

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
STEFANO NESPOR
TULLIO SCOVAZZI

1-2020

Editoriale Scientifica
NAPOLI

Direttori

FAUSTO CAPELLI - STEFANO NESPOR - TULLIO SCOVAZZI

Comitato Direttivo

PAOLA BRAMBILLA - MARTA SILVIA CENINI - DIANA CERINI - MONICA DELSIGNORE
COSTANZA HONORATI - VALENTINA JACOMETTI - ANGELO MAESTRONI - EVA MASCHIETTO
BARBARA POZZO - MARGHERITA RAMAJOLI - CARLO RUGA RIVA
LORENZO SCHIANO DI PEPE - RUGGERO TUMBIOLO

Comitato Scientifico

EMANUELE BOSCOLO - SABINO CASSESE - GIOVANNI COCCO - GIOVANNI CORDINI
ADA LUCIA DE CESARIS - BARBARA DE DONNO - JOSEPH DIMENTO - JOSÉ JUSTE
PAULO AFFONSO LEME MACHADO - ROBERTO LOSENGO - RICHARD MACRORY
SALVATORE MANCUSO - GIUSEPPE MANFREDI - ALFREDO MARRA - MASSIMILIANO MONTINI
STEFANIA NEGRI - MARCO ONIDA - IRINI PAPANICOLOPULU - CHIARA PERINI
LUIGI PISCITELLI - MICHEL PRIEUR - SUSANNA QUADRI - ECKART REHBINDER
UGO SALANITRO - GIUSEPPE TEMPESTA - BRUNO TONOLETTI - ALBERTA LEONARDA VERGINE

Coordinatore del Comitato Editoriale

ILARIA TANI

Comitato Editoriale

GIULIA BAJ - FEDERICO BOEZIO - DANIELA CAMICI - SIMONE CARREA - LETIZIA CASERTANO
NICO CERANA - MATTEO CERUTI - CARLO LUCA COPPINI - STEFANO DOMINELLI
STEFANO FANETTI - MATTEO FORNARI - DAMIANO FUSCHI - GIULIA GAVAGNIN
ADABELLA GRATANI - ROBERTO GUBELLO - MARIA CLARA MAFFEI - DANIELE MANDRIOLI
CARLO MASIERI - CARLO MELZI D'ERIL - ANGELO MERIALDI - MARSELA MERSINI
ENRICO MURTULA - VITTORIO PAMPANIN - EMANUELE POMINI - PAOLO RONCELLI
LORENZO SPALLINO - CARLO MARIA TANZARELLA - ELENA TANZARELLA
FEDERICO VANETTI - VERONICA VITIELLO

In Copertina: Lupo (*Canis Lupus*)

da FIGUIER, *I mammiferi*, Milano, 1892

(cfr. il contributo di M.C. Maffei, nel fascicolo 1-2020)

CONTRIBUTI

- GABRIELLA CITRONI, *La “stagione dell’ambiente” del Comitato delle Nazioni Unite dei diritti umani* 1
- KATHERINE PICCOLO, *Judicial Review of Agency Decisions - Designation of Critical Habitat or Disguised Land-Grabbing?* 31
- DANIELE MANDRIOLI, *Una nuova regola internazionale sul contenuto di zolfo nel carburante delle navi: analisi della recente riforma “IMO 2020”* 71

GIURISPRUDENZA - COMMENTI E NOTE

- MARIA CLARA MAFFEI, *Orsi e lupi in due sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell’Unione europea – Corte Costituzionale, 15 luglio-27 settembre 2019, n. 215, e Corte di Giustizia dell’Unione Europea, 10 ottobre 2019, causa C-674/17* 91
- PAOLA BRAMBILLA, *La libera (o meglio incontrollata) circolazione degli organismi nocivi: un nuovo regolamento e un passaporto UE per le piante – Corte di Giustizia dell’Unione Europea, 5 settembre 2019, causa C-443/18* 121
- MICHELA LEGGIO, *Obblighi di bonifica e contaminazioni pregresse: la decisione dell’Adunanza Plenaria – Consiglio di Stato, 22 ottobre 2019, n. 10* 155
- MONICA DELSIGNORE, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni ambientali: questioni aperte – Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, 3 dicembre 2019, n. 224* 179

DOCUMENTI

- TULLIO SCOVAZZI, *Gli effetti del cambiamento climatico su Kiribati di fronte al Comitato dei Diritti Umani* 199
- Comitato dei Diritti Umani, *constatazioni del 24 ottobre 2019 sul caso Teitiota c. Nuova Zelanda* 203

La “stagione dell’ambiente” del Comitato delle Nazioni Unite dei diritti umani*

GABRIELLA CITRONI^{**}

1. Introduzione. 2. Diritto alla vita e all’ambiente: il commento generale n. 36 del 2018 3. Le comunicazioni individuali: il caso *Portillo Cáceres* e altri c. *Paraguay*. 4. (segue): il caso *Teitiota c. Nuova Zelanda*. 5. Conclusioni

1. *Introduzione*

In qualità di organo di controllo istituito dal Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 1966, d’ora in avanti, “il Patto”), il Comitato delle Nazioni Unite dei diritti umani (d’ora in avanti, “il Comitato”) espleta il proprio mandato principalmente per mezzo dell’esame dei rapporti periodici presentati dagli Stati parte e delle comunicazioni relative a presunte violazioni del Patto. Nel corso degli anni, il Comitato ha inoltre consolidato la prassi di emettere “commenti generali”, ovvero documenti che offrono un’interpretazione autorevole delle singole disposizioni del Patto e degli obblighi internazionali che da esso discendono¹.

* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

** Ricercatrice di diritto internazionale e docente di tutela internazionale dei diritti umani presso l’Università di Milano-Bicocca [gabriella.citroni@unimib.it]. L’autrice ringrazia Maurizio Arcari, Elena Carpanelli, Tullio Scovazzi e il valutatore esterno anonimo per le correzioni e gli utili suggerimenti formulati.

¹ Né il Patto internazionale sui diritti civili e politici né i suoi Protocolli aggiuntivi attribuiscono esplicitamente al Comitato la facoltà di adottare “commenti generali”. La mancanza di un mandato esplicito in tal senso ha motivato posizioni critiche nei

Il Comitato, che si è riunito per la prima volta nel 1977, è ormai giunto alla centoventottesima sessione. Per molti anni, la tutela dell'ambiente e le tematiche ad essa connesse, tra cui il cambiamento climatico, non hanno trovato molto spazio nella giurisprudenza del Comitato², probabilmente anche in virtù del fatto che il Patto non contiene alcuna disposizione che sancisca esplicitamente il diritto ad un ambiente salubre o obblighi internazionali specifici in materia di tutela dell'ambiente³. Negli ultimi anni, in particolare dal 2018 in avanti, la situazione è cambiata e il Comitato si è pronunciato in merito sia in un commento generale sul diritto alla vita sia in due constatazioni (*views*, nel testo ufficiale in inglese) su comunicazioni individuali, stabilendo una giurisprudenza originale e, per alcuni aspetti, innovativa.

Questa nuova “stagione dell'ambiente” risponde ad una crescente

confronti del Comitato e circa il valore di questi documenti. Si veda in tal senso J. HARRINGTON, *The Human Rights Committee, Treaty Interpretation and the Last Word*, in *EJIL:Talk!*, 2015. In senso contrario si veda, H. KELLER, L. GROOVER, *General Comments of the Human Rights Committee and their Legitimacy*, in H. KELLER, G. ULFSTEIN (a cura di), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge, 2012, pp. 116-198.

² Sull'opportunità di utilizzare il termine “giurisprudenza” per riferirsi all'attività del Comitato dei diritti umani, si veda Corte internazionale di giustizia, caso *Ahmadou Sadio Diallo (Repubblica di Guinea c. Repubblica Democratica del Congo)*, sentenza del 30 novembre 2010, par. 66. In proposito, si veda anche S. GHANDHI, *Human Rights and the International Court of Justice. The Ahmadou Sadio Diallo Case*, in *Human Rights Law Review*, 2011, pp. 527-555. Sul Patto e sulla giurisprudenza del Comitato, si vedano, tra l'altro: W. SCHABAS, *UN International Covenant on Civil and Political Rights - Nowak's Commentary*, Kehl am Rhein, 2019; E. DECAUX (a cura di), *Le Pacte International relatif aux droits civils et politiques - Commentaire article par article*, Paris, 2011.

³ Anche nel caso della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (Roma, 1950) e della Convenzione americana dei diritti umani (San José, 1969) non vi è alcuna disposizione che sancisca esplicitamente il diritto ad un ambiente salubre, posto che lo stesso è stato affermato in via giurisprudenziale dalle rispettive corti regionali. L'art. 24 della Carta africana dei diritti umani e dei popoli (Nairobi, 1981) riconosce il diritto dei popoli a godere di un ambiente “soddisfacente”, che ne favorisca lo sviluppo; l'art. 11 del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione Americana in materia di diritti economici, sociali e culturali (San Salvador, 1988) riconosce il diritto umano a vivere in un ambiente salubre e richiede agli Stati parte di promuovere la “protezione, preservazione ed il miglioramento dell'ambiente”; e l'art. 38 della Carta araba dei diritti umani (Tunisi, 2004) riconosce il “diritto ad un ambiente salubre” e sancisce che gli Stati parte devono “prendere le misure necessarie per garantirlo, in modo commisurato alle loro risorse”.

attenzione alla materia da parte dei meccanismi di promozione e protezione dei diritti umani delle Nazioni Unite⁴, culminata nel 2012 con l’istituzione di un relatore speciale sui diritti umani e l’ambiente⁵.

Nel presente contributo si illustrano i recenti sviluppi nella giurisprudenza del Comitato dei diritti umani, analizzando il potenziale effetto della stessa sia sul piano internazionale sia a livello domestico e valutando se sussistono ulteriori margini di avanzamento nell’analisi e affermazione della tutela dell’ambiente come diritto umano, tenendo presente anche le conseguenze del cambiamento climatico sul godimento dei diritti umani in generale e i corrispondenti obblighi internazionali degli Stati.

2. *Diritto alla vita ed ambiente: il commento generale n. 36 del 2018*

Nel 1982, il Comitato ha adottato un primo commento generale sul diritto alla vita così come riconosciuto nell’art. 6 del Patto⁶. È significativo che in tale documento non vi sia alcun riferimento all’ambiente in relazione al rispetto del diritto alla vita, che viene piuttosto esaminato per il suo nesso con situazioni di conflitto e in merito alla pena di morte o a violazioni quali le sparizioni forzate e le esecuzioni arbitrarie. Per quanto nel commento generale n. 6 affermasse la necessità di non interpretare il diritto alla vita in termini restrittivi, il Comitato si limitava poi a citare – come forme concrete di “interpretazione estensiva” – il dovere di adottare misure positive volte a ridurre la mortalità infantile e innal-

⁴ Posto che nemmeno il Patto sui diritti economici, sociali e culturali (New York, 1966) contiene alcuna disposizione specifica in materia di diritto ad un ambiente salubre, il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali si è pronunciato spesso in merito, soprattutto nei suoi commenti generali. Tra l’altro, si vedano, Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, *Commento generale n. 24*, UN Doc. E/C.12/GC/24, par. 37, 50 e 54; *Commento generale n. 15*, UN Doc. E/C.12/2002/11 del 20 gennaio 2003; e *Commento generale n. 14*, UN Doc. E/C.12/2000/14 dell’11 agosto 2000, par. 4, 15-16, 27 e 36.

⁵ Istituito mediante risoluzione n. 19/10 del 22 marzo 2012 del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite. Per quanto concerne specificamente la relazione tra diritti umani e cambiamento climatico, va ricordata la risoluzione n. 10/4 del 25 marzo 2009 del Consiglio dei diritti umani.

⁶ Comitato dei diritti umani, *Commento generale n. 6* del 30 aprile 1982.

zare l'aspettativa di vita, in particolare eliminando la malnutrizione e le epidemie⁷.

Più di trenta anni dopo l'adozione del commento generale n. 6, il Comitato ha ravvisato la necessità di riesaminare il contenuto dell'art. 6 del Patto, tenendo presenti sia i progressi intercorsi a livello giurisprudenziale e normativo, sia le nuove problematiche e sfide emerse a livello globale, tra cui le questioni ambientali che, includendo il cambiamento climatico, hanno assunto un ruolo prominente. Questo processo di re-interpretazione dell'art. 6 del Patto è culminato con l'adozione, il 30 ottobre 2018, del commento generale n. 36⁸. La maggior complessità e ricchezza di quest'ultimo rispetto al commento generale del 1982 appare evidente fin dal formato: se il commento generale n. 6 si limitava a poche considerazioni, riassunte in sette paragrafi, il commento generale n. 36 è costituito da ben settanta paragrafi che permettono di analizzare più tematiche connesse al godimento del diritto alla vita e approfondire l'esame e l'interpretazione delle stesse.

Un elemento importante, alla luce del quale è necessario leggere l'intero documento, si trova nel paragrafo che ribadisce la necessità di non interpretare in modo restrittivo il diritto alla vita. Questa volta, il Comitato chiarisce che l'auspicata interpretazione estensiva implica intendere il diritto alla vita come il "diritto degli individui ad essere liberi da atti od omissioni che sono volte o che prevedibilmente possono causarne la morte prematura ed innaturale, oltre che a godere di una vita degna"⁹.

È chiaro che il Comitato intende superare una lettura dell'art. 6 che si limiti a richiedere agli Stati di non privare arbitrariamente della vita gli individui che si trovino sotto la loro giurisdizione, ed orienta la propria interpretazione nel senso di imporre obblighi positivi in capo agli Stati parte, affinché ne garantiscano il godimento in condizioni di dignità e adottino adeguate misure di natura preventiva¹⁰. Il Comitato riprende e

⁷ *Ibid.*, par. 5.

⁸ Comitato dei diritti umani, *Commento generale n. 36*, UN Doc. CCPR/C/GC/36 del 30 ottobre 2018.

⁹ *Ibid.*, par. 3 (traduzione a cura dell'autrice).

¹⁰ Sull'affermazione della nozione di "vita degna" nella giurisprudenza internazionale (tra cui quella del Comitato), si veda, tra l'altro, T. ANTKOWIAK, *A "Dignified Life" and the Resurgence of Social Rights*, in *Northwestern Journal of Human Rights*, 2020, pp. 1-51.

sviluppa questo pensiero elencando le condizioni generali che possono costituire un pericolo per la vita degli individui e che, come tali, vanno prevenute, mitigate o eliminate dagli Stati, che hanno al riguardo un “dovere di protezione” (*duty to protect*). Tra le circostanze rilevanti, il Comitato cita incidenti industriali, privazione di terre e risorse naturali delle popolazioni indigene e degrado ambientale, e chiarisce che le misure che deve porre in essere lo Stato a tal proposito, al fine di assicurare adeguate condizioni di vita, comprendono la garanzia di accesso al cibo e all’acqua, e l’adozione di piani di emergenza e gestione dei disastri volti ad accrescere la capacità di fronteggiare catastrofi naturali, tra cui uragani, tsunami e terremoti¹¹.

Nel commento generale n. 36, il Comitato chiarisce che il dovere di protezione del diritto alla vita degli individui sottoposto alla giurisdizione di uno Stato richiede che quest’ultimo rispetti un criterio di “diligenza dovuta” (*due diligence*) e ponga in essere le misure necessarie anche quando il pericolo per la vita è generato da attività di persone o entità private¹². In particolare, il Comitato inserisce un rinvio alla giurisprudenza della Commissione africana dei diritti umani e dei popoli, citando la storica decisione del 2002 sul caso *Social and Economic Rights Action Center and Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*¹³. Inoltre, il Comitato afferma che gli Stati parte al Patto devono adottare queste misure preventive e di protezione anche nei confronti di “altri Stati, organizzazioni internazionali e imprese straniere che operano sul loro territorio”, invocando per queste ultime l’applicazione delle regole internazionali in materia di responsabilità d’impresa¹⁴.

¹¹ Comitato dei diritti umani, *Commento generale n. 36*, cit., par. 26.

¹² *Ibid.*, par. 21.

¹³ Commissione africana dei diritti umani e dei popoli, caso *Social and Economic Rights Action Center and Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, decisione del 27 maggio 2002. Su questa storica decisione, si vedano, tra l’altro, L. PINESCHI, *Un’evoluzione imperfetta nella tutela del diritto a un ambiente soddisfacente: la sentenza della Corte di giustizia dell’ECOWAS sul caso SERAP c. Nigeria*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, pp. 103-132; e C. NWOBIKE, *The African Commission on Human and Peoples’ Rights and the Demystification of Second and Third Generation Rights under the African Charter: Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*, in *African Journal of Legal Studies*, 2005, pp. 129-146.

¹⁴ Comitato dei diritti umani, *Commento generale n. 36*, cit., par. 22 (traduzione a cura dell’autrice).

Il Comitato riprende e dedica un intero paragrafo del commento generale n. 36 alla questione del degrado ambientale, aggiungendo una menzione esplicita al cambiamento climatico e allo sviluppo non sostenibile, e dichiara che essi rappresentano

[...] some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life. Obligations of States parties under international environmental law should thus inform the contents of article 6 of the Covenant, and the obligation of States parties to respect and ensure the right to life should also inform their relevant obligations under international environmental law. Implementation of the obligation to respect and ensure the right to life, and in particular life with dignity, depends, *inter alia*, on measures taken by States parties *to preserve the environment and protect it against harm, pollution and climate change caused by public and private actors*. States parties should therefore ensure sustainable use of natural resources, develop and implement substantive environmental standards, conduct environmental impact assessments and consult with relevant States about activities likely to have a significant impact on the environment, provide notification to other States concerned about natural disasters and emergencies and cooperate with them, provide appropriate access to information on environmental hazards and pay due regard to the precautionary approach¹⁵.

Il Comitato cita come fonti il preambolo della Dichiarazione del 17 giugno 1972 della conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano; i principi 1, 2, 11, 15, 17 e 18 della Dichiarazione di Rio de Janeiro del 14 giugno 1992 su ambiente e sviluppo; il preambolo della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico (Rio de Janeiro, 1992); la Convenzione sull'accesso all'informazione, partecipazione dei cittadini e accesso alla giustizia in materia ambientale (Aarhus, 1998); e il preambolo dell'Accordo di Parigi del 12 dicembre 2015.

Il Comitato afferma la necessità di utilizzare il diritto ambientale per interpretare il contenuto dell'art. 6 del Patto, richiamando ancora una

¹⁵ *Ibid.*, par. 62 (il corsivo è aggiunto).

volta il concetto di “vita degna” e riaffermando che il dovere degli Stati di preservare e proteggere l’ambiente richiede l’adozione di misure a tale fine sia nei confronti di agenti statali sia di privati. Per il resto, il Comitato riafferma l’obbligo di cooperazione tra Stati al fine della protezione dell’ambiente e della prevenzione dell’inquinamento. Si può notare che, nel rimandare al principio (o approccio) precauzionale, il Comitato non menziona questioni quali la mancanza di piena certezza scientifica o le diverse capacità degli Stati (elementi invece presenti nel principio 15 della Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo).

Il commento generale n. 36 non contiene principi particolarmente originali in materia di diritto ambientale. Gli aspetti innovativi e degni di nota del documento risiedono nel legare esplicitamente le questioni ambientali con il diritto alla vita e con i corrispondenti obblighi internazionali degli Stati, inserendole quindi nella sfera di protezione del diritto internazionale dei diritti umani e rafforzando l’idea che meccanismi di controllo, quali il Comitato, abbiano piena competenza e possano pronunciarsi in merito, sia nell’esame dei rapporti periodici degli Stati parte sia nel valutare comunicazioni individuali¹⁶.

Il commento generale n. 36 è stato accolto positivamente e considerato uno strumento che riconosce le sfide contemporanee e può rappresentare una risposta efficace alle stesse, soprattutto grazie al riconoscimento della dimensione “socio-economica” del diritto alla vita – intesa come “vita degna” – e degli obblighi positivi degli Stati a tal proposito¹⁷. Quanto affermato dal Comitato nel commento generale in materia di cambiamento climatico e degrado ambientale è stato ripreso come punto di riferimento anche da altri organismi di tutela dei diritti umani delle Nazioni Unite, tra cui il relatore speciale in materia di estrema povertà e

¹⁶ Si vedano, tra l’altro, S. CIUFFOLETTI, *Verso una giurisprudenza ecologica. Il discorso giurisprudenziale sui diritti connessi alla protezione dell’ambiente*, in *Jura Gentium*, 2019, pp. 183-231; e A. BOYLE, *Human Rights and the Environment. Where Next?*, in *European Journal of International Law*, 2012, pp. 613-642.

¹⁷ Si vedano, tra l’altro, S. JOSEPH, *Extending the Right to Life under the International Covenant on Civil and Political Rights: General Comment 36*, in *Human Rights Law Review*, 2019, pp. 347-368; L. MCKERNAN, B. THIELE, *UN Human Rights Committee Brings New Vitality to the Right to Life*, in *Openglobalrights*, 2019; e D. MØGSTER, *Towards Universality: Activities Impacting the Enjoyment of the Right to Life and the Extraterritorial Application of the ICCPR*, in *EJIL:Talk!*, 2018.

diritti umani nel suo rapporto sulla relazione tra cambiamento climatico e povertà¹⁸.

Va invece osservato che, sino ad oggi, il Comitato stesso non sembra aver tratto tutte le conseguenze del caso da quanto affermato nel commento generale n. 36 in materia di tutela dell'ambiente, quanto meno nel senso di includere in modo sistematico la questione in sede di esame dei rapporti periodici degli Stati parte e di formulazione delle raccomandazioni pertinenti nelle sue osservazioni conclusive. In tal senso, se si analizzano le conclusioni e raccomandazioni formulate nelle osservazioni conclusive emesse dal Comitato dopo la sessione di ottobre 2018, solo in un caso vi sono riferimenti all'ambiente e agli obblighi positivi degli Stati così come individuati nel commento generale n. 36. Dopo l'adozione di quest'ultimo, il Comitato ha esaminato i rapporti periodici di 17 Stati e la pressoché totale assenza di rinvii ai principi relativi alla tutela dell'ambiente contenuti nel commento generale n. 36 appare una lacuna da colmare, soprattutto se si vuole far sì che quanto affermato nel commento generale abbia un valore concreto per spingere gli Stati ad adottare misure efficaci in materia e venga utilizzato come riferimento per disciplinare la questione ambientale in modo uniforme.

Un primo passo in tale direzione è l'aver incluso nella "lista di domande" in vista dell'esame periodico del rapporto degli Stati Uniti d'America il seguente quesito:

Please indicate what steps the State party is taking to ensure access to safe and clean water for its population. In particular, describe efforts made to remedy the water crisis in Flint, Michigan, and efforts made to keep water affordable for low-income populations when publicly owned water services are privatized. Clarify the State party's initiatives to address significant threats to the right to life posed by the effects of climate change, such as flash floods, coastal flooding, wildfires, infectious diseases, extreme heat and air pollution¹⁹.

¹⁸ Relatore speciale delle Nazioni Unite su estrema povertà e diritti umani, *Report on Climate Change and Poverty*, UN Doc. A/HRC/41/39 del 25 giugno 2019, par. 22 e 86.

¹⁹ Comitato dei diritti umani, *List of Issues in view of the Review of the United States of America*, UN Doc. CCPR/C/USA/QPR/5 del 18 aprile 2019, par. 15.

L’esame periodico del rapporto degli Stati Uniti d’America non ha ancora avuto luogo, ma sarà interessante vedere che risposta essi forniranno e che tipo di conclusioni e raccomandazioni includerà il Comitato nelle sue osservazioni conclusive, nel formulare le quali è auspicabile si tengano presenti i principi affermati nel commento generale n. 36.

Valido – e sino ad ora unico – esempio sono le osservazioni conclusive sul rapporto periodico di Capo Verde, dove il Comitato ha fatto rimando esplicito al commento generale n. 36 e ha inserito una sezione specifica su “diritto alla vita e cambiamento climatico”, nella quale ha affermato:

The Committee welcomes the commitment of the State party, as a small island State particularly vulnerable to climate change, to adaptation and mitigation measures. It is concerned, however, by the insufficient information on the effectiveness of mechanisms and systems in place to implement such a commitment, as well as on the measures taken to ensure the effective, meaningful and informed participation of the whole population in projects that may affect sustainable development and resilience to climate change (art. 6).

The State party should step up efforts to develop mechanisms and systems to ensure the sustainable use of natural resources, develop and implement environmental standards, conduct environmental impact assessments, provide appropriate access to information on environmental hazards and adopt a precautionary approach to protect persons in the State party, including the most vulnerable, from the negative impacts of climate change and natural disasters. All projects that affect sustainable development and resilience to climate change should be developed with the meaningful and informed participation of the whole population. In that regard, the Committee draws the State party’s attention to paragraph 62 of general comment No. 36 (2018) on the right to life²⁰.

Affinché si possa giungere ad una trattazione sistematica delle tematiche ambientali, ivi incluso il cambiamento climatico, nel contesto dell’esame periodico dei rapporti statali effettuato dal Comitato, è ne-

²⁰ Comitato dei diritti umani, *Concluding Observations on Cabo Verde*, UN Doc. CCPR/C/CPV/CO/1 dell’8 novembre 2019, par. 17-18.

cessario che in futuro tutti gli attori coinvolti in questa procedura agiscano di conseguenza: organizzazioni non governative ed associazioni della società civile hanno la possibilità di affrontare questi temi nei loro rapporti alternativi, portando a conoscenza del Comitato i principali problemi e ostacoli esistenti. Gli Stati parte dovrebbero a loro volta fornire informazioni al Comitato circa le misure adottate per garantire a coloro che si trovano sotto la propria giurisdizione il godimento del diritto ad un ambiente salubre e per rispettare i propri obblighi positivi in materia ambientale. Qualora non lo facessero, spetterà al Comitato formulare sistematicamente domande specifiche in merito e cercare di acquisire le informazioni necessarie per poi poter emettere raccomandazioni mirate. Le opportunità in tal senso non mancheranno, come dimostra il fatto che già in passato – prima dell’adozione del commento generale n. 36 –, il Comitato ha ricevuto informazioni che indicavano l’esistenza di problematiche specifiche connesse alla tutela dell’ambiente, ma non ha però formulato raccomandazioni dettagliate e precise in merito. Per esempio, nelle osservazioni conclusive riguardanti l’esame periodico del Canada, il Comitato ha espresso preoccupazione per le denunce ricevute circa presunte violazioni commesse da imprese canadesi – in particolare quelle impegnate nell’ambito minerario – all’estero e la mancanza di rimedi per le vittime di tali abusi. Pur essendo noto che in molti casi l’attività di queste imprese ha causato gravi danni ambientali, il Comitato non ne ha fatto menzione esplicita e si è limitato a raccomandare in termini generali al Canada di stabilire meccanismi di controllo efficaci per garantire che le proprie imprese attive all’estero non si rendano responsabili di violazioni dei diritti umani, nonché di adottare una legislazione volta a garantire che, ove tali ipotesi si verificano, le vittime ottengano riparazione.²¹ Appare evidente che tanto le conclusioni quanto le raccomandazioni del Comitato avrebbero potuto essere più precise in materia di tutela dell’ambiente ed obblighi internazionali ad essa collegati. Lo stesso si può affermare per quei casi in cui il Comitato ha formulato raccomandazioni generiche in merito alla protezione di

²¹ Comitato dei diritti umani, *Concluding Observations on Canada*, UN Doc. CCPR/C/CAN/CO/6 del 24 luglio 2015, par. 6. Nello stesso senso, si vedano le *Concluding Observations on Germany*, UN Doc. CCPR/C/DEU/CO/6 del 2 novembre 2012, par. 16.

difensori dei diritti umani in osservazioni conclusive indirizzate a Stati, quali l’Honduras, ove si sono verificati gravi episodi di minacce, aggressioni ed anche omicidi di ambientalisti²². Per quanto è apprezzabile che il Comitato abbia denunciato l’esistenza di queste violazioni e formulato puntuali raccomandazioni in merito, le osservazioni si sono pur sempre fermate ad un apprezzamento superficiale, senza spingersi ad analizzare le problematiche ambientali di fondo e le eventuali violazioni commesse dallo Stato o le mancanze rispetto agli obblighi internazionali in materia. Questi esempi suggeriscono che vi è un ampio margine di sviluppo per il controllo e le raccomandazioni del Comitato in materia di tutela dell’ambiente nelle osservazioni conclusive sui rapporti periodici degli Stati parte al Patto.

In conclusione, affinché i principi affermati nel commento generale n. 36 possano avere un’efficacia reale e gli Stati debbano rendere conto in modo sistematico sulle misure adottate a tal proposito, è auspicabile che in futuro il Comitato, come ha fatto nelle ricordate osservazioni conclusive relative a Capo Verde, inserisca regolarmente una sezione apposita su “diritto alla vita e tutela dell’ambiente, cambiamento climatico e sviluppo sostenibile” – come già fa per altri temi quali “violenza contro le donne” o “lotta alla corruzione” –, considerando che si tratta forse del più globale tra i temi, da esaminare quindi con regolarità e nei confronti di tutti gli Stati parte.

Nel frattempo, il Comitato è stato chiamato a pronunciarsi su tematiche ambientali nell’ambito dell’analisi di comunicazioni individuali e, nelle constatazioni rese in proposito, ha applicato concretamente quanto affermato nel commento generale n. 36, elaborando una giurisprudenza piuttosto innovativa, che getta le basi per ulteriori sviluppi.

²² Comitato dei diritti umani, *Concluding Observations on Honduras*, UN Doc. CCPR/C/HND/CO/2 del 28 giugno 2017, par. 40-41. Si vedano anche, successivamente, *Concluding Observations on Viet Nam*, UN Doc. CCPR/C/VNM/CO/3 del 25 marzo 2019, par. 45(d) e 51; e le *Concluding Observations on Mexico*, UN Doc. CCPR/C/MEX/CO/6 dell’8 novembre 2019, par. 42.

3. *Le comunicazioni individuali: il caso Portillo Cáceres e altri c. Paraguay*

Il 25 luglio 2019 il Comitato ha reso le proprie constatazioni sul caso *Portillo Cáceres e altri c. Paraguay*²³, relative ad una comunicazione presentata il 30 settembre 2013 da Norma Portillo Cáceres a nome proprio e del fratello deceduto (Rubén Portillo Cáceres), e altri nove ricorrenti (o “autori della comunicazione”, nel linguaggio del Comitato). In queste constatazioni, che sono state definite “storiche”²⁴, il Comitato ha dato un’applicazione concreta a quanto affermato nel commento generale n. 36 che, peraltro, è stato invocato dai ricorrenti²⁵ e preso a riferimento esplicito nel ragionamento formulato dal Comitato²⁶.

I ricorrenti appartengono a due famiglie di contadini dediti ad agricoltura di sussistenza, residenti nella colonia Yerutí, circondata da terreni adibiti a colture su larga scala di soia geneticamente modificata. Il mantenimento di queste piantagioni industriali richiede l’utilizzo massiccio di pesticidi, diffusi per mezzo di irrorazioni. Per quanto la legislazione nazionale vieti l’utilizzo di alcune sostanze ad alta tossicità e imponga il rispetto di una zona “cuscinetto” tra le aree irrorate e quelle abitate, queste norme sono state sistematicamente violate, in assenza di adeguati controlli da parte delle autorità statali e di qualsivoglia forma di sanzione nei confronti dei responsabili. L’utilizzo su larga scala di pesticidi tossici ha prodotto gravi conseguenze: le falde acquifere sono state contaminate, causando la morte della fauna ittica e nei terreni circostanti le aree irrorate sono morti gli alberi da frutto, altri prodotti agricoli di sussistenza e alcuni capi di bestiame.

Dopo ogni irrorazione di pesticidi, i residenti nella colonia Yerutí, tra cui gli autori della comunicazione, hanno iniziato ad accusare problemi di salute. A fronte di tale situazione, i residenti della colonia hanno pre-

²³ Comitato dei diritti umani, Caso *Portillo Cáceres e altri c. Paraguay*, UN Doc. CCPR/C/126/D/2751/2016, constatazioni del 25 luglio 2019.

²⁴ Si vedano, tra l’altro, G. REEH, *Human Rights and the Environment: The UN Human Rights Committee Affirms the Duty to Protect*, in *EJIL:Talk!*, 2019; e il comunicato stampa diffuso dall’Ufficio dell’Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani del 14 agosto 2019.

²⁵ Comitato dei diritti umani, Caso *Portillo Cáceres e altri*, cit., par. 5.6.

²⁶ *Ibid.*, par. 7.3.

sentato numerose denunce ad autorità giudiziarie, ministeriali ed amministrative, senza che ciò sortisse alcun risultato.

Il 3 gennaio 2011, Rubén Portillo Cáceres, fratello ventiseienne di Norma Portillo Cáceres, dopo la comparsa di afte e piaghe infette, ha accusato un forte malessere accompagnato da febbre, diarrea e vomito. Nonostante sia stato trasportato presso l’ambulatorio della colonia, le sue condizioni sono degenerate ed è deceduto tre giorni dopo. Nello stesso periodo (primi 15 giorni di gennaio del 2011), altri 22 abitanti della colonia Yerutí, tra cui tutti i ricorrenti (due dei quali minorenni), sono stati ricoverati con sintomi simili a quelli di Rubén Portillo Cáceres ed è stata loro diagnosticata una grave intossicazione causata dalle irrorazioni di pesticidi. Nel caso dei 22 abitanti in questione, sono stati dimessi dopo alcuni giorni di ricovero.

I famigliari di Rubén Portillo Cáceres hanno sporto denuncia e la procura di Curuguaty ha aperto un’indagine sul decesso del Portillo Cáceres e sull’intossicazione degli altri abitanti della colonia. Nell’ambito dell’inchiesta – peraltro caratterizzata da ripetuti ed ingiustificati ritardi e gravi omissioni – sono emersi elementi che provano l’utilizzo da parte dei proprietari delle coltivazioni industriali di soia di pesticidi vietati per l’alta tossicità e la sistematica violazione della “zona cuscinetto” tra le aree da irrorare e la zona abitata. A causa delle menzionate lacune, al momento della presentazione della comunicazione al Comitato, l’indagine delle autorità paraguayane era ancora in corso, senza essere approdata ad alcun risultato significativo. Gli abitanti di Yerutí hanno presentato anche un ricorso di *amparo* (rimedio volto a ottenere il rispetto di diritti costituzionalmente garantiti) contro quattro organismi statali, ai fini di conseguire l’adozione tempestiva di misure efficaci di protezione dell’ambiente e della salute. Nel ricorso, dichiarato parzialmente ammissibile dalla corte distrettuale di Curuguaty, si lamentavano la mancata vigilanza nei confronti delle attività di privati, l’incapacità delle autorità statali di sospendere immediatamente attività pericolose di privati, e la totale impunità esistente a fronte di gravi danni all’ambiente e alla salute. Nonostante la corte distrettuale di Curuguaty abbia accolto le richieste dei ricorrenti e ordinato l’adozione di misure di riparazione e prevenzione di ulteriori danni ambientali da parte delle autorità statali, queste ultime non vi hanno dato esecuzione.

Nella comunicazione al Comitato, i ricorrenti lamentavano la viola-

zione degli art. 6 (diritto alla vita), 7 (divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti), e 17 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), letti autonomamente e in combinato con l'art. 2, par. 3 (diritto a un ricorso effettivo), del Patto. In particolare, i ricorrenti affermavano che il Paraguay è venuto meno al proprio dovere di garantire protezione (*duty to provide protection*) in quanto non ha esercitato la diligenza dovuta ed ha permesso irrorazioni di pesticidi tossici nelle piantagioni industriali adiacenti alle loro abitazioni²⁷. Nel caso di Rubén Portillo Cáceres si sosteneva che la mancata sorveglianza sulle operazioni di irrorazione di pesticidi da parte delle autorità statali ne avesse determinato il decesso (e, quindi, una violazione dell'art. 6). Nel caso degli altri ricorrenti, con un richiamo esplicito ai principi affermati nel commento generale n. 36, si lamentava la mancata garanzia del diritto a vivere una vita degna, per via dell'incapacità dello Stato di applicare regole e legislazione vigenti in materia ambientale:

[...] the State party failed to discharge its duty to protect their lives and physical integrity because it was not diligent in enforcing environmental standards and laws. The authors also claim that their right to a life with dignity has been violated owing to the circumstances in which they live, as they are surrounded by uncontrolled crop dusting that has a detrimental impact on their daily lives and has resulted in their being poisoned, since it pollutes the waterways in which they fish and the well water that they drink, has ruined the crops that they use for food and has caused the death of their farm animals.

