

LA P.A. tra silenzio e discrezionalità nella tutela degli interessi ambientali La discrezionalità amministrativa: un parametro per valutare la legittimità del silenzio assenso?

di

Leonardo Salvemini*

SOMMARIO: 1. Premessa. La buona azione amministrativa tra economicità e tempestività – 2. Il silenzio della P.A. – 3. La tutela degli interessi sensibili – 3.1. L'interesse ambiente e il suo contenuto – 3.1.1. In cerca di una definizione – 3.2. Problemi di equilibrio – 4. Una prima scelta di bilanciamento: il trionfo dell'interesse sensibile ambientale. Il contributo legislativo – 4.1. Il contributo giurisprudenziale – 5. La rivincita del silenzio assenso. L'art. 17 bis L. 241/1990 – 5.1. La conferenza di servizi e la tutela degli interessi sensibili – 6. La ricerca di un equilibrio e l'insegnamento della Corte Costituzionale. Proporzionalità e ragionevolezza – 7. La soluzione innovativa offerta dalla giustizia amministrativa – 7.1. La discrezionalità amministrativa tra "vecchie" e "nuove" funzioni – 8. Il riscatto degli interessi sensibili. Il periodo emergenziale frena il silenzio assenso (cenni) – 9. Note conclusive.

1. Premessa. La buona azione amministrativa tra economicità e tempestività

L'attività amministrativa, in forza dell'art. 97 Cost., è governata dai principi di legalità, imparzialità e buon andamento. Quest'ultimo impone, in particolare, alla p.a. di agire sempre in modo adeguato e conveniente, secondo regole di efficienza, efficacia, pubblicità, trasparenza, economicità e tempestività.

Il **principio di economicità**, previsto all'art. 1 della l. 241/1990, impone alla p.a. di ottimizzare il rapporto tra risultati ottenuti e mezzi a disposizione¹.

In applicazione di tale criterio, il legislatore ha introdotto nel procedimento amministrativo sistemi di semplificazione ovvero istituti volti ad alleggerire l'attività degli organi pubblici.² Tra questi emerge l'istituto del silenzio assenso che, ai sensi

* Docente a contratto presso l'Università degli Studi di Milano e il Politecnico di Milano.

¹ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, 2018, p. 1043 e E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2016, p. 409

² Dottrina (F. CARINGELLA, *op.cit.*, Dike, 2018, p. 1043) e giurisprudenza hanno, inoltre, ritenuto illegittime le duplicazioni ingiustificate di pareri o atti istruttori ovvero il compimento di atti superflui, non necessari per la realizzazione dell'interesse pubblico (T.A.R. Campania,

dell'art. 20, l. 241/1990, permette di superare l'eventuale inerzia della p.a. ed evitare il compimento di atti che nulla aggiungerebbero al procedimento amministrativo e, quindi, superflui.³

In senso analogo opera il **principio di tempestività**. Un criterio dell'azione amministrativa, codificato all'art. 2, l. 241/1990, ed espressione del più generale principio di certezza temporale: un principio in forza del quale la p.a. deve concludere il procedimento amministrativo entro il tempo fissato dalla legge.⁴

Napoli, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 3527 «*si ritiene che non sussista motivo per imporre all'amministrazione comunale il riesercizio del potere sanzionatorio a seguito dell'esito negativo del procedimento di accertamento di conformità urbanistica: un nuovo procedimento sanzionatorio, infatti, si rivelerebbe, in assenza di un'espressa previsione legislativa, un'inutile ed antieconomica duplicazione dell'agire amministrativo, in spregio ai fondamentali principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa scolpiti nell'art. 1 della legge fondamentale sul procedimento amministrativo*»).

³ Tra gli istituti inseriti dal legislatore nel capo IV della l. 241/1990 si colloca anche la segnalazione certificata di inizio attività (SCIA). Sebbene la disciplina normativa di tale istituto sia stata inserita tra quella degli strumenti di semplificazione amministrativa, la sua qualificazione giuridica ha posto, negli anni, alcuni profili problematici. Secondo un primo e minoritario orientamento, la SCIA non era altro che una formazione semplificata dell'assenso della p.a. e si configurava, pertanto, come strumento di semplificazione amministrativa. Secondo un diverso e prevalente orientamento, invece, la SCIA era un atto del privato e, come tale, uno strumento di liberalizzazione ovvero uno strumento frutto di un principio diverso rispetto a quello di semplificazione. A differenza di quest'ultimo, infatti, il principio di liberalizzazione non impone uno snellimento dell'attività amministrativa ma una vera e propria eliminazione del provvedimento preventivo di autorizzazione (F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1012 ss.). Nel 2011, «*il comma 6 ter dell'art. 19 Legge n. 241 del 1990 ha chiarito la natura della d.i.a. (oggi s.c.i.a.) nel senso che si tratta non già di un provvedimento abilitativo tacito, bensì di un'ipotesi di legittimazione ex lege; in tal senso, l'affermazione circa la non impugnabilità diretta della d.i.a. (o s.c.i.a.) è perfettamente conseguente alla sua affermata natura di atto privato in relazione ad un'attività ormai liberalizzata*» (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 20 aprile 2016, n. 238). Oggi, quindi, «*in materia edilizia, la segnalazione certificata d'inizio attività è considerata un atto privato volto a comunicare all'amministrazione l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge e non è, dunque, un provvedimento amministrativo a formazione tacita che dà luogo ad un titolo costitutivo*» (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 28 novembre 2018, n. 2513). Del resto, la tesi che attribuiva alla SCIA natura provvedimento era stata criticata anche dal Consiglio di Stato, il quale, già nel 2009, aveva affermato che «*la "dichiarazione di inizio di attività", quale strumento di liberalizzazione delle attività economiche private, si configura come atto di natura privata che abilita il dichiarante all'esercizio di un diritto riconosciuto direttamente dalla legge (...)*» (Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717).

⁴ Art. 2, comma 2, l. 241/1990 «*nei casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni*».

Il rispetto del suddetto principio viene assicurato sia attraverso strumenti che possiamo definire successivi, sia attraverso strumenti qualificabili come preventivi.⁵ Se il primo gruppo ricomprende istituti volti a tutelare il bene della vita lesa in caso di ritardo della p.a.⁶, il secondo gruppo include istituti attraverso i quali è possibile evitare che l'inerzia della p.a. leda il principio di certezza temporale. Una funzione che può essere senz'altro riconosciuta a quelle norme che attribuiscono all'inerzia della p.a. un preciso significato (silenzio significativo).⁷

In conclusione, economicità e tempestività costituiscono principi cardine della buona azione amministrativa, il cui rispetto è assicurato, sia attraverso strumenti volti a semplificare il procedimento, sia grazie ad istituti funzionali ad evitare che lo stesso si protragga eccessivamente. Tra questi istituti, ve n'è uno che assolve ad entrambe le funzioni: il silenzio significativo.

2. Il silenzio della P.A.

L'inerzia dell'amministrazione pubblica è definita silenzio.⁸ Nel nostro ordinamento giuridico si suole distinguere il silenzio della p.a. in quattro categorie: silenzio rigetto⁹, silenzio devolutivo, silenzio significativo e silenzio inadempimento.

Il **silenzio devolutivo** riguarda i rapporti endoprocedimentali tra amministrazioni¹⁰ ed è oggi previsto dagli articoli 16¹¹, 17¹² e 17 bis¹³, l. 241/1990, concernenti il rilascio di

⁵ F. GIUNTA, *Il tempo dell'azione amministrativa: fondamento e strumenti di tutela*, in *SalvoJuribus*, 2018, p. 1 ss.

⁶ Sul punto, anche per ulteriori approfondimenti, cfr. F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1158 ss.

⁷ F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 1 ss. e F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1181, il quale definisce il silenzio assenso come un «rimedio preventivo che consiste nella eliminazione della stessa possibilità che il ritardo nella conclusione del procedimento produca effetti negativi in capo al soggetto interessato all'emanazione dell'atto».

⁸ E. CASSETTA, *op. cit.*, p. 516 ss. Si ricordi che la figura del silenzio deve la sua origine alla giustizia amministrativa, la quale, sensibile all'esigenza dei cittadini di poter adire il giudice anche dinanzi all'inerzia della p.a., ha elaborato, dapprima, la figura del silenzio rigetto e, successivamente, quella del silenzio inadempimento. Quest'ultima è, in particolare, sorta dalla necessità di attribuire rilevanza giuridica all'inerzia della p.a., anche nei casi in cui la legge non stabiliva un termine finale per l'esercizio dell'azione amministrativa.

⁹ Il silenzio rigetto attiene all'inerzia serbata dalla p.a. di fronte ad un ricorso (cfr. D.P.R. n. 1190/1971).

¹⁰ Il silenzio devolutivo consente, dopo aver inutilmente atteso il decorso del termine, «al soggetto pubblico procedente di completare il procedimento pur in assenza di un parere obbligatorio (...) ovvero di rivolgersi ad un'altra pubblica amministrazione al fine di ottenere una valutazione tecnica non resa dall'amministrazione alla quale è stata inizialmente richiesta» (E. CASSETTA, *op. cit.*, p. 522.).

pareri, valutazioni tecniche, assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici. L'ambito di applicazione dei disposti normativi da ultimo richiamati è, tuttavia, limitato. Ai sensi degli artt. 16 e 17, l. 241/1990, infatti, il silenzio devolutivo non opera in caso di pareri che devono essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini.¹⁴

A differenza del silenzio devolutivo, l'istituto del **silenzio significativo** attiene ai **provvedimenti finali** ovvero ai provvedimenti destinati a **privati**. Esso permette di collegare all'inerzia della p.a. un preciso significato: un significato equipollente ad un provvedimento sfavorevole (silenzio diniego) o ad un provvedimento favorevole (silenzio assenso¹⁵).

¹¹ Art. 16, l. 241/1990: «in caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere obbligatorio o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, è in facoltà dell'amministrazione richiedente di procedere indipendentemente dall'espressione del parere. In caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere facoltativo o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, l'amministrazione richiedente procede indipendentemente dall'espressione del parere. (...)».

¹² Art. 17, l. 241/1990: «ove per disposizione espressa di legge o di regolamento sia previsto che per l'adozione di un provvedimento debbano essere preventivamente acquisite le valutazioni tecniche di organi od enti appositi e tali organi ed enti non provvedano o non rappresentino esigenze istruttorie di competenza dell'amministrazione procedente nei termini prefissati dalla disposizione stessa o, in mancanza, entro novanta giorni dal ricevimento della richiesta, il responsabile del procedimento deve chiedere le suddette valutazioni tecniche ad altri organi dell'amministrazione pubblica o ad enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti, ovvero ad istituti universitari».

¹³ Art. 17 bis, l. 241/1990: «decorso i termini (...) senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito. In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nei procedimenti (...), il Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento».

¹⁴ Artt. 16, comma 3, e 17, comma 2, l. 241/1990.

¹⁵ Ai sensi dell'art. 20, l. 241/1990, il silenzio assenso opera come regola base di tutti i procedimenti avviati su istanza di parte, salvo specifiche eccezioni, in presenza delle quali ricorre l'ipotesi del silenzio inadempimento. Grazie all'istituto del silenzio assenso viene fornita una «qualificazione giuridica» (F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1181) dell'inerzia amministrativa e previsto che, una volta decorso il termine per l'adozione del provvedimento, quest'ultimo si intende emesso con effetti favorevoli. Secondo una parte della dottrina, attraverso l'istituto del silenzio assenso, viene attribuita una sorta di «irrilevanza dell'inerzia, nel senso che ad essa il legislatore fa conseguire gli stessi effetti dell'esercizio positivo dell'attività amministrativa» (B. E. TONOLETTI, *Silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Digesto, disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, p. 157). A ben vedere, tuttavia, non pare corretto parlare di irrilevanza. Attraverso l'istituto in parola, infatti, l'inerzia della p.a. acquista una propria precisa valenza, al punto da produrre «quell'assetto di interessi (...) concretamente voluti dal privato con la presentazione dell'istanza» (F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1182).

In particolare, il formarsi del silenzio-diniego¹⁶ su istanze di accesso in materia ambientale ex D.lgs. 195/2005¹⁷ è stato ritenuto illegittimo, atteso che l'articolo 3, comma 2, del predetto disposto normativo «non prevede alcuna ipotesi di silenzio significativo, quindi in caso di mancata risposta da parte dell'Amministrazione intimata la parte deve utilizzare il rito del silenzio inadempimento»^{18,19}

¹⁶ Attraverso il silenzio diniego, l'ordinamento ricollega all'inerzia della p.a. i medesimi effetti di un provvedimento di rifiuto. In altre parole, decorso inutilmente il termine per provvedere, l'istanza proposta dal privato si intende rigettata (F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1194). Si tratta di un istituto che opera solo nei casi in cui la legge lo prevede espressamente. Si pensi, ad esempio, all'art. 53 del Testo unico sul pubblico impiego (cfr. Art. 53, comma 10, D.lgs. 165/2001, secondo cui l'autorizzazione per lo svolgimento di incarichi retribuiti, ulteriori rispetto a quelli compresi nelle mansioni del dipendente pubblico, deve essere richiesta all'amministrazione di appartenenza dai soggetti, pubblici o privati, che intendono conferire l'incarico. L'amministrazione deve pronunciarsi entro trenta giorni dalla ricezione. Decorso detto termine, l'autorizzazione si intende accordata solo se richiesta per incarichi da conferirsi da amministrazioni pubbliche; in ogni altro caso, si intende definitivamente negata) ovvero alla disciplina inerente il rilascio del permesso di costruire in sanatoria (art. 36, comma 3, D.P.R. 380/2001: «sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata»). In materia urbanistica, quindi, «il silenzio dell'Amministrazione su un'istanza di sanatoria di abusi edilizi costituisce ipotesi di silenzio significativo, al quale vengono collegati effetti di un provvedimento esplicito di diniego, e non quale mero fatto di inadempimento» (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 5 marzo 2020, n. 1018) o a quella riguardante le modalità di esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi (art. 25, comma 4, l. 241/1990: «decorso inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta»).

