., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Novara, 1978.
- RACCA G.M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000.
- RACCA G.M., *La responsabilità contrattuale e precontrattuale della pubblica amministrazione*, in P. RESCIGNO, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti, Tomo Primo, cap. X, I contratti con la pubblica amministrazione*, C. FRANCHINI (a cura di), Torino, 2007.

- RAGGI L., *Alcuni rilievi a chiarimento del concetto di autorizzazione amministrativa*, in *Foro it.*, 1907, 8.
- RAGGI L., *Sull'atto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, 176.
- RAMAJOLI M., *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della l. n. 241/1990, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010.
- RAMAJOLI M., *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 329.
- RAMAJOLI M., VILLATA R., *Procedimento. Art. 10 bis l. n. 241/1990*, in *Il Libro dell'Anno del Diritto*, Istituto Treccani, Roma, 2012.
- RAMAJOLI M., *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempiamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014.
- RAMAJOLI M., *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2016, 100 ss. e 122.
- RAMAJOLI M., *Art. 9*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2016.
- RAMAJOLI M., *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 675-695.
- RAMAJOLI M., *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 3/2022, Milano.
- RANELLETTI O., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, IV, 1894, 7.
- RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, LVI, 1894, IV.
- RANELLETTI O., *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1895, XIX, 3.
- RANELLETTI O., *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912.
- RANELLETTI O., AMORTH A., *Atti amministrativi*, in *Nuovo Dig. it.*, 1, 1937.
- RANELLETTI O., *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1984, 363.
- RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, II, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1984, 363.
- RANELLETTI O., *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1920-1921.
- REINHARDT M., *Abschied von der verwaltungsvorschrift im Wasserrecht*, in *D.ö.V.*, 1992, 102 ss.
- RENGELING H.W., *Anlagenbegriff, Schadenvorsorge und Verfahrensstufung im Atomrecht*, in *D.V.Bl.*, 1986, 265 ss.
- RENNA M., *Le semplificazioni amministrative (nel decreto legislativo n. 152/2006)*, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, 649.

- RENNA M., *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 27.
- RESTA R., *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi come onere di buona amministrazione*, nota a Cons. Stato, 12/1/1937, n. 5, in *Foro amm.*, 1937, I, 121.
- RESTA R., *Il silenzio nell'esercizio della funzione amministrativa*, Roma, 1932.
- REUB H., *Das Ermessen*, in *D.V.Bl.*, 1953, 649.
- RICCI L., *Parere vincolante della Soprintendenza, ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica di cui agli articoli 167 e 181 del d.lgs. n. 42/2004*, in *Riv giur. edilizia*, n. 3, 2012, 127.
- ROMANI F., *L'autorizzazione paesaggistica in sanatoria e i volumi tecnici*, in *Il Corr. Mer.*, 2013, 10, 1009.
- ROMANO A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 53.
- ROMANO A., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005.
- ROMANO A., *La nullità del provvedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016.
- ROMANO E., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: profili ricostruttivi e prospettive di evoluzione normativa*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2012.
- ROMANO E., *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, Torino, 2019.
- ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 1930.
- ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo* III ed., Padova, 1937.
- ROMANO S., *Poteri, potestà*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983.
- ROMANO TASSONE A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987.
- ROMANO TASSONE A., *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Agg., II, 1998.
- ROMANO TASSONE A., *L'azione di nullità e il giudice amministrativo*, in *Giustamm.it*, n. 7/2007.
- ROMI R., *L'Europe et la protection juridique de l'environnement*, Nantes, 1993.
- ROSSI G., *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011.
- ROVELLI F., *Le autorizzazioni di polizia*, F. Lomb. 1939, I, 368.
- RUPP H.H., *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen, 1965, 213 ss.

