

AVVISO

alle gentili Lettrici e ai gentili Lettori della
«Rivista Giuridica dell’Ambiente »

A seguito del rinnovo del sito internet

«www.editorialescientifica.com»

a partire dal 2015 – primo anno di pubblicazione della *Rivista* da parte di Editoriale Scientifica – è possibile consultare, gratuitamente, gli indici dei singoli fascicoli e gli indici annuali della *Rivista* nonché effettuare il relativo download mediante accesso al predetto sito internet della Casa Editrice.

Sarà inoltre possibile acquistare dal sito internet

in versione cartacea (fino ad esaurimento):

- i singoli fascicoli della Rivista;
- le annate complete della Rivista;

in versione PDF:

- i singoli articoli della Rivista;
- i singoli fascicoli della Rivista;
- le annate complete della Rivista.

RIVISTA GIURIDICA
DELL'
AMBIENTE

diretta da
FAUSTO CAPELLI
e
STEFANO NESPOR

2-2016

Editoriale Scientifica
NAPOLI

PROCEDURA DI VALUTAZIONE SCIENTIFICA

1. Sono sottoposti alla procedura di valutazione scientifica gli elaborati da pubblicare nella Rivista come articoli o saggi (CONTRIBUTI, OSSERVATORIO INTERNAZIONALE, ESPERIENZE DI AMMINISTRAZIONE E DOCUMENTAZIONE, OSSERVATORIO EUROPEO E FOCUS) e come annotazioni giurisprudenziali (GIURISPRUDENZA – COMMENTI E NOTE), nel rispetto dell'anonimato sia dell'Autore sia dei valutatori.

Questi ultimi sono scelti dai Direttori della Rivista tra i membri della Direzione o del Comitato Scientifico.

2. Il giudizio dello scritto da parte dei valutatori si fonda sui seguenti criteri:

- ordine e chiarezza dell'esposizione;
- coerenza logica e metodologica;
- idonea documentazione o originalità del contenuto.

L'esito della valutazione potrà essere:

- positivo (pubblicabile);
- positivo subordinato a modifiche e integrazioni indicate dal valutatore (pubblicabile con riserva);
- negativo (non pubblicabile).

EDITORIALE

- STEFANO NESPOR, *Cambiamento climatico: Stati Uniti e Cina ratificano l'Accordo di Parigi* 225

CONTRIBUTI

- ANGELA DI STASI – ANGELA MARTONE, *Verso un'"economia circolare": le linee direttrici della legislazione e giurisprudenza europea con particolare riferimento alla gestione dei rifiuti nella Regione Campania* 227
- NICOLAS DE SADELEER, *La reconfiguration du marché européen du carbone* 263

GIURISPRUDENZA - COMMENTI E NOTE

- ROBERTO LOSENGO – ELISA MARINI, *La Corte Costituzionale sul delitto paesaggistico di cui all'art. 181, comma 1 bis D.Lgs. n. 42/2004: l'effetto "riparatorio" di un intervento "demolitorio". Nota a CORTE COSTITUZIONALE, 23 marzo 2016, n. 56* 279
- GINEVRA RIPA, *Inosservanza delle prescrizioni AIA: la congrua motivazione del giudice di merito permette, alla luce dell'intervenuta parziale depenalizzazione della disciplina, di distinguere se le condotte contestate costituiscono ancora illecito penale. Nota a CORTE DI CASSAZIONE, Sez. III penale, 13 gennaio 2016, n. 916* 292
- EVA MASCHIETTO, *Consiglio di Stato e T.A.R. Campania unanimi nella conferma della pienezza delle garanzie partecipative in materia di ordinanze di rimozione rifiuti: i Sindaci sono avvertiti. Nota a CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, 1 aprile 2016, n. 1301 – T.A.R. CAMPANIA, Salerno, Sez. I, 2 aprile 2016, n. 488* 298

- FEDERICO VANETTI, *La responsabilità omissiva rispetto ai casi di abbandono di rifiuti e di bonifica di siti contaminati*. Nota a CONSIGLIO DI STATO, Sez. V 25 febbraio 2016, n. 765 303
- SONIA COSTA, *Indennizzi per danni della fauna selvatica e competenza esclusiva dell'UE in tema di aiuti di stato*. Nota a T.A.R. MARCHE, Sez. I, 15 aprile 2016, n. 245 307
- EMANUELE POMINI, *Il decreto "Sblocca Italia" tra principi di efficienza, prossimità e autosufficienza nella gestione dei rifiuti urbani*. Nota a T.A.R. LAZIO, Roma, Sez. II *ter*, 4 gennaio 2016, n. 11 311
- LUCA DE PAULI, *La quadratura del cerchio: il difficile bilanciamento tra esigenze di tutela delle aree protette e della pubblica incolumità (a supplenza di carenze manutentive ordinarie)*. Nota a TRIBUNALE DI TRIESTE 29 febbraio 2016, n. 310 314

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

a cura di Tullio Scovazzi

- VALENTINA VENEROSO, *La disciplina multi-livello dell'"access and benefit sharing" nell'utilizzo delle risorse genetiche e delle conoscenze tradizionali associate: il Protocollo di Nagoya e il regolamento (UE) n. 511/2014* 329

ESPERIENZE DI AMMINISTRAZIONE E DOCUMENTAZIONE

a cura di Massimiliano Montini

- MASSIMILIANO MONTINI – FRANCESCA VOLPE – SARA LEONCINI, *Il Partenariato Transatlantico per il Commercio e gli Investimenti (TTIP): quali garanzie per lo sviluppo sostenibile?* 371

OSSERVATORIO EUROPEO

a cura di Fausto Capelli e Marco Onida

- EMMA MITROTTA, *Il Gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT) e la sua funzionalità come strumento di cooperazione transfrontaliera in materia ambientale* 385

RECENSIONI

- N. DE DOMINICIS, *L'accesso alla giustizia in materia ambientale.*
Profili di diritto europeo (prefazione di Ludwig Kramer) 397

AGRICOLTURA

- Danni causati agli agricoltori da animali selvatici e cani randagi – Indennizzi *ex* L.R. Marche n. 17/1995 – Qualificazione di aiuti di Stato illegali – Provvedimenti regionali di recupero – Illegittimi perché sussiste competenza esclusiva della Commissione UE in tema di aiuti di Stato (*T.A.R. Marche n. 245/2016*) 307

AMBIENTE IN GENERALE

- N. DE SADELEER, *La reconfiguration du marché européen du carbone* 263
- M. MONTINI – F. VOLPE – S. LEONCINI, *Il Partenariato Transatlantico per il Commercio e gli Investimenti (TTIP): quali garanzie per lo sviluppo sostenibile?* 371
- E. MITROTTA, *Il Gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT) e la sua funzionalità come strumento di cooperazione transfrontaliera in materia ambientale* 385

AUTORIZZAZIONE INTEGRATA AMBIENTALE

- Violazione dell'art. 29 *quattuordecies* D.Lgs. n. 152/2006 – Inosservanza delle prescrizioni – Modifiche introdotte alla fattispecie dal D.Lgs. n. 46/2014 – Condotta depenalizzata – Obbligo di motivazione (*Corte Cass. n. 916/2016*) 292

BENI CULTURALI E AMBIENTALI

- Reati paesaggistici – Art. 181, comma 1 *bis* D.Lgs. n. 42/2004 – Artt. 3 e 27 Cost. – Parziale illegittimità costituzionale (*Corte Cost. n. 56/2016*) 279
- Interventi non autorizzati – Compatibilità paesaggistica – Delitto e contravvenzione – Legge e provvedimenti amministrativi – Trattamento sanzionatorio – Remissione in pristino – Accertamento postumo di compatibilità – Effetti sostanziali e processuali (*Corte Cost. n. 56/2016*) 279

BIOGENETICA

- V. VENEROSO, *La disciplina multi-livello dell'"access and benefit sharing" nell'utilizzo delle risorse genetiche e delle conoscenze tradizionali associate: il Protocollo di Nagoya e il regolamento (UE) n. 511/2014* 329

CLIMA

- S. NESPOR, *Cambiamento climatico: Stati Uniti e Cina ratificano l'Accordo di Parigi* 225

PARCHI, RISERVE E AREE PROTETTE

- Rimozione vegetazione in alveo – Intervento urgente – Rischio di emergenza – Poteri di protezione civile – Art. 733 *bis* c.p. – Art. 734 c.p. – Art. 181, comma 1 D.Lgs. n. 42/2004 – Art. 9 commi 2 e 2 *quater* L.R. Friuli-Venezia Giulia n. 64/1986 – Non necessità di previa valutazione di incidenza o autorizzazione paesaggistica – Non sussiste responsabilità penale (*Trib. Trieste n. 310/2016*) 314

RIFIUTI

- A. DI STASI – A. MARTONE, *Verso un'"economia circolare": le linee direttrici della legislazione e giurisprudenza europea con particolare riferimento alla gestione dei rifiuti nella Regione Campania* 227
- Ordinanza di rimozione rifiuti *ex art.* 192 D.Lgs. n. 152/2006 – Mancata comunicazione avvio del procedimento e instaurazione del contraddittorio sugli accertamenti – Illegittimità (*Cons. Stato n. 1301/2016 e T.A.R. Campania, Salerno n. 488/2016*) 299
- Art. 192 comma 3 del D.Lgs. n. 152/2006 – Mancata comunicazione dell'avvio del procedimento – Applicazione dell'art. 21 *octies* L. n. 241/1990 – Esclusione (*Cons. Stato n. 1301/2016 e T.A.R. Campania, Salerno n. 488/2016*) 299
- Inquinamento – Comportamento omissivo – Responsabilità per colpa – Sussiste (*Cons. Stato n. 765/2016*) 304
- Art. 35, comma 6 D.L. n. 133/2014 – Principi di prossimità e autosufficienza – Recupero energetico – Ambito extraregionale (*T.A.R. Lazio, Roma n. 11/ 2016*) 311

Cambiamento climatico: Stati Uniti e Cina ratificano l'Accordo di Parigi

STEFANO NESPOR

All'inizio di settembre 2016 gli Stati Uniti e la Cina si sono formalmente impegnati a ratificare l'Accordo di Parigi, sottoscritto da 195 paesi, compresi tutti i maggiori produttori di emissioni (197 Paesi avevano sottoscritto nel 1992 la Convenzione quadro sul cambiamento climatico).

Sull'efficacia della ratifica operata dagli Stati Uniti ci sono molti dubbi: infatti eventuali normative di contenimento della produzione delle emissioni per dare applicazione all'Accordo dovranno ottenere l'approvazione del Congresso e del Senato, risultato pressoché impossibile con l'attuale composizione (e con la maggior parte dei deputati e senatori del partito repubblicano fermamente contrari a qualsiasi iniziativa che produca effetti negativi sull'economia adottata per contenere il cambiamento climatico, da molti ritenuto una truffa). Tuttavia, il Presidente Obama ha affermato che l'impegno assunto di ridurre le emissioni tra il 26% e il 28% entro il 2025 rispetto al livello raggiunto nel 2005 può essere rispettato senza passare attraverso il Congresso o il Senato.

Negli anni che precedono l'Accordo di Parigi, poco o nulla è stato fatto per contenere il cambiamento climatico.

Il Protocollo di Kyoto, entrato in vigore nel 2005, otto anni dopo la sua sottoscrizione, prevedeva impegni vincolanti per la riduzione delle emissioni a carico dei Paesi industrializzati, da attuarsi entro il 2012. Nessun impegno grava sugli Stati Uniti che non ratificarono il Protocollo (dopo averlo sottoscritto), né su Cina, India, non essendo Paesi indu-

strializzati, né sulla Russia (inclusa nel gruppo dei Paesi in transizione dal socialismo).

Secondo dati dell'Unione europea, il Protocollo ha avuto a oggetto il 18% delle emissioni globali, con un obiettivo di riduzione del 5%. Quindi, nei venti anni trascorsi dalla Convenzione quadro, si è raggiunta una riduzione delle emissioni, su base globale, di non più dello 0,9%.

Deve anche aggiungersi che questa riduzione è stata ottenuta non per effetto di politiche di riduzione delle emissioni, ma per tre motivi:

a) il crollo della produzione industriale nel blocco sovietico e, per ciò che riguarda le performances dell'Unione europea, all'annessione da parte della Germania della Germania est che ha portato in dote un enorme riduzione delle emissioni;

b) la chiusura delle miniere di carbone nel Regno Unito, dovuta non tanto a obiettivi ambientali e climatici, ma allo scontro del Primo ministro Thatcher contro i sindacati dei minatori;

c) infine, la crisi economica del 2008.

A differenza del Protocollo di Kyoto, l'Accordo non contiene disposizioni vincolanti: i Paesi contraenti si impegnano solo a porre in essere programmi volontari di riduzione delle emissioni in modo da contenere l'aumento della temperatura globale al di sotto dei 2°C rispetto all'era preindustriale e a porre in essere ogni sforzo per contenerlo a 1,5°C.

La ratifica di Cina e Stati Uniti, responsabili insieme di circa il 38% delle emissioni globali, è un passo decisivo per l'entrata in vigore dell'Accordo: è necessaria la ratifica di almeno 55 Stati che rappresentino almeno il 55% delle emissioni mondiali. A questo proposito, deve tenersi presente che 120 Stati producono circa l'1% delle emissioni, mentre 5 Paesi sono responsabili del 60%: Cina 30%, Stati Uniti 18%, India 7% Russia 5% e Giappone 4%. L'Unione europea nel suo complesso si collocerebbe al 3° posto con il 10% delle emissioni dei suoi membri.

Finora, 26 Stati hanno ratificato l'Accordo: 24 di essi rappresentano meno dell'1% delle emissioni mondiali; con la ratifica di Stati Uniti e Cina si è balzati al 39,6%. Poiché la ratifica dell'Unione europea è certa (le procedure di ratifica sono già state avviate negli Stati membri), la soglia del 55% dovrebbe essere agevolmente raggiunta.

Verso un' "economia circolare": le linee direttrici della legislazione e giurisprudenza europea con particolare riferimento alla gestione dei rifiuti nella Regione Campania

ANGELA DI STASI – ANGELA MARTONE*

1. I rifiuti tra sviluppo economico, tutela della salute e salvaguardia dell'ambiente: un equilibrio possibile? – 2. Il diritto derivato dell'Unione europea e la recente proposta di modifica della direttiva 2008/98/CE. – 3. L'adozione del Piano nazionale di prevenzione dei rifiuti e l'avvicinamento ad un modello di *green economy*. – 4. La sequenza di condanne dell'Italia da parte europea per "la cattiva gestione dei rifiuti" e la legge n. 14/2016 della Regione Campania. – 5. Riflessioni conclusive.

1. *I rifiuti tra sviluppo economico, tutela della salute e salvaguardia dell'ambiente: un equilibrio possibile?*

La corretta gestione dei rifiuti¹, intesa quale strumento per conseguire un elevato livello di tutela della salute, unitamente al miglioramento dell'ambiente anche sotto il profilo dell'efficace impiego delle risorse naturali, rappresenta da tempo per il nostro Paese un fattore di criticità. Invero se una corretta politica in tema di rifiuti nel breve pe-

* Il presente scritto, sebbene frutto di un'ispirazione congiunta, è stato redatto per la premessa e i paragrafi 1 e 2 dalla prof.ssa Angela Di Stasi e per i paragrafi 3 e 4 dalla dott.ssa Angela Martone. Le riflessioni conclusive sono comuni.

¹ Sulla nozione di rifiuti v. per tutti G. BOTTINO, R. FEDERICI, (voce) *Rifiuti*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007 e P. DELL'ANNO, (voce) *Rifiuti*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano, 2006.

riodo può contemplare un set di opzioni alternative, nel medio-lungo termine essa non può non informarsi ad un ordine gerarchico degli interventi che vede la prevenzione/riduzione alla fonte al vertice di tale scala e lo smaltimento in discarica quale ipotesi assolutamente residuale².

A fronte delle situazioni emergenziali nella gestione e nello smaltimento dei rifiuti che l'Italia (e in particolare la Regione Campania) hanno affrontato, pare lecito chiedersi se ciò sia possibile o resti allo stato una (nobile) utopia. Il tutto nella piena consapevolezza della necessità di adottare soluzioni normative (a livello nazionale ed europeo³) che siano in grado di realizzare – in primo luogo a vantaggio delle comunità locali – i migliori benefici in termini di adeguato contempera-

² Già la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 febbraio 2007 stabiliva un set di priorità di azione in ordine decrescente (prevenzione, riutilizzo, riciclaggio materiale, altre operazioni di recupero, smaltimento), P6-TA-PROV(2007). Come si vedrà *infra* il principio di prevenzione compare al vertice della c.d. gerarchia dei rifiuti nella direttiva 2008/98/CE (art. 4) ed anche nella proposta di riforma della suddetta direttiva (art. 9).

³ In ambito europeo la tutela dell'ambiente (dopo un lungo percorso finalizzato a far acquisire allo stesso forme di tutela diretta) ritrova una compiuta disciplina nel Titolo XX (artt. 191-193) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). L'art. 191 TFUE prevede quali obiettivi dell'azione europea in materia: la tutela e il miglioramento dell'ambiente, la protezione della salute umana, l'utilizzazione accorta delle risorse naturali, la promozione di misure internazionali in campo ambientale, soprattutto contro il cambiamento climatico. Cfr. H. VEDDER, *The Treaty of Lisbon and European Environmental Law and Policy*, in JEL, 2010, 2, pp. 285-299; M. LEE, *The Environmental Implications of the Lisbon Treaty*, in ELR, 2008, 10, 1, pp. 131-138. Ad esso si aggiunge la tutela dell'ambiente come diritto fondamentale garantita dall'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel quale si afferma che: "Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile". Cfr. E. MORGERA, G. MARÍN DURÁN, *Article 37*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD, *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2014, pp. 983-1003; N. DE SADELEER, *Enforcing EUCHR Principles and fundamental rights in environmental cases*, in *Nordic Journal of International Law*, 2012, 81, p. 39 ss.; A. LUCARELLI, *Article 37-Environmental Protection*, in W.B.T. WOLK (Ed.), *Human Rights in Europe-Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham, 2010; A. COSTANZO, *Art.37- Tutela dell'ambiente*, in G. BISOGNI, G. BRONZINI, V. PICCONI (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, 2009, Taranto, pp. 447-457.

mento delle esigenze di sviluppo economico, di tutela della salute e di salvaguardia dell'ambiente⁴.

La difficile sintesi di un coacervo di interessi tendenzialmente contrapposti – che connota peraltro l'intero settore ambientale – ha condotto all'affermazione, più che di un insieme di norme giuridiche, di un set di significativi principi a livello internazionale in materia che possono assurgere a linee-guida per il legislatore e per l'interprete⁵. Essi, con specifico riferimento alla gestione dei rifiuti, rinvengono varie combinazioni che ne sottolineano determinate specificazioni. Basti pensare, all'interconnessione del principio chi inquina paga con il principio di sussidiarietà che si traduce nel richiamo al principio dell'autosufficienza integrato da quello di prossimità nella gestione dei processi di smaltimento dei rifiuti⁶. Ma anche alla rivalutazione del

⁴ Storicamente le normative nazionali in tema di rifiuti hanno presentato un rilievo legato a necessità igienico-sanitarie e solo successivamente hanno acquisito un'autonomia sostanzial-procedurale. Per una lettura lungimirante di un possibile rapporto dialettico tra ambiente e mercato si veda F. CAPELLI, *Tutela ambientale e libertà di circolazione delle merci: due principi a confronto*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2003, 3, pp. 620 ss.

⁵ I principi elaborati a livello mondiale ed enunciati nel 1992 nella Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo: il principio di precauzione e dell'azione preventiva, il principio di correzione in via prioritaria alla fonte dei danni causati all'ambiente, nonché il principio chi inquina paga. Cfr. *Report of the United Conference on Environment and Development*, Rio de Janeiro, 3-14 Giugno 1992, vol. I, *Resolutions* adottato dalla Conferenza (*United Nations publications, Sales No.E.93.1.8 and corrigendum*), Risoluzione n. 1, allegato I. I tre documenti conclusivi della Conferenza sono: la Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo; l'Agenda 21 e la Dichiarazione di principi per la conservazione e lo sviluppo sostenibile delle foreste. Sul tema dello sviluppo sostenibile, nel quadro di una smisurata letteratura, è sufficiente menzionare K. LEE, J. MATHEWS, *Science, technology and innovation for sustainable development*, United Nations, New York, 2013; R. RAMLOGAN, *Sustainable development*, Leiden, 2011; M. DECLERIS, *The law of sustainable development*, Athens, 2010. Sulla Conferenza di Rio + 20 con particolare riferimento al valore giuridico della Risoluzione n. 62/288 incluso l'Allegato "The Future We Want" mi permetto di richiamare A. DI STASI, *The normative force of the outcome document "The Future We Want": short remarks*, in M. FITZMAURICE, S. MALJEAN-DUBOIS, S. NEGRI (eds.), *The challenges of environmental protection and sustainable development from Rio to Rio+20 and beyond / Les défis de la protection de l'environnement et du développement durable de Rio à Rio+20 et après*, Leiden-Boston, 2014, pp. 9-26.

⁶ Si veda quanto previsto nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008, n. 98, in G.U.U.E. L 312/3, del 22 novembre 2008 (relativa ai

principio di precauzione⁷ e di prevenzione⁸, applicati al "ciclo di produzione e riutilizzazione" dei prodotti – come si vedrà *infra* – prima che gli stessi possano essere qualificati come rifiuti.

Ne emerge un nuovo modello di risoluzione delle problematiche concernenti la gestione e lo smaltimento dei rifiuti, che sotto gli impulsi dettati in sede europea (sulla base della normativa vigente e di quella *in fieri*), non poteva non influenzare ed orientare lo stesso legislatore italiano (e, nei limiti in cui si dirà, quello regionale). Se da un lato, dun-

rifiuti che abroga alcune direttive) e in particolare, l'articolo 16 rubricato "*Principi di autosufficienza e prossimità*": "1. *Gli Stati membri adottano, di concerto con altri Stati membri qualora ciò risulti necessario od opportuno, le misure appropriate per la creazione di una rete integrata e adeguata di impianti di smaltimento dei rifiuti e di impianti per il recupero dei rifiuti urbani non differenziati provenienti dalla raccolta domestica, inclusi i casi in cui detta raccolta comprenda tali rifiuti provenienti da altri produttori, tenendo conto delle migliori tecniche disponibili. In deroga al regolamento (CE) n. 1013/2006, al fine di proteggere la loro rete gli Stati membri possono limitare le spedizioni in entrata di rifiuti destinati ad inceneritori classificati come impianti di recupero, qualora sia stato accertato che tali spedizioni avrebbero come conseguenza la necessità di smaltire i rifiuti nazionali o di trattare i rifiuti in modo non coerente con i loro piani di gestione dei rifiuti. Gli Stati membri notificano siffatta decisione alla Commissione. Gli Stati membri possono, altresì limitare le spedizioni in uscita di rifiuti per motivi ambientali come stabilito nel regolamento (CE) n. 1013/2006. La rete è concepita in modo da consentire alla Comunità nel suo insieme di raggiungere l'autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti nonché nel recupero dei rifiuti di cui al paragrafo 1 e da consentire agli Stati membri di mirare individualmente al conseguimento di tale obiettivo, tenendo conto del contesto geografico o della necessità di impianti specializzati per determinati tipi di rifiuti. 3. La rete permette lo smaltimento dei rifiuti o il recupero di quelli menzionati al paragrafo 1 in uno degli impianti appropriati più vicini, grazie all'utilizzazione dei metodi e delle tecnologie più idonei, al fine di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente e della salute pubblica. 4. I principi di prossimità e autosufficienza non significano che ciascuno Stato membro debba possedere l'intera gamma di impianti di recupero finale al suo interno".*

⁷ L'articolo 15 della Dichiarazione di Rio, firmata in occasione della citata Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente e lo Sviluppo del 1992, prevedeva nella sua formulazione originale che: "*Ove vi siano minacce di danno serio o irreversibile, l'assenza di certezze scientifiche non deve essere usata come ragione per impedire che si adottino misure di prevenzione della degradazione ambientale*". Cfr. L. BUTTI, *Il principio di precauzione*, in *Quaderni della Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2007, 19; P. KOURILSKI, G. VINEY, *Le principe de précaution*, Paris, 2000.

⁸ Il principio della prevenzione trova applicazione rispetto ad ogni misura od azione che potrebbe avere effetto negativo per l'ambiente, permettendo così di valutare in anticipo quali possano essere i rischi per l'ambiente e la salute umana.

que, a livello nazionale sono state adottate le disposizioni tese a promuovere misure di *green economy*⁹, dall'altro, la gerarchia delle priorità prima menzionata informa, da ultimo, anche la produzione normativa della Regione Campania nella recente legge recante "*Norme di attuazione della disciplina europea e nazionale in materia di rifiuti*"¹⁰. Ciò a fronte di un *deficit* "sistemico" che interessa l'intero territorio nazionale ed, in particolare la Regione Campania, accertato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con la condanna dell'Italia per il non corretto adempimento degli obblighi comunitari (sentenza del 16 luglio 2015¹¹). Ed è proprio dalle difficoltà incontrate nella gestione dei rifiuti – giunte a situazioni estreme con l'emergenza rifiuti in Campania – che si tenta di ripartire sostituendo la vecchia visione di smaltimento del rifiuto con un approccio finalizzato a prevenire la sua formazione.

La disamina che seguirà è diretta a verificare quanto questo "abbandono" sia convinto e non esente da contraddizioni anche alla luce delle disposizioni del D.L. n. 164/2014 c.d. Sblocca Italia¹² e della previsione di nuovi impianti di termo-trattamento dei rifiuti che non sempre possono considerarsi strumenti di valorizzazione quanto più propriamente forme di smaltimento degli stessi. L'indagine si propone dunque di ricostruire le tessere di un complesso *puzzle* normativo-giurisprudenziale laddove i *deficit* strutturali sembrano vanificare gli sforzi del legislatore europeo ed italiano dilatando gli spazi dell'intervento giudiziale che tende a connotarsi con spiccato carattere di supplenza¹³.

⁹ Si veda L. 28 dicembre 2015, n. 221 contenente "*Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali*" in G.U. del 20 gennaio 2016, n. 13.

¹⁰ L.R. Campania del 26 maggio 2016, n. 14, in B.U.R.C. del 26 maggio 2016, n. 33.

¹¹ Corte Ue, Sez. III, 16 luglio 2015, causa C-653/13, *Commissione c. Italia*.

¹² D.L. 12 settembre 2014, n. 133, recante misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive, convertito e modificato con la legge dell'11 novembre 2014, n. 164, in G.U. dell'11 novembre 2014, n. 262 - S.O. n. 95. Cfr. A. QUARANTA, *Sblocca Italia e news ambientali: novità all'insegna di cosa?*, in *Ambiente & sviluppo*, 2015, 11.

¹³ Sul punto si veda, *inter alia*, F. FONDERICO, *La tutela dell'ambiente*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*. Parte speciale, Milano, 2003.

2. *Il diritto derivato dell'Unione europea e la recente proposta di modifica della direttiva 2008/98/CE*

L'importanza della tutela e del miglioramento della qualità dell'ambiente, nell'attuazione di una sostenibilità ambientale nel lungo periodo, quali elementi ormai fondanti l'azione dell'Unione europea, costituisce il *file rouge* di un complesso di atti di vario genere adottati in ambito europeo tra cui in particolare la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio di modifica della direttiva-quadro 2008/98/CE sui rifiuti¹⁴. Cruciale nella "strategia ambientale" europea in atto appare il tema della gestione dei rifiuti e la correlata prevenzione dei rischi ambientali per la salute umana: tale "strategia" si traduce nel prevalente ricorso all'adozione di atti di diritto derivato, quali le direttive, con la conseguente derivazione europea di ampia parte del diritto nazionale, in quanto legata a provvedimenti di trasposizione dei citati atti.

¹⁴ La Commissione UE ha tentato la revisione della legislazione europea in materia di rifiuti secondo l'obiettivo di dare vita ad una legislazione più chiara e promuovere ulteriormente l'applicazione di un ordine gerarchico nelle varie opzioni per la gestione dei rifiuti. Tale attività è sfociata nella Proposta di direttiva del Parlamento e Consiglio UE di modifica delle direttive 2008/98/CE sui rifiuti, 94/62/CE sugli imballaggi e rifiuti di imballaggio, 1999/31/CE sulle discariche, 2000/53/CE sui veicoli fuori uso, 2006/66/CE sulle batterie e accumulatori. Tale proposta, presentata dalla Commissione il 2 luglio 2014 è stata tuttavia ritirata dalla nuova Commissione nel febbraio 2015. La Commissione europea ha adottato poi, il regolamento del 18 dicembre 2014, n. 1357 che sostituisce l'allegato III (Caratteristiche di pericolo per i rifiuti) della direttiva 2008/98/CE, al quale più di recente ha fatto seguito la direttiva 2015/1127/CE del 10 luglio 2015, che sostituisce l'allegato II (Operazioni di recupero). Il 2 dicembre 2015 la Commissione ha presentato un pacchetto di misure ispirate all'economia circolare e dirette, attraverso la modifica delle sei direttive citate, ad affrontare le problematiche dei cambiamenti climatici ed ambientali, stimolare la creazione di posti di lavoro, la crescita economica e gli investimenti. Cfr. Comunicazione COM(2015)614 *Final* del 02 dicembre 2015 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, intitolata *L'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare*. In dottrina sulla necessità riformatrice si veda H.A. NASH, *The Revised Directive on Waste: Resolving Legislative Tensions in Waste Management?*, in *JEL*, 2009, 21, 1, pp. 139 ss.; E. SCOTFORD, *The New Waste Directive – Trying to Do It All ... an Early Assessment*, in *ELR*, 2009, 11, 1, pp. 75 ss.

Come è noto le prime direttive in tema di rifiuti¹⁵ risalgono alla metà degli anni Settanta; nel complesso, si trattava di provvedimenti normativi che tutelavano l'ambiente solo in via indiretta poiché dettati dalla finalità di contribuire alla costruzione del mercato interno¹⁶. In particolare, con la direttiva 75/442/CEE si invitavano gli Stati membri al "ravvicinamento delle legislazioni" in materia di gestione dei rifiuti, al fine di scongiurare il prodursi di situazioni di "disuguaglianza nelle condizioni di concorrenza" e, dall'altro lato, si evidenziava la necessità di un'azione della Comunità tesa a raggiungere, con una più ampia regolamentazione, gli obiettivi della protezione dell'ambiente e del miglioramento della qualità della vita¹⁷. Nel 1991 il Consiglio interviene modificando la direttiva 75/442/CE mediante la direttiva 91/156/CEE¹⁸, alla quale faranno seguito le direttive "rifiuti" 2006/12/CE¹⁹ e la già citata direttiva 2008/98/CE²⁰ oltre a molti altri

¹⁵ Si tratta segnatamente della direttiva 75/439/CEE del Consiglio del 16 giugno 1975 sull'eliminazione degli oli usati; della direttiva 75/442/CEE del Consiglio del 15 luglio 1975 relativa ai rifiuti; della direttiva 76/403/CEE del Consiglio del 6 aprile 1976 concernente lo smaltimento dei policlorodifenili e dei policlorotrifenili e della direttiva 78/319/CEE del Consiglio del 20 marzo 1978 relativa ai rifiuti tossici e nocivi.

¹⁶ Al tempo si combatteva la guerra arabo-israeliana e nel 1973 l'Organizzazione dei Paesi occidentali di petrolio (OPEC) impose un embargo nei confronti dei Paesi occidentali al fine di indebolire il supporto che questi ultimi offrivano ad Israele. Secondo parte della dottrina la direttiva 75/439/CEE non ha rappresentato un tassello della legislazione ambientale ma una misura di protezione in risposta all'embargo disposto dall'OPEC. Si veda D. WILKINSON, *Time to discard the concept of waste?*, in *ELR*, 1999, 1, pp. 172 ss.

¹⁷ Nei consideranda della direttiva 75/442/CEE si precisa che: "una disparità tra le disposizioni in applicazione o in preparazione nei vari Stati membri per lo smaltimento dei rifiuti può creare disuguaglianza nelle condizioni di concorrenza e avere perciò un'incidenza diretta sul funzionamento del mercato comune".

¹⁸ Direttiva del Consiglio del 18 marzo 1991 n. 156, che sostituisce gli articoli da 1 a 12 della direttiva 75/442/CEE.

¹⁹ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2006, n. 12, relativa ai rifiuti. Cfr. E. SCOTFORD, *Trash or Treasure: Policy Tensions in EC Waste Regulation*, in *JEL*, 2007, 19, 3, pp. 367 ss.; N. DE SADELEER, *New Perspectives on the Definition of Waste in ECLaw*, in *JEEPL*, 2005, 1, pp. 46 ss.

²⁰ La direttiva 2008/98/CE (che modifica la precedente direttiva 2006/12/CE) è stata recepita in Italia con il D.Lgs. 3 dicembre 2010, n. 205 che ha apportato una significativa riforma in materia. Per approfondimenti si rinvia ad A. SCARCELLA, *Il de-*

atti normativi riguardanti profili maggiormente settoriali della materia²¹.

Con la direttiva 2008/98/CE, adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio sulla base dell'allora procedura di codecisione (ora procedura legislativa ordinaria) emerge un diverso modo di misurarsi rispetto alla tematica dei rifiuti con una particolare attenzione all'importanza dell'azione preventiva connessa all'applicazione del citato principio di prevenzione che conferma come la disciplina in materia abbia subito negli anni un vero e proprio capovolgimento di prospettiva.

Infatti, se con la direttiva 2006/12/CE ancora si mirava principalmente a regolare la gestione e lo smaltimento dei rifiuti, dando per scontato che essi fossero un prodotto necessario e non eliminabile della società contemporanea²², il nuovo approccio normativo è rivolto fondamentalmente ad evitare e ridurre drasticamente la formazione degli stessi²³.

In particolare, la direttiva 2008/98/CE, con una preminenza accordata alla salvaguardia della salute rispetto alle esigenze della produzione, fissa innanzitutto l'obiettivo di tutelare l'ambiente e la salute umana "attraverso la prevenzione degli effetti nefasti della produzione e della gestione dei rifiuti"²⁴. Ne deriva l'obbligo, incombente in capo agli Stati membri, di adottare puntuali ed efficaci politiche di realizzazione della stessa. Il quadro giuridico delineato dalla direttiva 2008/98/CE per il trattamento dei rifiuti mira a sottolineare come l'impiego di adeguate tecniche di gestione, il riutilizzo e il riciclaggio dei rifiuti possano ridurre le pressioni sulle risorse e migliorarne il loro uso. La "gerarchia dei rifiuti" vede ordinati su scala decrescente: prevenzione, riutilizzo, riciclaggio, recupero per gli altri scopi e smaltimen-

creto di recepimento della direttiva-quadro sui rifiuti (2008/98/CE) tra modifiche, abrogazioni e novità, in *Cass. pen.*, 2011, 4, pp. 1302 ss.

²¹ Si veda ad esempio la direttiva 1999/31/CE del Consiglio del 26 aprile 1999 relativa alle discariche dei rifiuti. Cfr. F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2011; ID., *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, pp. 2079 ss.

²² Si vedano i consideranda 5, 6, 7 e 8 per gli aspetti più innovativi dell'atto.

²³ Cfr. considerando 8 e artt. 4 e 29 della direttiva.

²⁴ Cfr. considerando 6 della direttiva.

to²⁵; inoltre, viene introdotto il concetto di "responsabilità estesa del produttore" finalizzata ad includere l'accettazione, da parte dello stesso, dei prodotti restituiti e dei rifiuti che restano dopo il loro utilizzo²⁶.

A conferma del diverso approccio adottato dal legislatore europeo nella disciplina dei rifiuti, la direttiva 2008/98/CE impone agli Stati membri "l'obbligo di elaborare programmi di prevenzione dei rifiuti incentrati sui principali impatti ambientali e basati sulla considerazione dell'intero ciclo di vita dei prodotti e dei materiali"²⁷. L'obiettivo è quello di dissociare la crescita economica dall'impatto ambientale connesso alla produzione dei rifiuti. Vengono, dunque, considerate misure di "prevenzione" tutte le attività dirette all'utilizzo di una sostanza, un materiale o un prodotto prima che diventi un rifiuto, in modo tale da ridurre: a) la quantità dei rifiuti; b) gli impatti negativi dei rifiuti prodotti sull'ambiente e la salute umana; c) il contenuto di sostanze pericolose in materiali e prodotti. Gli interventi sul ciclo di vita dei prodotti hanno il fine di ridurre i rifiuti generati nell'utilizzo degli stessi con un conseguente minor impatto ambientale.

L'evoluzione nelle politiche di gestione dei rifiuti tende, dunque, a porre in connessione gli obiettivi di prevenzione del loro formarsi e la tendenza a produrre gli stessi attraverso la definizione di pratiche di gestione, pianificando gli investimenti infrastrutturali per lo smaltimento di determinati tipi di rifiuti. Tale approccio si inserisce nella transizione da una "economia lineare" ad una "economia circolare" finalizzata ad una gestione più accorta e sostenibile del ciclo di produzione e del consumo. Ne deriva il passaggio da una tendenza a "prendere, produrre, consumare e smaltire" ad una nuova visione tesa a "riutilizzare, riparare, restaurare e riciclare"²⁸ laddove i prodotti, al termine del

²⁵ Cfr. art. 4 della direttiva.

²⁶ Cfr. art. 8 della direttiva.

²⁷ Agli Stati membri è stata imposta la comunicazione dei programmi di prevenzione adottati entro il 12 dicembre 2013 (art. 29 della direttiva). Secondo l'art. 30 spetta all'Agenzia europea per l'ambiente (EEA) "includere nella sua relazione annuale un riesame dei progressi compiuti nel completamento e nell'attuazione dei programmi di prevenzione dei rifiuti". L'ultimo Report pubblicato dall'EEA nel dicembre 2015, *Waste prevention in Europe - the status in 2014*, è consultabile all'indirizzo: <http://www.eea.europa.eu/highlights/waste-prevention-where-do-european>.

²⁸ Sul concetto di "economia circolare" si veda M. T. STILE, *Da economia lineare ad economia circolare: un percorso in salita*, in *Diritto comunitario e degli scambi inter-*

loro ciclo di vita, possano essere (ri)utilizzati come fattori all'interno di un nuovo processo di produzione riducendo così al minimo la quantità dei conferimenti in discarica.

Tale approdo trova ulteriore conferma nel recentissimo pacchetto di misure adottate dalla Commissione e dirette alla modifica della disciplina europea in tema di rifiuti al fine di ridurre il collocamento in discarica ed incrementare il recupero e il riciclaggio dei rifiuti urbani²⁹. In particolare la proposta di modifica della direttiva 2008/98/CE³⁰ prevede la trasformazione dei rifiuti in risorse aumentando al 65%, entro il 2030, il riciclaggio dei rifiuti urbani e la graduale limitazione al 10% dello smaltimento in discarica dei rifiuti urbani³¹. E' finalizzata, inoltre, a fornire una definizione di "rifiuti urbani"³² sottolineando la possibilità per gli Stati membri di introdurre incentivi adeguati per favorire l'applicazione della gerarchia dei rifiuti, in particolare *"mediante incentivi finanziari mirati alla realizzazione degli obiettivi di prevenzione e riciclaggio dei rifiuti, quali tasse sul collocamento in discarica e l'incenerimento, tasse sui rifiuti proporzionali alle quantità prodotte, regimi di responsabilità estesa del produttore e incentivi per le autorità lo-*

nazionali, 2015, 1-2, pp. 263-266, ma anche V. CAVANNA, *Economia verde, efficienza delle risorse ed economia circolare. Il rapporto "Signals 2014" dell'Agenzia europea dell'ambiente*, in questa *Rivista*, 2014, 6, pp. 821 ss.

²⁹ La Commissione rappresenta come il trasporto illecito di rifiuti, sia all'interno dell'Unione sia verso i paesi terzi, sia un ostacolo all'aumento del riciclaggio e spesso è seguito da un trattamento tutt'altro che ottimale sotto il profilo economico e ambientale. In tal senso, l'attuazione del regolamento (UE) n. 660 del 15 maggio 2014 sulla spedizione dei rifiuti, che mira a facilitare l'individuazione di tali spedizioni illecite, sarà oggetto di ulteriori provvedimenti, in particolare per quanto riguarda i flussi di rifiuti di elevato valore, come ad esempio i veicoli fuori uso, per evitare la perdita di materie prime. Cfr. punto 3 (Gestione dei rifiuti) della Comunicazione COM(2015) 614, cit.

³⁰ COM(2015)595, cit.

³¹ Questi costituiscono secondo il considerando 4 della proposta *"uno dei flussi più complessi da gestire e, al contempo, forniscono una buona indicazione della qualità dell'intero sistema di gestione dei rifiuti di un Paese. I rifiuti urbani sono di difficile gestione a causa della loro composizione, estremamente complessa e mista, dell'immediata prossimità ai cittadini e della grande visibilità pubblica, per cui occorre non solo prevedere una struttura estremamente articolata che includa un efficiente sistema di raccolta, ma anche coinvolgere i cittadini e le imprese, realizzare infrastrutture adeguate alla composizione dei rifiuti e predisporre un elaborato sistema di finanziamento"*.

³² Introducendo all'art. 3 il punto 1 bis.

cali"³³. Ne discende che il finanziamento di nuove discariche sarà consentito solo in casi eccezionali (principalmente per i rifiuti pericolosi non recuperabili) e che quello di nuovi impianti di trattamento dei rifiuti residui – come l'incenerimento o il trattamento meccanico-biologico – verrà concesso solo in casi limitati e debitamente giustificati, quando non vi è il rischio di creare un eccesso di capacità e gli obiettivi della gerarchia dei rifiuti siano pienamente rispettati³⁴.

La Commissione tenendo conto, inoltre, delle grandi differenze tra gli Stati membri nella gestione dei rifiuti prevede, nella proposta di direttiva *de qua*, un lasso temporale più ampio per il raggiungimento degli obiettivi fissati assegnato agli Stati che presentano maggiori difficoltà in tale direzione³⁵.

La proposta contempla un sistema di segnalazione preventiva in base al quale l'Agenzia europea dell'ambiente, tre anni prima di ciascun termine, pubblica una relazione contenente una stima del raggiungimento degli obiettivi per ciascuno Stato unitamente all'elenco di quelli che potrebbero non raggiungerlo cui vengono rivolte opportune raccomandazioni.

Alla normazione mediante atti vincolanti, quali le direttive, si accompagna l'adozione, da parte dell'Unione europea, nell'ultimo quinquennio, di strumenti di valore giuridico dissimile che, con previsioni incidenti anche in materia di rifiuti, confermano le linee direttrici in

³³ Considerando 7 della proposta.

³⁴ Se non si può evitare di produrre rifiuti né è possibile riciclarli, recuperarne il contenuto energetico è di norma preferibile al collocamento in discarica, sia sotto il profilo ambientale che economico. Vi è quindi spazio per la termovalorizzazione, che può creare sinergie con le politiche unionali in materia di energia e clima, ma sempre tenendo presente i principi della gerarchia europea dei rifiuti. La Commissione valuterà in che modo ottimizzare questa pratica, senza compromettere l'aumento del riutilizzo e del riciclaggio, e come sfruttare al meglio il corrispondente potenziale energetico. A tal fine adotterà un'iniziativa sulla trasformazione dei rifiuti in energia nell'ambito dell'Unione dell'energia. Cfr. punto 3 (Gestione dei rifiuti) della Comunicazione COM(2015) 614, cit.

³⁵ E' prevista una proroga di 5 anni per Croazia, Estonia, Grecia, Lettonia, Malta, Romania e Slovacchia.

quelle contenute comportando la predisposizione di una serie di misure nazionali³⁶.

Tra essi va ricordato il Settimo Programma d'azione per l'ambiente³⁷ che evidenzia il grande potenziale di miglioramento prefissato dall'UE sul fronte della prevenzione e della gestione dei rifiuti, precisando che da esso dipenderà un miglior utilizzo delle risorse, l'apertura di nuovi mercati, la creazione di nuovi posti di lavoro, la riduzione della dipendenza dalle importazioni di materie prime e degli impatti ambientali associati. A tal fine richiama la necessità di dare piena attuazione alla legislazione europea in materia di rifiuti e di ridurre la produzione degli stessi in termini *pro-capite*, lo spreco alimentare e i rifiuti marini attraverso azioni di prevenzione. Tra gli obiettivi fissati vi sono quello di: proteggere, conservare e migliorare il capitale naturale dell'Unione; trasformare l'Unione in un'economia a basse emissioni di carbonio, efficiente nell'impiego delle risorse, verde e competitiva; proteggere i cittadini da pressioni e rischi ambientali per la salute e il benessere. In esso vengono individuate specifiche misure finalizzate a dare compiuta attuazione alla "gerarchia dei rifiuti" ma anche ad un uso

³⁶ Si veda la comunicazione n. 21 del 26 gennaio 2011 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni "Europa 2020" per un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse. La Strategia Europa 2020 punta a rilanciare l'economia dell'UE nel prossimo decennio sulla base di cinque ambiziosi obiettivi – in materia di occupazione, innovazione, istruzione, integrazione sociale e clima/energia – da raggiungere entro il 2020. Ogni Stato membro ha definito, per ciascuno di questi settori, i propri obiettivi nazionali laddove interventi concreti a livello europeo e nazionale vanno a consolidare la strategia. Sono state individuate sette iniziative prioritarie: crescita intelligente (Agenda digitale europea, Unione dell'innovazione e *Youth on the move*), crescita sostenibile (efficienza nelle risorse e politica industriale integrata), crescita solidale (Piattaforma Europea contro la povertà e Agenda per nuove competenze e nuovi lavori). Consultabile all'indirizzo http://ec.europa.eu/europe2020/index_it.htm.

³⁷ Il VII Programma d'azione per l'ambiente, approvato dal Parlamento europeo e dal Consiglio con la decisione 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013, pubblicata sulla G.U.U.E. L 354 del 28 dicembre 2013, definisce un quadro generale per le politiche europee da seguire in materia ambientale fino al 2020. Il titolo del programma è *Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta*. Il documento ufficiale è consultabile all'indirizzo http://wp.ineuropa.info/wp-content/uploads/2014/01/Settimo-programma-dazione-ambientale_Decisione-1386_2013UE.pdf. Cfr. A. VETTORI, *Un nuovo programma generale d'azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020*, in questa *Rivista*, 2014, 2, pp. 283 ss.

efficace delle risorse. Tra tutte si sottolinea l'importanza del recupero energetico destinato ai soli materiali non riciclabili in modo da ottimizzare il riutilizzo e il riciclo dei rifiuti per ottenere materia prima.

Nella successiva Raccomandazione della Commissione "*Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti*"³⁸ viene ribadita la centralità della prevenzione dei rifiuti all'interno del quadro delle politiche europee a sostegno dell'uso efficiente delle risorse e dello sviluppo di un'economia circolare. La Commissione, in tal contesto, sottolinea la rilevanza – non solo ambientale ma anche economica – di queste politiche in grado di ridurre fortemente la necessità di importazione di materie prime e, in particolare, il contributo economico che potrebbe derivare dalla prevenzione dei rifiuti.

Se, dunque, la gestione sostenibile dei rifiuti costituisce elemento essenziale negli obiettivi fissati dall'Unione europea in materia di politiche ambientali informandone anche la produzione normativa *in fieri* essa rinviene, nondimeno, il proprio punto debole nelle difficoltà di taluni Stati membri nella realizzazione di un'efficiente sistema di gestione e riciclo dei rifiuti urbani³⁹. Emblematica in tal senso, la questione "emergenza rifiuti in Campania" che (come si vedrà *infra*) ha condotto all'avvio di una serie di procedure d'infrazione nei confronti dello Stato italiano e, ad esito di talune di esse, alla condanna al pagamento di ingenti sanzioni pecuniarie.

3. *L'adozione del "Piano nazionale di prevenzione dei rifiuti" e l'avvicinamento ad un modello di green economy*

Come è stato già evidenziato al vertice della "gerarchia dei rifiuti" si pongono le azioni dirette a prevenire i quantitativi di rifiuti, il che potrebbe apparire (paradossalmente) antinomico ad un'azione – quale la gestione dei rifiuti – che prevede un intervento a valle. Difatti, attra-

³⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, *Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti*, del 2 luglio 2014, COM(2014) 398 final.

³⁹ Gli ultimi dati sulla gestione dei rifiuti urbani nel nostro ordinamento e un confronto con gli altri Stati membri sono forniti dal Rapporto *Rifiuti urbani 2015* a cura dell'ISPRA, n. 230/2015 dell'ottobre 2015, disponibile online all'indirizzo: www.isprambiente.gov.it

verso misure di prevenzione l'azione si concentra a monte in modo da evitare che i residui di produzione o consumo non possano considerarsi sottoprodotti o riutilizzati e perciò rientrare nella categoria di rifiuto destinato allo smaltimento. Il ricorso al concetto di "economia circolare" consente dunque, ai materiali usati di produrre nuove utilità eliminando, al contempo, le problematiche connesse allo smaltimento degli stessi e il conseguente impatto negativo sull'ambiente e la salute umana. Tuttavia, se tale approccio risulta essere la via maestra per la risoluzione delle molteplici problematiche che accompagnano le politiche sui rifiuti (dimostrate spesso errate o inadatte) è innegabile che le fasi di prevenzione e preparazione al riutilizzo sono altrettanto complesse.

Nei fatti, la nuova sensibilità dimostrata in ambito europeo nel programmare una rimodulazione del ciclo di vita dei rifiuti attraverso il riutilizzo e la trasformazione dei residui di produzione o consumo è stata trasposta nel nostro ordinamento attraverso il D.Lgs. n. 205/2010⁴⁰, le cui disposizioni hanno profondamente modificato – alla luce dei dettati normativi contenuti nella direttiva 2008/98/CE – la parte IV (*Norme in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati*) del D.Lgs. n. 152/2006⁴¹. Si è così introdotto il comma 1 *bis* dell'art. 180, prevedendo l'obbligo in capo al Ministero dell'Ambiente di elaborare un "Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti" atto ad essere successivamente integrato nei "Piani di gestione dei rifiuti" di competenza regionale di cui all'art. 199 del modificato T.U. Ambiente⁴². Aggiungendo, tuttavia, che "*in caso di integrazione nel piano di gestione, sono chiaramente identificate le misure di prevenzione dei rifiuti*", delineando così una mera possibilità in netta contraddizione con l'esigenza di un adeguato coordinamento tra i due livelli di regolamen-

⁴⁰ D.Lgs. 3 dicembre 2010, n. 205 contenente "*Disposizioni di attuazione della direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive*" in G.U. del 10 dicembre 2010, n. 288 - S.O. n. 269.

⁴¹ D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, "*Norme in materia ambientale*", in G.U. del 14 aprile 2006, n. 88 - S.O. n. 96 (c.d. T.U. Ambiente).

⁴² L'art. 5 del decreto di recepimento prevede: "*Il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare adotta entro il 12 dicembre 2013, a norma degli articoli 177, 178, 178 bis e 179, un programma nazionale di prevenzione dei rifiuti ed elabora indicazioni affinché tale programma sia integrato nei piani di gestione dei rifiuti di cui all'articolo 199. [...]*".

tazione e lo stesso art. 199, comma 3, che prevede l'elaborazione di piani di gestione regionali mutuati da quello adottato su scala nazionale⁴³.

Con decreto direttoriale del 7 ottobre 2013 il "Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti"⁴⁴ è stato adottato, fissando quali obiettivi di riduzione della massa dei rifiuti destinati allo smaltimento talune percentuali rapportate al prodotto interno lordo atte a dissociare gli stessi dalla crescita economica in considerazione dell'aumento della produzione dei rifiuti connessa ai molteplici fattori socio-economici. Ne discende la previsione di una riduzione entro il 2020: "*del 5% della produzione di rifiuti urbani; del 10% dei rifiuti speciali pericolosi e del 5% di quelli speciali non pericolosi, tutti rapportati a singole unità di PIL*". Sono state previste misure generali/orizzontali allo scopo di contribuire in maniera rilevante al successo delle politiche di prevenzione consistenti: "*nella produzione sostenibile⁴⁵; nel Green Public Procurement⁴⁶; nel riutilizzo⁴⁷; nell'informazione e sensibilizzazione⁴⁸; negli*

⁴³ In particolare l'art. 199, comma 3, lett. r) dispone che i piani di gestione contengano: "*un programma di prevenzione della produzione dei rifiuti, elaborato sulla base del programma nazionale di prevenzione dei rifiuti di cui all'art. 180, che descriva le misure di prevenzione esistenti e fissi ulteriori misure adeguate. Il programma fissa anche gli obiettivi di prevenzione. [...] Il programma deve contenere specifici parametri qualitativi e quantitativi per le misure di prevenzione al fine di monitorare e valutare i progressi realizzati, anche mediante la fissazione di indicatori*". Per una lettura critica delle disposizioni in esame si rinvia più approfonditamente a A. MURATORI, *Piano Nazionale Prevenzione Rifiuti: parole, parole, parole ... (prima parte)*, in *Ambiente & sviluppo*, 2015, 6, pp. 345-350. Più in generale sul riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di rifiuti si rinvia a S. PERFETTI, *La disciplina legislativa regionale delle funzioni amministrative conferite dallo Stato: il caso della gestione dei rifiuti*, in *Le Regioni*, 2014, 4, pp. 701-719; F. MERLONI, *Ragionando sui rifiuti campani e dintorni: Stato e Regioni tra la continua emergenza e l'impossibile normalità*, in *Le Regioni*, 2007, 6, pp. 925-930.

⁴⁴ *Adozione e approvazione del Programma Nazionale di Prevenzione dei Rifiuti* in G.U. del 18 ottobre 2013, n. 245.

⁴⁵ La prevenzione dei rifiuti richiede cambiamenti nei modelli di produzione e nella progettazione dei prodotti attraverso interventi sulle modalità organizzative e produttive dei settori industriali e del *design* dei prodotti. In particolare, la prevenzione dei rifiuti per l'industria può essere legata a cambiamenti nelle materie prime, a cambiamenti tecnologici e a buone pratiche operative. Si veda punto 5.1 del Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti.

⁴⁶ La Pubblica amministrazione può assumere un ruolo di primo piano nell'attuazione di politiche di prevenzione attraverso l'introduzione, nelle procedure

*strumenti economici, fiscali e di regolamentazione*⁴⁹; *nonché nella promozione della ricerca*⁵⁰, e misure specifiche su taluni flussi individuati come prioritari (rifiuti biodegradabili; cartacei; da imballaggi; da apparecchiature elettriche ed elettroniche e pericolosi)⁵¹.