The authors maintain that the right recognized under article 17 of the Covenant has been violated as a result of the environmental pollution caused by the industrial farms bordering their land, which the State party has done nothing whatsoever to check. They argue that [...] the sphere of protection afforded by article 17 includes protection of the home and private life from environmental pollution caused by the actions of third parties when those actions constitute unlawful or arbitrary interference with their privacy or family. The authors therefore claim that the State bears *culpa in vigilando* when it fails to enforce

²⁷ Comitato dei diritti umani, Caso *Portillo Cáceres e altri*, cit., par. 3.1.

the laws governing agricultural activities conducted by third parties that cause pollution which has a detrimental effect on the home or privacy or family life of other persons²⁸.

A sostegno delle proprie tesi, oltre al commento generale n. 36 del Comitato, i ricorrenti invocavano la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani²⁹. Per parte sua, il Paraguay chiedeva al Comitato di dichiarare la comunicazione inammissibile *ratione materiae*, dal momento che il Patto non riconosce diritti individuali all’ambiente³⁰. In subordine, lo Stato indicava che non vi sarebbe un nesso tra gli eventi denunciati e i diritti riconosciuti nel Patto.

In risposta alla presunta incompetenza *ratione materiae* del Comitato, i ricorrenti hanno affermato di non voler invocare una violazione del diritto ad un ambiente salubre, quanto piuttosto di denunciare “un’invasione nella loro vita privata e familiare, la violazione del loro diritto alla vita e all’integrità fisica e la mancanza di un rimedio efficace”³¹. Per quanto probabilmente i ricorrenti ed i loro rappresentanti abbiano preferito scegliere questo argomento piuttosto “timido” per non rischiare di vedere rigettata la comunicazione, gli sviluppi della giurisprudenza internazionale in materia di tutela dei diritti umani avrebbero giustificato una posizione più assertiva. La prudenza dei ricorrenti è in qualche modo compensata dalla decisione del Comitato, che, anche se non giunge ad affermare esplicitamente l’esistenza di un diritto umano ad un ambiente salubre, ne garantisce indirettamente la tutela. Nel respingere l’obiezione dello Stato sulla presunta incompetenza *ratione materiae*, il Comitato riconosce che i ricorrenti invocano:

[...] violations of their right to life, physical integrity, privacy, family life and an effective remedy and that they are doing so on the grounds that the State party has not honoured its positive obligation to protect

²⁸ *Ibid.*, par. 3.5 e 3.6.

²⁹ I ricorrenti citano a sostegno delle proprie argomentazioni: Corte europea dei diritti umani, Caso *López Ostra c. Spagna*, sentenza del 9 dicembre 1994; caso *Fadeyeva c. Russia*, sentenza del 30 novembre 2005; e caso *Dubetska e altri c. Ucraina*, sentenza del 10 febbraio 2011.

³⁰ Comitato dei diritti umani, caso *Portillo Cáceres e altri*, cit., par. 4.1.

³¹ *Ibid.*, par. 5.1.

those rights, *which, in the case at hand, would entail enforcing environmental standards*³².

Nel valutare se sussistesse una violazione del diritto alla vita di Portillo Cáceres e dei ricorrenti, il Comitato ha in primo luogo chiarito che l'onere della prova non grava interamente in capo agli autori della comunicazione, bensì, in virtù del fatto che vi siano alcune informazioni rilevanti alle quali solo lo Stato può accedere, tocca a quest'ultimo produrre prove e spiegazioni soddisfacenti che confutino quanto allegato dagli autori della comunicazione³³. Il Comitato ha poi dato diretta applicazione ai principi affermati nel commento generale n. 36, richiamando inoltre il fatto che il Paraguay fosse anche Stato parte alla Convenzione sugli inquinanti organici persistenti (Stoccolma, 2001), che quindi deve essere impiegata per meglio interpretare le disposizioni del Patto nel caso di specie. Il Comitato ha riconosciuto espressamente i progressi della giurisprudenza internazionale³⁴, facendone proprie le conclusioni circa:

[...] the existence of an undeniable link between the protection of the environment and the realization of human rights and that have established that environmental degradation can adversely affect the effective enjoyment of the right to life. Thus, severe environmental degradation has given rise to findings of a violation of the right to life³⁵.

³² *Ibid.*, par. 6.3 (il corsivo è aggiunto).

³³ *Ibid.*, par. 7.2. Sull'onere della prova nella giurisprudenza del Comitato, si veda, tra l'altro, S. GHANDHI, *The Human Rights Committee and the Right to Individual Communication: Law and Practice*, Abingdon, 2018.

³⁴ Il Comitato ha citato espressamente la già ricordata decisione della Commissione africana dei diritti umani e dei popoli sul caso *Social and Economic Rights Action Center and Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*. Inoltre ha citato: Corte interamericana dei diritti umani, caso *Kawas-Fernández c. Honduras*, sentenza de 3 aprile 2009; e opinione consultiva n. 23 del 15 novembre 2017 su ambiente e diritti umani; e Corte europea dei diritti umani, caso *Özel c. Turchia*, sentenza del 17 novembre 2016; caso *Budayeva e altri c. Russia*, sentenza del 20 marzo 2008; e caso *Öneryıldız c. Turchia*, sentenza del 30 novembre 2004. Sui vantaggi di rinvii alla giurisprudenza in materia ambientale delle corti regionali dei diritti umani, si veda R. PAVONI, *Environmental Jurisprudence of the European and Inter-American Court of Human Rights. Comparative Insights*, in B. BOER (a cura di), *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford, 2015, pp. 69-106.

³⁵ Comitato dei diritti umani, caso *Portillo Cáceres e altri*, cit., par. 7.4.

Di fatto invertendo l’onere della prova, il Comitato ha constatato che il Paraguay non ha fornito elementi che permettessero di confutare quanto lamentato dai ricorrenti e ha quindi dichiarato la violazione del diritto alla vita di Portillo Cáceres e dei nove ricorrenti. Lo Stato è venuto meno al proprio dovere di prevenzione e protezione, posto che:

[...] heavily spraying the area in question with toxic agrochemicals – an action which has been amply documented – poses a reasonably foreseeable threat to the authors’ lives given that such large-scale fumigation has contaminated the rivers in which the authors fish, the well water they drink and the fruit trees, crops and farm animals that are their source of food³⁶.

Avendo dichiarato la violazione dell’art. 6 del Patto, il Comitato non ha ritenuto necessario analizzare la lamentata violazione dell’art. 7. Si è pronunciato invece sulla violazione del diritto alla vita privata e familiare come riconosciuto nell’art. 17 del Patto. Il Comitato ha invertito anche in questo caso l’onere della prova e, in assenza di argomenti validi da parte dello Stato per confutarla, ha accettato la tesi dei ricorrenti secondo la quale alberi da frutta, orti, animali d’allevamento, fonti d’acqua sono componenti della “vita privata e familiare” e i mancati controlli sulle irrorazioni di pesticidi e l’incapacità delle autorità di far rispettare le norme a tutela dell’ambiente devono considerarsi un’“interferenza arbitraria” nel godimento di tale diritto e una violazione degli obblighi positivi ad esso collegati:

[...] the authors, who are *campesinos* from the same family engaged in family farming on lands owned by the State and administered by a State entity, depend on their crops, fruit trees, livestock, fishing and water resources for their livelihoods. [...] The Committee recalls that the term “home” is to be understood to indicate the place where a person resides or carries out his or her usual occupation. Further, the Committee considers that the aforementioned elements constitute components of the way of life of the authors, who have a special attachment to and dependency on the land, and that these elements

³⁶ *Ibid.*, par. 7.5.

can be considered to fall under the scope of protection of article 17 of the Covenant. In addition, the Committee considers that article 17 should not be understood as being limited to the refraining from arbitrary interference, but rather as also covering the obligation of States parties to adopt positive measures that are needed to ensure the effective exercise of this right, in the light of interference by the State authorities and physical or legal persons. In the present case, the Committee observes that the *State party did not place appropriate controls upon illegal activities that were creating pollution*. The State party's failure to discharge its *duty to protect* [...] made it possible for large-scale fumigations to continue, in contravention of internal regulations, including the use of prohibited agrochemicals, which caused not only the pollution of well water in the authors' homes [...] but also the death of fish and livestock and the loss of crops and fruit trees on the land on which the authors live and grow crops, elements that constitute components of the authors' private life, family and home. [...] *When pollution has direct repercussions on the right to one's private and family life and home, and the adverse consequences of that pollution are serious because of its intensity or duration and the physical or mental harm that it does, then the degradation of the environment may adversely affect the well-being of individuals and constitute violations of private and family life and the home.* [...] ³⁷

Il Comitato ha quindi dichiarato una violazione dell'art. 17 del Patto, ritenendo che lo Stato fosse venuto meno al proprio dovere di protezione. Alcuni commentatori³⁸ si sono soffermati sulle implicazioni della scelta terminologica ("*duty to protect*" invece di "*obligation to protect*") che potrebbe essere interpretata nel senso di leggere quanto riconosciuto

³⁷ *Ibid.*, par. 7.8 (il corsivo è aggiunto).

³⁸ Si veda il commento di Martin Sheinin all'articolo su rivista online della Reeh (*Human Rights and the Environment: The UN Human Rights Committee Affirms the Duty to Protect*) citato sopra alla nota 24, che segnala "The non-qualified notion of a 'duty to protect' may be read as a moral, rather than legal, duty. Due to the paramount place of the right to life in the moral foundations of human rights law, it is not wrong to refer to an underlying moral duty. But it would be wrong to use 'duty to protect' as a shorthand expression for the positive State obligations under the right to life. They are legal obligations, not only moral duties".

dal Comitato più come una “giustificazione morale e politica” che come un “obbligo giuridico”. È auspicabile che in futuro il Comitato chiarisca il significato che attribuisce all’espressione scelta, viste le importanti conseguenze che da ciò potrebbero discendere.

Nelle constatazioni gli art. 6 e 17 sono stati considerati violati anche in combinato disposto con l’art. 2, par. 3, del Patto per via delle indagini lacunose e carenti svolte dalle autorità a seguito delle denunce ricevute e l’assenza di processi e sanzioni nei confronti dei responsabili dell’inquinamento e dei danni causati mediante l’uso di pesticidi proibiti.

Il Comitato ha infine indicato al Paraguay le misure di riparazione da adottare: lo svolgimento di un’indagine efficace ed esaustiva sugli eventi in questione; l’imposizione di sanzioni penali ed amministrative nei confronti di tutti i responsabili; il riconoscimento di una riparazione integrale e di un adeguato risarcimento a favore dei ricorrenti; e l’adozione di misure preventive per evitare la ripetizione di simili violazioni in futuro³⁹.

In primo luogo, si può osservare che la determinazione delle misure di riparazione è forse l’aspetto più deludente delle constatazioni del Comitato, che avrebbe potuto essere decisamente più preciso e creativo, sia alla luce delle proprie linee guida in materia di misure di riparazione⁴⁰, sia prendendo ispirazione dalla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani in casi simili⁴¹. In particolare, tenendo presenti le caratteristiche del caso, misure adatte ed efficaci avrebbero dovuto essere sia di carattere individuale sia di carattere generale, e avrebbero in tal senso potuto includere l’assistenza medica a favore dei ricorrenti e, più in generale, la creazione di un programma di assistenza sanitaria e l’erogazione di cure mirate per tutti gli abitanti della colonia Yerutí; nonché la bonifica dei corsi d’acqua e dei terreni inquinati.

La mancanza di una visione di più ampio respiro della situazione e

³⁹ *Ibid.*, par. 9.

⁴⁰ Comitato dei diritti umani, *Guidelines on Measures of Reparations*, UN Doc. CCPR/C/158 del 30 novembre 2016.

⁴¹ Tra l’altro, si vedano Corte interamericana dei diritti umani, caso *Yakye Axa c. Paraguay*, sentenza del 17 giugno 2005, par. 205; caso *Sawhoyamaya c. Paraguay*, sentenza del 29 marzo 2006, par. 146; caso *Xákmok Kásek c. Paraguay*, sentenza del 24 agosto 2010, par. 323; caso *Kichwa Indigenous Peoples of Sarayaku vc Ecuador*, sentenza 27 giugno 2012, par. 293-295; e caso *Garífuna de Punta Piedra c. Honduras*, sentenza dell’8 ottobre 2015, par. 323.

di considerazione del problema nella sua dimensione integrale da parte del Comitato emerge anche dal fatto che nelle osservazioni conclusive riguardanti l'esame del rapporto periodico del Paraguay, emesse nella stessa sessione in cui sono state adottate le constatazioni sul caso *Portillo Cáceres*, non vi è menzione alcuna di tematiche ambientali, inquinamento ed obblighi positivi dello Stato⁴².

Nei due aspetti sopra indicati il Comitato ha mancato un po' di coerenza e creatività, perdendo l'occasione di trarre tutte le conseguenze del caso dai principi affermati nel commento generale n. 36 e fornire indicazioni allo Stato il più dettagliate possibili affinché rispetti i propri obblighi positivi in materia ambientale e garantisca il diritto alla vita degna delle persone sottoposte alla sua giurisdizione.

4. (segue): *il caso* Teitiota c. Nuova Zelanda

Il 24 ottobre 2019, il Comitato ha adottato le constatazioni sul caso *Teitiota c. Nuova Zelanda*, relativo ad una comunicazione presentata il 15 settembre 2015 di Ioane Teitiota, cittadino della repubblica di Kiribati che aveva chiesto – e non ottenuto – il riconoscimento dello status di rifugiato in Nuova Zelanda, ove si era recato a seguito dei gravi danni ambientali e delle tensioni sociali esplose a Kiribati per via dei cambiamenti climatici⁴³.

Prima di trasferirsi in Nuova Zelanda, il ricorrente viveva sull'isola di Tarawa, fortemente colpita dagli effetti del cambiamento climatico, specialmente in ragione dell'innalzamento del livello del mare causato dal riscaldamento globale. I terreni abitabili si sono ridotti, determinando il sovraffollamento di alcune zone dell'isola relativamente più sicure (nella parte meridionale di Tarawa nel 1947 vivevano 1641 persone, divenute 50000 nel 2010). Questo drastico cambiamento demografico ha causato una grave crisi abitativa e dispute spesso sfociate in episodi di violenza ed incidenti fatali. Nonostante a partire dal 2005 le autorità abbiano po-

⁴² Comitato dei diritti umani, *Concluding Observations on Paraguay*, UN Doc. CCPR/C/PRY/CO/4 del 26 luglio 2019.

⁴³ Comitato dei diritti umani, caso *Teitiota c. Nuova Zelanda*, UN Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016, constatazioni del 24 ottobre 2019.

sizionato 60 barriere marittime volte a contenere le acque, a Kiribati in generale, e nell’isola di Tarawa in particolare, si verificano inondazioni periodiche che, oltre a rendere inabitabili sempre più aree, hanno determinato un deterioramento delle coltivazioni, a sua volta sfociato in una crisi alimentare e un aumento dei problemi di salute ad essa correlati. Secondo ricerche effettuate da scienziati e studiosi del cambiamento climatico e prese in considerazione sia dai tribunali neozelandesi sia dal Comitato, l’intera nazione di Kiribati è destinata a sparire, sommersa dalle acque, tra 10-15 anni⁴⁴.

A fronte della situazione descritta, convinto di non avere un futuro qualora fosse restato a Kiribati, nel 2007, il Teitiota si trasferì in Nuova Zelanda e, una volta scaduto il permesso di soggiorno, richiese che gli venisse concesso asilo. La sua richiesta venne respinta una prima volta nel 2012 dall’autorità competente in materia di concessione di asilo e protezione internazionale e una seconda volta nel 2015 dal tribunale neozelandese competente in materia di immigrazione, che ordinò l’espulsione di Teitiota. La decisione fu confermata in appello e, infine, il 20 luglio 2015, dalla Corte Suprema. Il Teitiota fu espulso e costretto a tornare a Kiribati il 22 settembre 2015.

Nel prendere in considerazione la richiesta di Teitiota, facendo anche ampio riferimento alla giurisprudenza del Comitato in materia di *non refoulement*, i tribunali neozelandesi hanno esplicitamente affermato che non escludono la possibilità di interpretare la Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati (Ginevra, 1951) in senso tale da applicarla anche a casi di persone colpite da degrado ambientale, disastri naturali e cambiamento climatico ed estendere anche a costoro la protezione internazionale⁴⁵, ma hanno ritenuto che, nel caso di specie, il Teitiota non fosse riuscito a dimostrare di essere esposto ad un rischio reale ed imminente di essere sottoposto a persecuzione o di correre il pericolo di essere privato arbitrariamente della vita.

Teitiota ha presentato la propria comunicazione al Comitato il 15 settembre 2015, ovvero sei giorni prima di essere espulso dalla Nuova Ze-

⁴⁴ *Ibid.*, par. 2.4, 7.2, 9.10 e 9.12.

⁴⁵ *Ibid.*, par. 2.2, 2.8, 2.10 e 7.1. Sulla necessità di rileggere la Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati alla luce delle conseguenze del cambiamento climatico, si veda, tra l’altro, M. SCOTT, *Climate Change, Disasters and the Refugee Convention*, Cambridge, 2020.

landa. Nella comunicazione domandava al Comitato, a titolo di misura cautelare, di chiedere allo Stato convenuto di sospendere l'espulsione sino all'adozione delle constatazioni sulla sua comunicazione, nella quale lamentava che espellerlo e rimandarlo a Kiribati violasse il suo diritto alla vita, come riconosciuto all'art. 6 del Patto, per via dell'esposizione ai danni causati dal degrado ambientale. Il Comitato respinse la richiesta di misure cautelari e, come anticipato, Teitiota venne espulso⁴⁶.

Nella procedura dinnanzi al Comitato, la Nuova Zelanda ribadì ancora una volta che le decisioni dei tribunali interni nel caso di specie non fossero da interpretarsi nel senso di escludere che l'esposizione al degrado ambientale causato dal cambiamento climatico possa un giorno essere riconosciuta come meritevole di protezione internazionale⁴⁷, ma nel caso di Teitiota, costui non aveva presentato prove sufficienti dell'esistenza del pericolo denunciato. Per questo, secondo lo Stato, il Comitato avrebbe dovuto dichiarare la comunicazione inammissibile.

Il Comitato ha respinto la pretesa dello Stato, ammettendo la comunicazione e riscontrando che quanto lamentato da Teitiota non potesse considerarsi una mera congettura e gli si potesse riconoscere la qualità di "vittima" ai fini della presentazione di un ricorso:

[...] The Committee considers that in the context of attaining victim status in cases of deportation or extradition, the requirement of imminence primarily attaches to the decision to remove the individual, whereas the imminence of any anticipated harm in the receiving state influences the assessment of the real risk faced by the individual. The Committee notes in this connection that the author's claims relating to conditions on Tarawa at the time of his removal do not concern a hypothetical future harm, but a real predicament caused by lack of potable water and employment possibilities, and a threat of serious violence caused by land disputes⁴⁸.

Nel valutare il merito del caso, il Comitato ha ribadito che il rischio lamentato da colui o colei che invoca il principio di *non refoulement* deve

⁴⁶ Comitato dei diritti umani, caso *Teitiota*, cit., par. 1.2.

⁴⁷ *Ibid.*, par. 4.5.

⁴⁸ *Ibid.*, par. 8.6.

essere personale e non può fare riferimento solo alle condizioni generali esistenti nello Stato dove l’individuo verrebbe espulso, deportato o estradato, salvo nei “casi più estremi”⁴⁹. Il Comitato ha poi citato il commento generale n. 36 ed i principi ivi affermati, richiamando ancora una volta la nozione di “vita degna” e citando la giurisprudenza delle corti regionali dei diritti umani secondo la quale il degrado ambientale può compromettere gravemente il godimento del diritto alla vita⁵⁰.

Nel valutare però se quanto lamentato concretamente da Teitiota raggiungesse la soglia richiesta secondo la giurisprudenza del Comitato, quest’ultimo è giunto alle stesse conclusioni dei tribunali neozelandesi:

[...] the Committee first notes the author’s claim that the increasing scarcity of habitable land on Tarawa has led to violent land disputes that have produced fatalities. In this connection, the Committee considers that *a general situation of violence is only of sufficient intensity to create a real risk of irreparable harm under articles 6 or 7 of the Covenant in the most extreme cases, where there is a real risk of harm simply by virtue of an individual being exposed to such violence on return, or where the individual in question is in a particularly vulnerable situation*⁵¹.

Nel caso concreto, pur ritenendo del tutto fondato quanto esposto da Teitiota circa l’impossibilità di accedere ad acqua potabile, ed ammettendo le difficoltà estreme che può causare il razionamento della stessa, il Comitato ha ritenuto che il ricorrente non avesse fornito informazioni sufficienti e prove:

[...] indicating that the supply of fresh water is inaccessible, insufficient or unsafe so as to produce a reasonably foreseeable threat of a

⁴⁹ *Ibid.*, par. 9.3.

⁵⁰ *Ibid.*, par. 9.4 e 9.5. Il Comitato cita tra i precedenti le constatazioni rese nel caso *Portillo Cáceres* e, per quanto concerne la giurisprudenza internazionale, l’opinione consultiva n. 23 del 2017 e la sentenza sul caso *Kawas Fernández* della Corte interamericana; le sentenze della Corte europea sui casi *Özel e altri*, *Budayeva e altri*, *Öneryıldız*; e sul caso *Cordella e altri c. Italia* (sentenza del 24 gennaio 2019).

⁵¹ *Ibid.*, par. 9.7 (il corsivo è aggiunto).

health risk that would impair his right to enjoy a life with dignity or cause his unnatural or premature death⁵².

[...] The Committee recognizes that in certain places, the lack of alternatives to subsistence livelihoods may place individuals at a heightened risk of vulnerability to the adverse effects of climate change. However, the Committee notes the lack of information provided by the author on alternative sources of employment and on the availability of financial assistance to meet basic humanitarian needs in the Republic of Kiribati⁵³.

In conclusione, il Comitato non esclude nulla di quanto sostenuto da Teitiota, ma ritiene che quest'ultimo non abbia dimostrato di essere esposto in prima persona ad un rischio imminente di danno irreparabile. Ciononostante, il Comitato riconosce che il rischio generato dal cambiamento climatico sia diverso da altri pericoli e minacce, per via delle sue caratteristiche peculiari:

[...] Reports indicate that sudden-onset events are discrete occurrences that have an immediate and obvious impact over a period of hours or days, while slow-onset effects may have a gradual, adverse impact on livelihoods and resources over a period of months to years. Both sudden-onset events (such as intense storms and flooding) and slow-onset processes (such as sea level rise, salinization, and land degradation) can propel cross-border movement of individuals seeking protection from climate change-related harm. The Committee is of the view that without robust national and international efforts, the effects of climate change in receiving states may expose individuals to a violation of their rights under articles 6 or 7 of the Covenant, thereby triggering the *non-refoulement* obligations of sending states. Furthermore, given that *the risk of an entire country becoming submerged under water is such an extreme risk, the conditions of life in such a country may become incompatible with the right to life with dignity before the risk is realized*⁵⁴.

⁵² *Ibid.*, par. 9.8.

⁵³ *Ibid.*, par. 9.9.

⁵⁴ *Ibid.*, par. 9.11 (il corsivo è aggiunto).

Il ragionamento finale del Comitato sembra però “inconcluso” o, comunque, timido e non del tutto coerente. Dopo aver espressamente accettato quanto affermato dal ricorrente nel senso che l’innalzamento del livello del mare renderà Kiribati inabitabile e la nazione scomparirà entro 10 o 15 anni, il Comitato ha affermato che:

[...] the timeframe of 10 to 15 years, as suggested by the author, *could allow for intervening acts by the Republic of Kiribati, with the assistance of the international community, to take affirmative measures to protect and, where necessary, relocate its population.* The Committee notes that the State party’s authorities thoroughly examined this issue and found that the Republic of Kiribati was taking adaptive measures to reduce existing vulnerabilities and build resilience to climate change-related harms. Based on the information made available to it, the Committee is not in a position to conclude that the assessment of the domestic authorities that the measures by taken by the Republic of Kiribati would suffice to protect the author’s right to life under article 6 of the Covenant was clearly arbitrary or erroneous in this regard, or amounted to a denial of justice⁵⁵.

Alla luce di quanto sopra, il Comitato ha dichiarato che l’espulsione di Teitiota non ha comportato una violazione dell’art. 6 del Patto. In buona sostanza, il Comitato sembra affidarsi alla buona volontà e agli sforzi della comunità internazionale e della repubblica di Kiribati (che peraltro non è Stato parte al Patto) nella speranza che possano scongiurare un rischio – d’altro canto assodato – per la vita degli abitanti dello Stato, tra cui il ricorrente. Parrebbe che in questa valutazione il Comitato non abbia dato molto peso alla nozione di vita degna, applicando piuttosto l’idea di mera sopravvivenza, tra l’altro dipendente dall’adozione di ipotetiche misure da parte della comunità internazionale e di uno Stato destinato a sparire.

Due membri del Comitato si sono dissociati dalla maggioranza e hanno formulato voti dissenzienti, ritenendo che sussistesse una violazione dell’art. 6 del Patto. L’esperta indipendente, membro del Comitato, Vasilka Sancin ha sostenuto che si debba invertire l’onere della prova:

⁵⁵ *Ibid.*, par. 9.12 (il corsivo è aggiunto).

[...] In these circumstances, it is my opinion that it falls on the State Party, not the author, to demonstrate that the author and his family would in fact enjoy access to safe drinking (or even potable) water in Kiribati, to comply with its positive duty to protect life from risks arising from known natural hazards⁵⁶.

Anche l'esperto indipendente, membro del Comitato, Duncan Laki Muhumuza ha ritenuto irragionevole e sproporzionato l'onere della prova imposto al ricorrente⁵⁷, peraltro ritenendo che nel caso di specie l'esistenza di un rischio di danno irreparabile alla vita fosse sufficientemente plausibile ed enfatizzando che la situazione descritta da Teitiota potesse considerarsi come una forma di sopravvivenza priva di dignità. Convincente appare il ragionamento proposto dal membro del Comitato, e tristemente realistiche le sue considerazioni conclusive sulla scarsa coerenza di affidarsi speranzosi alle azioni intraprese da Kiribati o dalla comunità internazionale, tra cui la Nuova Zelanda:

[...] It would indeed be counterintuitive to the protection of life, to wait for deaths to be very frequent and considerable; in order to consider the threshold of risk as met⁵⁸.

[...] while it is laudable that Kiribati is taking adaptive measures to reduce the existing vulnerabilities and address the evils of climate change, it is clear that the situation of life continues to be inconsistent with the standards of dignity for the author, as required under the Covenant. The fact that this is a reality for many others in the country, does not make it any more dignified for the persons living in such conditions. New Zealand's action is more like forcing a drowning person back into a sinking vessel, with the "justification" that after all there are other voyagers on board. Even as Kiribati does what it takes to address the conditions; for as long as they remain dire, the life and dignity of persons remains at risk⁵⁹.

⁵⁶ *Ibid.*, voto dissenziente di Vasilka Sancin, par. 5.

⁵⁷ *Ibid.*, voto dissenziente di Duncan Laki Muhumuza, par. 1.

⁵⁸ *Ibid.*, par. 5.

⁵⁹ *Ibid.*, par. 6.

Le constatazioni emesse dal Comitato sul caso *Teitiota* hanno suscitato un certo clamore e sono state definite “rivoluzionarie”⁶⁰. Se è innegabile che l’apertura al riconoscimento dei cosiddetti “rifugiati climatici”⁶¹ è in effetti una svolta epocale che può produrre importanti ricadute a livello nazionale ed internazionale, altro rimane da fare e nuovi criteri da adottare per comprendere le implicazioni di un fenomeno di natura globale quale il cambiamento climatico e gli obblighi che esso determina in capo agli Stati, e per dare un senso concreto in questo scenario senza precedenti all’espressione “vita degna”.

5. Conclusioni

A partire dall’adozione del commento generale n. 36 nel 2018, il Comitato sembra avere inaugurato una nuova “stagione dell’ambiente”, caratterizzata dal riconoscimento dell’inscindibile relazione tra il godimento dei diritti umani fondamentali – e, in particolare, il diritto ad una vita degna – e la tutela dell’ambiente. Nonostante il commento generale n. 36 chiarisca gli obblighi positivi in capo agli Stati parte al Patto, questi non sono ancora stati incorporati in modo sistematico nell’esame dei rapporti periodici degli Stati. Serve quindi un maggiore sforzo da parte di tutti gli attori coinvolti nella procedura (organizzazioni non governative, Stati, istituzioni nazionali di tutela dei diritti umani e il Comitato stesso) affinché ci possa essere una maggior coerenza nel controllo effettuato dal Comitato e nelle raccomandazioni adottate. Qualora questo avvenisse, si tratterebbe di un contributo significativo all’armonizzazione dei parametri internazionalmente riconosciuti in materia ambientale.

Per il momento, le constatazioni rese dal Comitato sulle comunicazioni individuali contengono i principali elementi di interesse, in quanto

⁶⁰ Si vedano, tra l’altro, G. REEH, *Climate Change in the Human Rights Committee*, in *EJIL:Talk!*, 2020; E. WASUKA, *Landmark Decision from UN Human Rights Committee Paves the Way for Climate Refugees*, in *ABC News*, 2020; M. CULLEN, *The UN Human Rights Committee’s Recent Decision on Climate Displacement*, in *Asylum Insights*, 2020; e K. LYONS, *Climate Refugees Can’t Be Returned Home, Says Landmark UN Human Rights Ruling*, in *The Guardian*, 2020.

⁶¹ Sulla questione dei “rifugiati ambientali”, si veda, tra l’altro, S. BEHRMAN, A. KENT (a cura di), *“Climate Refugees” – Beyond the Legal Impasse?*, Abingdon, 2018.

mostrano la possibilità di dare un'applicazione concreta ai principi affermati nel commento generale n. 36, stabilendo la responsabilità internazionale dello Stato in caso di violazione e indicando misure di riparazione specifiche. Le constatazioni rese nei due casi qui analizzati sono per molti versi innovative, pur rimanendo, come si è segnalato, ampi margini di ulteriore sviluppo.

Se sino ad ora sono state le corti regionali dei diritti umani a pronunciarsi su casi nei quali gli Stati convenuti si erano resi responsabili di violazioni connesse alla tutela dell'ambiente e al diritto ad un ambiente salubre, grazie alle constatazioni analizzate in questo contributo, ora anche il Comitato si presenta come un foro presso il quale fare valere i propri diritti fondamentali a fronte di violazioni connesse alla mancata tutela dell'ambiente. Per quanto il Comitato sia solo un organismo quasi-giudiziario e le sue constatazioni non abbiano un valore comparabile a quello delle sentenze delle corti regionali, la sua competenza geografica è molto più estesa (ad oggi, il Patto ha 173 Stati parte, 116 dei quali hanno accettato la competenza del Comitato a ricevere comunicazioni individuali): tale circostanza offre quindi la possibilità di lamentare la violazione dei diritti fondamentali a molti più individui e nei confronti di Stati non soggetti alla competenza di corti regionali.

La nuova "stagione" del Comitato per quanto concerne l'attenzione alle tematiche ambientali, incluso il cambiamento climatico, è da salutare con favore, nella speranza che non sia di breve durata e che, anzi, porti tutti i frutti che possono – e devono – generare, il riconoscimento del diritto di ciascuno ad una "vita degna" e i corrispondenti obblighi internazionali degli Stati.

*Abstract**Human Rights Committee - general comment - climate change
refugees - dignified life*

The International Covenant on Civil and Political Rights does not contain any provision explicitly acknowledging the human right to a safe and healthy environment nor does it spell out in detail the States parties’ obligations in this regard. Accordingly, for many years the Human Rights Committee has been silent on these subjects. The situation changed in 2018 with the adoption of the general comment n. 36 on the right to life, which recognises the ‘entitlement of individuals to be free from acts and omissions that are intended or may be expected to cause their unnatural or premature death, as well as to enjoy a life with dignity’. In this realm, the Human Rights Committee elucidates the States’ duty to take positive measures to protect the life of individuals under their jurisdiction, including vis-à-vis conducts or omissions originating from private persons and entities. In its general comment n. 36, the Human Rights Committee recalls the precautionary approach and further elaborates on ‘the duty to protect and address threats’ that may impair the enjoyment of the right to life with dignity, including degradation of the environment and climate change. In 2019, the Human Rights Committee issued its Views on two individual communications, respectively against Paraguay and New Zealand. The Committee’s landmark decisions concern, on the one hand, the breach of the ‘duty to protect’ in the face of the environmental damage caused by large-scale fumigations of pesticides, and, on the other, States parties’ obligations towards individuals seeking asylum from the effects of climate change, thus opening the door to the recognition of ‘climate change refugees’. The contribution analyses the recent developments in the Committee’s jurisprudence, considering their potential implications at the national and international levels, and assessing whether there is room for further progress to ensure that this ‘environmental season’ of the Committee is as fruitful and effective as possible and hopefully not short-lived.

Judicial Review of Agency Decisions - Designation of Critical Habitat or Disguised Land-Grabbing?*

KATHERINE PICCOLO

1. Preliminary remarks. – 2. The ruling. – 3. What is “habitat”? – 4. Agency discretion under the Endangered Species Act. – 5. The Endangered Species Act v. the 5th Amendment. – 6. An Italian perspective. – 7. Concluding remarks.

1. Preliminary remarks

In the words of Franklin D. Roosevelt, “a nation that destroys its soils destroys itself.” Both the U.S. and Europe have environmental protection laws and have established agencies to conserve threatened and endangered species. As such, it appears that lawmakers on both sides of the Atlantic recognize that biodiversity and species conservation are matters of public interest. At the same time, just like fish need water and birds need trees, humans have habitat requirements too. But who decides – and on what basis – which species we can afford to make extinct and which ones are worth saving? Can we place a monetary value on biodiversity, and do gains from urban development really outweigh the costs of wildlife conservation? These are questions that courts must implicitly answer when faced with a habitat designation dispute.

If the Endangered Species Act (ESA) is to the United States what the

* Contribution submitted to peer review.

Habitats Directive (Council Directive 92/43/EEC¹) is to Europe², then *Weyerhaeuser Company v. United States Fish and Wildlife Service*³ offers insight into the role of judicial review of agency decisions in ensuring that public agencies adequately justify their actions. Indeed, *Weyerhaeuser* is emblematic of public concern about the lack of judicial oversight of agency action and the vulnerability of property rights to government land grabbing. On the other hand, in order for endangered species to be recovered, they need a place to live⁴.

Whether a parcel of land may be designated as critical habitat in Europe or the U.S. depends on the presence of certain biological and/or physical characteristics. However, the assessment process for designation includes a variety of factors (*e.g.*, economic, social, cultural, and regional) that inevitably vary from region to region. In other words, the flora and fauna worthy of protection in Italy or California may not be worthy of protection in Germany or Colorado, and vice-versa. Combine this with the lack of clearly defined technical terms, the ESA and Habitats Directive are, to varying degrees, vague and ambiguous to those seeking guidance⁵.

That said, the current contribution considers whether a broad definition of habitat may be inferred from that of *critical* habitat established

¹ Implemented by Italian Presidential Decree No. 357/1997 as amended by Presidential Decree No. 120/2003.

² Both aim to recover imperiled species and the habitats on which they depend by designating certain areas as critical habitat, and thereby pose an obstacle to developers who wish to use such land for their commercial interests.

³ *Weyerhaeuser Co. v. United States Fish & Wildlife Service*, 139 S. Ct. 361 (2018).

⁴ *Weyerhaeuser* is also significant from a precedential standpoint: agency decisions will be increasingly vulnerable after *Weyerhaeuser*. E. M. Gilmer & E&E News, *Endangered Species: The Supreme Court's latest ruling isn't just about a frog politics: How do you shift Republicans on climate? Be nice*, Wednesday, September 6, 2017 (2018), available online. In other words, the U.S. Supreme Court's decision sets the stage for increased judicial scrutiny of agency action.

⁵ See C. LASÉN DIAZ, *The EC Habitats Directive Approaches its Tenth Anniversary: An Overview*, in *10 Rev. Eur. Comp. & Int'l Env'tl. L.*, 2001, p. 287 (discussing the Habitats Directive in general, including implementation problems). See also, Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, *Manuale nazionale di interpretazione degli habitat* and Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, *Attuazione della Direttiva Habitat e stato di conservazione di habitat e specie in Italia*, 2008, both available online.

under the ESA. By deducing a definition of habitat from a combined reading of paragraphs (i) and (ii) of § 3(5)(A) ESA, it is possible to evaluate whether the Fish and Wildlife Service (“FWS” or the “Service”) arbitrarily or imprudently exercised its discretion. One must thus inquire whether an established decision-making procedure exists, and if it is adequate to protect landowners from abuse of discretionary power by government agencies without losing sight of Congress’ intent. This research surmises that no apparent useful criteria exist to evaluate which endangered or threatened species to protect over another, suggesting that Congress intended to allocate broad discretionary power to the Service in order to reverse the effects of untampered development. As such, it is imaginable that the established decision-making procedure could be flawed – that is where judicial review comes into play.