- SACCHI MORSIANI G., *Autorizzazioni in funzione di controllo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, 50.
- SACCHI MORSIANI G., *Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. Dig. it., App.*, III, Torino, 1982, 221.
- SACCO R., *La condizione*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. II, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1992, 291.
- SAITTA S., *La riforma della "241" tre anni dopo: spunti di riflessione su partecipazione, accordi, d.i.a. e silenzio assenso alla luce delle prime indicazioni dottrinali e giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2009, 45 ss.
- SALA G., *L'eccesso di potere amministrativo dopo la l. 241/1990: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. amm.*, 1993.
- SALA G., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993.
- SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 455.
- SALARIS F., *L'acquisto della proprietà*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*. 7. *La proprietà*, Torino, 1982, 648.
- SALVATORE P., *Revoca degli atti*, III) *Revoca degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss.
- SALVIA F., *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 684 ss., 707.
- SANDS P. et al. *Principles of international environmental law I*, Manchester-New York, 1995, 20.
- SANDULLI A., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Napoli, 1990, 683.
- SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.
- SANDULLI A., *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, (1800-1945)*, Milano, 2009, 26.
- SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.
- SANDULLI A.M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1949.
- SANDULLI A.M., *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 787.
- SANDULLI A.M., *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, 3.
- SANDULLI A.M., *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 818 ss., 822.
- SANDULLI A.M., *Autorizzazione a costruire e jus superveniens*, in *Riv. giur. edilizia*, 1967, II, 3.
- SANDULLI A.M., *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edilizia*, 1967, II.
- SANDULLI A.M., *Sopravvenienza di strumenti urbanistici e domande edilizie pretermesse*, in *Riv. giur. edilizia*, 1978, II, 190.
- SANDULLI A.M., *Silenzio rifiuto, silenzio accoglimento e silenzio assenso*, in *At-*

- ti della Tavola rotonda sugli effetti sostanziali di silenzio assenso nella legislazione urbanistica*, Roma, 1982.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.
- SANDULLI M.A., *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione "a rischio"*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 478.
- SANDULLI M.A., *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011.
- SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 251.
- SANDULLI M.A., *Commento all'art. 167*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012.
- SANDULLI M.A., *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in materia di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in *Federalismi*, 2015.
- SANDULLI M.A., *Suggerimenti per una tutela più effettiva*, in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con F.G. Scoca*, Torino, 2019.
- SANDULLI M.A., *Silenzio assenso e termine per provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il processo*, 1/2022, 11.
- SANTINI M., *La conferenza di servizi dopo la riforma Madia: questioni di (ulteriori) norme o di cultura?*, in *Urb. e app.*, 2016, 129.
- SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969.
- SATTA F., CARDARELLI F., *Il contratto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. amm.*, 2/2007, Milano, 205-230.
- SAU A., *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013, 35.
- SAVONA P., *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in *federalismi.it*, 28 dicembre 2011.
- SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza del giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 264.
- SCACCIA G., *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio*, Roma, 2007, 286.
- SCALIA F., *Il silenzio assenso nelle materie c.d. sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, 11.
- SCALIA F., *Considerazioni in ordine all'ambito soggettivo del nuovo istituto del silenzio assenso tra amministrazioni*, in *Giust. amm.*, n. 9, 2017.
- SCALIA F., *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Riv. diritto pubblico italiano di diritto comparato e europeo*, in *Federalismi.it*, 18 novembre 2020.
- SCHILL S.W., *Transnational legal approaches, to administrative law: Concep-*

- tualizing public contracts in globalization*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 1.
- SCHIMDT-EICHSTAEDT G., *Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung*, in *AÖR*, 1973, 173 ss.
- SCHIMDT-EICHSTAEDT G., *Der Konkretisierungsauftrag der Verwaltung beim Vollzug öffentlichrechtlicher Normen*, in *D.V.Bl.*, 1985, 645.
- SCHMIDT ASSMANN E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin-Heidelberg-New York, 2006, 150, III, 72.
- SCHMIDT W., *Gesetzvollziehung durch Rechtsetzung*, Tubingen, 1969, 142.
- SCHMIDT W., *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrecht*, München, 1982, 59.
- SCHMIDT W., *Abschied vom "unbestimmter Rechtsbegriffe"*, in *N.J.W.*, 1975, 1753.
- SCHMITT C., *La tirannia dei valori*, Milano, 2008, 52.
- SCHWARZE J., *The principle of proportionality and principle of impartiality in european administrative law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, 53.
- SCIULLO G., *Il codice dei beni culturali e del paesaggio: principi dispositivi ed elementi di novità*, in *Urb. e app.*, 2004, 7.
- SCIULLO G., *Modelli ricostruttivi di Dia e tutela del controinteressato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 975.
- SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.
- SCOCA F.G., *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amministrativi regionali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1985, I, 236.
- SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni de diritto amministrativo* Milano, 1995.
- SCOCA F.G., D'ORSOGNA M. *Silenzio clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 415.
- SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni de diritto amministrativo* Milano, 1995.
- SCOCA F.G., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARI-SIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998.
- SCOCA F.G., *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999.
- SCOCA F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nel pensiero successivo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1052.
- SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione: la ricostruzione dell'istituto in una prospettiva evolutiva*, in V. PARI-SIO (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata*, Milano, 2002.