Il Programma di prevenzione adottato si limita però a fissare obiettivi di riduzione dei rifiuti con esclusivo riferimento al PIL, senza tener conto di possibili modulazioni su base regionale o dei diversi flussi di rifiuti, nonostante le disomogeneità presenti sul territorio nazionale riguardo alla densità abitativa e ai livelli di sviluppo economico, dando

di acquisto e nei bandi pubblici, di criteri di selezione e di valutazione di carattere ambientale che, pur assicurando la libera concorrenza, garantiscono l'acquisto di prodotti preferibili dal punto di vista ambientale. *Idem*, punto 5.2.

⁴⁷ L'art. 180 *bis*, comma 2, del D.Lgs. n. 152/2006, prevede l'adozione di decreti del Ministero dell'Ambiente allo scopo di promuovere il riutilizzo dei prodotti anche attraverso la costituzione e il sostegno di centri e reti accreditati di ripartizione/utilizzo, ivi compresa la definizione di procedure autorizzate semplificate e un catalogo esemplificativo di prodotti che possono essere sottoposti, rispettivamente, a riutilizzo. *Idem*, punto 5.3.

⁴⁸ Con l'intento di migliorare l'informazione sul tema della prevenzione dei rifiuti sarà creato un "Portale della Prevenzione Rifiuti" che fornirà informazioni in merito alle possibili azioni da intraprendere attraverso la creazione di una banca dati di buone pratiche. *Idem*, punto 5.4.

⁴⁹ Si ritengono urgenti le seguenti azioni: 1) l'applicazione del principio della responsabilità estesa del produttore ad altri flussi di rifiuti rispetto a quelli attualmente previsti e l'ampliamento della responsabilità anche alla prevenzione della formazione del rifiuto; 2) l'implementazione dei meccanismi di tariffazione puntuale per il conferimento dei rifiuti urbani (in funzione dei volumi o delle quantità conferite); 3) l'introduzione di sistemi fiscali o di finanziamento premiali per processi produttivi più efficienti e a minor produzione di rifiuto; 4) una revisione dei meccanismi di tassazione dei conferimenti in discarica e aumento della quota del tributo che le Regioni devono destinare alla promozione di misure di prevenzione dei rifiuti. *Idem*, punto 5.5. Sul primo punto e sulla nuova nozione di "produttore di rifiuti" introdotta dall'art. 1 del D.L. 4 luglio 2015, n. 92 ("*Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività d'impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale*", noto come "D.L. Ilva-Fincantieri") si rinvia a D. ROETTGEN, P. LEPORE, *La nozione di "produttore iniziale di rifiuti" cambia?*, in *Ambiente & sviluppo*, 2015, 11-12, pp. 628-641.

⁵⁰ I risultati dei progetti di ricerca possono essere un'importante base informativa per tutti coloro che sono coinvolti nella definizione e implementazione di politiche di prevenzione e minimizzazione dei rifiuti. *Idem*, punto 5.6.

⁵¹ Individuati tra quelli più rilevanti dal punto di vista quantitativo o suscettibili di essere ridotti facilmente e in modo efficiente. *Idem*, punto 6.

quasi per scontata la capacità, in sede di programmazione decentrata, di realizzare i risultati prefissati a livello nazionale⁵². Si è creata, pertanto, un'aspettativa in capo alle Regioni a fronte della quale lo Stato risulta sprovvisto di utili meccanismi di monitoraggio o di poteri sostitutivi in caso di inerzia da parte delle stesse. Prime perplessità confermate dalla "Relazione di aggiornamento del Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti" presentata dal Ministro dell'Ambiente il 14 gennaio 2015⁵³, nella quale ai punti concernenti "la pianificazione territoriale in materia di prevenzione" (cap. III) e "le attività successive all'emanazione del Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti" (cap. V) è delineato un quadro desolante di interventi concreti ed efficienti nella realizzazione di misure di prevenzione. In particolare, se sul piano territoriale – ai sensi del già citato art. 199, comma 3 T.U. Ambiente – si registrano pochi casi in cui i provvedimenti adottati hanno potuto tener conto del Programma nazionale e molte risultano le situazioni locali di inerzia⁵⁴, le attività successive all'adozione del Piano nazionale si sostanziano esclusivamente nell'approvazione e avvio del "Piano Nazionale di prevenzione degli Sprechi Alimentari" (PINPAS)⁵⁵. Quest'ultimo, proponendosi di dare attuazione alla *Food waste pyramid*⁵⁶ è suscettibile di

⁵² Cfr. A. MURATORI, *Piano Nazionale Prevenzione Rifiuti: parole, parole, parole ... (prima parte)*, cit., pp. 348 ss.

⁵³ Relazione recante l'aggiornamento del Programma Nazionale di prevenzione dei rifiuti (Aggiornata al 31 dicembre 2014) (Articolo 180, comma 1 *bis*, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni), presentata dal Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e comunicata alla Presidenza il 14 gennaio 2015, Doc. CCXXIV n. 1.

⁵⁴ Cfr. par. 3.1 della Relazione recante l'aggiornamento del Programma Nazionale di prevenzione dei rifiuti.

⁵⁵ Sul punto si rinvia a A. MURATORI, *Piano Nazionale Prevenzione Rifiuti: parole, parole, parole ... (seconda parte)*, in *Ambiente & sviluppo*, 2015, 7, pp. 423-428.

⁵⁶ Incidendo sulla filiera agroalimentare si cerca di evitare che eccedenze e invenduti alimentari divengano rifiuti attraverso azioni dirette: "1) alla prevenzione alla fonte; 2) a donazioni a fini di beneficenza; 3) alimentazione animale; 4) al compostaggio e usi energetici; e infine, 5) allo smaltimento". Cfr. par. 5.1 della Relazione recante l'aggiornamento del Programma Nazionale di prevenzione dei rifiuti.

incidere – oltretutto, in maniera incerta⁵⁷ – sul primo e terzo degli obiettivi fissati nel Programma nazionale, determinando una riduzione della "frazione umida dei rifiuti domestici"⁵⁸ e di una parte residuale dei rifiuti speciali non pericolosi⁵⁹. Tale primo e, al momento, unico intervento è probabilmente frutto di un Programma nazionale di prevenzione che nella sostanza si limita a individuare un "catalogo di buone pratiche" omettendo l'indicazione di una serie di dati capaci di scandire una scala temporale degli interventi previsti; una mappa di competenze; forme di monitoraggio e di correttivi in caso di mancato raggiungimento dei risultati attesi.

Ancor meno convincente risulta tale approccio del legislatore nazionale nel definire un Programma nazionale di prevenzione a rilevante impatto sulle singole politiche locali, alla luce della previsione contenuta nella legge di conversione n. 164/2004 del c.d. Sblocca Italia, che all'art. 35 (rubricato "*Misure urgenti per la realizzazione su scala nazionale di un sistema adeguato e integrato di gestione dei rifiuti urbani e per conseguire gli obiettivi di raccolta differenziata e di riciclaggio*") predispone l'individuazione a livello nazionale "*della capacità complessiva di trattamento di rifiuti urbani e assimilati in impianti di incenerimento in esercizio o autorizzati e di quelli con recupero energetico da realizzare per coprire il fabbisogno residuo, determinato con finalità di progressivo riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale [...]*". Ciò allo scopo di attuare "*un sistema integrato e moderno di gestione di rifiuti urbani [...] che consenta di superare e prevenire ulteriori procedure*

⁵⁷ La valutazione quantitativa della prevenzione negli sprechi del settore alimentare richiederebbe infatti la conoscenza dell'effettiva componente organica nei rifiuti urbani e in quelli speciali non pericolosi.

⁵⁸ Attraverso campagne di sensibilizzazione dei consumatori; sistemi di etichettatura dei prodotti alimentari (in particolare sulla loro data di scadenza e sull'indicazione di una data di consumo "preferibile"); e "buone pratiche antispreco" capaci di ridurre la produzione di rifiuti alimentari mediante la donazione di prodotti ed eccedenze alimentari. Di recente è stata approvata la legge 19 agosto 2016, n. 166 contenente "*Disposizioni concernenti la donazione e la distribuzione di prodotti alimentari e farmaceutici a fini di solidarietà sociale e per la limitazione degli sprechi*", pubblicata in G.U. del 30 agosto 2016. Informazioni sull'iter di adozione sono reperibili online all'indirizzo web: <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/969310/index.html>.

⁵⁹ Azioni dirette alla valorizzazione di sottoprodotti alimentari dell'industria e donazione dell'inventuto per le attività commerciali.

di infrazione per mancata attuazione delle norme europee di settore e limitare il conferimento di rifiuti in discarica"⁶⁰. Il legislatore pare, dunque, differenziare l'attività di incenerimento dallo smaltimento in discarica di rifiuti attribuendo ad essa la qualifica di "impianti di recupero". Ciò non sempre risulta corretto, in quanto le operazioni di recupero energetico attraverso l'incenerimento si potranno avere solo allorché l'obiettivo di tali azioni sia produrre energia sostituendosi all'uso di altra fonte primaria, mentre non saranno tali le operazioni dirette al trattamento termico dei rifiuti al solo scopo di smaltire gli stessi. Il trattamento termico dei rifiuti urbani risulta quindi, alla base della gerarchia dei rifiuti che pur volendosi differenziare "arduamente" dal processo di smaltimento non pare possa trovare altra collocazione che ad un livello appena più alto dello stesso e comunque in netta contrapposizione ad una *ratio* di prevenzione nella gestione integrata dei rifiuti⁶¹.

Le disposizioni relative alla gestione dei rifiuti contenute nel c.d. "Collegato ambientale"⁶², appaiono invece di tutt'altra ispirazione.

⁶⁰ Il secondo paragrafo prevede che: "il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, effettua la ricognizione dell'offerta esistente e individua, con proprio decreto, il fabbisogno residuo di impianti di recupero della frazione organica dei rifiuti urbani raccolta in maniera differenziata, articolato per Regioni; sino alla definitiva realizzazione degli impianti necessari per l'integrale copertura del fabbisogno residuo così determinato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano possono autorizzare, ove tecnicamente possibile, un incremento fino al 10 per cento della capacità degli impianti di trattamento dei rifiuti organici per favorire il recupero di tali rifiuti raccolti nel proprio territorio [...]". Mentre il terzo paragrafo dispone che tutti gli impianti: "sono autorizzati a saturazione del carico termico, come previsto dall'art. 237 sexies del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, qualora sia stata valutata positivamente la compatibilità ambientale dell'impianto".

⁶¹ Ulteriore novità tesa a monetizzare l'utilizzo degli impianti di recupero energetico di rifiuti urbani localizzati in una Regione per lo smaltimento di rifiuti provenienti da altre Regioni disponendo al settimo paragrafo che in tali casi: "i gestori degli impianti sono tenuti a versare alla Regione un contributo, determinato dalla medesima, nella misura massima di 20 euro per ogni tonnellata di rifiuto urbano indifferenziato di provenienza extraregionale. Il contributo [...] è destinato alla prevenzione della produzione dei rifiuti, all'incentivazione della raccolta differenziata, a interventi di bonifica ambientale e al contenimento delle tariffe di gestione dei rifiuti urbani". Cfr. A. QUARANTA, *Il nuovo incenerimento dei rifiuti alla luce delle modifiche introdotte dallo Sblocitalia: aguzzate la vista ...*, in *Ambiente & sviluppo*, 2015, 1, pp. 5-13.

⁶² L. 28 dicembre 2015, n. 221, cit.

Prevedendo, infatti, all'art. 36⁶³ l'introduzione della lett. e) *bis* dell'art. 1, comma 659 della L. 27 dicembre 2013, n. 147⁶⁴ che dispone "*attività di prevenzione nella produzione dei rifiuti commisurando le riduzioni tariffarie alla quantità di rifiuti non prodotti*" al quale si aggiunge la previsione della riduzione del tributo speciale di deposito in discarica⁶⁵, sulla base della quota percentuale di superamento del livello di raccolta differenziata⁶⁶. Inoltre, nella prospettiva di realizzare misure di *green economy* si dispone, che nella pubblicazione dei piani regionali di gestione dei rifiuti di cui all'art. 199 del D.Lgs. n. 152/2006 vadano rese fruibili una serie di informazioni elencate attraverso l'introduzione del comma 12 *bis* dirette a vigilare sulla gestione dei rifiuti⁶⁷.

Il quadro normativo così delineato risulta a dir poco complesso e incompleto rispetto alle numerose azioni promosse dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia e all'apertura di una nuova procedura

⁶³ Cfr. art. 36, rubricato "*Disposizioni per favorire le politiche di prevenzione nella produzione di rifiuti*" della L. n. 221/2015, cit.

⁶⁴ "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2014)*", in G.U. del 27 dicembre 2013, Serie Generale n. 302 - S.O. n. 87.

⁶⁵ Di cui all'art. 3, comma 24 della L. 28 dicembre 1995, n. 549, "*Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*", in G.U. del 29 dicembre 1995 n. 302 - S.O. n. 153.

⁶⁶ Il tributo speciale per il deposito dei rifiuti solidi in discarica (c.d. ecotassa) viene posto direttamente a carico dei comuni che non abbiano raggiunto le percentuali di raccolta differenziata fissate. Il superamento di determinati livelli di raccolta differenziata fa scattare riduzioni del predetto tributo speciale, secondo un'apposita tabella. Ciascuna Regione definisce un metodo standard per calcolare e verificare la raccolta differenziata. I proventi del tributo vanno alla Regione e affluiscono in un apposito fondo. Cfr. art. 32, rubricato "*Misure per incrementare la raccolta differenziata e il riciclaggio*" della L. n. 221/2015.

⁶⁷ In particolare, dovranno essere pubblicizzate: "*l'indicazione relativa alla produzione totale e pro capite dei rifiuti solidi urbani, suddivisa per ambito territoriale ottimale, se costituito, ovvero per ogni comune; l'indicazione della percentuale di rifiuti effettivamente riciclati; l'indicazione, per le discariche, dell'ubicazione, della proprietà, delle autorizzazioni, della capacità volumetrica autorizzata, della capacità volumetrica residua disponibile e della quantità di materiale ricevuto suddiviso per codice CER nonché con la quantità di percolato prodotto*". Cfr. art. 29, rubricato "*Attività di vigilanza sulla gestione dei rifiuti*", della L. n. 221/2015. Per una lettura critica alla possibile realizzazione di una "*green economy a rifiuti zero*" si rinvia a A. MASSARUTTO, *Anche la green economy ha una parte marrone. La gestione dei rifiuti e l'utopia "rifiuti zero"*, in *L'industria*, 2011, 2, pp. 245-264.

d'infrazione concernente la mancata adozione dei piani regionali di gestione dei rifiuti⁶⁸, che evidenziano la perdurante difficoltà dello Stato italiano nella realizzazione degli obiettivi di politica ambientale fissati a livello europeo. Come più volte ricordato, le diverse procedure mosse dalle Istituzioni europee nei confronti del nostro Paese rilevano l'inadeguatezza delle disposizioni nazionali e regionali adottate in attuazione delle direttive europee in materia di rifiuti⁶⁹, il che giustifica il mutamento di prospettiva (seppure a piccoli passi) a livello nazionale in un approccio ad una gestione dei rifiuti che non si limiti ad interventi nei processi di smaltimento ma tenda alla prevenzione dei medesimi e al loro recupero.

4. *La sequenza di condanne dell'Italia da parte europea per "la cattiva gestione dei rifiuti" e la legge n. 14/2016 della Regione Campania*

A fronte dei numerosi strumenti normativi emanati nell'ordinamento europeo e all'obbligo di attuazione degli stessi negli Stati membri, si è assistito ad un'inefficienza dell'azione nazionale e locale diretta a prevenire e a correggere la perdurante emergenza rifiuti. Tali eventi pongono in pericolo non solo la salute dei soggetti residenti nelle zone considerate a rischio, ma anche i consumatori diretti (o talvolta indiretti) dei prodotti agro-alimentari provenienti dai territori interessati dalle contaminazioni nocive. L'allarme "terra dei fuochi" rappresenta un esempio in cui "il *mix* di criticità ambientali e di cause che le hanno generate"⁷⁰ ha condotto alla classificazione di un'estesa parte

⁶⁸ Messa in mora dello Stato italiano (*ex art.* 258 TFUE) nella procedura 2015-2165, ultima in ordine di tempo, concernente la violazione degli artt. 28, 30 e 33 della direttiva 2008/98/CE.

⁶⁹ Sul punto si rinvia al nostro A. DI STASI, A. MARTONE, *L'incidenza delle fonti del diritto dell'Unione europea con riferimento alla sentenza dell'Unione europea del 16 luglio 2015 che condanna l'Italia per la gestione dei rifiuti nella Regione Campania*, in D. MARRANI (a cura di), *Atti del Convegno "Il contributo del Diritto internazionale e del Diritto europeo all'affermazione di una sensibilità ambientale"* (Università degli Studi di Salerno – 9 ottobre 2015), Napoli, 2016, in corso di pubblicazione; si veda, inoltre, M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, in *Federalismi.it*, 2006, 25, pp. 11 ss.

⁷⁰ Così l'ultimo Rapporto di Legambiente "Terra dei fuochi: a che punto siamo?" del febbraio 2015, reperibile online all'indirizzo: <http://www.legambiente.it/>

del territorio campano quale sito gravemente inquinato. Le pratiche illecite di smaltimento dei rifiuti con la conseguente contaminazione del suolo e della falda acquifera, nonché la dispersione nell'atmosfera di sostanze nocive scaturenti dalla combustione dei rifiuti urbani hanno determinato un profondo stato di degrado nonché una minaccia a lungo termine per la salute umana⁷¹.

In tale contesto, la pronuncia della Corte di Lussemburgo del 16 luglio 2015⁷² costituisce solo un ultimo tassello di un lungo contenzioso che ha visto contrapporsi la Commissione al Governo italiano⁷³ e che ha condotto ad una prima sentenza di "doppia condanna" nel 2014⁷⁴ in ragione della mancata attuazione delle misure imposte da una prece-

sites/default/files/docs/dossier_di_legambiente_terra_dei_fuochi_a_che_punto_siamo_10_febbraio_2015.pdf

⁷¹ Nel dicembre 2013 il Governo italiano ha adottato il D.L. n. 136/2013 ("*Disposizioni urgenti dirette a fronteggiare emergenze ambientali e industriali ed a favorire lo sviluppo delle aree interessate*", in G.U. del 10 dicembre 2013, n. 289, successivamente convertito in L. 6 febbraio 2014, n. 6 in G.U. dell'8 febbraio 2014, n. 32), il quale – oltre ad introdurre il reato di combustione illecita di rifiuti⁷¹ – prevede l'identificazione e la verifica immediata di tutte le zone agricole nelle vicinanze dei siti ove è avvenuta tale combustione. Tale identificazione è stata resa nota con il decreto interministeriale del 1 marzo 2014, che ha vietato la commercializzazione dei prodotti dei terreni rientranti nelle classi a rischio per la salute umana in virtù della mappatura effettuata sui siti interessati. Si rinvia a A.M. PIOTTO, *Il nuovo delitto di "combustione illecita di rifiuti" tra emergenze e criticità* (D.L. 10 dicembre 2013, n. 136, convertito con modificazioni dalla L. 6 febbraio 2014, n. 6), in *Legislazione penale*, 2014, 1-2, pp. 3-19.

⁷² Corte Ue, Sez. III, 16 luglio 2015, cit. sulla quale mi permetto di rinviare a A. MARTONE, *La "questione rifiuti" e le sentenze europee di condanna nei confronti dell'Italia*, in *Iura & Legal Systems*, 2015, 4, pp. 34 ss.

⁷³ Difatti, la scelta di privilegiare lo "smaltimento" dei rifiuti in discariche piuttosto che il sistema di "recupero", i ritardi cronici nel recepimento delle direttive europee e le gravi carenze sia delle capacità gestionali sia nel sistema dei controlli oltre alla frammentarietà degli interventi posti in essere hanno fatto sì che l'Italia venisse più volte sottoposta a giudizio della Corte di Giustizia. Per una disamina sulle diverse condanne dell'Italia da parte della Corte di Giustizia si rinvia a L. BARONI, *Le principali sentenze di condanna dell'Italia per la mala gestione dell'emergenza rifiuti in Campania e la perdurante violazione della normativa europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, 2, pp. 615 ss.

⁷⁴ Corte Ue, 2 dicembre 2014, causa C-196/13, *Commissione c. Italia*. Cfr. F. GIAMPIETRO, *Discariche abusive in Italia: dalla Corte di Giustizia sanzioni milionarie (nota a CGUE 2 dicembre 2014)*, in *Ambiente & sviluppo*, 2015, 4, pp. 209-216.

dente pronuncia⁷⁵ che aveva constatato l'esistenza su tutto il territorio italiano di un elevatissimo numero di discariche illegali; a ciò si aggiunge la perdita dei contributi finanziari FESR per la gestione e lo smaltimento dei rifiuti, già sancita dal Tribunale⁷⁶ (e confermata dalla Corte⁷⁷).

Il ricorso promosso dalla Commissione nei confronti dello Stato italiano ha origine dalla mancata esecuzione (*ex art. 260 TFUE*) della sentenza *Commissione c. Italia*⁷⁸, nella quale la Corte di Giustizia ha accertato gli inadempimenti dello Stato convenuto rispetto agli obblighi ad esso incombenti in forza degli artt. 4 e 5 della direttiva 2006/12/CE⁷⁹ non avendo "*adottato, per la Regione Campania, tutte le misure necessarie per assicurare che i rifiuti siano recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza recare pregiudizio all'ambiente e, in particolare, per non aver creato una rete adeguata ed integrata di impianti di smaltimento*". A fronte delle informazioni fornite dallo Stato italiano in merito alle misure adottate per l'esecuzione della pronuncia di accertamento dell'infrazione, la Commissione il 30 settembre 2011 ha inviato allo stesso una lettera di messa in mora non ritenendo soddisfacente il piano di gestione dei rifiuti predisposto dalla Regione Campania. Nell'aprile del 2012 è stata trasmessa alla Commissione la documentazione elaborata dalla Regione Campania relativa alla bozza di programma attuativo per la gestione del periodo transitorio 2012-2016, nonché fino all'estate del 2013, le relazioni trimestrali sullo stato di esecuzione dello stesso. Malgrado ciò, a fronte del persistente problema strutturale nella gestione dei rifiuti nella suddetta Regione – già riscontrato nella prima azione – il 10 dicembre 2013 la Commissio-

⁷⁵ Corte Ue, Sez. III, 26 aprile 2007, causa C-135/05, *Commissione c. Italia*.

⁷⁶ Tribunale Ue, Sez. I, 19 aprile 2013, cause riunite T-99/09 e T-308/09, *Italia c. Commissione*.

⁷⁷ Corte Ue, Sez. VI, 6 novembre 2014, causa C-385/13 P, *Repubblica italiana c. Commissione*.

⁷⁸ Corte Ue, Sez. IV, 4 marzo 2010, causa C-297/08. Cfr. C. FELIZIANI, *The Duty of Member States to Guarantee the Right to a Healthy Environment: a Consideration of European Commission c. Italy (C-297/08)*, in *Journal of Environmental Law*, 2012, 24, 3, pp. 535-546.

⁷⁹ Gli articoli 4 e 5 della direttiva 2006/12/CE sono stati ripresi, in sostanza, dagli articoli 13, 16 e 36 della direttiva 2008/98/CE.

ne presenta un nuovo ricorso finalizzato alla c.d. doppia condanna (*ex art. 260 TFUE*).

In particolare, alla base dell'azione promossa, vi è la persistente incapacità strutturale della Regione Campania nella gestione e nello smaltimento dei rifiuti così come stabilito nella precedente pronuncia. In essa, infatti, il giudice europeo aveva accolto le doglianze sostenute nei confronti dello Stato italiano dalla Commissione e, nello specifico, il mancato rispetto degli obiettivi prefissati nelle suddette norme della direttiva 2006/12/CE concernenti la predisposizione di "una rete integrata e adeguata di impianti di smaltimento che tenga conto del contesto geografico e del criterio di prossimità" nonché, l'adozione delle misure atte a garantire una gestione dei rifiuti che non arrechi pregiudizi alla salute umana e all'ambiente.

L'annosa questione dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania⁸⁰ ha rappresentato nel complesso un modello disorganico e inefficiente, caratterizzato dallo spreco di risorse pubbliche e dall'inadeguatezza della predisposizione di misure straordinarie. La situazione emergenziale creatasi nella Regione a causa della massa di rifiuti giacenti nelle strade ha determinato un significativo degrado dell'ambiente e del paesaggio ed una reale minaccia per la salute umana⁸¹.

Alla luce di tale situazione, nelle contestazioni sollevate dalla Commissione, vi è innanzitutto il rilievo per il quale la situazione di disagio relativa al mancato stoccaggio dei rifiuti urbani nella Regione abbia violato l'art. 4 n. 1 della direttiva 2006/12. In tal senso, la norma in questione pur non precisando il contenuto concreto delle misure atte ad assicurare che i rifiuti siano smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza recare pregiudizio all'ambiente, vincola gli Stati

⁸⁰ Risalente al lontano 1994 e si è caratterizzata nelle diverse fasi dall'alternarsi di dichiarazione dello "stato di emergenza" e relativo commissariamento da parte del Governo alla previsione di piani ed impianti di gestione dei rifiuti. Cfr. L. BARONI, cit., pp. 615 ss; L. COLELLA, *La governance dei rifiuti in Campania tra tutela dell'ambiente e pianificazione del territorio. Dalla "crisi dell'emergenza rifiuti" alla "società del riciclaggio"*, in questa *Rivista*, 2010, 3, pp. 493-538. Si veda, inoltre, S. NESPOR, *Emergenza rifiuti in Campania e poteri del Commissario straordinario* (Nota a Corte Costituzionale 16 luglio 2008, n. 277), in questa *Rivista*, 2009, 1, pp. 129 ss.

⁸¹ Cfr. Corte Ue, Sez. III, 26 aprile 2007, causa C-135/05, *Commissione c. Italia*, e 24 maggio 2007, causa C-361/05, *Commissione c. Spagna*.

membri a tale obiettivo pur lasciando loro un potere discrezionale⁸². Tuttavia, il prolungarsi di una situazione di degrado ambientale, con rischi per la salute umana, accompagnato dall'inerzia delle autorità competenti è sintomatico della violazione del coefficiente di discrezionalità conferito al singolo Stato⁸³.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte accoglie le osservazioni della Commissione secondo le quali la scelta di organizzare i piani di gestione dei rifiuti su base regionale richiede che ogni Regione debba adottare le misure adeguate per garantire la raccolta, il trattamento e lo smaltimento dei propri rifiuti e che questi vanno smaltiti il più vicino possibile al luogo in cui vengono prodotti, per limitarne al massimo il

⁸² Cfr. Corte Ue, 9 novembre 1999, causa C-365/97, *Commissione c. Italia*, par. 67 e Sez. I, 18 novembre 2004, causa C-420/02, *Commissione c. Grecia*, par. 21.

⁸³ *Idem*, par. 68 ss. Inoltre, in relazione al recepimento delle disposizioni contenute negli artt. 4 e 5 della direttiva si è optato per una gestione che individui "ambiti territoriali ottimali" quale parametro geografico di autosufficienza e di prossimità. In tal senso, la stessa Corte precisa che il disposto dell'art. 5 della direttiva non richiede una gestione nazionale né che il principio di autosufficienza espresso dal riformulato art. 16, n. 4 della direttiva 2008/98/CE comporti che ciascuno Stato membro debba possedere l'intera gamma di impianti di recupero al suo interno, ma censura la mancata creazione di un sistema di gestione e di smaltimento dei rifiuti urbani in Campania; in essa tali processi non realizzandosi in impianti prossimi ai luoghi di produzione ma attraverso la spedizione degli stessi verso altre regioni o altri Stati membri, hanno condotto all'adozione di misure straordinarie *ad hoc* non riconducibili alle prescrizioni previste dall'art. 5 della direttiva europea e, tanto più, ad una situazione emergenziale dal punto di vista sanitario ed ambientale. Difatti, la scelta della base territoriale adeguata per conseguire l'autosufficienza in materia e del tutto rimessa alla discrezionalità degli Stati tenendo conto, tuttavia, nell'individuazione dei criteri di localizzazione dei siti di smaltimento della protezione della salute e dell'ambiente, nonché "della creazione di una rete che consenta lo smaltimento dei rifiuti in uno degli impianti appropriati più vicini". Quindi, detti criteri di localizzazione devono riguardare "la distanza di tali siti rispetto agli insediamenti in cui sono prodotti i rifiuti, il divieto di realizzare gli impianti in prossimità di zone vulnerabili e l'esistenza di infrastrutture adeguate per il trasporto dei rifiuti, quali il collegamento alle reti di trasporto". Cfr. Corte Ue, Sez. IV, 4 marzo 2010, cit., par. 55 e par. 65 e Sez. VI, 1 aprile 2004, cause riunite C-53/02 e C-217/02, *Commune de Braine-le-Château e a.*, par. 34. Inoltre, per la consultazione del Piano per la gestione dei rifiuti urbani della Regione Campania di cui alla delibera della Giunta regionale del 23 gennaio 2012, n. 8 (BURC del 24 gennaio 2012, n. 5) si rinvia al link: http://orr.regione.campania.it/osservatorio/docs/documenti/Doc_2268.pdf.

trasporto in virtù del principio di correzione⁸⁴. Di conseguenza – conclude la Corte – se una Regione "non è dotata, in misura e per un periodo rilevante, di infrastrutture sufficienti a soddisfare le sue esigenze, si può dedurre che dette gravi carenze a livello regionale possono compromettere la rete nazionale di impianti di eliminazione dei rifiuti, privandola delle caratteristiche di integrazione ed adeguatezza richieste dalla direttiva 2006/12/CE, che consenta allo Stato membro interessato di perseguire individualmente l'obiettivo di autosufficienza definito all'art. 5, n. 1"⁸⁵. In tal senso, lo stesso ricorso a forme di cooperazione interregionale o fra Stati nella gestione e smaltimento dei rifiuti – seppur ammessa dall'art. 5 della direttiva 2006/12 – non ha consentito di rimediare al *deficit* strutturale presente nella Regione.

D'altro canto, le violazioni contestate all'Italia non trovano giustificazione nei motivi di forza maggiore richiamati nelle memorie difensive dello Stato convenuto, in quanto ai fini dell'accertamento di una responsabilità *ex art. 258 TFUE* "è irrilevante che l'inadempimento risulti dalla volontà dello Stato membro al quale è addebitabile, dalla sua negligenza, oppure dalle difficoltà tecniche cui quest'ultimo abbia dovuto far fronte"⁸⁶. Pertanto, fatti quali l'opposizione della popolazione all'installazione di discariche sul territorio dei loro Comuni, l'esistenza di attività criminali nella Regione nonché la mancata esecuzione da parte delle controparti contrattuali degli obblighi ad esse incombenti riguardanti la realizzazione di taluni impianti necessari alla Regione, non possono essere eccepiti come difficoltà di attuazione nell'esecuzione di un atto europeo⁸⁷. Alla luce di tali considerazioni la Corte di Giustizia, con sentenza del 4 marzo 2010, accerta le violazioni contestate allo Stato italiano⁸⁸. Inoltre, a fronte, della perdurante situazione emergenziale e del degrado ambientale, la Commissione istruisce un nuovo contradd-

⁸⁴ Cfr. Corte Ue, 17 marzo 1993, causa C-155/91, *Commissione c. Consiglio*, par. 13.

⁸⁵ Corte Ue, Sez. IV, 4 marzo 2010, cit., par. 68.

⁸⁶ Corte Ue, Sez. VI, 1 ottobre 1998, causa C-71/97, *Commissione c. Spagna*, par. 15.

⁸⁷ Corte Ue, 7 aprile 1992, causa C-45/91, *Commissione c. Grecia*, par. 20 e 21 e Grande Sezione, 9 dicembre 2008, causa C-121/07, *Commissione c. Francia*, par. 72.

⁸⁸ Nel periodo successivo la questione rifiuti nella Regione Campania risulterà, tuttavia, un caso irrisolto in cui l'accumulo di tonnellate di rifiuti nelle strade proseguirà fino all'agosto del 2011.

dittorio con lo Stato ritenendo che il problema strutturale sia persistente e siano state disattese tutte le misure di esecuzione della precedente sentenza.

Per di più, nell'ambito del giudizio di "doppia condanna" il giudice europeo ricorda di aver accertato che numerose discariche ubicate nelle Regioni italiane non sono ancora state adeguate alle disposizioni disciplinanti la gestione dei rifiuti e, pertanto, la mancata autosufficienza regionale della Campania non potrebbe essere compensata mediante trasferimenti interregionali di rifiuti⁸⁹. Nondimeno, i precedenti accertamenti compiuti dalla Corte di Giustizia rilevano come sul territorio nazionale esista un numero considerevole di discariche abusive, alcune delle quali contenenti rifiuti pericolosi, il cui riassetto richiede misure strutturali di carattere generale e durevole atto a porre rimedio all'inadempimento⁹⁰. Per tali motivi la Corte di Lussemburgo ritiene di dover applicare una sanzione pecuniaria quale strumento atto a favorire un intervento efficace delle autorità nella risoluzione della "questione rifiuti". Si accolgono, dunque, le richieste della Commissione alla

⁸⁹ Corte Ue, Grande Sezione, 2 dicembre 2014, causa C-196/13, *Commissione c. Italia*, par. 93. La situazione è aggravata dal fatto che l'8% della produzione nazionale di rifiuti urbani è prodotta nella Regione Campania, il che rende la peculiare questione idonea a compromettere seriamente la capacità dello Stato di perseguire l'autosufficienza nazionale. Ne discende che le difficoltà nello stoccaggio dei rifiuti accumulati determinano un alto rischio di inquinamento con possibili ripercussioni sulla salute umana. A tal riguardo, l'aggiornamento della situazione epidemiologica a cura dell'ISS, "ISTISAN-Mortalità, ospedalizzazione e incidenza tumorale nei Comuni della Terra dei Fuochi in Campania", dell'agosto 2015, ha evidenziato "una serie di eccessi della mortalità, dell'incidenza tumorale e dell'ospedalizzazione per diverse patologie, che ammettono fra i loro fattori di rischio accertati o sospetti l'esposizione a inquinanti emessi o rilasciati da siti di smaltimento illegale di rifiuti pericolosi e di combustione incontrollata di rifiuti sia pericolosi, sia solidi urbani". Ne discende l'esigenza di implementare "il risanamento ambientale e l'immediata cessazione delle pratiche illegali di smaltimento e combustione dei rifiuti". Per approfondimenti si rinvia all'indirizzo: <http://www.iss.it/publ/index.php?lang=1&id=2897&tipo=5>.

⁹⁰ Corte Ue, Grande Sezione, 2 dicembre 2014, cit., par. 40. Inoltre, ha precisato la Corte, il degrado ambientale risulta intrinseco alla mera presenza di rifiuti in discarica e la semplice chiusura della stessa o la copertura dei rifiuti non è sufficiente ad adempiere agli obblighi derivanti dalle disposizioni europee. Oltretutto, la presenza in discarica di rifiuti pericolosi senza che ne sia stata eseguita una catalogazione e identificazione esaustiva aggrava la situazione d'infrazione attribuibile allo Stato italiano. Si veda *Idem*, par. 67 ss.

condanna di una penalità di mora correlata alla dilatazione temporale dell'infrazione e, in via cumulativa, il giudice europeo applica un'ingente somma forfettaria tenendo conto sia del comportamento specifico dello Stato membro che delle caratteristiche dell'inadempimento constatato⁹¹.

A ciò si aggiunge che, in concomitanza con l'avvio della fase pre-contenziosa da parte della Commissione per mancata esecuzione della già citata sentenza del 4 marzo 2010, la Corte europea dei diritti dell'uomo veniva adita per la violazione del diritto ad un ambiente salubre (*ex art. 8 CEDU*)⁹² da alcuni residenti dell'area provinciale del capoluogo campano. Alla base delle doglianze contestate allo Stato italiano vi era la cattiva gestione della "crisi dei rifiuti" già accertata dalla Corte di Giustizia, la quale aveva rilevato "*quanto la situazione di accumulo di rifiuti nelle strade esponesse a gravi rischi per la salute umana*"⁹³. La tutela dell'ambiente – pur non traducendosi in un espresso diritto individuale all'ambiente salubre incluso nel catalogo dei diritti garantiti dalla CEDU⁹⁴ – costituisce, nell'interpretazione estensiva fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, un "valore" oggettivo d'interesse

⁹¹ Corte Ue, Grande Sezione, 13 maggio 2014, causa C-184/11, *Commissione c. Spagna*, par. 60.

⁹² Sul punto si rinvia per un'approfondita disamina a G. D'AVINO, *Il diritto di vivere in un ambiente salubre (art. 8 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, 2016, pp. 821-852.

⁹³ Corte EDU, Sez. II, 10 gennaio 2012, ric. n. 30765/08, *Di Sarno e altri c. Italia*, par. 52 ss. Cfr. D. BELVEDERE, *Il diritto alla salvaguardia dell'ambiente nel dialogo tra Corti*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITTA (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2015, pp. 355-367; M. FERRARA, *La sentenza «Di Sarno e altri c. Italia»: un ulteriore passo avanti della Corte di Strasburgo nell'affermazione di obblighi di protezione dell'ambiente*, in *La Comunità internazionale*, 2013, 1, pp. 161-177.

⁹⁴ Cfr. *ex multis*, B. BOER (ed.), *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford, 2015; E. RUOZZI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, Napoli, 2011; C. PITEA, *La protezione dell'ambiente e tutela dei diritti umani*, in A. FODELLA, L. PINESCHI (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto Internazionale*, Torino, 2010, pp. 133-161; M. FITZMAURICE, *Global Importance of Human Rights for Environmental Protection*, in *The Global Community YILJ*, 2009, 1, pp. 73-105; M. CASTELLANETA, *L'individuo e la protezione dell'ambiente nel Diritto internazionale*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2000, 4, pp. 913-964, in part. p. 942 ss.

generale per la società che giustifica limitazioni ad altri diritti riconosciuti e richiede interventi positivi da parte dello Stato⁹⁵. Una tutela indiretta dell'ambiente che trova un terreno privilegiato nell'art. 8 CEDU, in ragione del fatto che i fattori ambientali incidono "sulla sfera individuale se la violazione ha effetto diretto sulla vita privata e familiare, o sul domicilio, del ricorrente e raggiunga un livello grave di inquinamento ambientale"⁹⁶. Tuttavia, per qualificare un fenomeno di inquinamento ambientale "non è necessario provare che esso abbia causato un danno alla salute fisica del ricorrente"⁹⁷, giacché "il diritto al rispetto della vita privata e familiare non si limita a fattispecie di violazione dell'integrità fisica, ma si estende a situazioni che attengono allo sviluppo autonomo della personalità e delle relazioni sociali"⁹⁸.

Ciò emerge nella stessa pronuncia della Corte di Strasburgo nel caso *Di Sarno*⁹⁹, dove si afferma, da un lato che "i gravi danni ambientali possono incidere sul benessere delle persone e privarle del loro domicilio in modo da ledere la loro vita privata e familiare"¹⁰⁰, dall'altro, l'obbligo

⁹⁵ Vedi Corte EDU, Sez. I, decisione 15 luglio 1980, ric. n. 7889/77, *Arondele c. Regno Unito*.

⁹⁶ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 9 dicembre 1994, ric. n. 16798/90, *López Ostra c. Spagna*, par. 51; Grande Camera, 19 febbraio 1998, ric. 14967/89, *Guerra e altri c. Italia*, par. 60; Grande Camera, 8 luglio 2003, ric. 36022/97, *Hatton c. Regno Unito*, par. 119. In dottrina si rinvia tra gli altri a: C. PITEA, Art. 8 (*La tutela indiretta dell'ambiente*, par. X), in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (dir.), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 349-352; A. SACCUCCI, *La protezione dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova, 2010, pp. 493-531.

⁹⁷ Corte EDU, *López Ostra c. Spagna*, cit., par. 51. Cfr. M. ARCARI, *Tutela dell'ambiente e diritti dell'uomo. Il caso Lopez Ostra contro Spagna e la prassi di Commissione e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in questa *Rivista*, 1996, 5, pp. 745 ss.

⁹⁸ Corte EDU, Grande Camera, 21 febbraio 1990, ric. 9310/81, *Powell e Rainer c. Regno Unito*. Sul punto si rinvia a C. FELIZIANI, *Il diritto fondamentale all'ambiente salubre nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU in materia di rifiuti. Analisi di due approcci differenti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, 6, pp. 999 ss.

⁹⁹ Corte EDU, *Di Sarno e altri*, cit. Cfr. A. SIRONI, *La tutela della persona in conseguenza di danni all'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, 5, pp. 5-34.

¹⁰⁰ Corte EDU, *Guerra e altri*, cit., par. 60.

degli Stati "in particolare nel caso di un'attività pericolosa, di mettere in atto una regolamentazione idonea alle specificità di detta attività, soprattutto a livello del rischio che potrebbe derivarne". Ne consegue, soprattutto alla luce delle stesse affermazioni dello Stato interessato che ammette "una gestione disastrosa del servizio di raccolta, trattamento e smaltimento dei rifiuti", la constatazione da parte del giudice di Strasburgo del fatto che "l'incapacità protratta delle autorità italiane ad assicurare una gestione dei rifiuti ha leso il diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e del loro domicilio"¹⁰¹.

In tale contesto, la recentissima legge della Regione Campania sul "Riordino del ciclo dei rifiuti"¹⁰² si propone "[...] di adeguare la legislazione regionale alla disciplina ed ai principi derivanti da direttive, regolamenti dell'Unione Europea e dalle sentenze della Corte di giustizia in materia di gestione dei rifiuti, nonché alla legislazione statale in campo ambientale. [...] reca disposizioni di riassetto della gestione dei rifiuti solidi urbani e di pianificazione regionale in materia di rifiuti speciali e per la bonifica dei siti inquinati". Di particolare interesse nel testo sono il recepimento della "gerarchia delle priorità" nella gestione dei rifiuti e l'adesione alla "cultura dell'economia circolare"¹⁰³, in linea con le posizioni legislative europee e nazionali.

Il riassetto dei piani di gestione dei rifiuti urbani – la cui inidoneità è stata censurata dalla sentenza del luglio 2015 dalla Corte di Giustizia e in ragione della quale attualmente lo Stato italiano sta pagando le sanzioni inflitte – prevede una nuova articolazione in "Ambiti territoriali ottimali" (ATO)¹⁰⁴ in cui, tenendo conto delle diversità territoriali,

¹⁰¹ Corte EDU, causa *Di Sarno e altri*, cit., par. 108 ss.

¹⁰² L.R. Campania recante "Norme di attuazione della disciplina europea e nazionale in materia di rifiuti", cit.

¹⁰³ L'art. 2 della L.R. Campania 26 maggio 2016, n. 14: "La Regione Campania riconosce la validità dei principi dell'economia circolare, per cui i rifiuti di un processo di produzione e consumo circolano come nuovo ingresso nello stesso o in un differente processo dando vita ad un nuovo modello di produzione e consumo che mira alla eliminazione dei rifiuti, attraverso una progettazione innovativa di alto livello di materiali, riutilizzo delle merci, ricondizionamento del prodotto, rigenerazione dei componenti".

¹⁰⁴ Corrispondenti alle aree provinciali della Regione e aventi lo scopo di garantire un esercizio associato delle funzioni pubbliche relative al servizio di gestione integrata dei rifiuti da parte dei Comuni i cui territori sono ricompresi in tali ambiti. Cfr. art. 23 della L.R. Campania n. 14/2016. Inoltre, ciascun Ente ambito (EdA) così definito e dotato di personalità giuridica e autonomia organizzativa,

si "potranno creare" aree omogenee denominate Sub Ambiti Distrettuali (SAD), dirette all'ottimizzazione del ciclo dei rifiuti o di suoi segmenti funzionali¹⁰⁵. Il riparto di competenze attribuirà alla Regione l'approvazione degli strumenti di pianificazione (Piano regionale di gestione del ciclo integrato dei rifiuti solidi urbani, Piano regionale di gestione dei rifiuti speciali, anche pericolosi, Piano regionale delle bonifiche), nonché il Piano di prevenzione della produzione dei rifiuti che si inserisce nelle azioni regionali tese alla riduzione e al recupero¹⁰⁶ e ai Comuni le funzioni di organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani¹⁰⁷.

Ad una lettura più attenta, tuttavia, la legge regionale non pare definire interventi di prevenzione sul ciclo dei rifiuti così come enunciato in premessa ma, piuttosto, rimodula le strutture competenti alla gestione dei rifiuti urbani in ulteriori e frammentate sedi dislocate a livello locale. Da tale punto di vista, la scelta operata dal legislatore regionale non pone al riparo né dalle attuali problematiche che caratterizzano il territorio né, tantomeno, da future doglianze che potrebbero essere contestate a livello europeo nei confronti dell'Italia per l'ormai perdurante situazione dei rifiuti in Campania. La creazione di nuovi enti e la definizione di "vecchie competenze" sposta solo l'angolo visuale di un problema che richiede correttivi e nuove azioni mirate in grado di orientarsi nell'attuazione di linee direttrici marcatamente delineate a livello europeo e recepite (variamente) a livello nazionale. A riconferma di tali prime impressioni, si pongono gli stessi dubbi sollevati in merito

amministrativa e contabile (si veda art. 25), predispone per ciascun ATO: 1) il Piano d'ambito coerente con gli indirizzi emanati dalla Regione; 2) ripartisce, ove necessario, ATO in Sub Ambiti Distrettuali; 3) individua all'interno dei medesimi il soggetto gestore del servizio di gestione dei rifiuti; 4) definisce gli standard quantitativi e qualitativi; 5) determina la tariffa d'ambito che ciascun Comune percepisce nel relativo tributo comunale sui rifiuti; 6) può autorizzare accordi o intese fra singoli Comuni; 7) e infine, svolgere ogni altra funzione e competenza prevista dal T.U. Ambiente. Cfr. art. 26 (Competenze dell'Ente d'Ambito) della L.R. Campania n. 14/2016.

¹⁰⁵ Cfr. art. 24 rubricato "*Sub Ambiti distrettuali-SAD*" della L.R. Campania n. 14/2016.

¹⁰⁶ Cfr. Titolo III (Pianificazione regionale) e Titolo IV (Azioni regionali) del testo di legge.

¹⁰⁷ Si veda art. 10 (Competenze dei Comuni) della L.R. in esame.

all'approvazione del disegno di legge¹⁰⁸ nelle audizioni pubbliche promosse dalla VII Commissione consiliare permanente, in cui si pone in rilievo il rapporto tra Regione ed enti locali e quello che appare un ruolo di maggior autonomia decisionale affidata all'Ente d'ambito e le criticità emergenti in ambito occupazionale¹⁰⁹. Riserve, dunque, sulla proposta di legge che ha ritardato l'adozione della stessa ma che non ha determinato rilevanti modifiche in sede di approvazione e che allontana il legislatore regionale dalla concreta realizzazione di un ciclo integrato dei rifiuti.

5. *Riflessioni conclusive*

Dall'analisi delle fonti normative in tema di (tutela dell'ambiente e di) gestione dei rifiuti, lette anche alla luce dell'ultima pronuncia di condanna dell'Italia e delle posizioni assunte dalla Corte europea nell'interpretazione evolutiva dell'art. 8 CEDU, si delinea una nuova sensibilità a livello europeo in tema ambientale. Gli effetti nefasti del degrado ambientale e le questioni connesse alla gestione dei rifiuti sono, infatti, all'origine di un diverso orientamento dell'Unione europea nella predisposizione degli obiettivi e nella definizione dei contenuti specifici delle politiche ambientali.

Come già ricordato, le strategie europee per i prossimi anni si basano sulla massima valorizzazione del principio di prevenzione, piuttosto che su quello di riparazione: il tutto alla luce di un approccio che conduce ad una revisione delle metodologie approntate rispetto alla risoluzione del problema dell'aumento nella produzione dei rifiuti, nonché alla stessa ridefinizione della nozione di "rifiuto". Tuttavia, tali mutamenti di prospettiva a livello europeo, coerenti con la consapevolezza acquisita sul piano internazionale del rapporto sinallagmatico tra pro-

¹⁰⁸ Si veda l'*iter* di approvazione del D.d.L. della Regione Campania n. 733/2015, BURC dell'11 gennaio 2016, n. 2.

¹⁰⁹ Ulteriori punti critici riguardano le clausole sociali concernenti il riassorbimento del personale attualmente occupato. L'Anci Campania, in particolare, sottolinea le preoccupazioni in merito all'articolo 44, che "*istituendo nuovi obblighi di assorbimento del personale degli ex Consorzio di Bacino da parte dei soggetti gestori, è suscettibile di determinare un aumento dei costi dei contratti di servizio, con inevitabile riflesso sull'incremento dei livelli tariffari*".

tezione dell'ambiente e sviluppo sostenibile, mal si conciliano con una situazione nazionale di "deficit strutturale" nella predisposizione dei processi di smaltimento secondo un'ottica che esuli dal carattere meramente emergenziale. Infatti, la più volte dichiarata violazione, da parte dello Stato italiano, delle disposizioni concernenti una corretta e sicura gestione dei rifiuti, dovuta ad insufficienze strutturali interne, fa della "questione rifiuti" un caso irrisolto idoneo a dar vita a nuovi contenziosi dinanzi alle Corti europee.

È del tutto evidente che gli interventi richiesti devono essere particolarmente incisivi e finalizzati a rimediare nel lungo periodo ad un complesso di problematiche esistenti che riguardano, tra l'altro, l'intero territorio: dalla prevenzione nelle attività illegali di smaltimento dei rifiuti alla bonifica delle aree interessate, alla garanzia di prodotti alimentari la cui genuinità sia controllata e certificata secondo le normative vigenti, nonché alla messa in sicurezza e alla bonifica dei siti di smaltimento dei rifiuti urbani. Su tali interventi pendono le pesanti condanne delle Corti europee a fronte di una condizione di inerzia dello Stato italiano, incapace di fronteggiare una crisi ventennale della gestione dei rifiuti in Campania che rischia di produrre a breve/medio termine effetti nefasti sulla salute e qualità di vita delle popolazioni locali.

In tale ottica, risulta di particolare rilievo anche la condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo la quale ha sottolineato la stretta relazione fra degrado ambientale e rispetto alla vita privata e familiare, declinato nell'accezione di diritto a vivere in un ambiente salubre. Il mancato adempimento da parte dello Stato dei suoi obblighi "positivi" diretti a prevenire situazioni di rischio per la salute umana ha esposto l'intera area regionale a condizioni di disagio ed insicurezza. Inoltre, la perdurante "crisi dei rifiuti" ha sottoposto il nostro Paese all'accertamento giurisprudenziale delle Corti europee, le quali – come ricordato *supra* – hanno entrambe rigettato la tesi difensiva fondata su motivi di forza maggiore, sottolineando come la risoluzione di questioni interne allo Stato spetti a quest'ultimo mediante la rimozione degli ostacoli concernenti la realizzazione degli obiettivi fissati in sede europea e la piena garanzia dei diritti tutelati in ambito CEDU. Nell'ottica di una indifendibile politica ambientale in materia di rifiuti un primo accenno di "cambio di rotta" è rappresentato dall'adozione del c.d. "Collegato ambientale" nonché dall'azione del legislatore regionale

(con specifico riferimento alla Regione Campania) che pare voler recepire (almeno "in premessa") i nuovi orientamenti tracciati a risoluzione del problema ambientale scaturente dalla *mala gestio* dei rifiuti urbani prima ancora della mera esigenza di smaltimento degli stessi. La presa di coscienza rispetto a politiche tese all'attuazione di Piani programmatici e di pianificazione a livello nazionale e locale diretti a prevenire la produzione di rifiuti e a intervenire nell'ambito del ciclo di produzione dei medesimi può considerarsi quale primo passo (di un ancora lungo cammino) nella risoluzione delle gravi carenze per le quali lo Stato è il principale responsabile dinanzi all'Unione europea ma, al tempo stesso, non mancano responsabilità diffuse.

Se, per un verso, la situazione italiana (e quella della Regione Campania) non costituisce sicuramente un *unicum* al tempo stesso il corretto trattamento di quella parte "marrone" (costituita dai rifiuti) dell'economia "verde" rappresenta un problema e una sfida per un complesso di soggetti: l'Unione europea e gli Stati membri, il legislatore europeo e quello nazionale, il giudice europeo e quello nazionale ma anche per un insieme di attori non istituzionali (operatori economici, produttori, consumatori, cittadini) con responsabilità differenziate nel quadro dell'obiettivo comune di trasformare l'utopia «rifiuti zero» in un percorso verso una modernità sostenibile.

ANGELA DI STASI – ANGELA MARTONE

Verso un'"economia circolare": le linee direttrici della legislazione e giurisprudenza europea con particolare riferimento alla gestione dei rifiuti nella Regione Campania

L'articolo analizza la politica italiana di gestione dei rifiuti negli ultimi due decenni e mette in luce le difficoltà nell'attuazione del quadro giuridico europeo per il trattamento dei rifiuti. Particolare attenzione è rivolta agli obiettivi dell'UE e all'introduzione del concetto di "economia circolare" diretta all'attuazione di una "gerarchia dei rifiuti", sottolineando l'importanza delle tecniche di gestione, il recupero e il riciclaggio per ridurre la pressione sulle risorse e migliorare il loro utilizzo. A tal proposito, la Commissione europea ha adottato una proposta legislativa di modifica della direttiva 2008/98/CE sui rifiuti, diretta a favorire una crescita economica sostenibile. A livello nazionale, l'applicazione del concetto di "gerarchia dei rifiuti" si propone di risolvere la crisi nella gestione dei rifiuti e, in particolare, l'"emergenza" nella Regione Campania.

The issue analyzes Italian waste management policy over the last two decades and highlights difficulties in implementing the European legal framework on waste treatment. It especially focuses on the EU's objectives and on the introduction to the concept of "circular economy" aimed at implementing "waste hierarchy" by emphasizing the importance of proper waste management, recovery and recycling techniques to reduce pressure on resources and improve their use. In this regard, the European Commission adopted a legislative proposal to amend directive 2008/98/EC on waste, aimed at fostering sustainable economic growth. At national level, the implementation of the concept of "waste hierarchy" aims to solve the waste management crisis, specially the "emergency" in the Regione Campania.

La reconfiguration du marché européen du carbone

NICOLAS DE SADELEER

1. Prémisse. – 2. Objectifs de réduction des GES fixés par le Conseil européen. – 3. Le plat de résistance de la politique climatique de l'Union: le SEQE. – 4. L'autorisation et le quota. – 5. Le cours du quota déterminé par le jeu de l'offre et de la demande. – 6. De la théorie à la pratique. – 7. La résorption des quotas excédentaires au cours de la troisième période 2013-2020. – 8. Le gel temporaire de quotas par la Commission européenne. – 9. Le rétablissement d'un signal prix incitatif au moyen de la réserve de stabilité du marché.