In this context, *Weyerhaeuser* appears to represent a controversial break with the Chevron Doctrine in order to safeguard property owners from ESA regulations that potentially violate the takings clause of the Fifth Amendment. In the Italian/European context, like in the U.S. one, the implementation and effectiveness of the Habitats Directive is up to the governments of Member States and at the mercy of the European Court of Justice (ECJ). Consequently, despite the formal differences between legal systems, it appears that both U.S. and Italian/European courts balance public and private interests, no matter how manifest the lawmakers’ intent.

It is significant that strict designation criteria and a narrow definition of habitat are absent from both American and European/Italian environmental law, which allows environmental protection authorities to adopt flexible measures to protect biodiversity in accordance with changing scientific information. The U.S. Supreme Court’s failure to substantially rule on the issue is therefore noteworthy as it sends a warning to government agencies that they should act within the same principles as other adjudicating bodies – their decisions must be substantiated by reasonable determinations, backed up by hard facts and transparent considerations. For Europe, *Weyerhaeuser* illustrates the importance of government oversight and drafting clear provisions related to habitat conservation measures.

2. *The ruling*

Weyerhaeuser is a case involving the Service's designation of critical habitat for the dusky gopher frog in Louisiana. The case centers around disagreement concerning whether a 1,544-acre parcel of private land ("Unit 1") can be lawfully designated as "unoccupied critical habitat" under § 3(5)(A)(ii) ESA. According to *Weyerhaeuser* and a group of landowners that challenged the designation, the costs of designation outweigh the benefits of exclusion, and Unit 1 cannot be designated as unoccupied critical habitat because it is not habitat. The Service, on the other hand, asserted that Unit 1 met the habitat criteria under the ESA – its decision being discretionary, and thus unreviewable.

On November 27, 2018 the Court disagreed with the lower court's ruling and unanimously held that, for the Service to designate an area as "critical habitat" of an endangered species, the area in question must be "habitat." In doing so, the Court implicitly ruled in favor of commercial interests, finding the government had too much leeway. Consequently, the Court vacated the previous judgment and ordered the 5th U.S. Circuit Court of Appeals to reconsider the Service's decision to include Unit 1 in its designation⁶.

This case is emblematic of public concern about the lack of judicial oversight of agency action. Private landowners fear that without judicial scrutiny of government decisions "there is no parcel of land in the United States that could not, with sufficient improvement, be made habitable for virtually any species,"⁷ making property rights vulnerable to government land grabbing⁸. At the same time, there are fewer than 100 dusky

⁶ *Ibid.*

⁷ Indianz, *Cronkite News: Supreme Court rules in endangered frog case Indianz*, 2018, available online (last visited Jan 10, 2019).

⁸ Land grabbing is a phenomenon that relates to the acquisition of land under certain unlawful conditions. In the context of this article, however, the term has been used loosely to describe a perceived abuse by the U.S. government in the exercise of its regulatory power. In this sense, so-called "government land grabbing" is more accurately termed a "regulatory taking". Regulatory takings are sometimes called "implicit takings". See J.E. KRIER; S. E. STERK, *An Empirical Study of Implicit Takings*, in *58 Wm. & Mary L. Rev.* 35, 2016, p. 40: "Many so-called regulatory takings have nothing whatsoever to do with regulation, whether legislative or administrative, and regulation is not treated as a distinctive category of activity in the doctrine developed by the

gopher frogs left, making it one of the world's most endangered species – “if we ever want to change that, the species will need a place to live”⁹.

There is also unease regarding the precedential effects¹⁰ of this decision. For instance, in another pending case challenging the designation of critical habitat for jaguars in New Mexico,¹¹ the *Weyerhaeuser* case could support overturning agency actions involving designation of thousands of acres of critical habitat for endangered species who innately roam, or could play a pivotal role in nullifying ozone standards and repealing the Clean Air Act¹². And even if *Weyerhaeuser* were not precedential, it will likely influence future agency decisions: *Weyerhaeuser* paves the way to challenge the Service's denial of state permits issued under the Clean Water Act, or petitions under the Data Quality Act. Additionally, the Service's determinations of who must meet renewable fuel standards will be increasingly vulnerable after *Weyerhaeuser*.¹³ Therefore, the U.S.

Supreme Court”; and J. R. KRIER, *Judicial Takings: Musings on Stop the Beach*, in 3 *Bringham-Kanner Prop. Rts. Conf. J.*, 2014, p. 217, 218 (explaining the notion of implicit takings) contra T. W. MERRILL, *Anticipatory Remedies for Takings*, in 128 *Harv. L. Rev.* 1630, 2015, p. 1637. For a literature review on land grabbing, see A. CARROCCIO et al., *The land grabbing in the international scenario: the role of the EU in land grabbing*. In 4 *Agricultural and Food Economics*, 2016, pp. 1-3; see also K. BAKER-SMITH; S. BORUSS MIKLOS ATTILA, *What is Land Grabbing? a critical review of existing definitions*, in *Eco Rurales*, 2016. On regulatory takings, see note 42 below.

⁹ Indianz, *Cronkite News: Supreme Court rules in endangered frog case Indianz*, 2018, available online (last visited Jan 10, 2019).

¹⁰ It should be noted that on July 3, 2019, the FWS agreed to the U.S. District Court for the Eastern District of Louisiana's consent decree and ended its opposition to the challenging of designation of critical habitat. Pacific Legal Foundation. 2020. *Final Victory For Edward Poitevent And Property Rights* | Pacific Legal Foundation. Available online (Accessed 12 February 2020).

¹¹ See *N.M. Farm & Livestock Bureau v. United States DOI*, 2017 U.S. Dist. Lexis 177250.

¹² In 2008, the Environmental Protection Agency (EPA) set standards to reduce ozone and improve air quality. The program was to be multi-state, but the agency let its August 2017 deadline run without adapting to new standards. Consequently, New York and Connecticut sued the EPA in January 2018 requesting an injunction to create ozone plans for (neighboring) states that most impact New York and Connecticut's air quality, using the *Weyerhaeuser* case to substantiate their claims. See O. ROSANE, *Judge Orders EPA to Comply With Clean Air Act in Ozone Lawsuit EcoWatch*, 2019, available online. See also EPA Ordered to Act on Plans to Cut Spread of Pollution (Correct) - The Boston Globe, 2018, available online (last visited Feb 5, 2019).

¹³ E.M. GILMER & E&E News, *Endangered Species: the Supreme court's latest rul-*

Supreme Court's decision sets the stage for increased judicial scrutiny of agency action, making the *Weyerhaeuser* case significant because it may be used liberally to challenge a wide range of government decisions.

3. *What is "habitat"?*

There cannot be an abuse of discretion without established decision-making criteria. And the more ambiguous, less stringent the criteria, the more room for abuse of discretion. This is the rationale for the Court's reversal of the lower court's decision. Indeed, the Court reasoned the process for designating an area as critical habitat was flawed, as the ESA authorized the Service to identify "critical habitat" without first establishing what constitutes habitat in general. For this reason, we must consider the definition of "habitat" before addressing the Service's exercise of discretion.

It is undisputed that the ESA does not provide a legal definition of "habitat." Instead, its definition must be deduced from a combined reading of paragraphs (i) and (ii) of § 3(5)(A) ESA, which define "critical habitat"¹⁴.

By comparing paragraphs (i) and (ii) one can infer "habitat" is "the geographical area on which are found those physical or biological features where a species may¹⁵ live." Such interpretation means that if a parcel of land lacks the physical or biological features to support a species, it

ing isn't just about a frog politics: how do you shift republicans on climate?, in *be nice -- wednesday*, september 6, 201, available online (last visited Feb 7, 2019).

¹⁴ It must be remembered that the definition of "habitat" is subject to interpretation by the various authorities charged with enforcing applicable law. In the U.S., the FWS is entrusted with this task, whereas – in Europe – the competent authority varies by Member State. In Italy, the Ministry of the Environment, Land and Sea Protection has published manuals/guides to facilitate correct interpretation of the vague provisions of the Habitats Directive, thereby limiting public administration discretion and adhering to the principle of legality, see *supra* at note 5 and *infra* at notes 108-109. Still, it does not appear that decisions are made differently in Italy and the U.S.; the interpretation of the law is problematic in both countries.

¹⁵ It is important to clarify that, in this context, the words "may live" mean "is possibly located" (not "be able to survive"), based on the distinction between occupied and unoccupied critical habitat.

is irrelevant whether the land may be modified to foster the species' conservation: lack of the necessary physical elements¹⁶ preclude biological elements¹⁷ from taking hold, and effectively thwart efforts to transform an area. Additionally, the Act defines "critical habitat" (and implicitly also "habitat") as a geographical area that includes certain "physical *or* biological features" (emphasis added). Congress' use of the word "or" rather than "and" is significant because it allows increased flexibility in designation of critical habitat areas and implies that a designated parcel of land may require intervention¹⁸ (e.g., the removal of trees) to provide actual habitat for a species¹⁹. Moreover, the use of the word "essential" is meaningful because Unit 1 possesses rare ephemeral ponds required for the dusky gopher frog to reproduce; if the species cannot breed, it will become extinct, making these ponds – and consequently the land on which they sit – "essential for the conservation of the species."

In this context, one must distinguish between "sufficiency" and "necessity."²⁰ This distinction is important because land need not be entirely sufficient for species continuation. Accordingly, it is lawful to designate

¹⁶ Including air, soil, water and climatic factors, such as temperature, pressure, rainfall, sunlight, wind, etc. Learning Simplified, *Elements of Environment World's Fastest Growing Educational Portal*, available online (last visited Feb 27, 2019) (distinguishing between physical and biological elements of environment).

¹⁷ I.e., living organisms, such as plants and animals (including human beings). *Id.*

¹⁸ This assertion is consistent with the Service's proposal to revise critical habitat provisions of the ESA. See *Critical thinking: ESA critical habitat's ongoing redefinition American Bar Association*, available online (last visited Feb 7, 2019) (reporting that, in 2016, the Service revised rules governing the implementation of the ESA's critical habitat provisions, for example, to include "habitat that has the potential to support recovery of listed species if developed and improved". 81 Fed. Reg. 7,214; 7,413). See also <http://www.regulations.gov> at Docket No. FWS-HQ-ES-2012-0096, last accessed 19 March 2019: (summarizing the proposed revisions to critical habitat provisions of the ESA).

¹⁹ According to Simmons, unoccupied critical habitat is area that the Secretary determines may become necessary to the species in the future (R. T. SIMMONS, *Property Rights and the Endangered Species Act*, in 9 *Institute for Research on the Economics of Taxation* (IRET), 2002, p. 2-3). This view is consistent with the Service's motivation for designating an additional, unoccupied area located at a considerable distance from the current populations of dusky gopher frogs: it may become essential for the species in the event weather conditions pose a threat to the continuation of the species.

²⁰ For the purposes of this contribution, land that is "sufficient" for species conservation means land that possesses *all* the elements required for the species to continue.

an insufficient plot of land with the physical features required to further a species, provided it possesses features “essential for the conservation of the species.”²¹ For *Weyerhaeuser*, this means that if Unit 1 possesses air, soil and water conditions, as well as climatic factors necessary to restore the area to its historical state, then Unit 1 need not be inhabitable in its current state to still be habitat for the dusky gopher frog²².

These observations are significant for three reasons. First, they suggest that whether Unit 1 may be modified to create a biological habitat suitable for the conservation of the dusky gopher frog is immaterial – the lack of certain physical conditions precludes establishment of biological conditions required to constitute a viable habitat. Second, they legitimize the Service’s actions. And third, they are consistent with the purpose of the ESA²³.

“Necessary” land, on the other hand, possesses the specific features required (*i.e.*, ones that are indispensable and unable to be reproduced) for the species to continue.

²¹ In a nutshell, if no lasting habitat can be established, then agency action to create such habitat would be irrational and capricious. However, this cannot be ascertained in the present case as no concrete efforts have been made to relocate the dusky gopher frogs to Unit 1.

²² See also <http://www.regulations.gov> at Docket No. FWS-HQ-ES-2012-0096, last accessed 19 March 2019, available online (“We also propose a definition for the term ‘physical or biological features.’ the Services could conclude that essential physical or biological features exist in a specific area even in the temporary absence of suitable vegetation, and could designate such an area as critical habitat if all of the other applicable requirements were met and if there were documented occurrences of the particular habitat type in the area and a reasonable expectation of that habitat occurring again”).

²³ “Passage of this measure today will be one more significant step toward righting a serious wrong. Simply stated – many of the thousands of animal species that have disappeared from the face of the Earth have gone because of the interference of mankind. Nearly a thousand species are endangered today because of man’s interference with natural habitats, because of his greed, and because he fouls the air and the waters.” U.S. Representative Annunzio, 119 CONG. REC. 30,166 (1973). See also A. ARMSTRONG, *Critical Habitat Designations under the Endangered Species Act: Giving Meaning to the Requirements for Habitat Protection*, in *10 Southeastern Environmental Law Journal*, 2002: “The designation of this unoccupied habitat provides protection that Congress intended in promulgating the ESA because it promotes the ESA goal of conservation or recovery of the species. Some argue that designation of critical habitat is the only way that critical habitat can give additional protection beyond listing, and, therefore, the FWS and NMFS should only designate this unoccupied habitat. However, designation of occupied habitat does provide additional benefits to the listed species beyond the protections afforded by listing.”

Moreover, it is counterproductive, contrary to the spirit of the law, and inconsistent with the reality of hard science to establish a single definition of habitat. Counterproductive because it strips the ESA of efficacy: critical habitat is one of the Act's most powerful provisions²⁴. Contrary to the spirit of the law because the definition must be adequately vague to be applicable to a variety of situations, as well as to evolve over time²⁵. And inconsistent with the reality of the science because there is no agreement – within academia or otherwise – about what constitutes habitat (“habitat must be understood broadly to evaluate effectively and accurately species’ needs”²⁶), making it absurd to establish a concrete definition.

Under the ESA, if critical habitat may require special management²⁷, and “special management” may include activities like routine removal of certain elements that jeopardize a species’ survival, then unoccupied critical habitat – as a subcategory of critical habitat – may also require special management to allow for species recovery. That is, “special manage-

²⁴ J. SALZMAN, *Evolution and Application of Critical Habitat Under the Endangered Species Act*, in 14 *Harvard Environmental Law Review*, 1990, p. 311–342, 312, available online (last visited Jan 25, 2019). *Consider the Dusky Gopher Frog National Review*, available online (last visited Mar 20, 2019): “arguably the most powerful environmental law in the U.S. code”; see also S. QUARLES; B. WAHLBERG; S. WELLS, *Critical Habitat in Critical Condition: Can Controversial New Rules Revive It*, in 30 *Nat. Resources & Env't* 2015, p. 8-9 (citing the Service’s proposed amendments to replace the “destruction or adverse modification” provision of the ESA – which was declared invalid by the Fifth Circuit in 2001, *Sierra Club v. U.S. Fish & Wildlife Serv.*, 245 F.3d 434, 441-42 (5th Cir. 2001), and by the Ninth Circuit in 2004, *Gifford Pinchot Task Force v. USFWS*, 378 F.3d 1059 (9th Cir. 2004) – with new sets of rules that potentially expend the Service’s discretionary power to protect critical habitat and achieve conservation and recovery of listed species under the ESA).

²⁵ It is noteworthy that even the scientific community is opposed to establishing a narrow definition of habitat. This assertion is substantiated by a submission made in an *amicus* brief to the Supreme Court in *Weyerhaeuser* in which a group of scientists states that “habitat must be understood broadly to evaluate effectively and accurately species’ needs” (Brief of Amici Curiae Scientists in Support of Respondents at 15, *Weyerhaeuser Co. v. United States Fish and Wildlife Service*, 139 S. Ct. (2018) [hereinafter Scientists’ Brief for Respondents]). Thus a narrow legal definition of habitat could potentially impact the value of scientific findings in practice.

²⁶ Scientists’ Brief for Respondents at 13.

²⁷ § 3(5)(A) ESA.

ment” may be interpreted to mean “modification” of designated areas²⁸. This interpretation is consistent with the rationale²⁹ of § 3(5)(A)(ii) ESA and the basis for the Service’s additional designation: to provide alternative habitat for the dusky gopher frog should its current habitat become affected by weather. More importantly, such interpretation is consistent with the terms “conserve,” “conserving,” and “conservation” under § 3 ESA³⁰, and the definition of “action” under 50 CFR § 402.02.³¹ Therefore, the Service’s action was within the law, which supports a broad interpretation of critical habitat.

²⁸ The extent of biodiversity conservation and landscape diversity largely depends on the legal instruments adopted by governments to such end. On the relationship between legal instruments and biodiversity loss, comparing the legal instruments applied in the EU and the U.S. to protect biological and landscape diversity, see J. M. VERSCHUUREN, *Effectiveness of Nature Protection Legislation in the European Union and the United States: The Habitats Directive and the Endangered Species Act*, In: M. DIETERICH and J. VAN DER STRAATEN, (ed.), *Cultural Landscapes and Land Use: The Nature Conservation-Society Interface*. Dordrecht/Boston/London, 2004, pp. 39-67. See also Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, *Manuale per la gestione dei Siti Natura 2000*, pp. 185-200 (describing how site management plans in Italy are developed, in consideration of designated areas); European Commission, *La gestione dei siti della rete natura 2000: guida all’interpretazione dell’articolo 6 della direttiva <<Habitat>> 92/43/CEE*, Belgium, 2000 (illustrating the various aspects of the site designation process, including assessment of aspects of public interest and compensatory measures).

²⁹ *I.e.*, if the current range of critical habitat is inadequate to ensure conservation of the species, unoccupied areas may be designated. States Challenge New Endangered Species Act Regulations, *Food & Ag Law Insights*, 2019, available online (last visited Mar 7, 2019).

³⁰ “The terms ‘conserve’, ‘conserving’, and ‘conservation’ mean to use and the use of all methods and procedures which are necessary to bring any endangered species or threatened species to the point at which the measures provided pursuant to this chapter are no longer necessary. Such methods and procedures include, but are not limited to, all activities associated with scientific resources management such as research, census, law enforcement, habitat acquisition and maintenance, propagation, live trapping, and transplantation, and, in the extraordinary case where population pressures within a given ecosystem cannot be otherwise relieved, may include regulated taking.” 16 U.S. Code § 1532(3).

³¹ “Action means all activities or programs of any kind authorized, funded, or carried out, in whole or in part, by Federal agencies in the United States or upon the high seas. Examples include, but are not limited to: (a) actions intended to conserve listed species or their habitat;...actions directly or indirectly causing modifications to the land, water, or air.” 50 CFR § 402.02.

4. *Agency discretion under the Endangered Species Act*

The second issue centers on the Service's alleged abuse of discretion. In particular, the Court held that government decisions are not immune from judicial review and substantially invalidated Congress' allocation of power to the FWS by ordering the 5th Circuit Court of Appeals to substitute the Service and evaluate whether the economic impact of designation outweighs the benefits of exclusion. However, it will be illustrated that (1) the Service did not abuse its discretion, (2) agency discretion as to the substance of a decision is different from the decision's reviewability for failure to follow established decision-making procedure, and (3) the wording of § 7 ESA means non designated parcels can still be affected.

1. The Service did not abuse its discretion.

As discussed in section 2, unoccupied critical habitat is uninhabited land that is "essential for the conservation of the species"³². This means designated land must be both "essential" and equipped for species conservation³³, and not merely "sufficient". As the phrase "essential" to species conservation is flexible, courts tend to require the Service to clearly identify the features that fall within the ESA³⁴. As such, the Service must consider (1) space for population growth; (2) nutritional require-

³² 16 U.S.C.A. § 1532(5)(A)(ii)

³³ § 3 ESA defines the term "critical habitat" and establishes the elements required for critical habitat designations. Case law illustrates that courts require that each element of this statutory definition be satisfied for a critical habitat designation to be valid. *Cape Hatteras Access Preservation Alliance v. U.S. Dep't of the Interior*, 344 F. Supp. 2d 108 (D.D.C. 2004); *Home Builders Ass'n of N. Cal. v. U.S. Fish & Wildlife Serv.*, 268 F. Supp. 2d 1197 (E.D. Cal. 2003). With reference to unoccupied critical habitat designations, these decisions hold that such designations are unreviewable where the Service has determined that "they, in their entirety, are essential for the conservation of the species; and relied on the best scientific and commercial data available in making all of these determinations" (Steven Quarles; Brooke Wahlberg; Sarah Wells, *Critical Habitat in Critical Condition: Can Controversial New Rules Revive It*, 30 NAT. RESOURCES & ENV'T 8, 9-10 (2015)).

³⁴ *Cape Hatteras Access Preservation Alliance v. U.S. Dep't of the Interior*, 344 F. Supp. 2d 108 (D.D.C. 2004); *Home Builders Ass'n v. U.S. Fish Wildlife*, 268 F. Supp. 2d 1197 (E.D. Cal. 2003); see also Steven Quarles; Brooke Wahlberg; Sarah Wells, *Critical*

ments (food, water, air, light, minerals); (3) adequate shelter; (4) sites for breeding; (5) areas protected from disturbance or representative of the species' historical distribution³⁵. In *Weyerhaeuser*, the Service, relying on scientific evidence, identified Unit 1 as possessing these "essential" characteristics³⁶. Arguably, whether an unoccupied parcel is "essential"

Habitat in Critical Condition: Can Controversial New Rules Revive It, 30 NAT. RESOURCES & ENV'T 8, 9 (2015).

³⁵ "In determining what areas are critical habitat, the Secretary shall consider those physical and biological features that are essential to the conservation of a given species and that may require special management considerations or protection. Such requirements include, but are not limited to the following: (1) Space for individual and population growth, and for normal behavior; (2) Food, water, air, light, minerals, or other nutritional or physiological requirements; (3) Cover or shelter; (4) Sites for breeding, reproduction, rearing of offspring, germination, or seed dispersal; and generally; (5) Habitats that are protected from disturbance or are representative of the historic geographical and ecological distributions of a species." FISH AND WILDLIFE SERVICE OFFICIAL WEB PAGE OF THE U S FISH AND WILDLIFE SERVICE, <https://www.fws.gov/yreka/criticalhabitat.html> (last visited Apr 1, 2019) (citing § 3(5)(A)(i) ESA and the regulations at 50 CFR § 424.12(b)).

When considering the designation of critical habitat, the Secretary shall focus on the principal biological or physical constituent elements within the defined area that are essential to the conservation of the species. Known primary constituent elements shall be listed with the critical habitat description. Primary constituent elements may include, but are not limited to, the following: roost sites, nesting grounds, spawning sites, feeding sites, seasonal wetland or dryland, water quality or quantity, host species or plant pollinator, geological formation, vegetation type, tide, and specific soil types." 50 CFR § 424.12(b).

As far as the European context is concerned, before Case C-57/89 *Commission v. Germany* [1991] ECRI-883 (the so-called *Leybucht* case), which introduced the exception provided under Article 6(4) of the Habitats Directive, the precautionary principle expressed by applicable law often resulted in the enjoining of projects deemed to pose harm to biodiversity. Nonetheless, the ECJ tends not to apply the exception, see *infra* at note 109. Additionally, the criteria used to identify and assess habitat under the Habitats Directive is also controversial, see Thomas Campagnano et al., *Identifying Habitat Type Conservation Priorities under the Habitats Directive: Application to Two Italian Biogeographical Regions*, 10 Sustainability (2018); H. JOSEFSSON, *The Simplification of Biological Diversity in International and EU Law*, in 10 Sustainability, 2018.

³⁶ See Scientists' Brief for Respondents; see also "The service concluded that the site met the statutory definition of unoccupied critical habitat because of its rare, high-quality breeding ponds and its distance from existing frog populations made it essential for the conservation of the species." 139 S. Ct. 366, 2018, *Contra*, "[Weyerhaeuser] contended that Unit 1 could not be critical habitat for the dusky gopher frog because the frog could not survive there: Survival would require replacing the closed-canopy timber

to species conservation and recovery depends on whether nearby land may reasonably achieve the same goals. Here, the essentiality of Unit 1 for the dusky gopher frog must be compared to surrounding areas (none of which possess essential habitat features³⁷)³⁸. Therefore, the presence of natural ephemeral ponds makes Unit 1 unique, which justifies the Service's designation, and makes it clear that the Service's action was not arbitrary.

The area's historical significance must also be discussed. It is undisputed Unit 1 was the species' historical habitat until around 1965³⁹. The fact that naturally occurring conditions for species conservation existed on Unit 1 suggests the dusky gopher frog is more likely to survive on these familiar grounds than a foreign area. Also, habitat under the ESA is not limited by time in that the ESA does not exclude historical habitat

plantation encircling the ponds with an open-canopy longleaf pine forest.”, in 139 S. Ct. 367, 2018, (reflecting argument that, although the parcel possesses some important characteristics, it lacks important features: open-canopy forest).

³⁷ See Brief of Amici Curiae Environmental Law Professors in Support of Federal Respondents and Intervenor-respondents at 26, *Weyerhaeuser Co. v. United States Fish & Wildlife Service*, 139 S. Ct. 361, 2018, (No. 17-71) [hereinafter Brief of Environmental Law Professors] (citing R.A. THOMAS; G. BALLEW, *Survey for Dusky Gopher Frog (Rana capito sevosa)*, in *Populations in St. Tammany Parish, Louisiana: 1996-1997, 1997*, at 4); see also Brief for Gopher Frog Experts as Amici Curiae Supporting Federal Respondents and Intervenor-respondents at 13, 16 *Weyerhaeuser Co. v. United States Fish & Wildlife Service*, 139 S. Ct. 361 (2018) (No. 17-71) [hereinafter Amicus Brief of Gopher Frog Experts] (citing JA 160 “In fact, no group of five ponds such as these was found in any of the areas of historical occurrence that we have searched in Mississippi” and JA 125 describing unsuccessful searches for similar pond habitat in Alabama, described as unsuitable).

³⁸ Additionally, Unit 1 was a more cost-effective choice for the Service because (provided physical conditions were met) natural plant-life can be modified, while man-made, ephemeral ponds are expensive to maintain, and the scientific community advises against their utilization where natural ones are available. “Using vernal pool creation as a mitigation option should be a last resort (*i.e.*, when elimination of natural pools is unavoidable)” A.J.K. CALHOUN et al., *Creating Successful Vernal Pools: A Literature Review and Advice for Practitioners*, in 34 *WETLANDS* 1027–1038, 2014, available online. Moreover, even if man-made ephemeral ponds were established on the land in question, their associated maintenance costs would, over time, exceed the damages caused to Weyerhaeuser and the landowners.

³⁹ 139 S. Ct. 366 (2018). Related to this point, see *infra* A. PILLAI; D. HEPTINSTALL at note 55 on the reintroduction of endangered or protected species in areas where they were formerly extinct.

from warranting special protection, if it is deemed essential to a species conservation. Conversely, “unoccupied critical habitat” is precisely that area of land that was once inhabited by a species (*i.e.*, historical habitat). These observations support designation of Unit 1 as unoccupied critical habitat was not only thoroughly contemplated, but it constituted a “safe investment” that aligned with the public interest.

Finally, a discussion on agency discretion is incomplete without touching on the cause for the change in forestry with respect to the early- to mid- 1900s (when dusky gopher frogs thrived on Unit 1). Specifically, open-canopy trees were replaced by closed-canopy pines to promote private interests (*i.e.*, the establishment of a timber plantation). The ESA was enacted to reverse uncontrolled development that resulted in the (near)extinction of various species⁴⁰. Considering the cause for change to Unit 1, in conjunction with the Act’s purpose, it is clear the Service acted within the scope of the law. Since the designated area was chosen – at least in part – because of its historical significance to the species, the Service’s decision (to include Unit 1) cannot be capricious or arbitrary.

These observations demonstrate the Service did not abuse its discretion. It considered where the species would likely survive, the cost of designation, and the benefit of preserving an endangered species⁴¹. At

⁴⁰ See § 2(a)-(b) ESA; see also J. SALZMAN, *Evolution and Application of Critical Habitat under the Endangered Species Act*, in 14 HARV. ENVTL. L. REV. 311, 1990, p. 342 at p. 312-313 (stating that the environmental movement that swept the late 1960s and early 1970s has been called “an era of federal environmental protection,” and is cited as the cause for the enactment of the Endangered Species Act of 1973. Additionally, Salzman gives a historical recount of the Acts enactment, citing its unanimous approval in the Senate with only four dissenting votes in the House, strongly suggesting that Congress intended for critical habitat to be used to constrain the uncontrolled development that had caused concern about the state of the country’s genetic heritage.).

⁴¹ It is significant that the law is silent about whether “economic impact” means the harm caused to private property interests (*e.g.*, devaluation) or possible increase in government spending as a result of designation and/or maintenance programs. Therefore, any alleged failure to adequately consider the cost of designation for landowners lacks legal basis to trigger a judicial review of an agency’s action without first interpreting the specific legal provision(s) and establishing – in a nutshell – that government action is subordinate to private rights to property. On the cultural aspect of property as it relates to land use management in the U.S., see R. F. PECORELLA, *Property Rights, State Police Powers, and the Takings Clause: The Evolution toward*

the same time, it cannot be ignored that Unit 1 is not – in its current state – suitable habitat for the dusky gopher frog. In this context, designating the land as critical habitat appears to be a form of regulatory taking⁴² aimed at coercing⁴³ private landowners to keep the property un-

Dysfunctional Land-Use Management, in 44 *Fordham Urb. L.J.* 59, 2017, pp. 61-64. On historical tension in the U.S. between government regulation of land use and the rights of individual property owners, see generally R.F. PECORELLA, *Property Rights, State Police Powers, and the Takings Clause: The Evolution toward Dysfunctional Land-Use Management*, in 44 *Fordham Urb. L.J.* 59, 2017, pp. 77-84; see also D. R. CHRISTIE, *A Tale of Three Takings: Taking Analysis in Land Use Regulation in the United States, Australia, and Canada*, in 32 *Brook. J. Int'l L.*, 2007 (discussing the historical importance of Constitutional provisions of property rights in common law and the consequences of subsequent regulation of land use, drawing on three landmark cases in the U.S., Australia and Canada).

⁴² The Takings Clause provided under the Fifth Amendment of the U.S. Constitution protects private property from being “taken for public use, without just compensation.” In *Pa. Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922) a distinction was made between a physical and regulatory taking (“while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking,” *Pa. Coal Co. v. Mahon* at 415). For what concerns Weyerhaeuser, it is interesting to note that the opinion of the Court is at odds with the underlying principle in *Murr v. Wisconsin*, 137 S. Ct. 1933 (2017) at 1942 (i.e., that whether a taking has occurred depends on the effect of the regulation on the entire unit of property) as Unit 1 comprises only a small fraction of the entire designated area. At the same time, such tension is not surprising considering legal doctrine and case law on regulatory takings are heterogeneous and sometimes contradictory, see, for example, M.A. HELLER, *The Boundaries of Property Law*, in 108 *Yale L.J.* 1163, 1999, p. 1202; M.J. RADIN, *Reinterpreting Property* (University of Chicago Press) (1993), p. 146 (noting the difficulty of reconstructing regulatory takings doctrine). See also R. H. THOMAS, *Recent Developments in Regulatory Takings*, in 45 *Urb. L.* 769, 779, 2013 (commenting on how federal and state tests of regulatory takings often provide little guidance); G.S. DICKINSON, *Federalism, Convergence and Divergence in Constitutional Property*, in 73 *U. Miami L. Rev.* 139, 2018 (describing tests of regulatory takings as a confusing compilation of various doctrinal tests); C. M. ROSE, *Mahon Reconstructed: Why the Taking Issue is Still a Muddle*, in 57 *S. CAL. L. REV.* 561, 1984 (describing regulatory takings doctrine as a “muddle”).

⁴³ Aside from the legal tools used to shape and protect biodiversity conservation (see M. VERSCHUUREN *supra* at note 29), and in consideration of the importance of biodiversity, it could be efficient for governments to incentivize private landowners to protect habitat or leave land undeveloped. See D. NEWBURN et al., *Economics and Land-Use Change in Prioritizing Private Land Conservation*, in 19 *Conservation Biology*, 2005, p. 1411-1420 (reviewing incentive-based strategies for conserving biodiversity on private lands, analyzing the site-selection process according to biological benefits, land costs and likelihood of land-use change). One such way is through compensation, but gov-

developed. In this regard, it is interesting to note that not all government measures to prevent landowners from affecting the physical state of property are beneficial to wildlife (or public safety). For example, in order to protect the Stephens' kangaroo rat, the FWS prohibited landowners from disking their properties and destroying vegetation around their homes. Subsequently, in 1993, the California Fire (a wildfire that covered 25,000 acres in Southern California) destroyed 29 homes; homeowners alleged that damage caused by the fires was due to their inability to create a fire barrier (the FWS chose the benefit of the kangaroo rat over the wellbeing of homeowners)⁴⁴.

ernment compensation measures are often seen as inadequate to be truly effective. See N. O'SULLIVAN, *Combating Biodiversity Loss: An Analysis of Compensatory Measures under the Habitats Directive*, in 13 *Trinity C.L. Rev.* 33, 2010 (discussing the adequacy of assessment and compensatory measures required by Articles 6(3) and 6(4) of the Habitats Directive and the protection of biodiversity in Europe). See also R. ALTERMAN, *Introduction: Regulatory Takings Viewed through Cross-National Comparative Lenses*, in 5 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 469, 2006; R. ALTERMAN et. al., *Takings International. A Comparative Perspective on Land Use Regulations and Compensation Rights*, in ABA PRESS, 2010 (giving a comparative analysis of takings law and compensation rights around the world).

⁴⁴ United States General Accounting Office. *Report on Congressional Requesters: Endangered Species Act, Impact on Species Protection Efforts on the 1993 California Fire*, 1994, available online. On the relationship between property rights and government action, including the social costs of regulatory takings, see Gerhart *The Social Costs of Regulatory Takings*; Eagle *Economic Impact in Regulatory Takings Law*; Siegel *Evaluating Economic Impact in Regulatory Takings Cases*. For an economic analysis of Takings Law, see generally T. J. MICELI; K. SEGERSON, *The Economics of Eminent Domain: Private Property, Public Use, and Just Compensation*, in 3 *Foundations and Trends in Microeconomics*, 2006, p. 275-329 (justifying eminent domain and the government's right to take private property from an economic perspective); H. SCHÄFER; R. SINGH, *Takings of Land by Self-interested Governments: Economic Analysis of Eminent Domain*, 2017, available online (examining eminent domain law in various legal traditions, and the related problems of the full compensation model in the practice of expropriation/takings). On regulatory takings in the context of sustainability, see J. E. HOLLOWAY; D. D. TOELTING, *Takings Clause and Integrated Sustainability Policy and Regulation: The Proportionality of the Burdens of Exercising Property Rights and Paying Just Compensation*, in 29 *Vill. Envtl. L.J.* 1, 2018, pp. 12-27.

2. Agency discretion as to the substance of a decision is different from the decision's reviewability for failure to follow established decision-making procedure

5 U.S.C.S. § 70 I(a)(2) establishes an exception to the standard of review in cases “where the relevant statute is drawn so that a court would have no meaningful standard against which to judge the agency’s exercise of discretion”⁴⁵. In the Court’s opinion, this exception is not applicable in *Weyerhaeuser* as “this case involves the sort of routine dispute that federal courts regularly review: An agency issues an order affecting the rights of a private property, and the private property objects that the agency did not properly justify its determination under a standard set forth in the statute”⁴⁶.

The real issue in *Weyerhaeuser* is not whether the Service justified its determination, but rather the final determination reached and its impact on private property rights⁴⁷. That is, the Service’s designation must be scrutinized because it resembles a regulatory taking, and not because it failed to “properly justify its determination under a standard set forth in the statute”⁴⁸. This assertion is further supported by the fact that “conservation”

⁴⁵ 139 S. Ct. 370 (2018) citing *Lincoln v. Vigil*, 508 U.S. 182, 191, 113 S. Ct. 2024, 124 L. Ed. 2d 101 (1993).

⁴⁶ 139 S. Ct. 370 (2018).

⁴⁷ Indeed, the Court recognizes that the FWS followed the procedure established under § 4(b)(2) ESA, §1533(b)(2) U.S.C., for weighing the impact of designating an area as critical habitat. 139 S. Ct. 371 (2018).