- SCOCA F.G., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002.
- SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale” successivo all’introduzione del rito speciale sul silenzio da parte della legge 205/2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 68, in www.giustiziaamministrativa.it.
- SCOCA F.G., *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in *La nuova disciplina dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005.
- SCOCA F.G., *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008.
- SCOCA F.G., *L’attività amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011.
- SCOCA F.G., *Nozione, elementi, classificazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011.
- SCOCA F.G., *L’interesse legittimo, Storia e Teoria*, Torino, 2017.
- SCOCA F.G., *Le situazioni giuridiche soggettive dei privati*, in F.G. SCOCA (A cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017.
- SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, Torino, 2021.
- SCOCA F.G., *L’enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove autonomie, Riv. dir. pubbl.*, XXX, 1, Napoli, 2021.
- SCOCA S.S., *Il termine come garanzia nel procedimento*, in www.giustamm.it, 2005.
- SCOCA S.S., *Gli atti di autoamministrazione*, in *Giur. it.*, 2014, 1787.
- SCOGNAMIGLIO A., *Silenzio assenso e «interesse pubblico all’annullamento»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008.
- SCOTTI E., *La conferenza di servizi*, in A. ROMANO (a cura di), *L’attività amministrativa*, Torino, 2015.
- SCOTTI E., *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in Federalismi.it, 16/2016.
- SCOTTI E., *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016.
- SEMPREVIVA M.T., *Autorizzazione paesaggistica*, in *Urb. e app.*, 2013, 1018.
- SENDLER H., *Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff*, in *Festschrift für Ule*, München, 1987, 337.
- SERRA M.T., *Contributo ad uno studio sulla istruttoria nel procedimento amministrativo*, Milano, 1991.
- SEVERINI G., *Annullamento delle autorizzazioni paesaggistiche: termini e leale collaborazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 185.
- SEVERINI G., *Le nuove modifiche al codice dei beni culturali e del paesaggio – le nuove misure correttive integrative*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008.
- SEVERINI G., *“Paesaggio”: storia italiana ed europea di una veduta giuridica* in *Aedon*, 2019, n. 1, 1.

- SIGISMONDI G., *Valutazione paesaggistica e discrezionalità tecnica: il Consiglio di Stato pone alcuni punti fermi*, in *Rivisteweb*, fasc. n. 3, 2016.
- SINISI M., *Il "potere" di revoca*, in *Dir. amm.*, 2007.
- SINISI M., *L'autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (D.P.R. 13 febbraio 2017 n. 31): La "questione aperta" del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017.
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000, 268.
- SORDI B., *Al di là del nesso autorità/libertà: i nuovi sentieri della divisione dei poteri*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14/11/2014, Torino, 2016.
- SORICELLI G., *Il tempo quale bene della vita nel procedimento amministrativo e il danno da ritardo: un falso problema?*, in *www.gazzettaamministrativa.it*, 2017.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, 15.
- SPASIANO M.R., *Controllo e gestione dei beni soggetti a tutela. Art. 146, Autorizzazione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 1116.
- SPASIANO M.R., *Commento all'art. 146*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2019.
- SPATTINI G., *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 150.
- STAMMATI S., *La revoca degli atti amministrativi. Struttura e limiti: linee dell'evoluzione, con una parentesi sull'annullamento d'ufficio*, in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, II, *Amministrazione e garanzie*, 597.
- STICCHI DAMIANI E., *La conferenza di servizi*, in *Studi in onore di P. Virga*, II, Milano, 1994, 1753.
- TABET A., OTTOLENGHI E., *La proprietà*, in W. BIGIAVI (diretto da), *Commentario sistematico civile e commerciale*, Torino, 1968.
- TARULLO S., *Il riesercizio del potere amministrativo nella l. n. 15 del 2005: profili problematici*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005.
- TEDESCHINI E., *Procedimento amministrativo*, in *Enc. dir.*, 34, 1985, 785.
- TIGANO F., *Principio di tipicità e accordi procedurali*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, vol. 3/2007.
- TITOMANLIO R., *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018.