1. *Prémisse*

Fort attendue, la décision (UE) 2015/1814 du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 2015 qui crée une réserve de stabilité pour le marché carbone a été largement occultée par les enjeux de la COP 21 alors qu'elle pourrait contribuer à l'élargissement du marché carbone au niveau mondial.

Avant d'analyser l'impact qu'aura cette réserve sur le cours du quota, on rappellera brièvement l'architecture réglementaire dans laquelle s'insère la décision 2015/1814, les écueils sur lesquels le marché carbone a butté par le passé ainsi que les tentatives de la Commission européenne de redynamiser ce marché.

2. *Objectifs de réduction des GES fixés par le Conseil européen*

Depuis 2007, l'UE n'a pas cessé de revoir à la hausse ses ambitions en matière de lutte contre le changement climatique. Dans un premier temps, le Conseil européen a adopté la "règle des 3 x 20" visant no-

tamment à atteindre une réduction, d'ici 2020, d'au moins 20% des émissions de gaz à effet de serre (GES) par rapport au niveau de 1990¹. Ensuite, cet objectif fut relevé, le Conseil européen ayant approuvé en octobre 2014 un objectif contraignant consistant à réduire les émissions de GES dans l'UE d'au moins 40% d'ici 2030 par rapport aux niveaux de 1990. Cet objectif "sera atteint collectivement par l'UE, de la manière la plus efficace possible au regard des coûts", les réductions à opérer d'ici 2030 dans les secteurs relevant du système d'échange de quotas d'émission (SEQE) s'élevant à 43% par rapport à 2005². Les efforts à fournir par les entreprises soumises au SEQE d'ici 2030 sont donc significatifs. "Doté d'un instrument visant à stabiliser le marché", le SEQE constituera le principal instrument de l'UE pour atteindre cet objectif, le Conseil européen évoquant une augmentation du facteur annuel de réduction du plafond d'émissions maximales autorisées (de 1,74% à 2,2%) à partir de 2021³. Le marché mis en place depuis 2005 constitue donc la clé de voûte de cette politique. Un instrument de stabilisation est évoqué.

3. *Le plat de résistance de la politique climatique de l'Union: le SEQE*

Le SEQE fut mis en place par la directive 2003/87/CE⁴. Constituant le plat de résistance de la politique climatique de l'Union, cette directive a pour principal objectif de réduire les émissions de GES conformément aux engagements souscrits par l'UE et ses Etats membres en vertu du protocole de Kyoto, et comme objectifs accessoires plusieurs "sous-objectifs de nature économique"⁵ consistant dans le

¹ Article 8 de la décision n. 406/2009/CE du 23 avril 2009 relative à l'effort à fournir par les États membres pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre afin de respecter les engagements de la Communauté en matière de réduction de ces émissions jusqu'en 2020, *JO*, n. L 140, 5 juin 2009, p. 36.

² Conclusions du 23 et 24 octobre 2014, EUCO 169/14, point 2.1.

³ *Ibid.*, point 2.3.

⁴ Directive 2003/87/CE du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, *JO*, n. L 275, 25 octobre 2003, p. 2. Cette directive fait l'objet de plusieurs lignes directrices et communications.

⁵ TPI, 23 novembre 2005, *Royaume-Uni c. Commission*, T-178/05, *Rec.*, p. II-4807, point 60.

maintien de "conditions économiquement efficaces et performantes"⁶, le "développement économique et l'emploi"⁷, la préservation de "l'intégrité du marché intérieur"⁸, ainsi que le maintien des conditions de concurrence⁹. Cette logique économique a notamment pour effet que les réductions d'émissions de GES doivent avoir lieu au coût le plus faible¹⁰.

Entré en vigueur le 1er janvier 2005, le SEQE a fait l'objet de modifications significatives¹¹ en 2004, en 2008 ainsi qu'en 2009 notamment en vue de répondre aux engagements politiques pris par le Conseil européen. Il fut progressivement étendu à 12.000 établissements industriels¹² ainsi qu'aux compagnies aériennes pour certains de leurs vols¹³.

Grâce au SEQE, le plus vaste marché de carbone au monde a pu voir le jour. Dans la foulée, ce marché fit des émules tant en Chine qu'aux EU. L'harmonisation fut justifiée, d'une part, par la volonté de

⁶ Article 1^{er}.

⁷ Préambule, considérant 5.

⁸ Préambule, considérant 7.

⁹ Préambule, considérant 7.

¹⁰ CJ, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine*, C-127/07, point 32.

¹¹ N. DE SADELEER, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, ULB, 2010, p. 291-313.

¹² Modifié par la directive 2009/29/CE, la directive SEQE couvre plusieurs secteurs industriels ainsi que différents GES (CO₂, protoxyde d'azote et hydrocarbures perfluorés). Reprises à l'annexe I de la directive, il s'agit d'activités dans le secteur de l'énergie, la production et transformation des métaux ferreux, l'industrie minérale et la fabrication de pâte à papier, de papier et de carton.

¹³ En vue d'intégrer, à partir du 1er janvier 2012, les émissions du secteur aérien dans le SEQE, une directive modificative 2008/101/CE fut adoptée à la fin de l'année 2008 (directive 2008/101/CE du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, *JO*, n. L 8, 13 janvier 2009, p. 3). En principe, tous les vols au départ ou à l'arrivée d'un aéroport situé sur le territoire d'un Etat membre sont soumis au régime d'*emission trading*. La CJUE a confirmé la validité du système. Cf. CJUE, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America & al.*, C-366/10. En vue d'atténuer le courroux de ses partenaires commerciaux, l'UE a décidé le 24 avril 2013 de suspendre l'application du SEQE aux exploitants des aéronefs exerçant leurs activités "à destination et en provenance d'aéroports situés dans des pays hors de l'Union qui ne sont pas membres de l'AELE,..." Cf. décision du Parlement européen et du Conseil 377/2013 du 24 avril 2013.

coordonner la mise en œuvre des obligations internationales découlant notamment du Protocole de Kyoto et, d'autre part, par le souci d'éviter des distorsions de concurrence. Le recours à la directive en vue d'harmoniser la matière reflète la nature fort décentralisée du SEQE à ses débuts. En effet, cet instrument offre, dans le cadre des compétences partagées en matière d'environnement, une marge d'appréciation importante aux Etats membres, marge qu'il convient d'apprécier à l'aune du principe de subsidiarité¹⁴. Il en résulte que les Etats membres furent investis de multiples tâches quant à l'organisation et au contrôle du marché carbone.

Depuis l'entrée en vigueur de la troisième période (2013-2020) prévue par la directive modificative 2009/29/CE, les pouvoirs des Etats membres ont été davantage encadrés. Désormais, le SEQE oscille entre décentralisation et centralisation. Comme il fallait réduire au minimum les distorsions de concurrence, de nombreux aspects du système sont dorénavant précisés par des règlements de la Commission.

Au bout du compte, le législateur de l'Union a fait preuve à la fois d'audace et de prudence. D'audace, car le régime harmonisé a permis de rendre opérationnel un des mécanismes prévu par le protocole de Kyoto et l'a progressivement étendu à d'autres sources d'émission. L'UE a donc pris ses responsabilités. De prudence, car c'est, comme nous allons le voir, par touches successives, que des améliorations ont été apportées au régime initial. Celles-ci s'imposaient car il fallait remédier à bon nombre d'imperfections tout en poursuivant des objectifs ambitieux. Si ce marché ne constitue pas la panacée¹⁵, il n'en demeure pas moins qu'il aurait dû envoyer un signal clair aux entreprises quant à l'intérêt de limiter de manière significative les émissions de GES.

¹⁴ TPI, 7 novembre 2007, *Allemagne c. Commission*, T-374/07, points 78 et 79 ; TPI, 23 septembre 2009, *Estonie c. Commission*, T-263/07, point 52.

¹⁵ Certains économistes considèrent que le marché carbone est trop volatil pour que les entreprises puissent programmer sur le long terme leurs investissements. A quoi bon investir dans de nouvelles technologies si le prix du carbone demeure extrêmement bas ? En revanche, une taxe progressive aurait pu jouer un rôle plus incitatif.

4. L'autorisation et le quota

Le SEQE s'articule autour de deux concepts essentiels: les autorisations accordées aux installations, d'une part, et les quotas autorisant les exploitants¹⁶ à émettre une certaine quantité de ces gaz, d'autre part¹⁷. Tout d'abord, les installations tombant dans le champ d'application de la directive sont soumises à une autorisation administrative d'émettre dans l'atmosphère des GES¹⁸. Dans la mesure où l'exploitant peut rejeter davantage de gaz que ce que lui permet son quota alloué par les autorités nationales, l'autorisation en question ne fixe pas, à la différence des autres permis environnementaux, de valeurs limites d'émission, sauf si cela s'avère nécessaire pour contrer une trop forte pollution locale ("*hot spot*")¹⁹.

L'autorisation doit prévoir l'obligation de restituer, dans les quatre mois qui suivent la fin de chaque année civile, soit le 30 avril au plus tard, des quotas correspondant aux émissions totales de l'installation au cours de l'année civile écoulée²⁰. Parce que les émissions comptabilisées sont "restituées" à l'autorité nationale, le quota quitte le patrimoine de la société et retourne à l'autorité qui l'annule²¹.

Une installation peut émettre soit moins, soit davantage de CO₂ ou d'autres GES que ce qui lui a été alloué. Son exploitant devra alors acquérir à la fin de chaque période des quotas supplémentaires en vue de couvrir ses émissions excédentaires.

¹⁶ Concepts qui sont définis à l'article 3, f).

¹⁷ Défini par la directive comme "*autorisant à émettre une tonne d'équivalent-dioxyde de carbone au cours d'une période spécifiée*" (article 3, a)), le quota peut être qualifié de "*moyen de paiement d'une dette créée par une législation de police*". Cfr. M. PÂQUES, *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la CE, Amén-Envt*, 2003, numéro spécial, p. 42. Le Code français de l'environnement définit les quotas d'émission comme étant "*des biens meubles exclusivement matérialisés par une inscription au compte de leur détenteur dans le registre national*" (article L 229-15, I, al. 1 du Code de l'environnement).

¹⁸ Article 4.

¹⁹ Article 9, par. 3, de la directive 2008/1/CE.

²⁰ Article 6, par. 2, e) et 12, par. 3.

²¹ C. CHENEVIÈRE et P. NIHOUL, *Les règles européennes visant à lutter contre le réchauffement climatique*, JDE, 2009, n. 159, p. 127.

5. Le cours du quota déterminé par le jeu de l'offre et de la demande

Le succès tout comme la pérennité du SEQE tiennent à la simplicité du principe sur lequel il repose. Il s'agit d'un véritable marché de gaz à effet de serre en fonction d'un plafonnement ("*cap and trade*"). Les plafonds furent, dans un premier temps, fixés par les autorités étatiques au moyen de leurs plans nationaux d'allocation (PNA) et, depuis 2013, par la Commission européenne.

En fonction d'un plafonnement annuel (*cap*) qui tourne aujourd'hui autour de 2 milliards de quotas, le SEQE autorise les entreprises à acheter et à vendre leurs quotas d'émission (*trade*) qu'elles ont acquis soit à titre gratuit (pour les secteurs exposés aux fuites de carbone²²), soit à titre onéreux lors de leur mise aux enchères par les autorités nationales (57% pour la période 2013-2020). Aussi les entreprises sont-elles autorisées à acheter et à vendre leurs quotas d'émission selon leurs besoins. Se déroulant dans des "*conditions économiquement efficaces et performantes*"²³, ce marché est ouvert à toute personne physique ou morale, même celles résidant dans des pays tiers²⁴, ces dernières pouvant acheter, conserver ou demander l'annulation de quotas²⁵.

A la fin de chaque année, lorsqu'il fait ses comptes²⁶, l'exploitant peut être confronté à trois cas de figure.

Dans l'hypothèse où il restitue à l'autorité nationale un nombre de quotas égal au total de ses émissions de GES, l'opération est neutre.

En produisant moins ou en recourant à des meilleures technologies, il parvient à diminuer ses émissions de GES; n'étant plus tenu de restituer les quotas non utilisés qui lui ont été alloués, il peut les vendre

²² C'est-à-dire l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre dans les pays tiers où les entreprises ne sont pas soumises à de telles restrictions par rapport au carbone. Voy la décision 2012/2/UE de la Commission établissant la liste des secteurs et sous-secteurs considérés comme exposés à un risque important de fuite de carbone.

²³ Article 1^{er}.

²⁴ Article 3, g; article 12, par. 1 et article 25.

²⁵ Article 12, par. 4.

²⁶ Article 12, par. 3.

à des tiers. Si ce scénario se généralise, la demande s'avère plus faible que l'offre.

Enfin, dans l'hypothèse où ses émissions seraient supérieures aux quotas initialement délivrés, l'exploitant devra couvrir l'ensemble de ses émissions en obtenant des quotas supplémentaires qu'il pourra acquérir sur le marché. A défaut, il sera sanctionné²⁷.

Tout quota restitué est immédiatement annulé par les autorités nationales afin qu'il ne puisse plus servir.

Dans la mesure où les entreprises diminuant leurs émissions de GES vendent leurs quotas à celles qui émettent davantage de gaz, le système se caractérise par sa flexibilité, le marché s'organisant lui-même de la manière la plus souple possible. Aussi l'exploitant doit-il mettre sur les plateaux de la balance, d'une part, le coût d'un investissement en vue de réduire ses émissions ou d'une délocalisation en dehors de l'Union et, d'autre part, le coût de l'acquisition de quotas supplémentaires et le risque auquel il s'exposera en raison des fluctuations des cours. Revenant exclusivement à l'entreprise, cette décision ne saurait être dictée par les pouvoirs publics. Pour laisser pleinement jouer la loi de l'offre et de la demande, ni la Commission ni les Etats membres n'étaient autorisés à intervenir sur le marché carbone.

6. *De la théorie à la pratique*

En théorie, le succès du régime d'échange de quotas d'émission dépend d'une réduction progressive des émissions individuelles allouées par l'Etat membre aux différentes installations, ce qui implique d'emblée une allocation parcimonieuse des quotas dans le dessein d'encourager les entreprises à investir dans des technologies moins polluantes. En effet, seule la raréfaction de la ressource peut inciter les titulaires des autorisations à rejeter moins de GES. Aussi la détermination du nombre de quotas alloués doit-elle être conçue de manière telle que la demande d'acquisition soit d'emblée supérieure à l'offre, en vue d'orienter le cours à la hausse. Aussi un prix carbone élevé aurait-il dû résulter de la raréfaction progressive des quotas, prix qui en toute logique aurait dû inciter les entreprises à investir dans de nouvelles techno-

²⁷ Article 16, par. 2.

logies. Dans la mesure où l'économie est loin d'être une science exacte, le fossé entre la théorie et la pratique s'est rapidement creusé. Plusieurs événements ont mis à mal le cercle vertueux imaginé par les économistes qui avaient conçu ce marché.

Dès ses débuts, le système souffrit de la surabondance de quotas octroyés par les Etats membres²⁸.

Par la suite, la crédibilité de ce marché fut mis à mal par une succession de fraudes et de vols.

En outre, le volume des réductions certifiées d'émissions et des unités de réduction des émissions issues de projets provenant de projets de compensation dans les pays en voie de développement²⁹ (mécanisme de développement propre ou de la mise en oeuvre conjointe) a contribué à exacerber la volatilité du prix du quota³⁰.

Mais c'est principalement le ralentissement de l'activité économique à partir de 2008 qui provoqua une surabondance de quotas mis sur le marché³¹, étant donné que le nombre de quotas à distribuer par les Etats membres fut calculé sur la base de la production industrielle précédant le début de la crise financière. Puisqu'aucun mécanisme d'adaptation n'avait été prévu par le législateur, le marché fut rapidement inondé de quotas non utilisés, ce qui entraîna la chute du prix du quota. Acheter des quotas "bon marché" s'avéra donc bien moins coûteux que de réduire les émissions de GES.

Alors que le cours du quota d'émission s'échangeait début 2006 aux environs de 25 €, en 2007, l'offre étant supérieure à la demande, il s'effondra. La valeur du quota étant cette année là seulement de 0,13 €, l'objectif de réduction d'émission de gaz poursuivi ne put être atteint. Par la suite, la crise financière eut pour effet de maintenir un cours très

²⁸ Les deux premières périodes reposaient principalement sur l'octroi gratuit d'un montant de quotas aux exploitants des installations ("*grandfathering*").

²⁹ La directive 2004/101/CE avait rendu compatible les mécanismes prévus par le protocole de Kyoto (la mise en oeuvre conjointe et le mécanisme de développement propre) avec le SEQE. Aussi les exploitants soumis au SEQE ont-ils pu utiliser ces deux mécanismes dans le cadre du système d'échange de quotas pour s'acquitter de leurs obligations. Cf. N. DE SADELEER, *Commentaire Mégret, op.cit.*, p. 293.

³⁰ Considérant 3 du règlement (UE) n. 176/2014 modifiant le règlement (UE) n. 1031/2010 afin, notamment, de déterminer les volumes de quotas d'émission de gaz à effet de serre à mettre aux enchères pour la période 2013-2020.

³¹ Considérant 3 du règlement (UE) n. 176/2014 précité.

bas. Au mois de mai 2009, en raison de la baisse des émissions dues au ralentissement de l'activité industrielle, la valeur du quota était de 11 €. En 2014 et 2015, le prix a oscillé entre 5 et 7 euros, alors qu'il aurait dû dépasser 20 € pour inciter les industriels à développer des technologies propres. En fin de compte, entre 2005 et 2014 le cours a chuté de 30 à 5 €.

7. *La résorption des quotas excédentaires au cours de la troisième période 2013-2020*

Depuis 2013, un régime davantage centralisé reposant sur la fixation du montant des quotas par la Commission³² s'est substitué au régime décentralisé qui avait marqué les deux premières périodes (2005-2007 et 2008-2011)³³. A la différence de l'autorisation administrative³⁴, les quotas doivent soit être mis aux enchères par l'autorité nationale, soit être alloués gratuitement aux exploitants appartenant à des secteurs qui sont exposés à des "fuites de carbone"³⁵ et non pas aux installations en tant que telles³⁶. Assurément, il s'agissait là d'une révolution copernicienne puisque cette réforme eut pour effet de diminuer la marge d'appréciation revenant à l'origine aux Etats membres, ces derniers ne pouvant plus se reposer sur leurs plans nationaux.

Il s'ensuit que les États membres sont désormais tenus de mettre aux enchères l'intégralité des quotas qui ne sont pas délivrés à titre gratuit. La distribution des titres aux enchères doit être faite selon les modalités suivantes³⁷:

- 88% sont répartis entre les États membres sur base de leurs émissions,
- 10% sont répartis à des fins de solidarité et de croissance,

³² Article 13, par. 1.

³³ N. DE SADELEER, *Commentaire Mégret, op.cit.*, pp. 304-307.

³⁴ Article 4.

³⁵ Des exceptions ont été prévues à titre transitoire pour les secteurs exposés aux "fuites de carbone".

³⁶ Article 11.

³⁷ Article 10.

- 2% sont répartis entre les États membres dont les émissions de GES en 2005 étaient d'au moins 20% inférieures à l'année de référence qui leur étaient applicable en vertu du protocole de Kyoto.

Le règlement de la Commission n. 1031/2010 a établi un cadre régissant les modalités de la mise aux enchères³⁸. De la sorte, les volumes de quotas à mettre aux enchères chaque année, après déduction des quotas alloués à titre gratuit de la quantité de quotas délivrée la même année pour l'ensemble de l'UE ont été fixés par la Commission pour une période de huit ans (2013-2020). Le règlement (UE) n. 1210/2011 de la Commission a prévu une dérogation à ce calendrier en déterminant un volume de quotas à mettre aux enchères plus tôt, avant 2013, avec des réductions correspondantes des volumes à mettre aux enchères en 2013 et en 2014, l'objectif principal étant d'assurer une transition sans heurts entre la deuxième et la troisième période d'échanges.

En outre, la quantité globale de quotas destinés aux installations fixes diminue annuellement à concurrence de 1,74% des quotas délivrés initialement par les États membres³⁹. Un facteur linéaire plus ambitieux s'imposera à terme, le plafond dégressif étant relevé à 2,2% à partir de 2021⁴⁰. Cet effort continu de réduction devait en principe diminuer l'offre.

Pour la période de 2013-2020, le nombre de quotas à mettre aux enchères devait s'élever à 8.176.193.157 quotas⁴¹. Cette quantité totale de quotas pour l'ensemble de l'UE fut calculée en fonction des plans

³⁸ Règlement de la Commission n. 1031/2010 12 novembre 2010 relatif au calendrier, à la gestion et aux autres aspects de la mise aux enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté. L'allocation des quotas aux exploitants d'avions soumis au SEQUE diffère de celle prévue pour les installations fixes. Du fait que 85% des quotas sont attribués à titre gratuit, un pourcentage moins important de quotas est mis aux enchères.

³⁹ Considérant 13, directive 2009/29 et article 9.

⁴⁰ La diminution linéaire prévue pour le secteur de l'aviation correspond à 3% par rapport aux émissions historiques, seuil qui a été relevé depuis 2013 à 5%.

⁴¹ Considérant 26 de la décision 2013/448/UE de la Commission. À propos des facteurs qui ont été pris en compte pour fixer la quantité globale de quotas alloués pour la troisième période, voy P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, 2ème édition, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 732 – 733.

nationaux, approuvés par la Commission et mis en oeuvre entre 2008 et 2012.

S'agissant de l'année 2013, la quantité de quotas fut établie, en vertu de l'article 1^{er} de décision 2013/448/UE de la Commission, à 2.084.301.856⁴². En raison de l'application du facteur de réduction linéaire de 1,74%, cette enveloppe globale fut diminuée en 2014 de 38.264.246 quotas⁴³.

Toutefois, l'espoir d'obtenir au moyen de ce mécanisme de réduction linéaire une raréfaction accrue des quotas mis sur le marché s'est rapidement évanoui. Selon le rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'état du marché européen du carbone en 2012, les déséquilibres entre l'offre et la demande devraient perdurer, et "l'adaptation de la trajectoire linéaire pour atteindre un objectif plus ambitieux au sein de ce cadre ne serait probablement pas suffisante pour y remédier". La principale difficulté tient à la présence de quotas surnuméraires. N'ayant pas été annulés dans le courant de la seconde période (2008-2012), ces derniers sont venus augmenter la quantité de quotas mis à la disposition au cours de la troisième période (2013-2020).

Le déséquilibre entre l'offre et la demande est tel qu'il se traduit actuellement par un excédent d'environ 2 milliards de quotas⁴⁴, lequel devrait atteindre à terme 2,6 milliards. Ce surplus de quotas se traduit par des prix trop bas, lesquels ne parviennent pas à inciter les entreprises à investir dans de nouvelles technologies.

Il fallait donc davantage pour restaurer la crédibilité du marché de carbone.

⁴² Décision 2010/634/UE de la Commission du 22 octobre 2010 adaptant la quantité de quotas à délivrer pour l'ensemble de l'Union pour 2013 dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne et abrogeant la décision 2010/384/UE, modifiée par la décision 2013/448/UE de la Commission.

⁴³ Considérant 21 de la décision 2013/448/UE de la Commission.

⁴⁴ Considérant 4 de la décision du Parlement européen et du Conseil 2015/1814.

8. *Le gel temporaire de quotas par la Commission européenne*

Le rapport de la Commission sur l'état du marché européen du carbone en 2012 a mis en évidence la nécessité de prendre des mesures pour lutter contre les déséquilibres structurels entre l'offre et la demande. Une première tentative de stabilisation a vu le jour en 2013. À partir du constat que l'augmentation du prix reste tributaire de la rareté, la décision du Parlement européen et du Conseil 1359/2013 a modifié l'article 10, par. 4 de la directive 2003/87/CE en vue de permettre à la Commission de modifier le règlement 1013/2010 relatif à la mise aux enchères des quotas.

Conformément à la décision législative 1359/2013, la Commission fut donc habilitée à modifier le calendrier des enchères de quotas d'émission de GES en vue de garantir le bon fonctionnement de ce marché. Le volume de quotas devant être mis aux enchères chaque année au cours de la période 2014-2016 fut réduit en vertu du règlement (UE) n. 176/2014 du 25 février 2014 modifiant le règlement (UE) n. 1031/2010.

Cependant, cette intervention sur le marché carbone fut sujette à plusieurs conditions qui eurent pour effet d'en limiter la portée. Envisagé à titre "exceptionnel", afin de ne pas mettre en cause la sécurité juridique des opérateurs⁴⁵, ce gel temporaire fut limité à "une seule adaptation de ce genre pour un nombre maximal de 900 millions de quotas"⁴⁶. En fin de compte, cette technique connue sous le nom de *Backloading*, a permis à la Commission de retarder la mise aux enchères des quotas. À défaut d'une mesure structurelle sur le long terme, cette intervention de la Commission ne permettait pas d'absorber l'excédent de quotas.

9. *Le rétablissement d'un signal prix incitatif au moyen de la réserve de stabilité du marché*

En raison du caractère insatisfaisant du gel temporaire découlant de la décision législative 1359/2013 et à défaut de pouvoir mettre en

⁴⁵ Considérant 2 de la décision du Parlement européen et du Conseil 1359/2013.

⁴⁶ Article 10, par. 4, 1^{er} al.

place une autorité indépendante de régulation qui pourrait résorber le surplus, le législateur de l'UE a tenté de rétablir un signal prix incitatif en adoptant la décision (UE) 2015/1814 du 6 octobre 2015 qui crée la "réserve de stabilité du marché".

Celle-ci sera opérationnelle à partir de 2019. Pour faire bref, ce mécanisme s'articule autour de deux axes.

Tout d'abord, les 300 millions de quotas en 2019 et les 600 millions de quotas en 2020, comme le prévoyait le règlement (UE) n. 176/2014 de la Commission, ne seront pas mis aux enchères au cours de ces deux années à venir. Au lieu de cela, ces 900 millions de quotas seront placés dans la réserve.

Par ailleurs, à partir de 2019, un nombre de quotas correspondant à 12% du nombre de quotas à mettre aux enchères sera déduit chaque année des volumes destinés à être mis aux enchères (soit environ 100 Mt des 833 Mt en circulation). Ce retrait devrait permettre au SEQUE d'améliorer sa résilience dans les prochaines années.

Toutefois, si le nombre de quotas en circulation s'avère inférieur à 400 millions, les quotas placés dans la réserve pourront être libérés à concurrence de 100 Mt par an en vue d'être mis aux enchères.

Il s'ensuit que le volume de quotas à mettre aux enchères sera ajusté tantôt à la baisse, tantôt à la hausse. Même si ce système n'apportera pas à lui seul une réponse au défi du réchauffement, il devrait permettre de faire émerger le signal prix qui a fait défaut jusqu'à présent.

Ce nouveau mécanisme est sensiblement différent de ce qui avait été prévu par la décision législative 1359/2013 dans la mesure où les quantités de quotas à retirer ou à réinjecter dans le marché sont déterminées à l'avance et non pas à la discrétion de la Commission. Qui plus est, l'intervention ne dépend pas du prix du quota, mais se fait automatiquement en fonction des volumes échangés⁴⁷.

Cela dit, cette décision ne remet pas en cause la philosophie du marché carbone. Comme il n'y aura pas de prix plancher fixé par les pouvoirs publics, le prix continuera à résulter de la rencontre entre l'offre - cette fois-ci diminuée - et la demande de quotas. Ensuite, la

⁴⁷ J.C. ROTOUILLE, *L'utilisation de la technique de marché en droit de l'environnement. L'exemple du système européen d'échange des quotas d'émission de gaz à effet de serre*, thèse de doctorat, université Panthéon Assas, Paris, 2015, p. 391.

main invisible du marché ne trouve toujours pas sa place. On retiendra la leçon : à défaut d'une intervention publique, les prix s'effondrent et le marché carbone se transforme en usine à gaz juridique. Mais la démarche rappelle à nouveau les efforts de Sisyphe de la part des institutions de l'UE, poussant sans relâche ce rocher jusqu'au sommet d'une montagne dans le royaume des morts, qui à peine le but atteint roule à nouveau jusqu'au pied du versant. Enfin, comme on essaie de parer au plus pressé, il ne s'agit pas d'une réforme structurelle.

On est donc en droit de se demander si la future réserve sera la panacée pour remédier à long terme au déséquilibre entre l'offre et la demande. Parviendra-t-elle un tant soit peu à corriger les défauts structurels congénitaux du SEQE? Tout d'abord, en étant prédéfinis, les mises en réserve et rétrocessions programmées n'offrent aucune marge de manœuvre ni à la Commission européenne ni aux 31 Etats membres de l'Espace Economique Européen, car ces opérations ne dépendent pas du prix du quota. Assurément, la rigidité de la mise en réserve s'oppose à la flexibilité du marché carbone.

Par ailleurs, les quotas retirés dans les années à venir seront à terme réinjectés (vendus aux enchères). Il n'est pas certain que cette réinjection puisse contribuer à rééquilibrer l'offre et la demande. En effet, ce gel temporaire pourrait conduire à la mise aux enchères d'importants volumes de quotas à la fin de la période d'échange, soit en 2020, ce qui pourrait compromettre la stabilité du marché. Soucieux d'éviter un risque de surchauffe, la décision 2015/1814 cherche à atténuer l'impact du report en fin d'exercice des quotas qui seront temporairement affectés à la réserve. Par conséquent, afin d'éviter tout déséquilibre du marché dû à l'offre de quotas à la fin d'une période d'échange et au début de la période suivante, le législateur a inséré à l'article 10 de la directive un mécanisme qui permet la mise aux enchères d'une partie de toute augmentation notable de l'offre à la fin d'une période d'échange au cours des deux premières années de la période suivante.

Ce mécanisme atténuera-t-il le risque d'une rechute des cours du quota? C'est là où le bât blesse. Telle l'épée de Damoclès, la sur-allocation des quotas compromet à terme la survie du marché de carbone le plus ambitieux au monde.

Enfin, tout porte à croire que la mise en œuvre de l'accord de Paris sur le climat conduira l'UE à accroître l'ambition de ses politiques d'ef-

ficacité énergétique et de soutien aux énergies renouvelables, ce qui pourrait conduire à terme à une diminution de la demande de quotas. Or, il ne sera pas aisé pour la réserve qui intervient en aval des mesures publiques et privées climat-énergie d'intégrer cette évolution.

Se pose enfin la question de la désignation du gestionnaire de la réserve. S'agira-t-il de la Commission ou d'un organe ad hoc qui se verrait déléguer la compétence? Quelles seront les compétences de ce gestionnaire ⁴⁸?

A la suite de l'accord de Paris, ces différents enjeux ne peuvent être minimisés car si d'aucuns décrient l'absence de moyens pour atteindre les objectifs ambitieux assignés par ce nouvel accord, l'instauration d'un, voire de plusieurs marchés carbone, apparaît comme la clé de voûte d'une politique climatique mondiale. L'avenir nous dira si le gel structurel des quotas excédentaires permettra au Phénix de renaître de ses cendres ou s'il relève d'un bricolage à court terme auquel il faudra remédier tôt ou tard.

⁴⁸ J.C. ROTOUILLE, *op.cit.*, p. 392.

NICOLAS DE SADELEER

La reconfiguration du marché européen du carbone

Thanks to the European Trading Scheme (ETS), the largest carbon market in the world has been created. Whilst pursuing ambitious objectives, this market has been subject to a sheer number of imperfections. The success of the ETS is dependent upon a progressive reduction of the individual emissions allocated by the Member States to more than 12.000 installations, which implies first and foremost a sparing allocation of allowances, with the aim of encouraging undertakings to invest in less polluting technologies. However, since the outset, the EU carbon market has suffered from an overabundance of allowances granted by the State authorities. Undertakings operating the installations were enticed to purchase cheap allowances rather than investing in new technologies. Due to the unsatisfactory nature of the temporary freeze of allowances implemented in 2013, the EU lawmaker sought to re-establish an incentive price signal by adopting decision (EU) 2015/1814 of 6th October 2015, which created the Market Stability Reserve, that will become operational in 2019.

giurisprudenza – commenti e note

CORTE COSTITUZIONALE, 23 marzo 2016, n. 56 – Pres. Criscuolo, Rel. Coraggio.

Beni culturali e ambientali – Reati paesaggistici – Art. 181, comma 1 bis D.Lgs. n. 42/2004 – Artt. 3 e 27 Cost. – Parziale illegittimità costituzionale.

Beni culturali e ambientali – Interventi non autorizzati – Compatibilità paesaggistica – Delitto e contravvenzione – Legge e provvedimenti amministrativi – Trattamento sanzionatorio – Remissione in pristino – Accertamento postumo di compatibilità – Effetti sostanziali e processuali.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 181, comma 1 bis, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 37), per contrasto con gli artt. 3 e 27 della Costituzione, nella parte in cui prevede che: "a) ricadano su immobili od aree che, per le loro caratteristiche paesaggistiche, siano stati dichiarati di notevole interesse pubblico con apposito provvedimento emanato in epoca antecedente alla realizzazione dei lavori; b) ricadano su immobili od aree tutelati per legge ai sensi dell'articolo 142 ed".

Le condotte incidenti sui beni paesaggistici individuati in via provvedimentale, consistenti nella realizzazione di lavori che non comportino il superamento delle soglie volumetriche ivi indicate, e ora regolate dal comma 1 dell'art. 181 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, possono beneficiare degli istituti della non punibilità per accertamento postumo della compatibilità paesaggistica e della estinzione del reato per ravvedimento operoso, rispettivamente previsti dall'art. 181, comma 1 ter e comma 1 quinquies, che richiamano il comma 1 per definire il loro ambito di applicazione.

La Corte Costituzionale sul delitto paesaggistico di cui all'art. 181, comma 1 *bis* D.Lgs. n. 42/2004: l'effetto "riparatorio" di un intervento "demolitorio".

1. *Considerazioni introduttive*

Per comprendere pienamente la portata dell'intervento "demolitorio" compiuto dalla Consulta con la sentenza in commento sono opportuni alcuni, seppur sintetici, cenni di carattere storico sulla norma in esame.

Il delitto di alterazione del paesaggio, punito con la reclusione da 1 a 4 anni, fu introdotto nel *corpus* dell'art. 181 D.Lgs. n. 42/2004 a pochi mesi dall'entrata in vigore del Codice dei beni culturali e del paesaggio¹, attraverso l'inserimento del comma 1 *bis*, con un intervento assolutamente innovativo che segnò l'avvento delle fattispecie delittuose in ambito paesaggistico.

Si trattò di una scelta normativa ben precisa, volta a riscontrare le istanze punitive relative ai grandi abusi paesaggistici, a cui fecero da contraltare due interventi di segno contrario, che minarono inevitabilmente la coerenza sistematica della riforma nel suo complesso: da un lato, il cosiddetto "mini-condono ambientale" (art. 1, comma 37 L. n. 308/2004), che comportò l'estinzione del reato di cui all'art. 181 D.Lgs. n. 42/2004 e degli altri reati in materia paesaggistica commessi fino al 31 gennaio 2005; dall'altro, l'introduzione degli istituti premiali di cui all'art. 181, commi 1 *ter* e 1 *quinquies*, relativi, rispettivamente, all'accertamento postumo della compatibilità paesaggistica e alla riduzione in pristino delle opere realizzate abusivamente.

L'applicazione delle suddette cause di non punibilità ed estinzione del reato venne comunque espressamente limitata, sulla base di una precisa scelta repressiva del legislatore, alla fattispecie di reato di cui al comma 1 dell'art. 181, al fine di evidenziare ancor più decisamente la distanza ontologica tra la fattispecie contravvenzionale e quella delittuosa, nonché per rendere quest'ultima immune dall'operatività di isti-

¹ Segnatamente, la norma venne introdotta dall'art. 1, comma 36 L. n. 308/2004, recante la "*Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e norme di diretta applicazione*".

tuti premiali che avrebbero potuto ridimensionare (se non addirittura vanificare) il senso stesso della sua introduzione, in termini tanti gravosi, nel *corpus* dell'art. 181 D.Lgs. n. 42/2004².

Il comma 1 *bis* dell'art. 181 prevedeva – prima dell'intervento della Consulta – lo stesso regime sanzionatorio in relazione a due ipotesi di alterazione sostanzialmente differenti, che riguardavano, segnatamente: da un lato, le modifiche non autorizzate poste in essere su beni paesaggistici tutelati da provvedimenti dell'Autorità amministrativa (art. 181, comma 1 *bis*, lettera a); dall'altro, gli interventi su beni tutelati in virtù di un provvedimento di legge, solo nelle ipotesi di superamento di determinati indici volumetrici (art. 181, comma 1 *bis*, lettera b).

Come rilevato da autorevole dottrina³ sin dai tempi dell'entrata in vigore del delitto in commento, si posero evidenti problemi di compatibilità, sotto il profilo della ragionevolezza, con l'art. 3 della Costituzione, poiché gli illeciti posti in essere in un'area soggetta a vincolo amministrativo venivano puniti in maniera molto più severa rispetto ad analoghi interventi posti in essere su beni paesaggistici vincolati *ex lege* (inferiori ai limiti quantitativi previsti dal comma 1 *bis*), ed era inoltre esclusa, nei loro confronti, l'applicazione delle cause di non punibilità ed estinzione del reato di cui si è detto.

² Dottrina e giurisprudenza si interrogarono, al momento della sua introduzione, sulla natura giuridica del nuovo comma 1 *bis*, essendo lo stesso compatibile, per certi versi, sia con le caratteristiche delle circostanze aggravanti (in ragione di alcuni dati formali, quali, ad esempio: identità di rubrica, *incipit* incentrato sul mero dato sanzionatorio, unicità del precetto), sia con quelle del reato autonomo, optando – in maniera praticamente univoca – per la seconda soluzione. Vennero, difatti, ritenute “insuperabili” la differente tipologia di sanzione prevista e la circostanza che non fossero applicabili le cause di non punibilità previste dai successivi commi dell'art. 181: quest'ultima, in particolare, venne valutata come una conferma *ab externo* della precisa volontà del Legislatore di introdurre una nuova ipotesi criminosa, ontologicamente e sostanzialmente differente dalla fattispecie contravvenzionale del primo comma. Sul punto si segnalano, per gli opportuni approfondimenti, alcuni interessanti commenti: A. NATALINI, *Primi spunti problematici sul nuovo delitto di alterazione del paesaggio* (nota a Corte Cass. Pen., Sez. III, 9 novembre 2005, n. 45609) in *Cass. Pen.*, 2006, pp. 2097 ss.; R. FUZIO, *sub art. 181, D.Lgs. n. 42/2004*, 1, in *Le nuove leggi commentate*, p. 286; S. BELTRAME, *Tutela penale del paesaggio e abusivismo edilizio. Le modifiche al sistema sanzionatorio introdotte dal D.Lgs. n. 157/2006*, in questa *Rivista*, 2006, pp. 706 ss.

³ Ancora A. NATALINI, *op. ult. cit.*; R. FUZIO, *op. ult. cit.*

Come efficacemente esemplificato in uno dei più autorevoli commenti in materia⁴, sulla base della normativa previgente all'intervento della Corte, "(...) *il taglio di un albero in zona tutelata con provvedimento singolo integra[va] il delitto ex art. 181, comma 1 bis, lettera a), punito con la pena della reclusione non inferiore ad un anno, mentre il taglio del medesimo albero plurisecolare in zona costiera protetta dalla legge (art. 142 lettera a) integra[va] la contravvenzione di cui all'art. 181, comma 1, sanzionato con l'arresto fino a due anni, congiunto con l'ammenda*".

Tale situazione di potenziale *vulnus* dei principi costituzionali era stata anche recentemente oggetto di doglianza avanti alla Corte di Cassazione, che tuttavia aveva rigettato, bollandole come manifestamente infondate, le questioni formulate dai ricorrenti (condannati appunto nei gradi di merito per il delitto di cui al comma 1 *bis*), ritenendo la lamentata disparità sanzionatoria non sussistente, in quanto le situazioni prese in esame da tale comma non avrebbero dovuto considerarsi effettivamente omogenee rispetto a quelle del comma 1.

Ci si riferisce, in particolare, alle decisioni della Sezione Terza penale, n. 50619 del 18 giugno 2014 e n. 13007 del 18 dicembre 2014, con cui la Suprema Corte ha giustificato il diverso trattamento sanzionatorio facendo leva sull'esercizio, da parte del Legislatore, della propria discrezionalità nel reprimere in maniera più grave (nelle forme, peraltro, del reato autonomo e non della mera circostanza aggravante) condotte che la Cassazione ha appunto ritenuto non assimilabili a quelle del comma 1, e richiamando i principi espressi dalla Corte Costituzionale, in base ai quali non è possibile estendere una disposizione derogatoria ed eccezionale (quali le disposizioni premiali dei commi 1 *ter* e 1 *quinquies*) a meno che non esista una piena identità di funzione tra le discipline poste a confronto⁵.

⁴ A. NATALINI, *La "contravvenzionalizzazione" del delitto paesaggistico: il "sacrificio" del precetto (e del giudicato) in nome della (ir)ragionevolezza sanzionatoria. Effetti sostanziali, processuali e profili rimediali a margine di Corte Cost., sent. 23 marzo 2016, n. 56, Pres. Criscuolo, Rel Coraggio*, in *www.dirittopenalecontem-poraneo.it*, 31 marzo 2016, p. 12.

⁵ Le ordinanze n. 144/2007 e 439/2007 della Corte Cost. a cui si è richiamata la Corte Cass. nella sentenza n. 13007/2015 erano peraltro anch'esse attinenti alla materia in esame, in quanto la Consulta aveva dichiarato manifestamente infondate le questioni sollevate dal Trib. di Grosseto con le quali si lamentava la mancata

Di diverso⁶ avviso il Tribunale di Verona, che ha sollevato la questione, e soprattutto la Corte Costituzionale, che ha invece recepito appieno tali criticità con la sentenza n. 56/2016, dichiarando la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 181, comma 1 *bis* D.Lgs. n. 42/2004, ritenuto ingiustificato il trattamento sanzionatorio ben più gravoso riservato alle violazioni paesaggistiche poste in essere su beni tutelati da provvedimenti amministrativi, rispetto a quelle relative a beni sottoposti a vincoli di legge (e circoscrivendo contestualmente la portata sanzionatoria del delitto paesaggistico agli interventi volumetrici di particolare consistenza).

Dalla declaratoria di illegittimità costituzionale, la Corte ha fatto discendere la parificazione della sanzione tra le due tipologie di illeciti (fatti salvi, ovviamente, i limiti volumetrici), con conseguente applicazione delle pene previste per la contravvenzione di cui al primo comma, stabilite dall'art. 44 lettera c) D.P.R. n. 380/2001, e (sussistendone i presupposti) degli istituti premiali di cui all'art. 181, commi 1-*ter* e 1-*quinques*.

Come già accennato, il menzionato comma 1 *ter* riguarda l'accertamento di compatibilità paesaggistica, che esclude l'applicabilità della sanzione penale del comma 1, mentre il comma 1 *quinquies* prevede una causa di estinzione del reato nel caso in cui il trasgressore provveda alla rimessione in pristino delle aree o degli immobili soggetti a vincoli paesaggistici, prima che essa venga disposta d'ufficio dall'autorità amministrativa, e comunque prima che intervenga la condanna.

Per effetto della decisione, dunque, rimangono assoggettati alla sanzione di cui all'comma 1 *bis* esclusivamente i lavori indicati nella parte della lettera b) non espunta dalla Consulta, ovvero quelli che abbiano comportato un aumento dei manufatti superiore al trenta per cento della volumetria della costruzione originaria o, in alternativa, un ampliamento della medesima superiore a settecentocinquanta metri cubi,

estensione della portata estintiva delle condotte di riduzione in pristino dell'art. 181, comma 1 *quinquies* alle ipotesi di reati urbanistico-edilizi di cui all'art. 44 D.P.R. n. 380/2001.

⁶ Si direbbe quasi un'espressione "ribelle" del Tribunale di merito rispetto al dettato della Suprema Corte, se non per il fatto che l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale è di poco antecedente alle menzionate decisioni di legittimità (peraltro anch'esse conformi ad altri precedenti ivi richiamati).

ovvero ancora abbiano comportato una nuova costruzione con una volumetria superiore ai mille metri cubi.

2. *La genesi della pronuncia costituzionale: le censure del Giudice a quo*

Con ordinanza depositata il 6 agosto 2014, il Tribunale di Verona ha sollevato, con riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 181, comma 1 *bis*, lettera *a*), del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137), nella parte in cui, anche in assenza del superamento dei limiti quantitativi previsti dalla successiva lettera *b*), puniva con la sanzione della reclusione da uno a quattro anni, anziché con le pene più lievi previste dal comma 1 *ter*, lettera *c*), del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) – le condotte relative all'esecuzione, senza la prescritta autorizzazione o in difformità di essa, di lavori di qualsiasi genere su immobili o aree che, per le loro caratteristiche paesaggistiche, fossero stati dichiarati di notevole interesse pubblico con apposito provvedimento emanato in epoca antecedente alla realizzazione dei lavori.

In via subordinata, con riferimento ai medesimi parametri, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dello stesso art. 181, commi 1 *ter*, 1 *quater* e 1 *quinquies*, nella parte in cui escludevano dal proprio ambito applicativo le condotte punite dal predetto art. 181, comma 1 *bis*, lettera *a*).

Nel caso posto all'esame della Consulta, l'oggetto della contestazione era costituito da alcuni interventi⁷ realizzati in una zona sottoposta a vincolo paesaggistico con decreto del Ministro per la Pubblica Istruzione del 23 maggio 1957 (Dichiarazione di notevole interesse pubblico

⁷ Gli interventi erano consistiti in un mutamento di destinazione d'uso di un rustico in un'abitazione civile, nella realizzazione di una piscina parzialmente interrata, nella pavimentazione, con colate di calcestruzzo, di una strada sterrata a servizio di appezzamenti di terreno e nella realizzazione di un corpo di fabbrica alto più di 40 centimetri.

nella zona della Valpolicella), effettuati in assenza o in difformità della prescritta autorizzazione.

Il Giudice *a quo* ha dunque sollevato la questione di legittimità costituzionale con riferimento sia all'art. 3 che all'art. 27 della Costituzione: sotto il primo profilo, denunciando l'irragionevolezza insita nel riservare a condotte del tutto identiche trattamenti sanzionatori tanto disomogenei, esclusivamente in ragione della natura del vincolo paesaggistico (irragionevolezza che il Giudice collega, altresì, alle condotte incriminate ai sensi dell'art. 734 c.p.); per il secondo aspetto, rilevando (senza, tuttavia, sviluppare particolarmente l'argomento) che la violazione del principio di eguaglianza si sarebbe estesa, inevitabilmente, all'art. 27 Cost., in quanto la sanzione penale ingiusta – definibile come tale, ad avviso del remittente, alla luce del trattamento sanzionatorio riservato alla fattispecie contravvenzionale dell'art. 181, comma 1 e a quella delittuosa dell'art. 734 c.p. – avrebbe privato la pena della sua funzione rieducativa.

In via subordinata, ma sempre nella stessa logica, il giudice *a quo* ha contestato la legittimità costituzionale della impossibilità – espressa e voluta dal legislatore – di applicare alla fattispecie delittuosa gli istituti dell'accertamento postumo di compatibilità e della remissione in pristino.

Tale ultima questione, nel caso di specie, era particolarmente rilevante in considerazione del parere favorevole espresso dalla Soprintendenza in ordine alla compatibilità di alcune opere rispetto al contesto paesaggistico di riferimento, e della rimozione di altre (in particolare della piscina): circostanze che, se l'oggetto della contestazione fosse stata la fattispecie contravvenzionale di cui al primo comma dell'art. 181, avrebbero potuto comportare l'estinzione del procedimento ai sensi e per gli effetti di cui ai commi 1 *ter* e 1 *quater* per le opere oggetto del parere della Soprintendenza, e 1 *quinquies* rispetto alla rimozione della piscina.

Ad avviso del giudice remittente, un trattamento sanzionatorio tanto disomogeneo non poteva essere giustificato solo in ragione della “fonte” che riconosce il vincolo paesaggistico, ed era assolutamente incomprensibile il fatto che le violazioni del primo comma, che ricadevano su aree ed immobili per i quali l'evidenza paesaggistica era “*talmente chiara da avere un riconoscimento generale ed astratto di fonte direttamente*

legislativa” potessero ricevere una tutela inferiore rispetto ai beni il cui valore paesaggistico veniva riconosciuto da un atto amministrativo.

3. *Le motivazioni della sentenza*

Con la decisione in commento, la Consulta ha accolto le censure sollevate in via principale dal giudice *a quo*, affermando la sussistenza della violazione dell’art. 3 Cost., e statuendo che la discrezionalità di cui il legislatore gode nel delineare il sistema sanzionatorio *“trova il limite della manifesta irragionevolezza e dell’arbitrio, come avviene a fronte di sperequazioni tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione”*.

In prima battuta, per la disamina – a dire il vero piuttosto sintetica – della questione, la Corte ha richiamato un proprio precedente⁸ che aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento al previgente reato paesaggistico di cui all’art. 1 *sexies* D.L. n. 312/1985, che puniva più gravemente – all’opposto rispetto all’art. 181 – le violazioni incidenti su beni sottoposti a vincolo legale, precisando che la richiamata pronuncia si contestualizzava nell’ambito di un assetto normativo molto diverso da quello odierno.

Il differente trattamento sanzionatorio tra beni vincolati *ex lege* e in via amministrativa non era stato ritenuto discriminatorio, all’epoca, in quanto, ad avviso della Consulta, *“La più rigorosa risposta sanzionatoria nei confronti dei reati incidenti su beni paesaggistici vincolati per legge è stata ritenuta (...) non irragionevolmente discriminatoria per il fatto che si introduce “una tutela del paesaggio (per vaste porzioni del territorio individuate secondo tipologie paesistiche, ubicazioni o morfologiche), improntata a integrità e globalità, implicante una riconsiderazione assidua dell’intero territorio nazionale alla luce e in attuazione del valore estetico-culturale (...)”*.

La Corte ha poi ripercorso le riforme precedenti e successive all’entrata in vigore del Codice del paesaggio, per poi concludere in maniera piuttosto *tranchant* con una considerazione che, sostanzialmente, costituisce l’essenza della motivazione: *“Si è dunque in presenza di una legislazione ondivaga, non giustificata né da sopravvenienze fat-*

⁸ Corte Cost., ord. 8 maggio 1998, n. 158.

tuali né dal mutare degli indirizzi culturali di fondo della normativa in materia; e già questo è sintomo di irragionevolezza della disciplina attuale.

Senza soffermarsi ulteriormente sul punto, la Corte si è limitata a rilevare che “*Tale irragionevolezza è resa poi manifesta dalla rilevantissima disparità tanto nella configurazione dei reati (nell’un caso delitto, nell’altro contravvenzione), quanto nel trattamento sanzionatorio, in relazione sia all’entità della pena che alla disciplina delle cause di non punibilità ed estinzione del reato*”.

4. Gli effetti sostanziali e processuali, diretti e indiretti, della sentenza della Consulta

Il primo e più immediato effetto scaturito dalla sentenza della Corte Costituzionale concerne, indubbiamente, il significativo ridimensionamento dell’apparato sanzionatorio della norma e il mutamento ontologico della fattispecie – ammesso che non vengano superate le soglie volumetriche del “superstite” comma 1 *bis* – da delitto a contravvenzione.

Al trattamento sanzionatorio previsto per il previgente delitto, che come detto comminava la pena della reclusione da uno a quattro anni, è subentrato quello riservato alla contravvenzione del primo comma, che, attraverso il rinvio *quoad poenam* all’art. 44, lettera c), D.P.R. n. 380/2001, prevede la pena congiunta dell’arresto fino a due anni e dell’ammenda da € 30.986 a € 103.290⁹.

Altra rilevantissima conseguenza che discende dal “taglio” operato dalla Consulta – già incidentalmente evidenziata nell’ambito dell’odierna nota – si rinviene nell’estensione delle cause di punibilità e degli istituti estintivi dei commi 1 *ter*, 1 *quater* e 1 *quinqüies* alle condotte che incidono su beni paesaggistici tutelati in via provvedimentale che non comportino – come detto – il superamento delle soglie volumetriche indicate nella lettera b) del comma 1 *bis*¹⁰.

⁹ La pena pecuniaria da € 15.493 ad € 51.645 è stata raddoppiata per effetto del D.L. n. 269/2003, convertito in L. n. 326/2003.

¹⁰ La sentenza in commento ha espressamente sancito l’estensione del regime più favorevole ai beni protetti in via amministrativa, pur respingendo le censure sollevate in via subordinata dal giudice remittente, come conseguenza dell’accoglimento della

A tali effetti di tipo diretto, se ne aggiungono altri che riguardano i profili generali del diritto penale e processuale penale, primo fra tutti quello relativo alla prescrizione.

Se fino all'intervento della Consulta il delitto paesaggistico si prescriveva nel termine ordinario di sei anni, prorogabili a sette e mezzo in presenza di atti interruttivi, a seguito della trasformazione in contravvenzione, ciò che resta del vecchio reato sarà soggetto ai limiti prescrizioni delle contravvenzioni (4 anni prorogabili fino a 5, *ex art.* 161, comma 2, c.p.), secondo le regole generali dell'art. 157 c.p.

Altra, significativa, implicazione si segnala con riferimento alla recidiva: essendo la sua applicazione limitata – *ex art.* 99, comma 1, c.p. – ai delitti non colposi, la stessa non sarà più riferibile al nuovo illecito contravvenzionale.

Sul fronte processuale, i profili di trattazione più interessanti riguardano, senza dubbio, l'incidenza della pronuncia in materia cautelare e i problemi – in alcuni casi molto complessi – di diritto intertemporale.

Per quanto concerne le cautele, la novità più significativa riguarda, come agevolmente intuibile, le misure personali: la nuova fattispecie contravvenzionale risulta difatti incompatibile con i criteri dettati dall'art. 280, comma 1 c.p.p., mentre il previgente delitto, che prevedeva la pena massima di quattro anni, ne consentiva l'applicazione.

Rispetto alle misure reali, al contrario, non si ravvisano profili di criticità in relazione al mantenimento di sequestri posti in essere con finalità di prevenzione, ai sensi dell'art. 321 c.p.p., in quanto la fattispecie contravvenzionale non presenta, generalmente, profili di incompatibilità con i pericoli di aggravamento o ulteriore protrazione dell'illecito paesaggistico.

questione sollevata in via principale. Alcuni commentatori hanno evidenziato come il redattore della sentenza sia incorso in una “svista sistematica”, nel momento in cui non ha dichiarato l'incostituzionalità, *in parte qua*, dell'ipotesi prevista dalla lettera a) del comma 1 *ter* (che si riferisce ai lavori che non abbiano determinato la creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati) e dell'art. 167, comma 4, lettera a) D.Lgs. n. 42/2004, avente il medesimo tenore: stante l'attuale disposto normativo, in presenza della doppia negazione, anche qualora l'aumento di volume o di superficie utile fosse “sotto soglia” rispetto ai volumi indicati nella parte della lettera b) non incisa dall'intervento della Corte, lo stesso resterebbe non sanabile sia sotto il profilo amministrativo, sia sotto quello penale. Si veda, sul punto, A. NATALINI, *op. ult. cit.*, p. 21.