⁴⁸ 139 S. Ct. 371 (2018). The standard for determination of critical habitat under the ESA must be evident before a court determines the Service’s finding unjustified under the law. Generally, the Act states: (1) untempered development has caused a sharp (and threatening) decline in biodiversity. § 2(a)(1) ESA; (2) conservation and recovery of endangered species is a public interest. §§ 2(a)(3) and 2(a)(5) ESA; (3) actions must be taken to conserve and recover endangered species. § 2(b) ESA; and (4) the economic impact of such actions must be considered with scientific findings. §§ 4(b)(1)(A) and 4(b)(2) ESA; but, ultimately, (5) scientific information is the determining factor in the designation process. § 4 ESA does not reference agency costs to achieve recovery – priority is given to scientific information regarding the decision to list or designate an area as critical habitat, without reverence for costs. In *Weyerhaeuser*, § 4(b)(3)(D)(i) (“To the maximum extent practicable, within 90 days after receiving the petition of an interested person under section 553(e) of title 5, United States Code, to revise a critical habitat designation, the Secretary shall make a finding as to whether the petition presents *sub-*

under the Act means “*the use of all methods and procedures which are necessary to bring any endangered species or threatened species to the point at which the measures provided pursuant to this Act are no longer necessary*”⁴⁹ (emphasis added).⁵⁰ Additionally, the Act does not state that critical habitat will not be designated if such designation is too costly or not sustainable. And “and any other relevant impact” means the Service can make determinations based on criteria it deems appropriate⁵¹.

Focusing on the economic impact of designation as if it were the sole aspect of consideration⁵² distorts the law⁵³. § 424.19 CFR essentially in-

stantial scientific information indicating that the revision may be warranted.” Emphasis added) is particularly relevant.

⁴⁹ § 3(3) ESA.

⁵⁰ Given the Act’s emphasis on scientific findings, it is reasonable to conclude that economic factors cannot trump scientific information or expert opinion in favor of species conservation, or a designation of critical habitat. In this regard, it is significant that “prominent scientists with expertise in [...] management of endangered and threatened species [...] support the United States Fish and Wildlife Service’s [...] critical habitat designations for unoccupied areas.” Scientists’ Brief for Respondents at 1. See also S. QUARLES; B. WAHLBERG; S. WELLS, *Critical Habitat in Critical Condition: Can Controversial New Rules Revive It*, in *30 Nat. Resources & Env’t* 8, 9, 2015 (indicating that case law is inconclusive regarding whether the requirement to consider the “economic impact” includes the cost of designation). On the contrary, the Act mandates efforts that conserve and recover a species independent of the associated costs. *Sierra Club v. FWS*, 245 F.3d 434, 438 (5th Cir. 2001); *Tenn. Valley Authority v. Hill*, 437 U.S. 153, 184 (1978) (“The plain intent of Congress in enacting this statute was to halt and reverse the trend toward species extinction, whatever the cost.”).

⁵¹ For instance, the original designation was revised in consideration of information received by the Service during the comment period on the Proposed Rule. *Industrial Economics, Incorporated, Economic Analysis of Critical Habitat Designation for the Mississippi Gopher Frog* (IEC) (2011) at ES 2, available online.

⁵² See 139 S. Ct. 369-370 (2018) (“Weyerhaeuser claims that the Service’s conclusion rested on a faulty assessment of the costs and benefits of designation and that the resulting decision not to exclude should be set aside... Weyerhaeuser also argues that the Service did not fully account for the economic impact of designating Unit 1 because it ignored, among other things, the costs of replacing timber trees with longleaf pines, maintaining an open canopy through controlled burning, and the tax revenue that St. Tammany Parish would lose if Unit 1 were never developed.”); see contra *Industrial Economics, Incorporated, Economic Analysis of Critical Habitat Designation for the Mississippi Gopher Frog* (IEC) (2011) at 1-4, Ch. 4, available online (discrediting Weyerhaeuser’s claim that the Service failed consider the cost of replacing the existing timbers).

⁵³ § 424.19 CFR establishes the Secretary’s discretionary power to draft an eco-

validates any objection regarding the criteria used to determine costs/benefits of designation because the Service not only has “discretion to exclude any particular area from the critical habitat,” but it also has the authority to decide which factors (and their magnitude) will be considered in the decision-making process⁵⁴. Indeed, the Service typically considers the cause of endangerment (*e.g.* habitat destruction by man or nature and if the species has been exploited for commercial purposes) and whether another suitable area exists for the species to live. In other words, the potential consequences for humans does not appear to be a deciding factor. Although it is unclear why decisions aimed at species recovery do not consider the impact on man, one explanation might be because the effects of designation are neither immediate nor certain⁵⁵.

conomic analysis based on data that it has deemed to be more or less relevant for the decision to designate an area as critical habitat.

⁵⁴ See generally R. STROUP, *The Endangered Species Act: Making Innocent Species the Enemy*, in 2 *Perc, Property and Environmental Research*, available online (discussing the elevation of the ESA aims over all other priorities). On the balance of public versus private interests and implementation of an EU biodiversity strategy, among other things, see generally C. BORN et al. (edited by), *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context: European Nature’s Best Hope?*, Routledge, 2015, pp. 56-101; 147-179; 215-245. On how the notion of public interest is applied in relation to the Habitats Directive and its impact on private property in Italy, see V. DE LORENZO; K. FÜSSER, *La prevalenza del pubblico interesse: Analisi comparativa tra i presupposti del ricorso all’espropriazione per pubblica utilità in Italia e le condizioni di deroga alla direttiva comunitaria “Habitat*, 2015.

⁵⁵ For example, many of the specific benefits of biodiversity are unknown: even if the majority of scientists are general advocates of biodiversity, nobody can know precisely if, when and how a species may be useful to man in the future. It may be argued that the economic impact for landowners is not relevant to the extent that (1) economic loss can be recovered whereas an extinct species cannot, and (2) the impact of species protection – whether positive or negative – may be evident only after a prolonged period of time. The case, *National Wildlife Federation v. Coleman*, at note 68 is one example, see also *supra* at note 45. In the European context, see Case C-T-122/05, *Benkö and Others v. Commission* (expressing the principle that designation *per se* does not directly affect natural and legal persons, as the impact of designation depends on the specific measures applied by Member States). This reasoning might appear rational as long as the species in question is relatively harmless (*e.g.* frogs), but what about when it comes to protecting species that pose a direct threat to human safety (*e.g.* wolves or bears)? In Europe, the relative scarcity of wild animals has sparked a discussion in Member States on the implications of reintroducing endangered or protected species into an area where it was formerly extinct. See A. PILLAI; D. HEPTINSTALL, *Twenty Years of the*

Consequently, the law does not support overturning the Service's designation in cases where it determines promoting biodiversity outweighs an *eventual*⁵⁶ economic harm to private landowners – which it did in *Weyerhaeuser*⁵⁷.

The inability to monetize social welfare benefits⁵⁸ means the decision to designate Unit 1 as critical habitat is innately vulnerable to criticism; it is equivalent to comparing apples to oranges. Nonetheless, Congress granted the Service broad discretion in decisions involving endangered and threatened species, and established a clear procedure based on flexible criteria so as not to undermine the purpose of the law. Thus, as the Service complied with the law's requirements, its decision is not reviewable merely because certain individuals do not agree with actions taken⁵⁹.

Habitats Directive: A Case Study on Species Reintroduction, Protection and Management, in 15 *Env'tl. L. Rev.* 27, 2013.

⁵⁶ Harm is only "eventual" because any harm caused to private landowners *if* future conditions make it necessary to block or limit development of Unit 1. *Industrial Economics, Incorporated, Economic Analysis of Critical Habitat Designation for the Mississippi Gopher Frog* (IEC) (2011) at ES 4-5, Ch. 4, 4, 2018, available online.

⁵⁷ "The Service concluded that those potential costs were not 'disproportionate' to the conservation benefits of designation", 139 S. Ct. 367, 2018.

⁵⁸ *Industrial Economics, Incorporated, Economic Analysis of Critical Habitat Designation for the Mississippi Gopher Frog* (IEC) (2011) at ES 2, Ch. 2, 18.

⁵⁹ There is a tendency in case law to hold that government procedures *are* reviewable, but the alleged maladministration of the ESA must be reviewed according to the arbitrary-and-capricious standard, which is "extremely limited and highly deferential," *Gulf Restoration Network v. McCarthy*, 783 F.3d 227 (5th Cir. 2015), and "there is a presumption that the agency's decision is valid," *La. Pub. Serv. Comm'n v. F.E.R.C.*, 761 F.3d 540, 558 (5th Cir. 2014). "The plaintiff has the burden of overcoming the presumption of validity." *La. Pub. Serv. Comm'n*, 761 F.3d at 558. "Under the arbitrary-and-capricious standard, we will not vacate an agency's decision unless it has relied on factors which Congress had not intended it to consider, entirely failed to consider an important aspect of the problem, offered an explanation for its decision that runs counter to the evidence before the agency, or is so implausible that it could not be ascribed to a difference in view or the product of agency expertise." *Nat'l Ass'n of Home Builders v. Defenders of Wildlife*, 551 U.S. 644, 658 (2007). Therefore, "We will uphold an agency's action if its reasons and policy choices satisfy minimum standards of rationality," *10 Ring Precision, Inc. v. Jones*, 722 F.3d 711, 723 (5th Cir. 2013). These rulings are significant as there is overwhelming scientific evidence supporting the Service's designation. Amicus Brief of Gopher Frog Experts. See also *Markle Interests, LLC v. United States Fish and Wildlife Service* (2014) at 9-10 (available online): "An independent peer review of the proposed rule followed. Every peer reviewer concluded that the amount of hab-

At this point it is worth considering the impact of not applying the Chevron Doctrine⁶⁰ in the present case⁶¹. As the Service's construction of "critical habitat" was reasonable according to the black letter law – in light of the Act's historical context, the minute role of "economic considerations", the physical surroundings of the designated land, as well as expert opinion supporting the Service's designation, as analyzed in the paragraphs above – the Court's ruling represents a controversial break with a cornerstone of American administrative law⁶². The Chevron Doc-

it already proposed, which included occupied and unoccupied areas in Mississippi, was insufficient for conservation of the species. Several peer reviewers suggested that FWS consider other locations within the frog's historical range. One peer reviewer in particular suggested the area of dispute here..."). See also *If a Frog Had Wings, Would It Fly to Louisiana?* PERC, available online (last visited Mar 20, 2019).

⁶⁰ When a federal court must review a federal agency's action, the Chevron doctrine compels such court to defer to a federal agency's interpretation of an ambiguous or unclear statute that Congress delegated to the agency to administer. It is an administrative law principle that establishes a two-step process for reviewing agency interpretation of a statute. See also J. HASHMALL, *Chevron Deference Legal Information Institute*, 2017, available online.

⁶¹ Specifically, by ignoring the Chevron Doctrine the Court favored private interests over national ones. In particular, the Court did not defer to the Service's construction of "critical habitat" under the ESA and ordered the lower court to review the Service's decision irrespective of its construction of statutory terms in response to economic arguments submitted by the plaintiff.

⁶² On this point, see generally: J. F. DUFFY; M. E. HERZ, *A guide to judicial and political review of federal agencies*, 2005; A. BAMZAI, *The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation* *The Yale Law Journal*, available online (last visited May 21, 2019). On the importance of the Chevron Doctrine, see: *Waiving Chevron Deference*, *HARVARD LAW REVIEW*, available online (last visited May 21, 2019); *Columbia Law Review, The Impact of Weakening Chevron Deference on Environmental Deregulation*, in *Columbia Law Review*, available online (last visited May 21, 2019). See *contra*: Arguments against judicial deference, *BALLOTPEDIA*, available online (last visited May 21, 2019); J. H. ADLER, *What's Wrong with Chevron Deference Is Congress National Review*, 2019, available online; *Supreme Court Places Another Limitation on Chevron Deference*, *THE NATIONAL LAW REVIEW*, available online (discussing the trend for courts to limit agency power by claiming Chevron deference, citing recent decisions and supporting the opinion that agency discretion is not insulated from judicial review).

In this regard, it is also noteworthy that *Weyerhaeuser* was decided under the Trump administration, which has openly nominated judicial appointees who are "devoted to a legal doctrine that challenges the broad power federal agencies have to interpret laws and enforce regulations." *New York Times*, "Trump's New Judicial Litmus Test: Shrinking 'the Administrative State,'" March 26, 2018 (<https://www.nytimes>).

trine ensures that legislation will be applied without judges being able to read their own regulatory policy preferences into statutes⁶³.

On the other hand, application of the Chevron Doctrine is increasingly debated⁶⁴. Specifically, critics of this Doctrine assert that its very

com/2018/03/26/us/politics/trump-judges-courts-administrative-state.html) (accessed March 20, 2019).

⁶³ The Chevron Doctrine “has become a central pillar of the modern administrative state”, Kavanaugh And The “Chevron Doctrine”, HOOVER INSTITUTION, available online (last visited May 20, 2019), because it prevents courts from second-guessing the policy choices of government agencies charged with enforcing particular laws. Additionally, notwithstanding the Administrative Procedure Act provides that “a reviewing court shall decide all relevant questions of law” and “interpret constitutional and statutory provisions,” 5 U.S.C. § 706 (2000), courts have traditionally deferred to agency interpretation because of their special expertise. *A Place for Agency Expertise: Reconciling Agency Expertise With Presidential Power Columbia Law Review*, in *Columbia Law Review*, available online (last visited May 21, 2019); P. L. STRAUSS, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, in 84 *Colum. L. Rev.* 573, 1984, p. 669; W. E. WAGNER, *A Place for Agency Expertise: Reconciling Agency Expertise with Presidential Power*, in 115 *Colum. L. Rev.* 2019, 2070, 2015.

⁶⁴ There seems to be unease about how application of the Chevron Doctrine impacts the constitutional principle of separation of powers and the function of the Judiciary. As regards judicial concerns about the application of the Chevron Doctrine, a Harvard Law Review survey of 42 Federal Court of Appeals judges, A.R. GLUCK; R.A. POSNER, *Statutory Interpretation on the Bench: A Survey of Forty-Two Judges on the Federal Courts of Appeals*, in 131 *Harv. L. Rev.* 1298, 2018, available online, reveals that a majority of federal appellate judges are “decidedly anti-Chevron.” We can also note Justice Thomas’ opinion that Chevron precludes justices from exercising constitutionally mandated independent judgement and hands interpretive power over to the executive branch, as well as the opinion of then-Judge Gorsuch in *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, 834 F.3d 1142 (10th Cir. 2016) (“[Chevron is] more than a little difficult to square with the Constitution ...[as it] permit[s] executive bureaucracies to swallow huge amounts of core judicial and legislative power.” *Id.* at 1149), Justice Kennedy’s concurring opinion in *Pereira v. Sessions*, 585 U.S. ___ (2018) (“The type of reflexive deference exhibited in some of these cases is troubling. And when deference is applied to other questions of statutory interpretation, such as an agency’s interpretation of the statutory provisions that concern the scope of its own authority, it is more troubling still.”), Justice Roberts’ dissenting opinion in *Arlington v. FCC*, 569 U.S. 290, 327 (2013) (“We do not leave it to the agency to decide when it is in charge”), or Justice Gorsuch’s criticism of the Chevron Doctrine in *BNSF Railway Co. v. Loos*, 586 U.S. ___ (2019) (arguing that courts increasingly defer to Chevron and fail to “[say] what the law is in light of its text, its context, and our precedent.”), to name a few. As concerns scholarly opinion, see generally P. HAMBURGER, *Chevron Bias*, in 84 *Geo. Wash. L. Rev.* 1187, 2016, C. J. COOPER, *The Flaws of Chevron Deference*, in 21 *Tex. Rev. L. & Pol’y*

concept is unconstitutional as it conflicts with the judiciary's duty to independently review a statute. To cope with such reproach, justices have narrowly applied Chevron. Indeed, its Step One analysis⁶⁵ is being used more rigorously, and the "major questions" doctrine⁶⁶ limits Chevron even further. Even still, § 7 of the ESA safeguards the Act from haphazard judicial review.

3. The wording of § 7 ESA means non designated parcels can still be affected.

§ 7 ESA prohibits actions that might jeopardize an endangered species and adversely modify critical habitat. As such, future actions may be barred under the ESA should they jeopardize the existence of the dusky gopher frog, or impede efforts to recover the species. Indeed, in *National*

307, 2016, p. 310-11: "Chevron is an impermissible abdication of judicial duty."; D. H. GINSBURG; S. MENASHI, *Our Illiberal Administrative State*, in 10 *N.Y.U.J.L. & Liberty* 475, 2016, p. 497-507 (asserting that Chevron conflicts with the Administrative Procedure Act, and that a statutory enactment of Chevron doctrine would violate Article III of the Constitution as its "wholesale transfer of legal interpretation from courts to agencies" infringes "the most basic notion of judicial review that is the province of the courts to say what the law is"); cf. N. Q. ROSENKRANZ, *Federal Rules of Statutory Interpretation*, in 115 *Harv. L. Rev.* 2085, 2132, 2002 (suggesting "Chevron may well be wrongly decided as a matter of constitutional law. Perhaps...de novo judicial review of federal questions is constitutionally required, so Chevron deference would be impermissible even if Congress explicitly enacted it"). For a discussion on the constitutional attack on Chevron within the broader criticism of the administrative state, see G. E. METZGER, *The Supreme Court 2016 Term-Foreward: 1930s Redux: The Administrative State Under Siege*, in 131 *Harv. L. Rev.* 1, 2017, p. 24-28, 31-33, 39-42.

⁶⁵ On how a more in-depth analysis of statutory meaning at Chevron's Step One could preclude a court's proceeding to Step Two, see J.A. POJANOWSKI, *Without Deference*, in 81 *MO. L. REV.*, 2016, available online.

⁶⁶ Although the major questions doctrine is not endorsed by the Supreme Court, it has nevertheless been distilled in those cases in which the Court has suggested it would not defer to agency interpretation under Chevron due to the "economic and political magnitude" of the issue in question and the Court's opinion that it is unlikely Congress would have implicitly delegated the authority to resolve such an issue to a government agency. See, for example, *King v. Burwell*, 576 U.S. ___ (2015), in which Chief Justice Roberts concluded that Chevron was inapplicable because, had Congress wished to assign the relevant "question of deep 'economic and political significance' that [was] central to this statutory scheme... it surely would have done so expressly." There have also been proposals to replace Chevron deference with another interpretive regime. P. C. BINOTTO; D. WATKINS, *Replacing Chevron with a Sounder Interpretive Regime*, in *Law & Liberty*, 2019, available online.

*Wildlife Federation v. Coleman*⁶⁷ (a significant case on the application of § 7 ESA), the U.S. Department of Transportation proposed to construct a highway next to a parcel of land designated the critical habitat of the Mississippi sandhill crane. However, because the highway's construction might have led to private development of the area and consequently jeopardized the continued existence of the species, the court enjoined the project. In *Weyerhaeuser*, the wording of § 7 ESA means exclusion of Unit 1 from critical habitat does not entitle private landowners to develop the land without restriction⁶⁸. Any projects to urbanize surrounding areas may nonetheless jeopardize the existence of the dusky gopher frog without directly modifying land that is undisputed critical habitat. And since no minimum boundary may be established to shield a species from the potential negative impact of urbanization, whether the petitioners are victorious is substantially irrelevant. Therefore, no matter the outcome of *Weyerhaeuser*, the cost of designation to the private landowners remains a draw of one of the three hypotheses described in the report.

5. *The Endangered Species Act v. the 5th Amendment*

The debate over the term “habitat” and the discussion about appropriate agency discretion are instrumental to understand a single underlying issue in *Weyerhaeuser*: the fear of property owners that ESA regulations violate the takings clause of the Fifth Amendment⁶⁹.

⁶⁷ 529 F.2d 359 (5th Cir.), cert. denied, 429 U.S. 979 (1976).

⁶⁸ The land in question sits on wetlands, making its future development is thus subject to the Clean Water Act (and thereby also subject to building and development permits issued according to more stringent guidelines than in other, non protected, areas). Therefore, whether Unit 1 is designated unoccupied critical habitat, any plans for urbanization will require special approval. See also *What is a 'reasonable' critical habitat? Supreme Court homes in on designation in Tammany frog case* *The Advocate*, available online (last visited Apr 1, 2019) (illustrating that areas surrounding Unit 1 are nonetheless protected, and therefore any projects on Unit 1 that adversely modify habitat of surrounding areas may be enjoined).

⁶⁹ See R. T. SIMMONS, *Property Rights and the Endangered Species Act*, in 9 *Institute for Research on the Economics of Taxation* (IRET), 2002 (illustrating the long debate on the effects of ESA regulations on private property rights); see also W. M. TRENOR, *The Armstrong Principle, the Narratives of Takings, and Compensation Statutes*, in 38 *WM. &*

The Fifth Amendment provides: “No person shall be...deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation.” Case law suggests that designation of critical habitat effectively takes property rights of private landowners, without compensation. Indeed, owners whose property has been devalued are not compensated but the government can punish a private landowner for “taking” a red wolf on his property⁷⁰. This issue has public policy significance. In response to having their property rights abridged by the ESA, landowners might actively destroy habitat, passively fail to protect it, or be unwilling to undertake improvements⁷¹. What is more, during economic recessions, stakeholders may be more likely to question the efficiency (and necessity) of land conservation legislation when such measures prevent landowners from exploiting their property for economic gain.

At the same time, there is debate about whether the 5th Amendment also safeguards interests such as the right to a decent and healthful environment⁷², and whether government should restrict certain liberties in

Mary L. Rev. 1151, 1158, 1997; *Nat'l Ass'n of Home Builders v. Babbitt*, 130 F.3d 1041, 1043 (D.C. Cir. 1997); M. A. WOLF, *Overtaking the Fifth Amendment: The Legislative Backlash Against Environmentalism*, in 6 *Fordham Envtl. L.J.* 637, 1995.

⁷⁰ See *Gibbs v. Babbitt* 214 F.3d 483 (4th Cir. 2000); see also R. T. SIMMONS, *Property Rights and the Endangered Species Act*, in 9 *Institute for Research on the Economics of Taxation (IRET)*, 5, 2002: “No court has yet found the ESA’s regulations of private land to require compensation...[and] the Supreme Court sets very high standards for a Fifth Amendment taking claim”; W.L. KELLINGTON, *New Takes on Old Takes: A Takings Law Update*, S GO21 AIL-ABA 511, August 16-18, 2001; R. MELTA, *The Endangered Species Act and Private Property: A Legal Primer*, in *CRS Report for Congress* (93-346), March 7, 1993.

⁷¹ R. T. SIMMONS, *Property Rights and the Endangered Species Act*, in 9 *Institute for Research on the Economics of Taxation (IRET)*, 2002, i

⁷² See W. J. BRENNAN, JR., *Symposium on the Revolution in State Constitutional Law*, in 13 *Vt. L. Rev.* 11, 11, 1988-89; see also R. A. McLAREN, *Environmental Protection Based on State Constitutional Law: A Call For Reinterpretation*, in 12 *U. Haw. L. Rev.* 123, 1990, p. 125; H.R.J. Res. 1205, 91st Cong., 2d Sess. (1970) (proposing an amendment to the constitution granting the people the right to ...the natural, scenic, historic and esthetic qualities of their environment); H.R.J. Res. 321, 90th Cong., 2d Sess. (1968) (on the proposals to amend the Constitution to include environmental protection provisions); *Juliana v. United States* (invoking the “public trust doctrine” to argue that the government is responsible for conserving natural resources in the interest of public benefit, making it liable for harm caused by inadequate environmental

order to promote biodiversity and the wellbeing of future generations⁷³. If “property is an evolving institution that engages multiple values... involving political, moral, economic, scientific, social, and legal perspectives,”⁷⁴ and must endure for future generations,⁷⁵ then it is just as

law and climate change to future generations); *Environmental Defense Fund, Inc. v. Hardin*, 428 F.2d 1093 (D.C. Cir. 1970) (upholding the right of review available under the Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act and thereby scrutinizing the decision to cancel the registration of a pesticide that allegedly threatened biological harm to people and other living creatures); *Environmental Defense Fund v. Corps of Engineers of United States Army*, 325 F. Supp. 728, 730 (E.D. Ark. 1971) (the U.S. District Court for the Eastern District of Arkansas acknowledged the merit of the petitioner’s argument that preserving the quality of life is constitutionally protected by the Fifth Amendment, although it refused to extend such recognition); *Ely v. Velde*, 451 F.2d 1130 (4th Cir. 1971) (petitioning the construction of a prison in a historical neighborhood, claiming a constitutional right to protection from unreasonable environmental degradation and destruction of the neighborhood); see generally L. K. CALDWELL, *The Case for an Amendment to the Constitution of the United States for Protection of the Environment: Affirming Responsibilities Rather Than Declaring Rights May be the Most Promising Route to the Objective* (1991); see also *The constitutional right to a healthier climate - The Boston Globe BostonGlobe.com*, available online (last visited Mar 19, 2019) ; see contra *American Electric Power Co. vs. Connecticut* ; J.B. Ruhl, *An Environmental Rights Amendment: Good Message, Bad Idea, Natural Resources & Environment*, Vol. 11, No. 3 (Winter 1997), pp. 46-49. JSTOR, www.jstor.org/stable/40923656); see contra R. SCHLICKERISEN, *Protecting Biodiversity for Future Generations: An Argument for a Constitutional Amendment*, in 8 *Tul. Envtl., L.J.* 181, 1994; see also P. B. SCHMALTZ, *Is It Time for an Environmental Amendment?*, in 38 *Loy. L. Rev.* 451, 1992, p. 461-462; see also D. L. GILDOR, *Preserving the Priceless: A Constitutional Amendment to Empower Congress to Preserve, Protect, and Promote the Environment*, in 32 *Ecology L.Q.* 821, 2005.

⁷³ R. SCHLICKERISEN, *Protecting Biodiversity for Future Generations: An Argument for a Constitutional Amendment*, in 8 *Tul. Envtl. L.J.* 181, 1994 at p. 184-187; see also E. B. WEISS, in *Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity* 23, 1989, p. 23-24 (employing established legal concepts of equity and trust relations to provide international protection for the rights of future generations as a class and proposing a framework for intergenerational equity law based on planetary obligations and rights); see also D. CALLAHAN, *What Obligations Do We Have to Future Generations?*, in *Responsibilities to Future Generations* 73 (Ernest Patridge ed., 1990).

⁷⁴ L. L. BUTLER, *The Resilience of Property*, in 55 *Ariz. L. Rev.* 847, 2013, p. 852.

⁷⁵ E. B. WEISS, in *Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, 1989, p. 23, 23-24: “It is appropriate to assume ... a generation would want to inherit the common patrimony of the planet in as good condition as it has been for any previous generation and to have as good access to it as

unconstitutional to promote private interests over the public good as it is to restrict private land without just compensation. Promoting private interests deprives future generations of property and the pursuit of happiness.

As regards *Weyerhaeuser*, it is significant that the Court held in *Babbitt v. Sweet Home*⁷⁶, that regulatory control of private property in the name of species protection is allowable under the ESA⁷⁷. Such a conclusion appears obvious based on a superficial reading of the Act, in light of its purpose and the number of sections that affect property. For example, the Secretary of the Interior may list species without reference to economic or property rights impacts⁷⁸; § 7 ESA prohibits federal agencies from jeopardizing the existence – or harming – of habitat; and § 9 ESA places restrictions on private property rights. Practically speaking, the ESA requires private landowners to obtain permits – subject to ESA review – from federal agencies for any actions that may affect, directly or indirectly, critical habitat.⁷⁹ And a federal agency can authorize a private landowner to modify or destroy critical habitat only under exceptional circumstances⁸⁰.

previous generations. This requires that each generation pass the planet on in no worse condition than it received it and provide equitable access to its resources and benefits”.

⁷⁶ *Babbitt v. Sweet Home Chapter, Communities for a Great Oregon, et al.*, 515 U.S. 687 (1995).

⁷⁷ R. T. SIMMONS, *Property Rights and the Endangered Species Act*, in 9 *Institute for Research on the Economics of Taxation* (IRET), 1, 2002.

⁷⁸ The ESA requires listings and designations be made according to the best scientific and commercial data available (Simmons, “Property Rights and the Endangered Species Act”, p. 2).

⁷⁹ For example, to fill or dredge wetland, or cross a stream or bridge with a utility line.

⁸⁰ In 1982, Congress made “incidental takes” possible upon award of a permit for such activity. Incidental take permits, however, are subject to submission and approval of a habitat conservation plan (HCP) that identifies the risks of proposed taking and the actions to be taken to mitigate risks. “Safe harbor” agreements are the most noteworthy example of a government effort to promote dialog between private landowners and the Secretary of the Interior. Notwithstanding the intent to reduce tension between private landowners and federal agencies, the introduction of incidental takes actually heightened tension as these permits ultimately served as a practical tool for regulating land. Indeed, before their introduction, it was customary for landowners to modify land without permission, and government authorities rarely reported modification; by creating HCPs the government could require certain conditions to be met before a private

Still, the historical tension between the ESA and the 5th Amendment has stripped the Act of its efficacy. Indeed, as of March 12, 2018, critical habitat has only been designated for 135 of 1,243 threatened or endangered species.⁸¹ The ESA has been inadequately invoked in the recovery of endangered and threatened species, and the Service and current Administration advocate “modernizing” the Act to make it more effective⁸². Some take a more pragmatic approach, suggesting government take measures to align the interests of property owners with species protection, for example by offering economic incentives such as tax credits, contracts that pay landowners for meeting conservation goals, compensation funds for damages, and concessions that pay landowners to forego development⁸³. After all, economic incentives to conserve precious land *must* be cheaper than constant litigation.

6. *An Italian perspective*

Weyerhaeuser represents landowners’ fear of big government and un-reviewable agency discretion.

Before one can analyze the similarities between U.S. and Italian law and speculate on whether an Italian court would also have also ruled in favor of commercial interests (which is beyond the scope of the current contribution), it is fundamental to make a few observations. Firstly,

land owner could lawfully modify property that had been identified as needing special management (Simmons, “Property Rights and the Endangered Species Act”, pp. 2-4).

⁸¹ R.T. SIMMONS, *Property Rights and the Endangered Species Act*, in *9 Institute for Research on the Economics of Taxation (IRET)*, 2002, i; see also *Piping Plover - Great Lakes Population Official Web page of the U S Fish and Wildlife Service*, available online (last visited Mar 2, 2019) (indicating the number of species for which critical habitat has been designated, at question no. 22).

⁸² As concerns efforts to “modernize” the ESA, see generally: *Endangered Species Act changes | Stanford News* Stanford News, available online (last visited Jan 9, 2020). On the amendments to the act were made in 2018, see *Endangered Species Act Amendments of 2018 - U.S. Senate Committee on Environment and Public Works* Epw.senate.gov, available online (last visited Jan 9, 2020), and on the changes made by the Trump Administration in 2019, see *Trump Administration Improves the Implementing Regulations of the Endangered Species Act* Fws.gov, available online (last visited Jan 9, 2020); available online (last visited Jan 9, 2020)

⁸³ R.T. SIMMONS, *Property Rights and the Endangered Species Act*, cit.

efforts to protect species' habitat and biodiversity in Italy, like in the U.S., are regulated. Namely, Italian authorities must refer to Directive 92/43/ECC⁸⁴ and Legislative Decree No. 152/2006⁸⁵ when designating protected areas. Secondly, administrative procedure governs the actions of American and Italian public agencies⁸⁶. Related to this point, where the EU has tasked the European Environment Agency (EEA) with providing sound, independent information on the environment and implementing environmental policy, the U.S. established the FWS. However, unlike the EEA⁸⁷, the FWS must commence a "comment period", during which the public may offer arguments in favor of or against a proposed action,⁸⁸ and must consult other agencies regarding projects that impact the environment or application of the ESA. Moreover, initiatives by U.S. government agencies are limited by criteria of reasonableness and prudence⁸⁹. When considered collectively, the operative methods and limits on exercise of discretionary power of U.S. public authorities are substan-

⁸⁴ In this specific regulatory context, the European Directive may be seen as analogous to U.S. Federal Law in that Member States – like individual states within the United States – are bound by its provisions, with the difference that single U.S. states are not free to develop and implement their own methods to achieve objective(s) defined by the Endangered Species Act. In this respect, it is important to refer to the Italian interpretation Manual of the habitats (92/43/EEC Directive) published in 2011 by the Ministry of the Environment, Land and Sea Protection, available online.

⁸⁵ Legislative Decree No. 152/2006 approves the Code on the Environment, which establishes the legislative framework applicable to all matters concerning environmental protection.

⁸⁶ In America, this law is the Administrative Procedure Act, whereas Law 241/1990 embodies its Italian equivalent.

⁸⁷ Which operates primarily at a bureaucratic level, and within business organizations, consultancies & think tanks, as well as scientific & academic communities. Available online.

⁸⁸ See § 424.19(a) CFR, which establishes that the FWS, before designating land as critical habitat, must engage the public in a "comment period" to solicit any information that may affect its determination.

⁸⁹ It is sufficient to refer to the Endangered Species Glossary (although this same rule is reiterated in the Administrative Procedure Act and countless instances of case law) which states that measures taken by the FWS must be "reasonable" and "prudent", defined by the Agency as "necessary or appropriate to minimize the impacts (the amount or extent) of incidental take caused by an action that was subject to consultation." "Reasonable and Prudent Measure", U.S. Fish and Wildlife Service. *Endangered Species Glossary*. www.fws.gov/endangered/about/glossary.html.

tially equivalent to the principles expressed by Italian Law 241/1990⁹⁰. Thirdly, both systems adhere to principles of legality⁹¹, recognize property and enterprise as fundamental rights, and are guided by a written constitution. Lastly, a brief study of the above laws in both systems reveals that the content and underlying principles of applicable Italian law closely resemble those of their American equivalent. In particular, as already observed and as will be further discussed below, both systems value the conservation and promotion of biodiversity; neither system has established a clear legal definition of habitat; despite property rights and freedom of enterprise are inviolable rights under American and Italian law, activists in both countries have argued that environmental protection is a fundamental right; and courts in both jurisdictions must balance public and private interests when interpreting the law⁹².

Analogous to the reasons the ESA was enacted in 1973 (*i.e.*, to reverse untampered development and protect and recover threatened species), the Recitals section of the Directive clearly affirms it was issued as a result of the continued deterioration of habitat and increasing threat to the species that form part of a community's natural heritage; accordingly, the community has undertaken to take measures to conserve such habi-

⁹⁰ These same principles are expressed by Article 41(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and Article 97(2) of the Italian Constitution. See also S. DELIPERI, *I progetti sottoposti al procedimento di valutazione d'impatto ambientale devono essere adeguatamente definiti*, in *Lexambiente.it*, 2019, (last visited June 27, 2019).

⁹¹ It is significant that the discretionary power of government agencies – whether in America or Italy – is increasingly limited. In Italy, this end is achieved by more formal regulation (*i.e.*, law-making) whereas it is increasingly common for U.S. courts to require the public administration to use detailed criteria when making decisions that compress a citizen's rights.

⁹² Italian judges perform a so-called “balancing act” whereas American judges make policy considerations. On the international trend for courts to balance interests, see generally T. AGNOLONI.; MT. SAGRI, D.; TISCORNIA, *Balancing Rights and Values in the Italian Courts: A Benchmark for a Quantitative Analysis*. In: M. PALMIRANI; U. PAGALLO, P. CASANOVAS P., G. SARTOR (eds), *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems. Models and Ethical Challenges for Legal Systems, Legal Language and Legal Ontologies, Argumentation and Software Agents*, vol 7639, Heidelberg, 2012. On the balancing of interests in the realm of environmental law, see *Tutela Dell'ambiente e Bilanciamento Degli Interessi Antagonisti*, in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, p. 32 (Anna Malomo).

tats, pledging to ensure their restoration or maintenance by designating special areas of conservation. Thus, § 2(a) ESA, the Recitals section of Directive 92/43/ECC and Legislative Decree No. 152/2006 all set out to provide programs to conserve the ecosystems of endangered and threatened species, promote and maintain biodiversity and ensure that variety of species and reproductive capacity of the ecosystem is maintained⁹³. Lastly, both the ESA and Directive 92/43/ECC explicitly aim to ultimately recover imperiled species and the habitats on which they depend in order to maintain and restore a “favorable conservation status”⁹⁴.

Notwithstanding general agreement on the importance of biodiversity and the need to protect a species’ habitat, neither system has established a clear definition⁹⁵. Indeed, the parties in *Weyerhaeuser* debated the meaning of habitat, and the European definition includes both natural and semi-natural habitats (which makes the notion of habitat innately ambiguous). However, the guidelines for the 2013-2018 period on Reporting under Article 17 of the Habitats Directive (compiled by the European Environment Agency and its European Topic Centre on Biological Diversity) contain a specific section dedicated to “availability of unoccupied habitat”⁹⁶. In consideration of this provision it is thus imaginable that an Italian court would have ruled in favor of the FWS, finding that an unoccupied area of land (possessing the characteristics required to become sustainable habitat for a species) may be modified and protected under the law. If this is true, then it is also true that the rights of Italian private landowners may be compromised by the discretionary power of the public administration in the absence of sufficient instruments in place to avoid excessive limits on free enterprise.

Both American and Italian legal systems recognize the right to property and free enterprise as fundamental rights, exercisable within specific limits laid down by law. However, whereas the United States Constitu-

⁹³ Article 24 (purpose of environmental impact assessment - *finalità della via*), paragraph 1, letter a).