¹⁷ A seguito dell'abrogazione della direttiva europea concernente il libero accesso alle informazioni ambientali (90/313/CEE), ad opera della direttiva 2003/4/CE, la disciplina nazionale in materia di informazione ambientale ha trovato la propria collocazione nel D.lgs. 195/2005 che ha attuato la direttiva europea del 2003.

¹⁸ T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 19 febbraio 2019, n. 53.

¹⁹ Sull'accesso alla giustizia in materia ambientale, cfr., tra i molti, I. A. NICOTRA, *Dall'accesso generalizzato in materia ambientale al Freedom of information act*, in *federalismi.it*, 2018; F. ALBANESE, *Il diritto di accesso agli atti e alle informazioni ambientali*, in *lexambiente.it*, 2015; M. FEOLA, *Ambiente e democrazia. Il ruolo dei cittadini nella governance ambientale*, Giappichelli, 2014; D. GIANNINI, *L'accesso alle informazioni in materia ambientale*, in *L'accesso ai documenti*, Giuffrè, 2013; A. BONOMO, *Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, Cacucci, 2012, p. 224 ss.; A. SAU, *Profili giuridici dell'informazione ambientale e territoriale*, in *Diritto amministrativo*, 2009; G. PAROLA, «L'accesso all'informazione ambientale»: il diritto internazionale, europeo, nazionale e ... la Corte costituzionale, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, p. 10 ss.; F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M. T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Giuffrè, 2007, p. 57 ss.; P. CORTESE, *L'accesso agli atti in materia ambientale: peculiarità del d.lgs. 195/2005 e differenze con le previsioni della legge 15/2005*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2006; S. GRASSI, *Libertà di informazione e tutela dell'ambiente*, in C. MURGIA (a cura di), *L'ambiente e la sua protezione*, Giuffrè, 1991; S. GRASSI, *Considerazioni introduttive su libertà di informazione e tutela dell'ambiente*, in AA. VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Studi in onore di Paolo Barile*, Cedam, 1990.

Analogamente, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2 e dell'art. 20, comma 4, l. 241/1990, è stato escluso che all'inerzia della p.a. possa essere riconosciuto un effetto equipollente ad un provvedimento favorevole nelle ipotesi in cui gli atti e i procedimenti riguardino «il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità».²⁰

Si tratta di una limitazione simile, quantomeno in parte, a quella prevista nel già ricordato istituto del silenzio devolutivo, di cui agli artt. 16 e 17, l. 241/1990, e che, unitamente a quest'ultima, sembra disegnare un quadro normativo volto ad escludere dall'ambito di applicazione del silenzio tutte le ipotesi che attengono ad interessi particolari ovvero ad interessi «critici»²¹ o sensibili.

3. La tutela degli interessi sensibili

Alcuni interessi pubblici ricevono la qualifica di "interessi differenziati". Ad essi, infatti, la legge 241/1990 riserva un trattamento diversificato rispetto a quello previsto per la generalità degli interessi pubblici.

In particolare, detta «tutela rinforzata»²² è accordata sia agli interessi di cui sono titolari le Regioni e le Province Autonome nelle materie di loro competenza²³, sia ai *c.d.* **interessi sensibili**. In relazione ai primi, il differente trattamento è giustificato dalla condizione di autonomia degli enti portatori; per i secondi, invece, il diverso quadro normativo trova la propria ragion d'essere nella particolare natura degli interessi in gioco.

L'espressione interessi sensibili, talvolta sostituita da quella di "materie sensibili", allude ad interessi pubblici che, se confrontati con altri, sono connotati da una maggiore preminenza.

Ciò premesso, occorre affrontare il problema relativo alla perimetrazione degli interessi sensibili, essendo dettato per essi un regime derogatorio rispetto a quello

²⁰ In detti casi, come noto, ricorre, quindi, l'ipotesi di silenzio inadempimento.

²¹ E. CASETTA, *op. cit.*, p. 523.

²² G. CUGURRA, *La semplificazione del procedimento amministrativo nell'art. 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127*, in *Dir. Amm.*, 1998, p. 488.

²³ Art. 14, comma 3, l. 241/90.

generale. In altre parole, è necessario comprendere quali siano i beni giuridici a cui offrire una protezione maggiore in sede di procedimento amministrativo.

L'individuazione di detti interessi, ad avviso della dottrina, deve avvenire in termini generali, applicando il **principio di ragionevolezza** di cui all'art. 3 Cost. Un criterio che non pare soddisfatto nei casi in cui il legislatore considera diversamente interessi qualificati come omogenei dalla Costituzione ovvero tratta differentemente lo stesso interesse, prevedendo discipline giuridiche diverse a seconda dell'istituto regolamentato.²⁴

Si pensi, ad esempio, agli articoli 16 e 17, l. 241/90, i quali ricomprendono, tra gli interessi sensibili, la tutela del paesaggio ma non quella del patrimonio storico-artistico, a differenza del disposto dell'art. 9 Cost. che attribuisce il medesimo valore ad entrambi. In detta prospettiva, la scelta operata dal legislatore della l. 241/1990 non pare soddisfare il criterio di ragionevolezza che dovrebbe guidare l'individuazione dei beni giuridici a cui offrire una protezione maggiore in sede di procedimento amministrativo.²⁵

Si ricordi, inoltre, l'art. 19, l. 241/1990, che non annovera tra gli interessi sensibili la salute e la pubblica incolumità, beni, invece, considerati tali nell'art. 20, l. 241/1990. Una scelta che non pare condivisibile²⁶. Se in presenza di detti interessi, infatti, il legislatore impone un provvedimento espresso, escludendo l'applicazione del silenzio-assenso (art. 20, l. 241/1990), a maggior ragione, tale prescrizione dovrebbe operare in materia di rilascio di titoli abilitativi, settore che, invece, è soggetto all'art. 19, l. 241/1990, il quale sostituisce il rilascio di autorizzazioni, licenze, concessioni, permessi e nulla osta con una segnalazione certificata di inizio attività (Scia), ad esclusione dei soli «*casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, alla amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal*

²⁴ G. SCIULLO, 'Interessi differenziati' e procedimento amministrativo, in *giustamm.it*, 2016, V, p. 6.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria»²⁷.

A prescindere dai predetti rilievi, nella categoria in esame sono, tradizionalmente, annoverati, interessi che presentano una medesima caratteristica: hanno rilevanza costituzionale.²⁸

Tra di essi, è possibile distinguere due diverse categorie.

La prima ricomprende gli interessi considerati occasionalmente dal legislatore, quali la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo, la cittadinanza e l'amministrazione della giustizia.²⁹ La seconda annovera, invece, gli interessi dotati di rilievo generale, quali la tutela della salute, del paesaggio, del territorio, del patrimonio storico-artistico, della pubblica incolumità e dell'**ambiente**.

²⁷ Art. 19, l. 241/1990.

²⁸ Cfr. G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Jovene, Napoli 2006, p. 267, che, ragionando in termini di 'materie sensibili' rileva che la determinazione del relativo ambito «pone non pochi problemi identificativi», accentuati anche dal fatto che talune materie (quali immigrazione, pubblica incolumità e ambiente) «appartengono al *genus* delle c.d. materie "valore" o "trasversali"».

²⁹ G. SCIULLO, *op. cit.*, p. 1 e ss. Si pensi, ad esempio, all'art. 19, l. 241/1990, che, al comma 1, esclude l'operatività della Scia, oltre che nei casi in cui sussistano, inter alia, vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, anche nelle ipotesi di atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia (art. 19, comma 1, l. 241/1990: «ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria. (...)»). Si pensi anche all'art. 20, comma 4, che esclude il meccanismo del silenzio assenso in relazione ad atti e procedimenti inerenti, tra il resto, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e la pubblica incolumità (art. 20, comma 4, l. 241/1990: «le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti.»).

3.1 L'interesse ambiente e il suo contenuto

A partire dalla seconda metà del '900, il bene ambiente ha acquisito una progressiva rilevanza giuridica sia in ambito nazionale, sia in ambito sovranazionale.

Dopo il secondo conflitto mondiale, numerosi incidenti ambientali³⁰ hanno richiamato l'attenzione della comunità internazionale sul problema della tutela ambientale e hanno, così, dato avvio ad un complesso processo che ha condotto, dapprima, alla formazione di un diritto internazionale dell'ambiente e, successivamente, allo sviluppo di un diritto ambientale europeo.

In particolare, il diritto internazionale dell'ambiente³¹ si è sviluppato attraverso un percorso composto da cinque diverse fasi.³² La prima antecedente l'istituzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e caratterizzata dalla stipula di convenzioni bilaterali ovvero dall'istituzione di Tribunali arbitrali, costituiti al fine di risolvere specifiche controversie. Si ricordi, ad esempio, il *c.d.* caso *Trail Smelter*, all'esito del quale il Tribunale arbitrale internazionale, composto da giudici americani e canadesi, decretava un principio che, negli anni a seguire, è diventato fondamentale per il

³⁰ Si ricordino, tra i molti, i disastri ambientali riconducibili al Grande smog di Londra nel 1952, alla Petroliera Torrey Canyon (Cornovaglia) nel 1967, alla Nube di diossina a Seveso (Italia), nel 1976, alla Petroliera Amoco Cadiz in Francia nel 1978, all'Union Carbide a Bophal (India) nel 1984, alla Centrale nucleare di Chernobyl in Ucraina nel 1986, alla Petroliera Erika sulle coste bretoni nel 1999 e alla petroliera Prestige, in Galizia (Spagna) nel 2002.

³¹ In generale, per ulteriori approfondimenti sul diritto internazionale dell'ambiente si rinvia, in dottrina, a AA. VV., *Diritto dell'ambiente*, (a cura di) G. ROSSI, Giappichelli, 2017; R. FERRARA, C. E. GALLO, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Giuffrè, 2014; M. MONTINI, *Profili di diritto internazionale*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA, *Trattato di diritto dell'Ambiente, Principi generali*, CEDAM, 2012; F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente*, Editoriale Scientifica, 2013; F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *La tutela transnazionale dell'ambiente*, Il Mulino, 2012; A. FODELLA, L. PINESCHI, *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Giappichelli, 2009; G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Giappichelli, 2008 e A. DEL VECCHIO, A. DAL RI, *Il diritto internazionale dell'ambiente dopo il Vertice di Johannesburg*, Editoriale Scientifica, 2005.

³² Sull'evoluzione del diritto internazionale ambientale cfr. G. ROSSI, *Le fonti*, in AA. VV., *Diritto dell'ambiente*, (a cura di) G. ROSSI, Giappichelli, 2017, pp. 29 ss.; M. MONTINI, *Profili di diritto internazionale, op. cit.*, pp. 13 ss.; N. LUGARESI, *Diritto dell'ambiente*, CEDAM, 2008, pp. 27 ss.; S. MARCHISIO, *Il diritto internazionale dell'ambiente*, in G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto ambientale, op.cit.* Quest'ultimo individua solo due fasi evolutive del diritto internazionale ambientale.

diritto internazionale ambientale ovvero quello di divieto di inquinamento transfrontaliero³³.

La seconda e la terza fase corrispondono, invece, al periodo caratterizzato dall'istituzione e dall'operato di alcune agenzie e organizzazioni internazionali. Si pensi, ad esempio, alla FAO e all'UNESCO, il cui operato ha consentito lo sviluppo di programmi scientifici e accordi multilaterali fondamentali per la tutela del patrimonio naturale.³⁴ Non solo, la terza fase è stata caratterizzata anche dall'adozione della Dichiarazione di Stoccolma sull'ambiente umano del 1972 e del rapporto Brundtland del 1987³⁵: fonda il noto principio di sviluppo sostenibile³⁶.

In ultimo, la quarta e la quinta fase hanno avuto inizio, rispettivamente, con la Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo del 1992³⁷ e con la Dichiarazione sullo sviluppo sostenibile di Johannesburg del 2002³⁸: due affermazioni di principi che hanno reso possibile un mutamento delle politiche ambientali nel panorama internazionale, permettendo il consolidarsi di valori fondamentali, come quelli di sviluppo sostenibile,

³³ Cfr. *Trail smelter case (United States, Canada)*, in *Reports of International Arbitral Awards. Recueil des Sentences Arbitrales*, 1938/1941, vol. n. III, UNRIIA, pp. 1905 ss. Il testo della sentenza è consultabile all'indirizzo: http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf.

³⁴ Per ulteriori approfondimenti sull'operato dell'Unesco in materia ambientale cfr., tra gli altri, A. VIGORITO, *Nuove tendenze della tutela internazionale dei beni culturali*, Edizioni Scientifiche, 2013, pp. 25 ss. e M. MONTINI, *Profili di diritto internazionale*, op. cit., pp. 68 ss.

³⁵ Il Rapporto Brundtland, conosciuto anche come *Our Common Future*, è un documento rilasciato dalla Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo (WCED).

³⁶ In dottrina, sullo sviluppo sostenibile cfr., tra i molti, C. CONSALVO CORDUAS, *Sostenibilità ambientale e qualità dello sviluppo*, Edizioni Nuova Cultura, 2013; F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2010; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Editoriale Scientifica, 2010; E. MARIOTTI, M. IANNANTUONI, *Il Nuovo Diritto Ambientale*, Maggioli, 2009, pp. 22 ss.; F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in AA. VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, (a cura di) M. RENNA E F. SAIITA, Giuffrè, 2012, pp. 433 ss.; F. PELLEGRINO, *Sviluppo sostenibile dei trasporti marittimi comunitari*, Giuffrè, 2009; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, 2008; P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, XI Convegno Alghero, 16-17 giugno 2006, Editoriale scientifica, 2007, pp. 223 ss.; G. GRASSO, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra costituzioni nazionali, carta dei diritti e progetto di costituzione europea*, in *Politica del diritto*, 2003, pp. 581 ss. e L. MEZZETTI, *Manuale di diritto ambientale*, Cedam, 2001, pp. 9 ss.

³⁷ Sulla tema cfr. G. ROSSI, *Le fonti*, op. cit., p. 29; M. MONTINI, *Profili di diritto internazionale*, op. cit.; S. MARCHISIO, *Il diritto internazionale dell'ambiente*, op. cit., pp. 12 ss. e S. MARCHISIO, *Gli atti di Rio nel diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, pp. 581 ss.