Con riferimento all'incidenza del "bisturi" della Consulta sui procedimenti penali, le conseguenze variano notevolmente a seconda della fase processuale di riferimento.

Per i procedimenti in corso, la "stella polare" che deve guidare la disamina degli effetti in *bonam partem* dello *ius superveniens* deve individuarsi nel principio di diritto enunciato dalla sentenza della Suprema Corte del 26 giugno 2015, n. 46653, secondo cui la *lex posterior mitior* spiega *ex tunc* i suoi effetti, che devono essere immediatamente garantiti e applicati – sulla base dei principi costituzionali e convenzionali contestualmente richiamati¹¹ – dal giudice della cognizione, anche a prescindere dalla eventuale modifica della contestazione o dalla riqualificazione contravvenzionale da parte del pubblico ministero.

Diverso è il discorso che attiene ai poteri del giudice dell'esecuzione¹², in quanto la modifica della Corte non incide solamente sulla fattispecie incriminatrice, ma anche, come detto, sul trattamento sanzionatorio, implicando, di conseguenza, l'applicazione diretta – in luogo del rimedio ordinario previsto dall'art. 673 c.p. – dell'art. 30, commi 3 e 4 della legge n. 87/1953 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale)¹³, che costituisce lo strumento processuale individuato dalla Cassazione per ridetermina-

¹¹ La citata pronuncia richiama la normativa di cui agli artt. 1 c.p., 25, comma 2, Cost., 7 Cedu e 117, comma 1 Cost.

¹² Sul punto, si segnalano due interessanti contributi in materia di poteri del Giudice dell'esecuzione a fronte di una declaratoria di illegittimità costituzionale, entrambi a commento della sentenza delle Sezioni Unite del 29 maggio 2014, n. 42585: G. ROMEO, *Le Sezioni Unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione della pena "incostituzionale"*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2014; S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2015, pp. 34 ss.

¹³ L'art. 30 L. n. 87/1953 ("*Sentenza che dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge*"), prevede, al comma 3, che "*Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*", e al comma 4, che "*Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*".

re la pena, nella fase esecutiva, in caso di pronunce di illegittimità costituzionale¹⁴.

Restano, ovviamente, i problemi legati al potere discrezionale del giudice dell'esecuzione, anche in ragione della asimmetria (o meglio, della assoluta assenza di proporzionalità) tra le sanzioni previste per la contravvenzione del primo comma e le pene previste dall'incostituzionale comma 1 *bis*.

L'art. 30 L. n. 87/1953 si configura come lo strumento idoneo a risolvere anche ulteriori problematiche legate alle sentenze di condanna passate in giudicato, prime fra tutte – quanto meno a livello di rilevanza pratica – quelle legate al differente regime prescrizione (in particolare ci si riferisce a quei fatti per i quali, se il reato avesse avuto natura contravvenzionale, sarebbe maturata la prescrizione prima della sentenza), e alla sopravvenuta applicabilità delle cause di non punibilità o di estinzione del reato (che, sulla base della previgente formulazione del comma 1 *bis*, non avrebbero potuto trovare spazio).

Secondo i primi commenti¹⁵, la soluzione potrebbe consistere nel limitare l'applicazione degli istituti estintivi ai casi in cui gli stessi siano già in qualche modo emersi durante il giudizio di cognizione, o siano comunque rilevabili, attraverso una mera attività ricognitiva, dagli atti del procedimento.

Si tratta, naturalmente, di considerazioni per il momento teoriche (essendo la sentenza molto recente, e la sua applicazione necessariamente *in fieri*), ma che ragionevolmente (o meglio, sicuramente) potranno divenire concrete: si è dunque ritenuto opportuno rappresentarle, quanto meno sommariamente, al fine di evidenziare alcune delle potenziali ricadute “pratiche” dell'odierna declaratoria di incostituzionalità.

5. Conclusioni

L'obiettivo perseguito e raggiunto dalla Consulta con la sentenza in commento consiste nel ripristinare sostanzialmente l'assetto normativo

¹⁴ Si veda, in proposito, Corte Cass. pen., Sez. I, 13 gennaio 2012, n. 977, che si è pronunciata sulla circostanza aggravante della clandestinità, dichiarata costituzionalmente illegittima con sentenza della Corte Cost. 8 luglio 2010, n. 249.

¹⁵ A. NATALINI, *op. ult. cit.*, p. 29.

del Codice dei beni culturali e del paesaggio antecedente all'innesto del comma 1 *bis* nel *corpus* dell'art. 181 (e, dunque, *ante* legge n. 308/2004), parificando il trattamento sanzionatorio – contestualmente ricondotto sotto l'egida dell'art. 44, lettera c) D.P.R. n. 380/2001 – delle condotte illecite incidenti su beni tutelati, rispettivamente, da leggi e provvedimenti amministrativi.

Come detto, il delitto di alterazione del paesaggio, ridimensionato dall'intervento della Corte Costituzionale, rimane dunque circoscritto agli abusi che integrano le soglie volumetriche previste dalla sopravvisuta lettera b) del comma 1 *bis*.

Retrocede, dunque, il delitto, e avanza la contravvenzione, con tutto ciò che ne consegue in termini di operatività di cause estintive e condizioni di non punibilità, con particolare riferimento all'accertamento postumo di compatibilità paesaggistica ed al ravvedimento operoso da parte del trasgressore.

Se, da un lato, l'intervento della Consulta non può che essere condiviso sotto il profilo della ragionevolezza, della coerenza, nonché della rispondenza al principio di uguaglianza, dall'altro non si può non rilevare come la norma riformulata sia, senza dubbio, meno “significativa” sotto il profilo criminologico (scontando i limiti ed appropriandosi delle caratteristiche proprie delle fattispecie contravvenzionali), nonché meno incisiva dal punto di vista sanzionatorio.

Senza dubbio, in ogni caso, la decisione della Corte Costituzionale deve essere complessivamente valutata positivamente, non essendo ammissibile, a livello logico e sistematico, una disparità di trattamento riservata a condotte illecite del tutto identiche, determinata esclusivamente dalla fonte che riconosce e tutela il rilievo paesaggistico.

A fronte delle diverse pronunce che, nel tempo, hanno toccato (anche in senso contrario a quello ora espresso) il tema della conformità costituzionale dell'art. 181 D.Lgs. n. 42/2004, sarebbe stata però interessante un'analisi di maggior profondità della volontà (definita “*ondivaga*”) del legislatore, sulla cui discrezionalità si erano invece appuntate le citate decisioni della Corte di Cassazione, che avevano invece ritenuto giustificato l'assetto sanzionatorio del comma 1 *bis*.

Ed anzi, alla luce dell'intervento *tranchant* della Corte Costituzionale, lascia quantomeno una “curiosità” il fatto che la medesima questione, poco più di un anno prima, fosse stata ritenuta addirittura manife-

stamente infondata (con contestuale affermazione dell'impossibilità di un intervento correttivo della Consulta) dalla Corte di Cassazione, che in questo caso ha dunque "ceduto il passo", nella funzione di nomofilachia, al Tribunale di merito che ha sollevato l'eccezione di costituzionalità.

ROBERTO LOSENGO – ELISA MARINI

* * *

CORTE DI CASSAZIONE PENALE, SEZ. III – 13 gennaio 2016, n. 916 –
Pres. Fiale, Est. Mocci – Ric. M.P.

Autorizzazione integrata ambientale – Violazione dell'art. 29 quattordicesimo D.Lgs. n. 152/2006 – Inosservanza delle prescrizioni – Modifiche introdotte alla fattispecie dal D.Lgs. n. 46/2014 – Condotta depenalizzata – Obbligo di motivazione.

In tema di violazione delle prescrizioni contenute nell'autorizzazione integrata ambientale sussiste per il giudice di merito l'obbligo di congrua motivazione, che non può tradursi in un mero ricalco del contenuto delle imputazioni ma deve contenere una compiuta valutazione delle risultanze probatorie contrarie. Ciò anche alla luce della novella legislativa che ha parzialmente depenalizzato la disciplina, rendendo alcune condotte sanzionabili soltanto in via amministrativa.

Inosservanza delle prescrizioni AIA: la congrua motivazione del giudice di merito permette, alla luce dell'intervenuta parziale depenalizzazione della disciplina, di distinguere se le condotte contestate costituiscono ancora illecito penale.

1. Premessa

La Corte di Cassazione è stata chiamata a giudicare la legittimità di un provvedimento del giudice di primo grado che affermava la violazione delle prescrizioni contenute nell'autorizzazione integrata ambientale. Il ricorrente lamentava carenza in ordine alla motivazione ed un errore nella valutazione delle prove contrarie acquisite in giudizio.

La Corte di Cassazione, accogliendo il ricorso, ribadisce l'obbligo in capo al giudice di merito di accertare in concreto se il fatto è compreso nella fattispecie di cui all'art. 29 *quattuordecies* T.U.A., anche alla luce della intervenuta novella legislativa, che ne ha parzialmente depenalizzato la disciplina.

2. *Il caso in esame*

La pronuncia della Corte di Cassazione prende le mosse da una decisione del giudice di primo grado, il quale condannava il direttore generale di una spa, chiamato a giudizio per rispondere della violazione della disposizione di cui all'art. 29 *quattuordecies* D.Lgs. n. 152/2006, per non avere osservato le prescrizioni contenute nell'autorizzazione integrata ambientale. Più in particolare, le scorie derivanti dall'incenerimento dei materiali trattati dall'impianto di termovalorizzazione di proprietà della società non sarebbero state analizzate, determinandosi così incertezza relativamente alla esatta quantità di diossina e furano presente nei rifiuti combustibili. Si contestavano altresì ulteriori violazioni dell'AIA, in relazione alle dimensioni dell'area destinata all'incenerimento, giudicata non adeguata rispetto alla quantità di rifiuti bruciati, ed allo smaltimento di questi ultimi, che avveniva congiuntamente, secondo quanto sostenuto dal primo Giudice, seppure per differenti tipologie di rifiuto.

Il ricorrente si doleva, *ex art.* 606, comma 1, lett. e) c.p.p., di una mancata compiuta motivazione da parte del Tribunale in ordine alle ragioni della condanna, posto che le risultanze probatorie smentivano quanto indicato nei capi d'imputazione. Precisamente, l'imputato sosteneva che in base al verbale di sopralluogo dell'ARPA, prodotto in giudizio, non vi era alcun obbligo di analisi di diossine e furani; che il quantitativo di rifiuti incenerito era al di sotto del limite massimo consentito dall'autorizzazione; e che lo stoccaggio di rifiuti avveniva in un'area di proprietà del Comune, ditalché non era possibile intervenire – e in ogni caso la testimonianza acquisita nel corso del procedimento non aveva confermato un prelievo indistinto dei materiali.

La Corte, ritenendo il ricorso fondato, formula il proprio ragionamento anche alla luce delle variazioni intervenute con il D.Lgs. n. 46/2014 - che, come noto, ha apportato modifiche significative al regi-

me dell'autorizzazione integrata ambientale - e traccia un solco deciso, come anticipato in premessa, dal punto di vista dell'obbligo di una verifica puntuale e concreta dell'eventuale inosservanza del disposto di cui all'art. 29 *quattuordecies* T.U.A. Ciò in ossequio al più generale obbligo di motivazione, obbligo che “*trova puntuale specificazione in varie disposizioni del codice di procedura penale*”¹ tra cui proprio l'art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p., in quanto “*comprendendo tra i motivi di ricorso per Cassazione la 'mancanza o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato', ha l'indubbio effetto di sanzionare le violazioni dell'obbligo della motivazione e di elevare le regole della logica a regole giuridiche, alla cui osservanza è vincolato il giudice quando procede alla valutazione delle prove e alla ricostruzione del fatto*”².

3. La motivazione

I supremi giudici, dopo aver riepilogato le doglianze loro rappresentate dall'imputato, il quale, come accennato, lamentava la violazione dell'art. 606, comma 1, lett. e), cominciano con la verifica sulla mancanza di motivazione. E la motivazione del Tribunale non sembra in effetti essere sufficiente per la Corte di Cassazione, la quale - correttamente - riprende punto per punto le asserite violazioni del ricorrente e le confronta con le risultanze probatorie.

La questione, secondo la Corte, è anche, a monte, comprendere se le condotte realizzate dall'imputato siano o meno riconducibili alle residue previsioni penalmente rilevanti di cui all'art. 29 *quattuordecies* T.U.A., come modificato in attuazione della direttiva 2010/75/UE. Ebbene, anche sul presupposto che “*l'obbligo di motivazione sulla ritenuta inattendibilità della prova contraria configura a carico del giudice un preciso onere di completezza della motivazione, nel senso che, in presenza di materiale avente valenza probatoria opposta, il giudice non è legittimato a 'confezionare' una decisione utilizzando il solo materiale probatorio conforme ad essa ed ignorando il materiale probatorio che la contraddi-*

¹ G. SILVESTRI, *Il controllo in cassazione del ragionamento probatorio*, in *Cassazione penale*, 2001, 5, pp. 1653 ss.

² *Ibidem*

ce”³, tale comprensione risulta impossibile, poiché la motivazione della sentenza, a giudizio della Corte di Cassazione, non soltanto meramente ricalca il contenuto delle imputazioni, ma nulla dice a proposito delle prove contrarie acquisite in giudizio, rivelandosi quindi del tutto carente.

La fattispecie della mancata osservanza delle prescrizioni dell'autorizzazione integrata ambientale, che prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 46/2014 era genericamente ed unitariamente considerata un illecito penale dall'art. 29 *quattuordecies* T.U.A., è oggi scissa in tre differenti ipotesi di sanzione, proporzionali allo spessore offensivo della inosservanza⁴ e costruiti per esclusione:⁵ la violazione di tali prescrizioni costituisce ora un illecito amministrativo, passibile di sanzione pecuniaria, a meno che non ricorra uno dei presupposti di cui ai commi 3 e 4, come meglio si approfondirà a breve.

La regola dell'obbligo di motivazione in capo al giudice, evidentemente, è quindi importante nel caso in esame, nel quale il dubbio generato dalla indeterminatezza del provvedimento impugnato si riverbera non solo e non tanto sulla riconduzione della condotta entro una fattispecie penale più o meno grave, bensì su un passaggio ancora precedente, vale a dire sulla sussunzione o meno del fatto entro una fattispecie penale.

4. *Le disposizioni in vigore*

Il regime sanzionatorio (penale ed amministrativo) in tema di autorizzazione integrata ambientale è contenuto nel Titolo III *bis*, all'art. 29 *quattuordecies* del D.Lgs. n. 152/2006, ed ha subito, come detto, ampie modifiche con l'emanazione del D.Lgs. n. 46/2014, al fine di rendere le sanzioni previste per gli impianti soggetti ad AIA più proporzionali e coordinate con le sanzioni previste da discipline specifiche.

In particolare, al nuovo comma 3 è previsto il reato base di inosservanza delle prescrizioni AIA relative ai valori limite di emissioni, alla

³ (a cura di) F.R. DINACCI, *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, p. 456.

⁴ E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Codice penale commentato*, Tomo III, Artt. 593 - 734 *bis* - Leggi complementari, Milano, 2015, p. 3018.

⁵C. PARODI, M. GEBBIA (a cura di), *AIA: le modifiche all'apparato sanzionatorio*, in *www.ambientesicurezzaweb.it*, 26 novembre 2014.

gestione dei rifiuti ovvero agli scarichi in aree di salvaguardia delle risorse idriche per il consumo umano, punito con sola ammenda. Al comma 4, inserito con disposizione innovativa, vi sono le relative aggravanti; gli elementi descritti in tale comma hanno natura di circostanze, e non di fattispecie autonoma, perché ciò si evince dall'*incipit* della norma: “*nei casi di cui al comma 3 [...]*”). Al comma 2, infine - anch'esso parte della novella legislativa - la norma di chiusura disciplina la sanzione amministrativa, ed opera in via residuale, vale a dire quando la violazione non rientri nelle ipotesi di cui ai successivi commi⁶.

Per quanto qui di interesse, ossia con specifico riguardo alla gestione di rifiuti, è peraltro stato attentamente sottolineato⁷ che - a seguito della modifica legislativa intervenuta - nel concetto di violazione delle prescrizioni rientra ora qualsiasi inosservanza relativa a qualsiasi forma di gestione di rifiuti al di fuori delle prescrizioni dell'AIA; anche dunque la gestione di rifiuti non previsti, che, secondo i principi generali, non sarebbe riconducibile all'inosservanza delle prescrizioni dell'autorizzazione integrata, bensì al reato di gestione non autorizzata di rifiuti⁸. Ciò in base al comma 4, lettera a), che sanziona l'inosservanza concernente la “*gestione di rifiuti pericolosi non autorizzati*”, e che dunque, in quanto aggravante, deve ritenersi omogenea rispetto alla fattispecie base di cui al comma 3, che espressamente richiama e che fa invece genericamente riferimento alla violazione delle prescrizioni “*relativa alla gestione dei rifiuti*”.

5. Un breve commento

La sentenza in esame, nell'accogliere e ritenere fondato il ricorso, segue un procedimento argomentativo condivisibile nell'ambito di un orientamento giurisprudenziale che non aveva ancora potuto esprimersi compiutamente sul tema.

La medesima sezione della Suprema Corte aveva infatti anche recentemente dichiarato inammissibili doglianze del tutto simili, relative ad

⁶ P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2015, pp. 163 ss.

⁷ P. FIMIANI, *op. cit.*, p. 165.

⁸ In questo senso, Corte Cass. pen., Sez. III, 9 febbraio 2005, n. 12349.

inosservanze dell'autorizzazione integrata⁹, sul presupposto che “*la consolidata giurisprudenza di questa Corte è orientata nel senso di ritenere che il controllo sulla motivazione demandato al giudice di legittimità resta circoscritto, in ragione della espressa previsione normativa, al solo accertamento sulla congruità e coerenza dell'apparato argomentativo con riferimento a tutti gli elementi acquisiti nel corso del processo e non può risolversi in una diversa lettura degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione o l'autonoma scelta di nuovi e diversi criteri di giudizio in ordine alla ricostruzione e valutazione dei fatti*”.

In altra occasione, ancor più vicina nel tempo, la Corte di Cassazione aveva ribadito – egualmente in un caso di inammissibilità del ricorso riguardante un vizio di motivazione in ordine al provvedimento che dichiarava la responsabilità per inosservanza di AIA – che “*poiché la Corte di Cassazione non è giudice del fatto, nemmeno se viene eccepito il travisamento della prova (che è vizio della motivazione), e non può accedere agli atti del fascicolo del dibattimento (a meno che non venga eccepito un vizio procedurale), resta onere del ricorrente indicare gli estremi dell'ordinanza di assunzione della prova non esaminata*”¹⁰.

Nel caso in esame invece la Corte – verrebbe da dire – “*riesce*” a ritenere fondate le doglianze prospettate poiché il ricorrente pone i supremi giudici in condizione di esercitare il proprio giudizio, indicando puntualmente ogni riferimento alle risultanze probatorie non considerate dal giudice di primo grado nella propria valutazione. In questo senso sono molteplici le decisioni del supremo Collegio che recepiscono ed applicano anche in sede penale la teoria della autosufficienza del ricorso, elaborata in sede civile; e “*ne consegue che quando i motivi riguardino specifici atti processuali, la cui compiuta valutazione si assume essere stata omessa o travisata, è onere del ricorrente suffragare la validità del suo assunto mediante l'allegazione o la completa trascrizione dell'integrale contenuto degli atti specificamente indicati, posto che anche in sede penale è precluso al giudice di legittimità l'esame diretto degli atti del processo*”¹¹.

⁹ Corte Cass. pen., Sez. III, 17 dicembre 2013, n. 4346.

¹⁰ Corte Cass. pen., Sez. III, 17 luglio 2015, n. 38551.

¹¹ Corte Cass. pen., Sez. II, 5 novembre 2013, n. 1401, con nota di A. CAPONE, *Autosufficienza del ricorso e specificità dei motivi in Cassazione*, in *Processo penale e giustizia*, 2014, 4, p. 55.

Dunque, superato – per una volta – il vaglio di ammissibilità e di fondatezza, la Corte di Cassazione sembra non voler perdere l'opportunità di stabilire (*rectius*, ribadire) un obbligo generale, applicandolo al tema delle sanzioni *ex art. 29 quattuordecies* T.U.A., e precisamente il dovere in capo al giudice di merito di emettere una congrua motivazione, che vada al di là della formalistica riformulazione delle imputazioni.

Vi è da evidenziare peraltro che in molteplici occasioni, nell'ambito di sentenze di rigetto e finanche inammissibili, la Corte di Cassazione ha comunque operato una verifica in concreto in ordine ad una eventuale carenza di motivazione, ovvero ad un travisamento probatorio¹².

E, si ripete, in particolare in tema di autorizzazione integrata ambientale – alla luce della intervenuta parziale depenalizzazione – ciò è fondamentale, poiché permette di distinguere, molto semplicemente, ciò che è reato da ciò che non lo è.

GINEVRA RIPA

* * *

I

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV - 1 aprile 2016, n. 1301 – *Pres. Poli, Est. Castiglia* – S.I.E.S. srl (avv. Misserini) c. Comune di Taranto (avv. Cotimbo) Ministero dell'Interno, Guardia di Finanza di Taranto – Il Nucleo Operativo, Ministero dell'Economia e delle Finanze (Avv. Stato) e Sindaco del Comune di Taranto quale ufficiale di Governo e Sindaco del Comune di Taranto.

II

T.A.R. CAMPANIA, Salerno, Sez. I - 2 aprile 2016, n. 488 – *Pres. Urbano, Est. Sabato* – M.B. srl (avv. Poliseti) c. Comune di Montecorice.

¹² *Ex multis*, si veda Corte Cass. pen., Sez. III, 3 maggio 2013, n. 29415.

Rifiuti – Ordinanza di rimozione rifiuti ex art. 192 D.Lgs. n. 152/2006 – Mancata comunicazione avvio del procedimento e instaurazione del contraddittorio sugli accertamenti – Illegittimità.

Rifiuti – Art. 192 comma 3 D.Lgs. n. 152/2006 – Mancata comunicazione dell'avvio del procedimento – Applicazione dell'art. 21 octies L. n. 241/1990 – Esclusione.

L'art. 192 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 esige che il Sindaco dia formale comunicazione di avvio del procedimento al soggetto destinatario di un'ordinanza di rimozione rifiuti (e bonifica) e consenta l'instaurazione del contraddittorio sugli accertamenti effettuati dai soggetti preposti al controllo: l'ordinanza emessa in difetto delle predette garanzie procedurali è illegittima.

La dizione letterale del secondo comma dell'art. 192 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, che richiede in maniera esplicita l'instaurazione del contraddittorio prima dell'emissione dell'ordinanza sindacale di rimozione rifiuti, esclude l'applicabilità dell'art. 21 octies della legge generale sul procedimento amministrativo in materia di vizi formali del provvedimento.

Consiglio di Stato e T.A.R. Campania unanimi nella conferma della pienezza delle garanzie partecipative in materia di ordinanze di rimozione rifiuti: i Sindaci sono avvertiti.

Le due sentenze che si commentano, rese a distanza di meno di un mese l'una dall'altra nella primavera del 2016, confermano in modo netto e senza indecisione alcuna – tanto che una delle due giunge, addirittura, alla condanna alle spese del Comune contumace - la giurisprudenza amministrativa in materia di ordinanze sindacali di rimozione dei rifiuti assunte in base al terzo comma dell'art. 192 del Testo Unico Ambientale.

In entrambi i casi, infatti, pur con differenti vicende di fatto alle spalle, il Sindaco aveva proceduto ad ordinare al legale rappresentante delle società ricorrenti di rimuovere, smaltire e/o recuperare a proprie spese i rifiuti che – a seguito degli accertamenti esperiti (anche per il tramite di altre Amministrazioni ausiliarie) – si era verificato giacessero abbandonati su aree di proprietà delle società, senza aver instaurato un

previo contraddittorio pieno. E, in entrambi, i casi i giudici amministrativi hanno censurato tale condotta senza esitazioni.

La prima decisione (resa in forma breve a seguito di un appello con istanza cautelare presentato dalla ricorrente contro la sentenza di primo grado emessa dal T.A.R. di Lecce), sia pur nella sua ovvia sintesi, ci fa intendere come la vicenda sottostante fosse già stata oggetto di un procedimento giurisdizionale in sede penale, che si era concluso con l'archiviazione delle imputazioni nei confronti della legale rappresentante della società ricorrente. Quest'ultima, da quanto si deduce, si era trovata a dover gestire la rimozione e lo smaltimento di rifiuti abbandonati sulla propria area, limitrofa ad un cantiere relativo alla realizzazione di un'opera pubblica (e, quindi, presumibilmente, origine dell'abbandono dei rifiuti), e – a seguito di non meglio specificati accertamenti della Guardia di Finanza – si era vista recapitare un'ordinanza di rimozione rifiuti e di pure bonifica del sito contenente dettagliate prescrizioni da ottemperare in uno stretto termine di trenta giorni. Il tutto senza che l'amministrazione tarantina mai si fosse preoccupata di comunicare formalmente l'avvio del procedimento: fatto pacifico e non contestato dall'Avvocatura che, invece, si era difesa sulla base dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990 in materia di irrilevanza della comunicazione di avvio, se l'Amministrazione dimostri che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello effettivamente emesso.

La seconda decisione, dei giudici salernitani, riguarda invece un sito in costruzione di proprietà della società ricorrente sul quale erano stati rinvenuti dai NOE locali rifiuti eterogenei non riconducibili alle attività di costruzione e in relazione ai quali la ricorrente aveva presentato denuncia contro ignoti. Anche in questo caso l'Amministrazione, il Comune di Monticorice, aveva trasmesso l'ordinanza per la rimozione smaltimento e/o recupero dei rifiuti con la conseguente bonifica e ripristino dei luoghi, alla società proprietaria, prescrivendo l'attività preliminare di caratterizzazione al destinatario.

In entrambi i casi i giudici invocano innanzitutto l'applicazione letterale del terzo comma dell'art. 192 del Testo Unico Ambientale che, in effetti, appare decisamente chiaro quando indica che il destinatario dell'ordinanza deve essere, *in primis*, il responsabile dell'abbandono e deposito incontrollato dei rifiuti in una matrice ambientale (colui cioè

che ha violato il disposto dei primi due commi dello stesso articolo) e quindi, anche se in solido, il proprietario e il titolare di diritti reali o personali di godimento sull'area, ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa, “*in base agli accertamenti effettuati in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo*”. In effetti, la norma dispone che, solo dopo che tali accertamenti siano stati effettuati, il Sindaco disponga le operazioni a tal fine necessarie, fissandone il termine, “*a carico dei soggetti obbligati*”, salvo il diritto – in caso di inerzia – di agire in danno.

E' evidente, quindi, da un lato che senza contraddittorio con i “*soggetti interessati*” l'Amministrazione non abbia assolto il proprio onere di individuazione dei “*soggetti obbligati*” e che, in via preliminare, tale contraddittorio non possa instaurarsi senza la dovuta comunicazione di avvio del procedimento.

Non è pensabile, aggiungono poi coralmemente i due giudici, che si possa invocare la sussistenza di una mera irregolarità formale del provvedimento e, quindi, l'applicazione del secondo comma dell'art. 21 *octies* della legge generale sul procedimento per cui l'ordinanza potrebbe comunque ritenersi legittima: ciò perché la norma dell'art. 192 cit. richiede, da un lato, un accertamento di fatto da eseguirsi “in contraddittorio” che è temporalmente e logicamente antecedente all'emissione dell'ordinanza di rimozione, la quale – dall'altro lato – trova la sua fonte legittimante nell'accertamento della sussistenza dell'imputabilità a titolo di dolo o colpa del soggetto interessato (che, una volta confermata tale sussistenza, diviene quindi obbligato).

L'esegesi della norma, pertanto, segue l'insegnamento che deve ritenersi a questo punto completamente consolidato di cui alla decisione (citata da entrambe le sentenze) del Consiglio di Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4061, la quale aveva correttamente ricostruito la genesi dell'art. 192 del Testo Unico come norma che riprendeva i concetti dell'art. 14 del decreto Ronchi, con le opportune differenziazioni, rilevanti proprio quelle in materia di necessaria instaurazione del contraddittorio ai fini dell'istruttoria procedimentale, e al parere della Sez. II, del 22 marzo 2011, n. 4673.

Entrambe le decisioni hanno definito la comunicazione dell'avvio del procedimento quale adempimento indispensabile ai fini

dell'effettiva instaurazione di un contraddittorio procedimentale con gli interessati.

Anche una più recente pronuncia della stessa sezione V del Consiglio di Stato (la 705 del 22 febbraio 2016) che, curiosamente, riformava una sentenza dello stesso T.A.R. Lecce che vede annullato il rigetto del ricorso da parte della sentenza in commento, ha ribadito, sia pur tangenzialmente, che l'art. 192 del Testo Unico Ambientale postula il rispetto del contraddittorio. In quell'occasione (che aveva visto fronteggiarsi il Comune di Galatone e l'Acquedotto Pugliese) le censure contro due specifiche ordinanze emesse dall'Amministrazione locale erano ancor più articolate, ma anche in quel caso non era stato rispettato il principio del contraddittorio pieno, presupposto indefettibile, così come la comunicazione formale di avvio del procedimento, in una materia così delicata come quella dell'abbandono incontrollato dei rifiuti e nella quale il rispetto del diritto di difesa del soggetto interessato assurge a elemento necessario del procedimento.

Anche i Sindaci del Salento che, quindi, per almeno due volte in primo grado avevano visto condividere dal T.A.R. di Lecce un'impostazione più vicina a quella dell'ordinanza contingibile e urgente, per cui la tutela dell'ambiente dovesse essere immediata, sono avvisati.

La norma di cui al terzo comma dell'art. 192 esige chiaramente che il procedimento amministrativo di emissione di un'ordinanza di rimozione rifiuti sia completo e rispetti tutte le formalità di comunicazione e instaurazione del contraddittorio, perché tali formalità hanno – invece – natura sostanziale. Ciò in ragione dell'esigenza di provare i fatti alla base della fattispecie e la riconducibilità soggettiva a titolo di dolo o colpa dell'abbandono dei rifiuti stessi in (o su) una delle matrici ambientali.

L'importanza del rispetto del procedimento assume, peraltro, valenza notevole anche per il libero foro che, quanto alla sentenza dei giudici campani, vedono addirittura esprimersi una condanna alle spese (sia pur in misura contenuta) contro il Comune, rimasto addirittura contumace e, quanto alla sentenza del Consiglio di Stato in commento, leggono – nella rimessione degli atti all'autorità amministrativa – un monito davvero notevole.

Infatti, il Consiglio di Stato non si lascia sfuggire, aprendo un tema che in questa *Rivista* è stato sempre oggetto di interesse e massimo

supporto nel senso di un'interpretazione aderente alla *ratio* della normativa più garantista per il proprietario incolpevole, una opportuna "bacchettata" nei confronti delle amministrazioni ricordando l'applicazione dei principii affermati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (sentenza 4 marzo 2015 in causa C-534/13¹) e le ordinanze di rimessione del Consiglio di Stato 25 settembre 2013, n. 21 e 13 novembre 2013, n. 25 così come ripresi dalla sentenza del 25 febbraio 2015, n. 933, ove chiaramente gli obblighi imponibili ai sensi delle disposizioni in materia di bonifica al proprietario non responsabile dell'inquinamento, devono intendersi strettamente limitati all'adozione delle misure di prevenzione e a quanto previsto dall'art. 253 del Testo Unico Ambientale.

Tale notazione appare particolarmente importante anche in un'ottica deflattiva del contenzioso amministrativo, in quanto – anticipando le questioni controverse in fase procedimentale attraverso l'applicazione della normativa ambientale conforme alla *ratio* propria e all'interpretazione orientata secondo i principii comunitari – evidentemente ben si potrebbe evitare il ricorso allo strumento giurisdizionale, divenuto tanto oneroso sotto un profilo sia economico sia temporale. Ciò soprattutto in materie relativamente "semplici" come quelle che vedono coinvolte le norme procedimentali di base, quali la comunicazione dell'avvio dei procedimenti – soprattutto affittivi - e il rispetto del principio del contraddittorio, che oramai sono cardini storici del sistema amministrativo, con il vantaggio che il potere giurisdizionale potrebbe dedicarsi proficuamente alla soluzione delle problematiche di natura più complessa e controversa.

EVA MASCHIETTO

* * *

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V – 25 febbraio 2016, n. 765 – *Pres.* Pajno, *Est.* Tarantino – Comune di Cerro al Lambro (avv.ti Solimini e Colagrande) c. D.A., D.D. (avv.ti Negri e Bozzi) e altri.

¹ La decisione, e la disamina ricostruttiva, è oggetto di tre note di commento proprio nel primo numero dell'anno 2015 di questa *Rivista*, pp. 33 e ss. a firma di chi scrive, di B. POZZO e di G. GAVAGNIN, che pure ricordano le ampie motivazioni delle ordinanze di rimessione.

Rifiuti – Inquinamento – Comportamento omissivo – Responsabilità per colpa – Sussiste.

Sia il proprietario locante, che colui che conduce in locazione possono risultare responsabili per l'inquinamento dei suoli. Il requisito della colpa postulato dall'art. 14, del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 (oggi sostituito dall'art. 192 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152), ben può consistere proprio nell'omissione degli accorgimenti e delle cautele che l'ordinaria diligenza suggerisce per realizzare un'efficace custodia e protezione dell'area, così impedendo che possano essere in essa indebitamente depositati rifiuti nocivi.

La responsabilità omissiva rispetto ai casi di abbandono di rifiuti e di bonifica di siti contaminati.

La sentenza in commento offre uno spunto di riflessione per le condotte omissive e per le conseguenti responsabilità in materia ambientale sia rispetto alla ipotesi di abbandono incontrollato di rifiuti, sia a quella di contaminazione dei suoli.

Secondo il Consiglio di Stato, la responsabilità discendente dall'attuale art. 192 del D.Lgs. n. 152/2006 (abbandono incontrollato di rifiuti) e quella di cui all'art. 242 del medesimo decreto (causazione della contaminazione dei terreni e della falda) possono entrambe sussistere anche in relazione ad un comportamento omissivo imputabile al proprietario del fondo, sebbene lo stesso non abbia direttamente abbandonato i rifiuti o causato la contaminazione.

Se da un lato, l'approccio della Sezione V conferma che le due discipline (rifiuti e bonifiche) dialogano tra di loro per vasi comunicanti (dall'abbandono di rifiuti può discendere una contaminazione dei terreni), dall'altro, le due norme sopra richiamate si fondano su presupposti parzialmente differenti, soprattutto rispetto alle responsabilità e agli obblighi in capo ai proprietari.

Mentre l'art. 192 contempla espressamente la responsabilità solidale del proprietario dell'area che, a titolo di dolo o colpa, agevoli l'abbandono di rifiuti da parte di terzi, l'art. 242 non considera tale responsabilità, imputando unicamente una responsabilità diretta in capo a colui che cagiona la contaminazione.

Le differenze tra le due disposizioni, dunque, non sono irrilevanti.

Infatti, poiché il citato art. 192 introduce espressamente una solidarietà tra colui che abbandona i rifiuti e colui che ha il controllo sull'area oggetto di abbandono, può ritenersi che tale previsione aumenti il livello di diligenza richiesto al proprietario di un fondo.

Non a caso, la sentenza in commento riconosce che il requisito della colpa sancito dall'art. 192 (che ha sostituito l'art. 14 del D.Lgs. n. 22/1997) può anche consistere in un comportamento omissivo del locatore rispetto ai normali standard di diligenza richiesti per la custodia di un bene o di un'area.

Invero, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di affrontare e perimetrare gli elementi caratteristici della colpa del proprietario per l'abbandono di rifiuti e le procedure di accertamento e imputazione di tale responsabilità, escludendo in alcuni casi particolari livelli di diligenza da adottare¹.

Di contro, la disciplina sui siti contaminati postula la responsabilità in capo a colui che cagiona la contaminazione (sia esso proprietario del sito o soggetto terzo), senza imporre ai proprietari particolari livelli di diligenza nella custodia delle proprie aree².

La recente giurisprudenza³, peraltro, dopo ampio dibattito, ha chiarito e definito gli obblighi del c.d. proprietario incolpevole della contaminazione, il quale è tenuto unicamente a notificare la contaminazione e a porre in essere le misure di precauzione. Secondo tale orientamento più recente, l'impianto di responsabilità per i siti contaminati non contempla una forma di responsabilità da posizione in capo al proprietario incolpevole, quale custode dell'area.

¹ Invero, la stessa giurisprudenza amministrativa è intervenuta a più riprese al fine di cercare di definire i confini della diligenza richiesti al proprietario del fondo e al fine di procedimentalizzare l'imputazione della responsabilità solidale. Sul punto, cfr. stesso Autore, *La posizione del proprietario dell'area oggetto di abbandono di rifiuti da parte di terzi e i relativi obblighi alla luce dei principi dell'ordinaria diligenza*, in questa *Rivista*, 2011, 1 e *Obbligo di vigilanza del proprietario in caso di abbandono di rifiuti sulla sua area, quando la stessa sia funzionale all'attività del proprietario medesimo*, in questa *Rivista*, 2011, 5.

² Invero, sussistono anche precedenti che riconoscono una responsabilità di tipo omissivo rispetto agli episodi di contaminazione. Cfr. F. VANETTI e E. ALOTTO, *Comportamenti omissivi e responsabilità ambientale*, in questa *Rivista*, 2012, 6.

³ Cfr. Cons. Stato, ord. n. 21/2013 e Corte Giust. UE 4 marzo 2015 causa C-534/13.

Da qui due considerazioni.

Poiché la disciplina sui rifiuti “comunica” con la disciplina sui siti contaminati, qualora dall’abbandono dei rifiuti derivi una contaminazione del terreno o della falda, il responsabile di tale abbandono (sia esso responsabile in via diretta, sia esso responsabile in via solidale) diviene anche responsabile della contaminazione.

La condotta illecita consistente nell’abbandono di rifiuti (anche imputabile a titolo di colpa), infatti, non può che riverberarsi anche sulle conseguenze derivanti da tale condotta, instaurando così un nesso di causalità tra le due fattispecie sopra considerate (abbandono di rifiuti e contaminazione).

Maggiori dubbi, invece, sussistono nel caso in cui la contaminazione non dipenda da un abbandono di rifiuti, ma da altre cause (es. scarichi, eventi fortuiti, immissioni, ecc.).

Ricorrendo tale ipotesi – rispetto alla quale non trova applicazione a monte l’art. 192 – occorre domandarsi se ed entro quali limiti possa essere addebitata al proprietario del fondo contaminato una responsabilità per comportamenti omissivi.

Sebbene esistano precedenti che riconoscono la possibilità di imputare una responsabilità di tipo omissivo anche rispetto ai siti contaminati⁴, tale imputazione parrebbe fondarsi su una omissione “attiva”, ossia relativa a situazioni in cui il proprietario incolpevole aveva l’onere di porre in essere determinate azioni (es. manutenzione e funzionamento di un impianto di bonifica già attivato). In tal caso, l’inerzia del proprietario rispetto ai propri oneri configurerebbe una responsabilità di tipo omissivo.

In disparte tale specifica ipotesi, è dubitabile invece che possa effettivamente riconoscersi in capo al proprietario di un’area un dovere qualificato di diligenza volto prevenire episodi di contaminazione sul proprio fondo, tanto più che se la stessa giurisprudenza ha limitato il concetto di colpa gravante sul proprietario del sito oggetto di abbandono di rifiuti, escludendo generici oneri di vigilanza a suo carico (es. obbligo di recinzione del sito).

Ne consegue che – ad eccezione di comportamenti dolosi – il proprietario di un fondo che subisce una contaminazione da parte di terzi (diversa dall’abbandono di rifiuti), non dovrebbe teoricamente consi-

⁴ Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2532.

derarsi solidalmente responsabile neppure nel caso in cui abbia omissso di adottare particolari misure volte a prevenire l'evento contaminante.

Tuttavia, ferma tale considerazione, è altrettanto evidente che la sempre maggior attenzione ai temi ambientali sta comunque elevando il grado di diligenza richiesto agli operatori (inclusi i proprietari di aree), con il che non può escludersi una interpretazione estensiva della normativa in essere atta a reprimere anche comportamenti di tipo omissivo.

FEDERICO VANETTI

* * *

T.A.R. MARCHE, Sez. I – 15 aprile 2016, n. 245 – *Pres. Filippi, Est. Morri* – R. (avv. Giammarino) c. Regione Marche (avv. Costanzi) e Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (Avv. Stato).

Agricoltura – Danni causati agli agricoltori da animali selvatici e cani randagi – Indennizzi ex L.R. Marche n. 17/1995 – Qualificazione di aiuti di Stato illegali – Provvedimenti regionali di recupero – Illegittimi perché sussiste competenza esclusiva della Commissione UE in tema di aiuti di Stato.

Sono da considerarsi illegittimi i provvedimenti della Regione Marche aventi ad oggetto il recupero di indennizzi concessi agli agricoltori ai sensi e per gli effetti della legge regionale delle Marche 20 febbraio 1995, n. 17 e qualificati dalla stessa Regione quali aiuti di Stato illegali, in quanto competente a valutare la compatibilità o meno di un aiuto di stato con i principi fondamentali dell'Unione europea ed il suo conseguente recupero è solo ed esclusivamente la Commissione europea.

Indennizzi per danni della fauna selvatica e competenza esclusiva dell'UE in tema di aiuti di Stato.

Nella sentenza che qui si annota, il T.A.R. Marche è stato chiamato a decidere in merito ad una controversia insorta tra due allevatori-agricoltori e la Regione Marche, avente ad oggetto i contributi previsti

dalla Legge regionale del 20 febbraio 1995, n. 17¹. Tale normativa ha introdotto un meccanismo di indennizzi a favore di allevatori che abbiano subito danni ai propri allevamenti bovini, ovini, caprini ed equini a causa di lupi, cani randagi o ferali e aquile reali; ciò al fine di proteggere, da un lato, il patrimonio zootecnico e, dall'altro, alcune specie protette – come per l'appunto il lupo appenninico e l'aquila reale – che potrebbero essere uccise dagli allevatori durante gli attacchi al loro bestiame.

Nel caso di specie, i ricorrenti hanno domandato l'annullamento di alcuni provvedimenti² della Regione Marche con cui è stato disposto il parziale recupero degli indennizzi dagli stessi percepiti a partire dall'anno 2005 e sino all'anno 2013. La Regione avrebbe infatti disposto il recupero delle somme erogate in quanto considerate aiuti di stato illegali *ex art. 1, lett. f)*, regolamento CE n. 659/1999³, poiché non notificati alla Commissione europea, né erogati nel rispetto delle modalità previste dalla normativa in tema di aiuti di stato.

Il T.A.R. Marche ha tuttavia disatteso le argomentazioni della Regione, accogliendo il ricorso degli allevatori e annullando gli atti impugnati. Dirimente è stata infatti la prima doglianza mossa dai ricorrenti, ovvero l'incompetenza assoluta della Regione nel dichiarare l'illegittimità di un aiuto di stato. Trattasi infatti di materia riservata alla competenza esclusiva della Commissione europea, ai sensi e per gli ef-

¹ Recante “*Interventi e indennizzi per danni causati al patrimonio zootecnico da specie animali di notevole interesse scientifico e da cani randagi*”.

² Trattasi del Decreto del Dirigente della P.F. tutela delle risorse ambientali della Regione Marche n. 186/TRA del 14 settembre 2015 riguardante sanatoria e recupero degli indennizzi di cui alla L.R. n. 17/1995; del Decreto del Dirigente della P.F. tutela delle risorse ambientali della Regione Marche n. 216/TRA del 21 settembre 2015 riguardante sanatoria e recupero degli indennizzi di cui alla L.R. n. 17/1995; della D.G.R. Marche n.160 del 9 marzo 2015 avente ad oggetto “*Reg. CE 1860/2004 e 1535/2007, Reg. UE 1408/2013, L.R. n. 17/1995. Indennizzi per danni al patrimonio zootecnico causati da lupi e cani randagi: approvazione criteri e procedure per il trascorso decennio*” nonché del Decreto del Dirigente della P.F. tutela delle risorse ambientali n. 9/TRA del 18 marzo 2015 avente ad oggetto “*D.G.R. 160 del 9 marzo 2015; dichiarazione degli aiuti in de minimis ottenuti dal 2005 (o dal 2003), per sanatoria degli indennizzi ex L.R. n. 17/1995 concessi dal 2005 al 2013*”.

³ La norma definisce aiuto illegale ogni nuovo aiuto concesso in violazione dell'art. 108, terzo paragrafo, TFUE ovvero ogni nuovo aiuto concesso in violazione sia dell'obbligo di notifica che dell'obbligo di sospensione.

fetti del regolamento CE n. 659/1999 e dell'art. 108 T.F.U., secondo cui soltanto a seguito di un procedimento di indagine formale avviato dalla Commissione è possibile stabilire se l'aiuto concesso debba o meno essere recuperato. A tal fine, secondo la normativa citata, non è sufficiente, ai fini della restituzione dell'aiuto, l'illegalità dello stesso o la sua incompatibilità con il mercato interno, bensì è necessario valutare in ultima analisi se il recupero dell'aiuto sia in contrasto con uno o più principi generali del diritto europeo. Soltanto in quest'ultimo caso la Commissione imporrà allo Stato membro la restituzione.

Orbene, nel caso di specie è evidente come la Regione abbia del tutto arbitrariamente qualificato gli indennizzi di cui alla L. n. 17/1995 quali aiuti di stato illegali, avviando la procedura di recupero in assenza di qualsivoglia intervento da parte della Commissione europea.

A nulla sono valse in tal senso le argomentazioni addotte⁴ dalla Regione per giustificare la mancata notifica alla Commissione dei contributi erogati, al fine di chiederne perlomeno la sanatoria *ex post*. Citando infatti testuali parole del T.A.R., la “*Regione Marche è stata più realista del re*”, ritenendo gli aiuti *de quibus* aprioristicamente incompatibili con il Trattato, nonostante la stessa abbia richiamato, nell'istruttoria che ha condotto all'emanazione della D.G.R. n. 160/2015, i casi della Baviera del Brandeburgo nonché le misure di prevenzione imposte agli agricoltori per contenere il fenomeno in commento. In poche parole, il T.A.R. evidenzia l'atteggiamento ingiustificatamente negativo e rinunciatario della Regione (oltre che illegittimo, per difetto di competenza) di fronte a precedenti più che positivi, attestanti la conformità ai principi UE di contributi erogati in casi del tutto analoghi. Nello specifico, nei casi di Baviera⁵ e Brandeburgo⁶, a

⁴ Si tratta di considerazioni svolte nella deliberazione n.160/2015 citata nella nota che precede.

⁵ Aiuto di stato numero SA.34622 approvato dalla Commissione europea con Decisione N/2012 del 29 ottobre 2012. Nel caso di specie, la Germania ha previsto indennizzi agli agricoltori per danni causati da lupi, linci e orsi, con l'intento di proteggere non soltanto il raccolto delle aziende bavaresi ma anche gli animali stessi dagli abbattimenti dell'uomo. La Germania ha rispettato in questo caso il principio di cui all'art. 108 (3) TFUE in quanto ha notificato alla Commissione l'aiuto prima di eseguirlo, precisando peraltro che (i) l'aiuto è accessibile solo da parte di quegli agricoltori che hanno adottato “appropriate e ragionevoli misure preventive” in conformità al principio europeo della “prevenzione prima del risarcimento”; e che

seguito della notifica alla Commissione di contributi analoghi a quelli della Legge in commento, gli stessi sono stati ritenuti perfettamente compatibili con i principi generali del Trattato; per quanto riguarda invece le misure di prevenzione previste dagli atti regionali che hanno dato attuazione periodica alla L.R. n. 17/1995, queste costituiscono proprio uno dei presupposti richiesti dalla Commissione per il giudizio positivo di compatibilità dell'aiuto con i principi dell'Unione. Secondo il T.A.R. quindi, non ci sarebbe stato motivo, da parte della Regione, di ritenere a priori illegittimi gli indennizzi concessi dalla L.R. n. 17/1995.

Il T.A.R. chiude sottolineando da ultimo che, nel caso di specie, lo Stato – e non la Regione – avrebbe dovuto semmai porsi il problema della qualificazione degli indennizzi corrisposti (risarcimenti o aiuti di stato); ciò in considerazione del fatto che la legge regionale n. 17/1995 è stata adottata sulla base di due leggi statali, ovvero la legge n. 281/1991 (*“Legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo”*) e la legge n. 157/1992 (*“Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio”*), in base alle quali il finanziamento dei contributi in commento proviene dallo Stato e le Regioni hanno il solo compito di erogare gli indennizzi, e non di prevederli. La Regione Marche quindi, con i provvedimenti impugnati ha, in uno, bypassato due livelli di competenza, quella statale e quella

(ii) l'aiuto è stato progettato sulla base di quanto disposto dal capitolo V delle Linee Guida per gli aiuti di Stato nel settore agricolo e forestale 2007-2013. Per la descrizione dell'aiuto e la risposta della Commissione allo Stato membro si rimanda alla lettera pubblicata al seguente link http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_34622.

⁶ Aiuto di stato numero SA.33040 approvato dalla Commissione Europea con Decisione N/2011 del 20 settembre 2011. Come nel precedente caso, la Commissione ha ritenuto compatibile con i principi di cui all'art. 107 (3) TFUE l'aiuto di stato a favore delle aziende del Brandeburgo danneggiate dagli attacchi dei lupi. Nello specifico, la Commissione ha ritenuto che lo schema di aiuto notificato avesse un impatto positivo per lo sviluppo del settore agricolo e per le specie protette dall'Unione (tra cui, per l'appunto il lupo), non avendo al contrario alcun effetto distorsivo della concorrenza; ciò sulla base dell'avvenuta adozione di misure di prevenzione da parte dei beneficiari degli indennizzi nonché sulla base del fatto che il 20% dei danni subiti resterebbe a carico degli agricoltori. Per un approfondimento, il documento è reperibile in http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_33040.

europea, arrogandosi il diritto di qualificare i contributi concessi quali aiuti di stato illegali e disponendone il relativo recupero.

Significativa, quindi, la pronuncia di specie in quanto, da un lato, ha affrontato per la prima volta una tematica del tutto inedita e, dall'altro, ha ristabilito la legalità nel *modus operandi* di una P.A. spesso e volentieri insofferente nei confronti della normativa europea.

SONIA COSTA

* * *

T.A.R. LAZIO, Roma, Sez. II *ter* – 4 gennaio 2016, n. 11 – *Pres.* Conti, *Est.* Gatto Costantino – Consorzio L.R.C. e altri (avv.ti Clarizia e Presutti) c. Società A. (avv. Pellegrino), Roma Capitale (avv. Raimondo), Regione Lazio (avv. Ricci) e nei confronti di E. srl (avv.ti Robaldo, Masini e Ferraris).

Rifiuti – Art. 35, comma 6 D.L. n. 133/2014 – Principi di prossimità e autosufficienza – Recupero energetico – Ambito extraregionale.

Nelle more dell'attuazione di un sistema e di una rete di trattamento dei rifiuti che assicuri la massima vicinanza possibile tra il luogo di ricezione del rifiuto e luogo di produzione, l'art. 35, comma 6 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133 consente, senza violazione dei principi di prossimità e autosufficienza, il conferimento di rifiuti in impianti di recupero energetico in ambito extraregionale allo scopo di valorizzare in termini di efficienza l'utilizzo di tale metodologia di trattamento, considerata maggiormente efficace ed efficiente di altri metodi, alle condizioni e ai limiti che sono specificati dall'attuazione dell'art. 35 stesso.

Il decreto “Sblocca Italia” tra principi di efficienza, prossimità e autosufficienza nella gestione dei rifiuti urbani.

Mediante ricorso al T.A.R. Lazio è stato impugnato da parte dei ricorrenti il bando di gara (e successivo atto di esclusione) per l'affidamento del servizio, tra gli altri, di trattamento in impianti di recupero energetico dei rifiuti urbani residui prodotti nel territorio di Roma Capitale per la durata di quattro anni. In particolare, per quanto interessa qui sottolineare, parte ricorrente ha chiesto l'annullamento

del predetto bando poiché volto a consentire un'illegitima esportazione di rifiuti prodotti nel territorio di Roma Capitale verso altre regioni italiane in violazione dell'art. 35, commi 6 e 7 del D.L. n. 133/2014 (c.d. decreto "Sblocca Italia", convertito con L. n. 164/2014), nonché degli artt. 182 e 182 *bis* del D.Lgs. n. 152/2006.

Le norme da ultimo richiamate si riferiscono, come noto, ai principi di autosufficienza e prossimità nello smaltimento e nel recupero dei rifiuti urbani, ai quali si affianca, in un rapporto di compresenza di non sempre facile interpretazione, l'altrettanto rilevante principio di efficienza nella gestione dei rifiuti.

Da un lato, infatti, l'art. 182 *bis* dispone che *"lo smaltimento dei rifiuti ed il recupero dei rifiuti urbani non differenziati sono attuati con il ricorso ad una rete integrata ed adeguata di impianti, tenendo conto delle migliori tecniche disponibili e del rapporto tra i costi e i benefici complessivi, al fine di (...) realizzare l'autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti urbani non pericolosi e dei rifiuti del loro trattamento in ambiti territoriali ottimali (...) in uno degli impianti idonei più vicini ai luoghi di produzione o raccolta"*.

Dall'altro, la stessa norma prosegue imponendo l'utilizzo dei *"metodi e le tecnologie più idonei a garantire un alto grado di protezione dell'ambiente e della salute pubblica"*, mentre l'art. 182, dopo aver previsto che *"è vietato smaltire i rifiuti urbani non pericolosi in regioni diverse da quelle dove gli stessi sono prodotti"*, consente tuttavia di derogare al principio di prossimità *"qualora gli aspetti territoriali e l'opportunità tecnico economica di raggiungere livelli ottimali di utenza servita lo richiedano"*.