⁹⁴ Article 2(2). This term is also defined under Article 1(e) and 1(i) in relation to the conservation status of the natural range of a species or habitat across the EU.

⁹⁵ On the Habitats Directive in general, including some of the implementation problems, see C. L. DIAZ, *The EC Habitats Directive Approaches its Tenth Anniversary: An Overview*, in 10 *Rev. Eur. Comp. & Int’l Envtl. L.* 287, 2001.

⁹⁶ These guidelines are available online, see pp. 140-141.

tion places relatively few restrictions on the exercise of such rights⁹⁷, in the Italian system, by virtue of Article 41(2) of the Italian Constitution, freedom of private economic enterprise⁹⁸ and the enjoyment of private property⁹⁹ depend on their so-called “social function,”¹⁰⁰ and are in any case prohibited to the extent that they damage safety, liberty and/or human dignity. Furthermore, Article 44 establishes the criteria of “rational use of land” to limit property rights, and the principles of equality and solidarity expressed by Article 3(2) have been interpreted to restrict economic activity in cases where the activity in question conflicts even abstractly with public welfare.

Linked to this point, the “constitutionalization” of the right to health

⁹⁷ The 5th Amendment to the United States Constitution provides that “no person shall be [...] deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” This means that only law may establish limits on commercial activity and private property, and government must be mindful not to excessively limit these inviolable rights (violating the Takings Clause). At the same time, it is sometimes difficult to identify a case of government takings; as such is and limitations local state and federal governments can limit free enterprise and property rights through laws and regulations. On the purpose and extent of the Takings Clause, see A. N. GRUEN, *Takings, Just Compensation, and the Efficient Use of Land, Urban, and Environmental Resources*, in 33 *Urb. Law*. 517, 2001, pp. 519-523. On the origins of the concept of takings in the U.S., see H. M. JACOBS, *The Future of the Regulatory Takings Issue in the United States and Europe: Divergence or Convergence*, in 40 *Urb. Law*. 51, 2008, pp. 52-57. On case law concerning protections under the Due Process Clause versus the Takings Clause, compare *Pen Central Transportation Co. v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978); *Fred French Investing v. New York*, 350 N.E.2d, 381, 384-85 (N.Y. 1986); *Agins v. Tiburon*, 598 P.2d 25, 28 (Cal. 1979). On how the eminent domain and the Takings Clause have historically been interpreted and applied by the courts, see generally N. E. NEDZEL; W. BLOCK, *Eminent Domain: A Legal and Economic Critique*, in 7 *U.Md.L.J. Race Relig. Gender & Class* 140, 2007, p. 143-154, available online.

⁹⁸ Article 41(1) of the Italian Constitution

⁹⁹ Article 42(1) of the Italian Constitution

¹⁰⁰ See B. FRANCE-HUDSON, *Surprisingly Social: Private Property and Environmental Management*, in *Journal of Environmental Law*, 29, 2017, pp. 101-127, doi: p.eqw032 (commenting on the social function of private property and social obligations of private landowners to manage natural resources in New Zealand). See also V. DE LORENZO; K. FÜSSER, *La prevalenza del pubblico interesse: Analisi comparativa tra i presupposti del ricorso all'espropriazione per pubblica utilità in Italia e le condizioni di deroga alla direttiva comunitaria “Habitat”*, 2015, (discussing property as a fundamental human right sometimes at odds with collective interests, including how – and under what circumstances – the so-called “social function” of property modifies the right itself).

– sanctioned under Article 32 and tied to the fundamental right of full development of the person protected by Article 3(2) – places yet another limitation on private economic activity¹⁰¹. In fact, analogous to the current debate in America regarding the importance of protecting the environment, links have been made between a “healthy environment” and public health protection¹⁰². In Europe, if it is true that the relationship between the health of the environment and that of a population (at least in part) supported the establishment of REACH¹⁰³ and comparable initiatives, then it is also true that scientific research and findings substanti-

¹⁰¹ See U. SALANITRO, *Tutela delle coste e pluralità di vincoli: lo sguardo del civilista. L'incidenza del diritto europeo, dalla direttiva e tutela degli habitat al principio CEDU sulla proprietà*, in *Jus civile*, 9, 2015, pp. 512-518 (discussing the constitutional limits of the exercise of free enterprise and private property in the European context). See also S. DE VIDO, *Tutela della biodiversità e rispetto dei diritti umani. Le sentenze CGUE nei casi “Cascina tre pini” e deviazione del fiume “Acheloos.”*, in *Questa Rivista*, 2014, pp. 803-819 (discussing recent ECJ decisions – “Cascina tre pini” and “diversion of the Acheloos river” – to illustrate the debate over the existence of a right to biodiversity and its implications on rights to property and water). See also European Commission, *La gestione dei siti della rete natura 2000: guida all'interpretazione dell'articolo 6 della direttiva <<Habitat>> 92/43/CEE*, Belgium, 2000 (evidencing the role of concepts such as health, public safety and high priority positive environmental aspects in the evaluation of development projects in the context of designated Nature 2000 sites).

¹⁰² For instance, according to the world resources institute, biodiversity is vitally important to humans as it provides a variety of resources, including medicine (Millennium Ecosystem Assessment, 2005. *Ecosystems and Human Well-being: Synthesis*. Island Press, Washington, DC). Moreover, in 2003 the Danish government published a strategy and action plan to protect public health against environmental factors, available online. In 2009, the Scientific American reported on the effects of environment and health and credited the public awareness of this link as a contributing factor to people “going green”. <https://www.scientificamerican.com/article/environment-and-our-health/>. For a detailed and economic analysis on the effects of the environment on health, see generally K. REMOUNDOU; P. KOUNDOURI, *Environmental Effects on Public Health: An Economic Perspective*, in 6 *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2009, p. 2160–2178. See also S. KOTCHIAN, *Perspectives On The Place Of Environmental Health And Protection In Public Health And Public Health Agencies*, in 18 *Annual Review of Public Health*, 1997, p. 245–259; K. KOEHLER et al., *Building Healthy Community Environments: A Public Health Approach*, in 133 *Public Health Reports*, 2018; *Environment and health European Environment Agency*, available online.

¹⁰³ “REACH” is a European regulation restricting the use and import of certain chemicals and other hazardous materials in the EU, as they are linked to pollution and therefore conflict with the objective of promoting environmental health.

ating similar claims impact business practices and restrict free enterprise through more frequent government intervention. It is sufficient to consider how Regulation (EC) No. 396/2005 on maximum pesticide residues in food and feed has impacted the food industry and how farmers cultivate their crops. Or how Directive 904/2019 (the Single-Use Plastics Directive) changes the way businesses operate by, for example, creating elevated costs for take-out restaurants, conditioning how grocery stores offer and sell produce, or impacting the way cosmetics are produced and sold. Moreover, it is imaginable that related publications on the impact of the environment on health influenced the 2001 constitutional reform of Title V of the Italian Constitution (*i.e.*, Law 3/2001). Indeed, Law 3/2001 elevated – by way of Article 117(2)(s) – “the protection of the environment, ecosystem and cultural heritage” from public interest to Constitutional value¹⁰⁴. Therefore, if protection of the ecosystem goes hand-in-hand with promoting biodiversity (a European objective pursuant to Directive 92/43/ECC) and biodiversity is positively linked to health¹⁰⁵, then it may be supposed that environmental law provides the foundation for a healthy future. Thus, as concerns the Italian situation, economic

¹⁰⁴ On environmental protection as a constitutional right, see, *ex multis*, Italian Constitutional Court decisions No. 222/2003; No. 307/2003; No. 108/2005; No. 232/2005; No. 398/2006; No. 443/2007; No. 12/2009; No. 225/2009; No. 171/2012; No. 278/2012; No. 145/2013; No. 246/2013; No. 210/2014. See also P. DELL’ANNO, *Diritto dell’ambiente* 24, 32 (5th ed. 2018); P. DELL’ANNO, *La tutela dell’ambiente come “materia” e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Lexambiente.it*, 2001, available online (last visited June 27, 2019).

¹⁰⁵ On the importance of biodiversity for good health, see generally BIODIVERSITY WORLD HEALTH ORGANIZATION, available online.. See also R. ALVES; I. M. ROSA, *Biodiversity, traditional medicine and public health: where do they meet?*, in 3 *Journal of Ethnobiology and Ethnomedicine*, 2007; V. NEERGHEEN-BHUNJUN et al., *Biodiversity, drug discovery, and the future of global health: Introducing the biodiversity to biomedicine consortium, a call to action*, in 7 *Journal of Global Health*, 2017; J. P. NARAIN, *The challenge of health & environment: profiling risks & strategic priorities for now & the future*, in 136,2 *The Indian Journal of Medical Research*, 2012, p. 185-91. On the effects of climate change as they relate to health and current efforts to protect the environment, see generally J. PRAKASH NARAIN, *Unraveling the health impact of climate change*, in 143,1 *The Indian Journal of Medical Research* 1-3, 2016: “Health, environment and climate change. Draft WHO global strategy on health, environment and climate change: the transformation needed to improve lives and well-being sustainably through healthy environments” Document A72/15, World Health Organization seventy-second world health assembly provisional agenda item 11.6 (18 April 2019), available online.

activity is free as long as it produces public benefit (or at least does not harm public interest/welfare) and does not threaten public health or the environment¹⁰⁶.

7. Concluding remarks

In the present case, there does not appear to be any useful criteria to evaluate which endangered or threatened species to protect over another. How do public agencies decide which species are worth saving and which may be made extinct by economic development? Is it appropriate to assign a monetary value to protecting the dusky gopher frog and, if so, is it reasonable to believe the cost of extinction will not exceed the value of urban speculation¹⁰⁷?

Despite the formal differences between legal systems, it appears that both U.S. and Italian courts balance public and private interests¹⁰⁸, no

¹⁰⁶ On the limits of private enterprise when commercial activity compromises health, see F. GAZZONI, *Manuale di diritto private*, scientifiche italiane ed. 2019); Cf. Court of Cassation, civil division - section II decision No. 21504 of 31 August 2018.

¹⁰⁷ On the designation process of special areas in Europe, see generally, Hendrik Schoukens and H. E. WOLDENDORP, *Site selection and designation under the Habitats and Birds Directives: a Sisyphean task?*, in *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context: European Nature's Best Hope?*, Routledge, 2015, pp. 31-56; J. M. VERSCHUUREN, *Implementation of the Convention on Biodiversity in Europe: 10 Years of experience with the Habitats Directive*, in 5 *J. Int'l Wildlife L. & Pol'y* 251, 2002, pp. 254-258. In this regard, it is particularly significant that applicable law expresses a precautionary principle when it comes to the protection of biodiversity, see also C-399/14 *Grüne Lige Sachsen v. Freistaat Sachsen*; C-387/15 and C-388/15 *Orleans v. Vlaams Gewest* (on the application of the principle of precaution).

¹⁰⁸ E.g., § 424.19(a) CFR requires a "comment period" whereas Italian authorities voluntarily engage with property owners and other stakeholders. Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio. *Manuale per la gestione dei Siti Natura 2000*, pp. 101-107, available online. Nonetheless, it is unclear how effective these measures are in balancing private and public interests. On the balancing of public-private interests by the PA, see generally M. MONTEDURO. *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2018, pp. 49 et seq. See also M. PELLINGRA CONTINO, *Partecipazione ai processi decisionali ed accesso alla giustizia in materia ambientale: riflessioni a partire dalla recente giurisprudenza della corte di giustizia*, in DPCE online, 19, 2017; G. BEVILACQUA, *Partecipazione ai processi decisionali e accesso alla giustizia delle associazioni ambientali a tutela degli habitat na-*

matter how manifest the lawmaker's intent¹⁰⁹. In response to concerns over regulatory takings, the U.S. Supreme Court has ruled that precise statutory terms are required where such actions have adverse economic consequences for private landowners. In doing so, it has potentially stripped the Act of much of its efficacy – “Wildlife has been pushed further and further to the fringes. If endangered species are going to survive, we need to restore their habitat. The Supreme Court just made that much harder to do”¹¹⁰. Additionally, the Court ignored Congressional intent to take whatever necessary action to undo the effects of industry on biodiversity and wildlife. In the Italian/European context, the true spirit of the Habitats Directive is somewhat ambiguous as it lacks meaningful language to objectively defend or scrutinize Member State conservation methods (or lack thereof)¹¹¹. For instance, the first two paragraphs of Ar-

turali di importanza europea, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 201, p. 497-505 (addressing access to information and participation by stakeholders in the decision-making process).

¹⁰⁹ Although Member States apparently have considerable discretion to designate sites, judicial review has significant weight in the actual exercise of such power. J. M. VERSCHUUREN, *Implementation of the Convention on Biodiversity in Europe: 10 Years of experience with the Habitats Directive*, in 5 *J. Int'l Wildlife L. & Pol'y* 251, 2002, p. 258; E. LEES, *Allocation of Decision-Making Power under the Habitats Directive*, in *Journal of Environmental Law*, 28, 2016, p. 191-219, doi: 10.1093/jel/eqw002 (discussing the relationship between decision-makers in the EU and respective Member States, highlighting the problems with the decision-making process and the role of the judiciary in conflict management). On case law on the impact of judicial review on the decision-making process on environmental protection, see also: *Sweetman v. An Bord Pleanála*; *Briels v. Minister van Infrastructuur en Milieu*; *RSPB v. Secretary of State for Environment, food and Rural Affairs*; *No Adastral New Town Ltd. V. Suffolk Coastal District Council*; *Smyth v. Secretary of State for Communities and Local Government*; *Champion v. North Norfolk DC*; and *Savage v. Mansfield District Council*. Indeed, Article 6(4) of the Habitats Directive provides an exception to the enjoining of projects that potentially harm biodiversity efforts when an “overriding public interest” of social or economic nature justifies a more lenient regime, but the ECJ ultimately precludes Member States from taking economic factors into account. For case law on the interpretation of “imperative reasons of overriding public interest”, see, for example: *Case C-182/10 Solvay and Others*, paragraphs 71-79; *Case C-43/19 Nomarchiaki Aftodioikisi Aitolokarnanians and Others*, paragraphs 120-128.

¹¹⁰ *Indianz*, CRONKITE NEWS: SUPREME COURT RULES IN ENDANGERED FROG CASE INDIANZ (2018), <https://www.indianz.com/News/2018/11/28/cronkite-news-supreme-court-rules-in-end.asp> (last visited Jan 10, 2019).

¹¹¹ It may be inferred that Europe lacks a decisive stance on habitat conservation

article 6 require Member States to establish necessary conservation measures and take appropriate steps to protect natural habitats of species. However, what constitutes “necessary conservation measures” or “appropriate steps” is debatable, leaving the implementation and effectiveness of the Habitats Directive up to the governments of Member States and at the mercy of the European Court of Justice (ECJ). Moreover, according to Directive Definitions (Articles 1 and 2), the assessment of measures taken pursuant to the Directive must consider economic, social and cultural requirements and regional and local characteristics. Logically, this means whether a “necessary” measure should be adopted depends on its reasonable practicability in the local context of application. Yet, in Case C-262/85¹¹², the ECJ rejected arguments by the Italian government asserting that Article 2 justifies departures from requirements under Article 7. For these reasons (*i.e.*, the ambiguity as to the scope the

in general, based on the conflicting language used in provisions of the Directive versus opinions of the ECJ in recent rulings on Article 6 of the Habitats Directive. For instance, as concerns the obligation to take necessary conservation measures, the Directive does not provide examples or criteria for making assessments, but the court ruled that this provision “excludes any discretion in this regard on the part of the Member States.” C-508/04 *Commission v. Austria*, paragraphs 74-76, 87-90. Similarly, Article 6(2) of the Directive, without establishing assessment criteria, confers the power to develop conservation methods and plans on individual Member States and then reproaches Member States that have not, in the opinion of the ECJ actions taken sufficient action. C-75/01 *Commission v. Luxembourg*, paragraphs 41-45; C-6/04 *Commission v. UK*, paragraphs 35-37; C-418 *Commission v. Ireland*, paragraphs 2016-221; C-241/08 *Commission v. France* paragraphs 30-39; C-508/04 *Commission v. Austria*, paragraphs 98-100; C-293/07 *Commission v. Greece*, paragraphs 26-29; C-90/10 *Commission v. Spain*, paragraphs 53-54; C-117/00 *Commission v. Ireland*, paragraphs 28-30; C-301/12 *Cascina Tre Pini Ss*, paragraph 32; Case C-508/04, *Commission v. Austria*, paragraphs 74, 87-90; Case C-90/10, *Commission v. Spain* (NB: the ruling exists in French and Spanish only); Case C-535/07, *Commission v. Austria*, paragraph 64; Case C-415/01, *Commission v. Belgium*, paragraph 22. In other words, if a conservation measure is deemed necessary at the EU level, Member States must take action to protect designated parcels and/or species. On the political stresses generated by Directive 92/43/ECC concerning decisions at the EU level and their implementation in national legislation, see S. TROMANS, *Challenging Enterprise - The Designation of European Habitats Sites and National Dilemmas*, in 3 *Envtl. L. Rev.* 61, 2001 (addressing the issue of the effective loss of sovereignty of individual member states in terms of land use over designated sites).

¹¹² Judgment of 8 July 1987, *Commission v. Italy*, ECR p. 3073.

Directive's provisions and proper compliance methods), the European Commission has published a Commission notice¹¹³ on the provisions of Article 6 of the Habitats Directive, and Italy has published an interpretation manual¹¹⁴ to facilitate compliance with Directive 92/43/EEC.

Still, lack of clarity on conservation provisions has resulted in inconsistent efforts by the Italian government to protect natural habitats – success varies by region¹¹⁵. And, program conservation costs may be considered unreasonable or not proportionate to the return produced by such initiative. After all, the public administration must comply with the principle of proportionality. In this regard, it is significant that strict designation criteria or a narrow definition of habitat are absent from Italian environmental law, which allows environmental protection authorities to adopt flexible measures to protect biodiversity in accordance with changing scientific information.

Although for different reasons, the U.S. Supreme Court's failure to substantially rule on the issue is equally noteworthy. Instead of taking a position regarding the definition of habitat under the ESA, it threw the ball back to the 5th Circuit Court of Appeals for a determination. If the lower court adopts a narrow definition, the entire scope of the Endangered Species Act will be jeopardized. Conversely, a broad definition that satisfies both the spirit of the law and science would enable the government to maintain the *status quo* without addressing the larger issue at hand: inadequate supervision of agency action.

From a commonsense approach, it would be advisable for the 5th Circuit Court of Appeals to take a "European approach" and avoid establishing a clear definition of habitat, more carefully scrutinizing the FWS' decision-making process instead. Therefore, for the U.S., *Weyerhaeuser* is a warning to government agencies that they should act within the same principles as other adjudicating bodies – their decisions must be substantiated by reasonable determinations, backed up by hard facts and

¹¹³ Document C(2018) 7621 final of 21 November 2018, Commission notice "Managing Natura 2000 sites. The provisions of Article 6 of the 'Habitats' Directive 92/43/EEC", available online.

¹¹⁴ Available online.

¹¹⁵ For a study on management of Natura 2000 sites in Italy, see I. DE MEO et al., *Management of Natura 2000 sites in Italy: An exploratory study on stakeholders' opinions*, in 62 *Journal of Forest Science*, 2016, p. 511–520, available online.

transparent considerations. For Europe, *Weyerhaeuser* illustrates the importance of government oversight and drafting clear provisions related to habitat conservation measures.

Abstract

*Endangered Species Act - ESA - Council Directive 92/43/EEC - Habitats Directive
Weyerhaeuser - Habitat - Critical habitat - Designation - Wildlife conservation
Judicial review - Property*

*Lawmakers in both the U.S. and Europe appear to recognize that biodiversity and species conservation are matters of public interest. Both systems also recognize private property and free enterprise as fundamental rights. At the same time, just like fish need water and birds need trees, humans have habitat requirements too. But who decides – and on what basis – which species we can afford to make extinct and which ones are worth saving? Can we place a monetary value on biodiversity, and do gains from urban development really outweigh the costs of wildlife conservation? These are questions that courts must implicitly answer when faced with a habitat designation dispute. The present contribution draws from the case *Weyerhaeuser Company v. United States Fish and Wildlife Service* to examine how legal systems (i.e. the United States and Italy) on opposite sides of the Atlantic address the issue of endangered species conservation. Particular attention is given to the interpretation of the term “habitat” under the Endangered Species Act and Habitats Directive, the criteria used by public agencies to designate protected areas, and the response of private landowners to protection measures that result in a so-called “implied taking” of private property. In the end, notwithstanding formal differences between systems, it appears that American and European judges alike balance public and private interests – no matter how manifest the lawmaker’s intent – to avoid excessive limits on private property and free enterprise. For Europe, the legal issues inherent to *Weyerhaeuser* illustrate the importance of government oversight and drafting clear provisions related to habitat conservation measures.*

Una nuova regola internazionale sul contenuto di zolfo nel carburante delle navi: analisi della recente riforma “IMO 2020”*

DANIELE MANDRIOLI

1. Introduzione. – 2. La disciplina internazionale in merito all’inquinamento causato da navi. – 3. L’allegato VI alla MARPOL e la sua recente revisione. – 4. Il ruolo degli Stati nell’implementazione di “IMO 2020”. – 5. Alcune riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

L’inquinamento prodotto dalle attività umane in mare è una delle principali problematiche ambientali che segnano la nostra epoca. Se, infatti, la progressiva evoluzione tecnologica avvenuta negli ultimi secoli ha permesso all’uomo di sfruttare sempre più intensivamente gli spazi e le risorse offerti dai mari e dagli oceani, tale condotta ha causato tuttavia importanti danni all’ambiente.

Tra le plurime attività che influiscono in modo significativo all’incremento di questo fenomeno, la navigazione è sicuramente una delle più note. Per quanto il trasporto via mare di beni e persone abbia un impatto ambientale inferiore rispetto a quello terrestre e aereo, l’uso delle navi costituisce una delle principali cause di inquinamento. Pertanto, la comunità internazionale, spinta da una crescente consapevolezza della gravità del problema, si è proposta di intervenire in modo più incisivo al fine di affrontare tale questione.

* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

A conferma di ciò, l'*International Maritime Organization*, istituto specializzato delle Nazioni Unite, ha recentemente aggiornato alcune delle proprie disposizioni in tema di inquinamento atmosferico generato dalle navi. Più precisamente, l'inizio del nuovo anno è contraddistinto dall'entrata in vigore di "IMO 2020": si tratta di una modifica normativa all'allegato VI della *International Convention for the Prevention of Pollution from Ships* (d'ora in avanti MARPOL)¹, volta ad imporre una riduzione della percentuale massima del contenuto di zolfo nell'olio combustibile delle navi dal 3,5% m/m allo 0,5% m/m. Questo emendamento ambisce a diminuire l'emissione in atmosfera degli ossidi di zolfo, noti per essere dannosi alla salute umana e all'ambiente, che vengono prodotti dalla combustione del carburante usato dalle navi².

A livello internazionale, la riforma "IMO 2020" risulta essere uno dei più concreti interventi volti alla tutela dell'ambiente dell'ultimo decennio. La sua entrata in vigore, avvenuta il primo di gennaio 2020, segna una drastica innovazione nel settore dello *shipping*, le cui conseguenze sono tuttavia ancora difficilmente analizzabili. Il limite di zolfo imposto dal recente emendamento della MARPOL, infatti, comporta necessariamente un assestamento del mercato del carburante per le navi, della logistica della navigazione e del costo dei servizi di trasporto via mare.

Tuttavia, per quanto tale riforma sia già stata attentamente analizzata dagli esperti sotto il profilo economico³, poca attenzione è stata finora rivolta agli aspetti giuridici della vicenda⁴. "IMO 2020" è prima di tutto un emendamento di una convenzione internazionale, che merita di essere osservato e inquadrato alla luce della cornice giuridica all'interno della quale esso opera.

Il presente articolo ambisce proprio a chiarire tale aspetto. Lo scopo

¹ *International Convention for the Prevention of Pollution from Ships*, 1973. Ad oggi, ben 162 Stati, rappresentanti il 99% del tonnellaggio mondiale, hanno ratificato il testo della MARPOL del 1973/1978. Si tratta di una delle convenzioni IMO che gode di maggior fortuna. I dati indicati sono reperibili presso il sito *online* dell'IMO.

² Ad oggi, il carburante utilizzato dalle navi contiene, di media, il 3% m/m di zolfo. Questi dati sono reperibili presso il sito *online* dell'IMO.

³ UNCTAD, *Annual Review of Maritime Transport*, New York, 2019.

⁴ Tra i pochi lavori dottrinali in materia fin qui prodotti, si segnala per completezza J. C. FANØ, *Enforcing International Maritime Legislation on Air Pollution through UNCLOS*, Oxford, 2019.

è quello di descrivere e analizzare la riforma “IMO 2020” da un punto di vista giuridico, in modo tale da evidenziarne i connotati normativi e i limiti attuativi.

Al fine di ciò, prima di entrare nel merito dell’analisi della revisione alla MARPOL recentemente introdotta, si ritiene opportuno descrivere brevemente il quadro giuridico che regola la protezione e la preservazione dell’ambiente nel diritto internazionale del mare. Più precisamente, viene posta particolare attenzione alla regolamentazione dell’inquinamento prodotto dall’uso delle navi, in modo tale da fornire una visione d’insieme circa il settore giuridico all’interno del quale si pone “IMO 2020”. Soltanto successivamente si intende procedere ad un’analisi più dettagliata della riforma in esame, con riguardo sia al contenuto che all’implementazione a livello internazionale della nuova disciplina. In conclusione, saranno svolte alcune considerazioni in riferimento all’entrata in vigore della normativa.

2. *La disciplina internazionale in merito all’inquinamento causato da navi*

Nonostante la sua fondamentale importanza, il tema della prevenzione dell’inquinamento marino non ha storicamente attirato l’attenzione della comunità internazionale. Soltanto negli anni ’60 del secolo scorso, periodo tristemente contraddistinto dal naufragio della nave petrolifera *Torrey Canyon*⁵, gli Stati hanno iniziato ad interrogarsi seriamente su tale questione. Tra la fine del ventesimo secolo e l’inizio del ventunesimo, molteplici accordi di natura bilaterale, regionale e globale sono stati conseguiti al fine di regolamentare il tema della preservazione dell’ambiente marino.

Oggi tale settore è costituito da una pluralità di diverse fonti normative. Tra queste, una posizione centrale è senz’altro occupata dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 (d’ora in avanti UNCLOS)⁶. Consapevoli della preminenza di tale strumento

⁵ Come noto, la *Torrey Canyon*, nave petrolifera di proprietà americana battente bandiera liberiana, si arenò al largo della Cornovaglia nel 1967, causando il primo rilevante disastro ambientale dovuto allo sversamento in mare di grandi quantità di petrolio e alla successiva contaminazione costiera da parte del petrolio fuoriuscito.

⁶ *United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)*, Montego Bay,

normativo di diritto internazionale del mare⁷, si ritiene opportuno partire da una breve analisi delle disposizioni UNCLOS rilevanti in materia di inquinamento marino, per poi procedere ad analizzare più limitati e specifici strumenti normativi.

La parte dodicesima dell'UNCLOS è dedicata interamente alla tematica in esame. La convenzione modella un tessuto normativo suddiviso in due macro-settori. Nel primo, essa sancisce in capo a tutti gli Stati contraenti obblighi generali di prevenzione e cooperazione finalizzati alla preservazione e alla protezione dell'ambiente marino⁸. Nel secondo, invece, l'UNCLOS individua sei diverse tipologie di inquinamento⁹, a cui associa più specifiche disposizioni. Tali tipologie sono originate da quattro diverse fonti: inquinamento da fondi terrestri, inquinamento da attività condotte nei fondali marini, inquinamento da immissione e, infine, inquinamento derivante dalle navi¹⁰.

Per quanto concerne l'ultima fonte menzionata¹¹, l'obbiettivo che l'UNCLOS si prefigge è duplice. Da un lato, essa ambisce a stimolare le Parti contraenti ad una produzione normativa nazionale e internazionale sull'inquinamento da navi che sia il più possibile uniforme; dall'altro,

firmata nel 1982, entrata in vigore nel 1994. Ad oggi, 167 Stati sono parti della presente convenzione. L'UNCLOS è stata ratificata dall'Italia attraverso la Legge n. 689 del 2 dicembre 1994.

⁷ Per l'appunto, l'UNCLOS è stata notoriamente definita "*the Constitution of Oceans*". Si legga *Remarks by T.B. (Tommy) Koh, President of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, 1982, reperibile sulla rete interconnessa.

⁸ Si vedano gli articoli dell'UNCLOS dal 92 al 106. E, ancora, l'articolo 92 stabilisce: "*States have the obligation to protect and preserve the marine environment*".

⁹ Le sei tipologie individuate dall'UNCLOS sono: inquinamento da fondi terrestri (art. 207), inquinamento provocato da attività relative al fondo marino soggette alla giurisdizione nazionale (art. 208), inquinamento da attività condotte nell'Area (art. 209), inquinamento da immissione (art. 210), inquinamento provocato da navi (art. 211), inquinamento di origine atmosferica o trans-atmosferica (art. 212).

¹⁰ Questa classificazione in quattro fonti di inquinamento è autorevolmente affermata da Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, Cambridge, 2015, p. 270; R. R. CHURCHILL; A. V. LOWE, *The Law of the Sea*, Manchester, 1999, p. 329-330.

¹¹ Per una generale riflessione sulla regolamentazione sull'inquinamento navale nel diritto internazionale, si legga T. KESELJ, *Port State Jurisdiction in Respect of Pollution from Ships: The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea and the Memoranda of Understanding*, in *Ocean Development & International Law*, 1999, p. 127-160.

opera a far sì che a ciò corrisponda una repressione delle violazioni effettiva da parte degli Stati.

Con riferimento al primo obiettivo, l'UNCLOS richiede agli Stati di adottare regole e *standard* internazionali volti alla prevenzione e alla repressione dell'inquinamento da navi¹². Inoltre, impone agli stessi di adottare leggi e regolamenti nazionali che abbiano almeno la stessa portata normativa delle “*generally accepted international rules and standards established through the competent international organization or general diplomatic conference*”¹³.

Con riferimento al secondo obiettivo, la convenzione ripartisce e determina l'esercizio di poteri giurisdizionali in capo a tre diverse categorie di Stati: gli Stati di bandiera¹⁴, gli Stati costieri e gli Stati portuali. I più stringenti compiti di *enforcement* sono riposti in capo agli Stati di bandiera, i quali hanno un vero e proprio obbligo di reprimere le violazioni delle norme sull'inquinamento commesse dalle navi battenti la propria bandiera¹⁵.

¹² UNCLOS, art. 211, par. 1: “*States, acting through the competent international organization or general diplomatic conference, shall establish international rules and standards to prevent, reduce and control pollution of the marine environment from vessels and promote the adoption, in the same manner, wherever appropriate, of routing systems designed to minimize the threat of accidents which might cause pollution of the marine environment, including the coastline, and pollution damage to the related interests of coastal States. Such rules and standards shall, in the same manner, be re-examined from time to time as necessary*”.

¹³ UNCLOS, art. 211, comma 2.

¹⁴ Pur in assenza di una definizione uniforme del concetto di Stato di bandiera, si richiama quanto affermato da D.P. O'CONNELL, *The international Law of the Sea*, Vol. II, Clarendon, 2015, p. 753: “*The function of a ship's flag is that of identification, which includes attribution to a particular State*”.

¹⁵ UNCLOS, articolo, 217, comma 1: “*States shall ensure compliance by vessels flying their flag or of their registry with applicable international rules and standards, established through the competent international organization or general diplomatic conference, and with their laws and regulations adopted in accordance with this Convention for the prevention, reduction and control of pollution of the marine environment from vessels and shall accordingly adopt laws and regulations and take other measures necessary for their implementation. Flag States shall provide for the effective enforcement of such rules, standards, laws and regulations, irrespective of where a violation occurs*”. Si osservi come il testo dell'UNCLOS specifica come l'esercizio della giurisdizione esecutiva da parte degli Stati di bandiera sia obbligatorio e non semplicemente facoltativo. L'uso del termine “*shall*” richiama inequivocabilmente a un obbligo. Si tratta di un'innovazione

Per quanto concerne gli Stati costieri e gli Stati portuali, invece, l'UNCLOS concede loro margini più o meno ampi entro i quali esercitare *facoltativamente* la propria giurisdizione ai danni delle navi straniere¹⁶.

Come emerge chiaramente dalla lettura dell'UNCLOS, il raggiungimento di uniformità ed efficacia nell'esercizio dei poteri giurisdizionali in materia di inquinamento navale presuppone che gli Stati cooperino e agiscano secondo regole concertate a livello internazionale. Al fine di ciò, l'UNCLOS attribuisce un ruolo centrale all'*International Maritime Organization* (d'ora in avanti IMO). Pur senza mai menzionarla esplicitamente, il richiamo alla "*competent international organization*"¹⁷, costantemente presente all'interno delle disposizioni sull'inquinamento navale, deve infatti intendersi come un riferimento all'IMO¹⁸.

Quest'ultima, istituita nel 1948, gioca un fondamentale ruolo nella redazione di *standard* tecnici per il settore dello *shipping*. Per l'appunto, l'articolo 2 della convenzione costitutiva dell'IMO attribuisce ad essa il compito: "[to] provide for the drafting of conventions, agreements, or other suitable instruments, and recommend these to Governments and to intergovernmental organizations"¹⁹. Ad oggi, l'IMO ha coordinato la formazione di più di quaranta trattati internazionali volti a regolamentare molteplici questioni circa l'uso delle navi.

Le convenzioni IMO, oltre ad essere delle vere e proprie fonti di obblighi pattizi tra gli Stati parte, acquisiscono una portata più generale per mezzo della qualifica delle disposizioni in esse previste alla stregua di

maturata nel corso della negoziazione della convenzione, finalizzata a tamponare il noto problema delle "*Flags of convenience*". Per maggiori dettagli, si richiama a M. NORDQUIST, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary*, Volume IV, Dordrecht, 1991, pp. 240-258.

¹⁶ L'UNCLOS dedica l'articolo 218 al tema della giurisdizione degli Stati portuali e l'articolo 220 a quella degli Stati costieri.

¹⁷ UNCLOS, art. 211, comma 2, 5, 6 a) e 6 b), art. 212, comma 3, art. 217, comma 1 e 7, art. 218, comma 1, art. 222.

¹⁸ *Implications of the United Nations Convention on the Law of the Sea for the International Maritime Organization*, Document LEG/MIS/6, September 10, 2008: "*the expression competent international organization, when used in the singular in [the Law of the Sea Convention], applies exclusively to the IMO, bearing in mind the global mandate of the Organization as a specialized agency within the United Nations System*".

¹⁹ IMO Convention, art. 2(b).

“generally accepted international rules and standards”²⁰ effettuata in più riprese dall’UNCLOS²¹. Come evidenziato in dottrina, “the advantage of using this term is that it creates a degree of dynamism, as the standards may change over time, without having to amend the Law of the Sea Convention”²².

In materia di inquinamento da navi²³, il più importante trattato internazionale concluso sotto gli auspici dell’IMO è senz’altro la MARPOL, cui si è già fatto riferimento in precedenza²⁴. Questa convenzione ambisce alla completa eliminazione dell’inquinamento derivante dalla dispersione degli oli e dal rilascio di altre sostanze inquinanti²⁵.

La convenzione, adottata a Londra il 2 novembre del 1973, è stata inizialmente modificata con il protocollo del 1978 ed è entrata in vigore sul

²⁰ Il significato di tale locuzione è stata oggetto di attenta analisi da parte della dottrina. Si vedano C. REDGWELL, *Mind the Gap in the GAIRS: The Role of other Instruments in the LOSC Regime Implementation in the Offshore Energy Sector*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2014, p. 600-621; J. HARRISON, *Making the Law of the Sea*, New York, 2011, p. 171-179; L. SOHN, *Implications of the Law of the Sea Convention regarding the protection of the marine environment*, in R. B. KRUEGER; S. A. RIESENFELD (ed.), *The developing Order of the Oceans*, 1985, p. 109. Con specifico riferimento al tema dei “general accepted standards” in materia di inquinamento navale, vedasi R. FRANCKX (ed.), *Vessel-source Pollution and Coastal State Jurisdiction, The work of the ILA Committee on Coastal State Jurisdiction Relating to Marine Pollution*, L’Aja, 2001.

²¹ UNCLOS, art. 211, comma 2 e 5, art. 212, comma 1, art. 218, comma 1, art. 220, comma 1, art. 222.

²² J. HARRISON, *Making the Law of the Sea*, cit. p. 171.