³⁸ Sulla Dichiarazione di Johannesburg cfr. S. MARCHISIO, *Il diritto internazionale ambientale da Rio a Johannesburg*, in E. R. ACUNA (a cura di), *Profili di diritto ambientale da Rio De Janeiro a Johannesburg*, Giappichelli, 2004, pp. 20 s.

precauzione, prevenzione, correzione dei danni alla fonte, “chi inquina paga” e libero accesso alle informazioni ambientali.

Lo sviluppo del diritto ambientale europeo è, invece, stato caratterizzato dalla periodica adozione di iniziative volte a definire una strategia di intervento comune per la tutela dell’ambiente (c.d. Programmi d’Azione Ambientale³⁹) e dall’attuazione di numerose direttive e trattati, oltre che dalle pronunce della Corte di Giustizia. Tra queste si ricordi, ad esempio, la sentenza del 7 febbraio 1985⁴⁰, che qualifica la protezione ambientale come un obiettivo fondamentale della Comunità Economica Europea o le sentenze Tombesi⁴¹, Arco⁴², Palin Granit Oy⁴³ e Niselli⁴⁴ che hanno offerto un’importante contributo nella definizione del termine rifiuto.

Non di meno, il bene ambiente ha acquisito una progressiva rilevanza giuridica anche nel panorama nazionale. Un percorso avviato con il contributo della giurisprudenza e del legislatore. La giurisprudenza ha, dapprima, qualificato il nocuo arrecato all’ambiente come una *species* di danno erariale⁴⁵ - riconoscendo il patrimonio naturale come un bene pubblico⁴⁶ - e, successivamente, qualificato l’ambiente come diritto fondamentale della persona, affermando, in particolare, il diritto dell’uomo ad un *habitat* naturale salubre.⁴⁷ Il legislatore, invece, ha contribuito all’affermazione del diritto ambientale, dapprima, con la legge 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del Ministero dell’Ambiente - con la quale ha introdotto nel nostro ordinamento un organo dedicato alla specifica tutela del patrimonio naturale - e, successivamente, con la riforma del titolo V della Costituzione, grazie alla quale è stato

³⁹ In dottrina, cfr. P. A. PILLITU, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto ambientale dell’Unione europea*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile*, op. cit., pp. 230 ss e V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Rivista giuridica dell’ambiente*, 2001, pp. 212 ss.

⁴⁰ C.G.C.E. del 7/2/1985 (causa 240/83), caso ADBHU.

⁴¹ C.G.C.E. C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95 del 25/6/1997 con commento di A. PUGIOTTO, *Questione rifiuti e falso in bilancio: vite parallele?*, in *Diritto all’ambiente*, 2007, pp. 3 ss.

⁴² C.G.C.E. C- 418/97 e C- 419/97 del 15/6/2000.

⁴³ C.G.C.E. C-9/00 del 18/4/2002.

⁴⁴ CGCE n. C-457/2002 del 11/11/2004.

⁴⁵ Corte dei Conti, 15/11/1973 n. 39, Corte dei Conti, 20 settembre 1975 n. 108 e Corte dei Conti, 15 febbraio 1980 n. 868.

⁴⁶ C. Conti, n. 108 del 20/12/1975.

⁴⁷ Cass. civ., Sez. Un., 6 ottobre 1979 n. 5172: «il diritto alla salute, piuttosto (o oltre) che come mero diritto alla vita e all’incolumità fisica, si configura come diritto all’ambiente salubre».

introdotto nel testo della Carta fondamentale un espresso riferimento al concetto di ambiente⁴⁸.

In conclusione, a partire dalla seconda metà del '900, la comunità ha assistito ad una progressiva emersione, nel panorama giuridico nazionale ed internazionale, del bene ambiente. Tale graduale affermazione è stata accompagnata da una ampia e articolata evoluzione del predetto termine, al quale si è cercato di fornire una definizione.

3.1.1. In cerca di una definizione

Nel nostro ordinamento, la definizione di ambiente non è fornita dal diritto positivo. Nonostante i numerosi tentativi, infatti, il legislatore non ha mai attribuito un chiaro e specifico significato al predetto termine. La legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente, ad esempio, si è limitata ad elencare le funzioni attribuite all'organo governativo, tra cui rientra la promozione, la conservazione e il recupero delle condizioni ambientali e la conservazione e valorizzazione del patrimonio naturale, senza specificare l'esatto significato di «condizioni ambientali» o «patrimonio naturale».⁴⁹

Non solo, una definizione di ambiente non può essere ricavata neanche dal dettato Costituzionale. Se da un lato, infatti, a seguito della riforma del titolo V, il termine *de quo* ha trovato una propria collocazione anche nella nostra Carta fondamentale, dall'altro, l'art. 117 Cost. disciplina esclusivamente un riparto di competenze Stato-Regione - attribuendo, in particolare, allo Stato una competenza esclusiva in materia di tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali e alle Regioni una competenza concorrente in materia di valorizzazione dei beni culturali e ambientali - senza fornire alcuna definizione del termine.⁵⁰ Definizione che non è stata specificata nemmeno nel

⁴⁸ Art. 117 Cost.

⁴⁹ Art. 1, l. 349/1986 che attribuisce al Ministero dell'ambiente il compito di «assicurare, in un quadro organico, la promozione, la conservazione ed il recupero delle condizioni ambientali conformi agli interessi fondamentali della collettività ed alla qualità della vita, nonché la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale e la difesa delle risorse naturali dall'inquinamento».

⁵⁰ Per ulteriori approfondimenti sull'ambiente nella Costituzione italiana. In dottrina cfr. A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, M. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Laterza, 2018; L. VANDELLI, *Prospettive di differenziazione regionale: dalle autonomie speciali alle ulteriori forme e condizioni di autonomia ex art. 116 della Costituzione*, in *Atti del Convegno Astrid-Cranec Autonomie regionali: specialità e differenziazioni*, Roma, 2017; E. MOSTACCI, *L'ambiente e il suo diritto nell'ordito costituzionale*, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI, (a cura di)

capo III del Titolo III del D.lgs. 112/98, nel quale il legislatore si è limitato a disciplinare le funzioni di protezione dell'ambiente conferite alle Regioni e agli enti locali.⁵¹

In ultimo, non può essere ritenuto soddisfacente nemmeno lo sforzo operato in tal senso dal legislatore europeo, il quale, nella direttiva 85/337/CEE⁵² e nell'allegato VI, lett. e) della Direttiva 98/8/CE⁵³, cerca di fornire una definizione di ambiente, attraverso l'elencazione dei diversi fondamenti naturali che lo costituiscono: un'elencazione che, tuttavia, appare limitata, in quanto manca di considerare aspetti fondamentali quali, ad esempio, l'uso del territorio e le diverse forme di inquinamento.⁵⁴

L'assenza di una definizione normativa di ambiente ha richiesto l'intervento di dottrina⁵⁵ e giurisprudenza che, nel corso degli anni, hanno fornito al termine

R. FERRARA e C. E. GALLO, *Trattato di diritto dell'ambiente*, op. cit., pp. 271 ss.; R. ROTA, *Ambiente e libertà economiche, principio di integrazione e bilanciamento di interessi tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, in *Astrid*, 2011; P. MADDALENA, *L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente, intervento al Convegno di studi su ambiente in-formazione*, tenutosi a Roma, il 20 gennaio 2010, in *federalismi.it*, 2010; M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V?*, in *Le Regioni*, 2003; F. S. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle "materie trasversali": dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002*, in *giurisprudenza costituzionale*, 2002; A. FERRARA, *La "materia ambientale" nel testo della riforma del titolo V, intervento al Convegno intitolato: I processi di federalismo: aspetti e problemi giuridici*, Milano, 30 maggio 2001.

⁵¹ D.lgs. 112/98.

⁵² G.U. L 175 del 5/7/1985. La direttiva non è più in vigore in quanto abrogata dall'attuale direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati Testo rilevante ai fini del SEE.

⁵³ Allegato VI, lett. e) della Direttiva 98/8/CE, pubblicata in G.U. L 123 del 16/2/1998, abrogata dal Regolamento (UE) n. 528/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, relativo alla messa a disposizione sul mercato e all'uso dei biocidi. Testo rilevante ai fini del SEE.

⁵⁴ L'art. 3 della direttiva 85/337/CEE del 27/6/1985, ad esempio, specifica che: «la valutazione dell'impatto ambientale individua, descrive e valuta, in modo appropriato, per ciascun caso particolare e a norma degli articoli da 4 a 11, gli effetti diretti e indiretti di un progetto sui seguenti fattori:

- l'uomo, la fauna e la flora;
- il suolo, l'acqua, l'aria, il clima e il paesaggio;
- l'interazione tra i fattori di cui al primo e al secondo trattino
- i beni materiali ed il patrimonio culturale».

L'allegato VI, lett. e) della Direttiva 98/8/CE, invece, definisce l'ambiente come l'insieme di «acqua, compresi i sedimenti, aria, terra, specie della fauna e flora selvatiche e relative interrelazioni, nonché le relazioni tra tali elementi e gli organismi viventi».

⁵⁵ Cfr., tra i molti, M. ROVERSI MONACO, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza amministrativa. Profili ricostruttivi*, Cacucci editore, 2018; G. MORANO, *Pubbliche amministrazioni e nuovi istituti green. Strumenti giuridici del cittadino per proteggere l'ambiente in cui si vive*, in *Diritto e Ambiente*, 2016, 13, pp. 15 ss.; P. MADDALENA, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza*

ambiente sia una descrizione naturalistico-biologica, sia una definizione giuridica⁵⁶. L'ambiente è stato inteso sia come un insieme di ecosistemi che interagiscono tra loro⁵⁷, sia come un bene pubblico, un diritto fondamentale della persona e una vera e propria materia.

Una parte della dottrina, ad esempio, ricordando come «*nel linguaggio normativo l'ambiente, (...), non è definito né definibile, (...), né è riducibile in enunciati prescrittivi*»⁵⁸, ha ritenuto di non poter assegnare a detto termine un'unica definizione, atteso che esso assume più significati, ognuno dei quali è connesso ad un diverso bene giuridico meritevole di tutela: **paesaggio, suolo, acqua, aria ed urbanistica**.⁵⁹

Nella sentenza 65 del 1959, invece, la Corte Costituzionale ha circoscritto il concetto di ambiente a quello di **paesaggio**, specificando che la tutela del paesaggio è da intendersi «*nella più ampia "protezione delle bellezze naturali"*»⁶⁰. Successivamente, nella sentenza n. 79 del 1971, la Corte, pronunciandosi sulla legge istitutiva del Parco nazionale dello Stelvio, ha adottato un significato di ambiente più ampio ovvero comprensivo di «*fauna e di flora di particolare rilevanza*» e di «*beni che assumono un valore scientifico ed un interesse storico od etnografico, oltre che turistico*».⁶¹

costituzionale, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, pp. 307 ss.; G. CORDINI, *Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2009; G. CANGELOSI, *Tutela dell'ambiente e territorialità dell'azione ambientale*, Giuffrè, 2009; M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, 2000, pp. 14 ss.; B. CARAVITA, *Il danno ambientale tra Corte dei Conti, legislatore e Corte Costituzionale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1988, pp. 108 ss.; A. POSTIGLIONE, *Il recente orientamento della Corte costituzionale in materia ambientale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1988, pp. 93 ss.; G. CORDINI, *Diritto ambientale. Elementi giuridici comparati della protezione ambientale*, Cedam, 1995; S. PATTI, *Diritto all'ambiente e tutela della persona*, in *Giurisprudenza italiana*, vol. I, 1980, col. 859 ss. e M. S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15; A. M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1967, II, p. 70.

⁵⁶ Sul punto si ricordi quanto precisato da B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Il Mulino, 1990, p. 43 ss. secondo cui «per il giurista il termine ambiente non è e non può essere solo evocatore di emozioni, bensì anche nozione da precisare nell'ambito dei propri studi e per fini ad esso attinenti».

⁵⁷ Sul punto cfr. A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁸ M. S. GIANNINI, *Ambiente: op. cit.*, p. 15.

⁵⁹ *Ibidem*. Tra i sostenitori della tesi pluralista cfr. anche, tra gli altri, F. DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*, Cedam, 1982 e G. TORREGROSSA, *Introduzione al diritto urbanistico*, Giuffrè, 1987.

⁶⁰ Corte Cost. 19 dicembre 1959 n. 65.

⁶¹ Corte Cost. 26 aprile 1971 n. 79.

Nel 1982, la giurisprudenza costituzionale ha affermato come la nozione di paesaggio ex art. 9 Cost. «*accomuna la tutela del paesaggio a quella del patrimonio storico ed artistico e detta il suo precetto, (...), ai fini di proteggere e migliorare i beni (culturali) suddetti e contribuire così all'elevazione intellettuale della collettività*». Ne deriva una definizione di ambiente comprensiva dell'«*assetto urbanistico del territorio*», della «*tutela del paesaggio, (...) della salute nonché (della) difesa del suolo, dell'aria e dell'acqua dall'inquinamento*».⁶² In altre parole, una definizione di interesse ambientale volta a ricomprendere anche numerosi interessi ad esso attigui. Si pensi, oltre alla **sanità** e all'**urbanistica**, agli interessi connessi allo sfruttamento delle risorse naturali, come quelli **commerciali**, **industriali** ed inerenti il diritto di **proprietà**.

Pochi anni dopo, la Corte Costituzionale⁶³ ha volto la propria attenzione alla materia ambientale in quanto tale. Ha riconosciuto il paesaggio come un valore primario, estetico e culturale; ha qualificato l'interesse ambientale come un valore assoluto: un valore prevalente su tutti gli altri.⁶⁴ Non solo, la stessa Corte si è spinta anche oltre la mera tutela del paesaggio, riconoscendo la salvaguardia dell'ambiente «*come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività*», delineando in tal guisa una concezione unitaria del bene ambiente, comprensiva non solo di un profilo naturale, ossia «*la conservazione, la razionale gestione ed il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acqua, suolo e territorio in tutte le sue componenti)*, ma altresì di un **aspetto culturale**, il quale include l'esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, delle specie animali e vegetali che in essi vivono e, in definitiva, della **persona umana in tutte le sue estrinsecazioni**»⁶⁵.