In questo contesto normativo si è inserito il citato art. 35 del D.L. n. 133/2014, mediante il quale il legislatore ha inteso rafforzare la portata del principio di autosufficienza, annoverando, tra le misure urgenti in materia ambientale, proprio quelle *"per la realizzazione su scala nazionale di un sistema adeguato e integrato di gestione dei rifiuti urbani"*, costituito da *"impianti di incenerimento con recupero energetico di rifiuti urbani e assimilati da realizzare"* per garantire *"la sicurezza nazionale nell'autosufficienza, consentendo di superare e prevenire ulteriori proce-*

ture di infrazione per mancata attuazione delle norme europee di settore” (così il comma 1 del citato art. 35⁷).

Viene quindi in rilievo, nel caso di specie, il delicato rapporto tra i principi di autosufficienza e prossimità, da un lato, e il principio di efficienza, dall’altro, nel cui contesto si è inserita la norma programmatica di cui si è appena detto; norma che, come risulta dalla lettura della sentenza, è stata richiamata nel bando di gara oggetto d’impugnazione e la cui effettiva attuazione è stata posta dal bando, sempre secondo quanto riportato in sentenza, quale condizione per la stipula dei successivi accordi di conferimento dei rifiuti veri e propri.

Una volta chiarito lo stretto nesso funzionale tra la questione del rispetto da parte del bando dei principi di autosufficienza e prossimità nel conferimento dei rifiuti e la portata precettiva della disposizione normativa di cui al citato art. 35, il T.A.R. Lazio ha statuito che tale norma, in particolare il suo comma 6, consente il conferimento di rifiuti in impianti di recupero energetico in ambito extraregionale allo scopo di valorizzare in termini di efficienza l’utilizzo di tale metodologia di trattamento senza che ciò comporti violazione dei principi di prossimità e autosufficienza.

Se, infatti, è vero che il rispetto dell’art. 182 *bis* del D.Lgs. n. 152/2006 comporta l’obbligo per lo Stato di realizzare una rete impiantistica idonea all’efficace ed effettivo trattamento dei rifiuti – il cui funzionamento costituisce condizione primaria e principale affinché lo smaltimento avvenga nei luoghi più vicini a quelli dell’origine e produzione dei rifiuti – è altrettanto vero che deve essere del pari assicurata l’efficienza nel recupero dei rifiuti, al cui conseguimento, sottolinea il T.A.R. Lazio nel caso di specie, concorre anche la disposizione normativa di cui all’art. 35 mediante la valorizzazione degli impianti e dei metodi di recupero energetico.

In questo contesto, il citato art. 35, dopo aver promosso al comma 1 la costituzione di una rete di impianti di recupero energetico dei rifiuti per garantire la sicurezza nazionale nell’autosufficienza, precisa altresì, al successivo comma 6, che nei suddetti impianti possono essere conferiti anche i rifiuti urbani provenienti fuori dal territorio regionale, ma a condizione che sia comunque garantita priorità d’accesso ai rifiuti pro-

⁷ Sul quale, cfr. A. QUARANTA, *Bozza di decreto sulla capacità nazionale di incenerimento: una risposta a... quali domande?*, in *A&S*, 2016, p. 180.

dotti all'interno del territorio di ubicazione dell'impianto e nei soli limiti della disponibilità residua, nonché sottoponendo il conferimento extraregionale ad un contributo supplementare, come dispone il successivo comma 7.

Poiché, come osservato dai giudici amministrativi, i principi di prossimità e autosufficienza obbligano alla programmazione e realizzazione di un sistema e di una rete di trattamento dei rifiuti che assicuri la massima vicinanza possibile ai luoghi di produzione degli stessi, ma, per i motivi di cui si è detto, nelle more dell'attuazione di tale sistema il principio di efficienza consente il conferimento in ambito extraregionale alle condizioni e con i limiti specificati dall'attuazione del citato art. 35, non è illegittimo per violazione dei suddetti principi un bando di gara che, come nel caso di specie, indichi nell'attuazione delle misure individuate dal legislatore nazionale il presupposto per la futura ed eventuale stipula degli accordi di conferimento dei rifiuti veri e propri⁸.

Del resto, il rapporto tra l'art. 35 del D.L. n. 133/2014 e il combinato disposto dei richiamati artt. 182 e 182 *bis* del D.Lgs. n. 152/2006, così come risultante dalla ricostruzione offerta dai giudici amministrativi nella sentenza in epigrafe, non appare neppure in contrasto con l'orientamento del Consiglio di Stato volto ad affermare il divieto dello smaltimento dei rifiuti urbani non pericolosi in ambito extraregionale fatte salve le sole e limitate eccezioni di cui al già richiamato comma 3 dell'art. 182⁹.

EMANUELE POMINI

* * *

TRIBUNALE DI TRIESTE – 29 febbraio 2016, n. 310 – Giudice Casavecchia – P.M. C. C. (avv.ti Belletti e Presot), B. e T. (avv. Ponti), M. (avv. Pacileo), parti civili Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia (avv. Meloni) e W.W.F. (avv. Giadrossi).

⁸ In precedenza, sempre in merito al rapporto tra l'art. 35 del D.L. n. 133/2014 e i principi di autosufficienza e di prossimità, cfr. T.A.R. Valle d'Aosta 21 ottobre 2015, n. 88.

⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 febbraio 2013, n. 993, in questa *Rivista*, 2013, p. 567; Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2013, n. 3215.

Parchi, Riserve e aree protette – Aree protette – Rimozione vegetazione in alveo – Intervento urgente – Rischio di emergenza – Poteri di protezione civile – Art. 733 *bis* c.p. – Art. 734 c.p. – Art. 181, comma 1 D.Lgs. n. 42/2004 – Art. 9 commi 2 e 2 *quater* L.R. Friuli-Venezia Giulia n. 64/1986 – Non necessità di previa valutazione di incidenza o autorizzazione paesaggistica – Non sussiste responsabilità penale.

L'intervento urgente finalizzato alla rimozione di vegetazione arbustiva presente nell'alveo di un corso d'acqua in un tratto compreso in un'area protetta, ove eseguito in vista di un rischio di emergenza sulla scorta della legislazione regionale del Friuli-Venezia Giulia in materia di protezione civile, non determina la commissione dei reati di cui agli artt. 733 bis e 734 c.p. e 181 comma 1 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 ancorché eseguito in assenza di valutazione di incidenza e senza la previa acquisizione di preventive autorizzazioni paesistiche.

Deve essere dichiarata la inutilizzabilità in dibattimento dei risultati di un accertamento tecnico disposto dal P.M. ex art. 360 c.p.p. laddove esso sia stato eseguito sulla scorta della natura irripetibile degli accertamenti del consulente, in presenza di rituale istanza di incidente probatorio da parte della difesa, ma in condizioni di riscontrata assenza di indifferibilità dell'accertamento stesso.

La quadratura del cerchio: il difficile bilanciamento tra esigenze di tutela delle aree protette e della pubblica incolumità (a supplenza di carenze manutentive ordinarie).

La sentenza in rassegna, relativa ad una vicenda che a livello locale aveva destato molto scalpore scatenando una vigorosa campagna mediatica di stampo colpevolista¹, definisce il processo penale in cui erano imputati l'assessore regionale delegato alla Protezione civile del Friuli-Venezia Giulia nonché a una serie di funzionari pubblici, per avere disposto un intervento di pulizia di vegetazione arbustiva nell'alveo di un torrente in un tratto compreso in un'area protetta, sulla scorta di un

¹ L'intervento aveva lambito la Riserva della Val Rosandra, in Comune di San Dorligo della Valle (Trieste), molto cara agli escursionisti locali, ad immediato ridosso del Rifugio Premuda (noto quest'ultimo per essere, per la sua altitudine a soli 82 m. s.l.m., il rifugio alpino più basso dell'Italia continentale).

provvedimento emergenziale adottato in base alla disciplina (regionale) di protezione civile².

L'assenza di previa valutazione di incidenza, nonché di preventiva acquisizione di autorizzazione paesaggistica, aveva indotto la Pubblica Accusa a contestare la violazione degli artt. 733 *bis* e 734 c.p., nonché dell'art. 181, comma 1 D.Lgs. n. 42/2004³.

All'esito di un articolato dibattimento – nel corso del quale è stata disposta una perizia anche in ragione della dichiarata inutilizzabilità di un accertamento tecnico irripetibile disposto dal P.M. nel corso delle indagini – è stata pronunciata sentenza ampiamente assolutoria, essendosi acclarata la natura urgente dell'intervento di pulizia, peraltro condotto contemporaneamente a numerosi altri – sempre da parte della protezione civile regionale – in diversi alvei fluviali (operazione "Alvei puliti"), per i quali non erano state però mosse contestazioni.

L'intervento in discussione, disposto sulla scorta di una relazione tecnica in base alla quale era stato assunto un decreto assessorile ai sensi dell'art. 9, commi 2 e 2 *quater* della L.R. Friuli-Venezia Giulia n. 64/1986⁴ poi ratificato prima della sua effettuazione dalla prescritta de-

² L.R. Friuli-Venezia Giulia 31 dicembre 1986, n. 64, in B.U.R. Friuli-Venezia Giulia 31 dicembre 1986, n. 135.

³ Inizialmente, il capo di imputazione comprendeva anche la violazione dell'art. 181, comma 1 *bis* D.Lgs. n. 42/2004 (delitto paesaggistico), tuttavia il P.M. aveva provveduto in apertura di dibattimento a "precisare" l'imputazione eliminando il riferimento a tale distinta fattispecie, peraltro in corso di giudizio anche dichiarata per larga parte incostituzionale (Corte Cost. 23 marzo 2016, n. 56, in G.U. 30 marzo 2016, n. 13).

⁴ Comma 2: "*Allo stesso Presidente od all'assessore regionale delegato è dato, in caso di urgenza ed in vista di un rischio di emergenza, nonché nel corso dello stato di emergenza decidere direttamente - salve le competenze statali - con proprio decreto, anche in deroga alle disposizioni vigenti, ivi comprese quelle di contabilità pubblica, sulle più immediate esigenze del servizio per la protezione civile e provvedere agli interventi relativi. Nel caso in cui le situazioni o gli eventi calamitosi di cui al primo comma del precedente articolo 1 comportino azioni od interventi che rientrino nelle attribuzioni dello Stato, o che per intensità ed estensione non possono essere affrontati con i mezzi ed i poteri di cui dispone la Regione, il Presidente della Giunta regionale richiede al Ministro competente la dichiarazione dello stato di preallarme o emergenza. Quando la situazione o l'evento siano tali da poter essere fronteggiati con i mezzi ed i poteri di cui dispone la Regione, vi provvede il Presidente della Giunta regionale, con proprio decreto, su proposta dell'Assessore regionale delegato alla protezione civile, ovvero, lo stesso Assessore d' intesa con il Presidente della Giunta regionale*"; comma 2

libera di Giunta regionale⁵, era stato preceduto da una richiesta espressa alla Protezione civile regionale da parte del Comune nel quale si trova il corso d'acqua, al fine di eliminare il pericolo alla pubblica incolumità.

A causa della pluriennale carenza di manutenzione ordinaria nell'alveo del Torrente Rosandra⁶, quest'ultimo si era infatti riempito di materiale "infestante", consistente anche in alberi di alto fusto (tra cui ontani e pioppi), determinando potenziale pericolo per gli abitanti del Comune di San Dorligo della Valle, immediatamente a valle del tratto poi interessato dai lavori.

Effettuato un sopralluogo da parte di tecnici comunali e della protezione civile regionale, era stato deciso il taglio di 40 alberi in una situazione di fatto definibile come "*in vista di un rischio di emergenza*"; l'esito aveva suscitato però le vive proteste delle associazioni ambientaliste, che si facevano latrici di un esposto presso la locale Procura della Repubblica, con successiva costituzione di parte civile nel processo poi instaurato.

Il Pubblico Ministero aveva ravvisato nel capo di imputazione la violazione di plurimi vincoli insistenti nell'area interessata dal taglio degli alberi, enumerandone in tutto sei, variamente risalenti nel tempo⁷, e contestando l'intervento in quanto effettuato in assenza delle previe autorizzazioni e/o nulla osta previsti dalle normative di settore.

quater (inserito dall'art. 4, comma 79, lettera b), L.R. Friuli-Venezia Giulia n. 11/2011): "*Con decreto emanato ai sensi del secondo comma sono altresì disposti interventi urgenti di asporto della vegetazione arborea e arbustiva presente all'interno dei corsi d'acqua, nelle aree golenali e lungo gli argini e di sistemazione idraulica al fine di ripristinare il corretto regime di deflusso in sicurezza dei predetti corsi d'acqua*".

⁵ L'art. 33 della L.R. Friuli-Venezia Giulia n. 64/1986 prevede che "*I provvedimenti adottati ai sensi degli articoli 9, II comma e V comma, 11, I comma, e 12, I comma e II comma, sono sottoposti con urgenza alla ratifica della Giunta regionale*".

⁶ L'ultimo intervento di manutenzione straordinaria risaliva all'anno 2000.

⁷ In particolare, (1) Avviso del Governo Militare Alleato ai sensi dell'art. 3 della l. 1497/139 (inserimento nell'elenco delle bellezze naturali del corso superiore della Val Rosandra); (2) decreto del Ministro della Pubblica Istruzione del 17 dicembre 1972, in G.U. del 30 maggio 1972, n. 139 (dichiarazione di interesse pubblico di una zona sita nel Comune di S. Dorligo della Valle, stante la rilevante bellezza dei luoghi); (3) art. 52 della L.R. Friuli-Venezia Giulia n. 42/1996 (istituzione della Riserva naturale Regionale della Val Rosandra); (4) decreto del Ministero dell'Ambiente del 17

A giudizio erano stati chiamati a rispondere dei fatti l'assessore regionale che aveva emanato il decreto di protezione civile, i due dirigenti apicali della protezione civile regionale, che avevano predisposto la relazione tecnica a supporto del decreto, il funzionario locale della protezione civile regionale, che aveva presenziato al sopralluogo prodromico ai tagli, e il tecnico comunale, che aveva svolto analoghe attività⁸.

Costituitasi parte civile la Regione e una associazione ambientalista, il Tribunale dichiarava la inutilizzabilità della consulenza disposta ai sensi dell'art. 360 c.p.p. dal P.M. nel corso delle indagini, ritenendo i relativi accertamenti non aventi natura irripetibile: nonostante la tempestiva riserva di incidente probatorio da parte delle difese, l'accusa aveva infatti dato egualmente corso a detti accertamenti⁹.

ottobre 2007, in G.U. del 6 novembre 2007, n. 258, art. 3 (trasmissione alla Commissione Europea delle cartografie delle Zone di Protezione Speciale – ZPS e successivo decreto del Ministero dell'Ambiente del 19 giugno 2009, in G.U. n. 157 del 9 luglio 2009, avente ad oggetto l'elenco delle ZPS ai sensi della direttiva 79/409/CEE, tra cui è presente quella a codice IT 3341002 "Aree Carsiche della Venezia Giulia"); (5) L.R. Friuli-Venezia Giulia 21 luglio 2008, n. 7, relativa all'adempimento degli obblighi in attuazione della direttiva 92/43/CEE e successivo decreto del Ministero dell'Ambiente del 26 marzo 2008, in G.U. n. 104 del 5 maggio 2008, avente ad oggetto l'elenco aggiornato dei Siti di Importanza Comunitaria – SIC, tra cui è previsto quello a codice IT 3340006 "Carso Triestino e Goriziano"; (6) art. 142, comma 1, lett. c) e g) del D.Lgs. n. 42/2004, trattandosi di corso d'acqua inserito nell'elenco delle acque pubbliche, nonché di territorio rientrante in riserva naturale.

⁸ Nei confronti di quest'ultimo peraltro, a fronte della mancata traduzione del decreto di citazione a giudizio in sloveno (il funzionario comunale si era infatti dichiarato appartenente alla minoranza linguistica), si era disposto lo stralcio della relativa posizione e la regressione alla fase di comunicazione *ex art. 415 bis c.p.p.*, all'esito della quale inaspettatamente il P.M. ne archiviava la posizione.

⁹ Con articolata ordinanza, assunta nel corso della udienza del 27 gennaio 2014 e che meriterebbe separato commento, richiamandosi a ripetuti arresti della Corte di Cassazione penale (in particolare, Sez. III, 19 luglio 2000, n. 8342; Sez. III, 28 gennaio 2010, n. 3908, quest'ultima in relazione alla conseguente inammissibilità della testimonianza in dibattimento del consulente tecnico del P.M. sul contenuto degli accertamenti tecnici non ripetibili, dichiarati inutilizzabili per violazione dell'art. 360 c.p.p.), il Tribunale riscontrava come "*le ragioni addotte dal P.M. non possono ritenersi fondate e ciò in considerazione del significativo lasso temporale intercorso tra i fatti di causa (marzo 2012) ed il decreto con il quale si sono disposti gli accertamenti (14 giugno 2012, conferimento del 3 luglio 2012) e, infine, tra il predetto decreto e l'inizio delle operazioni (il 16 luglio), e a distanza, quindi, di oltre tre mesi dai*

Per questa ragione, dopo l'escussione di numerosi testimoni veniva disposta una perizia tecnica "sulla natura, le forme e soprattutto sulla ricorrenza dei presupposti dell'intervento correlati alla situazione di rischio idraulico – idrogeologico esistente all'epoca dell'intervento sul sito in questione".

La pronuncia, come detto assolutoria, risulta fondata su di un duplice caposaldo rappresentato, da un lato dagli esiti dell'accertamento rimesso al perito e dall'altro, da una attenta ricostruzione dei presupposti normativi del provvedimento in forza del quale l'intervento era stato eseguito.

La perizia, il cui approccio metodologico – come ribadito dal perito – è stato condiviso dai consulenti di accusa e di difesa, recava valutazioni di tutti i fattori di rischio incidenti¹⁰, pervenendo alla conclusione della sussistenza, all'atto di eseguire l'intervento, di una situazione definibile "in vista di un rischio di emergenza", intesa come attività di prevenzione che comprende le azioni che devono essere messe in atto in condizioni di potenziale pericolo in un tempo maggiore rispetto a quello dell'urgenza, ma che non potrebbero essere attuate in una condizione di urgenza¹¹; nel contempo, la stessa perizia concludeva per la

fatti. Invero, ove raffrontato detto periodo alla rigida scansione temporale di cui agli artt. 398 e 400 c.p.p. si può certamente sostenere che in tempi ristretti si sarebbe potuto utilmente eseguire l'accertamento nelle forme dell'incidente probatorio. L'accertamento differito di oltre tre mesi ben poteva essere utilmente effettuato pochi giorni dopo anche in considerazione della natura dell'attività svolta e delle paventate cause di modificabilità del sito, individuate dal P.M. – in buona sostanza – nell'appropinquarsi della stagione estiva e nel conseguente pericolo di veloce ricrescita della vegetazione".

¹⁰ Articolati in "fattori predisponenti", "fattori condizionanti", "fattori determinanti".

¹¹ "Il concetto 'in vista di un rischio di emergenza' si traduce nella prevenzione che comprende le azioni che devono essere messe in atto in condizioni di potenziale pericolo (per un tempo assai maggiore dell'urgenza) e che non potrebbero essere attuate in una condizione di urgenza. Quindi la condizione 'in vista di un rischio di emergenza' è dipendente dal pericolo (caduta massi, forte vento, ribaltamento delle piante, manutenzione dell'alveo e dei manufatti, ecc.) dalla vulnerabilità (propensione delle persone, degli edifici, delle infrastrutture e delle attività economiche a subire danneggiamenti), e dall'esposizione (considerando gli edifici esistenti nella val Rosandra) e, qualora si verificasse uno stato di calamità (l'evento critico: piena trentennale del torrente Rosandra, vento in classe 10 della scala di Beaufort, caduta massi dal versante) sarebbe potuta diventare critica qualora non si fosse intervenuti per tempo".

adeguatezza e congruità delle modalità di realizzazione dell'intervento, in relazione al paventato rischio idrogeologico e idraulico e ove riferiti a tutti gli indicatori più significativi oggetto di analisi.

Quanto ai presupposti giuridici dell'intervento, *"le risultanze processuali hanno posto in luce con evidenza la sussistenza di una situazione/stato di rischio di emergenza che rendeva nella circostanza l'intervento di taglio e rimozione di alberi e piante dall'alveo del torrente, attività riconducibile, come espressamente previsto dal decreto assessorile ratificato dalla giunta regionale, alla previsione di cui all'articolo 9 comma 2 quater della L.R. n. 64/1986, e come tale non soggetto a preventivi procedimenti amministrativi di tipo autorizzatorio ovvero di valutazioni d'impatto o d'incidenza ambientale"*.

A quest'ultimo proposito, il Tribunale – per vero in assenza di precedenti specifici e quindi necessariamente basandosi solamente sull'esegesi della norma regionale in base ai lavori preparatori¹² – ha innanzi tutto evidenziato come la disciplina relativa alle ordinanze di protezione civile in Friuli-Venezia Giulia¹³ preveda, per l'attivazione degli interventi in deroga alle disposizioni vigenti, tre distinte e alternative ipotesi: (1) *"in caso di urgenza"*; (2), *"in vista di un rischio di emergenza"* e (3) *"nel corso dello stato di emergenza"*.

Si è soffermato quindi sulla alternativa lettura, proposta dalle parti civili, che avevano rimarcato come il provvedimento assessorile risultasse invece fondato sull'art. 11 della L.R. Friuli-Venezia Giulia n.

¹² In particolare, relazione della prima commissione permanente del Consiglio regionale della Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia (rel., p. 9, atti consiliari, 6/442-86) e dagli atti consiliari riportanti i lavori preparatori della discussione della legge (seduta del 3 dicembre 1986). Aggiunge peraltro il Tribunale che *"non sembra possibile accedere ad una diversa lettura della disposizione in questione avuto riguardo da un lato ai generali criteri interpretativi delle norme (letterali e logici) e, dall'altro, ai sussidiari criteri ermeneutici della mens legis e legislatoris. A tal ultimo riguardo peraltro anche dalla lettura di alcuni stralci dei lavori preparatori sull'articolato della legge sembra consentito evincere l'intenzione del legislatore di equiparare le tre distinte situazioni al fine di poter legittimare l'esercizio di tali poteri derogatori"*.

¹³ In merito alla legislazione regionale del Friuli-Venezia Giulia, unica ad essere espressamente nominata da quella nazionale, l'art. 14 della L. n. 225/1992, nel testo vigente (aggiornato con la legge di riordino della Protezione civile nazionale, L. n. 100/2012), ha fatte salve le disposizioni vigenti nell'ordinamento giuridico della Regione-Friuli Venezia Giulia.

64/1986¹⁴, a sua volta correlato all'art. 4, lett. a) della L.R. Friuli-Venezia Giulia n. 68/1982¹⁵, "*intervento quindi adottato sulla scorta dei presupposti di una situazione tale da far ritenere altamente probabile il verificarsi in tempi brevi di una calamità naturale, come previsto all'art. 4 lett. a) della legge regionale n. 68/1982 (disposizione richiamata all'articolo 11 della L.R. n. 64/1982)*".

Rispetto a tale obiezione, si è opposta la constatazione per cui il provvedimento di ratifica della Giunta regionale, "da ritenere il vero presupposto di legittimazione dell'operazione", prevede espressamente l'intervento di asportazione degli alberi in alveo *ex art. 9, comma 2 quater* L.R. Friuli-Venezia Giulia n. 64/1986, ai sensi dell'art. 9, comma 2 L.R. Friuli-Venezia Giulia n. 64/1986, "*ed in sostanza, quindi, sul presupposto di una situazione in vista di un rischio di emergenza*".

Per vero, proprio la mancata considerazione, da parte della Pubblica Accusa, della delibera di Giunta regionale quale provvedimento effettivamente legittimante l'operazione, costituisce l'elemento di grave debolezza di tutta l'impostazione accusatoria, tale da impedire in effetti – e al di là delle stesse considerazioni del Tribunale, sulle quali come di seguito si dirà – la possibilità stessa di sindacare l'operato dei soggetti tratti a giudizio¹⁶.

¹⁴ "A far tempo dalla data di cui al successivo articolo 36 della presente legge, all'esecuzione delle opere e degli interventi di cui all'articolo 2 e all'articolo 4, lettera a), della legge regionale 28 agosto 1982, n. 68, come modificata ed integrata dalla legge regionale 17 gennaio 1984, n. 2, si provvede secondo quanto previsto dal secondo e terzo comma del precedente articolo 9" (comma 1 dell'art. 11 L.R. Friuli-Venezia Giulia n. 64/1986).

¹⁵ "Quando nelle forme e nei modi di cui al successivo articolo 5, vengano accertate delle situazioni tali da far ritenere: a) altamente probabile il verificarsi, in tempi brevi, di una calamità naturale ovvero, b) di rilevante probabilità il verificarsi di un tale evento, l'Amministrazione regionale è autorizzata ad eseguire a propria cura e spese i lavori e le opere, anche a carattere definitivo, idonee a prevenire tali eventualità, nonché a eseguire studi e ricerche nel settore della geologia con riferimento a tali situazioni" (comma 1 dell'art. 4 L.R. Friuli-Venezia Giulia 28 agosto 1982, n. 68, "Interventi regionali in occasione del verificarsi di eventi calamitosi ed eccezionali avversità atmosferiche", rubricato "Opere di prevenzione di calamità naturali").

¹⁶ Significativamente, in un inciso (p. 18 della motivazione) la sentenza rimarca *incidenter tantum* la valenza della delibera collegiale, sottolineando come ciò avrebbe "peraltro reso ipotizzabile il coinvolgimento dell'intera Giunta e non unicamente dell'assessore delegato".

Il procedimento prefigurato dalla legge regionale prevede, infatti, il decreto d'urgenza dell'assessore delegato, seguito poi dalla ratifica da parte della Giunta regionale; si tratta, questo della ratifica, di tipologia d'atto¹⁷ tipica delle vicende nelle quali esiste la legittimazione straordinaria di un organo ad emanare un provvedimento (qui, ai sensi dell'art. 9, comma 2 L.R. Friuli-Venezia Giulia n. 64/1986, l'Assessore delegato), ma le norme prevedono che l'organo competente in via generale debba appunto ratificare quel provvedimento (qui, secondo quanto previsto dall'art. 33, comma 4 L.R. Friuli-Venezia Giulia n. 64/1986, la Giunta regionale).

La ratifica in diritto amministrativo, in particolare, è quel provvedimento con cui l'organo competente fa proprio un atto emanato da un altro organo, il quale è sì legittimato ad emanarlo, ma solo al ricorrere di alcune circostanze d'urgenza; a differenza della convalida, nel quale il riesame dell'organo competente concerne un atto viziato da incompetenza, nella ratifica il riesame concerne un atto emanato da un organo che ne è competente, sia pure però solamente in via provvisoria¹⁸.

In giurisprudenza l'istituto è stato sistematizzato dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁹, che ha avuto modo di puntualizzare "che la ratifica si configura come un atto integrativo dell'efficacia, nel senso che l'efficacia provvisoria (dell'atto ad essa sottoposto) si trasforma in efficacia definitiva grazie ad un atto ad effetto retroattivo con cui l'organo a competenza generale fa proprio l'atto emanato da altro organo che dalla legge è abilitato a provvedere solo in via d'urgenza".

Gli effetti della ratifica sono, appunto, retroattivi, in quanto l'organo a legittimazione ordinaria (ratificante) aderisce agli effetti dell'atto che va a ratificare, facendolo integralmente proprio senza soluzione di continuità; l'atto finale (e definitivo) è pertanto quello dell'organo a legit-

¹⁷ Ben diversa dall'omonimo istituto civilistico, che invece attiene ai rapporti tra rappresentante e rappresentato (artt. 1398 e 1399 c.c.): M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993, II, p. 556, che pone in luce come la ratifica amministrativa sia molto diversa dalla ratifica che spetta al rappresentato in ordine ad atti del rappresentante, in quanto con essa l'organo deliberativo competente non si appropria degli effetti dell'atto che gli sono imputati (dal rappresentante), bensì dell'intera fattispecie, che imputa a se stesso.

¹⁸ R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, pp. 614 ss.

¹⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 6 ottobre 1992, n. 16.

timazione ordinaria, che per l'effetto si sostituisce all'atto ratificato con valenza *ex tunc*.

Sicché, quanto al caso che ci occupa, l'intervento è stato disposto non già ad opera del decreto dell'assessore, ma invece sulla base della successiva delibera di Giunta regionale, che lo ha fatto proprio.

Il fatto che la legge regionale abbia prefigurato questo schema provvedimento non costituisce nulla di particolarmente atipico o anomalo, inserendosi anzi in un solco rodato, che costituisce il portato dell'attuale assetto istituzionale, successivo all'evoluzione della forma di Governo e al disegno prefigurato dal D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29²⁰, in relazione alla separazione della funzione di indirizzo politico amministrativo, spettante agli organi di governo, da quella di amministrazione attiva, spettante di norma al (solo) apparato dirigenziale.

Se è vero che negli ultimi anni, anche per le conseguenze seguite alle modifiche alle leggi elettorali (oggi connotate in senso maggioritario) si è registrato un indubbio rafforzamento dell'esecutivo nei confronti degli organi legislativi assembleari (ciò vale tanto per lo Stato che per le Regioni), è altresì vero che, all'interno dei singoli settori della P.A., gli organi di vertice hanno perduto il ruolo di riferimenti gerarchici e di ultima istanza in ordine alla attività di amministrazione diretta²¹, anche all'interno degli enti locali e territoriali.

In questa situazione, la necessità di operare prontamente e di fornire una risposta a problemi di indubbio impatto sociale e politico (e di fronte ai quali le rappresentanze elettive saranno necessariamente chiamate prima o poi a rendere conto) ha consentito proprio ai provvedimenti di protezione civile di fungere da strumento tramite il quale l'organo politico di vertice si è spesse volte riappropriato, caso per caso ed emergenza per emergenza, di piene competenze di amministrazione diretta e di ultima istanza, ovviamente in senso più ampio rispetto ai poteri comunque rimessigli in via ordinaria²².

²⁰ Ora sostituito dal D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

²¹ L'art. 16 del D.Lgs. n. 165/2001 rimette alla competenza dei dirigenti di uffici dirigenziali generali la decisione sui ricorsi gerarchici avverso atti e provvedimenti amministrativi non definitivi dei dirigenti, facendo perciò venir meno il relativo potere del Ministro (e quindi ogni possibilità di suo intervento diretto sulla attività di concreta gestione).

²² Ci sia consentito un rinvio a L. DE PAULI *La recente "legificazione" delle ordinanze di protezione civile*, in questa *Rivista*, 2003, p. 701.

Nel caso in esame questi poteri sono stati esplicitati, appunto, dalla Giunta regionale, il cui atto – non oggetto di contestazione da parte del P.M. – dovrebbe comunque finire per assumere, ben al di là di ogni altra considerazione e in termini assolutamente assorbenti, valenza scriminante rispetto a tutte le condotte oggetto di contestazione.

Nella sentenza in rassegna, il Tribunale ha invece preferito analizzare puntualmente tutti i profili rifluiti all'interno della imputazione, piuttosto che quelli che nella stessa avrebbero dovuto essere presenti, ma che invece sono stati tralasciati, peritandosi così di confutarli analiticamente.

E' stato smentito l'assunto per cui sarebbe stata necessaria la previa convocazione di una conferenza di servizi²³; ricondotti inoltre i sei vincoli asseritamente violati in due solamente (vincoli paesaggistici e naturalistici da un lato, vincoli afferenti la ZPS – SIC dall'altro), esclusa la possibilità di ricondurre alla fattispecie di "bosco" le formazioni arboree cresciute in alveo interessato dalle cd. piene trentennali²⁴, è stata esclusa altresì la necessità di previa valutazione di incidenza²⁵, alla luce della riscontrata legittimità (*id est* sussistenza dei requisiti di fatto e di diritto nel caso concreto) del provvedimento derogatorio, e in ogni caso (premurandosi il giudicante di evidenziare la valenza solo incidentale e *a fortiori* dell'ulteriore argomento) alla luce della esistenza, nella

²³ "Dall'analisi del testo di legge appare consentito evincere che la convocazione in questione parrebbe essere facoltà discrezionale del Presidente della Regione ovvero dell'assessore delegato"; inoltre, "dall'esame complessivo della norma parrebbe evincersi che la facoltà di convocare detta conferenza di servizi sia limitata o comunque prevista in tutte le ipotesi in cui l'intervento di messa in sicurezza venga effettuato ad opera di soggetti attuatori esterni alla Protezione Civile della Regione (detentori delle risorse finanziarie necessarie all'intervento) e non invece quando l'intervento sia direttamente eseguito dalla protezione civile".

²⁴ Il riferimento è all'art. 7 L.R. Friuli-Venezia Giulia 23 aprile 2007, n. 9 ("Norme in materia di risorse forestali"), secondo cui "a tutti gli effetti di legge, non si considerano bosco: ... g) le formazioni arboree cresciute negli alvei dei corsi d'acqua interessati da piene ricorrenti con tempi di ritorno di trenta anni, nonché sugli argini artificiali e sulle relative fasce di rispetto di larghezza fino a 4 metri".

²⁵ L'area in esame, infatti, ricade nella previsione di vincolo a presidio della c.d. rete ecologica dei siti Natura 2000 (direttive Habitat, 93/431/CEE e Uccelli, 79/409/CEE, recepite dalla L.R. Friuli-Venezia Giulia 14 giugno 2007, n. 14 e dalla L.R. Friuli-Venezia Giulia 21 luglio 2008, n. 7; la sentenza ha anche ricordato come – ma successivamente ai fatti, nell'anno 2013 – siano poi entrate in vigore ulteriori misure di conservazione, afferenti alle aree stesse.

normativa regionale del Friuli-Venezia Giulia²⁶, di una disposizione, da ritenersi applicabile anche al caso in esame, nel senso di escludere dalla previa VINCA il taglio della vegetazione arborea "al fine di prevenire i dissesti causati dalla ostruzione ovvero dal collasso del detrito legnoso durante le piene".

Ravvisata altresì – sulla scorta della perizia – la congruità e l'adeguatezza dell'intervento, è stata in conclusione espressamente esclusa la sussistenza:

- a) dal punto di vista oggettivo, della fattispecie di cui all'art. 733 *bis* c.p., punibile nel caso si operi "fuori dai casi consentiti" (e qui la riscontrata legittimità²⁷ dell'intervento determina, appunto, un "caso consentito");
- b) sempre dal punto di vista oggettivo, della fattispecie di cui all'art. 181, comma 1 D.Lgs. n. 42/2004 (punibile "senza la prescritta autorizzazione o in difformità di essa", mentre nel caso in esame i "presupposti di fatto accertati, tali da giustificare l'intervento oggetto di imputazione pur in assenza della prescritta autorizzazione" assumono valenza assorbente);
- c) infine, ma dal punto di vista soggettivo (con conseguente assoluzione "perché il fatto non costituisce reato), della fattispecie di cui all'art. 734 c.p.²⁸: a quest'ultimo proposito, la condotta è stata ritenuta posta in essere da tutti gli imputati in buona fede, sia in relazione alla posizione dell'assessore regionale, che per quanto riguarda gli altri imputati, in disparte il ruolo avuto da ciascuno in tutta la vicenda.

²⁶ D.G.R. 12 ottobre 2007, n. 2461 ("D.P.R. n. 357/1997 - interventi esclusi dalla procedura di valutazione di incidenza relativamente al SIC IT3340006 'Carso triestino e goriziano' ed alla ZPS IT3341002 'aree carsiche della Venezia Giulia'"), il cui All. A, n. 21 ha escluso espressamente dalla previa valutazione di incidenza "le piccole opere di riqualificazione ambientale e di riassetto del territorio volte al consolidamento, alla protezione e copertura del terreno interessato da dissesti di carattere superficiale, purché realizzate mediante tecniche di ingegneria naturalistica".

²⁷ "L'operato della protezione civile pur in assenza di preventive autorizzazioni paesistiche ovvero di valutazioni di incidenza, poteva ritenersi legittimato dalle relative disposizioni di legge alle quali si è fatto sopra riferimento".

²⁸ "Con riferimento a tale reato di danno la legittimità dell'azione amministrativa ovvero l'autorizzazione all'iniziativa non esclude di per sé il reato, ma incide inevitabilmente sulla valutazione degli estremi soggettivi della fattispecie".

Il Tribunale presuppone evidentemente, pur non citandola, la giurisprudenza che si è venuta a creare in relazione alla valenza scriminante delle ordinanze derogatorie, specialmente nella materia della gestione dei rifiuti²⁹, in relazione alle quali peraltro (con distinzione per vero sottile, e di non agevole esercizio) *"il sindacato del giudice deve avere quali parametri le norme che giustificano l'esercizio del potere straordinario previsto per l'organo amministrativo, ma non può riferirsi alla correttezza sotto il profilo tecnico-discrezionale nell'esercizio del potere stesso"*³⁰.

La riscontrata legittimità dei provvedimenti adottati dalla Protezione civile ha pertanto determinato la sussistenza, ai fini penali, di una causa speciale di giustificazione³¹; a quest'ultimo proposto merita senz'altro un cenno anche la previsione dell'art. 303 del D.Lgs. n. 152/2006, la quale sebbene non richiamata nella motivazione della sentenza in commento e, sia pure ai fini del risarcimento del danno ambientale, costituisce norma di evidente portata generale – pena la perdita della coerenza intrinseca dell'Ordinamento – escludendo espressamente l'applicabilità della sesta parte del T.U. Ambiente³² nel caso di *"attività svolte in condizioni di necessità ed aventi come scopo esclusivo... la protezione dalle calamità naturali"*.

²⁹ *"In tema di rifiuti, l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti da parte del sindaco (o delle altre autorità previste dalla norma), ai sensi dell'art. 191 D.Lgs. n. 152/2006, integra una causa speciale di giustificazione per quelle attività di smaltimento di rifiuti non autorizzate, che diversamente integrerebbero un'ipotesi di reato, soltanto quando dette ordinanze, previa acquisizione dei pareri degli organi tecnico-sanitari, siano emanate per affrontare situazioni temporanee di eccezione ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente e siano congruamente motivate; il giudice penale ha il potere-dovere di verificarne la legittimità formale e sostanziale e, in caso di illegittimità, di rilevare l'inidoneità del provvedimento ad integrare la causa di esclusione della tipicità"* (da ultima Corte Cass. pen., Sez. III, 11 febbraio 2016, n. 15410 in *CED Cassazione*; si vedano altresì Corte Cass. pen., Sez. III, 20 gennaio 2005, n. 17414; 13 gennaio 2000, n. 3878; 16 ottobre 1998, n. 12692).

³⁰ Corte Cass. pen., Sez. III, 13 luglio 2005, n. 35640, in *Cass. Pen.*, 2006, 10, p. 3324.

³¹ Con le sfumature di cui sopra di è detto, in termini di diversa formula assolutoria in relazione alle tre distinte fattispecie oggetto di penale contestazione.

³² Contenente le *"norme in materia di tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente"*, dall'art. 298 bis in poi.

Nel caso in esame, il Tribunale, in termini penetranti – e in ciò agevolato dagli esiti univoci della perizia disposta in dibattimento – non solo ha richiamato i presupposti giuridici dell'esercizio del potere derogatorio, ma li ha parimenti rapportati alla situazione concreta, tra guardando l'operato della protezione civile anche in termini di adeguatezza e congruità.

Il bilanciamento, spesso difficile, tra tutela delle aree protette da un lato e quella della pubblica incolumità dall'altro si è qui risolto nella prevalenza assegnata a quest'ultima; molto significative le considerazioni finali del Tribunale, in cui da un lato si è evidenziato come la Protezione civile sia in fin dei conti dovuta intervenire³³ a fronte di "*una colpevole inerzia nella costante ordinaria manutenzione del sito da parte dei soggetti a tal uopo istituzionalmente designati*", dall'altro si è prospettato il vero paradosso alla base di tutto il processo³⁴: "*ciò che sembra tuttavia innegabile è che se l'evento calamitoso si fosse malauguratamente verificato in assenza di quell'intervento ovvero in presenza di un intervento inadeguato allo scopo, verosimilmente gli odierni imputati sarebbero stati chiamati a rispondere per quanto non adeguatamente fatto al fine di evitarne le conseguenze*"³⁵.

LUCA DE PAULI

³³ Come fin troppo spesso è accaduto, anche in settori (ma non è questo il nostro caso) non proprio afferenti la tutela della pubblica incolumità, e che hanno determinato (si veda ad esempio l'uso dello strumento derogatorio per i "grandi eventi") situazioni di obiettivo abuso, cui il legislatore ha dovuto far fronte, riformando la Protezione civile nazionale (D.L. 15 maggio 2012, n. 59, conv. dalla L. 12 luglio 2012, n. 100). Sul tema si veda R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, in *Il Diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, pp. 31 ss., nonché F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, *ibidem*, pp. 93 ss.

³⁴ A mo' di vera e propria "morale" di tutta la storia.

³⁵ Si veda al riguardo (e il Tribunale la ha senz'altro tenuta presente, atteso l'impatto emozionale di tutta quella recente vicenda, balzata agli onori della cronaca nazionale) la sentenza di Corte d'Appello di L'Aquila 16 giugno 2014, n. 2100 confermata da Corte Cass. pen., Sez. IV, 23 ottobre 2015, n. 2536, che ha condannato alla pena di quattro anni di reclusione il preside di una scuola, crollata a seguito del terremoto del 2009 con conseguente morte di alcuni allievi, per non avere disposto adeguati interventi antisismici sull'edificio scolastico.

La disciplina multi-livello dell'“*access and benefit sharing*” nell'utilizzo delle risorse genetiche e delle conoscenze tradizionali associate: il Protocollo di Nagoya e il regolamento (UE) n. 511/2014

VALENTINA VENEROSO

1. Premessa. – 2. L'ABS nella Convenzione sulla diversità biologica. – 3. Il Protocollo di Nagoya: un regime internazionale giuridicamente vincolante sull'*access and benefit sharing*. – 3.1. L'ambito di applicazione del Protocollo. – 3.1.1. L'ambito di applicazione oggettivo – 3.1.2. L'ambito di applicazione temporale. – 3.1.3. L'ambito di applicazione geografico: la provenienza delle risorse genetiche e delle conoscenze tradizionali associate. – 3.2. Le regole del Protocollo sull'*access and benefit sharing*. – 3.2.1. L'Accesso. – 3.2.2. L'Utilizzo: lo "*user compliance pillar*". – 4. Il Protocollo di Nagoya e l'Unione europea: il regolamento (UE) 511/2014. – 4.1. Ambito di applicazione del Regolamento. – 4.1.1. L'ambito di applicazione oggettivo. – 4.1.3. L'ambito di applicazione temporale. – 4.1.3. L'ambito di applicazione geografico: la provenienza delle risorse genetiche e delle conoscenze tradizionali associate. – 4.2. Le "misure di conformità" degli utilizzatori al Protocollo di Nagoya: l'esercizio della *due diligence* (segue). – 4.3. (segue) il monitoraggio dell'utilizzatore: la "dichiarazione di *due diligence*". – 4.4 La violazione degli obblighi di *due diligence* dell'utilizzatore: i controlli e le sanzioni. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il 12 ottobre 2014 è entrato in vigore il Protocollo di Nagoya, strumento internazionale adottato il 29 ottobre 2010 dalla Conferenza

delle Parti della Convenzione sulla Diversità Biologica ("CBD")¹, che regola l'accesso alle risorse genetiche e la giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dal loro utilizzo (per brevità anche il "Protocollo")².

L'Unione europea, nella sua qualità di organizzazione regionale di integrazione economica della CBD, ha approvato il Protocollo di Nagoya con decisione del Consiglio del 14 aprile 2014.

Il 9 giugno 2014 è entrato in vigore nell'ambito dell'Unione europea il regolamento (EU) n. 511/2014 "*sulle misure di conformità per gli utilizzatori risultanti dal protocollo di Nagoya relativo all'accesso alle risorse genetiche e alla giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione nell'Unione*" (il "Regolamento")³.

I richiamati strumenti concorrono a comporre un quadro di regole sull'accesso alle risorse genetiche la condivisione dei relativi benefici, internazionalmente identificato con l'acronimo "ABS" (dall'inglese "*access and benefit sharing*"), destinato a spiegare i suoi effetti in un vasto ambito di attività che si dipanano lungo tutta la catena di valore dei possibili "utilizzi" delle risorse genetiche di origine vegetale, animale e microbiologica⁴.

I settori interessati all'ABS sono molteplici e vanno dalla ricerca scientifica ed accademica a quello della conservazione (orti botanici, banche genetiche e collezioni), al mondo produttivo in ambito biotec-

¹ Firmata a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992, ed entrata in vigore il 29 dicembre 1993, la Convenzione sulla Diversità Biologica persegue tre obiettivi (art. 2): la conservazione della biodiversità; l'uso sostenibile delle sue componenti; la giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzo di risorse genetiche. Sono parti della Convenzione 196 paesi, tra cui l'Italia, che ha ratificato lo strumento con legge 14 febbraio 1994, n. 124 (<https://www.cbd.int/convention/text/>).

² Il Protocollo di Nagoya annovera al momento 77 parti (82 ratifiche complessive), tra cui l'Unione europea e 11 dei suoi Stati membri (hanno ratificato al momento Belgio, Bulgaria, Croazia, Repubblica Ceca, Danimarca, Gran Bretagna, Finlandia Germania, Ungheria, Slovacchia, Spagna). L'Italia, che ha firmato il Protocollo in data 23 giugno, 2001, non l'ha ancora ratificato.

³ In http://ec.europa.eu/environment/nature/biodiversity/international/abs/legislation_en.htm.

⁴ Le regole in materia di ABS della CBD e del Protocollo di Nagoya non riguardano le risorse genetiche umane: tale esclusione è stabilita da una decisione della Conferenza delle Parti della CBD: CBD COP decisione II/11 (paragrafo 2.), ribadita da CBD COP decisione X/1 (paragrafo 5), reperibili nel sito www.cbd.it.

nologico, farmaceutico, cosmetologico, agro-alimentare, sementiero, zootecnico, del biocontrollo, della floricoltura e del vivaismo⁵.

In tutti questi ambiti, il potenziale campo di applicazione delle regole sull'*access and benefit sharing* ha inizio dal primo atto di accesso alla risorsa genetica nel suo ambiente naturale, copre le fasi di ricerca e sviluppo su quel materiale e si estende fino alla produzione e commercializzazione del prodotto finito che ne prevede l'impiego, interessando – quindi – tutti gli attori che intervengono nel corso di questa complessa filiera.

2. L'ABS nella Convenzione sulla diversità biologica

Sin dai lavori preparatori della CBD⁶, nel corso degli anni '80, la comunità internazionale riconosce come la conservazione e l'utilizzo di risorse genetiche⁷, oltre ad essere fondamentali per il mantenimento dell'equilibrio e dell'integrità dell'ecosistema globale del pianeta terra, assumano un'importanza sempre più crescente in numerosi campi cru-

⁵ Si veda lo Studio sugli impatti giuridici ed economici del Protocollo di Nagoya nell'Unione europea reperibile al seguente link: http://ec.europa.eu/environment/nature/biodiversity/international/abs/material_en.htm

⁶ Si veda Report *Ad Hoc Working Group of Experts on Biological Diversity*, seconda sessione, Ginevra, 19-23 febbraio 1990, VII, pp. 7 ss., in <https://www.cbd.int/history/>.

⁷ Per "risorse genetiche" la CBD intende "qualsiasi materiale di origine vegetale, animale, microbica o di altro tipo, contenente unità funzionali ereditarie [...] di valore attuale o potenziale" (art. 2 CBD). Le risorse genetiche sono una componente delle risorse biologiche, definite dallo stesso art. 2 CBD come, appunto, "risorse genetiche, organismi o loro parti, popolazioni e ogni altro componente biotico di ecosistemi di uso o valore potenziale per l'umanità" (art. 2 CBD). Tra le definizioni si richiama anche quella di "biodiversità" come "ogni tipo di variabilità tra gli organismi viventi, compresi, tra gli altri, gli ecosistemi terrestri, marini e altri acquatici e i complessi ecologici di cui essi sono parte; essa comprende la diversità entro specie, tra specie e tra ecosistemi" (art. 2 CBD). Per approfondimenti sul tema si rinvia a <https://www.cbd.int/>; R. PAVONI, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2004, pp. 1 ss.; E. PORCEDDU G.T. SCARASCIA MUGNOZZA, *Biodiversità*, in *Enc. Scienza e Tecnica Treccani*, 2007.

ciali per il soddisfacimento di necessità materiali dell'uomo, quali quello sanitario, alimentare ed energetico⁸.

È su questo tema che si sviluppa a livello internazionale un ampio dibattito tra i Paesi in via di sviluppo, i più ricchi in termini di biodiversità e quindi maggiori fornitori di risorse genetiche, e i Paesi industrializzati, utilizzatori delle stesse e detentori del sapere tecnologico e scientifico (nonché di mezzi finanziari). I primi denunciano un vero e proprio approccio predatorio delle proprie risorse naturali da parte di imprese e di istituti di ricerca dei Paesi sviluppati, che traggono profitti dal loro sfruttamento senza condividere alcun beneficio di tipo economico e/o scientifico.

Il dibattito è amplificato dal contemporaneo cambiamento, durante gli anni '80, delle discipline nazionali sulla protezione della proprietà intellettuale, molte delle quali si aprono al riconoscimento della brevettabilità di organismi viventi e delle loro componenti, genetica compresa⁹. I Paesi in via di sviluppo accusano i Paesi industrializzati di perse-

⁸ Si veda sul punto J. RIFKIN *Il secolo biotech. Il commercio genetico e l'inizio di una nuova era*, Milano, 1998, che parla delle risorse genetiche come di nuovo "oro verde" del "secolo della biotecnologia". Si veda anche *Biotechnology: Concepts and Issues for Consideration in preparation of a Framework Legal Instrument For the Conservation of Biological Diversity, Executive Summary, Ad hoc Working Group of Experts on Biological Diversity, Third session, Geneva, 9-13 July 1990*, in <https://www.cbd.int/doc/meetings/iccbd/bdewg-03/official/bdewg-03-07-en.pdf>. Il dibattito sul tema, nel corso degli anni '80, è esteso anche ad altri tavoli internazionali, quali l'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura (FAO), che proprio nel 1983 adotta lo strumento – volontario e non vincolante – dell'Intesa internazionale per le Risorse Fitogenetiche (*International Undertaking on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, Conferenza della FAO, Risoluzione n. 8/83, in <http://www.fao.org/ag/CGRFA/iu.htm>), con l'obiettivo di garantirne la preservazione e l'utilizzo a fini scientifici e la disponibilità al fine della costituzione di nuove varietà vegetali, attività essenziale per lo sviluppo dell'agricoltura e l'eradicazione della fame nel mondo. Nello stesso anno, sempre in ambito FAO, viene istituita la Commissione per le Risorse Genetiche per il cibo e l'agricoltura (*Commission on Genetic Resources for Food and Agriculture*, o "CGRFA"), un organismo intergovernativo *ad hoc*, cui vengono affidati compiti nell'ambito della conservazione e l'uso sostenibile delle risorse fitogenetiche (<http://www.fao.org/nr/cgrfa/cgrfa-vision/en/>). Per una approfondita ricostruzione del tema si veda R. PAVONI, *op. cit.*, pp. 17 ss.

⁹ Sono degli anni '80 le prime celebri sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di Organismi Geneticamente Modificati (microrganismi) *Diamond v.*

guire attraverso l'utilizzo dei sistemi brevettuali finalità di "possesso e controllo esclusivi di risorse, prodotti e processi biologici utilizzati per secoli nelle culture non industrializzate"¹⁰, dando luogo al fenomeno della c.d. "biopirateria"¹¹.

Chakrabarty, 447 U.S. 303 (1980), e sulla brevettabilità di semi OGM Ex Parte Hibberd, 227 USPQ 443 (PTO Bd. Pat. App. & Int. 1985). Per approfondimenti sul tema: BISWAJIT DAHR – R.V. AMURADHA, *Access and Benefit Sharing, Intellectual Property Rights: establishing linkages between the Agreement on TRIPS and the Convention of Biological Diversity*, in <http://wtocentre.iift.ac.in>; P. CAVALLIN, *La protezione dei diritti di proprietà intellettuale sulle risorse biologiche nel diritto internazionale*, in questa Rivista, 1999, pp. 973 ss.; E. BONADIO, *Diritti di proprietà intellettuale in agricoltura: normativa internazionale e sostenibilità*, in questa Rivista, 2007, 6, pp. 997 ss.; M. FONTE, *Bioteχνologie agricole: proprietà intellettuale, conoscenza tradizionale e beni pubblici*, in *Agric. Istit. Merc.*, 2006, n. 3 pp. 353 ss.; C.M. CORREA, *Plant Variety Protection in Developing Countries. A Tool for Designing a Sui Generis Plant Variety Protection System: an Alternative to UPOV 1991*, in <https://www.evb.ch>; R. ROMANO, *Brevetti e artefatti biologici*, *Quaderni di AIDA*, n. 22, Torino, 2012; G. CONTALDI, *La tutela delle invenzioni nel sistema OMC – esclusiva brevettuale e valori emergenti nella comunità internazionale*, Milano, 2009; con particolare riferimento alle risorse fitogenetiche C. CHIAROLLA, *Intellectual Property, Agriculture and Global Food Security*, Edward Elgar (UK-USA), 2011. Sul rapporto tra uso delle bioteχνologie in agricoltura e conoscenze tradizionali delle comunità indigene e locali si veda il contributo di M. CIACCI, *Beyond the Precautionary Principle: Limiting the Impacts of Biotechnology in Agriculture Through Cultural Heritage Protection*, in *International Environmental Law: Contemporary Concerns and Challenges*, Vasilka Sancin ed., Ljubljana, 2012, pp. 85 ss.

¹⁰ La citazione è dell'attivista V. SHIVA, *Il mondo sotto brevetto*, Milano, 2002, p. 43, protagonista attiva in questo dibattito.

¹¹ Il neologismo "biopiracy" viene coniato negli anni '90 dall'attivista Pat Mooney canadese dalla *Rural Advancement Foundation International* (dal 2001 "ETC Group"). Il concetto di "biopirateria" oggi identifica i fenomeni dell'appropriazione illegale ("misappropriation") e dell'utilizzazione illegale ("misuse") delle risorse genetiche e delle conoscenze tradizionali ad esse collegate. Appartengono alla prima categoria i casi di:

a) appropriazione - e successivo utilizzo - di risorse genetiche senza la preventiva autorizzazione del Paese fornitore e in violazione delle sue leggi nazionali che ne regolano l'accesso;

b) appropriazione illegittima di conoscenze associate alle risorse biologiche e/o genetiche tradizionalmente detenute da comunità locali e popolazioni indigene, attraverso la costituzione di diritti di proprietà intellettuale, spesso da parte di multinazionali, su metodi, processi produttivi o prodotti che si basino su tali conoscenze, senza avere ottenuto il preventivo consenso delle comunità e popolazioni indigene per tali utilizzi ed aver riconosciuto loro una congrua compensazione.