- TONOLETTI B., *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIV, Torino, 1999.
- TONOLETTI B., *Commento all'art. 2 della l. n. 205/2000*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001.
- TONOLETTI B., *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001.
- TORCHIA L., *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.
- TORCHIA L., *La conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997.
- TRABUCCHI A., *Istituzione di diritto civile*, Padova, 2004.
- TRAVI A., *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1975.
- TRAVI A., *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.p.r. 26 aprile 1992, n. 300*, in *Foro amm. C.d.S.*, 1993.
- TRAVI A., *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1995.
- TRAVI A., *Nuovi fenomeni nel diritto amministrativo verso al fine degli anni 90*, in *Il Foro Italiano*, vol. 120, n. 6, 1997, V, 3.
- TRAVI A., *Silenzio Assenso – Denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002.
- TRAVI A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004.
- TRAVI A., *Dichiarazione di inizio attività*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008.
- TRAVI A., *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.*, 2011.
- TRAVI A., *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Dir. pubbl.*, 2014.
- TRAVI A., *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *www.giustamm.it*, 2016, 1-6.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016.
- TRENTIN S., *L'atto amministrativo*, Roma, 1915.
- TRIMARCHI F., *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, 1974.
- TRIMARCHI F., *Parere*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1990.
- TRIMARCHI M., *L'inesauribilità del potere, profili critici*, Napoli, 2018.
- TRIMARCHI BANFI F., *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 409-435.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'istruttoria procedimentale dopo l'art. 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 3.
- TROPEA G., *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità. "Relazione pericolosa" o "attrazione fatale"?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 718.

- TUBERTINI C., *La conferenza di servizi di fronte alla riforma del Titolo V della Costituzione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI (a cura di), *Dal procedimento all'azione amministrativa*, Bologna, 2004.
- TUCCI A., *Pluralizzazione del potere e tra autorità e pratiche di governo*, in S. PERONGINI (a cura di), *Atti del convegno "Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione"*, Salerno 13-14/11/2014, Torino, 2016.
- TUCCI M., *L'atto amministrativo implicito. Profili dottrinali e giurisprudenziali*, Milano, 1990.
- TUCCILLO S., *Autotutela: potere doveroso?* in *www.federalismi.it*, n. 16/2016.
- TUCCILLO S., *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016.
- TUCCILLO S., *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 1-1, 141.
- ULE C.H., *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München, 1955, 309 ss., 318.
- ULE C.H., *Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutzrecht*, in *D.V.Bl.*, 1973, 756.
- ULE C.H., *Verwaltungsprozeßrecht*, München, 1983, 9.
- ULE C.H., *Rechtsstaat und Verwaltung*, in *Verw. Arch.*, 1985, 1 ss., 9.
- VAIANO D., *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, 214.
- VAIANO D., *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di L. Mazzarolli*, Padova, 2007, 461.
- VASTA S., *La revoca degli atti amministrativi consensuali*, Padova, 2004.
- VENANZONI A., *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 marzo 2020.
- VERNILE S., *Il provvedimento in forma semplificata*, Napoli, 2017.
- VESPERINI G., *La riforma della pubblica amministrazione. Le norme generali sulla semplificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 629.
- VETRÒ F., *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012.
- VIDETTA C., *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000*, n. 205, in *Foro amm. T.a.r.*, 2002, 2266.
- VIDETTA C., *L'amministrazione della tecnica, La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, 346.
- VIGNOCCHI G., *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944.
- VIGNOCCHI G., *Note sull'autorizzazione a costruire rilasciata dalle attività mu-*