²³ Per quanto in questo articolo non sia possibile osservare nello specifico tutte le convenzioni IMO in tema di inquinamento, è opportuno ricordare che la MARPOL non è l’unico trattato di stampo ambientale prodotto dall’IMO. Tra le varie convenzioni, si ricordano: la *International Management Code for the Safe Operation of Ships and for Pollution Prevention*, la *Performance Standard for Protective Coatings for Alternative Means of Corrosion Protection for Cargo Oil Tanks of Crude Oil Tankers*, il *Protocol relating to Intervention on the High Seas in Cases of Pollution by Substances other than Oil*, l’*International Convention on Oil Pollution Preparedness*, il *Response and Co-operation*, il *Protocol on Preparedness, Response and Co-operation to Pollution Incidents by Hazardous and Noxious Substances*, la *Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter*, il *Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter*, la *Hong Kong International Convention for the Safe and Environmentally Sound Recycling of Ships*.

²⁴ Vedi nota 1.

²⁵ Preambolo del testo della convenzione del 1973.

piano internazionale²⁶, nel testo emendato in tale occasione, il 2 ottobre 1978 (MARPOL 73/78). Essa è corredata da due ulteriori protocolli e da sei allegati. L'adesione alla MARPOL implica l'accettazione obbligatoria dei primi due allegati, mentre vi è facoltà per gli Stati di non vincolarsi agli ulteriori quattro²⁷.

L'allegato VI, specificamente considerato in questo commento, è stato inserito nel protocollo del 1997 alla MARPOL. Negli allegati è considerato, in particolare, l'inquinamento dovuto al rilascio di diverse sostanze. Si tratta dunque di una normativa estremamente tecnica, frequentemente modificata tramite emendamenti finalizzati ad un aggiornamento costante degli *standard* imposti.

La convenzione MARPOL è il più importante e completo strumento internazionale in tema di inquinamento da fonte navale. Essa ha introdotto obblighi di *design*, di costruzione e di equipaggiamento finalizzati ad una prevenzione dell'inquinamento navale di stampo globale, concretizzando l'esigenza di maggiore specificità normativa promossa dall'UNCLOS. Tuttavia, come si vedrà più precisamente in seguito, non sempre il funzionamento di questo *corpus* giuridico è effettivo e soddisfacente. L'analisi in dettaglio della riforma "IMO 2020" permette di evidenziare alcuni aspetti problematici che caratterizzano a livello generale la convenzione MARPOL.

3. *L'allegato VI alla MARPOL e la sua recente revisione*

Descritta brevemente la cornice giuridica all'interno della quale rientra la riforma "IMO 2020", è ora possibile entrare nel merito della questione, analizzando più dettagliatamente il contenuto normativo della disposizione recentemente emendata.

²⁶ Con riferimento allo Stato italiano, la MARPOL è stata ratificata mediante la L. n. 662 del 29 settembre 1980.

²⁷ L'allegato I della MARPOL affronta il tema dell'inquinamento dovuto alla dispersione del petrolio dalle navi in mare; l'allegato II riguarda l'inquinamento causato dal rilascio di sostanze liquide nocive; l'allegato III prescrive obblighi circa la prevenzione di inquinamento dal trasporto di sostanze nocive; l'allegato IV regola l'inquinamento da acque di scolo; l'allegato V affronta il tema dei rifiuti delle navi; infine, l'allegato VI riguarda la prevenzione di inquinamento atmosferico causato dalla navigazione.

Come precedentemente accennato, con la sigla “IMO 2020” si intende la modifica alla *regulation* 14 dell'allegato VI alla convenzione MARPOL²⁸, avente ad oggetto la regolamentazione in materia di inquinamento atmosferico delle navi. È stato ratificato da novantasei Stati, rappresentanti più del 94% del tonnellaggio mondiale²⁹.

Modificando il testo della precedente disposizione, “IMO 2020” impone agli Stati parte l'obbligo di ridurre la percentuale di zolfo contenuta nel carburante delle navi battenti la propria bandiera da un massimo del 3,5% m/m ad un massimo di 0,5% m/m. Il limite normativo è ancor più ristretto (0,1% m/m³⁰) per la navigazione all'interno delle *SOx Emission Control Areas*, specifiche aree marine che, per motivi ambientali, necessitano di una protezione ancor più stringente³¹.

L'individuazione di tali nuovi limiti, come già anticipato, è finalizzata a diminuire l'emissione in atmosfera degli ossidi di zolfo, noti per essere dannosi per la salute umana e per l'ambiente³². È opportuno ricordare che non si tratta della prima volta in cui l'IMO, al fine di perseguire tale scopo, ha imposto una riduzione della percentuale di zolfo. Infatti, nel 1997, il testo originale della *regulation* 14 indicava un limite del 4,5% m/m, ridotto successivamente al 3,5% m/m. Inoltre, è da segnalare che, con l'emendamento all'allegato VI in esame, l'IMO ha uniformato la disciplina internazionale a quanto già disposto dall'Unione europea, la quale aveva già introdotto la medesima regola mediante l'adozione della direttiva 2012/33/UE³³.

Come per tutte le disposizioni MARPOL³⁴, l'obbligo contenuto nella

²⁸ IMO, *resolution MEPC/280(70), Effective date of implementation of the fuel oil standard in regulation 14.1.3 of MARPOL Annex VI, 28 October 2016.*

²⁹ I dati indicati sono reperibili presso il sito *online* dell'IMO.

³⁰ “IMO 2020” ha ridotto la percentuale minima di zolfo da 1,5% m/m a 0,1% m/m.

³¹ Si tratta dell'area del Mar Baltico, della zona del Mare del Nord, dell'area nord-americana (aree costiera al largo del Canada e degli Stati Uniti) e dell'area dei Caraibi degli Stati Uniti.

³² IMO, *MEPC 70/INF.34, Air pollution and energy efficiency, Study on effects of the entry into force of the global 0.5% fuel oil sulphur content limit on human health Submitted by Finland, 19 August 2016.*

³³ È opportuno ricordare che la suddetta direttiva UE è stata recepita dall'Italia mediante promulgazione del decreto legislativo del 16 luglio 2014, n. 112.

³⁴ Convenzione MARPOL, 1973, art. 4, comma 1: “*Any violation of the requirements of the present Convention shall be prohibited and sanctions shall be established therefor under the law of the Administration of the ship concerned wherever the violation*

nuova versione della *regulation* 14 grava in capo agli Stati di bandiera, a cui spetta il compito di prestabilire in che modo imporre il nuovo limite alle navi battenti la propria bandiera. La norma non prescrive alcuna specifica modalità operativa volta al rispetto dell'imposizione della nuova soglia di zolfo. In ottemperanza a quanto disposto dalla *regulation* 4 dell'allegato VI³⁵, è facoltà dello stesso Stato di bandiera decidere come dare attuazione a "IMO 2020" all'interno del proprio ordinamento nazionale.

La modalità più agevole e immediata per ottemperare all'obbligo risulta essere quella di imporre alle navi soltanto l'utilizzo di carburanti più "puliti", che siano rispettosi dei limiti di zolfo previsti da "IMO 2020". Tuttavia, non si tratta di una soluzione economicamente ininfluyente; l'uso di nuovi oli maggiormente raffinati potrebbe incrementare il costo della navigazione in maniera sensibile³⁶.

Gli esperti ritengono che vi siano almeno due ulteriori modalità per ottemperare a "IMO 2020".

In primo luogo, non sembra incompatibile con la *regulation* 14 la possibilità per una nave di continuare ad utilizzare carburanti ad alta concentrazione di zolfo, servendosi però di sistemi di pulizia di gas di scarico, i cosiddetti "*scrubber*", da installare a bordo della nave³⁷. Si tratta di una tecnologia in grado di pulire i residui rilasciati dalla combustione del carburante. Tuttavia, l'uso degli "*scrubber*", oltre a richiedere in ogni caso un investimento dal costo non indifferente per l'armatore, produce dei residui inquinanti, in particolare acqua di lavaggio e morchie, che vanno smaltiti secondo procedure ben definite.

In secondo luogo, l'ottemperanza al limite posto da "IMO 2020" è si-

occurs. If the Administration is informed of such a violation and is satisfied that sufficient evidence is available to enable proceedings to be brought in respect of the alleged violation, it shall cause such proceedings to be taken as soon as possible, in accordance with its law".

³⁵ MARPOL, allegato VI, *regulation* 4, comma 1: "*The Administration may allow any fitting, material, appliance or apparatus to be fitted in a ship as an alternative to that required by this Annex if such fitting, material, appliance or apparatus is at least as effective as that required by this Annex*".

³⁶ Alcuni esperti stimano che l'utilizzo di carburanti più raffinati possano portare ad un incremento dei costi del 30%. Si legga UNCTAD, *Annual Review of Maritime Transport*, cit.

³⁷ Per maggiori informazioni, si veda *Ship 2 Shore, IMO Regulations 2020, Cosa cambierà dal 1 di gennaio*, supplemento speciale N. 31 del 5 marzo 2019, p. 6; IMO, *Frequently Asked Questions: the global sulphur limit*, reperibile presso il sito *online* dell'IMO.

curamente perseguibile mediante l'uso di combustibili alternativi, come GNL³⁸ o, soprattutto in prospettiva futura, biocarburanti. Tuttavia questa strada sembra segnata da importanti difficoltà attuative. Infatti, la nave, per poter essere alimentata da combustibili alternativi, deve essere stata predisposta a ciò fin dalla sua costruzione. Inoltre, la difficoltà di reperire tali combustibili nei porti internazionali rende estremamente complesso ipotizzare un'adozione immediata di tale strada³⁹.

La forte incertezza di stampo economico che caratterizza ciascuna di queste tre soluzioni impedisce, ad oggi, di individuarne una preferibile in via generale. Conseguentemente, è ipotizzabile che gli Stati parte all'allegato VI della MARPOL non intervengano imponendo legislativamente alle navi battenti la propria bandiera una rigida strada da seguire, ma lascino quest'ultime libere di individuare le modalità più aderenti alle loro esigenze economico-imprenditoriali per ottemperare ai nuovi limiti sullo zolfo; gli Stati potrebbero semplicemente limitarsi ad individuare quali sanzioni applicare in caso di non ottemperanza alle prescrizioni poste dalla nuova disciplina.

4. *Il ruolo degli Stati nell'implementazione di "IMO 2020"*

Una volta osservato il contenuto dell'obbligo sancito dal nuovo testo della *regulation* 14 dell'allegato VI della MARPOL, è opportuno descrivere in che modo debba sostanzarsi l'attività di controllo degli Stati in sede di concreta attuazione della disposizione esaminata.

Come precedentemente anticipato⁴⁰, la convenzione UNCLOS pone principalmente a carico degli Stati di bandiera il compito di garantire l'ottemperanza agli *standard* volti alla tutela dell'ambiente marino. La convenzione MARPOL, sia nel suo testo principale che nei suoi allegati, è pertanto coerente rispetto a tale scelta di fondo. In particolare, l'allegato VI impone agli Stati specifiche modalità di controllo da esercitare

³⁸ La sigla GNL sta per *Gas Naturale Liquefatto*. Molti studi sono stati fatti circa tale combustibile, che sembra caratterizzarsi per un minore impatto ambientale nel suo utilizzo. Si legga E. BACCI, M. BASTA, C. FERRARI, *Riflessioni sulle possibilità di sviluppo di una flotta navale "LNG-fuelled"*, in *Rivista di Economia e Politica dei Trasporti*, 2018.

³⁹ *Ship 2 Shore, IMO Regulations 2020*, cit., p. 6.

⁴⁰ Si rimanda al secondo paragrafo del presente scritto.

rispetto alle navi battenti la propria bandiera⁴¹. Queste operazioni di *enforcement*, consistenti in attività di ispezione e di rilascio di certificati, devono essere effettuate *obbligatoriamente* da tali Stati⁴².

Tuttavia, l'esperienza ha mostrato come un valido sistema di implementazione degli obblighi in tema di prevenzione e contrasto dell'inquinamento da navi non possa porre affidamento soltanto sull'esclusivo esercizio della giurisdizione esecutiva da parte degli Stati di bandiera⁴³. Per l'appunto, va segnalato come essi non sempre risultino essere i soggetti posti nelle migliori condizioni per poter controllare direttamente ed efficacemente le navi. Successivamente all'iscrizione nel registro di nazionalità, infatti, non è detto che la nave operi all'interno di spazi marini ove lo Stato di bandiera possa esercitare agevolmente la propria giurisdizione; durante la navigazione, il legame effettivo tra lo Stato e la nave rischia di affievolirsi costantemente, rendendo sempre più complesso monitorare l'ottemperanza della nave agli *standard* internazionalmente in vigore.

In aggiunta a ciò, il noto fenomeno delle "*flags of convenience*"⁴⁴ ha dimostrato come in alcuni casi il controllo degli Stati di bandiera non venga esercitato in maniera soddisfacente neppure al momento dell'iscrizione delle navi al registro di nazionalità. Tale aspetto patologico, attentamente analizzato dagli studiosi nel corso degli ultimi decenni⁴⁵, mette in luce ancor di più l'inefficacia di un sistema di *governance* basato esclusivamente sull'attività di controllo da parte degli Stati di bandiera.

Proprio in ragione di ciò, le disposizioni della convenzione MAR-

⁴¹ MARPOL, allegato VI, *regulations* 5, 6, 8 e 9.

⁴² L'obbligatorietà di tali operazioni di controllo si desume dall'utilizzo del verbo "*shall*"; si tratta di un termine notoriamente utilizzato da una convenzione internazionale quando si vuole imporre un obbligo giuridico in capo al proprio destinatario.

⁴³ M. S. KARIM, *Implementation of the MARPOL Convention in Bangladesh*, in *Macquire Journal of International and Comparative Environmental Law*, 2009, p. 62.

⁴⁴ Per quanto non vi sia una definizione generalmente accettata del fenomeno delle "*Flags of convenience*", si intende riportare quella espressa da Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, cit., p. 162: "[...] *States that permit foreign shipowners, having very little or virtually no real connection with those States, to register their ships under the flags of those States*".

⁴⁵ Tra i vari, A.J. MARCOPOULOS, *Flags of terror: An Argument for Rethinking Maritime Security Policy Regarding Flag of Convenience*, in *Tulane Maritime Law Journal*, 2007, p. 277-312; F.J.M. LLACER, *Open Registers: Past, Present and Future*, in *Marine Policy*, 2003, p. 513-523; OECDE *Study on Flags of Convenience*, in *Journal of Maritime Law and Commerce*, 1973, p. 231-254.

POL non si limitano ad imporre obblighi di controllo in capo agli Stati di bandiera, bensì prevedono un più vasto intervento che coinvolge tutti gli Stati firmatari della convenzione, nei limiti dell'estensione dei propri poteri giurisdizionali⁴⁶. Tale generale scelta, finalizzata a contrastare le problematiche dovute dall'inaffidabilità del controllo degli Stati di bandiera⁴⁷, si declina poi in più specifiche disposizioni contenute all'interno dei singoli allegati. Con particolare riguardo ad "IMO 2020", l'allegato VI dispone che: "*A ship to which the present Annex applies may, in any port or offshore of a Party, be subject to inspection by officers appointed or authorized by that Party [...]*"⁴⁸.

La disposizione in esame prevede un controllo *facoltativo*⁴⁹ da parte degli Stati costieri e portuali firmatari dell'allegato VI. Con specifico riferimento alla disposizione esaminata, ciò significa che ciascuno Stato parte avrà la possibilità di esercitare poteri giurisdizionali esecutivi finalizzati ad un controllo di ottemperanza delle navi rispetto al nuovo dispositivo della *regulation* 14. Al fine di innescare tale meccanismo virtuoso, l'IMO ha recentemente pubblicato delle linee guida volte a fornire agli Stati specifiche indicazioni su come attuare operazioni di controllo rispetto ad "IMO 2020"⁵⁰. Tale testo, è opportuno specificarlo, non ha di per sé alcuna rilevanza normativa, bensì ambisce esclusivamente ad uniformare le condotte degli Stati in tale ambito.

Tuttavia, la natura facoltativa dell'esercizio di giurisdizione esecutiva

⁴⁶ Convenzione MARPOL 1973, articolo 4, comma 2: "*any violations [...] within the jurisdiction of any Party to the Convention shall be prohibited*".

⁴⁷ E.J. MOLENAAR, *Port State Jurisdiction*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2014: "*Flag States, beneficial owners, and operators who benefit as 'free riders' or flags of convenience from the primacy of flag State jurisdiction on the high seas and the consensual nature of international law can, through port State jurisdiction, be deprived of competitive advantages, for example lower operating costs and avoidance of catch restrictions*".

⁴⁸ MARPOL, allegato VI, *regulation* 11, comma 2.

⁴⁹ La facoltatività si evidenzia dall'utilizzazione del verbo "*may*". Tale interpretazione risulta porsi in continuità con quanto disposto dall'UNCLOS, la quale, come precedentemente osservato, contempla un'analogia disposizione all'articolo 218. L'opportunità di interpretare le disposizioni MARPOL in conformità con quanto previsto dall'UNCLOS è condivisa da J. HARRISON, *Making the Law of the Sea*, cit., p. 169: "*The technical standards created by the regulatory treaties discussed above are to be applied in the context of the jurisdictional provisions of the Law of the Sea Convention*".

⁵⁰ IMO, Resolution MEPC 320(74), *Guidelines for Consistent Implementation of the 0.50% Sulphur Limit under MARPOL Annex VI*, 2019.

da parte degli Stati costieri e portuali può comportare il rischio che il controllo sull'ottemperanza delle navi non sia omogeneo a livello internazionale. Alcuni Stati potrebbero, infatti, non esercitare tale potere, e contribuire in tal modo all'ampliamento del fenomeno del cosiddetto “*port shopping*”⁵¹. In altre parole, l'inerzia da parte di Stati meno virtuosi, o di quelli in via di sviluppo, potrebbe creare gravi lacune nel sistema di controllo internazionale sulle navi, offrendo di fatto alle stesse un margine di scelta circa in quale porto attraccare, in modo tale da eludere investigazioni ed ispezioni.

Al fine di scongiurare il più possibile tale evenienza, il sistema di controllo sancito dalla MARPOL è stato integrato da ulteriori accordi internazionali, tipicamente regionali, volti a concertare e massimizzare gli sforzi degli Stati nel dare effettiva attuazione agli *standard* volti alla tutela dell'ambiente marino mediante operazioni di controllo nei propri porti⁵².

Oltre a quanto fatto dall'Unione Europea in questo ambito⁵³, si ricorda che, nel 1982, ben ventisette Stati europei e del nord Atlantico hanno stipulato il *Paris Memorandum of Understanding*, un protocollo d'intesa finalizzato a “[to] *avoid distorting competition between ports*”⁵⁴, e a realizzare “*an improved and harmonized system of port State control and of strengthening co-operation and the exchange of information*”⁵⁵. In maniera analoga, nella regione dell'oceano Pacifico, è stato recentemente firmato a Tokyo il *Memorandum of Understanding on Port State Control in the Asia-Pacific Region*⁵⁶, un'intesa ispirata dalle medesime finalità dell'accordo sopra menzionato⁵⁷.

Da quanto appena osservato, appare chiaro come il reale funzionamento di tali intese giochi un ruolo fondamentale nell'effettiva concretizzazione del nuovo obbligo sancito da “IMO 2020”: il controllo portuale dovrà essere quanto più uniforme e concertato possibile a livello internazionale, in modo

⁵¹ T. L. McDORMAN, *Regional Port State Control Agreements: Some Issues of International Law*, in *Ocean & Coastal Law Journal*, 2000, p. 207-226.

⁵² T. KESELJ, *Port State Jurisdiction in Respect of Pollution from Ships*, cit., p. 141-149.

⁵³ Si veda il paragrafo precedente.

⁵⁴ 1982 *Paris Memorandum of Understanding on Port State Control*, preambolo.

⁵⁵ *Ibid. Supra*.

⁵⁶ 2018 *Memorandum of Understanding on Port State Control in the Asia-Pacific Region*.

⁵⁷ 2018 *Memorandum of Understanding on Port State Control in the Asia-Pacific Region*, preambolo.

tale da supplire alle possibili carenze di controllo degli Stati di bandiera, e da scongiurare l'altrettanto problematico fenomeno del *port shopping*.

5. *Alcune riflessioni conclusive*

Una volta descritto “IMO 2020” alla luce del contesto giuridico all'interno del quale rientra, è possibile esporre alcune considerazioni circa l'entrata in vigore di tale riforma, in modo tale da evidenziare alcuni aspetti problematici legati alla sua effettiva concretizzazione.

Trattandosi di un inasprimento di un preesistente limite della percentuale di zolfo ammessa nei carburanti delle navi, l'emendamento all'allegato VI della MARPOL non pone particolari dubbi per quanto concerne il proprio contenuto. Infatti, un punto di forza della riforma è sicuramente quello di non aver stravolto il sistema giuridico all'interno del quale si pone, bensì di averlo semplicemente adeguato ancor di più alle esigenze di protezione ambientale che ispirano il trattato internazionale stesso. Come precedentemente osservato, lo scopo della convenzione MARPOL è quello di eliminare l'inquinamento derivante dalla dispersione degli oli e dal rilascio di altre sostanze inquinanti⁵⁸. “IMO 2020” non fa altro che imporre un più rigido *standard* al fine di perseguire tale obiettivo.

La disposizione analizzata pone invece alcuni dubbi circa la sua estensione normativa. Più precisamente, è opportuno chiedersi se essa vada ad applicarsi non solo agli Stati parte all'allegato VI della MARPOL, bensì anche ad altri Stati della comunità internazionale.

Per l'appunto, avendo precedentemente evidenziato come l'UNCLOS, mediante il ricorso alla locuzione “*generally accepted international rules and standards*”, imponga agli Stati di adeguarsi al diritto IMO quando esso sia sufficientemente rappresentativo degli *standard* mondiali in materia di inquinamento, ci si deve chiedere se il nuovo limite di zolfo sancito dall'allegato VI alla MARPOL sia vincolante per gli Stati contraenti dell'UNCLOS a prescindere dall'accettazione di tale allegato (e dall'adesione alla MARPOL)⁵⁹.

⁵⁸ Vedi nota 25.

⁵⁹ C. REDGWELL, *Mind the Gap in the GAIRS*, cit.; R. FRANCKX (ed.), *Vessel-source Pollution and Coastal Stater Jurisdiction*, cit.

A tal riguardo, è opportuno ricordare che ad oggi l'allegato VI è stato ratificato da ben novantasei Stati, rappresentanti il 94% del tonnellaggio mondiale. Si tratta di una percentuale di adesione decisamente elevata. A ciò si aggiunga che il medesimo obbligo è stato inserito all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea⁶⁰, andando ad estendere ancor di più la portata normativa del nuovo limite di zolfo previsto per il carburante delle navi.

Alla luce di tali indicazioni, si ritiene che vi siano pochi dubbi circa la portata generale che "IMO 2020" acquisisce all'interno del diritto internazionale. Il nuovo obbligo sembra godere di un'estensione estremamente vasta, tale da consentire di configurarlo alla stregua di *standard* generalmente riconosciuto a livello internazionale.

Tuttavia, se dal punto di vista della portata normativa, "IMO 2020" raggiunge il proprio scopo di godere di un'estensione pressoché generale, è opportuno chiedersi se a tale universalità dell'obbligo corrisponda un'effettiva concretizzazione dello stesso mediante adeguate operazioni di controllo da parte degli Stati. Infatti, l'applicazione della norma *ex* allegato VI della MARPOL richiede che gli Stati esercitino i propri poteri giurisdizionali al fine di controllare l'ottemperanza al nuovo limite di zolfo da parte delle navi e di reprimere eventuali violazioni. Tale compito, come precedentemente osservato, spetta *obbligatoriamente* agli Stati di bandiera e *facoltativamente* agli Stati portuali e costieri.

Per quanto concerne il controllo da parte degli Stati di bandiera, sembra corretto chiedersi quanto quest'ultimi si dedicheranno attivamente a tale compito. Infatti, il rispetto dei nuovi limiti di zolfo potrebbe verosimilmente tradursi in un forte incremento dei costi imprenditoriali sostenuti dagli armatori. Il peso economico e la conseguente incertezza sul mercato rischiano di scoraggiare una spontanea adesione alla riforma da parte degli stessi. A tal riguardo, ci si chiede se sia proprio lo Stato di bandiera la figura più idonea a dover controllare rigorosamente l'ottemperanza della norma da parte delle proprie navi. Un controllo capillare e costante effettivamente esercitato dagli Stati di bandiera rischia, infatti, di disincentivare l'iscrizione nei registri da essi tenuti, con il rischio che gli armatori optino per iscriversi presso altri registri meno rigorosi. In altre parole, oltre alle già menzionate criticità che rendono storica-

⁶⁰ Vedi p. 79.

mente insoddisfacente il controllo effettuato dagli Stati di bandiera⁶¹, le evidenti incertezze economiche che “IMO 2020” arreca al settore della navigazione amplificano ancor di più il malfunzionamento di un sistema di *enforcement* affidato principalmente agli Stati che presentano tale collegamento con le navi.

Per quanto concerne, invece, in controllo da parte degli Stati costieri e portuali, essendo questo previsto come mera facoltà dalla convenzione MARPOL, è necessario chiedersi se gli Stati saranno propensi ad attivarsi al fine di esercitare poteri giurisdizionali a tal riguardo o meno. Dal momento che la normativa esaminata è entrata in vigore solamente l'1 gennaio 2020, è estremamente difficile ad oggi prevedere come agiranno gli Stati. Tuttavia, è possibile effettuare fin da ora una considerazione rilevante: “IMO 2020” rischia di amplificare ancor di più la discrepanza nella qualità del controllo portuale effettuato dagli Stati in via di sviluppo rispetto alle operazioni che avvengono nei porti degli Stati maggiormente sviluppati a livello economico. Infatti, come precedentemente osservato, una delle maggiori conseguenze economiche di “IMO 2020” è quella di destabilizzare gli equilibri attuali nel mercato dei carburanti. Gli armatori, al fine di rispettare la nuova percentuale di zolfo imposta, dovranno scegliere con quali oli rifornire le proprie navi. Tali scelte richiedono, tuttavia, che vi sia disponibilità di nuovi carburanti nei porti internazionali. Di conseguenza, al fine di garantire la possibilità alle navi di ottemperare alla *regulation* 14 dell'allegato VI MARPOL, gli Stati presso i quali attraccheranno le navi dovranno offrire almeno alcune delle alternative per il rifornimento menzionate nei paragrafi precedenti⁶². Tuttavia è difficile immaginare che nei porti di Stati in via di sviluppo possano essere disponibili questi nuovi carburanti fin dall'inizio dell'anno. Di conseguenza, sembra poco probabile che questi Stati vogliano imporre alle navi l'ottemperanza di “IMO 2020”, se alle stesse non viene data la possibilità di rifornirsi con oli che rispettano il limite alla percentuale di zolfo stabilito dal nuovo testo della *regulation* 14.

Allo stesso tempo, invece, nei porti di Stati maggiormente sviluppati, offrendo nuovi carburanti alle navi, sarà possibile effettuare un controllo sul rifornimento effettuato dalle stesse. Inoltre, è importante segnalare

⁶¹ Vedi p. 79.

⁶² Vedi p. 80-81.

come alcuni Stati a economia avanzata, spesso in prima linea nell'investimento sui carburanti di nuova generazione, potrebbero avere particolare interesse nel controllare attentamente che "IMO 2020" venga rispettata da parte delle navi che navigano nelle loro acque e che attraccano nei loro porti⁶³.

Per riassumere quanto detto finora, se, da un lato, la nascita di un nuovo mercato dei carburanti alternativi sembra in grado di spingere gli Stati sviluppati ad esercitare diligentemente i propri poteri di controllo rispetto ad "IMO 2020", dall'altro, invece, rischia di precludere tale facoltà a Stati in via di sviluppo.

In conclusione, merita di essere considerata un'ulteriore perplessità circa l'effettiva applicazione di "IMO 2020". Pur ipotizzando il miglior scenario possibile, ovvero immaginando la configurazione di un'efficace ed omogenea attività di controllo costiero e portuale da parte di tutta la comunità internazionale, gli armatori, su cui grava l'onere economico della riforma, potrebbero in ogni caso seguire un'ulteriore strada finalizzata a limitare quanto più possibile tali controlli, ovvero quella di rifornire le proprie navi in alto mare.

L'azione del rifornimento in alto mare, conosciuta come *bunkering activity*, si è consolidata nel corso degli ultimi decenni. Si tratta di un'operazione finalizzata a garantire una maggiore efficienza nello svolgimento di alcune attività in mare, dal momento che con essa si riduce la necessità di dover attraccare nei porti per effettuare il rifornimento di carburante. Trattandosi di un'attività che si è diffusa successivamente alla codificazione del diritto del mare mediante la redazione dell'UNCLOS⁶⁴, e quindi non regolamentata da disposizioni scritte, le operazioni di rifornimento in alto mare sono state oggetto di particolare attenzione

⁶³ Non sembra infatti un caso che siano proprio gli Stati più interessati alla crescita del mercato dei carburanti "puliti" ad avere, a più riprese, ribadito l'importanza della riforma "IMO 2020". Tra questi, vanno sicuramente menzionati gli Stati Uniti d'America. Per maggiori informazioni circa i benefici economici che possono prospettarsi per gli Stati Uniti, si legga J. J. CORBETT, P. E. EDWARD W. CARR, *IMO 2020: Good for the United States Promotes U.S. energy security, trade, and the environment*, 2019, reperibile online. Con riferimento invece agli Stati del nord Europa, si legga invece S. WANG, T. NOTTEBOOM, *The Role of Port Authorities in the Development of LNG Bunkering Facilities in North European Ports*, in *WMU Journal of Maritime Affairs*, 2015, p. 61-92.

⁶⁴ S. YANAI, *Can the UNCLOS Address Challenges of the 21st Century?*, in *German Yearbook of International Law*, 2014, p. 43-62.

da parte della dottrina⁶⁵ e della giurisprudenza internazionale⁶⁶. Soltanto nel corso dell'ultimo anno, ben due decisioni del Tribunale internazionale del diritto del mare (ITLOS) hanno riguardato lo svolgimento di attività di *bunkering*⁶⁷.

Pur consapevoli che le conclusioni del presente articolo non siano la sede più adatta per discutere in profondità il tema della liceità delle attività di *bunkering* in alto mare, sembra opportuno per lo meno evidenziare come l'entrata in vigore di "IMO 2020" possa incrementare il ricorso a tale attività. La possibilità di effettuare rifornimento in alto mare, senza dover essere sottoposti ad alcun controllo statale, rischia di diventare un'alternativa che le navi potrebbero prendere seriamente in considerazione, e, in tal modo, vanificare gli obiettivi di "IMO 2020".

⁶⁵ D.TESTA, *Coastal State Regulation of Bunkering and Ship-to-Ship (STS) Oil Transfer Operations in the EEZ: An Analysis of State Practice and of Coastal State Jurisdiction under the LOSC*, in *Ocean Development & International Law*, 2019, p. 363-386;

⁶⁶ M/V "Virginia", (Panama V. Guinea Bissau), *Judgement*, ITLOS Reports, 2013; M/V "Saiga" (Saint Vincent and Grenadines V. Guinea), *Judgement*, ITLOS Reports, 1999.

⁶⁷ M/V "Norstar" (Panama V. Italy) *Judgment*, ITLOS Reports, 2019; M/T "San Padre Pio" (Switzerland V. Nigeria), *Order Of Provisional Measures*, ITLOS Reports, 2019. Per un commento alla sentenza "Norstar", si veda E. ZAMUNER, *Giurisdizione penale dello Stato costiero e libertà di navigazione in alto mare: in margine alla sentenza del Tribunale internazionale del diritto del mare nel caso «Nortstar»*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2019, p. 819-827.

*Abstract**“IMO 2020” - Pollution from ships - International Law of the Sea
Sulphur emissions - shipping*

On the first of January 2020, the International Maritime Organization (IMO) amended regulation 14 of the MARPOL Convention, Annex VI, regarding the prevention of atmospheric pollution from ships. More in particular, the revised text of the disposition provides a new delimitation of the percentage of Sulphur contained in the oil used by ships from 3,5% m/m to 0,5% m/m. The introduction of new international prescription (“IMO 2020”) aims to reduce the environmental impact of shipping activities. While the consequences of “IMO 2020” are constantly analyzed from an economical perspective, until now few attention was paid to the legal relevance of the adoption of this international rule. This paper deals with the implications of “IMO 2020” to the international legal system on the prevention of pollution from ships. Following a brief description of the aforementioned international legal framework, this paper analyzes the normative content of “IMO 2020” and its enforcement through States actions. Finally, it reports some conclusions regarding the possible consequences deriving from the entry into force of such new limit of Sulphur emissions provided by MARPOL Convention Annex VI.

Orsi e lupi in due sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

MARIA CLARA MAFFEI

Nota a Corte Costituzionale, 15 luglio – 27 settembre 2019, n. 215, Pres. G. Lattanzi, *Rel.* G. Prosperetti, Giudizio di legittimità costituzionale in via principale, Consiglio dei ministri contro Provincia autonoma di Trento e Provincia autonoma di Bolzano

Ambiente – Fauna selvatica – *Ursus arctos* (orso) e *Canis lupus* (lupo) – Caccia – Competenza per l'autorizzazione di deroghe al divieto di abbattimento – Legge della Provincia autonoma di Trento 11 luglio 2018, n. 9 – Legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 luglio 2018, n. 11 – Costituzione, artt. 117, comma 1 e comma 2, lettera s), e 118, comma 1 e 2.

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Provincia autonoma di Trento 11 luglio 2018, n. 9, promossa dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento agli artt. 117, comma 1 e comma 2, lettera s), e 118, comma 2, Cost., nonché all'art. 107 del D.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige) relativamente alla competenza attribuita al Presidente della Provincia per le deroghe ai divieti di abbattimento di orsi e lupi.

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 luglio 2018, n. 11, promossa dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento all'art. 117, comma 1 e comma 2, lettera s), Cost., in relazione all'art. 11 del D.P.R. 8 settembre 1997, n. 357, all'art. 118, comma 1 e comma 2, Cost., e agli artt. 4, 8 e 107 del D.P.R. n. 670 del 1972 relativamente alla competenza attribuita al Presidente della Provincia per le deroghe ai divieti di abbattimento di orsi e lupi.

* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

Nota a Corte di Giustizia dell'Unione Europea – Sezione II – 10 ottobre 2019, causa C-674/17 – Pres. Rel. A. Arabadjiev, su rinvio pregiudiziale del *Korkein hallinto-oikeus* (Corte amministrativa suprema, Finlandia) – decisione 28 novembre 2017

Fauna selvatica – *Canis lupus* (lupo) – Direttiva habitat – Caccia di gestione – Valutazione dello stato di conservazione delle popolazioni della specie interessata

La concessione di deroghe al divieto di uccisione deliberata di una specie protetta dalla direttiva habitat, come il lupo, a titolo di caccia di gestione è subordinata a rigorose condizioni, stabilite dalla direttiva stessa. In particolare, tali deroghe devono definire in modo chiaro, preciso e documentato gli obiettivi perseguiti e devono dimostrare, sulla base di dati scientifici rigorosi, la loro idoneità a raggiungerli. La lotta al bracconaggio rientra tra gli obiettivi coperti dalla direttiva purché la deroga faccia realmente diminuire il fenomeno, producendo un effetto positivo netto sullo stato di conservazione della popolazione di lupi.

Deve essere dimostrato, in maniera precisa e adeguata, che l'obiettivo perseguito non può essere raggiunto attraverso una soluzione alternativa valida. La mera esistenza di un'attività illecita quale il bracconaggio o le difficoltà relative al suo controllo non sono sufficienti. Occorre, invece, privilegiare il controllo rigoroso ed efficace su tale attività illecita.

Le deroghe devono basarsi su criteri che garantiscano la preservazione a lungo termine dell'andamento e della stabilità sociale della specie interessata, valutando lo stato di conservazione e l'impatto che possono avere su di esso. Conformemente al principio di precauzione, gli Stati membri devono altresì astenersi dall'adottare o attuare tali deroghe se esistono incertezze quanto al fatto che esse pregiudichino o meno il mantenimento o il ripristino delle popolazioni di una specie minacciata di estinzione in uno stato di conservazione soddisfacente.

Ex art. 16, paragrafo 1, lettera e), della direttiva habitat, occorre fissare un numero limitato e specificato, definito su base selettiva, di esemplari oggetto di deroga per evitare ogni rischio di impatto negativo significativo. L'adozione e l'applicazione delle deroghe devono essere sottoposte a un controllo efficace e tempestivo.

1. Premessa – 2. La Corte Costituzionale italiana e gli orsi e i lupi del Trentino Alto Adige – 3. La Corte UE e i lupi finlandesi. 4. Conclusioni.

1. Premessa

Ursus arctos e *Canis lupus* sono specie protette in Italia, anche in adempimento a normative comunitarie e internazionali¹; in particolare, tali specie sono tutelate dalla Legge quadro 11 febbraio 1992, n. 157², dalla Convenzione di Berna³ e dalla cd. direttiva habitat⁴.