Il negoziato su questi temi acquista una tale rilevanza da portare la comunità internazionale a dichiarare la "giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzo di risorse genetiche" quale obiettivo della Convenzione sulla diversità biologica ("CBD"), insieme alla conservazione della biodiversità e all'uso sostenibile delle sue componenti¹².

Per "misuse", invece, si intende l'utilizzazione di risorse genetiche e/o conoscenze tradizionali ad esse associate, in violazione delle regole preventivamente stabilite tra il Paese fornitore e chi ha avuto accesso a tali risorse, in merito alle finalità e agli usi per le quali il materiale e le conoscenze sono state trasferiti.

La letteratura sul tema è piuttosto ampia: si veda, tra gli altri, C. CHIAROLLA, *The role of Private International Law under the Nagoya Protocol*, in *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit – Sharing in Perspective*, a cura di E. Morgera – M. Buck – E. Tsioumani, Leiden – Boston, 2013, pp. 427 ss.; A. GERMANÒ, *Tra biodiversità e biopirateria: un problema attuale dell'Amazzonia*, in *Agricoltura – Istituzioni – Mercati*, 2004, 2, pp. 83 ss.; IKECHI MGBEOJI, *Global Biopiracy: Patents, Plants, and Indigenous Knowledge*, Vancouver – Toronto, 2006; R. PAVONI, *Brevettabilità genetica e protezione della biodiversità: la giurisprudenza dell'ufficio europeo brevetti*, in *Riv. Dir. Int.*, 2000, 428 ss.; G. GHIDINI, "Equitable sharing" of Benefits of Biodiversity Based Innovation: Some reflections under the Shadow of the Neem Tree, in *Italian Intellectual Property*, 2000, pp. 39 ss.; V. SHIVA, *op.cit.*; M.A. LA TORRE, *La biodiversità come valore e come risorsa*, in *La questione animale, Trattato di Biodiritto*, (a cura di) S. CASTIGLIONE, - L. LOMBARDI VALLAURI, Milano, 2012, pp. 5 ss.; L. GABAGLIO, D. MINERVA, *Giù le mani dagli sciamani*, in *L'Espresso*, 4 settembre 2003; S. VEZZANI, *Conoscenze tradizionali e attività inventiva, due recenti sentenze del Board of Appeal dell'Ufficio Europeo dei Brevetti riaccendono il dibattito sulla "biopirateria"*, in *Riv. Dir. Int.*, 2005, 773; A. GERMANÒ, *Le nuove sfide del diritto dell'agricoltura*, in *Riv. Dir. Agrario*, 2011, pp. 589 ss.; G. DUTFIELD, *Intellectual Property, Biogenetic Resources, and Traditional Knowledge*, London, 2004. Si concentra sulla relazione tra "conoscenze tradizionali" e brevettabilità G. CONTALDI, *op.cit.*, 2009, pp. 133 ss. Per un esame sui casi di biopirateria discussi in ambito CBD si veda il report elaborato dalla IUCN, *Analysis Of Claims Of Unauthorised Access And Misappropriation Of Genetic Resources And Associated Traditional Knowledge (UNEP/CBD/WG-ABS/4/INF/6)* reperibile in <https://www.cbd.int/abs/esdocuments/>.

¹² L'art. 1 CBD recita: "The objectives of this Convention, to be pursued in accordance with its relevant provisions, are the conservation of biological diversity, the sustainable use of its components and the fair and equitable sharing of the benefits arising out of the utilization of genetic resources, including by appropriate access to genetic resources and by appropriate transfer of relevant technologies, taking into account all rights over those resources and to technologies, and by appropriate funding". L'importanza di questo tema nel dibattito internazionale è confermata anche dalla centralità acquisita su altri tavoli internazionali: l'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (*World Intellectual Property Organization*, "WIPO") ha istituito

Tale obiettivo è incardinato sul principio, affermato per la prima volta a livello internazionale dalla stessa Convenzione, della sovranità permanente degli Stati sulle proprie risorse genetiche¹³, quale "estensione" del principio di sovranità permanente delle nazioni sulle risorse naturali/biologiche¹⁴. La Convenzione opta, quindi, per un modello di

nel 2000 un Comitato Intergovernativo sulla Proprietà Intellettuale e le Risorse Genetiche, Conoscenze Tradizionali e Folklore (*WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, "IGC"), con il compito di raggiungere un accordo per la costruzione di uno o più "strumenti internazionali" (dalla raccomandazione al trattato) che assicurino una "protezione effettiva" delle risorse genetiche e conoscenze tradizionali ad esse associate (<http://www.wipo.int/tk/en/igc/>). Un'altra importante sede internazionale per lo sviluppo del tema nello specifico ambito delle risorse fitogenetiche è la FAO (si veda sul punto la nota n. 3).

¹³ Nel testo della CBD l'affermazione di tale principio si desume dal combinato disposto di due articoli: l'articolo 3 della Convenzione che afferma il diritto sovrano degli Stati di "sfruttare le loro risorse" (*"exploit their own resources pursuant to their own environmental policies"*) e l'art. 15, dedicato specificamente alle risorse genetiche, par. 1, (*"Recognizing the sovereign rights of States over their natural resources, the authority to determine access to genetic resources rests with the national governments and is subject to national legislation"*) e par. 5 (*"Access to genetic resources shall be subject to prior informed consent of the Contracting Party providing such resources, unless otherwise determined by that Party"*). Le discussioni delle Parti contraenti in ambito CBD influenzano anche le decisioni in altri tavoli internazionali: nel 1991 la Risoluzione n. 3 dell'Intesa internazionale per le Risorse Fitogenetiche FAO sancisce il principio di sovranità sulle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura (*Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, o anche *PGRFA*). La CBD, ciononostante, è certamente il primo strumento internazionale giuridicamente vincolante per le parti aderenti ad affermare tale principio con riferimento alle "risorse genetiche" *tout court*. Infatti l'Intesa internazionale FAO del 1991 viene adottata su base volontaria dagli Stati aderenti e con riferimento alle sole risorse fitogenetiche (*Plant Genetic Resources*). La decisione adottata in sede FAO, peraltro, risente proprio degli esiti del dibattito sul tema in ambito CBD. Sul punto si veda CARLOS M. CORREA, *Sovereign and property rights over plant genetic resources, Background study – paper n. 2*, Commission on Plant Genetic Resources, First extraordinary session, Rome 7- 11 November 1994, in <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/meeting/015/aj596e.pdf>.

¹⁴ Il principio era stato dapprima affermato con riferimento alle risorse naturali, quale "diritto dei popoli e delle nazioni" dalle Nazioni Unite, come corollario del più generale diritto all'autodeterminazione, il 14 dicembre 1962, dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, con la risoluzione 1803 (<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/NaturalResources.aspx>). In seguito fu ribadito, negli stessi termini che ritroveremo all'art. 3 della CBD, nel 1972,

gestione delle risorse genetiche "nazionale ed unilaterale", che supera la contrapposta visione, affermata nei decenni precedenti, delle risorse genetiche quali "patrimonio comune dell'umanità", alla base di altri modelli di gestione "multilaterali"¹⁵.

a Stoccolma alla Prima conferenza delle Nazioni Unite sulla protezione dell'ambiente naturale - UNEP (Principio 21 - <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503>). Per approfondimenti sul tema si veda V. ZAMBRANO, *Il principio di sovranità permanente dei popoli sulle risorse naturali tra vecchie e nuove violazioni*, Milano 2009; C.M. CORREA, *op. cit.*, p. 2; R. PAVONI, *op. cit.*, pp. 39 ss.

¹⁵ Sul tema si veda R. PAVONI, *op. cit.*, pp. 41 ss.; C. CHIAROLLA, *Intellectual Property, Agriculture and Global Food Security*, cit., pp. 8 ss. Fino agli anni '80 era diffuso nella comunità internazionale l'orientamento secondo cui le risorse genetiche appartenessero "a tutta l'umanità" e non ai singoli Stati. Il concetto di "patrimonio comune dell'umanità", in questo campo, viene per la prima volta formulato a livello internazionale nel 1967 dall'Ambasciatore di Malta, Arvid Pardo, alle Nazioni Unite durante la XXII Assemblea Generale, con specifico riferimento alle risorse dei fondali oceanici, in un celebre discorso (integralmente reperibile in http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/pardo_ga1967.pdf), in cui evidenziò le tragiche conseguenze di un selvaggio sfruttamento dei fondi oceanici ed invocò la definizione di un effettivo regime internazionale sul fondo del mare e dell'oceano: da tale discorso si originò quel percorso negoziale che diede origine alla Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare, del 10 dicembre 1982. La Convenzione consacrò ufficialmente il principio secondo cui il fondo degli oceani, come il loro suolo e sottosuolo, al di là dei limiti di giurisdizione nazionale, costituissero "patrimonio comune dell'umanità". Tale orientamento fu ufficialmente accolto, negli stessi anni, nel contesto dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura ("FAO"), quando l'Intesa internazionale per le Risorse Fitogenetiche FAO con la Risoluzione 6/83, definì espressamente tali risorse parte del "patrimonio comune dell'umanità" (articolo 1: "*This Undertaking is based on the universally accepted principle that plant genetic resources are a heritage of mankind and consequently should be available without restriction*"). Con riferimento all'evoluzione del principio in ambito FAO si veda la nota 13). Si ispira a questa concezione anche il modello di gestione delle risorse fitogenetiche, elaborato a partire dagli anni '70, dal Gruppo Consultivo per la Ricerca Agricola Internazionale ("CGIAR"), un'organizzazione informale che ha lo scopo di promuovere lo sviluppo nei Paesi meno avanzati tramite un sostegno tecnico e finanziario a programmi di ricerca agricola, la sicurezza alimentare e la lotta alla povertà, partecipata da Stati, Organizzazioni Internazionali (tra cui la FAO), governative e non governative e soggetti privati. Il Gruppo amministra in via fiduciaria (*trustee*) un immenso patrimonio di risorse fitogenetiche, materialmente custodite *ex situ* in numerosi Centri di ricerca agricola internazionale, in vari Paesi del mondo. In questo modello, le risorse genetiche sarebbero state gestite fiduciariamente ("*held in trust*") "*for the*

I pilastri del sistema ABS, sui quali poggerà l'intera disciplina del Protocollo di Nagoya, sono declinati all'art. 15 della Convenzione e possono essere sintetizzati in due macro insiemi di regole relative all'accesso, da un lato, e all'utilizzo, dall'altro, di risorse genetiche.

Con riguardo al primo tema, il paragrafo 1 della disposizione conferma che, in considerazione dei diritti sovrani degli Stati sulle proprie risorse naturali, spetta a questi ultimi regolare (o meno) l'"adeguato accesso" alle proprie risorse genetiche (art. 1). La Convenzione richiede che - laddove regolato - l'accesso alle risorse genetiche sia soggetto ad un "consenso preventivo" ("*Prior Informed Consent*", o "PIC") da parte del "Paese di origine" o del "Paese fornitore"¹⁶.

use of present and future generations of research workers in all countries throughout the world". L'utilizzo dell'istituto del *trust* in relazione alle risorse fitogenetiche rappresenta una delle più interessanti applicazioni del principio del patrimonio comune, tanto da "poter essere considerato un adattamento di quest'ultimo a fattispecie – come le risorse fitogenetiche – in cui non vi è assenza originaria di poteri sovrani (come ad esempio nel caso della Luna e dei corpi celesti), ma semmai una successiva rinuncia a tali poteri e un correlativo mutamento di *status* delle risorse, ora appartenenti ai *global commons*" (R. PAVONI, *op. cit.*, p. 50). Nel 1994 i Centri di Ricerca agricola Internazionale conclusero degli accordi con la FAO per inserire le proprie collezioni *ex situ* nel Sistema Multilaterale elaborato in quella sede: *Statement on the Agreement Placing CGIAR Germplasm Collections Under the Auspices of FAO*, consultabile sul sito library.cgiar.org/.

¹⁶ La CBD distingue chiaramente tra i concetti di "Paese di origine" ("*Country of origin of Genetic Resources*"), ovvero Paese (Parte della CBD) che detiene tali risorse genetiche in condizioni "*in situ*" (art. 2 CBD) e "Paese fornitore" ("*Country Providing Genetic Resources*"), che può essere sia il Paese d'origine, sia il Paese (sempre Parte della CBD) che fornisce le risorse genetiche conservate – nell'ambito della propria giurisdizione – in condizioni "*ex situ*" (siano esse originarie o meno di tale Paese). Le risorse genetiche, chiarisce la Convenzione, possono esistere in condizioni "*in situ*" (in sintesi nel loro ambiente naturale) o "*ex situ*" (fuori dal loro ambiente naturale come, ad esempio, in banche genetiche, zoo, acquari, arboreti, orti botanici ecc.). L'art. 2 CBD da una definizione di "*In-situ conditions*" nei seguenti termini: "*conditions where genetic resources exist within ecosystems and natural habitats, and, in the case of domesticated or cultivated species, in the surroundings where they have developed their distinctive properties*". La stessa disposizione definisce anche la "*conservazione in-situ*", ovvero "*the conservation of ecosystems and natural habitats and the maintenance and recovery of viable populations of species in their natural surroundings and, in the case of domesticated or cultivated species, in the surroundings where they have developed their distinctive properties*", che si distingue,

Il diritto degli Stati di disciplinare l'accesso a tali risorse, tuttavia, non ha carattere assoluto, ma va interpretato alla luce del riconoscimento – affermato nel preambolo stesso della Convenzione – della conservazione e dell'uso sostenibile della biodiversità come un <<*common concern of humankind*>>, da cui deriva un obbligo per le Parti di adoperarsi al fine di facilitare l'accesso alle risorse genetiche per usi corretti sotto il profilo ambientale da parte degli altri Stati contraenti ed evitare restrizioni o limitazioni contrarie agli obiettivi della CBD (art. 15, par. 2 CBD).

Con riguardo al tema de "l'utilizzo" di risorse genetiche, la Convenzione impone alle Parti contraenti di adottare misure atte a garantire che i benefici¹⁷ derivanti dall'utilizzo (commerciale, ma anche non commerciale) di risorse genetiche siano ripartiti in modo giusto ed equo con il Paese (parte della CBD) che ha fornito tali risorse genetiche. Sul punto la CBD dispone che la regolamentazione dei termini di utilizzo e la ripartizione dei relativi benefici sia rimessa ad accordi – di natura privatistica – stipulati tra l'utilizzatore e il Paese fornitore ("MAT" dall'inglese "*Mutually Agreed Terms*").

L'articolo 15 della CBD non si occupa del tema delle "conoscenze tradizionali" legate alle risorse genetiche: l'assoggettabilità anche di queste ultime al meccanismo dell'ABS si ricava per via interpretativa da una lettura combinata della disposizione in commento e dell'articolo 8 lett. j) della stessa Convenzione¹⁸.

quindi dalla "*conservazione ex-situ*" intesa dalla CBD come "*conservation of components of biological diversity outside their natural habitats*".

¹⁷ La Convenzione non da una definizione di "benefici", ma ne identifica alcuni sulla base della loro natura "monetaria", o "non monetaria": partecipazione alla ricerca scientifica basata sulle risorse genetiche (art. 15 par 6) e in particolare alla ricerca biotecnologica (art. 19 par. 1); condivisione dei risultati della ricerca e sviluppo, ripartizione dei benefici derivanti dallo sfruttamento commerciale (art. 15 par. 7); accesso e trasferimento di tecnologia relativa agli utilizzi delle risorse genetiche (art. 16 par. 3); accesso prioritario ai risultati degli utilizzi di risorse genetiche nel settore biotecnologico (art. 19 par. 2).

¹⁸ Quest'ultima norma, in particolare, dopo avere richiesto alle Parti contraenti il rispetto e la valorizzazione delle "*conoscenze, innovazioni e prassi delle comunità indigene e locali che incarnano stili di vita tradizionali rilevanti per la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica*", incoraggia le stesse Parti a promuovere l'equa ripartizione con dette comunità dei benefici derivanti dall'utilizzazione di tali conoscenze, innovazioni e prassi.

3. *Il Protocollo di Nagoya: un regime internazionale giuridicamente vincolante sull'“access and benefit sharing”*

Nei primi anni dall'entrata in vigore della CBD, le Parti contraenti evidenziano la diffusione a livello internazionale di normative e prassi sull'ABS alquanto disomogenee. Emerge quindi la necessità di una piattaforma di regole maggiormente dettagliate e condivise a livello globale sull'ABS: i negoziati conducono la comunità internazionale dapprima all'approvazione di Linee Guida (c.d. "*Bonn Guidelines*"), da applicarsi su base volontaria¹⁹, ed infine all'adozione di un sistema di regole giuridicamente vincolante, attraverso lo strumento del Protocollo.

Il Protocollo di Nagoya è adottato il 29 ottobre 2010 ed entra in vigore il 12 ottobre 2014, con l'obiettivo della "*giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche, anche attraverso l'accesso adeguato alle risorse genetiche e l'opportuno trasferimento delle relative tecnologie, tenendo in considerazione tutti i diritti riguardanti quelle risorse e quelle tecnologie, nonché attraverso un opportuno finanziamento, contribuendo in tal modo alla conservazione della diversità biologica e all'uso sostenibile dei suoi componenti*" (art. 1).

Al fine di realizzare gli obiettivi dello strumento, l'art. 5 prevede che i Paesi parte del Protocollo adottino misure interne atte a garantire che "*i benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche, così come le applicazioni e commercializzazione che seguono*", siano ripartiti in modo giusto ed equo "*con la parte che mette a disposizione tali risorse, vale a dire il Paese di origine di tali risorse oppure la parte che ha acquisito le risorse genetiche in conformità della convenzione*" (c.d. "*inter-State benefit sharing*"). La norma ribadisce la regola generale secondo la quale tale ripartizione deve essere effettuata secondo i termini e le condizioni stabilite nei MAT.

¹⁹ Nel 1998 la COP (CBD-COP IV/8, Bratislava, Slovakia) istituisce un gruppo di esperti cui viene affidato il compito di sviluppare un sistema più articolato di regole volontarie, che nel 2002 saranno adottate dalla IV COP (CBD-COP IV/24, The Hague, Netherlands) come "*Bonn Guidelines*", dal nome della città dove ebbe luogo il primo incontro intergovernativo che approvò la prima bozza ufficiale (2001). La struttura delle Linee Guida di Bonn anticipa in buona parte l'architettura del Protocollo (<https://www.cbd.int/abs/bonn/>).

La disposizione prevede anche che i Paesi parte del Protocollo adottino, nei rispettivi ordinamenti interni, delle misure per promuovere la ripartizione dei benefici con le "proprie" comunità indigene e locali, nel caso in cui siano utilizzate risorse genetiche e/o conoscenze tradizionali da queste detenute.

Per quanto riguarda la natura e la tipologia dei benefici da ripartire, il Protocollo identifica alcune ipotesi, in modo esemplificativo e non tassativo, in uno specifico Allegato²⁰.

Ricalcando l'impostazione impressa dalla CBD, il Protocollo declina le proprie regole sui due pilastri dell'accesso e dell'utilizzo, espandendo in modo significativo l'ambito di applicazione dell'ABS, con l'inserimento di alcuni elementi dalla portata fortemente innovativa.

3.1. *L'ambito di applicazione del Protocollo*

Uno degli elementi chiave è rappresentato proprio dalla definizione dell'ambito di applicazione del Protocollo, perimetrato in modo geometrico da una serie di disposizioni, (articoli 3, 2 lett. c) d) e), 4 e 8) sulle quali si è concentrata buona parte del negoziato internazionale.

Il punto di riferimento di tale perimetrazione, sul quale fanno perno le altre disposizioni interessate, è dato dall'articolo 3: "*il presente protocollo si applica alle risorse genetiche nell'ambito di applicazione dell'articolo 15 della convenzione e ai benefici derivanti dall'utilizzazione di tali risorse. Il presente protocollo si applica alle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche nell'ambito di applicazione della convenzione e ai benefici derivanti dall'utilizzazione di tali conoscenze*".

3.1.1. *L'ambito di applicazione oggettivo*

Il primo elemento rilevante, evidenziato dall'articolo 3, consiste nell'aver chiarito in modo esplicito che il Protocollo si applica tanto alle risorse genetiche, quanto alle conoscenze tradizionali ad esse associate, assegnando un ruolo di primo piano anche a queste ultime. La

²⁰ L'allegato I, espandendo quanto già la CBD prevedeva in materia (si veda nota 17), individua una serie – non esaustiva – di possibili benefici di natura "monetaria" e "non monetaria" da ripartire.

rilevanza delle conoscenze tradizionali viene poi ribadita nell'intero testo del Protocollo, con frequenti richiami nel Preambolo e nelle singole norme e l'inserimento di una serie di previsioni dedicate in materia di accesso (art. 7), coinvolgimento delle popolazioni indigene e locali nell'attuazione del Protocollo (art. 12), ripartizione dei benefici (art. 16).

Con riguardo alle "risorse genetiche", fatta salva l'esclusione dal campo di applicazione del Protocollo delle risorse genetiche "umane"²¹, la lettura combinata dell'articolo 3 con l'articolo 2, inoltre, consente di apprezzare una delle più significative innovazioni dello strumento. Il Protocollo di Nagoya, infatti, estende le regole in materia di ABS dalle "risorse genetiche" propriamente intese (ovvero, secondo la definizione della CBD il "*materiale contenente unità funzionali di eredità [...] avente valore attuale o potenziale*", come DNA o cromosomi), ad espressioni geniche come come proteine ed enzimi (che non contengono unità funzionali di eredità per se, ma che mantengono l'informazione derivante da esse) e anche ad ogni composto biochimico che si trovi in natura risultante da metabolismo cellulare, anche non contenente unità funzionali di eredità o informazioni geniche (ad es. resine, olii essenziali e aromi/essenze, c.d. "derivati")²².

²¹ Si veda nota n. 4

²² E' possibile giungere a tale conclusione da una lettura combinata dell'articolo 3 (ambito di applicazione) e della definizione di "utilizzazione" data dall'articolo 2 lett. c) come "*le attività di ricerca e sviluppo sulla composizione genetica e/o biochimica delle risorse genetiche, anche attraverso l'applicazione della biotecnologia come definita nell'articolo 2 della convenzione*". Centrale nell'interpretazione di tale aspetto è la definizione di "biotecnologia", nella quale rientrano "*tutte le applicazioni tecnologiche che utilizzano sistemi biologici, organismi viventi o loro derivati, per realizzare o modificare prodotti o procedimenti ad uso specifico*" (art. 2 lett. d) e, di riflesso, quella di "derivato" (art. 2 lett. e): "*un composto biochimico esistente in natura che risulta dall'espressione genetica o dal metabolismo di risorse genetiche o biologiche, anche qualora non contenga unità funzionali dell'eredità*". Questa formulazione dell'ambito di applicazione oggettivo del Protocollo fu l'esito di un contrastato negoziato tra Paesi industrializzati (orientati a limitare il campo di applicazione alle "risorse genetiche" strettamente intese) e Paesi in via di sviluppo (coalizzati nel richiedere l'estensione dell'applicazione in modo esplicito anche ai derivati, anche qualora non contenenti unità funzionali di eredità). Per una ricostruzione dei negoziati che condussero alla formulazione di tali definizioni e dell'ambito di applicazione oggettivo del Protocollo si veda M. BUCK, C. HAMILTON, *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising*

Il Protocollo chiarisce inoltre che si applica alle risorse genetiche – nell’interpretazione estesa appena riferita – solo quando ne sia richiesto l’accesso con l’intenzione di "utilizzarle", ovvero condurre "*attività di ricerca e sviluppo sulla composizione genetica e/o biochimica delle risorse genetiche, anche attraverso l’applicazione della biotecnologia come definita nell’articolo 2 della convenzione*" (art. 2 lett. c, Protocollo)²³. Se ne deduce che il Protocollo non trova applicazione nei casi in cui esse siano commercializzate e ordinariamente impiegate come "beni di consumo" ("*commodities*")²⁴.

E’ esclusa l’applicabilità del Protocollo nei casi in cui l’accesso a determinate risorse genetiche e la ripartizione dei benefici derivanti dal

from their Utilization to the Convention on Biological Diversity, in *RECIEL*, 2011, 20 (1), p. 56; E. MORGERA, E. TSIUMANI, M. BUCK, *Unraveling the Nagoya Protocol, A Commentary on the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing to the Convention of Biological Diversity*, Leiden- Boston, 2014, pp. 62 ss.; C. GODT, *The Multi-level Implementation of the Nagoya Protocol in the European Union*, in Aa.Vv., *Implementing the Nagoya Protocol Comparing Access and Benefit-Sharing Regimes in Europe*, (a cura di) B. COOLSAET - F. BATUR – A. BROGGIATO - J. PITSEYS - T. DEDEURWAERDERE, Leiden-Boston, 2015, p. 311.

²³ Il Protocollo non approfondisce ulteriormente il concetto di "ricerca e sviluppo" ("R&D"). Durante il negoziato fu ampiamente discussa l’opportunità di inserire un elenco delle attività di R&D in un allegato al Protocollo, ma tale opzione fu scartata a favore di una definizione ampia e sufficientemente astratta da garantire la propria efficacia nel tempo. Molto interessante, al riguardo, lo studio del "*Report of the meeting of the Group of legal and technical experts on concepts, terms, working definitions and sectoral approaches*" presentato all’*Ad Hoc open-ended Working Group on Access and Benefit-Sharing* di Parigi (2-8 aprile 2009 - UNEP/CBD/WG-ABS/7/2), nel quale vengono individuati i tipici "utilizzi" di risorse genetiche raggruppati nelle seguenti categorie: "*Genetic modification: development of new variations within non-human species (micro-organism, plant, animal, and other organisms) through genetic modification techniques [...]; Biosynthesis: use of genetic material as a 'factory' to produce organic compounds [...]; Breeding and selection: creating new varieties, breeds, or strains of non-human species with particular characteristics through sexual or asexual reproduction [...]; Propagation and cultivation of the genetic resource in the form received: production of non-human organisms through sexual and asexual reproduction for purposes [...]; Conservation: reservation of non-human organisms for conservation of genetic diversity, genetic resources or reintroduction purposes through activities [...]; Characterization and evaluation [...]; Production of compounds naturally occurring in genetic material [...]*". Il documento analizza anche l’incidenza di ogni categoria all’interno di ciascun settore economico interessato.

²⁴ Si fa, ad esempio, riferimento al mercato delle piante ornamentali o nella vendita di sementi.

loro utilizzo sia altrimenti disciplinata in altri accordi e strumenti internazionali specifici, qualora questi siano coerenti e non in contrasto con gli obiettivi della CBD e del Protocollo stesso (art. 4, par. 4)²⁵.

Rientrano in questa ipotesi:

- a) il Trattato internazionale FAO sulle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura (ITPGRFA)²⁶;
- b) il "Programma quadro PIP" ("*Pandemic Influenza Preparedness Framework*"), adottato dall'Assemblea dell'OMS il 24 maggio 2011, sui virus influenzali con un potenziale di pandemia umana²⁷.

Ne deriva che, nel caso delle risorse fitogenetiche (d'ora innanzi anche "PGRFA", dall'inglese "*Plant Genetic Resources for Food*

²⁵ Art. 4 par. 4 Protocollo: "*Qualora si applichi uno strumento internazionale specifico per l'accesso e la ripartizione dei benefici che sia coerente e non in contrasto con gli obiettivi della convenzione e del presente protocollo, il protocollo stesso non si applica alla parte o alle parti di tale strumento specifico per ciò che riguarda la particolare risorsa genetica da esso disciplinata e per le finalità dello strumento specifico*".

²⁶ Il Trattato FAO, è stato adottato a Roma il 3 novembre 2001 dalla trentunesima riunione della Conferenza della FAO ed è entrato in vigore il 29 giugno 2004. Il Trattato annovera 137 Parti e persegue i seguenti obiettivi: riconoscere il fondamentale contributo degli agricoltori nella conservazione delle colture che alimentano il pianeta; stabilire un sistema globale che consenta agli agricoltori, ai selezionatori di materiale vegetale e ai ricercatori di accedere facilmente e gratuitamente al materiale genetico vegetale; assicurare che i vantaggi provenienti dal miglioramento vegetale o dall'uso di biotecnologie siano condivisi con i Paesi di origine del materiale. Il Trattato prevede un sistema c.d. multilaterale (che si oppone a quello "bilaterale" del Protocollo), che facilita l'accesso al materiale genetico di 64 specie vegetali (elencate all'Allegato I) - che da sole rappresentano l'80% dei consumi globali alimentari ortofrutticoli - utilizzabili per fine di ricerca, selezione e formazione. Coloro che accedono al materiale genetico mediante il Sistema Multilaterale, acconsentono a condividere i benefici derivanti dall'uso di tali risorse mediante specifici meccanismi previsti dal Trattato, anch'essi connotati dal principio della "multilateralità" (ad esempio i benefici di carattere monetario confluiscono in un apposito Fondo comune). Le condizioni di accesso alle risorse fitogenetiche facenti parte del sistema multilaterale, sono stabilite da uno specifico Accordo Standard ("*Standard Material Transfer agreement*" o "SMTa"), che definisce gli obblighi dei donatori e dei riceventi il materiale e precisa quali sono i meccanismi di condivisione dei benefici e come distribuirli. Il testo dell'SMTa è stato adottato dall'Organo plenario del Trattato con la Risoluzione n. 1/2006 del 16 giugno 2006. Per approfondimenti si veda <http://www.planttreaty.org>.

²⁷ http://www.who.int/influenza/resources/pip_framework/en/

and Agriculture") elencate nell'Allegato I del Trattato FAO, ad esempio, l'accesso e la ripartizione dei benefici derivanti dal loro utilizzo non sarebbero assoggettati alle regole del Protocollo di Nagoya, in base a due condizioni cumulative, ovvero ²⁸:

- a) che le parti interessate (Paese utilizzatore e Paese fornitore) negli specifici casi siano Parti del Trattato FAO;
- b) che i relativi utilizzi siano compresi nelle specifiche finalità del Trattato FAO (agricoltura ed alimentazione). Non ricorrendo tale condizione (ad esempio ove una PGRFA, ancorché inclusa nell'elenco dell'Allegato I, fosse utilizzata per la ricerca e sviluppo in ambito farmaceutico, cosmetologico o altro), si ri-espanderebbe l'ambito di applicazione del Protocollo di Nagoya²⁹.

Si evidenzia, infine, l'inclusione nell'ambito di applicazione del Protocollo, dell'accesso ai c.d. "patogeni" e della ripartizione dei benefici derivanti dal loro utilizzo³⁰, con alcune precisazioni.

In questi casi, infatti, viene richiamata alle Parti la necessità di prestare la "dovuta attenzione" agli strumenti internazionali specializzati (ad esempio regolamenti sanitari internazionali emanati

²⁸ Si veda anche: M. BUCK, C. HAMILTON, *op. cit.*, p. 58; T. GREIBER ET AL., *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing*, IUCN, p. 34; C. CHIAROLLA, S. LOUAFI, M. SCHLOEN, *An Analysis of the relationship between the Nagoya Protocol and Instruments related to Genetic Resources for Food and Agriculture and Farmer's Rights*, in *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing in Perspective*, (a cura di) E. MORGERA – M. BUCK – E. TSILOUMANI, Leiden – Boston, 2013, p. 106.

²⁹ Di questo avviso anche BUCK, C. HAMILTON, *op. cit.*, p. 56. E' tuttora in corso a livello internazionale un dibattito con riguardo alla interazione tra i due strumenti internazionali: ad esempio si discute tuttora della possibile esclusione dal campo di applicazione del Protocollo di Nagoya delle risorse fitogenetiche non incluse nell'Allegato I, in relazione alle quali i Paesi abbiano deciso di utilizzare, su base volontaria, gli STMa.

³⁰ L'inclusione degli agenti patogeni nell'ambito di applicazione oggettivo del Protocollo fu un tema molto dibattuto in sede di negoziato: i Paesi industrializzati, in particolare, evidenziarono la preoccupazione che gli obblighi derivanti dal sistema ABS disegnato dal Protocollo potessero ostacolare una risposta veloce – e quindi efficace – alle pandemie. Dall'altra parte, i Paesi in via di Sviluppo rivendicavano il diritto di ottenere un accesso preferenziale ai vaccini nonché diritti di sfruttamento dei relativi brevetti a condizioni di favore, per facilitare la produzione degli stessi e l'accessibilità alle cure alla popolazione. Per una sintesi dei termini del negoziato si veda E. MORGERA, E. TSILOUMANI, M. BUCK, *op. cit.*, pp. 102 ss.

dall'Organizzazione mondiale della sanità)³¹, al fine di "salvaguardare la garanzia dell'accesso agli agenti patogeni ai fini della preparazione e della risposta alle emergenze sanitarie che minacciano o danneggiano la salute di persone, animali o piante". In particolare, con riguardo all'utilizzo di agenti patogeni, l'art. 8, lett. b), invita le Parti a considerare, nelle rispettive normative interne di implementazione dell'ABS, "l'esigenza di un accesso rapido alle risorse genetiche e di una ripartizione rapida, giusta ed equa dei benefici derivanti dall'utilizzazione di tali risorse genetiche, ivi incluso l'accesso a trattamenti a costi accettabili, per le persone in stato di necessità, in particolare nei Paesi in via di sviluppo".

Il Protocollo, anche nel caso dei "patogeni", fa comunque salvo il caso di applicazione dell'art. 4, paragrafo 4, del Protocollo, in base al quale, come già anticipato, possono ritenersi esclusi dal campo di applicazione di quest'ultimo, ad esempio, i virus influenzali con un potenziale di pandemia umana, il cui accesso, utilizzo e relativa ripartizione di benefici sono regolati dal c.d. "Programma quadro PIP".

3.1.2. L'ambito di applicazione temporale

Il Protocollo di Nagoya non contiene alcuna esplicita indicazione circa la sua applicazione temporale. Il tema è stato oggetto di un complesso e ad oggi non risolto dibattito, in sede di negoziato, sulla questione se lo strumento debba applicarsi all'utilizzo di risorse genetiche alle quali si abbia avuto accesso prima della sua entrata in vigore (ovvero prima del 12 ottobre 2014).

Il tema controverso, durante il negoziato, in particolare, riguardava l'assoggettabilità alle regole del Protocollo dell'utilizzo di risorse genetiche conservate in banche genetiche o collezioni e "prelevate" dai Paesi d'origine dopo il 1993, anno dell'entrata in vigore della CBD, preesistendo degli obblighi in materia di ABS disposti dall'art. 15 della Convenzione³².

³¹ Nel caso dei virus dell'influenza stagionale, viceversa, si rileva che, non entrando nell'ambito di applicazione del Programma quadro PIP, sono da ritenersi coperti dal Protocollo di Nagoya.

³² Per verificare l'evoluzione della bozza del Protocollo nel corso del negoziato sul punto dell'ambito di applicazione temporale del Protocollo si veda: *CBD Working Group on ABS "Report of the first part of the ninth meeting"*, UNEP/CBD/WG-

Il silenzio del Protocollo su questo aspetto ha portato alcuni commentatori a dedurre che il Protocollo non si applichi in tali casi, per l'effetto dell'art. 28 della Convenzione di Vienna del 1969, che stabilisce l'irretroattività dei trattati, salvo altrimenti stabilito³³.

Alcuni commentatori, viceversa, sono più cauti sulla questione, muovendo dalla considerazione che l'articolo 3 del Protocollo stabilisce che esso si applichi alle risorse genetiche "*nell'ambito di applicazione dell'articolo 15 della Convenzione*" ed inoltre "*ai benefici derivanti dall'utilizzazione di tali risorse*": secondo tale formulazione il Protocollo non impedirebbe alle Parti di assoggettare, nelle proprie discipline interne di attuazione in materia di ABS, i "nuovi usi" o gli "usi continuativi" di risorse genetiche cui si sia avuto accesso tra il 1993 e il 2014³⁴.

3.1.3. *L'ambito di applicazione geografico: la provenienza delle risorse genetiche e delle conoscenze tradizionali associate*

L'articolo 3 del Protocollo, come più volte ricordato, circoscrive l'applicabilità delle sue regole alle risorse genetiche "*nell'ambito di applicazione dell'articolo 15 della Convenzione*": il richiamo di tale previsione induce a ritenere che esso si applichi solo alle risorse genetiche sulle quali gli Stati esercitano i propri diritti sovrani³⁵.

ABS/9/3 sub art. 3 e "*Report of the second part of the ninth meeting*", UNEP/CBD/COP/10/5/ADD.4 sub art. 3 (reperibili sul sito *www.cbd.it*). Per un approfondimento sulle posizioni delle Parti nel negoziato si veda: E. MORGERA, E. TSIOUMANI, M. BUCK, *op.cit.*, pp. 77 ss.;

³³ L'art. 28 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, rubricato "*irretroattività*", stabilisce che "*a meno che un'intenzione diversa non si ricavi dal trattato o non risulti per altra via, le disposizioni di un trattato non obbligano una parte per quanto riguarda un atto o un fatto anteriore alla data di entrata in vigore del trattato medesimo rispetto a tale parte, o una situazione che aveva cessato di esistere a quella data*". Sostengono la tesi che il Protocollo non si applichi retroattivamente M. BUCK, C. HAMILTON, *op. cit.*, 2011, p. 57.

³⁴ Si veda T. GREIBER ET AL., *op. cit.*, p. 73.

³⁵ Chiara, sul punto, la scelta di ancorare l'ambito di applicazione del Protocollo all'articolo 15 della Convenzione e non – sotto il profilo spaziale/geografico – all'ambito di applicazione esteso della CBD, di cui all'art. 4 lett. b).

Il Protocollo, pertanto, non si applica alle risorse genetiche che si trovino al di fuori delle giurisdizioni nazionali³⁶, quali:

- a) risorse genetiche situate nell'area Antartica, soggetta al Trattato sull'Antartide, firmato a Washington il 1 dicembre 1959;
- b) risorse genetiche situate in "alto mare", secondo la Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (UNCLOS - Montego Bay, 10 dicembre 1982).

Sotto questo profilo, particolarmente controversa è la questione se le risorse fitogenetiche conservate *ex situ* presso i Centri di Ricerca Agricola Internazionale ed affidate all'amministrazione fiduciaria del Gruppo Consultivo per la Ricerca Agricola Internazionale (c.d. "CGIAR") ricadano fuori dal campo di applicazione del Protocollo di Nagoya, per il loro particolare *status* giuridico di "beni devoluti in trust"³⁷ "for the use of present and future generations of research workers

³⁶ In relazione a questi ambiti l'art. 10 del Protocollo, in via programmatica, stabilisce che "Le parti considerano la necessità di adottare e definire le modalità di un meccanismo multilaterale di ripartizione dei benefici a livello globale garantire una giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche e delle conoscenze tradizionali associate a tali risorse genetiche nei contesti transfrontalieri o nelle situazioni in cui non sia possibile concedere od ottenere un consenso informato preventivo. I benefici ripartiti dagli utilizzatori delle risorse genetiche e delle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche mediante questo meccanismo sono utilizzati per sostenere la conservazione della diversità biologica e l'uso sostenibile dei suoi componenti a livello mondiale". La necessità di istituire tale meccanismo è al momento al vaglio delle Parti del Protocollo, che hanno incaricato il Segretariato di commissionare uno studio di fattibilità (Decisione UNEP/CBD/NP/COP-MOP/DEC/1/10, reperibile in <https://www.cbd.int/npmop1/doc/>).

³⁷ Si veda nota 15. L'art. 3 dell'Accordo FAO/CGIAR del 1994 (reperibile in <https://library.cgiar.org/>) "The Center shall hold the designated germplasm in trust for the benefit of the international community, in particular the developing countries in accordance with the International Undertaking on Plant Genetic Resources [FAO] and the terms and conditions set out in this Agreement. The Center shall not nor shall it seek any related information claim legal ownership over the designated rights over that Undertaking on Plant Genetic set out in this Agreement". Si veda sul punto R. PAVONI, *op. cit.*, pp. 46 ss. Di origine anglosassone, l'istituto del trust si è sviluppato nei Paesi di *Common Law* e diffuso poi anche negli ordinamenti di tipo civilistico, come un rapporto in virtù del quale un soggetto "trustee", gestisce un patrimonio affidatogli da un altro soggetto "settlor" per uno scopo prestabilito. La caratteristica principale dell'istituto del *trust* è la c.d. "segregazione patrimoniale": il *settlor*, cioè, trasferisce al *trust* alcuni beni facenti parte del suo patrimonio, ponendoli sotto il

in all countries throughout the world"³⁸. La questione è particolarmente rilevante con riferimento alle risorse fitogenetiche non incluse nell'Allegato I del Trattato FAO. I temi di rilievo riguardano da un lato l'effetto dell'inclusione da Parte di ciascun Centro Internazionale per la Ricerca Agricola di tali collezioni nel c.d. "sistema multilaterale" del Trattato FAO³⁹; dall'altro, una questione meritevole di approfondimento è se il conferimento delle risorse genetiche "in trust" nelle collezioni CGIAR comporti una rinuncia da parte dei Paesi d'origine all'esercizio dei diritti ricollegati all'"*access and benefit sharing*" della CBD e del Protocollo di Nagoya, per l'effetto "segregativo" tipico dell'istituto del *trust*⁴⁰.

controllo del *trustee*, privandosi del potere di godere e disporre degli stessi per tutta la durata del trust. Un'ulteriore elemento fondamentale del *trust* è lo "sdoppiamento" del diritto di proprietà: da una parte quella formale (*legal estate*), appartenente al *trustee*, dall'altra quella sostanziale (*equitable estate*), spettante al beneficiario. Sul complesso dei beni assoggettato al *trust* si viene a creare un vincolo di destinazione, posto a tutela del soggetto beneficiario: il *trustee* ha l'obbligo di gestire e disporre dei beni in trust, ai termini ed alle condizioni definite dal disponente, a vantaggio dei beneficiari. In particolare, un trust può essere revocabile o irrevocabile: nel primo, diversamente dal secondo, è consentito al disponente di riacquisire in ogni momento la proprietà dei beni conferiti. L'istituto del *trust* è ormai conosciuto anche nel nostro ordinamento: con L. 16 ottobre 1989 n. 364, l'Italia ha ratificato la Convenzione de L'Aja sulla disciplina e sul riconoscimento dei *trusts* del 1° luglio 1985, entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

³⁸ "*Statement of the CGIAR ethical principles relating to genetic resources*" reperibile in <https://library.cgiar.org>.

³⁹ 13 Centri Internazionali per la Ricerca Agricola CGIAR hanno siglato degli accordi con il *Governing Body* del Trattato FAO, al fine di includere le proprie collezioni all'interno del Sistema multilaterale, rendendo il materiale genetico disponibile alle condizioni dell'SMTa. Il *Governing Body* del Trattato, con una decisione del 2009, ha stabilito che i Centri internazionali CGIAR dovrebbero utilizzare lo SMTa per il trasferimento di questo materiale, conservato presso le proprie collezioni "in trust". Per una aggiornata sintesi dello stato dell'arte in ambito FAO/CGIAR si veda *CGIAR Report on the Sixth Session of the Governing Body of the International Treaty on Plant Genetic Resources or Food and Agriculture and the Fourth Meeting of the Ad-Hoc Working Group to Enhance the Functioning of the Multilateral System* del 4 novembre 2015 reperibile in <https://library.cgiar.org> Sul punto si veda anche C. CHIAROLLA, S. LOUAFI, M. SCHLOEN, *op.cit.*, p. 106.

⁴⁰ Si veda sul punto R. PAVONI, *op. cit.*, p. 51.

3.2. *Le regole del Protocollo sull'Access and Benefit Sharing*

Il Protocollo di Nagoya costruisce la propria disciplina, sulla base dell'impostazione della CBD, sviluppando due macro-insiemi di regole paralleli e collegati al tempo stesso: le regole sull'accesso e quelle sull'utilizzo, identificati come i due "pilastri" portanti del sistema ABS.

3.2.1. *L'Accesso*

L'articolo 6, dopo avere ribadito il diritto sovrano degli Stati sulle proprie risorse genetiche, prevede che l'accesso sia di regola subordinato al rilascio del "PIC" dalla Parte che "mette a disposizione tali risorse", ovvero il "Paese d'origine", oppure il Paese nel quale la risorsa in questione sia conservata in condizioni *ex situ* dopo essere stata acquisita conformemente alla CBD⁴¹, "a meno che tale Parte non abbia deciso altrimenti".

Quest'ultima clausola di salvaguardia ribadisce il diritto di ciascuna Parte di regolare – o non regolare – l'accesso alle proprie risorse genetiche. Nel caso in cui la Parte regoli l'accesso, l'articolo 6 (par. 3) del Protocollo delinea una serie di requisiti minimi (c.d. "*international access standards*") ai quali deve conformarsi ciascuna disciplina interna, ispirati a dei canoni certezza giuridica, chiarezza e trasparenza, equità, non arbitrarietà ed economicità delle procedure di accesso e rilascio del PIC, ragionevolezza dei tempi di rilascio dei premissi. La stessa disposizione richiede che i requisiti di certezza giuridica, chiarezza e trasparenza siano applicati nella predisposizione di regole e procedure per la definizione dei MAT, che in ogni caso devono essere stipulati per iscritto e devono prevedere alcune specifiche clausole *standard* (art. 6 par. 3 lett. g) Protocollo)⁴².

⁴¹ In questo caso, il Protocollo circoscrive ulteriormente il significato di "Paese fornitore" (si veda nota n. 16), alla Parte del Protocollo che abbia acquisito la risorsa genetica dal Paese di Origine sulla base di un PIC e un MAT, conformemente alla CBD.

⁴² I contenuti minimi dei MAT declinati dall'art. 6, par. 3 lett. g) Protocollo sono:

"i) una clausola relativa alla risoluzione delle controversie;

Con riguardo alle risorse genetiche e alle conoscenze tradizionali ad esse associate detenute dalle comunità indigene e locali, il Protocollo impone alle Parti di adottare opportune misure per assicurare che le comunità indigene e locali siano coinvolte nelle procedure di rilascio dei PIC⁴³.

3.2.2. *L'Utilizzo: lo "user compliance pillar"*

Il nucleo centrale del Protocollo di Nagoya (articoli 15 - 18) è interamente dedicato al tema della c.d. "*user-compliance*", ovvero la conformità degli utilizzatori di risorse genetiche e di conoscenze tradizionali ad esse associate agli obblighi dell'ABS, declinato nei seguenti aspetti:

- a) la "*compliance*" agli obblighi del Protocollo (articoli 15-17)⁴⁴;
- b) la "*compliance*" agli obblighi contrattuali derivanti dai MAT (articolo 18).

Questo gruppo di disposizioni riveste un'importanza centrale nell'implementazione, a livello globale, di un efficace sistema di *access and benefit sharing*, poiché è finalizzato ad assicurare il rispetto da par-

ii) le condizioni concernenti la ripartizione dei benefici, anche in relazione ai diritti di proprietà intellettuale;

iii) le condizioni riguardanti l'uso successivo da parte di terzi, se del caso; e iv) le condizioni in caso di variazione delle finalità, ove applicabile".

⁴³ Si veda le disposizioni di cui all'art. 6 par. 2 e par. 3, lett. f) Protocollo.

⁴⁴ Si evidenzia che il Protocollo prevede la creazione di un meccanismo istituzionale, regolato da un sistema di procedure dettagliate, per promuovere la *compliance* delle Parti al Protocollo (articolo 30): tale meccanismo è stato formalmente adottato alla prima Conferenza delle Parti in funzione di Meeting delle Parti del Protocollo (COP-MOP1) ed è ora disciplinato da un regolamento (UNEP/CBD/NP/COPMOP1/L.11). Con la stessa decisione è stato istituito un "Comitato di Compliance" composto da 15 membri nominati dalle Parti su base regionale (3 componenti per ciascuna regione delle Nazioni Unite) più 2 rappresentanti delle comunità indigene e locali, come osservatori. Il Comitato, tra le varie funzioni, adotta misure – di natura facilitativa – per indirizzare i casi di *non-compliance*, portati alla sua attenzione dalle Parti del Protocollo ovvero dalla stessa COP-MOP.

te degli utilizzatori delle disposizioni interne sull'ABS del Paese che mette a disposizione tali risorse⁴⁵.

In particolare, gli articoli 15 e 16 prevedono in modo speculare, per le risorse genetiche nel primo caso e per le conoscenze tradizionali nel secondo, tre diverse tipologie di obblighi in capo alle Parti.

Da un lato, le Parti sono obbligate ("*shall*") ad adottare misure legislative, amministrative e politiche⁴⁶ "adeguate, efficaci e proporzionate":

- a) con lo scopo di garantire che alle risorse genetiche e relative conoscenze tradizionali utilizzate nell'ambito della propria giurisdizione, si abbia accesso conformemente a un PIC e che siano stipulati i MAT, come richiesto dalle normative nazionali sull'ABS dell'altra parte (art. 15, par. 1; art. 16, par. 1 Protocollo); e
- b) finalizzate ad "indirizzare le ipotesi di *non-compliance*", con strumenti sanzionatori e correttivi (art. 15, par. 2; art. 16, par. 2, Protocollo).

Dall'altro lato, le Parti sono obbligate ("*shall*") a cooperare tra autorità competenti a livello internazionale, per quanto possibile, nei casi di violazione delle disposizioni interne in materia di ABS della Parte che mette a disposizione tali risorse (art. 15 par. 3; art. 16 par. 3 Protocollo).

Appare da subito evidente la spinta innovativa del Protocollo rispetto all'assetto impostato dalla CBD in materia di ABS, che si limitava a richiedere alle Parti l'adozione di misure finalizzate alla "ripartizione dei benefici" (art. 15 par. 7 CBD), affidando ai MAT la defini-

⁴⁵ In sede di negoziato una delle principali rivendicazioni da parte dei Paesi in via di Sviluppo fu la costruzione di un meccanismo in grado di rendere applicabili – al di fuori delle rispettive giurisdizioni dei Paesi fornitori di risorse genetiche e conoscenze tradizionali – gli obblighi stabiliti dalle proprie normative interne in materia di accesso. Le disposizioni del Protocollo in esame sono indirizzate, in particolare, ad impedire e reprimere quelle condotte di biopirateria che si traducono in una «*misappropriation*» (si veda nota n. 11): si veda sul punto IUCN, *Analysis Of Claims Of Unauthorised Access And Misappropriation Of Genetic Resources And Associated Traditional Knowledge* (UNEP/CBD/WG-ABS/4/INF/6) reperibile in <https://www.cbd.int/abs/esdocuments/>.

⁴⁶ Il Protocollo si esprime nei termini di "*legislative, administrative or policy measures*" lasciando alle Parti la totale discrezionalità in ordine alla tipologia di provvedimento da adottare (legislativo, regolamentare, amministrativo, o altro).

zione delle regole per reprimere le sole condotte di "*misuse*" tra utilizzatore e fornitore⁴⁷.

La formulazione degli articoli 15 par. 1 e 16 par. 1 porta a ritenere che le Parti non debbano assicurare in via diretta il rispetto, nell'ambito della propria giurisdizione, delle specifiche norme interne del Paese che ha messo a disposizione la risorsa o la conoscenza tradizionale, conducendo ad una sorta di applicazione extraterritoriale delle discipline nazionali in materia, ma piuttosto siano chiamate a condurre un'attività di controllo sul possesso da parte degli utilizzatori, nell'ambito della propria giurisdizione, dei requisiti formali del PIC e del MAT⁴⁸.

Il Protocollo prescrive, inoltre, l'obbligo in capo alle Parti di "monitoraggio" sull'utilizzazione delle risorse genetiche, con lo scopo di rafforzarne la trasparenza (art. 17).

Si prevede, innanzitutto, l'obbligo di designare uno o più "*check-point*" con il compito di:

⁴⁷ Come rileva C. CHIAROLLA, *The role of Private International Law under the Nagoya Protocol*, cit., pp. 423 ss. fino all'adozione del Protocollo di Nagoya non esisteva un diritto internazionale privato che regolasse la materia dell'ABS. Di conseguenza le ipotesi di violazione contrattuale delle disposizioni dei MAT finivano per diventare perseguibili nei soli casi in cui le parti (dell'accordo) avessero disciplinato accuratamente una clausola di risoluzione delle controversie e scelto, altrettanto accuratamente, la legge applicabile. Negli altri casi, tali condotte restavano comunque di fatto impuniti; così come le ipotesi di "*misappropriation*" (acquisizione ed utilizzo non autorizzati della risorsa genetica o della relativa conoscenza tradizionale – quindi in assenza di PIC e di MAT).

⁴⁸ In particolare, le disposizioni richiamate utilizzano le seguenti formule "*Each Party shall take [...] measures to provide that genetic resources [...] have been accessed in accordance with prior informed consent and that mutually agreed terms have been established, as required by the domestic access and benefit-sharing legislation or regulatory requirements of the other Party*" (articolo 15.1.); "*Each Party shall take [...] measures, as appropriate, to provide that traditional knowledge associated with genetic resources [...] has been accessed in accordance with prior informed consent or approval and involvement of indigenous and local communities and that mutually agreed terms have been established, as required by domestic access and benefit-sharing legislation or regulatory requirements of the other Party where such indigenous and local communities are located*" (articolo 16.1), anziché, ad esempio, una formula più contratta quale "*take measures to ensure user's compliance to the other Party's ABS domestic legislation*". Sul punto si veda anche l'analisi di E. MORGERA, E. TSIOUMANI, M. BUCK, *op. cit.*, pp. 249 ss.;

- a) "raccogliere o ricevere", secondo quanto opportuno, "le informazioni" che si riferiscono al PIC, all'origine delle risorse genetiche, alla stipula di MAT e/o all'utilizzazione delle risorse genetiche, informazioni che possono essere certificate da un unico documento con le caratteristiche dell'"Internationally Recognized Certificate of Compliance" (anche "IRCC")⁴⁹;
- b) "comunicare" le informazioni ottenute dagli utilizzatori alle autorità nazionali competenti, alla parte che fornisce il PIC e all'ABS Clearing House, piattaforma virtuale istituita per facilitare lo scambio di informazioni tra attori internazionali e la trasparenza nell'implementazione del Protocollo⁵⁰.
- I Paesi parte del Protocollo sono chiamati a (art. 17, par. 1, (ii):
- a) imporre agli utilizzatori, nell'ambito delle proprie giurisdizioni, di trasmettere tali informazioni rilevanti ai punti di controllo (*check-point*) designati; e
- b) definire misure "adeguate, efficaci e proporzionate" per fare fronte a situazioni di non adempimento (*non-compliance*).