Nel 1993, l'ambiente è stato definito come un «*complesso di cose che racchiude un valore collettivo costituente specifico oggetto di tutela*». È «*un insieme che, pur comprendendo vari beni o valori, quali la flora, la fauna, il suolo, l'acqua etc., si distingue ontologicamente da*

⁶² Corte Cost., 29 dicembre 1982, n. 239.

⁶³ Corte Cost., 27 giugno 1986, n. 151, in tema di legittimità costituzionale della legge n. 431/1985, c.d. legge Galasso, che istituiva un elenco delle zone d'Italia sottoposte per legge al vincolo paesaggistico e prescriveva l'obbligo, posto in capo alle Regioni, di redigere i piani paesistici.

⁶⁴ P. MADDALENA, *La tutela dell'ambiente op. cit.*, p. 307.

⁶⁵ Corte Cost., 28 maggio 1987, n. 210, par. 4.5.

questi (...)),⁶⁶ assumendo «una nozione, oltreché unitaria, anche generale, comprensiva delle risorse naturali e culturali».⁶⁷

A partire dal 2001, l'ambiente diviene formalmente *materia*. La riforma del titolo V della Costituzione e, in particolare, il nuovo disposto dell'art. 117 Cost. hanno progressivamente influito anche sulla definizione del termine ambiente. Se è vero, infatti, che all'indomani della riforma, e per il successivo quinquennio, la giurisprudenza ha escluso di poter definire l'ambiente una materia in senso stretto⁶⁸ e ha ritenuto opportuno continuare a qualificarlo come valore costituzionalmente protetto, attribuendo alla nuova disposizione un contenuto meramente finalistico⁶⁹, è altrettanto vero che, a decorrere dal 2007, la Corte Costituzionale ha modificato il suo orientamento. Ha qualificato l'ambiente come bene giuridico materiale e, in quanto tale, come materia in senso stretto, come disposto dell'art. 117 Cost.⁷⁰ Ha in tal modo fornito una nuova definizione di ambiente come vero e proprio sistema. Un sistema comprensivo di diversi interessi ambientali e culturali⁷¹: dalla «conservazione ambientale e paesaggistica, la cui cura spetta in via esclusiva allo Stato» al «governo del territorio» e alla «valorizzazione dei beni culturali ed ambientali (...), che sono affidati alla competenza concorrente dello Stato e delle Regioni (...)».⁷²

⁶⁶ Cass. civ., sez. I, 9 aprile 1992, n. 4362.

⁶⁷ Cass. pen., sez. III, 15 giugno 1993, n. 9727.

⁶⁸ Corte Cost., 26 luglio 2002, n. 407 secondo cui: «l'evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi una materia in senso tecnico, qualificabile come "tutela dell'ambiente", giacché essa investe e intreccia altri interessi e competenze».

⁶⁹ Corte Cost., 20 dicembre 2002, n. 536 secondo cui: «La tutela dell'ambiente non può ritenersi propriamente una "materia", essendo invece l'ambiente da considerarsi come un "valore" costituzionalmente protetto che non esclude la titolarità in capo alle regioni di competenze legislative su materie (governo del territorio, tutela della salute, eco.) per le quali quel valore costituzionale assume rilievo (...)».

⁷⁰ Corte Cost., 22 luglio 2009, n. 225 secondo cui: «a proposito della materia "tutela dell'ambiente", è da osservare che essa ha un contenuto allo stesso tempo oggettivo, in quanto riferito ad un bene, l'ambiente (...), e finalistico, perché tende alla migliore conservazione del bene stesso (...)».

⁷¹ Corte Cost., 7 novembre 2007, n. 367 secondo cui «l'oggetto tutelato non è il concetto astratto delle "bellezze naturali", ma l'insieme delle cose, beni materiali, o le loro composizioni, che presentano valore paesaggistico». In dottrina si sottolinea come, alla luce della lettura costituzionale, l'ambiente sia costituito dalle caratteristiche estetiche del territorio naturale, come il paesaggio, e dal c.d. *habitat* dell'uomo, che va preservato al fine di tutelare la salute (cfr. sul punto G. TORREGROSSA, *Introduzione*, op. cit., pp. 11 ss. e G. C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè, 1997, pp. 16 ss.).

⁷² Corte Cost., 7 novembre 2007, n. 367. In particolare, la Consulta evidenzia come «è lo stesso aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali che contiene, che è di per sé un valore costituzionale. Si tratta peraltro di un valore "primario", come ha già da tempo precisato questa Corte

In conclusione, al termine ambiente è oggi attribuito un significato omnicomprensivo, un significato ampio, volto a ricomprendere tutti i singoli elementi che compongono o comunque influiscono sul patrimonio naturale: dalla qualità di aria, acqua e suolo, alla tutela della flora, della fauna e della salute umana⁷³, sino alla salvaguardia degli interessi economici, culturali ed urbanistici.

3.2. Problemi di equilibrio

L'ampiezza di un interesse come quello ambientale pone alla luce la delicatezza e la complessità del rapporto esistente tra la tutela dei valori sensibili e le esigenze di buon andamento della p.a. o, più in particolare, di tempestività ed economicità dell'azione amministrativa.

Sempre più spesso, la p.a. si trova dinnanzi a decisioni che coinvolgono, da una parte, gli interessi sensibili che, per il loro rilievo, richiedono una valutazione espressa dell'ente pubblico e, dall'altra, altri valori costituzionali, la cui realizzazione impone l'utilizzo di sistemi decisionali contraddistinti da celerità e semplificazione.⁷⁴

(...), ed anche "assoluto", se si tiene presente che il paesaggio indica essenzialmente l'ambiente (...). L'oggetto tutelato non è il concetto astratto delle "bellezze naturali", ma l'insieme delle cose, beni materiali, o le loro composizioni, che presentano valore paesaggistico».

⁷³ La Corte di Cassazione (Corte Cass., sez. un., 06 ottobre 1979, n. 5172) è stata il primo organo a porre in secondo piano l'aspetto meramente dominicale del bene in esame, fornendone una lettura basata sul combinato disposto degli articoli 2 e 32 Cost., onde ricavare una concezione del diritto alla salute fondata sul diritto fondamentale di ogni individuo ad un ambiente salubre. In dottrina, cfr. S. PATTI, *op. cit.*, p. 859 ss.

⁷⁴ L. BISOFFI, *Semplificazione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *federalismi.it*, 2019, I, p. 2. Cfr. A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *giustamm.it*, 2016, V, p. 10: «la semplificazione non identifica mai una vicenda soltanto di ordine tecnico, ma identifica un processo più ampio di selezione di interessi e, quindi, di strumenti per la loro tutela. Il fenomeno della semplificazione procedimentale non deve impedire di cogliere questo 'riposizionamento' profondo e perciò 'strategico' dell'amministrazione. Concentrando invece l'attenzione sugli interventi di semplificazione procedimentali in quanto tali, emerge con forza la constatazione che essi risultano diretti, in definitiva, a risolvere problemi organizzativi riscontrati negli apparati amministrativi nei loro rapporti con le imprese. La semplificazione procedimentale fin qui esaminata appare indirizzata soprattutto a risolvere problemi legati ai tempi degli adempimenti rispetto alle attività economiche; se però si estende l'analisi ad altri interventi sul procedimento (come la disciplina dei pareri, delle valutazioni di ordine tecnico, della conferenza di servizi, ecc.) emergono problematiche e logiche più generali. In tutti questi casi il legislatore, per lo meno nel nostro Paese, è intervenuto per rimediare a situazioni di inefficienza amministrativa: l'intervento ha privilegiato come tecnica la tipizzazione dei modelli e la precisazione di condizioni per la loro applicazione concreta, talvolta (come è avvenuto più volte nel caso della conferenza di servizi) con la codificazione di adempimenti che, secondo

Si pensi al silenzio assenso, che come già ampiamente illustrato, si presenta come uno strumento per la realizzazione di quel principio di buon andamento della p.a. di cui parla l'art. 97 Cost. La sua applicazione, tuttavia, comporta una mancata valutazione da parte della p.a. degli interessi potenziali coinvolti. Manca, infatti, l'istruttoria finalizzata a valutare l'impatto che un determinato intervento ha sull'ambiente o sulla salute dei cittadini interessati.⁷⁵

Il silenzio assenso si presenta quindi come uno strumento semplificatorio poco adattato alla salvaguardia di interessi sensibili. La sua applicazione si scontra con quella «ineliminabile necessità di istruttoria che campeggia nel diritto ambientale»⁷⁶.

In un siffatto contesto, è necessario trovare il giusto bilanciamento tra la necessità di un'istruttoria completa, imposta dagli interessi sensibili, e l'esigenza di eliminare detta fase procedimentale per semplificare l'iter decisionale della p.a., rendendo omaggio ai principi di economicità e tempestività. Resta da chiedersi come tale bilanciamento possa essere effettuato. Una domanda che, nel corso degli anni, ha trovato risposte differenti.

4. Una prima scelta di bilanciamento: il trionfo dell'interesse sensibile ambientale. Il contributo legislativo

In tempi meno recenti e, più precisamente, sino alla riforma operata dell'art. 3 della l. 124/2015, il legislatore tendeva ad **escludere il ricorso al silenzio assenso in presenza di interessi sensibili**. Si ricordi, infatti, che in detto periodo, sono state introdotte nella l. 241/90 numerose norme dedicate all'istituto del silenzio assenso, prevedendo una disciplina differenziata per gli interessi sensibili.⁷⁷

A titolo esemplificativo, giova richiamare gli articoli 16, comma 3, e 17, comma 2, l. 241/1990.

Il primo disposto normativo stabilisce che le disposizioni inerenti il rilascio di pareri da altre p.a. ed, in particolare, la possibilità di procedere anche in assenza di

logica, avrebbero dovuto risultare solo interni o marginali. La codificazione degli adempimenti, esattamente come la semplificazione procedimentale, rappresenta la tecnica attraverso la quale il legislatore ha inteso replicare a inefficienze dell'amministrazione».

⁷⁵ F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17bis introdotto dalla cd. riforma Madia, in federalismi.it*, 2015, p. 4 ss.

⁷⁶ Ivi, p. 8.

⁷⁷ G. SCIULLO, *op. cit.*, V, p. 7.

quest'ultimi, qualora non siano rilasciati entro i termini stabiliti, «non si applicano in caso di pareri che debbano essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini». In altre parole, il legislatore esclude che, in caso di inutile decorrenza del termine, l'amministrazione possa procedere indipendentemente dal parere, se questo riguarda materie sensibili, quali l'ambiente e la salute.

Il secondo disposto normativo, invece, esclude la possibilità per gli organi amministrativi di concludere il procedimento avviato, in caso di omessa adozione delle necessarie valutazioni tecniche da parte degli organi ed enti preposti, se queste attengono alla materia ambientale, paesaggistica, territoriale o alla salute dei cittadini.⁷⁸

In entrambi i casi, si tratta di disposizioni che - escludendo, rispettivamente, il silenzio facoltativo e quello devolutivo nel caso di interessi sensibili⁷⁹ - dimostrano la volontà del legislatore di dedicare un'attenzione particolare ed una conseguente tutela superiore ad alcuni interessi, in ragione della loro assoluta rilevanza⁸⁰.

In senso analogo depongono gli articoli 19, comma 1, e 20, comma 4, l. 241/90: nelle fattispecie in cui vengano in rilievo interessi sensibili, il primo esclude l'applicazione della Scia, il secondo del silenzio assenso. Ciò deriva dall'esigenza di un'imprescindibile valutazione dei predetti interessi da parte delle autorità preposte alla tutela dell'ambiente e della salute, «stante la prevalenza data, nel bilanciamento tra norme costituzionali, ai valori espressi da tali interessi, rispetto a quelli tutelati dall'art. 97 Cost. nella sua proiezione in termini di efficienza»⁸¹.

In argomento, giova richiamare anche la disciplina di cui all'art. 20, comma 8, D.P.R. 380/2001 (Testo Unico Edilizia), che, prima della riforma ad opera del D.l. 70/2011, attribuiva al mancato rilascio del permesso di costruire nei tempi previsti il valore di

⁷⁸ Art. 17, comma 2, l. 241/1990.

⁷⁹ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, 2010, p. 1197 ss. Sul punto cfr. anche M. RENNA, F. FIGORILLI, *voce Silenzio della pubblica amministrazione*, in Enc. giur., 2009, Roma, pp. 9 ss.

⁸⁰ Sul punto cfr. anche A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, Giuffrè, 2013, pp. 1127 ss.; V. PARISIO, *Art. 16, in Codice dell'azione amministrativa*, (a cura di) M. A. SANDULLI, Giuffrè, 2011, pp. 713 ss.; E. CASETTA, *La difficoltà di "semplificare"*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 349 e P. G. LIGNANI, *La disciplina del procedimento e le sue contraddizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pp. 578 ss.

⁸¹ G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, *op. cit.*, p. 267. In tal senso cfr. anche R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, 2013, p. 767 ss.

silenzio rifiuto. Una disciplina che, sebbene sia stata modificata nel 2011 al fine di rispondere alle esigenze di semplificazione dell'azione amministrativa, non ha completamente abbandonato l'idea di tutelare maggiormente gli interessi sensibili. Se, da un lato, infatti, il D.l. 70/2011 ha introdotto il silenzio assenso nella materia *de quo*, dall'altro, le disposizioni oggi vigenti continuano ad escludere l'applicazione di tale istituto nei casi in cui sugli immobili gravino dei vincoli idrogeologici, ambientali, paesaggistici o culturali.⁸²

Ad avviso della giurisprudenza amministrativa, «ciò implica che in tali ambiti si applichi la regola generale secondo cui i procedimenti amministrativi sono definiti mediante atto espresso», coerentemente con l'interpretazione dell'art. 20, l. 241/1990, «che nel disciplinare in generale l'istituto del silenzio assenso (e l'articolo 20, comma 8, altro non è che una manifestazione specifica di esso) ne esclude l'operatività (con conseguente necessità in tal caso del provvedimento espresso) per "atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico"»⁸³.