- nicipali della pubblica amministrazione, Milano, 1950, e in *Foro Padova*, 1952.
- VILLAMENA S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa, Ordina-
mento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008.
- VILLAMENA S., *La pubblica amministrazione ei suoi principi*, in S. COGNETTI,
A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA
(a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 51 ss.
- VILLATA R., *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Mi-
lano, 1974.
- VILLATA R., *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, ALB. RO-
MANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Bolo-
gna, 2005.
- VILLATA R., SALA G., *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI,
1996.
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.
- VIPIANA M.P., *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*,
Padova, 1993.
- VIRGA P., *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, 95.
VIRGA P., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1968.
- VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972.
- VIRGA P., *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 2001.
- VITALE C., *La revoca degli atti di gara: discrezionalità e dovere di diligenza
della pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 493.
- VITALE C., *Il silenzio assenso tra amministrazioni: il parere del Consiglio di
Stato – il Commento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 1, 95.
- VITTA C., *Diritto amministrativo*, Torino, 1933.
- VITTA C., *Nozione degli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1906.
- VOLPE F., *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir.
amm.*, 2008, 804.
- VOLPE F., *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in
Dir. proc. amm., 2008, 319.
- VON KRAUSS R., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung
für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburg, 1955.
- ZAMPETTI E., *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino,
2012.
- ZAMPETTI E., *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nel-
l'annullamento d'ufficio*, in *Riv. giur. edilizia*, 2015.
- ZANOBINI G., *L'attività amministrativa e la legge*, I, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Vol. I. *Principi generali*, Milano,
1958.

ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

ZITO A., *Il procedimento amministrativo*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011.

Finito di stampare nel mese di maggio 2023
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220

STUDI PER UN NUOVO DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, M. Nettesheim, S. Perongini, A. Zito

Volumi pubblicati

1. Marco Gaetano Pulvirenti, *Profili giuridici della funzione amministrativa*, 2013.
2. Carmencita Guacci, *Le impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, 2013.
3. Giovanni Licata, *Provvedimenti antitrust a contenuto normativo*, 2013.

Nuova serie

1. Giovanni Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, 2016.
2. Enza Romano, *La "non contestazione" nel processo amministrativo*, 2016.
3. Sergio Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, 2016.
4. Sergio Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, 2017.
5. Carmencita Guacci, *La competenza nel processo amministrativo*, 2018.
6. Enza Romano, *La valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico. I motivi di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, 2017.
7. Margherita Interlandi, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, 2018.
8. Sebastiano Licciardello (a cura di), *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita*, 2018.
9. Enza Romano, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, 2019.
10. Sergio Perongini, Sebastiano Licciardello (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, 2019.
11. Renata Pepe, *Il potere di ripristino tra sanzione e provvedimento amministrativo*, 2019.
12. Francesco Zammartino, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, 2020.
13. Francesco Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico. Profili giuridici della transizione energetica*, 2020.

14. Matteo Timo, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia. Profili procedurali e contenutistici delle concessioni balneari*, 2020.
15. Sergio Perongini, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, 2020.
16. Raffaele Caroccia, *Risarcimento dell'interesse legittimo. Chance, tutela dell'affidamento e regole*, 2022.
17. Sergio Perongini, *La Formula «ora per allora» nel diritto pubblico, volume I, Le diverse tipologie di provvedimenti «ora per allora»*, 2022.
18. Sergio Perongini, *La Formula «ora per allora» nel diritto pubblico, volume II, Il provvedimento amministrativo «ora per allora»*, 2022.
19. Mariaconcetta D'Arienzo, *Contributo allo studio dei modelli organizzativi in sanità*, 2022.
20. Marco Gaetano Pulvirenti, *Patrimonio culturale e ordinamento pluralista*, 2022.
21. Gaspare Dalia, Mario Panebianco (a cura di), *Il segreto di Stato. Una indagine multidisciplinare sull'equo bilanciamento di ragioni politiche e giuridiche*, 2022.
22. Jacopo Vavalli, *Azione di annullamento e tutela dell'interesse legittimo pretenso. Un nuovo modello teorico*, 2023.
23. Enza Romano, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, 2023.
24. Carmencita Guacci, *La valutazione di compatibilità paesaggistica*, 2023.