⁴⁹ Lo stesso art. 17, ai par. 2-4, descrive l'IRCC come un "permesso o un documento equivalente rilasciato in conformità dell'articolo 6, paragrafo 3, lettera e)", e messo a disposizione dell'ABS Clearing-House, che costituisce prova del fatto che l'accesso alla risorsa genetica in questione è avvenuto conformemente al PIC e che sono stati stabiliti MAT, "a norma della legislazione e delle prescrizioni normative nazionali relative all'accesso e alla ripartizione dei benefici della parte che fornisce un PIC". L'IRCC contiene alcune informazioni minime elencate al paragrafo 4. Il Protocollo, nel costruire questo sistema di trasparenza globale, fa comunque salva la "tutela delle informazioni riservate" (art. 14 par. 1 e 17 par. 1, lett. a) iii) Protocollo).

⁵⁰ La funzione principale dell'ABS Clearing House – centrale elemento di funzionamento dell'intero meccanismo internazionale dell'ABS – è quella di garantire un accesso immediato e agile alle informazioni relative all'attuazione del Protocollo a livello globale, rese disponibili dalle Parti. L'art. 14 del Protocollo, in tal senso, individua una serie di obblighi in capo alle Parti di trasmissione di alcune categorie di informazioni quali: le misure interne adottate per l'implementazione del Protocollo, le indicazioni dell'"Autorità Nazionale Competente" e del "Focal Point Nazionale", i permessi – rilasciati al momento dell'accesso – come prova dell'avvenuto rilascio del PIC e della avvenuta conclusione dei MAT (destinati a rappresentare un "Internationally Recognized Certificate of Compliance" – "IRCC"). La stessa disposizione individua una serie di informazioni aggiuntive la cui pubblicazione nella Clearing House è facoltativa (esistenza di codici di condotta, di prassi e/o modelli contrattuali in materia di ABS ecc.).

Il Protocollo sottolinea che l'attività di monitoraggio da parte dei "checkpoint" dovrebbe riguardare "l'utilizzazione delle risorse genetiche o la raccolta di informazioni pertinenti, a qualsiasi stadio di ricerca, sviluppo, innovazione, pre-commercializzazione o commercializzazione" (art. 17, par. 2, IV. Protocollo).

L'articolo 18, infine, si occupa del tema della "compliance" rispetto alle obbligazioni concordate dalle parti nei MAT. A tal fine il Protocollo impone alle Parti di "incoraggiare" fornitori e utilizzatori delle risorse genetiche ad includere nei MAT delle specifiche clausole di risoluzione delle controversie⁵¹.

I paragrafi 2 e 3 della stessa disposizione obbligano le Parti a:

- i. garantire che nell'ambito del proprio ordinamento giuridico vi sia la possibilità di adire le vie legali in materia di controversie sui MAT;
- ii. adottare misure efficaci in materia di "accesso alla giustizia", nonché sul reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere e dei lodi arbitrali.

4. *Il Protocollo di Nagoya e l'Unione europea: il regolamento (UE) 511/2014*

L'Unione europea, nella sua qualità di organizzazione regionale di integrazione economica della CBD, sulla base delle proprie competenze a stipulare accordi internazionali c.d. "misti"⁵², e ad adempiere gli

⁵¹ L'articolo 18, par. 1, va integrato con quanto dispone l'art. 6, par. 3, lett. g) del Protocollo in materia di accesso, che impone alle Parti che intendano regolarlo la previsione di regole e procedure chiare per la sottoscrizione dei MAT e la previsione di alcuni contenuti minimi (clausola di risoluzione delle controversie; disposizioni in materia di ripartizione dei benefici – inclusi diritti di proprietà intellettuale; termini e condizioni per gli usi successivi da parte di terzi; disposizioni sulla modifica degli utilizzi delle risorse fornite, ove opportuno).

⁵² Il Protocollo di Nagoya è un accordo internazionale c.d. "misto", il cui oggetto ricade in parte nella competenza esclusiva dell'Unione (art. 3 Trattato funzionamento UE) e in parte in quella concorrente tra l'Unione e gli Stati membri (art. 4 Trattato funzionamento UE). Per un approfondimento sul ruolo dell'Unione europea nei c.d. "Mixed agreements" si veda P. CRAIG, G. DE BÜRCA, *EU law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, IV ed., 2008, p. 334. Propone delle riflessioni critiche sulle ricadute delle competenze condivise UE-Stati membri

obblighi che ne derivano⁵³ ha approvato il Protocollo di Nagoya il 14 aprile 2014⁵⁴.

Contemporaneamente, l'Unione ha adottato il regolamento (UE) n. 511/2014 "sulle misure di conformità per gli utilizzatori risultanti dal protocollo di Nagoya relativo all'accesso alle risorse genetiche e alla giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione nell'Unione" (d'ora in avanti, per brevità, anche "il Regolamento")⁵⁵.

Il Regolamento ha la finalità di implementare in modo uniforme sul territorio europeo le norme relative all'utilizzo delle risorse genetiche e delle conoscenze tradizionali ad esse associate, ovvero il c.d. "user compliance pillar" del Protocollo. Il tema, infatti, è stato riconosciuto dal legislatore europeo come strettamente collegato all'ambito del "funzionamento del mercato interno", di competenza esclusiva dell'Unione, ai sensi dell'art. 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea⁵⁶.

Viceversa, l'accesso alle risorse genetiche (e alle relative conoscenze tradizionali) è lasciato integralmente alla potestà normativa interna de-

nell'implementazione del Protocollo. A. LAGO CANDEIRA, L. SILVESTRI, *Challenges in the implementation of the Nagoya Protocol from a perspective of a Member State in the European Union: the case of Spain*, in *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing in Perspective, Implications for International Law and Implementation Challenges*, (a cura di) E. MORGERA, M. BUCK, E. TSIOMANI, Leiden – Boston, 2013, pp. 272 ss.

⁵³ Si veda la dichiarazione resa nello strumento di ratifica dall'Unione europea ai sensi dell'art. 34 paragrafo 3 CBD, reperibile in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014D0283&from=IT>.

⁵⁴ Decisione del Consiglio 2014/283/UE.

⁵⁵ Pubblicato in G.U. dell'Unione europea il 20 maggio 2014 e reperibile al seguente link: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014R0511>

⁵⁶ Si veda il documento di Impact Assessment (Part 1) realizzato dalla Commissione europea, secondo cui, nell'ambito dello "user compliance pillar" (p. 12), le attività da regolamentare "are closely related to the EU internal market. Differing obligations on users to manage ABS-related information in different Member States, for example, could create significant costs and barriers for EU researchers and companies that are active in more than one Member State. Furthermore, some user measures, particularly where these would require changes in product approval procedures, cannot be implemented without changes to the acquis" (http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:7ad11d44-b4ea-4684-a519-268a2fc4c0bc.0001.02/DOC_1&format=PDF).

gli Stati membri, in considerazione dei diritti sovrani che esercitano su di esse.

Il nucleo della disciplina regolamentare è sviluppato su un doppio binario di regole, "impositive" da un lato e "facilitative" dall'altro, finalizzate a garantire che gli utilizzi di risorse genetiche e/o conoscenze tradizionali ad esse associate nel territorio dell'Unione europea avvengano in conformità alle norme sull'*access and benefit sharing* del Protocollo di Nagoya.

Nella prima categoria rientra l'articolo 4, che dispone specifici obblighi (esercizio della c.d. "*due diligence*") in capo agli "utilizzatori", corredato da un meccanismo di "monitoraggio" (art. 7) e di "controllo" (art. 9) sul rispetto di tali obblighi e dalla previsione di sanzioni a carico degli utilizzatori inadempienti (art. 11).

Appartengono alla seconda categoria di regole, di natura appunto "facilitativa", gli articoli 5 e 8 del Regolamento, finalizzati ad agevolare e promuovere il rispetto dei suddetti obblighi di *due diligence*:

- a) l'istituzione di un Registro europeo delle collezioni di risorse genetiche ritenute "affidabili", sotto il profilo della loro acquisizione, conservazione e gestione (art. 5);
- b) l'istituzione di un sistema di riconoscimento delle "*best practices*" elaborate ed applicate nei vari settori interessati coerenti agli scopi del Regolamento (art. 8).

Il Regolamento definisce "*utilizzatore*" "*qualsiasi persona fisica o giuridica*" che conduca "*attività di ricerca e sviluppo sulla composizione genetica e/o biochimica delle risorse genetiche, anche attraverso l'applicazione della biotecnologia come definita dall'articolo 2 della Convenzione*" (art. 3, n. 4) e 5) Regolamento). La riproposizione della definizione – molto ampia e generica – di "utilizzo" del Protocollo di Nagoya e la mancanza di una definizione dei concetti di "ricerca" e "sviluppo" rendono astrattamente sconfinato il potenziale bacino dei destinatari delle norme regolamentari⁵⁷.

⁵⁷ A seconda del settore produttivo/economico interessato, le fasi della ricerca e dello sviluppo sono variamente caratterizzati, soprattutto sotto il profilo dell'ampiezza della filiera produttiva e dei relativi attori coinvolti. Il che rende i confini delle attività di ricerca e di sviluppo piuttosto elastici e non omogenei. Tale frammentazione rende ad oggi l'applicazione del Regolamento piuttosto complessa sul piano pratico. Sul punto la Commissione Europea ha affidato a professionisti esterni la redazione di Linee Guida sul concetto di "utilizzo" nei vari settori

Il Regolamento è entrato in vigore il 9 giugno 2014 ed è applicabile in tutto il territorio dell'Unione europea dal 12 ottobre 2014, in concomitanza con l'entrata in vigore del Protocollo di Nagoya. Tuttavia il legislatore comunitario ha previsto un'applicabilità differita per il *corpus* di norme dedicato alla *due diligence* degli utilizzatori: gli articoli 4 (obblighi degli utilizzatori), 7 (monitoraggio della conformità dell'utilizzatore) e 9 (controlli sulla conformità dell'utilizzatore) sono applicabili dal 12 ottobre 2015⁵⁸.

Il quadro delle disposizioni regolamentari è integrato da:

1. il regolamento di esecuzione (UE) 2015/1866 della Commissione europea del 13 ottobre 2015⁵⁹, entrato in vigore il 9 novembre 2015;
2. le Linee Guida della Commissione europea sull'ambito di applicazione del Regolamento, in corso di elaborazione⁶⁰;
3. le Linee Guida settoriali sul concetto di utilizzo, anch'esse in corso di elaborazione, che saranno pubblicate entro il 2016.

4.1. *Ambito di applicazione del Regolamento*

Il Regolamento, pur correlandosi necessariamente con l'ambito di applicazione oggettivo, temporale e geografico del Protocollo di Na-

interessati ("*Preparation of Guidance documents on the implementation of the EU ABS Regulation (Regulation (EU) No 511/2014 of the European Parliament and of the Council*"): bando e documenti allegati reperibili sul sito <http://ted.europa.eu/>.

⁵⁸ Come si comprenderà meglio nel prosieguo della trattazione, l'effettiva applicabilità del Regolamento appare tuttora compromessa da alcuni fattori, tra i quali la perdurante incertezza rispetto all'individuazione dei destinatari delle citate norme (la cui identificazione appare indissolubilmente legata ai chiarimenti sul concetto di "utilizzo" di cui alle emanate Linee Guida) e la mancata adozione da parte di alcuni Paesi europei (tra cui l'Italia) delle necessarie disposizioni di implementazione degli articoli 7 e 9 (tra cui l'individuazione dei *checkpoint*, disciplina del monitoraggio e dei controlli sugli utilizzatori, adozione di un apparato sanzionatorio nei casi di violazione degli obblighi).

⁵⁹ Pubblicato in G.U. dell'Unione Europea il 20 ottobre 2015 e reperibile al seguente link: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32015R1866>.

⁶⁰ Mentre il presente articolo era in corso di pubblicazione sono state emanate le Linee Guida (pubblicate in G.U. dell'Unione europea il 27 agosto 2016) e reperibili al seguente link: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri= uri-serv:OJ.C.2016.313.01.0001.01.ENG&toc=OJ.C:2016:313:TOC](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uri-serv:OJ.C.2016.313.01.0001.01.ENG&toc=OJ.C:2016:313:TOC).

goya (di cui costituisce parziale attuazione), introduce alcune significative novità e precisazioni rispetto a quest'ultimo.

4.1.1. *L'ambito di applicazione oggettivo*

Sotto questo profilo il Regolamento ricalca prevalentemente quanto stabilito dal Protocollo disponendo l'applicabilità delle proprie norme a "l'utilizzo"⁶¹ di:

- a) "risorse genetiche" secondo l'interpretazione estensiva⁶² che comprende non solo il "*materiale contenente unità funzionali di eredità [...] avente valore attuale o potenziale*" (DNA o cromosomi), ma anche espressioni geniche come come proteine ed enzimi e anche ogni composto biochimico che si trovi in natura risultante da metabolismo cellulare, anche non contenente unità funzionali di eredità o informazioni geniche (c.d. "derivati" ad es. resine, olii essenziali e aromi/essenze);
- b) conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche⁶³.

⁶¹ Il Regolamento (art. 3, n. 5) richiama la definizione protocollare di "utilizzo": "*le attività di ricerca e sviluppo sulla composizione genetica e/o biochimica delle risorse genetiche, anche attraverso l'applicazione della biotecnologia come definita all'articolo 2 della Convenzione*".

⁶² L'identificazione dell'ambito di applicazione del Regolamento e del Protocollo sotto il profilo della definizione di "risorsa genetica" è confermato dalla disposizione di cui all'art. 2 par. 1 Regolamento ("Il presente regolamento si applica alle risorse genetiche sulle quali gli Stati esercitano diritti sovrani e alle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche alle quali è dato accesso dopo l'entrata in vigore del protocollo di Nagoya nell'Unione. Esso si applica inoltre ai benefici derivanti dall'utilizzazione di tali risorse genetiche e delle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche") e dalla riproposizione a livello regolamentare delle definizioni di: risorsa genetica e materiale genetico (art. 2 CBD), unitamente a la definizione di "utilizzo della risorsa genetica" (art. 2 lett. c) Protocollo), di "biotecnologia" (art. 2, lett. d) Protocollo), di "derivato" (art. 2, lett. e) Protocollo). Si rinvia in proposito al capitolo 2.1. sull'ambito di applicazione del Protocollo.

⁶³ Si segnala che il Regolamento offre, all'art. 2, 7), una inedita definizione di "*conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche*" (non definite dagli strumenti internazionali): "*le conoscenze tradizionali detenute da una comunità indigena o locale che sono di rilievo per l'utilizzazione delle risorse genetiche e che sono descritte come tali nei termini reciprocamente concordati [MAT] applicabili all'utilizzazione delle risorse genetiche*".

Il Regolamento, richiamando (art. 3, n. 5) la definizione del Protocollo di "utilizzo"⁶⁴, conferma la non applicabilità alle risorse genetiche nei casi in cui esse, nella loro interpretazione estensiva, siano commercializzate e ordinariamente impiegate come "beni di consumo" ("*commodities*").

Il Regolamento (art. 2, par. 2) conferma inoltre l'inapplicabilità delle proprie norme a "*le risorse genetiche il cui accesso e la cui ripartizione dei benefici sono disciplinati da strumenti internazionali specifici che sono in linea e non contrastano con gli obiettivi della Convenzione e del protocollo di Nagoya*". Sotto questo profilo possono ritenersi escluse dal campo di applicazione del Regolamento le risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura ("PGRFA") incluse nell'Allegato I del Trattato FAO, nei termini già indicati dal Protocollo, ovvero:

- a) quando le parti interessate negli specifici casi siano Parti del Trattato FAO;
- b) quando gli utilizzi delle PGRFA siano relativi alle specifiche "finalità" del Trattato FAO⁶⁵.

Similmente, con riferimento ai "patogeni", il Regolamento ne conferma l'inclusione nel proprio ambito di applicazione oggettivo⁶⁶, confermandone altresì l'esclusione con riguardo ai virus influenzali con un potenziale di pandemia umana, il cui accesso, utilizzo e relativa ripartizione di benefici ricadano nel c.d. Programma quadro PIP ("*Pandemic Influenza Preparedness Framework*")⁶⁷.

⁶⁴ Si veda la nota 22.

⁶⁵ Si veda il cap. 3.1.1. con riferimento all'ambito di applicazione oggettivo del Protocollo di Nagoya. Con riferimento alle risorse fitogenetiche non incluse nell'Allegato I del Trattato FAO si rinvia alle specifiche disposizioni derogatorie degli obblighi di "*due diligence*" di cui all'art. 4 par. 4 Regolamento, analizzate al successivo capitolo 4.2.

⁶⁶ L'art. 4, par. 8 Regolamento detta disposizioni specifiche al riguardo, in applicazione dell'art. 8 lett. b) Protocollo. Con riferimento ai patogeni si rinvia alle specifiche disposizioni derogatorie degli obblighi di "*due diligence*" di cui all'art. 4, par. 8, Regolamento, analizzate al successivo capitolo 4.1.

⁶⁷ Tale esclusione emerge dal combinato disposto di cui agli articoli 2, par. 2, 4, par. 8, ultimo capoverso, unitamente con il considerando 16 del Preambolo.

4.1.2. *L'ambito di applicazione temporale*

Il legislatore comunitario dispone chiaramente che il Regolamento si applica all'utilizzo di risorse genetiche e conoscenze tradizionali alle quali sia stato "dato accesso" dopo l'entrata in vigore del Protocollo di Nagoya (ovvero dal 12 ottobre 2014)⁶⁸. Con riferimento quindi ai propri obblighi internazionali in materia di "user-compliance" previsti dal Protocollo di Nagoya, l'Unione europea adotta una posizione chiara con riguardo alla irretroattività delle relative disposizioni⁶⁹. La scelta lessicale adottata dal legislatore comunitario appare chiaramente orientata a non considerare inclusi nell'ambito di applicazione temporale del Regolamento gli utilizzi di risorse genetiche e/o conoscenze tradizionali ad esse associate, rispetto alle quali l'utilizzatore abbia avuto accesso prima del 12 ottobre 2014. In altri termini, l'utilizzatore in quest'ultimo caso, non sarebbe vincolato al rispetto degli obblighi di "due diligence" di cui all'art. 4 e dei correlati obblighi previsti nel monitoraggio e controllo (artt. 7 e 9)⁷⁰.

⁶⁸ L'art. 2, par. 1 del Regolamento, nella versione originaria (inglese), stabilisce che "*this Regulation applies to genetic resources over which States exercise sovereign rights and to traditional knowledge associated with genetic resources that are accessed after the entry into force of the Nagoya Protocol for the Union*"; si veda anche il considerando n. 11 del Preambolo.

⁶⁹ Si veda l'approfondimento sull'ambito di applicazione temporale del Protocollo, al cap. 3.1.2. Sotto questo profilo l'Unione europea conferma la posizione adottata sul punto durante i negoziati del Protocollo di Nagoya. Il considerando n. 11 del Preambolo appare particolarmente illuminante sul punto: "*al fine di garantire la certezza del diritto, è importante che le norme che danno attuazione al protocollo di Nagoya si applichino solo alle risorse genetiche sulle quali gli Stati esercitano diritti sovrani di cui all'articolo 15 della Convenzione, e alle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche di cui alla Convenzione, entrambe acquisite dopo l'entrata in vigore del protocollo di Nagoya nell'Unione*".

⁷⁰ Appare importante sottolineare che, in queste ipotesi, – perdurando a livello internazionale il contrasto interpretativo sull'applicazione temporale Protocollo di Nagoya – l'utilizzatore europeo, pur non soggiacendo agli obblighi regolamentari, resterebbe comunque obbligato al rispetto della normativa nazionale sull'accesso del Paese fornitore, che potrebbe disporre altrimenti (ad esempio rendendo obbligatoria la stipula di MAT e la relativa ripartizione di benefici "nuovi utilizzi" o "utilizzi continuativi" delle risorse genetiche originarie di quel Paese già detenute in Banche del germoplasma).

4.1.3. *L'ambito di applicazione geografico: la provenienza delle risorse genetiche e delle conoscenze tradizionali associate*

Il Regolamento, innanzitutto, conferma l'impostazione del Protocollo con riferimento all'inclusione nel proprio ambito di applicazione delle risorse genetiche sulle quali gli Stati esercitano diritti sovrani (e la conseguente esclusione di quelle che si trovino al di fuori delle giurisdizioni nazionali)⁷¹.

Il legislatore europeo, inoltre, precisa in modo esplicito che il Regolamento si applica alle sole risorse genetiche (e conoscenze tradizionali associate) il cui Paese fornitore:

- a) sia Parte del Protocollo di Nagoya;
- b) abbia adottato a livello nazionale delle misure sull'*access and benefit sharing*⁷².

4.2. *Le "misure di conformità" degli utilizzatori al Protocollo di Nagoya: l'esercizio della "due diligence" (segue)*

Il legislatore europeo, nell'attuare il c.d. "*user-compliance pillar*" del Protocollo di Nagoya, non dispone direttamente un divieto generale di utilizzare risorse genetiche e/o conoscenze tradizionali ad esse associate che siano state "acquisite" in violazione delle disposizioni nazionali in materia di ABS del Paese fornitore⁷³, bensì pone in capo agli "utilizzatori" una serie di obblighi di c.d. "*due diligence*".

⁷¹ Si veda il relativo approfondimento sull'ambito di applicazione geografico del Protocollo al precedente capitolo 3.1.3.

⁷² A tale conclusione si giunge da una lettura dei Consideranda n. 9) e 28) del Preambolo, della definizione di "accesso" come "*acquisizione delle risorse genetiche o delle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche presenti in un Paese che è parte contraente del protocollo di Nagoya*" e dal già richiamato art. 2 par. 2 Regolamento. Resta non risolta a livello Regolamentare la questione riguardante l'utilizzo delle risorse genetiche conferite "*in trust*" dai Paesi d'origine nei Centri CGIAR. Si veda in proposito il capitolo 3.1.3. e le note n. 15 e 37.

⁷³ L'assenza di questo divieto generale del Regolamento corrisponde ad una scelta ponderata del legislatore europeo, che si basa su alcune condivisibili valutazioni. Nell'*Impact Assessment* della Proposta di regolamento redatta dalla Commissione europea, si rileva che innanzitutto la previsione di un divieto generale di utilizzo delle risorse genetiche e/o conoscenze tradizionali acquisite in violazione

Il concetto anglosassone di "*due diligence*", divenuto familiare anche nell'ordinamento italiano soprattutto in ambito finanziario e commerciale, si riferisce ad un processo organizzato di raccolta e di analisi di informazioni rilevanti, in ordine a una determinata attività, con lo scopo di individuare i potenziali rischi di una specifica operazione: in tali ambiti la "*due diligence*" richiede a chi la esercita ogni ragionevole sforzo per evitare, in questa attività di raccolta ed analisi, inesattezze od omissioni.

Nel contesto del Regolamento, l'esercizio della "*due diligence*" si traduce innanzitutto nell'obbligo di "accertarsi", attraverso una raccolta mirata ed analitica di informazioni⁷⁴, che la risorsa genetica in questione e/o la conoscenza tradizionale associata (ricadente nell'ambito di applicazione del Regolamento) sia utilizzata sulla base di un PIC, o un

della normativa nazionale del Paese fornitore non è una misura richiesta dal Protocollo (reperibile in: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52012SC0292>). Una previsione di questo tipo mal si concilierebbe con i principi della certezza del diritto e di proporzionalità. La Commissione europea, in particolare, sottolinea quanto segue: "*if violations of the EU prohibition would be a simple/ automatic reflex of the violation of regulatory requirements in a third country, then EU authorities would need to establish a breach of EU laws based on factual and legal considerations established in a non- EU jurisdiction. This type of recognition of administrative and judicial decisions of foreign countries is normally only done on the basis of strict reciprocity. Strict reciprocity helps avoiding difficult situations, such as, for example, that a behaviour must be sanctioned within the EU, although it would be perfectly legal if conducted within EU jurisdiction, or that an EU national would need to be punished under EU law although it only breached an administrative ordinance in a third country. Establishing a more flexible approach for enforcing such prohibition would raise political problems - in addition to concerns about the lack of predictability for EU users - as it would necessarily imply value judgements by EU officials or EU courts on the credibility and integrity of findings of administrative and judicial authorities of third countries*" (Impact Assessment, Annex II, p. 27). Sono critici rispetto all'impostazione adottata dal legislatore europeo A. LAGO CANDEIRA, L. SILVESTRI, *op. cit.* pp. 272 ss. e Aa.Vv., *The Ambiguous March to Equity, A Commentary on the Limitations of the European Union Regulation on Access and Benefit Sharing*, reperibile in <https://www.evb.ch>.

⁷⁴ Le "informazioni" sono indicate all'art. 4, par. 3, Regolamento e consistono in: l'"*Internationally Recognized Certificate of Compliance*" – "IRCC" ove esistente, o – in mancanza dell'IRCC, una serie di informazioni – analiticamente elencate – sulla provenienza della risorsa genetica (e/o della conoscenza tradizionale), sul PIC (o autorizzazione analoga), sul MAT ecc.

analogo permesso rilasciato dal Paese fornitore, e di un MAT che preveda la ripartizione dei benefici⁷⁵.

Tali obblighi si considerano ottemperati, nei casi in cui l'utilizzatore abbia ottenuto la risorsa genetica da una Collezione inclusa nel Registro europeo di cui all'articolo 5, ritenuta *ex se* una fonte affidabile⁷⁶.

L'esercizio della "*due diligence*" si estende inoltre all'obbligo di:

- a) conservare tali informazioni⁷⁷;
- b) di trasferirle agli utilizzatori successivi⁷⁸;
- c) di attivarsi, nei casi in cui le informazioni possedute non risultino "sufficienti o persistano incertezze circa la legalità dell'accesso e dell'utilizzazione", per rimediare a tali carenze, ottenendo il relativo PIC (o documento equivalente) e stipulando il MAT;
- d) di interrompere l'utilizzo, nei casi in cui non sia possibile rimediare all'insufficienza o all'incertezza delle informazioni possedute.

⁷⁵ Nel caso specifico il "rischio" da monitorare e prevenire è rappresentato dalla potenziale violazione delle norme in materia di ABS del Paese fornitore di risorse genetiche e/o conoscenze tradizionali. Il modello di "*due diligence*" del Regolamento, pur discostandosi in modo significativo nella sua articolazione pratica, ha dei precedenti nella legislazione europea in materia di utilizzazione di risorse naturali: si veda, ad esempio il regolamento UE n. 995/2010 ("regolamento EUTR", finalizzato a contrastare l'immissione nel mercato europeo di legname – e derivati – di provenienza illegale e tagliato abusivamente) e il regolamento (CE) n. 2368/2002 (che istituisce un sistema comunitario di certificazione e di controlli all'importazione e all'esportazione di diamanti grezzi ai fini dell'attuazione del c.d. "sistema di certificazione del processo Kimberley"). Un ulteriore precedente interessante, già conosciuto a livello internazionale, per la "*due diligence*" nell'approvvigionamento e nell'utilizzo di risorse naturali, riguarda il commercio e l'importazione di minerali provenienti da zone di conflitto e ad alto rischio ("*OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*"). Sul tema di veda anche C. GODT, *op.cit.*, p. 312.

⁷⁶ Le condizioni per l'iscrizione di una collezione nel Registro europeo sono indicate all'art. 5 del Regolamento, a sua volta implementato dagli artt. 2-4 e dall'Allegato I del regolamento di esecuzione (UE) 2015/1866.

⁷⁷ L'art. 4 par. 6 Regolamento impone la conservazione delle informazioni per almeno 20 anni.

⁷⁸ Art. 4 par. 2 Regolamento. Tale obbligo riflette il fatto che, nella prassi, dall'accesso risorsa genetica allo sviluppo e commercializzazione di un prodotto si succede un numero indeterminato di soggetti potenzialmente qualificabili come "utilizzatori".

L'articolo 4 prevede alcune deroghe all'esercizio della "*due diligence*" per l'utilizzo di risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura (o "PGRFA", par. 4) e di patogeni (par. 8)⁷⁹.

Per quanto riguarda il primo aspetto, il Regolamento introduce una disposizione significativamente innovativa, stabilendo una presunzione di conformità agli obblighi di *due diligence* dell'utilizzatore, nei casi in cui quest'ultimo abbia avuto accesso ad una PGRFA non inclusa nell'Allegato I del Trattato FAO, in base ad uno "*Standard Material Transfer Agreement*" (o "SMTa")⁸⁰, qualora il Paese fornitore della risorsa genetica:

a) sia Parte del Protocollo di Nagoya; e

b) abbia stabilito che "*le PGRFA sotto la sua gestione e il suo controllo e di dominio pubblico, non contenute nell'allegato I [del Trattato FAO]*", siano anch'esse soggette ai termini e alle condizioni dell'SMTa, per i fini specificati nel Trattato.

Con riferimento ai patogeni – per i quali "sia stato accertato" che sono o possono essere la causa "di un'emergenza sanitaria attuale o imminente di portata internazionale, o di una grave minaccia per la salute a carattere transfrontaliero" – il paragrafo 8, prevede alcune specifiche deroghe all'esercizio della "*due diligence*", giustificate dalla necessaria tempestività dell'intervento scientifico e farmacologico per lo sviluppo di efficaci vaccini.

4.3. (segue) *il monitoraggio dell'utilizzatore: la "dichiarazione di due diligence"*

Un corollario essenziale alla "*user compliance*", secondo quanto prescritto dal Protocollo di Nagoya all'articolo 17,⁸¹ è rappresentato dal meccanismo di "monitoraggio" sul rispetto da parte degli utilizzatori dei propri obblighi in materia di ABS.

Nel quadro regolamentare il "monitoraggio" degli utilizzatori è istituito e disciplinato dall'art. 7 del Regolamento, unitamente agli arti-

⁷⁹ Si fa ovviamente riferimento alle PGRFA e ai patogeni ricadenti nell'ambito di applicazione del Regolamento.

⁸⁰ Accordo di trasferimento standard utilizzato nell'ambito del Sistema Multilaterale del Trattato FAO: sul punto si veda nota n. 26.

⁸¹ Si veda capitolo 3.2.2.

coli 5, 6 e 7 e agli allegati II e III del regolamento di esecuzione (UE) 2015/1866 di recente adozione.

In base a questo complesso di regole, gli utilizzatori sono obbligati a presentare, in alcuni specifici momenti nel corso delle varie fasi della filiera (che vanno dallo stadio della "ricerca" a quello finale della commercializzazione di un prodotto), alle Autorità all'uopo individuate dagli Stati Membri (c.d. "*check-point*"), una "dichiarazione", con la quale dimostrino di ottemperare e/o di avere ottemperato agli obblighi di *due-diligence* (d'ora innanzi "dichiarazione di *due diligence*").

Quest'ultima deve essere resa compilando un apposito modello allegato al regolamento di esecuzione (UE) 2015/1866 (All. II, Parte A e Parte B) e ha ad oggetto le informazioni reperite e conservate dall'utilizzatore a norma dell'art. 4 Regolamento⁸².

Il meccanismo europeo di monitoraggio si articola su due livelli, che corrispondono alla suddivisione ideale in due fasi dell'intera "catena di valore" delle attività di ricerca e sviluppo nei vari settori interessati dall'ABS:

a) una fase iniziale ("*upstream*"), che comprende attività di ricerca di base sulle risorse genetiche e/o sulle conoscenze tradizionali associate, sostenuta usualmente da finanziamenti pubblici e/o privati, i cui attori principali appartengono alla realtà accademica e della ricerca;

b) una fase finale ("*downstream*"), che comprende il complesso delle attività di ricerca, di base e applicata, di sviluppo, produzione e commercializzazione del prodotto finito, i cui attori appartengono prevalentemente al mondo produttivo e industriale; fase caratterizzata da importanti investimenti privati, elevati rischi produttivi e relativi profitti.

Nel primo segmento della filiera⁸³, gli utilizzatori "*beneficiari di finanziamenti alla ricerca che implica l'utilizzazione di risorse genetiche e di conoscenze tradizionali associate*"⁸⁴ sono obbligati a presentare la di-

⁸² L'Allegato II al regolamento di esecuzione (UE) 2015/1866 prevede due modelli distinti di dichiarazione: la Parte A destinata agli utilizzatori beneficiari di finanziamenti della ricerca; la Parte B destinata agli utilizzatori nella "fase finale di sviluppo di un prodotto".

⁸³ Art. 7 par. 1 Regolamento, in combinato disposto con l'art. 5 e l'All. II Parte A regolamento di esecuzione (UE) 2015/1866.

⁸⁴ L'art. 5, par. 5, regolamento di esecuzione (UE) 2015/1866 precisa che per "*finanziamento alla ricerca*" si intende "*qualsiasi contributo finanziario tramite*

chiarazione di *due diligence*, su richiesta dello Stato membro o della Commissione europea, al *check-point* all'uopo designato⁸⁵.

Nella fase "*downstream*" dell'utilizzo⁸⁶, invece, il monitoraggio degli obblighi di *due diligence* si colloca temporalmente nella "fase finale dello sviluppo di un prodotto": al verificarsi del primo tra una serie di eventi, identificati dall'art. 6, par. 2 regolamento di esecuzione (UE) 2015/1866⁸⁷, l'utilizzatore è obbligato a presentare al "*check-point*", identificato dallo Stato membro⁸⁸, la dichiarazione di *due diligence*.

sovvenzione per svolgere attività di ricerca, da fonti commerciali o non commerciali. Esso non riguarda risorse interne di bilancio di enti pubblici o privati".

⁸⁵ Ai sensi dell'art. 5, par. 2, regolamento di esecuzione (UE) 2015/1866 "*la dichiarazione deve essere resa dopo che è stata ricevuta la prima rata del finanziamento e dopo che sono state ottenute tutte le risorse genetiche e le conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche utilizzate per la ricerca finanziata, ma prima dell'elaborazione della relazione finale, o in assenza di tale relazione, della conclusione del progetto. Le autorità nazionali possono ulteriormente precisare in quale momento tale dichiarazione deve essere presentata*".

⁸⁶ Art. 7, par. 2, Regolamento, in combinato disposto con l'art. 6 e l'All. II Parte B regolamento di esecuzione (UE) 2015/1866.

⁸⁷ Art. 6, par. 2, regolamento di esecuzione (UE) 2015/1866, ovvero al verificarsi del primo dei seguenti eventi:

"(a) l'approvazione o l'autorizzazione all'immissione sul mercato è richiesta per un prodotto sviluppato mediante l'utilizzo di risorse genetiche e di conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche;

(b) una comunicazione richiesta prima dell'immissione per la prima volta sul mercato dell'Unione è effettuata per un prodotto sviluppato mediante l'utilizzo di risorse genetiche e di conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche;

(c) l'immissione per la prima volta sul mercato dell'Unione di un prodotto sviluppato mediante l'utilizzo di risorse genetiche e di conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche, per cui non sono necessarie approvazioni, autorizzazioni o comunicazione per l'immissione sul mercato;

(d) il risultato dell'utilizzo è venduto o trasferito in qualsiasi altro modo a una persona fisica o giuridica all'interno dell'Unione per consentire a tale persona di svolgere una delle attività di cui alle lettere a), b) e c);

(e) l'utilizzo all'interno dell'Unione si è concluso e il suo esito è venduto o trasferito in qualsiasi altro modo a una persona fisica o giuridica al di fuori dell'Unione".

Un elemento degno di nota è che non è considerata una "fase finale di sviluppo di un prodotto" la domanda di registrazione di brevetto su un prodotto o un processo produttivo che riguardi l'utilizzo di risorse genetiche e/o conoscenze tradizionali ad esse associate.

⁸⁸ Il *check-point* di riferimento sarà quello dello Stato membro nel quale l'utilizzatore è stabilito (art. 6, par. 1, regolamento di esecuzione (UE) 2015/1866).

Il meccanismo di monitoraggio costruito dal Regolamento non è solo funzionale ad identificare le ipotesi di *non-compliance* (mancanza del PIC, mancata sottoscrizione del MAT – laddove richiesti – ecc.), ma è anche finalizzato ad ottemperare agli obblighi di trasparenza e cooperazione del Protocollo di Nagoya. Le informazioni acquisite dai *check-point*, infatti, sono trasmesse "senza indebiti ritardi ed entro e non oltre un mese dal ricevimento" all'*ABS Clearing-House* e, laddove richiesto dalle circostanze, alle autorità nazionali competenti del Paese fornitore. Le disposizioni sul monitoraggio del Regolamento prevedono particolari cautele nella trasmissione delle informazioni rilevanti per la tutela della riservatezza delle informazioni commerciali o industriali⁸⁹.

4.4 *La violazione degli obblighi di due diligence dell'utilizzatore: i controlli e le sanzioni*

Il quadro delle misure regolamentari finalizzate ad implementare il c.d. "*user-compliance pillar*" del Protocollo di Nagoya è infine integrato dal sistema dei controlli sul rispetto degli obblighi di *due-diligence* e delle sanzioni (artt. 9, 10 e 11 Regolamento).

Con riguardo a questi aspetti il Regolamento impone agli Stati membri di adottare specifiche norme di implementazione.

Sul fronte dei controlli, l'articolo 9 del Regolamento prevede che questi siano condotti dalle Autorità competenti, all'uopo designate dagli Stati membri, e siano "efficaci, proporzionati e dissuasivi". La prescrizione regolamentare richiede, pertanto, l'adozione a livello nazionale di specifiche procedure che prevedano:

⁸⁹ L'art. 7, par. 5, Regolamento prevede che "*Le autorità competenti tengono in debito conto il rispetto della riservatezza delle informazioni commerciali o industriali nei casi in cui tale riservatezza è prevista dal diritto dell'Unione o nazionale per tutelare interessi economici legittimi, in particolare riguardo alla designazione delle risorse genetiche e della loro utilizzazione*". Tale disposizione è riflessa nell'art. 7, par. 2, regolamento di esecuzione (UE) 2015/1866: "*Se informazioni essenziali, come quelle relative all'utilizzatore e all'utilizzo, al luogo di accesso o alla risorsa genetica, senza le quali [la relativa registrazione] non potrebbe essere pubblicata [nella ABS Clearing House], sono considerate riservate, le autorità competenti devono prendere in considerazione l'ipotesi di trasmetterle direttamente alle autorità nazionali competenti di cui all'articolo 13, paragrafo 2, del protocollo di Nagoya*". Debita attenzione è data alla natura riservata di talune informazioni anche nei modelli di dichiarazione di *due diligence* di cui all'Al. dello stesso regolamento di esecuzione.

- a) l'elaborazione di un piano di controlli ordinario, da rivedere periodicamente, secondo un approccio basato sul rischio;
- b) la possibilità di effettuare controlli nei casi in cui pervengano alle autorità competenti informazioni, anche da terzi, su possibili non conformità da parte degli utilizzatori.

I controlli possono prevedere verifiche presso le sedi degli utilizzatori e possono includere l'esame delle misure, protocolli e procedure interne di *due-diligence* adottate⁹⁰, di registri e documentazione rilevante, delle dichiarazioni di *due-diligence* eventualmente presentate.

In caso di "carenze" e a seconda della loro gravità, possono essere adottate "misure o interventi correttivi" da parte dell'Autorità competente, "misure provvisorie immediate", ovvero "sanzioni" quando siano riscontrate violazioni agli obblighi di *due-diligence* di cui agli articoli 4 e 7 Regolamento⁹¹.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, il legislatore europeo richiede a ciascuno Stato membro di prevedere un sistema di sanzioni "efficaci, proporzionate e dissuasive [...] da applicare in caso di violazione degli articoli 4 e 7" e di adottare "tutte le misure necessarie per assicurarne l'applicazione"⁹².

⁹⁰ Sotto questo profilo si evidenzia, secondo il legislatore europeo "occorre che le autorità competenti degli Stati membri tengano conto del fatto che l'attuazione di migliori prassi riconosciute da parte di un utilizzatore riduce il rischio di non conformità dello stesso utilizzatore e giustifica una riduzione dei controlli di conformità" (Considerando n. 24 Preambolo); principio riprodotto specularmente all'art. 9 del Regolamento. E' quindi centrale nel complessivo funzionamento dell'ABS lo sviluppo di "best practices" coerenti con il dettato regolamentare.

⁹¹ Si evidenzia che, in ottemperanza al principio di cooperazione tra le Parti del Protocollo, l'art. 12 Regolamento prevede che le Autorità competenti individuate dagli Stati membri si scambino le informazioni sulle "gravi carenze eventualmente riscontrate durante i controlli" e informino la Commissione europea e cooperino con le Autorità nazionali competenti a livello internazionale per "garantire che gli utilizzatori ottemperino alle disposizioni del [...] Regolamento".

⁹² A norma dell'art. 11 del Regolamento gli Stati membri avrebbero dovuto notificare alla Commissione europea le misure e le relative procedure sanzionatorie adottate entro l'11 giugno 2015. A livello europeo il panorama delle sanzioni finora adottate dagli Stati membri nell'implementazione del Regolamento è piuttosto vario. La legge inglese vigente (*The Nagoya Protocol (Compliance) Regulations 2015 No. 821* reperibile in <http://www.legislation.gov.uk>), ad esempio, prevede l'applicazione di sanzioni civili ("stop notice", "compliance notice", sanzioni pecuniarie), riservando le sanzioni penali a ipotesi residuali (mancata osservanza delle "notice", impedimento dei controlli, violazione dell'art. 4, par. 6 Regolamento). La legge tedesca, entrata in vigore il 16 luglio 2016 (*Gesetz zur Umsetzung der Verpflichtungen nach dem Nagoya-Protokoll, zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 511/2014 und zur Änderung*

5. Conclusioni

Il Protocollo di Nagoya è stato adottato dai Paesi Parte della CBD con lo scopo di stabilire una piattaforma di regole generali e vincolanti a livello internazionale per l'accesso e la giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzo di risorse genetiche vegetali, animali e microbiologiche e/o conoscenze tradizionali ad esse associate ("*access and benefit sharing*"). L'obiettivo ambizioso di costruire una disciplina globale, generale ed astratta, applicabile ad ogni settore potenzialmente interessato e a qualsiasi attività di "ricerca e sviluppo" che preveda l'impiego di risorse genetiche e/o conoscenze tradizionali associate rende il sistema congegnato dal Protocollo particolarmente complesso.

La definizione molto ampia dei concetti di "risorsa genetica" e di "derivato", l'assenza di una definizione condivisa di "conoscenza tradizionale associata", l'estrema ampiezza della nozione di "utilizzo", rendono già di per sé complessa una prima perimetrazione del campo di applicazione del Protocollo. Tale operazione è ulteriormente aggravata dal concorso nella materia dell'ABS di altri strumenti internazionali specializzati fatti salvi dal Protocollo (ad esempio Trattato FAO sulle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura, il c.d. *Pandemic Influenza Preparedness Framework*, con riguardo ai patogeni); nel qual caso è necessario misurarsi anche con il campo d'applicazione dello strumento concorrente.

Molti altri temi cruciali restano aperti e ad oggi non risolti con chiarezza nel dibattito internazionale con riguardo ai contenuti del Protocollo, quali, ad esempio la sua applicazione temporale.

des Patentgesetzes sowie zur Änderung des Umweltauditgesetzes, reperibile in <https://www.bfn.de/23830.html>) prevede l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie (importi fino a 50.000 Euro). La legge spagnola vigente (*Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad*, emendata il 22 settembre 2015 reperibile in <https://absch.cbd.int>) prevede l'irrogazione di sanzioni pecuniarie amministrative (le cui forbici edittali variano a seconda della gravità della violazione, ma che possono arrivare fino a 2 milioni di Euro), nonché la sospensione dell'utilizzo, della commercializzazione e la confisca delle risorse genetiche ottenute illegalmente. La legge francese promulgata l'8 agosto 2016 (*Projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, reperibile in <http://www.legifrance.gouv.fr>) prevede sanzioni civili e penali (pena alla reclusione fino a un anno e un'ammenda il cui importo può variare da 150.000 Euro fino a 1 milione di Euro).

Alle difficoltà interpretative legate alla definizione dell'ambito di applicazione del Protocollo si aggiungono ulteriori elementi di complessità derivanti dalla sua concreta implementazione a livello globale. L'utilizzatore di risorse genetiche e/o conoscenze tradizionali si trova necessariamente a misurarsi con una molteplicità di fonti normative nell'individuazione dei propri obblighi: le disposizioni attuative del c.d. "*user-compliance pillar*" del Protocollo dettate dal proprio Paese di appartenenza, le misure per l'accesso del Paese fornitore, gli specifici obblighi stabiliti convenzionalmente dalle parti nei *Mutually Agreed Terms*.

Il regolamento (UE) n. 511/2014 adottato in attuazione del Protocollo di Nagoya, recentemente entrato in vigore, riflette chiaramente questa complessità: tale strumento, infatti, richiede agli utilizzatori di risorse genetiche e/o conoscenze tradizionali associate operanti nel territorio europeo, di attestare, attraverso l'osservanza e l'esecuzione di specifici obblighi di "*due diligence*", la "conformità" nelle proprie attività alle normative nazionali ABS dei Paesi fornitori.

Il sistema articolato e "multi-livello" dell'*access and benefit sharing*, richiede, quindi, alle Parti del Protocollo un elevato grado di impegno e cooperazione nel costruire ed implementare regole e procedure chiare, trasparenti, eque e non arbitrarie, per non ridurre l'ambizioso obiettivo della CBD in un ostacolo allo sviluppo e alla sostenibilità.

esperienze di amministrazione e documentazione
a cura di MASSIMILIANO MONTINI

Il Partenariato Transatlantico per il Commercio e gli Investimenti (TTIP): quali garanzie per lo sviluppo sostenibile?

MASSIMILIANO MONTINI – FRANCESCA VOLPE – SARA LEONCINI

1. Introduzione. - 2. Le aree negoziali del TTIP: accesso al mercato, cooperazione normativa e regole. - 3. Il TTIP e lo sviluppo sostenibile. - 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

A fronte del sostanziale fallimento del cosiddetto Doha Round, processo negoziale iniziato nel 2001 e volto al raggiungimento di un accordo commerciale tra tutti i Paesi membri del WTO, negli ultimi anni stiamo assistendo al proliferare di accordi commerciali di tipo bilaterale. Un importante esempio in tal senso è costituito dal Partenariato Transatlantico per il Commercio e gli Investimenti (*Transatlantic Trade and Investment Partnership* – TTIP),¹ un accordo di libero scambio in corso di negoziazione fra gli Stati Uniti e l'Unione europea.

¹ E' interessante notare che, secondo quanto riportato dalla testata on-line Il Post (*Cos'è il TTIP, spiegato bene*, 6 novembre 2014) il progetto di Partenariato Transatlantico, detto TTIP, originariamente era chiamato Transatlantic Free Trade Area - TAFTA, per richiamare l'acronimo di un altro trattato già esistente, ossia il North American Free Trade Agreement - NAFTA, che identifica l'area di libero scambio tra Stati Uniti, Canada e Messico.

Definito dal Washington Post come “*il più grande trattato commerciale nella storia del mondo*”², il TTIP è in realtà molto più di un semplice progetto di accordo commerciale, dato che il suo obiettivo è quello di connettere le due più grandi economie del mondo, così come dichiarato dalle Parti fin dal primo round negoziale, svoltosi l’8 luglio 2013 a Washington. Secondo il Consiglio dell’Unione europea, la finalità del TTIP è quella di aumentare il commercio e gli investimenti fra l’Unione europea e gli Stati Uniti e di creare posti di lavoro e crescita economica, rimuovendo le barriere commerciali fra i due partner.³ Si prevede che l’accordo farà aumentare il commercio e gli investimenti fra l’Unione europea e gli Stati Uniti sia eliminando le barriere tariffarie esistenti, che sono peraltro attualmente molto basse (nel 2012 il dazio medio applicato dagli Stati Uniti alle merci dell’Unione europea è stato dell’1,9% e quello europeo è stato del 2,3%)⁴ sia, principalmente, rimuovendo le misure non tariffarie. Tali misure consistono nelle regolamentazioni che prescrivono i requisiti che le merci importate devono soddisfare prima che possano essere vendute nel paese importatore e si possono configurare sia come restrizioni quantitative che come imposizioni che limitano o rendono più difficoltose le transazioni commerciali. E’ stato calcolato che le misure non tariffarie determinano costi aggiuntivi delle esportazioni del 41% per le merci e del 31% per i servizi.⁵ Tra le misure non tariffarie, rientrano, ad esempio, le misure sanitarie e fitosanitarie (SPS) e le disposizioni relative alla sicurezza alimentare, alla protezione delle piante, degli animali, della biodiversità o della salute umana. Da una prospettiva diversa, le misure non tariffarie possono essere viste anche come quelle regolamentazioni sociali e ambien-

² The Washington Post, *Talks over a huge U.S.-Europe trade deal start this week. Here’s what you need to know*, 8 luglio 2013.

³ European Commission, *The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) TTIP explained*, marzo 2015, consultabile alla pagina web http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/may/tradoc_152462.pdf.

⁴ G. DELLA ROCCA, A. DOSSENA, M. FERRARI, A. LANZA, S. TOMASINI, L. VINCENZI, *Stima degli impatti sull’economia italiana derivanti dall’accordo di libero scambio USA-UE*, Prometeia, giugno 2013.

⁵ G.K. BERDEN, J. FRANCOIS, M. THELLE, P. WYMENGA, S. TAMMINEN, *Non-Tariff Measures in EU-US Trade and Investment. An Economic Analysis*, ECORYS, dicembre 2009 citato in A. Giovannini e U. Marengo, *Boosting TTIP Negotiations: A Value Chain Approach*, IAI Working Papers, maggio 2015.

tali che garantiscono i cittadini nei loro diritti fondamentali alla salute e a un ambiente salubre. Come noto, in questo senso, l'approccio dell'Unione europea e degli Stati Uniti nelle materie menzionate è piuttosto differente, configurandosi quello europeo in senso più garantista nei confronti del cittadino di quanto non lo sia quello statunitense.

Secondo l'analisi condotta dal *Centre for Economic Policy Research* (CEPR) di Londra, il TTIP potrebbe portare ad una crescita dell'economia europea di 119 miliardi di euro, corrispondenti a un extra annuo di 545 euro per famiglia (di 4 componenti), dell'economia americana di 95 miliardi di euro, corrispondenti a un extra annuo di 655 euro per famiglia (di 4 componenti), e dell'economia del resto del mondo di quasi 100 miliardi di euro.⁶ In altri termini, nello scenario più ambizioso delineato dal CEPR, la crescita del prodotto interno lordo dell'Unione Europea in conseguenza del TTIP potrebbe attestarsi sullo 0.5% entro il 2027.⁷ Si tratta, però, secondo lo studio condotto dall'*Austrian Foundation for Sustainable Development* (OEFSE) e pubblicato nel marzo 2014 ad un anno di distanza da quello del CEPR, di guadagni economici limitati a confronto dei costi sociali che saranno dovuti principalmente alla revisione delle normative e degli standard ambientali, di sicurezza sanitaria e dei consumatori, e dei costi dovuti alla disoccupazione e alla ristrutturazione del mercato del lavoro.⁸

Secondo un altro autorevole studio, condotto dalla *Bertelsmann Foundation*, la liberalizzazione degli scambi tra l'Unione europea e gli Stati Uniti condurrà all'aumento del commercio tra le Parti, ma anche alla modifica delle direttrici degli scambi nel commercio con i paesi terzi.⁹ Con la pura eliminazione delle tariffe, infatti, i Paesi dell'Africa occidentale, che tradizionalmente hanno commerciato molto con l'Unione Europea, perderanno fino a circa il 7% delle esportazioni con l'Unione Europea. Tuttavia, secondo lo studio, altri Paesi in via di in-

⁶ J. FRANCOIS, *Reducing Transatlantic Barriers to Trade and Investment: An Economic Assessment. Final Project Report*, Prepared under implementing Framework Contract TRADE 10/A2/A16, CEPR, marzo 2013.

⁷ J. FRANCOIS, *Reducing Transatlantic Barriers to Trade and Investment*, cit., pp. 45-46.

⁸ W. RAZA, *ASSESS_TTIP: Assessing the Claimed Benefits of the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, marzo 2014.

⁹ Global Economic Dynamics e Bertelsmann Stiftung, *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): Who benefits from a free trade deal?*, giugno 2013.

dustrializzazione, quali Brasile, Kazakistan e Indonesia, registreranno grazie al TTIP guadagni percentuali più elevati dell'Unione europea, derivanti da effetti indiretti positivi. Se anche le barriere non tariffarie tra Unione europea e Stati Uniti saranno eliminate, in aggiunta a quelle tariffarie, il reddito pro-capite globale aumenterà in media del 3,27% e i tradizionali partner commerciali degli Stati Uniti, come ad esempio il Messico, il Canada e il Cile registreranno notevoli perdite; allo stesso modo, l'Australia, il Giappone e Israele perderanno tra il 9,5% e il 5,5%.

Per quanto riguarda il possibile impatto del TTIP sull'Italia, possiamo menzionare uno studio di Prometeia, il quale ha rilevato che particolarmente positive potrebbero essere le ricadute sul comparto dei mezzi di trasporto, della meccanica, della moda e sul settore alimentare; la filiera chimica e l'agricoltura, invece, potrebbero risentire negativamente della liberalizzazione degli scambi tra Unione europea e Stati Uniti a causa della maggiore competitività delle merci statunitensi.¹⁰

Come avviene per qualsiasi altro accordo di questo genere, ogni elemento negoziato ha sia sostenitori che detrattori. In linea generale, coloro che supportano il TTIP lo descrivono come fondamentale per incrementare il commercio e gli investimenti; ritengono che il TTIP stimolerà la crescita economica e finanziaria, farà aumentare i posti di lavoro e accrescerà la *leadership* dell'Europa nel commercio internazionale, dato che l'accordo creerebbe l'area commerciale più grande del mondo. In questo modo, gli Stati Uniti e l'Unione europea potrebbero essere in grado di fissare standard che tutti gli altri paesi del mondo si troverebbero obbligati a rispettare.

Coloro che invece si oppongono al TTIP, temono le sue possibili conseguenze, non solo sul commercio, ma anche sulla salute pubblica e sull'ambiente. Il principale timore è soprattutto che le piccole e medie imprese, che caratterizzano il tessuto economico europeo, vengano schiacciate dalle multinazionali, più potenti sia da un punto di vista economico – finanziario che da un punto di vista legale. Inoltre, i cittadini europei hanno espresso perplessità e paure riguardo all'arrivo sul mercato europeo di prodotti e servizi provenienti dal mercato americano, nel quale generalmente le regole relative alla protezione

¹⁰ G. DELLA ROCCA et al., *Stima degli impatti sull'economia italiana derivanti dall'accordo di libero scambio USA-UE*, cit., p. 6.

dell'ambiente, all'uso dei pesticidi e dei fitofarmaci e, in generale, alla protezione dei consumatori sono molto meno restrittive di quelle in vigore in Europa.