In altre parole, nelle norme sopra richiamate, il legislatore, in presenza di interessi sensibili, impone alla p.a. di operare una valutazione in concreto di tutti gli interessi coinvolti e, con tale previsione, **rinuncia implicitamente alla realizzazione dei principi di economicità e tempestività** che, per essere realizzati, richiedono di eliminare proprio quella fase processuale in cui si svolge la predetta valutazione.

In conclusione, in un primo momento, il legislatore ha inteso attribuire assoluta prevalenza alla tutela dei valori sensibili rispetto a quelli inerenti la buona azione amministrativa. Una soluzione condivisa anche dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

4.1. Il contributo giurisprudenziale

Sul tema oggetto di analisi, le Corti nazionali e sovranazionali si sono pronunciate in più occasioni, ritenendo che, qualora vengano in rilievo interessi sensibili, sia necessario operare un attento bilanciamento. In particolare, in dette occasioni, l'Amministrazione è tenuta ad adottare il provvedimento finale solo in seguito a una

⁸² A. L. MARINI, *Silenzio assenso in materia edilizia*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, VI, p. 852.

⁸³ T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 23 febbraio 2018, n. 94.

concreta attività di verifica, non potendo operare l'istituto del silenzio assenso nelle materie sensibili.

Nella sentenza Commissione c. Repubblica Italiana del 28 febbraio 1991 (**C-360/87**), ad esempio, la **Corte di Giustizia** 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 un'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*».⁸⁴ Si tratta di una delle prime pronunce in materia di compatibilità tra interessi sensibili e silenzio assenso ed è relativa alla legge italiana 319/1976, *c.d.* legge Merli, che prevedeva un'autorizzazione provvisoria tacita in materia di scarichi. In tale occasione, la Corte ha ritenuto che, attesa la delicatezza degli interessi protetti, è sempre necessario un provvedimento espresso che dia conto dell'istruttoria svolta e del bilanciamento effettuato.⁸⁵

Più recentemente, la sentenza del 10 giugno 2004 (**causa C-87/02**), relativa ad un'ipotesi di silenzio assenso nelle procedure di verifica di assoggettabilità a VIA, la Corte di Giustizia sulla base del principio di precauzione, ha affermato la necessità di un'istruttoria completa per valutare l'impatto di un intervento. Tale istruttoria deve quindi essere svolta effettivamente. In caso contrario verrebbe meno alla *ratio* della normativa ambientale che è quella della tutela preventiva dell'ambiente e della salute dei cittadini interessati.⁸⁶

A livello nazionale, invece, la **Corte Costituzionale**, con la sentenza n. **393/1992** ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli art. 16, commi 3, 4, 5, 6, 7, l. 179/1992 (Norme per l'edilizia residenziale pubblica) nella parte in cui prevedevano, nella formazione del programma integrato d'intervento, l'operatività del silenzio assenso.

Nello specifico, si è rilevato come il suddetto istituto, finalizzato alla semplificazione, non possa incidere sul contenuto essenziale dell'attività amministrativa, atteso che esistono dei limiti derivanti dal potere discrezionale affidato

⁸⁴ Corte Giust., 28 febbraio 1991, punti 30 – 31, in C-360/87, Commissione c. Repubblica Italiana.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Corte Giust., 10 giugno 2004, C-87/02.

alla p.a.. Limiti che, in alcune occasioni, impongono alla p.a. di esercitare il suo potere solo a seguito di opportune indagini⁸⁷, soprattutto in presenza di fattispecie complesse, che richiedono verifiche istruttorie da documentare e motivare espressamente nel provvedimento finale⁸⁸.

Sulla base di una siffatta considerazione, la Corte Costituzionale ha affermato l'esigenza che le amministrazioni concludano i procedimenti relativi alla cura degli interessi sensibili con provvedimenti espressi.⁸⁹

Analogamente, la sentenza n. **307/1992** ha dichiarato l'illegittimità incostituzionale della legge regionale della Regione Liguria dell'8 gennaio 1990, n. 1, art. 18, primo comma, nella parte in cui consentiva, al verificarsi di determinate condizioni, lo stoccaggio provvisorio di rifiuti tossici e nocivi senza specifica autorizzazione. La Consulta, in detta occasione, ha richiamato gli atti normativi statali e comunitari che «escludono anche la possibilità di un'autorizzazione implicita o tacita e il ricorso all'istituto del silenzio-assenso proprio perché si impone la tutela della salute e dell'ambiente, che sono beni costituzionalmente garantiti e protetti (artt. 32 e 9 della Costituzione)»⁹⁰.

Non di meno, la Corte Costituzionale, con sentenza n. **194/1993**, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 3, terzo comma, della Legge della Regione Veneto 28/1990, che riteneva sufficiente, per lo stoccaggio provvisorio di rifiuti tossici e nocivi, un'autorizzazione tacita in luogo di quella espressa. In tale occasione, la Corte ha ribadito l'incompatibilità del silenzio assenso con la tutela della salute e dell'ambiente, affermando che «sono indispensabili per il rilascio dell'autorizzazione accurate indagini ed

⁸⁷ C. BENETAZZO, *Silenzio-assenso e dovere dell'amministrazione di svolgere l'istruttoria: spunti di riflessione offerti da una fattispecie in tema di sanatoria di opere edilizie abusive*, in *federalismi.it*, 2011, XXV, p. 23, che richiama sul tema, G. MORBIDELLI, *Urbanistica incostituzionale per abuso di silenzio-assenso*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3427 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Dia e silenzio-assenso dopo la legge n. 80/2005*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, IX, p. 1001 ss.

⁸⁸ Cfr. M. P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti. Alleati o avversari?*, in *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa*, a cura di G. VESPERINI, Milano, 2006, p. 38, secondo cui «il principio del silenzio assenso risponde indubbiamente a talune esigenze pratiche di definizione celere per fattispecie a basso o nullo tasso di discrezionalità, ove l'interesse del privato all'inizio di certe iniziative viene ritenuto meritevole di particolare attenzione». «Diverso» (...) «è il caso in cui la fattispecie oggetto dell'eventuale silenzio assenso implica necessariamente complesse fasi istruttorie o è parte di un più complesso procedimento, ove sarebbe quanto mai utile, nell'interesse tanto dell'interessato quanto dell'Amministrazione, lo svolgimento di tutte le necessarie verifiche, poi espresse nel provvedimento e nella relativa motivazione».

⁸⁹ Corte Cost., n. 393/1992.

⁹⁰ Corte Cost., 1 luglio 1992, n. 307, punto 2.

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»⁹¹.

Sul tema, la Corte Costituzionale si è pronunciata anche con la sentenza n. 209/2014, censurando la legge della Regione Campania n. 4/2011 in materia di disciplina degli scarichi in fognatura, che prescriveva un termine di sessanta giorni, scaduto il quale l'autorizzazione si intendeva concessa temporaneamente per altri sessanta giorni, salvo revoca. Una previsione dichiarata costituzionalmente illegittima, in quanto - oltre a prevedere livelli di tutela dell'ambiente inferiori rispetto a quelli stabiliti dalla normativa statale⁹² - risultava in contrasto con l'art. 20, comma 4, l. 241/90, che esclude l'operatività del meccanismo del silenzio assenso con riferimento alla materia ambientale⁹³.

Da ultimo, si ricordi l'iter giurisprudenziale che ha interessato l'ipotesi di formazione per silenzio assenso del nulla osta dell'Ente Parco.

In base all'art. 13, comma 1, l. 394/1991, il rilascio di concessioni o autorizzazioni relative ad interventi, impianti ed opere all'interno del parco è sottoposto al preventivo nulla osta dell'Ente parco che deve essere reso entro sessanta giorni dalla richiesta. Decorso inutilmente tale termine il nulla osta si intende rilasciato.⁹⁴

La suddetta disposizione contiene, quindi, un'ipotesi di silenzio assenso in un settore contraddistinto da interessi sensibili ed, in particolare, da interessi ambientali. Per tale motivo, all'indomani dell'entrata in vigore della legge 80/2005, che ha riformulato l'art. 20, comma 4, l. 241/1990, escludendo il silenzio assenso in presenza di interessi sensibili, ci si è interrogati sulla sopravvivenza e sulla legittimità dell'art. 13, l. 394/1991.

Sul punto si sono sviluppati due diversi orientamenti.

Secondo un primo filone interpretativo⁹⁵, il comma 4 dell'art. 20, l. 241/1990, non assume valore di regola generale. L'ipotesi di silenzio assenso prevista dall'art. 13, l.

⁹¹ Corte Cost., 27 aprile 1993, n. 194, punto 4.

⁹² Segnatamente dall'art. 124, comma 7, del D.lgs. n. 152/2006 che fissa il termine perentorio di novanta giorni per l'autorizzazione.

⁹³ Corte Cost., 9 luglio 2014, n. 209, punto 7.

⁹⁴ Art. 13, comma 1, l. 394/1991.

⁹⁵ Cons. Stato, sez. VI, 17 giugno 2014, n. 3407; id., 29 dicembre 2008, n. 6591.

394/1991, deve, quindi, considerarsi legittima. Del resto, pur riguardando interessi ambientali, il procedimento per il rilascio del nulla osta dell'Ente Parco, generalmente, si inserisce in altri procedimenti amministrativi caratterizzati da una valutazione espressa degli interessi in gioco. Si pensi, ad esempio, ai procedimenti di rilascio di autorizzazioni paesaggistiche, idrogeologiche e archeologiche.⁹⁶

Al contrario, secondo un diverso orientamento, il nostro ordinamento è caratterizzato da una linea di tendenza volta ad escludere la possibilità di formazione di titoli abilitativi *per silentium* in ambiti sensibili, quali la tutela del paesaggio, dell'ambiente e dei beni culturali.⁹⁷

Sul punto, si ricordi, l'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2016**, che, pur non soffermandosi dettagliatamente sulla legittimità del silenzio assenso in materia ambientale, ha affermato un importatane principio. In detta occasione, infatti, i giudici hanno precisato che la *ratio* dell'art. 13 consiste nella necessità, da parte dell'ente preposto, di accertare l'impatto dell'intervento richiesto sui valori naturali e paesaggistici del parco. In particolare, «oggetto della valutazione propria del nulla osta è

⁹⁶ Tale indirizzo interpretativo adotta come criterio risolutivo il criterio di specialità, ritenendo che il novellato art. 20, l. 241/1990, avrebbe inteso generalizzare l'applicazione del silenzio assenso a tutti i procedimenti amministrativi ad istanza di parte, mentre il comma 4 avrebbe introdotto alcune eccezioni per le materie sensibili, quali ambiente e paesaggio, relative non all'impossibilità in assoluto di prevedere speciali ipotesi di silenzio assenso, ma all'inapplicabilità della regola generale di cui al comma 1 dell'art. 20. Il dato letterale del comma 4 sarebbe chiaro, infatti, nel disporre che l'eccezione riguarderebbe solo "le disposizioni del presente articolo", senza estendersi a disposizioni già vigenti in tema di silenzio assenso, rispetto alle quali l'art. 20 riformato nulla avrebbe innovato. Si sostiene, altresì, che tale tesi sia conforme alla *ratio* stessa della riforma della l. 241/1990, che sarebbe stata quella di generalizzare l'istituto del silenzio assenso, risultando insensato che detta generalizzazione possa aver abrogato le norme che già prevedevano detto istituto. In quest'ottica, inoltre, non si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali e comunitari la previsione del silenzio assenso per il rilascio del nulla osta dell'Ente Parco, caratterizzato da un tasso di discrezionalità non elevato e destinato a inserirsi, in un procedimento in cui altri specifici interessi ambientali vengono valutati espressamente nel rilascio, ad esempio, di autorizzazioni paesaggistiche, idrogeologiche e archeologiche. In altre parole, la posizione giurisprudenziale esposta esclude che l'art. 20, l. 241/1990, possa avere implicitamente abrogato l'art. 13, comma 1, l. 394/1991, in considerazione della specialità di quest'ultima disposizione normativa e in applicazione del brocardo latino *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

⁹⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, ord. 9 febbraio 2016, n. 538; Cons. Stato, sez. III, 15 gennaio 2014, n. 119; Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5188. Tale indirizzo giurisprudenziale, al fine di risolvere il conflitto tra l'art. 20, l. 241/1990, e l'art. 13, l. 394/1991, applica il criterio cronologico della successione delle leggi nel tempo, di cui all'art. 15 delle Preleggi, secondo cui la legge posteriore abroga la legge anteriore con essa incompatibile. Conseguentemente, l'art. 20, l. 241/1990, come successivamente novellato, escluderebbe l'applicazione del silenzio assenso in materia di tutela dell'ambiente.

costituito, oltreché dall'impatto dell'opera sul contesto ambientale oggetto di tutela, da tutti gli aspetti di protezione del territorio, anche relativi alla disciplina di natura urbanistica ed edilizia recepita dal piano del parco».⁹⁸ L'acquisizione dell'assenso di cui all'art. 13, l. 394/1991, pertanto, è funzionale a consentire un apprezzamento compiuto e globale circa l'impatto dell'intervento sul territorio.⁹⁹

In detta prospettiva, è difficile sostenere la compatibilità del silenzio assenso con il rilascio del nulla osta da parte dell'Ente Parco. Non si comprende, infatti, in che modo si possa effettuare un apprezzamento compiuto e globale sull'impatto che l'intervento ha sul territorio, senza procedere ad una fase istruttoria e alla successiva adozione di un provvedimento espresso.

In conclusione, l'orientamento della giurisprudenza, quantomeno in un primo periodo, pare conforme a quello legislativo. Escludendo l'operatività del silenzio assenso in presenza di valori sensibili, infatti, entrambi paiono concordare sul trionfo dell'interesse ambiente rispetto ai valori di economicità e tempestività dell'azione amministrativa. Un primato che, tuttavia, come vedremo, non è rimasto tale.

⁹⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., 24 maggio 2016, n. 9.