¹ Per una recente e sintetica ricostruzione delle vicende della tutela del lupo in Italia v. G. GARZIA, *La protezione del lupo (Canis lupus) sul piano giuridico: evoluzione e prospettive*, in *RGA online*, n. 3/4, 2019; per la situazione relativa agli orsi ci permettiamo di rinviare a M.C. MAFFEI, *Ursus arctos: una specie protetta ... ma non troppo*, in questa *Rivista*, 2019, p. 3 ss.

² *Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio*, pubblicata in *Gazz. Uff.* 25 febbraio 1992, n. 46; v. in particolare art. 2.1.a.

³ Convenzione sulla conservazione della vita selvatica europea e gli habitat naturali (Berna, 19 settembre 1979, in vigore anche per l'Italia, dal 1° giugno 1982). *Ursus arctos* e *Canis lupus* figurano nell'Allegato II della Convenzione, come specie di fauna strettamente protette. L'art. 9.1 della Convenzione di Berna prevede la possibilità di concedere deroghe ai divieti con una disposizione simile a quella della direttiva habitat (v. nota seguente). Per quanto riguarda altri strumenti di diritto internazionale, *Canis lupus* e *Ursus arctos* figurano nell'Appendix II della Convenzione sul commercio internazionale delle specie minacciate di fauna e flora selvatiche (Washington, 3 marzo 1973, nota come CITES); tale allegato elenca le specie che, al momento, non sono necessariamente minacciate di estinzione ma che potrebbero diventarlo se il loro commercio non fosse strettamente controllato; solo le popolazioni di *Canis lupus* di Bhutan, India, Nepal and Pakistan e quelle di *Ursus arctos* di Bhutan, Cina, Messico e Mongolia figurano nell'Appendix I (che comprende le specie maggiormente in pericolo). La CITES tuttavia, riguardando il commercio internazionale, non rileva in questa sede.

⁴ Direttiva 92/43/CEE del Consiglio del 21 maggio 1992 relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, in *GUCE L* 206 del 22 luglio 1992, p. 7 ss., recepita con D.P.R. 8 settembre 1997 n. 357, pubblicato in *Gazz. Uff.* 23 ottobre 1997, n. 248, *Suppl. ord.*, modificato e integrato dal D.P.R. 12 marzo 2003 n. 120, pubblicato in *Gazz. Uff.* 30 maggio 2003, n. 124. *Canis lupus* (tranne le popolazioni estoni; popolazioni greche: soltanto o quelle a sud del 39° parallelo; popolazioni spagnole: soltanto quelle a sud del Duero; popolazioni lettoni, lituane e finlandesi) e *Ursus arctos* (tranne le popolazioni estoni, finlandesi e svedesi) figurano nell'allegato II della direttiva habitat (*Specie animali e vegetali d'interesse comunitario la cui conservazione richiede la designazione di zone speciali di conservazione*); *Canis lupus* (tranne le popolazioni greche a nord del 39° parallelo, le popolazioni estoni, le popolazioni

Oltre a godere entrambi di questo *status* di specie protette (perché a rischio d'estinzione), orsi e lupi – rientranti nella categoria dei grandi carnivori – si caratterizzano per una comune comprovata tendenza a ... delinquere, generatrice di danni a cose e persone con la conseguenza di renderli invisibili a una parte della popolazione (umana) che si trova a spartire con essi il medesimo territorio. Dal settembre 2019 le due specie condividono anche una sentenza della Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di due leggi delle Province autonome di Trento e Bolzano⁵. Più precisamente, con la sentenza 15 luglio – 27 settembre, n. 215⁶, la Corte Costituzionale, riuniti i relativi giudizi, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità dell'art. 1 della legge della PAT 11 luglio 2018, n. 9⁷ e dell'art. 1 della legge della PAB 16 luglio 2018, n. 11⁸. Entrambe le questioni erano state promosse

spagnole a nord del Duero, le popolazioni bulgare, lettoni, lituane, polacche, slovacche e le popolazioni finlandesi all'interno della zona di gestione del patrimonio rangifero quale definita al paragrafo 2 della legge finlandese n. 848/90, del 14 settembre 1990, sulla gestione del patrimonio rangifero) e *Ursus arctos* figurano nell'allegato IV (*Specie animali e vegetali di interesse comunitario che richiedono una protezione rigorosa*) della medesima direttiva. *Canis lupus* (popolazioni spagnole a nord del Duero, popolazioni greche a nord del 39° parallelo, popolazioni finlandesi all'interno della zona di gestione del patrimonio rangifero quale definita al paragrafo 2 della legge finlandese n. 848/90, del 14 settembre 1990, sulla gestione del patrimonio rangifero, popolazioni bulgare, lettoni, lituane, estoni, polacche e slovacche) figura anche nell'Allegato V (*Specie animali e vegetali di interesse comunitario il cui prelievo nella natura e il cui sfruttamento potrebbero formare oggetto di misure di gestione*) della direttiva habitat. L'art. 1, lettera g) della direttiva habitat chiarisce che le specie di interesse comunitario sono quelle "in pericolo", oppure "vulnerabili", oppure "rare", oppure "endemiche e richiedono particolare attenzione, data la specificità del loro habitat e/o le incidenze potenziali del loro sfruttamento sul loro stato di conservazione". L'art. 1, lett. i) della direttiva habitat definisce lo stato di conservazione di una specie come "l'effetto della somma dei fattori che, influenzando sulle specie in causa, possono alterare a lungo termine la ripartizione e l'importanza delle sue popolazioni", definendo altresì che cosa debba intendersi per stato di conservazione "soddisfacente".

⁵ D'ora innanzi, rispettivamente, anche PAT e PAB.

⁶ Pubblicata in *Gazz. Uff. Serie speciale* n. 40 del 2 ottobre 2019, p. 14 (d'ora innanzi Sentenza Corte Costituzionale n. 215/2019).

⁷ *Attuazione dell'art. 16 della direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche: tutela del sistema alpicolturale.*

⁸ *Misure di prevenzione e di intervento concernenti i grandi carnivori. Attuazione dell'articolo 16 della direttiva 92/43/CEE.*

se, con due distinti ricorsi, dal Presidente del Consiglio dei ministri nel settembre 2018⁹. Per quanto riguarda la legge trentina, la questione era stata sollevata in riferimento agli artt. 117, comma 1 e comma 2, lettera s), e 118, comma 2, Cost., nonché all'art. 107 del D.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (*Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige*)¹⁰. Per quanto attiene alla legge della PAB, la questione era stata sollevata in riferimento all'art. 117, comma 1 e comma 2, lettera s), Cost., in relazione all'art. 11 del D.P.R. n. 357/1997¹¹, all'art. 118, comma 1 e 2, Cost., e agli artt. 4, 8 e 107 del D.P.R. n. 670/1972.

Le due leggi provinciali impugnate sono sostanzialmente identiche nelle motivazioni, nella competenza ad autorizzare le deroghe, relativamente al prelievo, cattura e uccisione di orsi e lupi, attribuita al Presidente delle rispettive Province, nella smilza procedura (il previo parere dell'ISPRA¹²), nelle condizioni necessarie perché le deroghe possano essere concesse, peraltro conformi a quelle richieste dall'art. 16, paragrafo 1, della direttiva habitat. Simile è anche il séguito da dare alle misure adottate: una mera “informazione” affinché siano adempiuti gli obblighi di comunicazione dello Stato alla Commissione europea. In pratica le due leggi constano di un'unica disposizione sostanziale che riproduce quasi integralmente l'art. 16, paragrafo 1, della direttiva habitat¹³. Con

⁹ V. *Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 14 settembre 2018*, n. 60, pubblicato in *Gazz. Uff. Serie speciale* n. 41 del 17 ottobre 2018, p. 31 (d'ora innanzi, per brevità: *Ricorso contro PAT*) e *Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 24 settembre 2018*, n. 65, pubblicato in *Gazz. Uff. Serie speciale* n. 44 del 7 novembre 2018, p. 7 (d'ora innanzi, per brevità: *Ricorso contro PAB*). Si vedano anche le delibere del Consiglio dei ministri del 6 settembre 2018, reperibili al sito del Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie.

¹⁰ Pubblicato in *Gazz. Uff.* 20 novembre 1972, n. 301, d'ora innanzi Statuto.

¹¹ V. *supra* nota 4.

¹² Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale.

¹³ Art. 16, paragrafo 1, direttiva habitat: “1. A condizione che non esista un'altra soluzione valida e che la deroga non pregiudichi il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale, gli Stati membri possono derogare alle disposizioni previste dagli articoli 12, 13, 14 e 15, lettere a) e b):

a) per proteggere la fauna e la flora selvatiche e conservare gli habitat naturali;

b) per prevenire gravi danni, segnatamente alle colture, all'allevamento, ai boschi, al patrimonio ittico e alle acque e ad altre forme di proprietà;

esse i Presidenti delle due Province autonome avocano a sé competenze che l'art. 11 del D.P.R. n. 357/1997 riserva al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio¹⁴ relativamente alla concessione delle deroghe ai divieti previsti nella direttiva habitat e nel D.P.R. testé ricordato.

Poco dopo la sentenza della Corte Costituzionale italiana in commento, la Corte di giustizia dell'Unione europea (di seguito: Corte UE) si è pronunciata su un rinvio pregiudiziale relativo alle deroghe, previste dall'art. 16, paragrafo 1, lettera e), della direttiva habitat, con specifico riferimento alla caccia al lupo in Finlandia¹⁵. In questo caso non veniva in considerazione tanto una questione di competenze istituzionali quanto la legittimità di deroghe concesse per caccia di gestione quale misura per combattere il bracconaggio, fenomeno attribuito, soprattutto, alla mancata accettazione da parte della popolazione locale della presenza dei lupi e dei danni dagli stessi provocati¹⁶.

c) nell'interesse della sanità e della sicurezza pubblica o per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica, e motivi tali da comportare conseguenze positive di primaria importanza per l'ambiente;

d) per finalità didattiche e di ricerca, di ripopolamento e di reintroduzione di tali specie e per operazioni di riproduzione necessarie a tal fine, compresa la riproduzione artificiale delle piante;

e) per consentire, in condizioni rigorosamente controllate, su base selettiva ed in misura limitata, la cattura o la detenzione di un numero limitato di taluni esemplari delle specie di cui all'allegato IV, specificato dalle autorità nazionali competenti". Si segnala, per quanto riguarda la legge della PAT, l'omissione delle disposizioni corrispondenti alle lettere d) ed e) dell'art. 16, paragrafo 1, della direttiva habitat e l'inserimento di una finalità specifica non presente nell'art. 16 della direttiva ("Al fine di conservare il sistema apicoltura del territorio montano provinciale"); per quanto riguarda la legge della PAB, si evidenziano la medesima omissione delle disposizioni corrispondenti alle lettere d) ed e) dell'art. 16, paragrafo 1, direttiva habitat e l'aggiunta di una qualificazione riferita alla corrispondente disposizione dell'art. 16, paragrafo 1, lettera a), della direttiva stessa ("fauna e la flora selvatiche caratteristiche dell'apicoltura").

¹⁴ D'ora innanzi MATTM, con riferimento anche alle diverse denominazioni assunte dal Ministero nel corso degli anni.

¹⁵ Corte Ue, Sez. II, 10 ottobre 2019, causa C-674/17 *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola Pohjois-Savo–Kainuury*, d'ora innanzi: Sentenza Tapiola. L'associazione Tapiola, la Finlandia, la Danimarca e la Commissione europea hanno depositato osservazioni scritte dinanzi alla Corte. Sul caso v. Y. EPSTEIN e G. CHAPRON, *The Hunting of Strictly Protected Species: The Tapiola Case and the Limits of Derogation under Article 16 of the Habitats Directive*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2018, pp. 78 ss.

¹⁶ Per un commento critico all'efficacia di tali deroghe volte ad aumentare l'accettazione sociale nei confronti dei lupi si veda Y. EPSTEIN, *Killing Wolves to Save*

2. *La Corte Costituzionale italiana e gli orsi e i lupi del Trentino Alto Adige*

Le argomentazioni poste a fondamento dei due ricorsi del Presidente del Consiglio dei ministri sono sostanzialmente analoghe.

In particolare, per quanto riguarda il ricorso relativo alla legge trentina, il Presidente del Consiglio dei ministri contestava la rivendicazione di competenza provinciale nella concessione di deroghe lamentando una violazione della Costituzione in quanto lesiva sia della competenza legislativa esclusiva dello Stato nella predisposizione di livelli minimi di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema garantita dall'art. 117, comma 2, lettera s), Cost.¹⁷ sia del divieto di avocazione di funzioni statali *ex art.* 118, comma 2, Cost.¹⁸, in contrasto con il principio di sussidiarietà e adeguatezza. Più specificatamente, e per quanto qui maggiormente interessa, secondo la difesa dello Stato, ne sarebbe conseguito un abbassamento del livello di tutela ambientale, in violazione degli obblighi internazionali e di quelli derivanti dal diritto comunitario. I principi di sussidiarietà e adeguatezza ne sarebbero risultati violati proprio in considerazione delle caratteristiche ecologiche di orsi e lupi, che, muovendosi su aree amplissime, richiedono, per la loro gestione, una pianificazione di scala ultra-provinciale, da valutare con riferimento all'intero contesto alpino.

Veniva altresì lamentata dalla difesa dello Stato la violazione dell'art. 107 dello Statuto, in quanto l'eventuale trasferimento di funzioni e compiti amministrativi alla PAT e alla PAB avrebbe dovuto essere effettuato secondo le procedure ivi previste, onde non violare la riserva di competenza stabilita dallo stesso art. 107.

Secondo le argomentazioni espone nel ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri, l'art. 11 del D.P.R. n. 357/1997, che recepisce la direttiva habitat, attribuisce in via esclusiva al MATTM la competenza per il rilascio delle autorizzazioni in deroga, privando in tal modo le Re-

Them? Legal Responses to 'Tolerance Hunting' in the European Union and United States, in Review of European Community & International Environmental Law, 2017, p. 19 ss.

¹⁷ Art. 117, comma 2, lettera s), Cost.: "Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: [...] tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali".

¹⁸ Art. 118, comma 2, Cost.: "I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze".

gioni e le Province autonome di tale potestà, coerentemente con l'art. 1 della L. n. 157/1992 che include la fauna selvatica nel patrimonio indisponibile dello Stato, tutelata nell'interesse della comunità nazionale e internazionale. Benché l'art. 19 di tale legge preveda che il controllo delle specie della fauna selvatica sia demandato alle Regioni, la tutela rigorosa richiesta per le specie come orsi e lupi comporta che il potere di deroga resti al MATTM a garanzia di una tutela uniforme in tutto il territorio nazionale, in quanto la dimensione locale degli interessi perseguiti dai Presidenti di PAT e PAB abbasserebbe la tutela ambientale, in violazione dell'art. 117, comma 1 e comma 2, lettera s), Cost. Le competenze previste per la PAT e la PAB dall'art. 8, comma 1, n. 15 e n. 21, dello Statuto, in materia di "caccia" e "agricoltura, foreste e corpo forestale, patrimonio zootecnico", non sarebbero sufficienti per sottrarsi alla riserva di legge, in quanto esse devono essere esercitate nel rispetto delle c.d. norme di grande riforma economico-sociale, tra le quali rientrerebbe il D.P.R. n. 157/1997 attributivo della competenza ministeriale (art. 8, comma 1, e art. 4, comma 1, dello Statuto).

Dal canto suo, la PAT rilevava che il riparto interno delle competenze in materia di deroghe non è disciplinato dalla direttiva habitat; la PAT segnalava altresì che lo Stato, nel suo ricorso, non avrebbe considerato l'art. 1 del D.P.R. 22 marzo 1974, n. 279¹⁹, del quale la legge provin-

¹⁹ *Norme di attuazione dello statuto speciale per la regione Trentino-Alto Adige in materia di minime proprietà colturali, caccia e pesca, agricoltura e foreste* (pubblicato in *Gazz. Uff.* 26 luglio 1974, n. 196); art. 1: "Le attribuzioni dell'amministrazione dello Stato in materia di ordinamento delle minime proprietà colturali, ordinamento dei masi chiusi e delle comunità familiari rette da antichi statuti o consuetudini, caccia e pesca, agricoltura e parchi per la protezione della flora e della fauna; agricoltura, foreste e corpo forestale, patrimonio zootecnico ed ittico, istituti fitopatologici, consorzi agrari e stazioni agrarie sperimentali, servizi antigrandine, bonifica, esercitate sia direttamente dagli organi centrali e periferici dello Stato sia per il tramite di enti ed istituti pubblici a carattere nazionale o sovraprovinciale e quelle già spettanti alla regione Trentino - Alto Adige nelle stesse materie, sono esercitate, per il rispettivo territorio, dalle province di Trento e di Bolzano con l'osservanza delle norme del presente decreto.

Lo standard di protezione della fauna è disciplinato con legge provinciale che stabilisce il calendario venatorio e le specie cacciabili, attenendosi ai livelli di protezione risultanti dalle convenzioni internazionali o dalle norme comunitarie introdotte nell'ordinamento statale.

Tenuto conto del regime riservistico, nel territorio provinciale non è necessario l'esercizio dell'opzione per una delle forme di caccia previste dalla normativa nazionale.

ziale impugnata costituirebbe esecuzione; il D.P.R. n. 357/1997, lungi dall'essere una norma di grande riforma economico-sociale, avrebbe dunque una mera funzione suppletiva, per dare immediata attuazione alla direttiva habitat, in attesa dell'adozione dei provvedimenti di competenza della PAT. Tale competenza, fondata, *inter alia*, sull'art. 19 della L. n. 157/1992, non comporterebbe alcuna diminuzione nel livello di tutela ambientale non solo in quanto le prescrizioni provinciali sarebbero conformi a quelle sovranazionali e nazionali, ma anche in considerazione del parere obbligatorio dell'ISPRA che il Presidente della Provincia

La legge provinciale prevede che il prelievo di selezione degli ungulati appartenenti alle specie cacciabili avvenga sulla base di adeguati piani di abbattimento selettivi, sentito il parere dell'osservatorio faunistico provinciale, anche al di fuori dei periodi e degli orari stabiliti dalla normativa statale.

La legge provinciale, nelle zone da essa previste, disciplina le condizioni, le modalità e le procedure con le quali può essere consentita ed esercitata l'attività venatoria all'interno dei parchi naturali istituiti dalla Provincia, in conformità alle vigenti direttive dell'Unione europea e alle convenzioni internazionali, tenendo conto del regime riservistico.

Il Presidente della Provincia autonoma, d'intesa con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, previo parere dell'ISPRA, e sentito il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, può disporre, per periodi determinati, variazioni dell'elenco delle specie cacciabili previste dalla normativa nazionale purché a livello provinciale la valutazione complessiva dello stato di conservazione risulti soddisfacente secondo le procedure e le modalità utilizzate nell'ambito del diritto dell'Unione europea per la valutazione dello stato di conservazione delle specie oggetto di tutela della direttiva habitat.

Il provvedimento del Presidente della Provincia autonoma, sul quale viene richiesta l'intesa, attesta la sussistenza di tale condizione e fornisce prescrizioni dettagliate sul numero di individui prelevabili, ove opportuno distinti per classi di sesso ed età, sui periodi, i tempi, le aree e le modalità di prelievo dei medesimi, nonché sulle modalità di sorveglianza, in modo tale da garantire che il prelievo sia compatibile con il mantenimento della specie in uno stato soddisfacente.

Nel caso in cui il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare non si pronunci espressamente entro trenta giorni sulla richiesta di intesa, quest'ultima, ove sussista il parere favorevole dell'ISPRA, si considera acquisita.

Nel caso in cui, in seguito all'adozione del provvedimento di variazione di cui al comma 1, lo stato complessivo della specie interessata risulti non soddisfacente, il Presidente della Provincia autonoma revoca il detto provvedimento. Ove il Presidente della Provincia autonoma non provveda tempestivamente in tal senso, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, previa diffida ad adempiere, adotta la revoca in via sostitutiva”.

deve acquisire per l'esercizio della deroga; tale parere assicurerebbe la valutazione degli interessi nazionali. Particolarmente interessante appare, a questo proposito, la tesi della PAT secondo cui "gli interessi che giustificano la deroga sarebbero meglio apprezzabili a livello periferico, come dimostrerebbero esperienze straniere, quali quelle della Germania e dell'Austria, ove la competenza ad autorizzare i prelievi in deroga di cui alla 'direttiva habitat' è affidata ai Länder, o della Svizzera, che prevede una competenza cantonale per le analoghe deroghe previste dalla Convenzione di Berna"²⁰. A modesto parere di chi scrive, è indubbio che, se la Provincia decide di concedere una deroga, lo fa sulla base di interessi che essa stessa è nella condizione migliore per valutare; non è questo il problema, quanto piuttosto la certezza che l'interesse locale e la deroga che ne consegue (e, peggio ancora, la somma delle deroghe locali) non influiscano sulla tutela di quella specie a livello nazionale.

Anche la PAB, nella sua difesa, fondava la competenza, di cui alla legge provinciale impugnata, sul citato D.P.R. n. 279/1974 nonché sul potere di dare attuazione alle direttive comunitarie, nelle materie di competenza concorrente *ex art.* 117, comma 5, Cost.; lo stesso art. 4, comma 1, del D.P.R. n. 357/1997 confermerebbe il potere di PAT e PAB di attuare gli obiettivi del D.P.R. stesso, e, quindi, della direttiva habitat. Inoltre, secondo la PAB, la legge provinciale avrebbe alzato il livello di protezione in quanto, diversamente da quanto accade per il MATTM, l'ISPRA non andrebbe semplicemente "sentito" ma allo stesso sarebbe richiesto uno specifico parere. Questo dato formale sembrerebbe, tuttavia, di scarso rilievo in considerazione dell'incerto significato giuridico del verbo "sentire"; a nostro avviso, "si sente" ciò che "qualcuno dice a proposito di qualcosa" e "ciò che si sente" appare, verosimilmente, essere un parere, quanto meno dal punto di vista sostanziale²¹. Diversa sarebbe la questione se il parere fornito alla PAB (e alla PAT) dall'ISPRA fosse inderogabile. È solo il caso di segnalare che entrambe le leggi provinciali

²⁰ Così si legge nella Sentenza Corte Costituzionale n. 215/2019, p. 17. La PAT ha ribadito questa tesi ricordando "come in tutti i Paesi federali dell'arco alpino, in Belgio e nel Regno Unito il potere di deroga sia esercitato a livello decentrale, così da far ritenere che non sussistano ragioni oggettive che ne impongano la centralizzazione". Inoltre, il fenomeno che interessa orsi e lupi avrebbe una dimensione locale nonostante gli ampi spostamenti degli stessi (*ibidem*, p. 17).

²¹ In questo senso, "sentire" sarebbe un mero sinonimo di "consultare".

richiedono che il parere dell'ISPRA sia “acquisito”, senza specificare se esso debba essere necessariamente favorevole; al contrario, nella sentenza della Corte Costituzionale, laddove si riassumono le argomentazioni processuali della PAB, si evince che il parere deve essere “positivo”²². Viene peraltro naturale chiedersi: nella procedura di deroga basta il parere, vincolante o no che sia, di un organo tecnico, sia pure nazionale, per assicurare la “sostenibilità” della deroga stessa? “Sentito” l'organo tecnico o “acquisitone il parere”, la decisione “politica” di concedere o non concedere la deroga si esaurisce in una mera ratifica da parte dell'organo politico – sia questi il MATTM o il Presidente della Provincia autonoma – della posizione espressa dall'organo tecnico? In vano si cercherebbe una risposta nel testo della direttiva habitat, ma è evidente che, se questa ricostruzione è corretta, la funzione degli organi politici ne risulterebbe un po' svilita, rimanendo confinata alla valutazione preventiva (politica) dell'opportunità della deroga stessa.

Particolarmente interessanti appaiono le argomentazioni della PAB secondo cui “in Alto Adige è necessario mantenere un giusto equilibrio tra la presenza umana in ambito montano e quella degli animali selvatici, mentre la diffusione di esemplari di orso e soprattutto di lupo starebbe scoraggiando l'attività di allevamento e il trasferimento degli animali in alpeggio, con conseguenze sulla qualità paesaggistica del territorio, sull'economia montana e sulla presenza antropica in montagna”²³. Riecheggia, nelle parole della PAB quell'atteggiamento antropocentrico, già rivelatosi, in passato, nefasto per la tutela dell'ambiente, secondo cui l'uomo può modificare la natura quando quest'ultima non sia conforme a suoi interessi – essenzialmente economici e spesso a breve termine²⁴ – sul presupposto (errato) della necessità di una prevalenza dell'uomo sull'animale, dell'economia sulla natura.

Poco convincenti appaiono invece le affermazioni della PAB secondo cui la legge provinciale assicurerebbe il mantenimento del livello di tutela ambientale in quanto, a differenza del D.P.R. n. 357/1997 “consente le deroghe al divieto di abbattimento per due sole specie protette, l'orso e

²² Sentenza Corte Costituzionale n. 215/2019, p. 18.

²³ Sentenza Corte Costituzionale n. 215/2019, p. 18.

²⁴ Tra le prime cause di riduzione del numero di orsi (in Trentino), in passato, figurano la perdita di habitat e l'interferenza delle attività umane.

il lupo”²⁵. Non può sfuggire una certa viziosa circolarità di queste argomentazioni. Seguendo il ragionamento della PAB, rispetto alla protezione dell’ambiente le deroghe sono un “male” quindi la legge provinciale, che prevede deroghe solo per due specie (e solo per un ristretto numero di casi), è più protettiva rispetto al D.P.R. n. 357/1997 che, conformemente alla direttiva habitat, consente deroghe per tutte le specie e in un più numeroso numero di ipotesi. Al contempo, tuttavia, le deroghe provinciali sarebbero “migliori” rispetto a quelle statali perché l’organo provinciale si trova nella posizione ottimale per valutare le esigenze locali. Non si capisce, allora, perché le Province autonome rivendichino la competenza a concedere deroghe con riferimento a due specie soltanto e non per tutte le specie oggetto della direttiva habitat e solo per talune finalità previste dall’art. 16 della medesima direttiva²⁶. Perché, allora, in uno slancio di localismo, non sottrarre al MATTM ogni competenza in materia di deroghe? In realtà, come si è poc’anzi osservato, e come certo non è taciuto dalle stesse Province autonome, è abbastanza evidente che l’ente locale si trova nella posizione migliore per valutare non tanto le esigenze ambientali e di protezione delle specie quanto, piuttosto, le istanze di tutela delle locali attività economiche²⁷. Queste ultime trovano sì un’esplicita salvaguardia nell’art. 16, paragrafo 1, della direttiva habitat e nel corrispondente art. 11, comma 1, del D.P.R. n. 357/1997 e nessuno nega

²⁵ Sentenza Corte Costituzionale n. 215/2019, p. 18.

²⁶ Restano infatti escluse, da quanto previsto dalle due leggi provinciali, le deroghe ex art. 16, paragrafo 1, lett. d) ed e) della direttiva habitat. Si può peraltro osservare, a margine delle argomentazioni della PAB, che esse implicano, *a contrario*, che, nonostante la più volte ribadita competenza in materia di fauna e flora protette, deroghe incluse, in mancanza di un’apposita legge provinciale come quella impugnata, la competenza per la concessione di tutte le altre deroghe possibili, per specie interessata e per finalità, resta in capo al MATTM. Dunque, per ipotesi, spetterebbe al MATTM decidere, in caso di necessità, eventuali deroghe ai fini della riduzione del bracconaggio, giusto per citare il caso che ha interessato la Finlandia ed è affrontato nella sentenza in proseguo commentata.

²⁷ Nel *Ricorso contro PAB* (p. 9) si osserva che l’assunzione di competenze da parte della PAB “ha la finalità di preservare gli interessi locali dai danni che possono essere provocati dalla fauna selvatica, e finisce perciò per ledere l’opposto interesse alla conservazione delle specie protette”. Senza soffermarsi sulla “natura” degli interessi, la Corte arriva alla conclusione che i Presidenti di PAT e PAB siano “organi idonei alla valutazione della dimensione anche localistica degli interessi coinvolti”; sentenza Corte Costituzionale n. 215/2019, p. 20.

che le Province siano il soggetto più adatto (e sensibile) per rispondere alle istanze economiche dei propri abitanti; ciò di cui, invece, è lecito dubitare è che gli organi locali abbiano le competenze per attuare il “bilanciamento” – per usare le parole della Corte Costituzionale²⁸ – di tali esigenze con quelle di protezione delle specie, che costituirebbe la *ratio* dell’art. 19 della L. n. 157/1992.

La Corte Costituzionale rileva il silenzio della direttiva *habitat* a proposito della ripartizione delle competenze interne in materia di deroghe²⁹; la cosa non stupisce visto che il diritto internazionale e quello dell’Unione sono di solito indifferenti rispetto alle procedure con cui gli ordinamenti nazionali provvedono all’attuazione degli obblighi internazionali e unionali, essendo per lo più interessati al risultato sostanziale, per l’apunto, essere attuati e rispettati. A questo proposito, la Corte di giustizia dell’Unione e l’apposito documento di orientamento della Commissione europea³⁰ hanno ribadito che l’art. 16 della direttiva deve essere recepito in modo completo e formale tramite disposizioni che abbiano carattere vincolante, non essendo sufficiente una mera prassi amministrativa. Tutto sta nel verificare se l’attuazione dell’art. 16, privata dell’elemento apicale costituito dall’autorizzazione ministeriale – che può leggersi anche come una sorta di controllo al vertice del rispetto delle norme –, possa tramutarsi in un’attuazione frammentata e “localizzata”, con il pericolo di interpretazioni poco omogenee, se non, addirittura, poco oggettive³¹.

²⁸ Sentenza Corte Costituzionale n. 215/2019, p. 20.

²⁹ Sentenza Corte Costituzionale n. 215/2019, p. 21.

³⁰ Si tratta del *Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitat Directive (EC 2007)* del febbraio 2007 predisposto dalla Commissione europea, di valore non vincolante ma particolarmente importante per facilitare gli Stati membri nella corretta implementazione della direttiva. Tale documento è stato sovente richiamato anche dall’Avvocato generale nelle sue Conclusioni relative al caso di cui al paragrafo successivo (Conclusioni dell’avvocato generale Henrik Saugmandsgaard Øe dell’8 maggio 2019, Causa C-674/17).

³¹ Nel caso specifico della legge della PAT, non è privo di rilievo che lo stesso *Piano d’Azione interregionale per la Conservazione dell’Orso Bruno sulle Alpi Centro-Orientali* (approvato con decreto del Direttore generale della Direzione per la protezione della natura e del mare del Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, prot. n. 1810 del 5 novembre 2008, più noto come PACOBACE), pur contenendo dettagliate disposizioni in materia di deroghe, faccia salva la competenza del Ministero dell’ambiente nell’autorizzare le deroghe stesse, eccettuati, comprensibilmente, i casi di ordinanze contingibili e urgenti.

Sicuramente la direttiva habitat non indica come debbano essere ripartite le competenze interne ai fini della sua attuazione. Vero è, però, che, nel citato documento di orientamento della Commissione, a proposito del principio di proporzionalità che lo Stato dovrebbe adottare nel concedere le deroghe in applicazione della direttiva habitat, si precisa che

“[...] applying a proportional approach to the use of derogations needs careful consideration and framing at national and/or biogeographic level within a Member State. The authority with the greatest territorial overview in a Member State (and, if necessary, also a view extending beyond borders in the case of transboundary populations) thus needs to guide this proportional approach, even though it may then be applied in practice at regional or local level”³².

Le deroghe locali, la tutela dell’”ecosistema provinciale” evocato dalla Corte Costituzionale³³, senza il controllo del MATTM, non costituiscono un rischio per la richiesta “*greatest territorial overview*”? A nostro avviso, il concetto di “ecosistema provinciale” sembra porsi in potenziale contrasto con il presupposto su cui, *in primis*, lo Stato aveva fondato i suoi ricorsi, vale a dire che la fauna selvatica è patrimonio indisponibile dello Stato, tutelata nell’interesse della comunità nazionale e internazionale. Viene da chiedersi se tanti ecosistemi provinciali (o regionali) possano costituire un ecosistema nazionale, nell’accezione accolta dall’art. 117, comma 2, lett. s), Cost. Gli animali non rispettano i confini nazionali, figuriamoci quelli provinciali! E ancora: la somma degli interessi delle comunità locali (l’allevatore, l’apicoltore, l’agricoltore trentini o bolzanini), che pure è legittimo tutelare in base all’art. 16, paragrafo 1, della direttiva habitat, corrisponde all’interesse della comunità nazionale e internazionale? È evidente che la direttiva habitat, benché muta sulla ripartizione delle competenze interne, esige il rispetto delle sue disposizioni e delle sue finalità e impone una visione d’insieme di cui non dispone un organo locale, provinciale o regionale, limitato, nei suoi poteri, dai confini della sua circoscrizione e impossibilitato a tener conto delle misure derogatorie altrui.

Poco convincente appare, inoltre, l’argomentazione della Corte Costituzionale secondo cui l’insieme delle competenze attribuite alla PAT e

³² *Guidance habitat* cit., par. III.1.2(11).

³³ Sentenza Corte Costituzionale n. 215/2019, p. 20

alla PAB *ex art.* 8, n. 16 e n. 21 dello Statuto concorrerebbero “a delineare un peculiare assetto dell’ecosistema” di tali Province³⁴. A noi sembra che l’ecosistema sia una nozione scientifica. Per citare uno strumento internazionale, di grande rilievo e vincolante per l’Italia, vale a dire la Convenzione sulla diversità biologica del 1992, “‘ecosystem’ means a dynamic complex of plant, animal and micro-organism communities and their non-living environment interacting as a functional unit”³⁵. L’assetto di un ecosistema può derivare dalla presenza o dall’assenza degli elementi di questo complesso dinamico, non da un elenco di competenze in capo a questo o a quell’ente.

Seguendo dunque il complicato intersecarsi delle varie competenze³⁶, richiamata la sua precedente giurisprudenza in materia di competenza delle Province autonome ad attuare la direttiva *habitat*³⁷, la Corte arriva ad affermare l’infondatezza delle questioni sollevate dal Presidente

³⁴ Sentenza Corte Costituzionale n. 215/2019, p. 20.

³⁵ Art. 2 della Convenzione sulla diversità biologica, adottata a Nairobi il 22 maggio 1992, aperta alla firma a Rio de Janeiro il 5 giugno dello stesso anno, resa esecutiva in Italia con legge 14 febbraio 1994, n. 124, in *Gazz. Uff.* n. 44 *Suppl. ord.* del 23 febbraio 1994.

³⁶ Sono richiamati, in particolare, l’art. 7 del D.P.R. 19 novembre 1987 n. 526 (*Estensione alla regione Trentino-Alto Adige e alle province autonome di Trento e Bolzano delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616*), pubblicato in *Gazz. Uff.* n. 301 del 28 dicembre 1987, che prevede che “La regione e le province di Trento e di Bolzano, nelle materie di competenza esclusiva, possono dare immediata attuazione alle raccomandazioni e direttive comunitarie, salvo adeguarsi, nei limiti previsti dallo statuto speciale, alle leggi statali di attuazione dei predetti atti comunitari”, e l’art. 40, comma 1, della L. 24 dicembre 2012, n. 234 (*Norme generali sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea*), pubblicata in *Gazz. Uff.* n. 3 del 4 gennaio 2013, che dispone che “Le regioni e le province autonome, nelle materie di propria competenza, provvedono al recepimento delle direttive europee”. Sul recepimento e l’attuazione della normativa comunitaria da parte delle Regioni e Province autonome italiane e sulla L. n. 234/2012 si veda P. SCARLATTI, *Le Regioni italiane nella fase discendente di adattamento al diritto europeo: metodi e strumenti comuni di recepimento*, in *Federalismi.it*, 2013, reperibile sulla rete interconnessa, e l’ampia bibliografia ivi citata (in particolare, sulla L. n. 234 del 2012, v. par. 4; più dettagliatamente v. L. COSTATO, L. S. ROSSI e P. BORGHI (a cura di), *Commentario alla legge 24.12.2012 n. 234. “Norme generali sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea”*, Napoli, 2015).

³⁷ La Corte richiama in particolare le sentenze n. 329 del 2008, n. 104 del 2008 e n. 378 del 2007 che si riferiscono alla competenza sui parchi per la protezione della

del Consiglio dei ministri con riferimento alla violazione dell'art. 117, comma 2, lettera s) e dell'art. 118 Cost.³⁸. La Corte esclude inoltre che vi sia stata una violazione dei limiti derivanti dai principi dell'ordinamento giuridico e dalle norme fondamentali delle riforme economico sociali, richiamando due precedenti pronunce³⁹ in cui con riferimento allo stesso

flora e della fauna; sulla sentenza n. 378 del 2007 si veda il commento di A. ROCCELLA, *Autonomie speciali e tutela dell'ambiente*, reperibile sulla rete interconnessa.