L'Unione europea afferma però di voler continuare ad assicurare la protezione della salute, della democrazia, dell'ambiente e più in generale dello sviluppo sostenibile. In tal senso, va rilevato che la versione ufficiale del mandato negoziale,¹¹ pubblicata il 9 ottobre 2014 (più di un anno dopo rispetto alla data ufficiale di inizio dei negoziati), sembrerebbe a prima vista confermare tali obiettivi. Tuttavia, vi sono diversi dubbi al riguardo. Inoltre, a seguito della recente desecretazione ad opera di Greenpeace della maggior parte del testo negoziale "consolidato",¹² sono aumentati i timori che l'Unione europea si limiti a proclamare di facciata senza dare effettivo seguito in sede negoziale alle rassicurazioni formali fornite all'opinione pubblica su queste tematiche. Il presente articolo, quindi, dopo una breve descrizione del TTIP, analizzato nei suoi tratti essenziali, si propone di fornire un approfondimento sulle possibili implicazioni che tale Trattato potrebbe avere in materia di sviluppo sostenibile, con particolare riferimento alla sua dimensione ambientale.

2. Le aree negoziali del TTIP: accesso al mercato, cooperazione normativa e regole

Il TTIP, così come riportato nel mandato negoziale, sarà suddiviso in tre macro-aree: a) accesso al mercato, b) cooperazione normativa e c) regole.

Per quanto concerne l'accesso al mercato, l'obiettivo del TTIP è quello di agevolare gli scambi fra le due sponde dell'Atlantico. Nell'ambito di questo primo capitolo, la Commissione europea intende rimuovere i dazi e le altre barriere al commercio, ma desidera anche stimolare l'economia, creare posti di lavoro e aiutare le imprese euro-

¹¹ Consiglio dell'Unione europea, *Direttive di negoziato sul Partenariato transatlantico per gli scambi e gli investimenti tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America*, ottobre 2014, consultabile alla pagina web <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/it/pdf>.

¹² Greenpeace Netherlands, *TTIP Leaks*, consultabile alla pagina web <https://www.ttip-leaks.org/>.

pee a crescere e a competere su scala mondiale. Come espressamente delineato dal mandato negoziale, “[...] *All’entrata in vigore dell’accordo saranno aboliti tutti i dazi doganali, le tasse, gli altri oneri e le restrizioni quantitative o gli obblighi di autorizzazione sulle esportazioni verso l’altra Parte che non siano giustificati dalle eccezioni previste dall’accordo. [...]*”.¹³ Infatti, i dazi doganali aumentano i costi per le imprese e, di conseguenza, rendono i beni e i servizi più costosi. Questo è considerato dalla Commissione europea un fattore limitante per le imprese europee e per i loro prodotti, che diventano più costosi di quelli americani. Anche se i dazi mediamente applicati sulle due sponde dell’Atlantico sono bassi, vi sono molte situazioni in cui tali barriere fanno la differenza, se si considerano per esempio i dazi sui beni come tabacco grezzo (350%) e noccioline (130%).¹⁴ L’obiettivo principale dell’Unione europea è quindi quello di eliminare tutte queste barriere e anche i duplici controlli amministrativi alle frontiere, considerati una inutile perdita di tempo.

Un altro elemento molto importante relativo all’area negoziale dell’accesso al mercato è la questione relativa alle “norme di origine”. Infatti, mentre la globalizzazione aumenta e le barriere tariffarie sono gradualmente rimosse, i produttori di prodotti tipici di alta qualità temono che il valore dei loro beni possa nel tempo diminuire (come ad esempio potrebbe accadere al “Made in Italy”). A tale proposito, il mandato negoziale prevede che si cerchi di riconciliare l’approccio europeo e quello americano alle norme di origine, prendendo in considerazione i bisogni e gli interessi dei produttori europei. Il Trattato dovrà, inoltre, prevedere la possibilità per le Parti di introdurre, in caso di necessità, delle misure anti-dumping, ossia misure volte a ribilanciare il prezzo di vendita dei beni provenienti dall’estero e immessi sul mercato a prezzi artificialmente inferiori rispetto a quelli praticati nel Paese di origine.¹⁵

¹³ Consiglio dell’Unione europea, *Direttive di negoziato sul Partenariato transatlantico per gli scambi e gli investimenti tra l’Unione europea e gli Stati Uniti d’America*, cit.

¹⁴ European Commission, *Trade in goods and customs duties in TTIP*, consultabile alla pagina web <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/about-ttip/contents/>.

¹⁵ Sull’applicazione delle misure antidumping da parte dell’Unione europea, vedi regolamento (CE) n. 1225/2009 del Consiglio del 30 novembre 2009, *relativo alla di-*

Per quanto riguarda, invece, l'area negoziale della cooperazione normativa, le Parti dovranno cercare di raggiungere la compatibilità attraverso il mutuo riconoscimento delle loro normative, l'armonizzazione delle stesse e la cooperazione fra le autorità. Infatti, anche se i sistemi regolatori dell'Unione europea e degli Stati Uniti sono basati praticamente sugli stessi principi, essi hanno comunque strutture e tradizioni diverse. La cooperazione normativa è forse l'aspetto che spaventa maggiormente molti cittadini europei, i quali sostengono che, nel tentativo di allineare le normative europee e quelle americane, vi è il rischio che vengano sacrificate le più importanti tutele riconosciute dal diritto europeo. Rientra in tale capitolo anche la previsione di eliminare o comunque ridurre le barriere non tariffarie, prime fra tutte le "SPS measures", ossia le misure sanitarie e fitosanitarie. Un aspetto cruciale di tale questione riguarda la possibilità della creazione di una sezione nell'accordo che riguardi la salute e la sicurezza dei cittadini. Si teme infatti, ad esempio, un'apertura incondizionata del mercato europeo agli organismi geneticamente modificati o alla carne lavata con il cloro, ricca di ormoni e trattata con la ractopamina. I produttori europei, inoltre, temono che i prodotti americani, venduti a prezzi inferiori, possano distruggere il loro mercato ed obbligarli ad una corsa al ribasso dei prezzi e degli standard di qualità.

Inoltre, sempre nell'ambito dell'area della cooperazione normativa, il TTIP dovrebbe divenire il principale strumento per permettere a Stati Uniti ed Unione europea di regolamentare, ad esempio, la protezione degli investimenti. In tale contesto, peraltro, è in corso un acceso dibattito circa la scelta del sistema di risoluzione delle controversie che potranno sorgere tra gli investitori e gli Stati. Il sistema comunemente utilizzato negli accordi internazionali sugli investimenti è rappresentato dal cosiddetto *Investor-State Dispute Settlement*, noto come "ISDS system", uno strumento di cui gli Stati Uniti sono grandi sostenitori, ma che è visto dai più come un meccanismo che rischia di dare più potere alle multinazionali che agli Stati stessi. Il mandato negoziale lo descrive come un mezzo per promuovere gli investimenti stranieri su entrambe le sponde dell'Atlantico, uno strumento per proteggere gli investitori da ingiuste espropriazioni o da trattamenti discriminatori nel paese

fesa contro le importazioni oggetto di dumping da parte di paesi non membri della Comunità europea.

ospitante. In altre parole, in base a tale meccanismo un investitore potrà chiedere ad una corte arbitrale indipendente di giudicare se un governo lo abbia trattato in modo non equo ed arbitrario e, qualora il tribunale arbitrale si pronunci in senso affermativo, lo Stato dovrà risarcire il danno subito dall'investitore. Secondo molti, questo meccanismo di arbitrato internazionale si sottrae ai principi ed alle regole di un normale sistema giurisdizionale; progettato originariamente per proteggere gli investitori occidentali nei Paesi in cui si riteneva che il sistema giurisdizionale non fosse particolarmente equo ed efficace, esso si è rivelato spesso come uno strumento utilizzabile per bypassare il sistema giudiziario nazionale, che ha consentito in molti casi alle imprese di ottenere ingenti risarcimenti da parte degli Stati, rei di avere adottato normative nazionali per la protezione della salute e dell'ambiente, che hanno frustrato le legittime aspettative economiche delle imprese in questione. La clausola ISDS è peraltro oggetto di dibattito e di qualche opposizione anche da parte della stessa Unione europea, che in alternativa ha proposto un *Investment Court System*, un diverso sistema di risoluzione delle controversie che rende l'organo giudicante più simile ad un vero e proprio tribunale permanente, modificando ad esempio i criteri di nomina dei giudici, ma mantiene sostanzialmente invariata la possibilità degli investitori stranieri di citare in giudizio gli Stati per ottenere un risarcimento, nel caso che i loro interessi siano stati danneggiati.¹⁶

Infine, considerando che uno degli obiettivi principali del TTIP è quello di stabilire regole che rendano più semplici ed equi gli investimenti, le esportazioni e le importazioni, la terza e ultima area negoziale del Trattato ha ad oggetto altri aspetti di essenziale importanza per i governi, le imprese e i cittadini, quali, tra gli altri, lo sviluppo sostenibile (focalizzandosi sull'ambiente e sulla protezione dei diritti dei lavoratori), le piccole e medie imprese (con l'obiettivo di aiutarle a beneficiare in modo completo del Trattato), i diritti di proprietà intellettuale e le indicazioni geografiche.

¹⁶ Sull'*Investment Court System* vedi la proposta dell'Unione Europea, European Commission, *Transatlantic Trade and Investment Partnership, Trade in Services, Investment and E-Commerce*, consultabile alla pagina web http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

3. Il TTIP e lo sviluppo sostenibile

Nel novembre 2015 l'Unione europea ha pubblicato una *Textual Proposal* sul commercio e lo sviluppo sostenibile per l'inserimento nel TTIP di un capitolo dedicato allo sviluppo sostenibile.¹⁷ Il testo di tale proposta si compone di quattro sezioni: una contenente i principi generali, una dedicata agli aspetti riguardanti il lavoro, una a quelli riguardanti l'ambiente e una contenente disposizioni orizzontali. Come detto sopra, la presente analisi si concentrerà in particolare sugli aspetti relativi alla protezione ambientale della proposta europea sullo sviluppo sostenibile.

La *Textual Proposal* si apre affermando l'intenzione delle parti di perseguire lo sviluppo sostenibile, le cui tre dimensioni, economica, sociale e ambientale, vengono riconosciute come interdipendenti e rafforzantesi a vicenda; le Parti si impegnano inoltre a promuovere lo sviluppo del commercio internazionale e degli investimenti in modo tale da contribuire all'obiettivo sovraordinato dello sviluppo sostenibile (art. 1). Particolarmente interessante ai fini della presente analisi appare l'art. 3, rubricato "*rights to regulate and levels of protection*". Vi si legge infatti che le Parti riconoscono il diritto di ogni Parte di determinare le proprie politiche e priorità in materia di sviluppo sostenibile, così come di fissare e regolamentare i livelli di protezione dell'ambiente, potendo adottare e modificare le proprie disposizioni normative. Tale diritto di regolamentazione non dovrebbe essere esercitato in contrasto con le Convenzioni Ambientali Multilaterali (*Multilateral Environmental Agreements* - MEAs). All'ultimo comma dell'art. 10 della proposta si legge però che le Parti riconoscono che niente dovrebbe impedire loro di adottare misure per la corretta implementazione degli accordi ambientali multilaterali dei quali sono Parti, purché tali misure non siano applicate in modo da costituire una arbitraria o ingiustificata discriminazione tra le Parti o una dissimulata restrizione al commercio. Quest'ultima clausola generale, peraltro comune negli accordi commerciali internazionali, prevede tuttavia delle maglie piuttosto ampie, che potrebbero portare ad un potenziale indebolimento delle garanzie ambientali, lasciando aperta la strada a scenari di tutela molto diversi tra loro a seconda dell'interpretazione che ne verrà di vol-

¹⁷ EU *Textual Proposal. Trade And Sustainable Development*, novembre 2015.

ta in volta data in sede arbitrale. Tale questione va infatti considerata alla luce della prevedibile inclusione nel TTIP del meccanismo ISDS per la tutela degli investimenti che, come detto sopra, permette all'investitore straniero di ricorrere all'arbitrato internazionale qualora lo Stato ospite abbia adottato una misura nazionale, ad esempio in materia di tutela dell'ambiente, che possa pregiudicare l'investimento stesso. La previsione della clausola ISDS, infatti, pur con i correttivi proposti dall'Unione europea menzionati sopra, se unita alla scarsa incisività della terminologia usata e all'assenza di disposizioni vincolanti a difesa dell'ambiente all'interno del Trattato, rischia di limitare fortemente la possibilità per gli Stati di approntare ed attuare normative ambientali, e più in generale di promozione dello sviluppo sostenibile, adeguate e sufficientemente protettive. Neppure la restante parte della "sezione ambientale" della *Textual Proposal*, dedicata ai temi della diversità biologica, del commercio della fauna e flora selvatica, della gestione sostenibile delle foreste, della pesca, dei rifiuti, delle sostanze chimiche e del relativo commercio, sembra infatti contenere disposizioni sufficientemente stringenti. A questo proposito, va infine rilevato che gli Stati Uniti hanno fatto seguire alla *Textual Proposal* dell'Unione europea, nel febbraio 2016, una loro contro-proposta in merito ai temi del lavoro e dell'ambiente,¹⁸ che tuttavia non è stata resa disponibile all'opinione pubblica. Pertanto, come affermato dalla Commissione europea, il lavoro di consolidamento del testo sulla base delle due proposte sopramenzionate dovrebbe iniziare a breve.¹⁹

Più in generale, può dirsi a nostro avviso che dall'analisi della *Textual proposal* della Commissione europea emerge il dubbio che dietro a espressioni quali "commitment to" o "shall" si celi in realtà la mancanza di adeguate norme vincolanti a garanzia dello sviluppo sostenibile, nonostante questo venga considerato dal Trattato di Lisbona come principio fondamentale dell'azione europea, sia a livello interno, che nelle

¹⁸ U.S. Press Statement at the Close of the Transatlantic Trade and Investment Partnership Negotiating Round in Brussels, 26 febbraio 2016, consultabile alla pagina web <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/speechestranscripts/2016/February/US-Press-Statement-TTIP-Round-Brussels>.

¹⁹ European Commission, *The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) – State of Play*, aprile 2016, consultabile alla pagina web http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/april/tradoc_154477.pdf.

relazioni con il resto del mondo (artt. 2, 10 A). Tale mancanza di disposizioni vincolanti, peraltro, si pone anche in contrasto con la cosiddetta Risoluzione Lange di giugno 2015,²⁰ ossia la richiesta del Parlamento Europeo di assicurare che il capitolo del TTIP dedicato allo sviluppo sostenibile fosse vincolante e avesse come obiettivo la piena ed effettiva ratifica sia delle otto Convenzioni dell'*International Labour Organization* (ILO) che delle Convenzioni Ambientali Multilaterali.²¹ Nella *Textual Proposal* non risulta tuttavia esservi alcun tipo di condizionalità né sulla ratifica delle Convenzioni dell'ILO, né su quelle ambientali ma soltanto raccomandazioni per le Parti di agire nel rispetto generale dei loro principi. A tal proposito, è preoccupante rilevare che dei sette MEAs elencati dalla Commissione europea come di particolare importanza nelle negoziazioni commerciali internazionali con particolare riferimento al TTIP,²² gli Stati Uniti non ne abbiano ratificati oltre la metà.²³ Assente è anche qualsiasi riferimento alla regola delle "eccezioni generali" prevista ad esempio dal Trattato GATT, in base alla quale le Parti possono regolare il commercio "per proteggere la vita o

²⁰ European Parliament, *Report containing the European Parliament's recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)* (2014/2228(INI)).

²¹ Si noti comunque che nella Risoluzione Lange viene evidenziato che gli sforzi europei per la lotta al cambiamento climatico, la protezione dell'ambiente e della sicurezza dei consumatori hanno comportato ingenti costi di regolamentazione per le imprese dell'Unione europea che, qualora non presi in considerazione dal TTIP, potrebbero accelerare il processo di delocalizzazione ("*whereas EU's attempts to deal with the challenges of climate change, environmental protection and consumer safety have resulted in high regulatory costs for EU enterprises, coupled with high energy feedstock and electricity prices, which - if left unaddressed in TTIP - may accelerate the process of delocalization, deindustrialization and job losses thereby threatening EU reindustrialization and employment targets, that will also defeat the very policy targets that EU regulations seek to achieve*").

²² European Commission, *Trade and Sustainable Development. Initial EU position paper*, consultabile alla pagina web http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/july/tradoc_151626.pdf.

²³ Si tratta in particolare della Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti oltre frontiera di rifiuti pericolosi e sulla loro eliminazione, della Convenzione sulla diversità biologica e i suoi protocolli, della Convenzione di Stoccolma sugli inquinanti organici persistenti e della Convenzione di Rotterdam sulla procedura di consenso informato preventivo per certi prodotti chimici e pesticidi pericolosi nel commercio internazionale.

la salute umana, animale o delle piante” o per “la conservazione delle risorse naturali esauribili”.²⁴ Infine, l’assenza di qualsivoglia meccanismo di *enforcement*, insieme al mancato richiamo del principio di precauzione, non fanno che alimentare i timori circa i possibili rischi connessi alla conclusione del TTIP. In tal senso, particolare preoccupazione desta la divergenza tra Unione europea e Stati Uniti in riferimento all’approccio precauzionale. Il principio di precauzione, con la relativa inversione dell’onere della prova, caposaldo della politica e normativa europea in materia di ambiente e sicurezza, è infatti totalmente assente nell’ordinamento statunitense.

La scarsa determinazione dell’Unione europea in questo ambito risulta ancora più sorprendente considerando il fatto che perfino gli Stati Uniti, pur avendo in linea generale livelli di tutela più bassi di quelli europei, nei loro rapporti commerciali con i Paesi terzi, in tempi recenti hanno cominciato ad inserire all’interno di alcuni trattati bilaterali di libero scambio specifiche clausole sociali ed ambientali vincolanti, prevedendo altresì la possibilità del ricorso a Panel arbitrari che possono anche in ultima istanza chiedere la sospensione delle preferenze commerciali.²⁵

4. Conclusioni

Le negoziazioni del TTIP sono tuttora in pieno svolgimento. Nell’ambito delle tre aree negoziali descritte sopra (accesso al mercato, cooperazione normativa, regole), sono ancora molti i punti sui quali l’Unione europea e gli Stati Uniti non sono riusciti per il momento a raggiungere un accordo.

Creare un legame più stretto con una potenza economica come gli Stati Uniti sarebbe certamente utile per l’Unione europea, ma le profonde differenze tra i sistemi di regolazione delle due parti rendono oggettivamente difficile trovare un soddisfacente equilibrio tra i diversi interessi in gioco.

²⁴ Si vedano artt. XX(b) e XX(g) del GATT.

²⁵ FAIRWATCH, *Perché il marketing della Commissione europea su TTIP e sviluppo sostenibile è a spese dell’ambiente e del clima*, novembre 2015.

In particolare, per quanto riguarda il tema specifico di maggiore interesse per la presente analisi, va rilevato come il perseguimento dello sviluppo sostenibile costituisca un obiettivo espressamente sancito nei Trattati europei (Trattato sull'Unione europea (artt. 3 e 21) e Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (art. 11)), nonché nella Strategia europea per lo Sviluppo Sostenibile.²⁶ In base al combinato disposto delle disposizioni sopra citate, si può affermare che l'Unione europea abbia un vero e proprio obbligo di promuovere ed implementare politiche e misure volte a perseguire lo sviluppo sostenibile, sia all'interno che all'esterno del territorio europeo. Di conseguenza, ci sembra di poter ragionevolmente affermare che non possa considerarsi sufficiente per l'Unione europea limitarsi ad esprimere un generico impegno a promuovere lo sviluppo sostenibile, come sembra emergere dalla *Textual Proposal* della Commissione europea analizzata sopra, se poi a ciò non farà seguito l'inserimento all'interno della bozza negoziale di precise e chiare regole vincolanti volte a realizzare in modo effettivo tale obiettivo.

²⁶ Strategia europea per lo Sviluppo Sostenibile (2001, revisione 2005). Si veda Comunicazione della Commissione europea del 15 maggio 2001, Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile [COM(2001) 264 def. - Non pubblicata nella Gazzetta Ufficiale]; Comunicazione della Commissione del 13 dicembre 2005 sul riesame della strategia per lo sviluppo sostenibile - Una piattaforma d'azione [COM(2005) 658 def. - Non pubblicata nella Gazzetta Ufficiale].

osservatorio europeo
a cura di MARCO ONIDA e FAUSTO CAPELLI

Il Gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT) e la sua funzionalità come strumento di cooperazione transfrontaliera in materia ambientale

EMMA MITROTTA

1. Introduzione. – 2. La disciplina europea relativa ai Gruppi europei di cooperazione territoriale. – 3. La funzionalità dei GECT nella gestione di risorse naturali transfrontaliere. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La cooperazione transfrontaliera ha acquisito un'importanza crescente come strumento di sviluppo regionale, migliorando la sinergia tra territori simili all'interno di uno spazio comunitario sempre più esteso. Le successive fasi di allargamento hanno ampliato il raggio d'azione dell'Unione europea (UE) su territori diversi fra loro dal punto di vista sociale, economico e naturalistico, ma hanno anche determinato maggiori difficoltà dal punto di vista integrativo.

Il regolamento (CE) n. 1082/2006¹ ha introdotto uno strumento giuridico comunitario volto a sistematizzare la cooperazione transfrontaliera di enti locali e regionali: il Gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT). Esso rappresenta l'apice - ad oggi - del lungo percorso evolutivo della cooperazione transfrontaliera in seno all'UE. Il

¹ Regolamento (CE) n. 1082/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 relativo a un gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT) (G.U. L 210 del 31 luglio 2006, p. 19), da ora in poi regolamento GECT.

GECT istituzionalizza e legittima la partecipazione delle autorità subnazionali alla sfera pubblica europea, regola forme di associazionismo spontaneo - a volte supportato da ragioni storiche e culturali più che economiche² - e riflette il carattere funzionale della cooperazione transfrontaliera, limitata a settori di rilevanza strategica o volta a realizzare obiettivi più ampi in linea con le specificità territoriali e con la volontà dei suoi membri.

Il presente contributo mira a enfatizzare le potenzialità del GECT in relazione alla tutela e gestione di risorse naturali condivise tra più Stati membri. La prima sezione introduce la normativa europea sul GECT e le recenti modifiche apportate dal regolamento (UE) n. 1302/2013³. Nella seconda sezione si intende valutare l'operatività del GECT come strumento di tutela e gestione congiunta di risorse naturali transfrontaliere e si fa riferimento a casi concreti.

2. La disciplina europea relativa ai Gruppi europei di cooperazione territoriale

Sin dagli anni Settanta, la Comunità europea ha promosso strumenti di sostegno alla cooperazione transfrontaliera al fine di supportare le regioni economicamente più svantaggiate⁴. Nel 1975 è stato creato il Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR)⁵ e dal 1990 in poi sono

² Ad esempio, si veda il caso della cooperazione transfrontaliera fra Tirolo, Alto Adige e Trentino, cfr. F. PALERMO, *The EGTC as a New Instrument of Cross-border Cooperation: The European Region Tyrol – South Tyrol – Trentino*, in A. ENGL and C. ZWILLING (eds.), *Functional and More? New Potential for the European Grouping for Territorial Cooperation – EGTC*, Bolzano: Eurac Research, 2014, pp. 135 – 146.

³ Regolamento (UE) n. 1302/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 che modifica il regolamento (CE) n. 1082/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT) per quanto concerne il chiarimento, la semplificazione e il miglioramento delle norme in tema di costituzione e funzionamento di tali gruppi (G.U. L 347 del 20 dicembre 2013, p. 303).

⁴ Per approfondimenti sull'evoluzione delle iniziative comunitarie volte alla promozione della cooperazione transfrontaliera si veda A. ENGL e J. WOELK, *Gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT): nascita e sviluppo del nuovo strumento del diritto dell'Unione Europea*, in *Informator*, 2012, 3, pp. 11 ss.

⁵ Regolamento (CEE) n. 724/75 del Consiglio del 18 marzo 1975 sulla costituzione di un Fondo Europeo di sviluppo regionale (G.U. L. 73 del 21 marzo 1975, p. 1).

state lanciate le iniziative INTERREG⁶. Tuttavia, l'assegnazione di tali fondi e la loro gestione non sempre assicurava lo sviluppo di strutture amministrative o istituzionali congiunte, anzi, la Corte europea dei conti ha più volte lamentato la mancanza di un'effettiva cooperazione transfrontaliera nei progetti INTERREG⁷. Più istituzioni europee - Parlamento, Comitato delle Regioni (CdR) e Commissione - hanno spinto per la definizione di un quadro giuridico comunitario che regolasse la cooperazione transfrontaliera per ragioni diverse: alleviare gli svantaggi delle regioni di confine⁸, riconoscere un ruolo più attivo agli Enti locali e regionali⁹, riformare la *governance* europea e favorire una gestione multilivello delle politiche comunitarie¹⁰.

Parallelamente anche il Consiglio d'Europa aveva recepito la necessità di regolamentare il fenomeno della cooperazione tra "collettività o autorità territoriali" con l'adozione della Convenzione-quadro di Madrid¹¹ del 1980 e i tre successivi protocolli¹². Pertanto, sono molteplici

⁶ Queste iniziative si inseriscono nella politica di coesione comunitaria e mirano a promuovere lo sviluppo equilibrato dell'Unione dal punto di vista sociale, economico e territoriale attraverso programmi di cooperazione transfrontaliera, transnazionale e interregionale. Esse hanno una programmazione pluriennale, sono finanziate dal Fondo europeo per lo sviluppo regionale e l'assegnazione dei fondi si basa sulle linee guida della Commissione pubblicate nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione in relazione al periodo di riferimento.

⁷ Cfr. A. ENGL e J. WOELK, *supra* nota 4.

⁸ Il Parlamento europeo ha promosso la creazione di una struttura istituzionale di supporto alla cooperazione transfrontaliera già nel 1976 con la proposta di regolamento sugli "euroconsorzi", si veda Progetto di proposta del regolamento (CEE) del Consiglio sulla istituzione di consorzi regionali transfrontalieri (Euroconsorzi) (G.U. C 293 del 13 dicembre 1976, p. 40).

⁹ Il Comitato delle Regioni ha appoggiato la proposta della Comunità di lavoro delle regioni europee di confine di creare "zone di cooperazione europea" come strumento di supporto alla politica di coesione. Cfr. Parere del Comitato delle regioni in merito alla "Strategia per la promozione della cooperazione transfrontaliera e interregionale in un'Europa ampliata - documento di riferimento e di orientamento per l'avvenire" (G.U. C 192 del 12 agosto 2002, p. 37).

¹⁰ Libro bianco della Commissione della Comunità Europea del 25 luglio 2001, *Governance europea* (G.U. C 287 del 12 ottobre 2001)

¹¹ Convenzione-quadro europea sulla cooperazione transfrontaliera delle collettività e autorità territoriali (Madrid, 21 maggio 1980).

¹² Protocollo addizionale alla Convenzione-quadro europea sulla cooperazione transfrontaliera delle collettività e autorità territoriali (Strasburgo, 9 novembre 1995). Protocollo n. 2 alla Convenzione-quadro europea sulla cooperazione transfrontaliera

le dinamiche che hanno portato al regolamento GECT, non ultimo il suo inquadramento giuridico nel titolo dedicato alla coesione economica, sociale e territoriale (articolo 159, comma 3 del Trattato CE – oggi art. 175 TUE) e il collegamento funzionale e temporale alla riforma dei fondi strutturali per il periodo 2007-2013.

Il GECT è uno strumento creato appositamente per facilitare e promuovere la cooperazione territoriale tra autorità regionali e locali¹³, primariamente sul territorio comunitario¹⁴. Esso ha carattere facoltativo¹⁵ e non mira a sostituire altre strutture cooperative esistenti (come quelle disciplinate dal Consiglio d'europa¹⁶) né a regolamentare unitariamente tale fenomeno in seno all'Unione¹⁷. Il GECT ha personalità giuridica¹⁸, che si perfeziona al momento della registrazione o pubblicazione della sua convenzione e statuti¹⁹, e gode della più ampia capacità giuridica in ogni Stato membro tanto da poter acquistare o alienare beni immobili e mobili, assumere personale e stare in giudizio²⁰. È uno strumento flessibile sotto vari punti di vista: composizione, compiti, struttura istituzionale e diritto applicabile. L'adesione è aperta alle categorie elencate nell'articolo 3, comma 1 (come modificato dal regolamento (UE) n. 1302/2013). I compiti affidatigli sono determinati dai suoi membri, possono avere portata puntuale o essere più generali -

delle collettività e autorità territoriali relativo alla cooperazione interterritoriale (Strasburgo, 5 maggio 1998). Protocollo n. 3 alla Convenzione-quadro europea sulla cooperazione transfrontaliera delle collettività e autorità territoriali concernente i Raggruppamenti euroregionali di cooperazione (REC) (Utrecht, 16 novembre 2009).

¹³ Articolo 1, comma 2 del regolamento GECT come modificato dal regolamento (UE) n. 1302/2013.

¹⁴ Il regolamento (UE) n. 1302/2013 ha introdotto l'articolo 3 bis relativo all'adesione di membri di Paesi terzi o di Paesi o territori d'oltremare.

¹⁵ Considerando 8 del regolamento GECT; si veda anche l'articolo 4, comma 1 del regolamento GECT.

¹⁶ Per un confronto tra il GECT e le Euroregioni istituite dal Consiglio d'europa, v. E. J. MARTÍNEZ PÉREZ, *Las agrupaciones europeas de cooperación territorial (Unión Europea) frente a las agrupaciones euroregionales de cooperación (Consejo de Europa): ¿Competencia o complementariedad?*, in *Revista de Estudios Europeos*, 2010, 56, pp. 109 ss.

¹⁷ Considerando 5 del regolamento GECT.

¹⁸ Articolo 1, comma 3 del regolamento GECT.

¹⁹ Articolo 5, comma 1 del regolamento GECT come modificato dal regolamento (UE) n. 1302/2013.

²⁰ Articolo 1, comma 4 del regolamento GECT.

purché connessi al perseguimento della coesione economica, sociale e territoriale - e non sono necessariamente vincolati al sostegno finanziario dell'Unione²¹. Il regolamento prescrive la presenza di un'assemblea (costituita dai rappresentanti di tutti i membri) e un direttore (che lo rappresenta e agisce per conto del GECT), ma lascia ampia discrezionalità sull'organizzazione della sua struttura²². I membri hanno anche la facoltà di scegliere la sede del GECT²³, determinando così parte del diritto applicabile allo stesso. Palermo lo definisce uno "strumento giuridico integrato"²⁴ perché risultante dall'interazione tra diritto comunitario, nazionale e subnazionale²⁵. La scelta di adottare un regolamento si inserisce pienamente in quest'ottica di flessibilità: si definisce uno strumento generale per il rafforzamento della cooperazione territoriale delineandone gli aspetti fondamentali e determinando un quadro giuridico applicabile unitariamente in tutti gli Stati membri UE, ma si lascia margine di scelta ai membri di ogni GECT per la definizione della sua struttura e operatività nel caso concreto²⁶.

Il GECT è stato pensato come uno strumento dinamico, capace di adattarsi al mutare delle esigenze cooperative e degli obiettivi comunitari; a tal fine, l'articolo 17 del regolamento 1082/2006 ha introdotto una clausola di revisione in vista della riforma della politica di coesione per il periodo 2014-2020. Gli emendamenti apportati sono il risultato della fase di rodaggio dei primi GECT, della relazione della Commissione sull'applicazione del regolamento negli Stati membri e dell'importante contributo del CdR²⁷. Sono state perfezionate le dispo-

²¹ Articolo 7 del regolamento GECT come modificato dal regolamento (UE) n. 1302/2013.

²² Articolo 10 del regolamento GECT.

²³ Articolo 1, comma 5 del regolamento GECT come modificato dal regolamento (UE) n. 1302/2013.

²⁴ F. PALERMO, *Conclusioni: cooperazione transfrontaliera e sviluppo dello spazio giuridico integrato in Europa*, in *Informator*, 2012, 3, p. 76.

²⁵ Articolo 2 del regolamento GECT come modificato dal regolamento (UE) n. 1302/2013.

²⁶ Sul punto cfr. A. ENGL, *Functional and More? – A Conclusion*, in A. ENGL and C. ZWILLING (eds.), *Functional and More? New Potential for the European Grouping for Territorial Cooperation – EGTC*, Bolzano: Eurac Research, 2014, pp. 147-158.

²⁷ Per approfondimenti sul ruolo del Comitato delle Regioni si veda C. GSODAM e A. ALCOLEA MARTINEZ, *New EU Rules for the EGTC: How the Committee of the Regions Shapes Territorial Cooperation in Europe*, in A. ENGL and C. ZWILLING

sizioni relative alla natura del GECT e al diritto applicabile; si sono ampliate le categorie di membri, includendo enti di diritto privato che gestiscono servizi di interesse economico generale, e si è aperta l'adesione a membri di Paesi terzi e Paesi o Territori d'oltremare; si è semplificato il processo di costituzione, chiarendo alcuni aspetti sul controllo *ex ante* esercitato dagli Stati membri UE; si è intervenuti sul contenuto di convenzione e statuti, sul diritto applicabile al personale e sulla responsabilità (eventualmente limitata) dei GECT²⁸. Tali modifiche non vanno a incidere sui GECT esistenti o in fase di costituzione all'adozione del regolamento (UE) n. 1302/2013²⁹.

L'operatività del GECT di fatto supera alcuni vincoli contenuti nel regolamento: i compiti che può perseguire sono limitati in senso lato perché collegati all'obiettivo di coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione che è molto ampio³⁰. Gli stessi dovrebbero rientrare nelle competenze di ciascun membro secondo quanto previsto dalla legislazione nazionale, tuttavia con l'istituzione del GECT si crea un sistema di competenze integrate che supera quelle tradizionalmente esercitabili dai suoi membri; è come se attraverso il GECT si espandessero le competenze delle autorità sub-nazionali eludendo i limiti costituzionali degli Stati parte³¹.

La flessibilità di questa forma giuridica non si limita alla sua composizione e struttura istituzionale, ma si estrinseca anche nell'utilizzarla per finalità diverse fra loro e per il raggiungimento di obiettivi inizialmente impreveduti, come la protezione di minoranze etniche e linguistiche localizzate in zone di frontiera³². Allo stesso modo, i GECT posso-

(eds.), *Functional and More? New Potential for the European Grouping for Territorial Cooperation – EGTC*, Bolzano: Eurac Research, 2014, pp. 39-80.

²⁸ Per una più approfondita analisi delle modifiche apportate dal regolamento (UE) n. 1302/2013 cfr. A. ALCOLEA MARTINEZ, *Towards a New Generation of European Groupings of Territorial Cooperation*, in *European Structural and Investment Funds Journal*, 2014, 2, pp. 89 ss.

²⁹ Articolo 2 del regolamento (UE) n. 1302/2013.

³⁰ W. OBWEXER, *Il GECT come nuovo strumento di cooperazione territoriale del diritto dell'Unione Europea*, in *Informator*, 2012, 3, pp. 35 ss.

³¹ F. PALERMO, *supra* nota 24.

³² Palermo sottolinea la presenza di più di 30 GECT in zone etnicamente sensibili, si veda F. PALERMO, *supra* nota 2, p. 144. Sul GECT come spazio per le minoranze si veda A. ENGL e J. MITTERHOFER, *Bridging National and Ethnic Borders: The Europe-*

no migliorare la gestione congiunta di risorse naturali transfrontaliere favorendo così la loro conservazione e contribuendo a rendere più effettiva la partecipazione ambientale di attori locali come evidenziato nella sezione seguente.

3. *La funzionalità dei GECT nella gestione di risorse naturali transfrontaliere*

I confini nazionali non rispettano le caratteristiche naturali di un territorio, ma anzi lo frammentano assoggettandolo a regimi normativi e autorità competenti diverse, a interessi di sviluppo e piani di gestione potenzialmente divergenti. L'UE ha perseguito l'armonizzazione legislativa tra gli Stati membri anche nel settore della protezione dell'ambiente; le direttive *Habitat* e *Uccelli*, ad esempio, delineano un quadro normativo preciso per l'effettiva conservazione della biodiversità sul territorio dell'Unione e mirano ad integrare i siti rilevanti per la conservazione di habitat e specie migratorie in una rete ecologica regionale (Natura 2000). Tuttavia, la conservazione e gestione congiunta di risorse naturali transfrontaliere è un obiettivo che va contestualizzato e necessita del coordinamento di tutti gli attori rilevanti, primariamente quelli che hanno un collegamento diretto con dette risorse, quali autorità sub-nazionali e comunità locali.

I caratteri geografici di un territorio modellano e condizionano lo stile di vita delle popolazioni che lo abitano, come accade nelle zone montane o quelle insulari. Alcune di esse sono anche zone di frontiera tra Paesi vicini e le popolazioni ivi locate - benché divise da confini nazionali - si somigliano, a volte condividono anche radici culturali e linguistiche, e hanno esigenze simili.

Il GECT è uno strumento cooperativo che risponde alle peculiarità del territorio su cui insiste e ben si adatta alla conservazione e gestione congiunta di risorse naturali transfrontaliere. I suoi obiettivi e la sua organizzazione possono essere modellati ai caratteri naturali del territorio che governa e rispondere a esigenze ecosistemiche precise. La presenza di una struttura operativa comune garantisce il perseguimento di

an Grouping of Territorial Cooperation as a Space for Minorities, in *European Yearbook for Minority Issues*, 2015, 12, pp. 5 ss.

obiettivi condivisi, la coerenza fra piani di sviluppo territoriale e piani d'azione, la gestione congiunta dei fondi: lo spazio transfrontaliero diventa la nuova unità di misura di riferimento.

Alcuni dei GECT attualmente in funzione istituzionalizzano la cooperazione tra autorità sub-nazionali in vari settori, anche in quello ambientale. È il caso dell'Euregio Tirolo – Alto Adige – Trentino, per esempio, che fa espresso riferimento all'economia e ambiente di montagna quali ambiti di cooperazione in cui promuovere progetti specifici³³. Il DUERO-DOURO e lo ZASNET, entrambi costituiti tra Spagna e Portogallo, hanno già conseguito risultati positivi nella cooperazione ambientale transfrontaliera. Nel primo caso, il progetto “Frontera-Naturel” si pone l'obiettivo di recuperare, conservare e rivalorizzare il patrimonio naturale transfrontaliero superando il modello di gestione ambientale unilaterale con azioni coordinate³⁴. Anche il progetto “Self-Prevention” risponde a obiettivi di gestione sostenibile del territorio e partecipazione ambientale: da un lato, mira a ripulire le montagne e i terreni inattivi attraverso la pastorizia come metodo sostenibile di prevenzione degli incendi boschivi, dall'altro, promuove il coinvolgimento delle popolazioni locali e sostiene la pastorizia come attività economicamente redditizia al fine di contrastare lo spopolamento delle aree rurali³⁵. Nel secondo caso, si è richiesta e ottenuta, da parte dell'UNESCO, la creazione della più grande biosfera transfrontaliera europea, la “Meseta Ibérica”, che include zone già integrate nella rete Natura 2000; ZASNET diventa così l'ente di gestione comune di questo spazio naturale transfrontaliero³⁶.

Ci sono anche casi di Gruppi creati appositamente per strutturare la cooperazione transfrontaliera su aree naturali condivise, come il Parco

³³ Cfr. articolo 5, comma 2, lettera b (viii) e articolo 7, comma 1, lettera h di Convenzione e Statuto, disponibili online in www.europaregion.info/downloads/Euregio-EVTZ-Statut-GECT-statut-CastelThun-20110614.pdf, ultimo accesso 2 ottobre 2016. Vale la pena ricordare che la protezione dell'arco alpino e la cooperazione su tale territorio è potenziata dalla Convenzione delle Alpi.

³⁴ Si veda la pagina del progetto in www.fronteiranatural.eu/index.php?pagina=main&lang=es, ultimo accesso 2 ottobre 2016.

³⁵ Si veda la pagina del progetto in www.self-prevention.com/index.php?pagina=main&lang=es&cod=, ultimo accesso 2 ottobre 2016.

³⁶ Per maggiori informazioni si veda www.biosfera-mesetaiberica.com/es, ultimo accesso 2 ottobre 2016.

Europeo Alpi Marittime – Mercantour e il Parco Marino Internazionale delle Bocche di Bonifacio (PMIBB). La collaborazione tra i Parchi delle Alpi Marittime (Italia) e del Mercantour (Francia) inizia con un gemellaggio nel 1987, prosegue con la realizzazione di progetti comuni e la sperimentazione di forme integrate di gestione e, nel 2013, culmina nella creazione di una struttura operativa comune, il GECT appunto, diventando il primo parco naturale europeo. Il Gruppo è responsabile dell'implementazione del Piano Integrato Transfrontaliero Alpi Marittime – Mercantour che è il risultato di decisioni condivise fra i due Parchi e gli altri attori del territorio ed è finanziato con fondi strutturali³⁷. Altro progetto comune è la candidatura del Parco naturale europeo all'iscrizione nella lista dei siti patrimonio mondiale dell'UNESCO; il Gruppo diventerebbe l'istituzione garante della conservazione e gestione del sito iscritto realizzando le azioni necessarie a tal fine, inclusa la stesura dei rapporti periodici sul suo stato. Anche il GECT-PMIBB è stato pensato come strumento operativo extranazionale per gestire il tratto di mare tra Corsica e Sardegna. I suoi membri fondatori sono il Parco Nazionale dell'Arcipelago di La Maddalena e l'Ufficio per l'ambiente della Corsica (ente gestore della Riserva Naturale delle Bocche di Bonifacio). Il Parco Marino Internazionale Bocche di Bonifacio ospita un'eccezionale varietà di flora e fauna marina, ormai rara nel Mediterraneo, è parte del Santuario dei Cetacei del Mar Ligure e include la Riserva Naturale delle Tre Padule di Sartuone che è stata inserita nella lista delle zone umide di importanza internazionale ai sensi della Convenzione di Ramsar³⁸. Il Gruppo persegue l'obiettivo di assicurare la protezione, gestione e valorizzazione delle risorse naturali e culturali presenti in quest'area attraverso un piano di gestione congiunta che, tra le altre cose, risponda a problemi comuni (i flussi turistici eccessivi, il traffico marino, la pesca ecc.), appronti misure per il monitoraggio tecnico-scientifico dell'area, faciliti la raccolta e lo scambio di dati, presenti richiesta per ottenere il riconoscimento UNESCO di patrimonio dell'umanità per tutto lo spazio cooperativo transfrontaliero.

³⁷ All'interno del Programma di cooperazione transfrontaliero Alcotra 2007-2013 tra Italia e Francia, esso ha beneficiato di un contributo FESR pari a 149,7 milioni di euro, per un costo totale di circa 237,5 milioni di euro.

³⁸ Convenzione sulle zone umide di importanza internazionale (Ramsar, 2 febbraio 1971 – in vigore dal 21 dicembre 1975).

Gli esempi sopra riportati mostrano come i GECT integrino, in un unico ente transfrontaliero, le autorità sub-nazionali e/o gli altri organismi che lo compongono, ampliandone le competenze e rafforzando la loro operatività. Essi proiettano gli interessi locali a livello sovranazionale allineandosi, di fatto, agli sviluppi del diritto internazionale dell'ambiente che riconosce un ruolo fondamentale agli attori non statali nell'elaborazione normativa e nella sua messa in atto³⁹.

Il GECT può anche essere inserito in un quadro cooperativo inter-governativo ed essere utilizzato per l'attuazione di trattati internazionali. Ad esempio, il Gruppo Euregio Tirolo – Alto Adige – Trentino, il Parco europeo Alpi Marittime Mercantour e l'Euregio Senza Confini R.L.⁴⁰ ricadono nell'ambito territoriale della Convenzione delle Alpi⁴¹ e i loro obiettivi si allineano e rispettano quanto stabilito in questo trattato⁴² o danno attuazione a specifiche disposizioni. È il caso del Parco europeo Alpi marittime Mercantour che risponde a quanto prescritto dall'Articolo 12 del Protocollo "Protezione della natura e tutela del paesaggio" della suddetta Convenzione e crea una rete transfrontaliera di aree protette che va ad integrarsi in una più ampia rete ecologica per la tutela della biodiversità a livello alpino voluta dalla Convenzione delle Alpi. Questi Gruppi, quindi, spostano la cooperazione su un livello

³⁹ Il ruolo primario delle autorità sub-nazionali e delle comunità locali nella protezione ambientale e gestione delle risorse naturali è stato riconosciuto da strumenti normativi vincolanti e di *soft law*. Un contributo importante è stato dato dalle decisioni della Conferenza delle Parti (CoP) della Convenzione sulla Biodiversità (Rio de Janeiro, 5 giugno 1992 – in vigore dal 29 dicembre 1993) e dalle risoluzioni della CoP della Convenzione di Ramsar; si vedano, tra le altre, le decisioni della COP CBD VII/28, X/22 e le risoluzioni della CoP Ramsar VII/8 e VII/19. Si vedano anche la Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (Aarhus, 25 giugno 1998 - in vigore dal 30 ottobre 2001) e Agenda 21, documento programmatico sottoscritto durante la Conferenza ONU su ambiente e sviluppo (Rio de Janeiro, 1992).

⁴⁰ Formato da Land Carinzia (Austria), Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia e Regione Veneto.

⁴¹ La Convenzione delle Alpi (Salisburgo, 7 novembre 1991 – in vigore dal 5 marzo 1995) è un trattato internazionale volto allo sviluppo sostenibile e protezione dell'arco alpino, sottoscritto dai Paesi alpini (Austria, Francia, Germania, Italia, Liechtenstein, Monaco, Slovenia e Svizzera) e dall'UE.

⁴² Cfr. art. 6, comma 2 della Convenzione del GECT Euregio Senza Confini R.L. e art. 5, comma 2 della Convenzione del GECT Euregio Tirolo – Alto Adige – Trentino.

diverso: da interstatale a sovranazionale localizzata e permettono l'adozione di misure più adatte alla loro porzione di territorio, ma che si inseriscono in obiettivi di conservazione su larga scala.

4. Conclusioni

A dieci anni dal regolamento che lo ha istituito, il GECT sta dimostrando la sua funzionalità nel comporre interessi che superano i confini nazionali istituzionalizzando la cooperazione spontanea tra Enti territoriali e popolazioni vicine motivata dalle peculiarità del territorio che condividono. Questi Gruppi costituiscono veri e propri laboratori di *multilevel governance* permettendo l'interazione continua tra attori e livelli istituzionali diversi⁴³. Essi, inoltre, contribuiscono alla rivitalizzazione delle zone di confine con ripercussioni molto positive sul territorio e sulle popolazioni che lo abitano.

L'analisi condotta mostra come i GECT siano funzionali in termini di protezione e gestione ambientale: sono un'infrastruttura istituzionale utile a governare unitariamente spazi naturali transfrontalieri e, in tale contesto, riservano un ruolo di primo piano alle autorità sub-nazionali e alle comunità locali. Il carattere partecipativo dei GECT è assicurato dalla vicinanza istituzionale e territoriale agli interessi che rappresentano. Inoltre, possono servire in ambito ambientale "multilaterale", facilitando l'attuazione di trattati internazionali su alcune porzioni di territorio che ricadono nel loro ambito di applicazione.

La vocazione ambientale dei GECT si sta manifestando in maniera crescente, come dimostrato dagli obiettivi di alcuni Gruppi in fase embrionale: COASTGAP (Coastal Governance and Adaptation Policies in the Mediterranean), OPCC (Pyrenees Observatory of Climate Change) e ESIN (European Small Islands Federation). Pertanto, sarà interessante continuare ad analizzare gli sviluppi dei GECT "ambientali" esistenti e di quelli in formazione così da valutare il loro contributo in termini di conservazione della biodiversità, gestione di risorse natu-

⁴³ G. SPINACI E G. VARA-ARRIBAS, *The European Grouping of Territorial Cooperation (EGTC): New Spaces and Contracts for European Integration?*, in EIPASCOPE, 2009, 2, pp. 5 ss.

rali condivise ed esecuzione congiunta delle politiche ambientali europee.

NICOLA DE DOMINICIS, *L'accesso alla giustizia in materia ambientale. Profili di diritto europeo* (prefazione di Ludwig Kramer), CEDAM, 2016, pp. 180.

Europa, ambiente, giustizia.

Questi sono i tre pilastri su cui si fonda la ricerca raccolta nel volume scritto da Nicola De Dominicis (dottore di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi Roma Tre) che affronta la questione dell'accesso alla giustizia in materia ambientale.

Quest'ultima, come noto, rappresenta a sua volta un pilastro. Si tratta del terzo pilastro della Convenzione di Aarhus, l'accordo firmato nel giugno del 1998 da numerosi Stati, e anche dall'Unione europea, al fine di fornire ai cittadini europei, ma non solo, un insieme di norme giuridiche volte a garantire l'accesso alle informazioni ambientali, la partecipazione ai processi decisionali e un ampio accesso alla giustizia.

Il volume mette bene in luce come la questione dell'accesso alla giustizia in materia ambientale sia ancora irrisolta all'interno dell'Unione europea e richiama, con linguaggio semplice e intuitivo, l'attenzione dei lettori, non solo addetti ai lavori, su un tema quanto mai attuale, offrendone soluzioni e spunti su cui riflettere e discutere.

Il primo capitolo propone un inquadramento della politica ambientale europea, che viene sviluppata passo dopo passo dalla firma dei Trattati di Roma nel 1957, in cui la parola ambiente non è neppure menzionata, fino all'ultimo Trattato, quello di Lisbona, all'interno del quale l'elevato livello di tutela e il miglioramento della qualità dell'ambiente tra gli obiettivi stessi dell'Unione europea.

Un'evoluzione storica e politica positiva, ripercorsa con linearità e precisione nel volume.

Si passa poi ai due capitoli che rappresentano il cuore della ricerca di Nicola De Dominicis.

Il secondo capitolo, descrive con grande chiarezza l'evoluzione, questa volta negativa, della proposta di direttiva europea sull'accesso alla giustizia in materia ambientale dalla sua presentazione nel 2003 al suo ritiro nel 2014, analizzando le ragioni dell'arresto attraverso l'utilizzo di documenti delle Istituzioni europee, segnatamente del Consiglio dell'Unione europea, oggi accessibili a tutti i cittadini europei. Inoltre, il volume si sofferma sugli anni successivi al ritiro, in particolare approfondendo gli esiti della recente consultazione pubblica sull'accesso alla giustizia in materia ambientale e proponendo soluzioni affinché le Istituzioni europee e i rappresentanti degli Stati membri in seno al Consiglio trovino un accordo per riproporre una nuova direttiva europea sul tema, attraverso una visione politica europea a lungo termine che tuteli anche le generazioni europee future.

Infine, il terzo capitolo, quello sulla Corte di Giustizia dell'Unione europea, passa in rassegna le numerose sentenze del Tribunale e della Corte di Giustizia, facendo emergere le difficoltà che singoli cittadini ovvero cittadini riuniti in gruppi o associazioni a difesa dell'ambiente hanno per contestare dinanzi al giudice europeo atti delle Istituzioni potenzialmente lesivi dell'ambiente.

Con equilibrio, il volume mette in risalto le ragioni del giudice europeo, da un lato, e le necessità dei cittadini europei, dall'altro, cercando di individuare un punto di incontro che possa garantire una sempre più elevata tutela dell'ambiente all'interno dell'Unione europea.

In un periodo storico particolarmente delicato per la storia dell'Unione, il volume, come saggiamente sottolineato da Ludwig Kramer nella prefazione, intende stimolare cittadini e Istituzioni europee a lavorare insieme per assicurare un più ampio accesso alla giustizia in materia ambientale e un'Europa più salubre e giusta per le generazioni europee che verranno.

MARCO ONIDA

Hanno collaborato a questo numero:

Sonia Costa, avvocato in Milano si occupa prevalentemente di diritto civile, commerciale e ambientale.

Luca De Pauli, avvocato in Udine.

Nicolas de Sadeleer, Professeur ordinaire, chaire Jean Monnet, Université Saint Louis, Professeur invité UCL.

Angela Di Stasi, professore ordinario di diritto dell'Unione europea e di diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Salerno.

Sara Leoncini, laureata in Management e Governance presso l'Università degli studi di Siena, è attualmente docente di Economia aziendale presso gli Istituti Paritari Cavour Pacinotti di Firenze.

Roberto Losengo, avvocato in Milano. È membro della Commissione Ambiente dell'Ordine degli Avvocati di Milano.

Elisa Marini, avvocato in Milano, si occupa prevalentemente di diritto penale e di diritto processuale penale.

Angela Martone, dottore di ricerca in "Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia". Assegnista di ricerca in "Ambiente, salute pubblica e sicurezza alimentare: strumenti normativi ed operativi applicabili all'emergenza rifiuti in Campania" presso l'Università degli Studi di Salerno.

Eva Maschietto, avvocato in Milano: si occupa di diritto di impresa, diritto amministrativo e ambientale da oltre vent'anni ed è autrice di diverse pubblicazioni in materia.

Emma Mitrotta, dottoranda, Scuola di Studi Internazionali, Università di Trento.

Massimiliano Montini, professore associato di diritto dell'Unione europea e Co-Direttore del Gruppo di Ricerca Interdisciplinare R4S (Regulation for Sustainability) all'Università di Siena. E' Avvocato e Membro del Board of Trustees del Gruppo di giuristi ambientali europei Avosetta.

Stefano Nessor, avvocato in Milano, si occupa prevalentemente di diritto dell'ambiente, diritto amministrativo e diritto del lavoro.

Marco Onida, Funzionario della Commissione europea. Alla Direzione Generale Ambiente della Commissione si è occupato negli anni di legislazione sui rifiuti, attuazione del diritto ambientale dell'UE e accesso alla giustizia ambientale. Dal 1997 al 2013 è stato Segretario generale della Convenzione delle Alpi. Da luglio 2014 lavora presso la Direzione Generale per le Politiche Regionali e Urbane.

Emanuele Pomini, avvocato in Milano. Dottore di ricerca in diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro (Università Ca'Foscari Venezia).

Ginevra Ripa, dottoressa in giurisprudenza.

Federico Vanetti, avvocato amministrativista, specializzato in diritto ambientale, urbanistica ed edilizia, membro del direttivo di AUDIS.

Valentina Veneroso, avvocato in Roma. Durante il semestre italiano di Presidenza del Consiglio Europeo (2014), ha partecipato – in qualità di *advisor* – come membro della delegazione governativa italiana alla I Conferenza delle Parti in fun-

COLLABORATORI

zione di Meeting delle Parti del Protocollo di Nagoya (COP/MOP1, Pyeongchang, Repubblica di Corea, 13-17 ottobre 2014).

Francesca Volpe, PhD, assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Studi Aziendali e Giuridici dell'Università di Siena. Le sue principali aree di interesse riguardano la sostenibilità e il diritto dell'ambiente.