⁹⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 24 maggio 2016, n. 9. Nella sentenza si precisa che il legislatore ha disciplinato il nulla osta quale atto prodromico o presupposto, destinato a precedere il rilascio di provvedimenti abilitativi puntuali, ossia legittimanti un singolo e specifico intervento di modificazione o trasformazione del territorio (Cfr. L. BERTONAZZI, *Silenzio-assenso e nulla osta dell'Ente parco: note a margine di due recenti sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *giustamm.it* 2017, II, p. 3, secondo cui "L'intima ratio dell'istituto è così compendiabile: nulla, preliminarmente, osta – da parte dell'Ente parco (che verifica la conformità di uno specifico intervento progettato agli strumenti di pianificazione dell'area naturale protetta) – al successivo rilascio di titoli abilitativi puntuali, quali ad esempio l'autorizzazione paesaggistica e il permesso di costruire"). Ne consegue che l'art. 13 non è applicabile agli atti di programmazione e pianificazione urbanistica (quand'anche connotati da previsioni specifiche e puntuali in ordine a future trasformazioni del territorio, come nell'ipotesi del Programma integrato di intervento). L'eventuale anticipazione della richiesta di nulla osta alla fase di approvazione del piano attuativo non può escludere l'acquisizione dell'assenso di cui all'art. 13, l. 394/1991, nel momento successivo del rilascio dei titoli *ad aedificandum*, in merito ai quali soltanto è possibile valutare compiutamente l'entità e la consistenza dell'intervento edificatorio sul territorio. Pertanto, nelle ipotesi in cui l'Ente Parco viene interpellato nella fase di formazione dello strumento attuativo, ciò non avviene in applicazione dell'art. 13, ma per ragioni di collaborazione ed economia procedurale, non essendo ragionevole proseguire le attività volte all'esecuzione dell'intervento programmato prima di aver acquisito un primo parere dell'autorità preposta ad apprezzarne l'impatto sul territorio. In conclusione, ad avviso dell'Adunanza Plenaria, il meccanismo di silenzio assenso previsto dall'art. 13, l. 394/1991, è applicabile ai soli casi, a cui la norma è specificamente riferita, relativi a titoli abilitativi puntuali.

5. La rivincita del silenzio assenso. L'art. 17 bis, l. 241/1990

L'applicazione dell'istituto del silenzio assenso ha subito un'evoluzione nel tempo.

Se, in un primo momento, come ricordato, il legislatore e la giurisprudenza lo hanno concepito come uno strumento residuale, derogabile ogniqualvolta la sensibilità dell'interesse in gioco imponeva una valutazione esplicita da parte della p.a., in tempi più recenti, le nuove riforme hanno allargato notevolmente il suo ambito applicativo, estendendolo anche ai casi in cui emergono interessi sensibili.

Tra le nuove riforme legislative assume rilievo l'introduzione, nel 2015¹⁰⁰, dell'**art. 17 bis, l. 241/1990**, che disciplina l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni¹⁰¹.

Nello specifico, l'articolo *de quo* dispone che l'assenso, il concerto o il nulla osta sia reso entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento da parte dell'amministrazione procedente ovvero, in caso di interruzione per esigenze istruttorie, entro i trenta giorni successivi alla ricezione della relativa documentazione.¹⁰² Decorsi inutilmente detti termini, il concerto o il nulla osta si intende acquisito¹⁰³, salvi i casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi.¹⁰⁴

La l. 124/2015, introducendo l'art. 17 bis, l. 241/1990, inserisce, quindi, nel nostro ordinamento una nuova ipotesi di silenzio assenso. Un'ipotesi che si distingue da quelle precedentemente ricordate in quanto estende l'applicazione di tale istituto 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».¹⁰⁵

In altre parole, l'istituto del silenzio assenso viene esteso anche ai casi in cui sono coinvolti interessi sensibili, con l'unica differenza che, in detta ipotesi, il termine per la

¹⁰⁰ L'art. 17 bis è stato introdotto dall'art. 3, comma 1, l. 7 agosto 2015, n. 124.

¹⁰¹ Art. 17 bis, comma 1, l. 241/1990

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Art. 17 bis, comma 2, l. 241/1990

¹⁰⁴ Art. 17 bis, comma 4, l. 241/1990.

¹⁰⁵ Art. 17 bis, comma 3, l. 241/1990.

formazione del silenzio assenso è pari a novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente, e non a trenta giorni come avviene in presenza di interessi non sensibili.¹⁰⁶

Una scelta che si pone sulla «strada della piena generalizzazione dell'istituto»¹⁰⁷, **parificando sempre di più gli interessi sensibili a quelli ordinari**¹⁰⁸. Una scelta criticata da parte della dottrina in ragione del fatto che, a seguito di tale modifica legislativa, l'istituto del silenzio assenso viene applicato in modo del tutto diverso a seconda del momento del procedimento amministrativo in cui opera ovvero dei soggetti a cui si riferisce¹⁰⁹ e della tipologia di atto oggetto del silenzio.

È, infatti, possibile distinguere tra il silenzio inerente provvedimenti finali o silenzio dell'amministrazione procedente e il silenzio inerente atti endoprocedimentali o silenzio dell'amministrazione che interviene in un procedimento di altra p.a..

Nel primo caso (provvedimenti finali o silenzio dell'amministrazione procedente) trova applicazione l'art. 20, l. 241/1990 e l'istituto in parola ha un campo di applicazione limitato, dal quale sono esclusi gli interessi sensibili.

Nel secondo caso (silenzio inerente atti endoprocedimentali o silenzio dell'amministrazione che interviene in un procedimento di altra p.a.) trovano, invece, applicazione gli artt. 16, 17 e 17 bis, l. 241/1990 e l'ambito di applicazione dell'istituto in esame è ulteriormente suddiviso a seconda dell'atto oggetto del silenzio. Se si tratta di pareri e valutazioni tecniche, il silenzio assenso non si estende agli interessi sensibili.¹¹⁰ Se, invece, oggetto dell'inerzia amministrativa sono assensi, concerti o nulla osta, l'istituto coinvolge anche le materie sensibili.¹¹¹

In detta prospettiva, la legge sul procedimento amministrativo contiene tre diverse discipline per il silenzio assenso: *a)* il silenzio assenso che opera nei confronti di provvedimenti finali e che non trova applicazione nei casi in cui sono coinvolti interessi sensibili (art. 20, l. 241/1990); *b)* il silenzio assenso endoprocedimentale che non trova applicazione nei casi in cui sono coinvolti interessi sensibili (artt. 16 e 17, l. 241/1990) e

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1190.

¹⁰⁸ F. DE LEONARDIS, *op. cit.*, p. 3. L'autore definisce questo processo di parificazione degli interessi sensibili a quelli ordinari come una «guerra di logoramento» dei primi.

¹⁰⁹ Ivi., p. 4.

¹¹⁰ Cfr. artt. 16 e 17, l. 241/1990.

¹¹¹ Cfr. art. 17 bis, l. 241/1990.

c) il silenzio assenso endoprocedimentale che trova applicazione anche in presenza di interessi sensibili (art. 17 *bis*, l. 241/1990). A questi si aggiungono, le disposizioni in materia di conferenza di servizi, che dispongono l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso anche in presenza di più interessi sensibili.

5.1. La conferenza di servizi e la tutela degli interessi sensibili

La conferenza di servizi, disciplinata agli artt. 14 e ss. della l. 241/1990, rappresenta una delle fattispecie in cui si assiste alla ricerca di un equilibrio tra l'esigenza di semplificazione amministrativa e la tutela degli interessi sensibili.¹¹²

Al fine di superare le difficoltà relative all'individuazione delle modalità di conclusione della conferenza e ai dissensi espressi dalle amministrazioni coinvolte, si è passati dal principio di unanimità (al contempo rispettoso di tutti gli interessi coinvolti, ma rigido), al principio di maggioranza (col pregio di agevolare il meccanismo decisionale, ma connotato dal rischio che le amministrazioni portatrici di interessi non qualificati potessero prevalere e orientare la conferenza), siano al criterio della prevalenza, incentrato sul tipo e sull'importanza delle attribuzioni di ogni amministrazione coinvolta nel procedimento.¹¹³

Il passaggio dal principio di unanimità a quello di prevalenza ha avuto un impatto anche sulla tutela degli interessi sensibili, prima protetti in modo assoluto e prevalenti su ogni meccanismo sostitutorio, in seguito sottoposti a istituti di semplificazione, quale il silenzio assenso.¹¹⁴

I predetti interessi sensibili, infatti, spesso vengono in considerazione e in confronto con altri interessi costituzionalmente protetti, quali il diritto al lavoro e alla libera iniziativa economica. Con riferimento all'interesse ambientale, risulta evidente che lo sviluppo economico di una società non può più, oggigiorno, prescindere da una

¹¹² R. DIPACE, *La resistenza degli interessi sensibili nella nuova disciplina della conferenza di servizi*, in *federalismi.it*, 2016, XVI, p. 2.

¹¹³ CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *ASTRID Rassegna*, 2005, IV. Cfr. per maggiori approfondimenti M. SANTINI, *La conferenza di servizi dopo la riforma Madia: questioni di (ulteriori) norme o di cultura?*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, p. 129.

¹¹⁴ R. DIPACE, *op. cit.*, p. 3.

considerazione della tutela ambientale, anche in un'ottica sostenibile di salvaguardia delle generazioni future e di rispetto dei principi di prevenzione e precauzione.¹¹⁵

In ordine al bilanciamento tra i predetti interessi è intervenuta la Corte Costituzionale, secondo la quale tutte le decisioni legislative e amministrative devono realizzare una ragionevole ponderazione tra i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quale quello alla salute, sancito all'art. 32 Cost., dal quale deriva il diritto ad un ambiente salubre, e quello al lavoro, previsto all'art. 4 Cost., da cui si evince l'esigenza costituzionalmente tutelata di mantenere determinati livelli occupazionali e il dovere della p.a. di agire perseguendo tale obiettivo.¹¹⁶

Ad avviso della Corte, inoltre, la qualificazione come "primari" dei beni dell'ambiente e della salute indica che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, sebbene costituzionalmente previsti. Pertanto, il legislatore e la p.a. devono, rispettivamente, statuire e attuare le norme, in modo tale da non consentire un sacrificio del nucleo essenziale di tali interessi.

Anche nelle ipotesi in cui siano coinvolti più interessi sensibili, è stata prevista l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso sia con riferimento alla conferenza semplificata di cui all'art. 14 bis, comma 4, l. 241/1990, sia con riguardo a quella simultanea di cui all'art. 14 ter, comma 7. Nello specifico, si considera acquisito l'assenso delle amministrazioni coinvolte, incluse quelle deputate alla tutela della salute, della pubblica incolumità, della tutela paesaggistico-territoriale, dell'ambiente, il cui amministratore non abbia espresso definitivamente la volontà della p.a. che rappresenta (art. 14 ter, comma 7). Anche in seno alla conferenza semplificata, si applica il medesimo meccanismo del silenzio assenso, in quanto «fatti salvi i casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedono l'adozione di provvedimenti espressi, la mancata comunicazione della determinazione entro il termine di cui al comma 2, lettera c),

¹¹⁵ Cfr. sul punto G. ROSSI, *L'evoluzione del diritto dell'ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2015, II, p. 2; D. SORACE, *Tutela dell'ambiente e principi generali sul procedimento amministrativo*, in S. GRASSI, M. A. SANDULLI (a cura di), *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, 2014, p. 3; M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente* 2012, I-II, p. 62; S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Giuffrè, 2012; G. ROSSI, *op. cit.*, p. 3; R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Diritto amministrativo*, 2005, p. 526.

¹¹⁶ Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85.

ovvero la comunicazione di una determinazione priva dei requisiti previsti dal comma 3, *equivalgono ad assenso senza condizioni*» (art. 14 bis, comma 4).

Atteso che tali norme sono riferite a tutte le amministrazioni partecipanti alla conferenza, in assenza di ulteriori specificazioni normative, le stesse si ritengono applicabili anche alle amministrazioni portatrici di interessi sensibili.¹¹⁷

Ciò premesso, per quanto attiene ai dissensi qualificati, ossia ai dissensi manifestati dalle amministrazioni portatrici di interessi sensibili, occorre richiamare l'art. 14 *quinquies*, l. 241/1990, la cui portata innovativa è data dal fatto che la decisione viene in ogni caso adottata dalla conferenza di servizi. In altri termini, in caso di dissenso di p.a. non preposte alla cura di interessi sensibili, la determinazione finale della conferenza è adottata in base al principio di prevalenza; in caso di dissenso qualificato, invece, gli effetti di tale decisione sono sospesi al fine di consentire l'esperimento dei rimedi previsti per risolvere tale conflitto.

Quest'ultima fase di risoluzione del conflitto è eventuale, in quanto le amministrazioni, deputate alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico, della salute, della pubblica incolumità, che abbiano manifestato in modo inequivoco un dissenso motivato prima della conclusione dei lavori della conferenza, entro dieci giorni dalla comunicazione della determinazione motivata di conclusione devono decidere se proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei Ministri.

Successivamente alla proposizione dell'opposizione, in un'ottica di leale collaborazione, le amministrazioni coinvolte si riuniscono presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, al fine di individuare una soluzione condivisa diretta a sostituire la determinazione motivata di conclusione. Qualora non dovesse raggiungersi un'intesa, la questione viene rimessa al Consiglio dei Ministri, il quale può respingere ovvero accogliere parzialmente l'opposizione, modificando il contenuto del provvedimento anche alla luce delle riunioni svoltesi.

Il meccanismo appena esposto è stato quindi introdotto al fine di consentire, al contempo, non solo un'adeguata valutazione del dissenso espresso dalle p.a. preposte

¹¹⁷ R. DIPACE, *op. cit.*, p. 7.

alla cura di interessi sensibili, ma altresì una semplificazione della procedura decisionale.¹¹⁸

In conclusione, negli ultimi anni, il legislatore ha avvertito l'esigenza di **bilanciare gli interessi sensibili con i principi di economicità, tempestività e semplificazione amministrativa**. Ha quindi ammesso, seppur limitatamente, il silenzio assenso anche in dette materie.

Tale novità, tuttavia, non è stata accompagnata da una modifica della previgente disciplina normativa. Gli articoli 14 *bis*, 14 *ter* e 17 *bis*, l. 241/1990 si affiancano, quindi, agli articoli 16, 17 e 20, l. 241/1990, creando un quadro normativo complesso. Un quadro normativo in cui il bilanciamento tra interessi sensibili e principi di economicità e tempestività può avere esiti differenti: se si tratta di provvedimenti finali o endoprocedimentali aventi ad oggetto pareri e valutazioni tecniche, infatti, prevale la tutela dell'interesse sensibile. Se, invece, si tratta di provvedimenti finali aventi ad oggetto assensi, concerti o nulla osta, prevalgono i principi di economicità, tempestività e semplificazione amministrativa.

In un siffatto contesto, pare che il legislatore abbia scelto, come "ago della bilancia" nel delicato bilanciamento tra interessi sensibili e buona azione amministrativa, la tipologia di atto oggetto del silenzio ovvero il soggetto destinatario dell'atto stesso. Una diversa soluzione pare, invece, emergere dall'analisi della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa.

6. La ricerca di un equilibrio e l'insegnamento della Corte Costituzionale.

Proporzionalità e ragionevolezza

Una risposta all'esigenza di bilanciare interessi diversi è offerta dai criteri di **proporzionalità e ragionevolezza**. Criteri recentemente richiamati dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza sul caso Ilva¹¹⁹.

¹¹⁸ Cfr. per maggiori approfondimenti R. DIPACE, *La resistenza degli interessi sensibili nella nuova disciplina della conferenza di servizi*, in *federalismi.it*, 2016, XVI, pp. 10 e ss.

¹¹⁹ Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85. In dottrina, per un'analisi della vicenda inerente l'ILVA di Taranto, cfr. D. PAMELIN, *Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi ILVA e TEXACO-CHEVRON*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2017, p. 4 ss.; F. FORZATI, *Irrilevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, Ilva ed emergenza rifiuti in Campania. Lo stato d'eccezione oltre lo stato di diritto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; L. SALVEMINI, *Ilva di Taranto*, in *Quotidiano legale*, 2013; L. SALVEMINI,

In tale pronuncia, la Corte ha precisato che nella Costituzione non si ravvisano interessi trattati come assolutamente prevalenti sugli altri, neanche quelli qualificati come «*valori primari*». Non essendo rinvenibile alcun ordine gerarchico rigido e assoluto tra i diritti fondamentali, la loro tutela deve essere coordinata, richiedendo un «*continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali*». Ciò, tuttavia, non significa che tutti i beni costituzionalmente rilevanti siano equiordinati, ma che i valori primari, ossia l'ambiente e la salute, sono particolarmente resistenti, in quanto «*non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati*»¹²⁰.

In sostanza, il legislatore nella statuizione delle norme giuridiche e il giudice delle leggi in sede di controllo devono ricercare **un punto di equilibrio, dinamico e non prefissato**, da valutare secondo i criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da proteggere il loro nucleo essenziale. In particolare, tale punto di equilibrio deve essere ricercato rispettando tre condizioni: *a)* necessità: i valori in conflitto devono essere del medesimo rango; *b)* sufficienza: la compressione deve avvenire nei limiti in cui si rende necessaria per consentire la realizzazione dell'altro interesse in gioco e *c)* proporzionalità: non può, in ogni caso, essere sacrificato il nucleo essenziale di ogni diritto costituzionalmente tutelato.¹²¹

In detta prospettiva, l'«*ago della bilancia*», offerto dalla giurisprudenza costituzionale, per operare il delicato bilanciamento tra interessi sensibili e buona azione amministrativa consiste nei criteri di proporzionalità e ragionevolezza.

ILVA: *Ordinanza GIP di Taranto. Il testo integrale*, in *Quotidiano legale*, 2012 e A. SPERTI, *Alcune riflessioni sui profili costituzionali del Decreto Ilva*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2012.

¹²⁰ Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85.

¹²¹ L. BISOFFI, *op. cit.*, p. 4. In materia è intervenuta anche M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2013, p. 4, secondo cui il giudizio di proporzionalità consiste in una verifica a quattro fasi delle scelte operate dal legislatore: «la prima fase, detta di «*legittimità*», consiste nella verifica che il legislatore abbia agito per uno scopo legittimo, non in contrasto con i principi costituzionali; la seconda, consiste in una valutazione del rapporto mezzi-fini, in modo da assicurare che sussista una «*connessione razionale*» tra i mezzi predisposti dal legislatore e i fini che questi intende perseguire; il terzo passaggio, quello della verifica della «*necessità*», è volto a sincerarsi che il legislatore abbia fatto ricorso al *least-restrictive means*, allo strumento che permette di ottenere l'obiettivo prefissato con il minor sacrificio possibile di altri diritti o interessi costituzionalmente protetti; la quarta fase è quella della «*proporzionalità in senso stretto*» ed esamina gli *effetti* dell'atto legislativo, mettendo a raffronto e soppesando i benefici che derivano dal perseguimento dell'obiettivo cui il legislatore mira e i costi, cioè i sacrifici che esso impone ad altri diritti e interessi in gioco».

Una soluzione innovativa pare, invece, emergere dalla giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato.

7. La soluzione innovativa offerta dalla giustizia amministrativa

Il rapporto tra silenzio assenso e la tutela di interessi sensibili ambientali è stato oggetto di attenzione anche da parte della giurisprudenza amministrativa. Tra le recenti pronunce che si sono soffermate sul tema, due acquistano particolare rilevanza. Si tratta della sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 17/2016 e della sentenza del Consiglio di Stato n. 5667/2018.

Entrambe le predette pronunce affrontano una questione già richiamata in precedenza: la compatibilità del disposto dell'art. 13, l. 394/1991, con l'art. 20, comma 4, l. 241/1990, affermando che il silenzio-assenso sulle richieste di nulla osta agli enti gestori dei parchi non è stato implicitamente abrogato dal riformato art. 20 della l. 241/90.¹²²

A differenza dalle precedenti pronunce, tali sentenze asseriscono anche un principio innovativo: pur riconoscendo che «*il nulla osta dell'art. 13 ha per legge la stretta funzione di verifica della corrispondenza*» tra un futuro intervento e l'interesse ambientale, i giudici amministrativi osservano come quest'ultimo sia già stato precedentemente valutato nel piano per il parco.¹²³

Ne consegue che, al momento del rilascio del nulla osta, la p.a. non procede ad una nuova valutazione ma si limita a verificare la conformità del progetto con il piano. Si tratta di una mera verifica di conformità che, in quanto tale, non richiede un bilanciamento con gli interessi sensibili ed è, pertanto, a ridotto margine di discrezionalità tecnica.¹²⁴

«*A differenza di una valutazione di compatibilità*», la verifica di conformità che la p.a. deve svolgere per il rilascio del nulla osta di cui all'art. 13, l. 394/1991, «*non comporta un giudizio tecnico-discrezionale autonomo e distinto da quello già dettagliatamente fatto e reso noto, seppure in via generale, mediante (il) Piano per il parco e (il) Regolamento del parco*», che comprendono i «*parametri di riferimento per la valutazione dei vari interventi*». Detti

¹²² Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 17.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 17, 13.

strumenti, infatti, definendo *ex ante* le inaccettabilità o i limiti di accettabilità dei futuri interventi, limitano il potere discrezionale attribuito alla p.a. nel procedimento di rilascio del nulla osta, lasciando ad essa il compito di effettuare una «*mera verifica di conformità senza residui margini di apprezzamento*».¹²⁵ In detta prospettiva, «*non viene meno la cura concreta dell'interesse ambientale*» che resta «*integra ed effettiva*», in quanto realizzata «*mediante l'approvazione del Piano per il parco e del Regolamento del parco*»¹²⁶.

Del resto, l'art. 13, l. 394/1991, «*ha disposto unicamente una particolare strutturazione del procedimento comunque in grado di garantire la piena tutela dell'interesse sensibile*» e nemmeno si rinvencono, nella giurisprudenza costituzionale, indicazioni «*in senso preclusivo alla possibilità per il legislatore ordinario di dotarsi dello strumento di semplificazione procedimentale anche in materia ambientale, perché si tratti di valutazioni con tasso di discrezionalità non elevato*».¹²⁷

Sulla base di tali osservazioni, le richiamate pronunce affermano la compatibilità del silenzio assenso con gli interessi sensibili ambientali, purché si tratti di atti o procedimenti amministrativi caratterizzati da un basso livello di discrezionalità.¹²⁸ Ecco, quindi, la soluzione innovativa offerta dalla giurisprudenza amministrativa: utilizzare la discrezionalità come “ago della bilancia” nel delicato bilanciamento tra interessi sensibili e buona azione amministrativa ovvero come parametro per valutare la legittimità del silenzio assenso.

7.1. La discrezionalità amministrativa tra “vecchie” e “nuove” funzioni

La Pubblica Amministrazione cura gli interessi pubblici in base al potere che le è attribuito dalla legge. Un potere che può essere vincolato o discrezionale.

Nel primo caso, la legge disciplina in modo puntuale l'attività che deve essere svolta dalla p.a.. Alla stesa è lasciato il solo onere di verificare la sussistenza dei presupposti previsti per l'emanazione di un atto ed adottarlo, senza margini di

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ Cons. Stato, 2 ottobre 2018, n. 5667.

¹²⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 17, 14: «*conclusivamente, alla stregua delle superiori considerazioni deve affermarsi il seguente principio di diritto: il silenzio assenso previsto dall'art. 13, commi 1 e 4, della L. n. 394 del 1991 non è stato implicitamente abrogato a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 80 del 2005, che, nell'innovare l'art. 20 della L. n. 241 del 1990, ha escluso che l'istituto generale del silenzio-assenso possa trovare applicazione in materia di tutela ambientale e paesaggistica*».

apprezzamento. Il bilanciamento tra gli interessi coinvolti, infatti, è già svolto dal legislatore¹²⁹.

Nella seconda ipotesi, invece, la norma non disciplina, in ogni suo aspetto, le modalità di esercizio del potere della p.a.. A quest'ultima è, quindi, lasciato uno «spazio valutativo e decisionale finalizzato all'individuazione del modo migliore per perseguire l'interesse pubblico».¹³⁰ In altre parole, all'autorità amministrativa è rimesso il compito di determinare in concreto i motivi, i presupposti e la volontà dell'atto¹³¹.

In particolare, nell'ambito dell'attività discrezionale, occorre distinguere tra la discrezionalità *c.d.* pura e la discrezionalità *c.d.* tecnica.

La discrezionalità pura si riferisce al margine di scelta lasciato alla p.a. da parte delle norme che regolano le modalità con cui deve essere esercitata l'azione amministrativa, consentendo di scegliere tra più soluzioni e comportamenti tutti leciti ed idonei al soddisfacimento dell'interesse pubblico. Si riferisce, in particolare, a quel margine di apprezzamento discrezionale che precede la formazione della volontà pubblica e che consiste in una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi in gioco, al fine di permettere una ponderazione degli stessi, nonché di perseguire e tutelare l'interesse pubblico primario¹³².

A differenza della discrezionalità pura, la discrezionalità tecnica è di tipo valutativo. Essa si riferisce alla valutazione compiuta dalla p.a. in merito ad alcuni aspetti. Non comporta una scelta ma un mero esame di fatti o situazioni rilevanti, compiuto con cognizioni tecniche ovvero sulla base di conoscenze e regole che non appartengono al diritto ma sono proprie di scienze tecniche e/o scientifiche quali, ad esempio, la medicina, la biologia, la fisica e l'ingegneria.¹³³

¹²⁹ R. CHIEPPA, *Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica*, tratto da R. Chieppa, V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, in SIAA, 2007, www.siaaitalia.it.

¹³⁰ F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1129.

¹³¹ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione, Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 139.

¹³² M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, *ivi*, p. 73.

¹³³ F. G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, ed. III, Torino, Giappichelli, 2014, p. 39. Sul punto, occorre segnalare che parte della dottrina ha anche contestato l'esistenza della discrezionalità tecnica, ritenendo che gli atti adottati in applicazione delle regole scientifiche e/o tecniche sono sempre vincolati, in quanto le regole applicate danno sempre gli stessi risultati certi, scientificamente vincolati e, dunque, non discrezionali (M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, ed. II, Milano, Giuffrè, 2000, p. 269).

Si ricordi, tuttavia, che la discrezionalità tecnica comporta una valutazione sulla base di criteri opinabili e non certi. Se, quindi, è vero che manca il momento della scelta amministrativa, è altrettanto vero che sussiste un certo margine di discrezionalità nell'individuazione dei criteri da applicare, atteso che questi ultimi non appartengono alla scienza esatta. È questo, del resto, il profilo che consente di distinguere tra la discrezionalità tecnica e l'accertamento tecnico.¹³⁴

Detto questo, è opportuno chiedersi quale sia la funzione della discrezionalità amministrativa ovvero in che modo la stessa influisce nell'ambito del procedimento.

Si tratta di un interrogativo suscettibile di differenti risposte.

Si pensi, ad esempio, alla necessità di partecipazione del privato o di altre pubbliche amministrazioni al procedimento amministrativo. È evidente che, in presenza di provvedimenti discrezionali, la partecipazione di detti soggetti è fondamentale per introdurre nel procedimento gli interessi che la p.a. dovrà considerare e bilanciare prima di giungere ad una decisione finale. In detta prospettiva, la natura dell'attività amministrativa incide anche sulla fase istruttoria che, ovviamente, dovrà essere maggiormente articolata nel caso di adozione di un provvedimento discrezionale, nonché sulla motivazione del provvedimento che dovrà «assumere particolare spessore» nel caso di attività discrezionale.¹³⁵

Non solo, la natura discrezionale di un provvedimento amministrativo incide anche sulle fasi successive all'adozione dello stesso ed, in particolare, sul riesame in autotutela e sul sindacato giurisdizionale. Se in riferimento al primo, infatti, è ovvio

¹³⁴ Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *giustamm.it*, 2016, VII, p. 3, «Si parla di mero accertamento tecnico, e quindi di un'attività amministrativa vincolata, laddove la fattispecie normativa prevede che la P.A. sia tenuta ad acclarare la sussistenza di uno o più presupposti tecnico-scientifici, posti dalla legge a fondamento imprescindibile della sua azione, e l'esito della operazione da compiere sia certo ed inopinabile (ad esempio, la rilevazione della composizione chimica di una sostanza). Nell'ipotesi di accertamento tecnico – va sottolineato – ad azzerare lo spazio valutativo della P.A. non è in sé la morfologia della norma, bensì il criterio tecnico-scientifico espressamente richiamato da questa, criterio la cui applicazione offre risposte non discutibili. (...). Il modello della discrezionalità tecnica si può così sintetizzare schematicamente: non diversamente dal caso dell'accertamento tecnico, la norma giuridica richiede alla P.A. di acclarare la sussistenza di uno o più presupposti tecnico-scientifici, imprescindibili per la sua azione, ma il verificare tale sussistenza si presenta di controversa accertabilità. In altre parole, affinché possa assumere il provvedimento, la legge lascia alla P.A. uno spazio discrezionale concernente la verifica della sussistenza dei presupposti tecnico-scientifici di opinabile rilevabilità.».

¹³⁵ F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1133 ss.

che la revoca può riguardare solo «provvedimenti che, sin dall'origine, siano espressione di scelte discrezionali»¹³⁶, in riferimento al secondo è risaputo un diverso grado di sindacabilità del giudice a seconda della natura del provvedimento adottato.

In particolare, se il provvedimento è contraddistinto da una discrezionalità pura, il sindacato del giudice è limitato ad un mero controllo estrinseco, che non entri nel merito della decisione amministrativa. Se il provvedimento è, invece, frutto di discrezionalità tecnica, il sindacato del giudice potrà essere sia estrinseco, sia intrinseco.¹³⁷ Quest'ultimo, tuttavia, dovrà essere debole ovvero volto a sindacare le

¹³⁶ Ibidem. Sul tema, tuttavia, è bene precisare quanto ricordato dalla giurisprudenza, secondo cui, «l'autotutela costituisce l'esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione pubblica che, (...), può essere esercitato in presenza della illegittimità del provvedimento e di un interesse pubblico attuale all'annullamento, nonché entro un termine ragionevole dalla data di adozione del provvedimento medesimo» (Cons. Stato Sez. II, 23/03/2020, n. 2007). Del resto, «l'esercizio del potere di autotutela ha come finalità il perseguimento dell'interesse pubblico, nella comparazione con i differenti interessi coinvolti nella vicenda oggetto di valutazione. Pertanto, fermo restando il carattere discrezionale dell'autotutela, si può ritenere che il riesame da parte dell'Amministrazione, quale fase ad essa prodromica, potrebbe risultare doveroso con riferimento agli atti cosiddetti "vincolati", tuttavia anche in tal caso l'amministrazione non ha l'obbligo di pronunciarsi in maniera esplicita su un'istanza intesa a sollecitare l'esercizio del potere di autotutela che costituisce, in ogni caso, una manifestazione tipica della discrezionalità amministrativa (T.A.R. Lazio Roma Sez. I bis, 08/01/2020, n. 127).

¹³⁷ IVI, p. 1149 ss. In giurisprudenza cfr. Tar Lazio, sez. II quater, 18.04.2017, n. 4682, il quale evidenzia il tramonto dell'equazione discrezionalità tecnica-merito insindacabile, sottolineando come il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. può oggi svolgersi in base, non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì, alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche, sia sotto il profilo della loro correttezza, sia con riguardo al criterio tecnico ed al relativo procedimento applicativo (Cons. Stato, sez. VI, 04.09.2007, n. 4635). La medesima sentenza affronta il tema del sindacato forte o debole che deve essere concretamente effettuato dal giudice amministrativo, chiedendosi in particolare se quest'ultimo debba limitarsi a utilizzare la valutazione tecnica emersa dal processo solo al fine di dimostrare l'erroneità di quella amministrativa (tesi del sindacato intrinseco non sostitutivo o "debole") o possa sostituirla con la propria (tesi del sindacato sostitutivo o "forte"), con la conseguenza di poter annullare non solo il provvedimento basato su una valutazione scientificamente sbagliata dei fatti, ma anche quello fondato su una valutazione non errata ma semplicemente opinabile e non coincidente con quella del giudice. In virtù del pieno rispetto del principio della separazione dei poteri e dei canoni costituzionali che lo sostanziano, il sindacato di tipo "debole" ha trovato pieno accoglimento da parte della giurisprudenza. La c.d. discrezionalità tecnica esprime un concetto diverso dal merito amministrativo e pertanto non può essere aprioristicamente sottratta al sindacato da parte del giudice amministrativo atteso che l'apprezzamento degli elementi di fatto del provvedimento, siano essi semplici o complessi, attiene comunque alla legittimità di quest'ultimo. Tuttavia la censurabilità della discrezionalità tecnica non deve mai arrivare alla sostituzione del giudice all'amministrazione nell'effettuazione di valutazioni opinabili, ma deve

scelte compiute dalla amministrazione nell'individuazione dei criteri tecnici/scientifici da applicare ma evitando di sostituirsi alla stessa.¹³⁸

Ora, alla luce delle recenti sentenze sul silenzio assenso relativo alle richieste di nulla osta agli enti gestori dei parchi, sopra ricordate, l'elenco delle funzioni della discrezionalità amministrativa pare arricchirsi ulteriormente.

Se, infatti, come precisato dalla giurisprudenza, il silenzio assenso è ammissibile anche in materia ambientale, purché si tratti di valutazioni con tasso di discrezionalità bassa¹³⁹, è evidente che la discrezionalità assume un ruolo rilevante nel determinare la legittima applicazione di tale istituto di semplificazione nei procedimenti contraddistinti dalla presenza di interessi sensibili.

In detta prospettiva, si dovrebbe arrivare ad ammettere il silenzio assenso anche in presenza di interessi sensibili, purché il procedimento amministrativo sia

consistere nel controllo, *ab externo*, dell'esattezza e correttezza dei parametri della scienza utilizzata nel giudizio (Cons. Stato, 27.02.2006, n. 829).

¹³⁸ Sul tema cfr., per ulteriori approfondimenti, A. GIUSTI, *Discrezionalità tecnica dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giurisprudenza Italiana*, Maggio 2015, p. 1214, secondo cui la "debolezza" di cui alla formula "sindacato debole" «non è sinonimo di scarsa efficacia o effettività della tutela ma indica, semplicemente, il limite di un controllo giurisdizionale che non si spinge fino a sostituirsi all'amministrazione. Il "sindacato debole" si contrappone al "sindacato forte" caratterizzato, per l'appunto, da una simile fungibilità fra la valutazione del giudice e dell'amministrazione. Andando oltre le formule, concretamente, il sindacato debole è affidato all'eccesso di potere, sebbene con una sintomaticità che attinge anch'essa alla tecnica. Il vaglio sull'irragionevolezza, sull'erronea valutazione dei presupposti e sulla contraddittorietà, consiste nel controllare che l'amministrazione, nella valutazione contestata, abbia rispettato i canoni di ragionevolezza tecnica, di congruità scientifica e di rispetto della situazione fattuale. Il controllo del giudice (...) rimane nei confini del sindacato debole quando sia "rigorosamente" mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto acquisiti, non si limiti ad affermare la mera non condivisibilità della valutazione e tenga distinti i profili meramente accertativi da quelli valutativi "a più alto tasso di opinabilità" rimessi all'organo amministrativo». In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19.03.2020, n. 1943 «in particolare, la giurisprudenza amministrativa più recente, superate alcune incomprensioni lessicali legate all'iniziale distinzione tra sindacato "debole" e "forte", ha ammesso una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione. Si è affermato che l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto (Cons. Stato, sez. VI, 15.07.2019, n. 4990)».

¹³⁹ Cons. Stato, 2 ottobre 2018, n. 5667.

caratterizzato da una discrezionalità tecnica non elevata. Come ricordato, tuttavia, la discrezionalità tecnica non è completamente estranea ad una valutazione della p.a. A mancare in detti procedimenti, infatti, è solo il momento della scelta. Permane, invece, seppur entro un certo margine, la discrezionalità nell'individuazione dei criteri da applicare e non vi è dubbio che la scelta di quest'ultimi debba avvenire tenendo conto anche degli interessi sensibili eventualmente presenti.

In un siffatto contesto, non si comprende come gli interessi sensibili eventualmente presenti possano essere presi concretamente in considerazione se si consente di addivenire all'adozione del provvedimento tramite silenzio assenso ovvero senza una preventiva fase istruttoria: sede della valutazione e del bilanciamento. Un profilo problematico che pare essere stato, volontariamente o accidentalmente, oggetto di attenzione da parte del legislatore anche in questo periodo di emergenza sanitaria.

8. Il riscatto degli interessi sensibili. Il periodo emergenziale frena il silenzio assenso (cenni)

In situazioni di emergenza sanitaria, come quella che ci troviamo ad affrontare in questi giorni, il primo pensiero è volto alla tutela della salute: un diritto fondamentale ed inviolabile, previsto dall'art. 32 Cost. Ogni intervento è, quindi, finalizzato a proteggere questo bene supremo, sovrapponendolo ad altri valori, ivi compresi quelli inerenti l'efficienza e la tempestività amministrativa.

È in questa prospettiva che operano i recenti interventi legislativi. Si pensi, ad esempio, all'art. 103, D.L. 18/2020¹⁴⁰ che ha disposto la sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi e che, come precisato dal Ministero dell'Interno, ha quindi sospeso anche i termini relativi alle fattispecie sottoposte a SCIA, a silenzio assenso e a silenzio rigetto (es. istanze di accesso).¹⁴¹

¹⁴⁰Art. 103, D.L. Cura Italia 17 marzo 2020 n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020 n. 27 (Sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi ed effetti degli atti amministrativi in scadenza).

¹⁴¹ Ministero dell'Interno, nota 19/3/2020. In particolare, i termini sono prorogati o differiti, per il tempo corrispondente, fatto salvo per termini stabiliti dai D.L. 6/2020, 9/2020, 11/2020 e 18/2020 e relativi decreti di attuazione e per pagamenti di stipendi, pensioni, retribuzioni, indennità, e contributi, sovvenzioni, agevolazioni ed emolumenti per prestazioni di lavoro o di opere, servizi e forniture.

In altre parole, sospendendo il decorso dei termini per la conclusione dei procedimenti amministrativi, il legislatore ha inciso anche su quelli inerenti il silenzio assenso, impedendone la sua formazione.

In detta prospettiva, il legislatore sembra aver sancito un principio fondamentale: in situazione di emergenza sanitaria tutte le decisioni pubbliche sono tali da coinvolgere la salute che, in quanto interesse sensibile, richiede una valutazione ed un bilanciamento concreto. Un bilanciamento che non può essere superato dal silenzio assenso della p.a..

Un siffatto principio pare in contraddizione con quanto sancito dalla giurisprudenza che ha ammesso il silenzio assenso anche in presenza di interessi sensibili e, in particolare, di interessi ambientali, purché si tratti di atti o procedimenti amministrativi caratterizzati da un basso livello di discrezionalità. Quindi, o riteniamo che, durante i periodi emergenziali, la discrezionalità riconosciuta alla p.a. aumenti al punto da non poter più essere qualificata come bassa, con la conseguente inapplicabilità del silenzio assenso oppure dobbiamo concludere per un generale riscatto degli interessi sensibili; per una volontà del legislatore di affermare una generale prevalenza del bene salute sui principi di tempestività ed economicità dell'azione amministrativa: una prevalenza che, tuttavia, non può non interessare anche il bene ambiente dato lo stretto legame che sussiste tra ambiente e salute.

In conclusione, se fino a qualche mese fa avremmo concluso questo articolo affermando la rivincita, sia in campo legislativo che in campo giurisprudenziale, del silenzio assenso sugli interessi sensibili, ed in particolare su quello ambientale, ora, alla luce dei nuovi interventi legislativi, tale approdo non è più così certo. Quello che è certo, tuttavia, è che detti interventi sono funzionali a fronteggiare una situazione emergenziale e, pertanto, contraddistinti da eccezionalità e durata limitata. Da essi, quindi, non pare potersi trarre alcuna regola generale.

9. Note conclusive

Il significato attribuito al silenzio della p.a. costituisce uno strumento fondamentale per garantire il rispetto del principio costituzionale di buon andamento e, più in particolare, dei suoi corollari: economicità e tempestività.

Al fine di assicurare l'economicità dell'operato amministrativo, infatti, il legislatore, ha introdotto sistemi di semplificazione tra cui è possibile annoverare il silenzio assenso, che permette di accelerare l'operato della p.a., evitando lo svolgimento di alcune fasi procedurali.

Analogamente, il silenzio assenso si presenta come un istituto fondamentale volto ad assicurare una tempestiva azione amministrativa. Esso evita, infatti, che l'inerzia della p.a. si protragga eccessivamente, al punto da ledere il principio di certezza temporale, che impone di addivenire all'adozione di un provvedimento finale entro tempi stabiliti.

In detta prospettiva, il silenzio assenso si presenta come un istituto in grado di adempiere sia alle necessità imposte dal principio di economicità, sia a quelle proprie del principio di tempestività.

La sua applicazione non è, tuttavia, priva di risvolti problematici. Il silenzio assenso, infatti, permette di eliminare proprio quella fase processuale in cui si svolge la valutazione e la comparazione tra gli interessi in gioco. Un problema non da poco se in campo ci sono interessi sensibili, come quelli ambientali, che, per loro natura, necessitano di una «tutela rinforzata».

In un siffatto contesto, è inevitabile il sorgere di dubbi circa la compatibilità tra l'istituto del silenzio assenso e la tutela degli interessi sensibili. Dubbi che la giurisprudenza ha recentemente cercato di colmare, individuando nella discrezionalità amministrativa un parametro per valutare la legittima applicazione del silenzio assenso, in presenza di interessi sensibili.

Ecco, quindi, che la discrezionalità pare aver assunto una nuova funzione. Una funzione che va oltre l'ambito del procedimento amministrativo e che, inevitabilmente, incide sulla tutela di alcuni beni giuridici. Alla discrezionalità amministrativa viene, infatti, affidato un importante compito di "spartiacque" tra le ipotesi in cui gli interessi sensibili meritano una valutazione concreta e quelle in cui tale valutazione può essere evitata, in favore dell'esigenze di tempestività ed economicità del procedimento.