³⁸ “[...] non è violato l'art. 118 Cost., dal momento che, nelle materie di competenza legislativa provinciale, le funzioni amministrative spettano alle Province (art. 16, comma 1, dello statuto speciale; art. 4 del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266, recante «Norme di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige concernenti il rapporto tra atti legislativi statali e leggi regionali e provinciali, nonché la potestà statale di indirizzo e coordinamento), in virtù del principio del parallelismo tra le funzioni legislative e le funzioni amministrative (sentenze n. 238 del 2007 e n. 236 del 2004) che tuttora vige per le Province autonome”; cfr. sentenza Corte Costituzionale n. 215/2019 p. 20.

³⁹ Sentenze n. 104 del 2008 e n. 425 del 1999. Di quest'ultima sentenza, concernente specificatamente il D.P.R. n. 357/1997 vale la pena di riportare qualche passo chiarificatore; in essa la Corte, pur concludendo che “spetta allo Stato dare attuazione con il regolamento contenuto nel d.P.R. 8 settembre 1997, n. 357, alla direttiva [habitat]”, aveva stabilito che la Provincia autonoma mantiene intatto il potere di dare attuazione alla direttiva, con i limiti previsti nello Statuto “tra i quali vi è spazio per una legislazione statale di attuazione della direttiva, per la parte relativa e in conformità agli interessi di natura unitaria di cui tale legislazione è portatrice”. In mancanza di un'attuazione legislativa provinciale, è lo Stato che deve assicurare l'adempimento degli obblighi comunitari; la Corte aveva inoltre precisato che “l'esistenza di una normativa comunitaria comportante obblighi di attuazione nazionali non determina, di per sé, alcuna alterazione dell'ordine normale delle competenze statali, regionali o provinciali, conformemente al principio che l'ordinamento comunitario è, in linea di massima, indifferente alle caratteristiche costituzionali (accentrate, decentrate, regionali o federali) degli Stati membri, alla luce delle quali hanno da svolgersi i processi nazionali di attuazione; lo Stato, tuttavia, per la forza della responsabilità ch'esso porta sul piano comunitario, e per la particolare coerenza che tale responsabilità assume nell'ordinamento costituzionale in conseguenza dell'art. 11 della Costituzione, è tenuto e quindi abilitato a mettere in campo tutti gli strumenti, compatibili con la garanzia delle competenze regionali e provinciali, idonei ad assicurare l'adempimento degli obblighi di natura comunitaria”. Il ruolo dello Stato è dunque solo suppletivo mentre resta alle Regioni e alle Province autonome “il potere di far uso in qualunque momento delle proprie competenze, rendendo di conseguenza inapplicabile la normativa statale. [...] Ove [...] il regolamento, in attuazione della direttiva, detti norme che pretendano, sia pure in via suppletiva, di imporsi direttamente alle Regioni e alle Province autonome, esso deve potersi basare su un fondamento legislativo ‘che vincoli e diriga la scelta del Governo’ (sentenza n. 150 del 1982), fondamento che - ben si intende - le stesse direttive

D.P.R. n. 357 del 1992 aveva chiarito che PAT e PAB non sono vincolate da atti sublegislativi qualora attuino con legge direttive europee nelle materie di propria competenza⁴⁰. Né, secondo la Corte, può dirsi violato l'art. 107 dello Statuto in quanto, nel caso specifico non si tratta di dare attuazione allo statuto “ma di sostituire la cedevole disciplina statale con la competente legislazione provinciale”⁴¹. Ne consegue che la PAT e la PAB hanno esercitato una competenza legislativa propria attribuendo il potere discrezionale amministrativo ai rispettivi Presidenti per l'abbattimento di orsi e lupi⁴².

3. *La Corte UE e i lupi finlandesi*

Come s'è anticipato, anche la Corte UE si è recentemente pronunciata su una questione relativa alle deroghe disciplinate dalla direttiva habitat, con specifico riferimento alla caccia al lupo in Finlandia. Più precisamente, la Corte si è occupata dell'art. 16, paragrafo 1, lettera e), della direttiva⁴³.

Il procedimento nazionale, nell'ambito del quale il rinvio era stato presentato, era stato promosso da un'associazione finlandese per la tutela

comunitarie che la legge indica nell'abilitare il Governo all'attuazione regolamentare, contribuiscono a determinare. [...] In sintesi, quanto precede può riassumersi nelle seguenti proposizioni: sotto il profilo del rispetto delle competenze regionali e provinciali, l'attuazione regolamentare di direttive comunitarie è ammissibile in quanto le norme statali attuative sono cedevoli di fronte a diverse scelte normative regionali e provinciali, nei limiti in cui esse siano costituzionalmente e statutariamente ammissibili; sotto il profilo del rispetto del principio di legalità nei rapporti tra Stato, Regioni e Province autonome, è ammissibile in quanto il regolamento non vincoli queste al di là di quanto già non discenda dagli obblighi comunitari e i poteri che prevede si inseriscano in compiti già affidati in via generale in capo alle autorità considerate. [...] Quanto agli artt. 8, 10, 11 e 12, concernenti la tutela delle specie faunistiche, i prelievi e le deroghe ai divieti nonché le norme sulle introduzioni e le reintroduzioni, essi, per la parte sostantiva, corrispondono agli artt. 12, 14, 15, 16 e 22 della direttiva mentre, per la parte procedurale, prevedono funzioni del Ministro dell'ambiente, rientranti nei suoi compiti generali” (enfasi aggiunta).

⁴⁰ Sentenza Corte Costituzionale n. 215/2019, p. 21.

⁴¹ Sentenza Corte Costituzionale n. 215/2009, p. 21.

⁴² Sentenza Corte Costituzionale n. 215/2009, p. 21.

⁴³ Cfr. il testo dell'art. 16, paragrafo 1, *supra*, nota 13.

dell'ambiente – la *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola Pohjois-Savo – Kainuury* (di seguito: Tapiola) – in merito alla legittimità di decisioni del *Suomen riistakeskus* (Agenzia finlandese per la fauna selvatica, di seguito: Agenzia). In particolare, l'Agenzia, con due decisioni del 18 dicembre 2015, in applicazione dell'art. 41 e 41a, comma 3, della legge finlandese sulla caccia⁴⁴, autorizzava l'abbattimento di sette lupi, specificando i territori in cui gli esemplari avrebbero dovuto essere catturati. Le decisioni erano motivate con riferimento alle disposizioni di legge applicabili, al Piano di gestione dei lupi adottato nel 2015 dal Ministero dell'agricoltura e delle foreste finlandese⁴⁵, e con esplicita menzione dei ferimenti causati dai lupi ai cani e della preoccupazione delle popolazioni locali⁴⁶. L'obiettivo delle deroghe era porre in essere un approccio di gestione basato sulla legge per intervenire contro esemplari che arrecano disturbo, prevenendo l'abbattimento illegale⁴⁷. Nel caso specifico, l'Agenzia riteneva non esistessero soluzioni alternative soddisfacenti e sottolineava il carattere selettivo e circoscritto dei prelievi autorizzati, limitati sia geograficamente sia quantitativamente⁴⁸. L'Agenzia sottolineava altresì l'importanza di non abbattere maschi dominanti o esemplari marchiati, cacciando inve-

⁴⁴ L. n. 615/1993 del 28 giugno 1993, come modificata dalla L. n. 159/2011 del 18 febbraio 2011. Gli articoli in questione riguardano, per l'appunto, la concessione di deroghe; l'art. 41a, comma 3, in particolare, recepisce l'art. 16, paragrafo 1, lettera e) della direttiva habitat prevedendo che “Una deroga riguardante il lupo, l'orso, la lontra e la lince può essere concessa anche per catturare o abbattere su base selettiva e in misura limitata taluni esemplari in condizioni rigorosamente controllate”.

⁴⁵ Dalla sentenza in commento si apprende che, secondo tale Piano di gestione, “l'obiettivo delle deroghe [...] è [...] di assicurare la sussistenza del branco locale, favorendo al contempo la coesistenza dei lupi e dell'uomo. In quest'ottica si intende intervenire contro esemplari che arrecano danno e prevenire in tal modo l'abbattimento illegale di lupi” (Sentenza Tapiola, par. 14).

⁴⁶ Sentenza Tapiola par. 17.

⁴⁷ Sentenza Tapiola, par. 17. Secondo l'Avvocato generale (Conclusioni dell'avvocato generale cit., par. 18), l'incapacità delle autorità di rispondere alle inquietudini delle persone che vivono nelle vicinanze dei lupi e la conseguente frustrazione avrebbero “rafforzato l'accettazione sociale dell'abbattimento illegale di lupi”. Sulle Conclusioni dell'Avvocato generale nel caso in commento v. J. DARPÖ, *Anything Goes, but... Comment on the Opinion by Advocate General Saugmandsgaard Øe in the Tapiola Case (C-674/17)*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2019, p. 305 ss.

⁴⁸ Sentenza Tapiola, par. 18

ce esemplari giovani o dannosi⁴⁹, ferma restando la necessità di valutare l'eventuale riduzione del numero di lupi cacciabili nel caso in cui, prima della caccia autorizzata, fosse stata accertata una mortalità nel branco⁵⁰. La Tapiola ricorreva contro le decisioni dell'Agenzia davanti al Tribunale amministrativo della Finlandia orientale, che respingeva i ricorsi per mancanza di legittimazione⁵¹. I ricorsi sono stati invece esaminati dalla Corte amministrativa suprema finlandese, giudice del rinvio. Alla Corte europea era stato chiesto di pronunciarsi sulle seguenti questioni pregiudiziali:

“1) Se l'articolo 16, paragrafo 1, lettera e), della direttiva ['habitat'], in considerazione del suo tenore letterale, ammetta il rilascio, su richiesta di singoli cacciatori, di deroghe circoscritte a livello regionale per la [caccia di gestione].

- Se, nel valutare la suddetta questione, assuma rilievo il fatto che l'esercizio del potere discrezionale riconosciuto in sede di decisione sulle deroghe segue un piano nazionale di gestione della popolazione e si attiene a un numero massimo di capi abbattuti fissato in un regolamento nell'ambito del quale possono essere annualmente rilasciate deroghe per il territorio dello Stato membro.

- Se nell'ambito della valutazione possano assumere rilievo altri aspetti quali l'obiettivo di prevenire aggressioni a danno dei cani e di incrementare il senso di sicurezza generale.

2) Se il rilascio di deroghe per la caccia di gestione della popolazione ai sensi della prima questione pregiudiziale possa essere giustificato alla luce del fatto che non esiste un'altra soluzione valida a norma dell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 'habitat' per evitare il bracconaggio.

- Se, in tal caso, possano essere prese in considerazione le difficoltà pratiche nell'effettuazione del controllo contro il bracconaggio.

- Se nel valutare l'esistenza di un'altra soluzione valida possa assumere rilievo anche l'obiettivo di impedire le aggressioni a danno dei cani e di incrementare il senso di sicurezza generale.

3) Come debba essere valutato in sede di concessione di deroghe cir-

⁴⁹ La Corte UE, peraltro, ha osservato che si tratta solo di una raccomandazione e non di un obbligo; l'indicazione, dunque potrebbe essere disattesa (Sentenza Tapiola, par. 77).

⁵⁰ Sentenza Tapiola, par. 19

⁵¹ Sentenza Tapiola, par. 20

coscritte a livello regionale il presupposto indicato nell'articolo 16, paragrafo 1, della [direttiva 'habitat'] relativo allo stato di conservazione delle popolazioni delle specie.

- Se lo stato di conservazione delle popolazioni della specie debba essere valutato con riferimento sia a un determinato territorio, sia all'intero territorio dello Stato membro o con riferimento a un'area ancora maggiore di ripartizione della specie interessata.

- Se i presupposti stabiliti nell'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva ['habitat'] per la concessione di una deroga possano essere soddisfatti benché, in base a una corretta valutazione, lo stato di conservazione delle popolazioni della specie non possa essere considerato soddisfacente ai sensi [di tale] direttiva.

- In caso di risposta affermativa alla questione che precede, in quale situazione ciò possa essere preso in considerazione”⁵².

La Corte UE rileva che l'art. 16, paragrafo 1, lettera e), a differenza dei casi previsti alle precedenti lettere, non precisa l'obiettivo perseguito dalla deroga⁵³ ma pone delle condizioni supplementari⁵⁴ e non può essere utilizzata come “base giuridica generale per la concessione di deroghe”⁵⁵. Una deroga fondata su tale disposizione “non può confondersi con gli obiettivi delle deroghe basate” sulle altre lettere dell'art. 16, paragrafo 1⁵⁶. L'obiettivo perseguito dalle deroghe concesse era quello consistente nella riduzione del bracconaggio⁵⁷; prevenire il ferimento dei cani e aumentare la sicurezza delle persone residenti nella zona erano considerati mezzi per aumentare la tolleranza sociale e rafforzare l'atteggiamento benevolo nei confronti del lupo, con la conseguenza di diminuire la caccia illegale⁵⁸. Secondo la Corte UE, dal citato Piano di gestione si evinceva che il bracconaggio costituiva “una sfida importante per la preservazione delle specie minacciate”; la lotta al bracconaggio, di conseguenza, mirava alla conservazione della specie⁵⁹ e poteva essere invocata come metodo

⁵² Sentenza Tapiola, par. 23

⁵³ Sentenza Tapiola, par. 34.

⁵⁴ Sentenza Tapiola, par. 35.

⁵⁵ Sentenza Tapiola, par. 36.

⁵⁶ Sentenza Tapiola, par. 37.

⁵⁷ Sentenza Tapiola, par. 39.

⁵⁸ Sentenza Tapiola, parr. 39-40.

⁵⁹ Sentenza Tapiola, par. 42.

che contribuisce al mantenimento o al ripristino, in uno stato di conservazione soddisfacente, della specie, conformemente a quanto previsto dall'art. 16, paragrafo 1, lett. e), della direttiva habitat⁶⁰. La Corte UE ha tuttavia sottolineato come non vi fosse certezza che le autorizzazioni alla caccia concesse dall'Agenzia avrebbero conseguito i loro obiettivi⁶¹. Secondo la Corte UE, la valutazione dei risultati raggiunti da tali autorizzazioni spettava all'autorità nazionale⁶². La Corte UE ha investito, dunque, il giudice del rinvio del compito di stabilire se le deroghe concesse nel caso specifico fossero idonee a conseguire lo scopo della lotta al braccaggio nell'interesse della tutela della specie⁶³.

Anche per quanto attiene all'esistenza di alternative alle misure derogatorie concesse, la Corte UE affida alle autorità nazionali competenti il compito di dimostrare che non esiste nessun'altra soluzione valida per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito, nel rispetto dei divieti sanciti dalla direttiva habitat; tale valutazione non emerge dai documenti a disposizione della Corte⁶⁴, la quale, quindi, conclude che le decisioni che autorizzano deroghe come quelle relative ai sette lupi, "non soddisfano il requisito di una motivazione precisa ed adeguata relativa all'assenza di un'altra soluzione valida che consenta di raggiungere l'obiettivo invocato [...], circostanza che spetta tuttavia al giudice del rinvio confermare"⁶⁵. È solo il caso di ricordare che la Tapiola aveva suggerito soluzioni alternative, quali l'aumento dei crediti concessi per la fornitura di recinzioni elettrificate e la realizzazione di politiche informative più efficaci; dalle carte prodotte dal giudice del rinvio non risulta se tali opzioni fossero

⁶⁰ Sentenza Tapiola, par. 43. Per usare le parole dell'Avvocato generale, "la ratio delle deroghe di gestione si situava [...] a cavallo tra l'obiettivo di conservazione delle popolazioni di lupi e gli interessi umani contrapposti" (Conclusioni dell'Avvocato generale cit., par. 48).

⁶¹ Sentenza Tapiola, par. 44. La Commissione europea, nelle sue osservazioni, aveva rilevato, in particolare, che l'obiettivo di incrementare il senso di sicurezza degli abitanti era stato formulato dall'Agenzia in termini troppo generici per poterne valutare la proporzionalità rispetto al suo perseguimento (v. Conclusioni dell'Avvocato generale, cit., par. 57).

⁶² Sentenza Tapiola, par. 45.

⁶³ Sentenza Tapiola, par. 46.

⁶⁴ Sentenza Tapiola, par. 52.

⁶⁵ Sentenza Tapiola, par. 53.

state prese in considerazione (e respinte) dall’Agenzia⁶⁶. Inoltre, la Tapiola aveva anche segnalato l’adozione, da parte di Germania e Svezia, di deroghe *ex art. 16*, paragrafo 1, lettera e), della direttiva habitat, volte a prevenire il fenomeno del bracconaggio senza che ciò comportasse l’abbattimento di alcun lupo; secondo l’Avvocato generale, questa circostanza, pur non essendo decisiva, “costituisce un forte indizio dell’esistenza di una soluzione alternativa”⁶⁷.

Per quanto riguarda il mancato pregiudizio al mantenimento in uno stato di conservazione soddisfacente⁶⁸ delle popolazioni delle specie interessate nella loro area di ripartizione naturale, la Corte UE, di nuovo, rinvia alle autorità nazionali le relative valutazioni, anche concernenti l’impatto che una deroga che interessa una popolazione locale potrebbe avere sullo stato di conservazione della popolazione su più vasta scala⁶⁹. A tale proposito appare particolarmente interessante, con riferimento al caso italiano e all’eventualità di una “parcellizzazione” della tutela conseguente alla concessione delle deroghe in base alle leggi provinciali, l’affermazione della Corte UE secondo cui: “la valutazione dell’impatto di una deroga a livello del territorio di una popolazione locale è generalmente necessaria per determinare il suo impatto sullo stato di conservazione della popolazione in questione su più larga scala. Infatti, nei limiti in cui siffatta deroga, [...] deve corrispondere a esigenze precise e a situazioni specifiche, le conseguenze di una siffatta deroga saranno generalmente avvertite in maniera più immediata nell’area locale da essa interessata. Peraltro, come emerge dal fascicolo di cui dispone la Corte, *lo stato di conservazione di una popolazione su scala nazionale o biogeografica dipende anche dall’impatto cumulativo delle diverse deroghe che riguardano aree locali*”⁷⁰. Basandosi sui dati a sua disposizione, la Corte UE rileva anche che il numero di lupi la cui uccisione è stata autorizzata

⁶⁶ Conclusioni dell’Avvocato generale cit., par. 73.

⁶⁷ Conclusioni dell’Avvocato generale cit., nota 32.

⁶⁸ Lo stato di conservazione soddisfacente è definito all’art. 1, lettera i) della direttiva habitat.

⁶⁹ Sentenza Tapiola, parr. 58-59. L’Avvocato generale (Conclusioni dell’Avvocato generale cit., par. 80) ha escluso, richiamando anche la precedente giurisprudenza della Corte UE (Corte Ue, Sez. II, 14 giugno 2007, causa C-342/05 Commissione delle Comunità europee contro Repubblica di Finlandia, EU: C:2007:341), che la nozione di “popolazione” potesse ridursi a quella di “branco locale oggetto di deroga”.

⁷⁰ Sentenza Tapiola, par. 59 (enfasi aggiunta).

in Finlandia a titolo di caccia di gestione supererebbe di 13-14 esemplari il numero di lupi che si ipotizza sarebbero stati uccisi a seguito di attività di bracconaggio⁷¹. Ne consegue, secondo la Corte, che, presumibilmente, le deroghe non rispettano il requisito di non pregiudicare il mantenimento delle popolazioni in uno stato di conservazione soddisfacente, circostanza che, ancora una volta, andrà verificata dal giudice del rinvio⁷². Particolarmente significativo appare, inoltre, il rilievo della Corte UE, laddove essa richiama esplicitamente il principio di precauzione sancito all'art. 191, paragrafo 2 TFUE, che deve trovare applicazione anche in questo caso⁷³. A questo proposito, l'Avvocato generale aveva osservato che, nel caso dell'art. 16, paragrafo 1, della direttiva habitat, il principio precauzionale "è già integrato", in quanto la norma richiede che sia *dimostrato* che la deroga non pregiudicherà il mantenimento o il ripristino delle popolazioni della specie interessata in uno stato di conservazione soddisfacente⁷⁴.

La Corte UE non trascura nemmeno il fatto che anche l'abbattimento di un limitato numero di esemplari potrebbe incidere sul perseguimento del fine consistente nel mantenere la popolazione di lupi in uno stato di conservazione soddisfacente⁷⁵; il numero delle catture andrà quindi "determinato in base ad informazioni scientifiche rigorose di ordine geografico, climatico, ambientale e biologico"⁷⁶. La Corte UE avanza anche dubbi circa la natura selettiva delle deroghe concesse, l'efficacia dei controlli e il carattere limitato delle catture in quanto, dalle carte processuali, emerge che sono stati uccisi 20 maschi dominanti; ne risulta, secondo la Corte, il mancato rispetto dell'art. 16, paragrafo 1, lettera e), della diret-

⁷¹ Sentenza Tapiola, par. 64.

⁷² Sentenza Tapiola, par. 65.

⁷³ Sentenza Tapiola, parr. 66 e 69. Sul principio di precauzione v. L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern*, in R. FERRARA e C.E. GALLO (a cura di), *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Milano, 2014, p. 135 ss.

⁷⁴ "Il principio di precauzione non obbliga le autorità nazionali competenti a provare che la deroga migliorerà lo stato di conservazione di tali popolazioni" (Conclusioni dell'Avvocato generale, cit., par. 63; v. anche par. 92).

⁷⁵ Sentenza Tapiola, par. 68.

⁷⁶ Sentenza Tapiola, par. 71.

tiva habitat⁷⁷. La Corte dichiara dunque che l'art. 16, paragrafo 1, lettera e), della direttiva habitat "dev'essere interpretato nel senso che esso osta all'adozione di decisioni che concedono deroghe al divieto di uccisione deliberata del lupo, sancito all'articolo 12, paragrafo 1, lettera a), in combinato disposto con l'allegato IV, lettera a), di tale direttiva, a titolo di caccia di gestione, il cui obiettivo è la lotta al bracconaggio, se:

- l'obiettivo perseguito da tali deroghe non è comprovato in modo chiaro e preciso e se, alla luce di dati scientifici rigorosi, l'autorità nazionale non riesce a dimostrare che siffatte deroghe sono idonee a raggiungere tale obiettivo;

- non è debitamente dimostrato che l'obiettivo da esse perseguito non possa essere raggiunto mediante un'altra soluzione valida, posto che la mera esistenza di un'attività illecita o le difficoltà incontrate nell'effettuazione del controllo di quest'ultima non possono costituire un elemento sufficiente a tal riguardo;

- non è garantito che le deroghe non pregiudicheranno il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni della specie interessata nella loro area di ripartizione naturale;

- le deroghe non sono state oggetto di una valutazione dello stato di conservazione delle popolazioni della specie interessata nonché dell'impatto che la deroga prevista può avere su quest'ultimo, a livello del territorio di tale Stato membro o, eventualmente, a livello della regione biogeografica interessata qualora le frontiere di tale Stato membro coprano più regioni biogeografiche o, ancora, se l'area di ripartizione naturale della specie lo richiede, e, nella misura del possibile, sul piano transfrontaliero, e

- non sono soddisfatte tutte le condizioni relative alla base selettiva e alla misura limitata delle catture di un numero limitato e specificato di taluni esemplari delle specie indicate nell'allegato IV della suddetta direttiva in condizioni rigorosamente controllate, il cui rispetto deve essere accertato con riferimento, segnatamente, al livello della popolazione, del suo stato di conservazione e delle sue caratteristiche biologiche⁷⁸.

È dunque evidente che, come si è più volte evidenziato, la verifica del rispetto, nel procedimento principale, di quanto indicato dalla Corte è

⁷⁷ Sentenza Tapiola, par. 78-79.

⁷⁸ Sentenza Tapiola, dispositivo.

demandato dalla Corte stessa al giudice del rinvio. La Corte UE, quindi, con la sua sentenza non esprime le valutazioni di fatto che sono competenza esclusiva del giudice del rinvio ma, con le sue risposte, “assiste” il giudice stesso nell’espletamento di tale compito⁷⁹. Nel caso specifico, come già aveva fatto ampiamente l’Avvocato generale nelle sue Conclusioni, la Corte UE ha rilevato come l’Agenzia non avesse fornito i dati sufficienti per poter valutare se le deroghe autorizzate fossero conformi ai requisiti previsti dalla direttiva.

4. *Conclusioni*

Il caso sottoposto alla Corte Costituzionale italiana e quello sottoposto alla Corte UE presentano taluni punti in comune vertendo entrambe le decisioni sulla corretta attuazione dell’art. 16, paragrafo 1, della direttiva *habitat*, pur con riferimento a due lettere diverse del paragrafo stesso e, quindi, a due diversi tipi di deroga. Entrambe le pronunce riguardano la tutela dei grandi carnivori – orsi e lupi⁸⁰ – ma, nel caso italiano, si tratta di specie rigorosamente protette, mentre, nel caso finlandese, i lupi rientrano in un piano di gestione. Al di là del contenuto delle due sentenze, è evidente che i problemi sollevati consistano sostanzialmente nel venir meno di quella visione di insieme, tipica delle questioni ambientali, che le normative nazionali impuginate potrebbero pregiudicare.

Come si è visto, i quesiti posti all’attenzione dell’organo della UE sono molto più dettagliati, concreti e di carattere sostanziale rispetto a quelli presentati alla Corte Costituzionale. Nel caso italiano, infatti, la questione era soprattutto quella della competenza delle istituzioni, che il Governo riteneva lesa dalle leggi provinciali, anche se, nelle argomentazioni svolte nei ricorsi del Presidente del Consiglio, non si mancava di evidenziare come la competenza del Ministero dell’ambiente si giu-

⁷⁹ Così l’Avvocato generale nelle sue Conclusioni (par. 41).

⁸⁰ Per inciso, i lupi finlandesi appaiono decisamente meno pericolosi per l’uomo di quanto non si siano dimostrati i lupi trentini; nelle Conclusioni dell’avvocato generale cit., nota 20, si ricorda che “La Commissione afferma che nessun lupo ha aggredito l’uomo da quasi un secolo. Secondo i dati di cui dispone la Tapiola, nessun attacco all’uomo da parte del lupo sarebbe stato registrato in Fenno-Scandinavia dalla seconda guerra mondiale”.

stificasse in base alla necessità di gestire orsi e lupi secondo una pianificazione relativa all'intero contesto alpino⁸¹. La Provincia, in altre parole, sarebbe stata inadeguata a “provvedere alle funzioni amministrative in materia, che interessano un ambito territoriale assai più ampio della propria circoscrizione e richiedono conoscenze e strumenti operativi di cui non può disporre”⁸². Tali considerazioni si pongono sulla stessa linea argomentativa delle richieste della Corte amministrativa suprema finlandese, laddove, in termini più precisi e sostanziali, si fa riferimento alla valutazione dello stato di conservazione delle popolazioni della specie dell'intero territorio statale, a una sua parte o a un'area più vasta⁸³.

Meno di una decina di anni fa, nella sentenza n. 151 del 21 aprile 2011, la Corte Costituzionale italiana, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge della PAB n. 6 del 12 maggio 2010 (*Legge di tutela della natura e altre disposizioni*), a fronte di argomentazioni da parte della difesa dello Stato simili a quelle sopra richiamate⁸⁴, arrivava a conclusioni apparentemente opposte a quelle della sentenza n. 215/2019. Partendo dal presupposto che la PAB è titolare di potestà legislativa primaria in materia di “caccia e pesca” e “parchi per la protezione della flora e della fauna” (*ex art. 8, comma 1, n. 15 e 16*), la Corte aveva rilevato che la norma censurata mirava “a tutelare la fauna in sé e per sé”, rappresentando così una norma di protezione ambientale, rientrante nella materia “tutela dell'ambiente”, di competenza esclusiva statale, non compresa tra le materie specificatamente enumerate dallo

⁸¹ *Ricorso contro PAT*, p. 33; v. anche *Ricorso contro PAB*, p. 9

⁸² *Ricorso contro PAB*, p. 9.

⁸³ Uno dei motivi che avevano indotto la Tapiola a impugnare le autorizzazioni concesse dall'Agenzia era la circostanza che quest'ultima aveva adottato le deroghe in base a una valutazione limitata al territorio interessato “senza prendere in considerazione l'incidenza cumulativa dell'insieme delle deroghe relative a differenti territori sullo stato di conservazione del lupo” (Conclusioni dell'Avvocato generale cit., par. 28).

⁸⁴ Lo Stato aveva, in particolare, sostenuto che la legge provinciale del 2010 era illegittima sotto un duplice profilo: “per un verso, l'utilizzo di nozioni non coincidenti con quelle proprie della normativa statale e comunitaria, unitamente alla previsione di deroghe ai limiti imposti dalla normativa statale, producono l'effetto di vanificare la tutela uniforme minima dell'ambiente; per altro verso, l'attribuzione ad autorità provinciali di competenze che la normativa statale riserva a propri organi ‘rende impossibile garantire quella uniformità di tutela che sarebbe altrimenti raggiungibile’” (cfr. sentenza della Corte Costituzionale n. 151 del 2011).

Statuto come di competenza delle Province autonome. Secondo la Corte, dunque, la legge della PAB del 2010 invadeva la sfera di competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (*ex art. 117, comma 2, lettera s), Cost.*), materia non compresa dallo Statuto tra le competenze legislative, primarie o concorrenti, regionali o provinciali. Con questa premessa, e negando, quindi, *a priori*, la competenza della PAB, la Corte evitava espressamente di valutare se la norma impugnata avesse previsto o meno una tutela uguale o superiore a quella fissata nella legge statale. Questo rilievo è particolarmente significativo perché, nel caso deciso dalla stessa Corte nel 2019, le disposizioni delle due leggi provinciali sono – salvo che per la competenza – del tutto conformi alle disposizioni della direttiva habitat e del D.P.R. di recepimento, a differenza che nel caso deciso nel 2011⁸⁵. Va infine ricordato che, nella sentenza del 2011, a proposito delle deroghe *ex art. 11 del d.P.R. n. 357/1997* la Corte aveva affermato che la competenza del MATTM si estendeva a tutto il territorio nazionale senza che per la PAB potesse “essere invocato un titolo di competenza speciale”.

Nel caso delle due leggi provinciali del 2018, la Corte Costituzionale italiana non ha ritenuto necessario chiedere alla Corte UE se l'art. 16 della direttiva habitat consentisse un potere di concessione delle deroghe decentrato rispetto alle competenze del Ministero dell'ambiente. Se l'avesse fatto, è lecito pensare che la Corte UE avrebbe ribadito gli obblighi derivanti dalla direttiva (*in primis*: non pregiudicare lo stato di conservazione) e stabilito che sono le autorità nazionali a dover stabilire se i casi come quello delle due leggi provinciali pregiudichino il rispetto di tali obblighi. La Corte Costituzionale non ha appurato questo (né, peraltro, tale era il suo compito), ritenendo, presumibilmente, che il legislatore, nella distribuzione delle competenze – secondo l'interpretazione data dalla Corte stessa – avesse già operato la scelta giusta, idonea a non danneggiare lo stato di conservazione di fauna e flora. In altre parole, la Corte Costituzionale non ha trovato ragioni sostanziali per giustificare una particolare “resistenza” della competenza statale in tema di deroghe

⁸⁵ Lo stesso Consiglio dei Ministri, nelle sue delibere (*supra*, nota 9), ha indirettamente riconosciuto che le leggi provinciali, riproducendo alla lettera le disposizioni dell'art. 16 della direttiva habitat, non violano *nella sostanza* quanto previsto dal diritto internazionale e dell'Unione europea.

rispetto alla usuale cedevolezza delle disposizioni regolamentari di recepimento come il D.P.R. n. 357/97.

A margine della presente nota, piace ricordare che, mentre la Corte Costituzionale stava decidendo i casi che le erano stati sottoposti, l'ennesimo orso indisciplinato – M49 – si rendeva protagonista di un imprecisato numero di episodi che causavano danni vari e la morte di alcuni capi di bestiame nella PAT⁸⁶. Catturato, infine, in val Rendena e rinchiuso nel Centro di recupero della fauna alpina di Casteller, riusciva a evadere con grande clamore, in considerazione degli ostacoli superati, in particolare un'alta barriera elettrificata. Per tale comportamento, l'orso M49 si guadagnava l'appellativo di Papillon⁸⁷, e, mentre la PAT ne traeva conferma per ribadire la pericolosità e la possibilità di ucciderlo, il Ministro dell'Ambiente coglieva l'occasione per rendere nota, anche tramite una maglietta dedicata⁸⁸, la sua posizione contraria alla soppressione di M49. Al momento della redazione di questo breve commento, M49 è ancora libero, presumibilmente in letargo, ma sono vive le polemiche intorno alla sua vicenda e al comportamento delle autorità. Infatti, nell'ottobre 2019, M49 è disinvoltamente entrato e uscito, senza fare scattare il meccanismo che innesca la chiusura della porta, dalle trappole a tubo posizionate per la sua cattura nell'alta valle del Vanoi, tanto che è stato maliziosamente ipotizzato che la sua cattura sia stata posticipata alla primavera, durante il periodo elettorale⁸⁹.

La vicenda dell'orso M49 è solo l'ultimo di una lunga serie di episodi che testimoniano la cattiva convivenza di uomini e orsi e l'altrettanto cattiva gestione di tali rapporti da parte degli enti interessati. PAT e PAB,

⁸⁶ Secondo la Giunta provinciale, nel solo 2018 a M49 sarebbe attribuibile circa un terzo di tutti i danni da orso verificatisi in Trentino. Nell'agosto 2018, M49 era stato catturato e poi rilasciato dopo averlo provveduto di radiocollare per poter meglio organizzare le misure dissuasive (e per poter avvisare tempestivamente gli allevatori se si fosse avvicinato troppo alle loro attività).

⁸⁷ Dal soprannome del protagonista dell'autobiografia romanzata di Henri Charrière relativa alla sua rocambolesca fuga dal carcere della Guyana francese.

⁸⁸ “*Io sto con Papillon*” era la scritta sulla maglietta indossando la quale il Ministro si è fatto fotografare, come ampiamente riportato dalla stampa.

⁸⁹ Così si legge nella Interrogazione a risposta scritta n. 997/XVI del 22 novembre 2019 del Consigliere provinciale della PAT Filippo Degasperi, alla quale, il 10 gennaio 2020, ha risposto l'Assessore all'Agricoltura, foreste, caccia e pesca, Giulia Zanotelli (Prot. N. A047/2020/12769/2.5.-2019-394).

con le rispettive leggi sopra citate, tentano solo di porre un rimedio occasionale, senza tentare di correggere in modo organico e sistematico una gestione della reintroduzione dell'orso e dell'aumentata presenza del lupo che appare sempre più frequentemente sfuggita al controllo delle autorità.

Le leggi della PAT e della PAB costituiscono l'atto finale (e ora anche con il "beneplacito" della Corte costituzionale) di una situazione di esasperazione delle popolazioni umane locali a fronte dei ripetuti danni subiti specialmente ad opera degli orsi in Trentino e dei lupi in Alto Adige, cui le ordinanze contingibili e urgenti, in particolare del Presidente della PAT, hanno spesso tentato di porre rimedio, talora in modo alquanto maldestro⁹⁰; la stessa PAT, a giustificazione della legge provinciale n. 9/2018, sembra ammettere che i provvedimenti emergenziali del passato – peraltro assai recente –, pur legittimi, determinano "una riduzione del livello di tutela del bene giuridico sacrificato"⁹¹. Viceversa, "l'attribuzione di un potere tipico, ad opera del legislatore provinciale [...], avrebbe determinato un innalzamento effettivo del livello di tutela della specie protetta rispetto a quanto finora avvenuto"⁹².

Ci si può solo augurare che non siano orsi e lupi a fare le spese del malcontento e del desiderio di rispondere tempestivamente alle istanze degli allevatori (più incisive dell'indignazione degli ambientalisti), e delle inevitabili strumentalizzazioni politiche della loro gestione.

⁹⁰ Si vedano, al proposito, tra le altre, le recenti vicende delle orse Daniza e KJ2, per le quali ci permettiamo di rinviare a M.C. MAFFEI, *op. cit.*

⁹¹ Sentenza Corte Costituzionale n. 215/2019, p. 17.

⁹² Sentenza Corte Costituzionale n. 215/2019, p. 17.

Abstract

*Ambiente - specie protette - deroghe - direttiva habitat - environment
protected species - derogations - habitat directive*

By Judgment n. 215 of 2019 the Italian Constitutional Court decided that two laws of the Autonomous Provinces of Trento (n. 9 of 2018) and Bozen (n. 11 of 2018) are not contrary to the Constitution. These laws have similar content and establish the jurisdiction of the Presidents of the Autonomous Provinces as regards the power of authorizing derogations concerning bears (*Ursus arctos*) and wolves (*Canis lupus*). Both these large carnivores are protected under the Council Directive 92/43/EEC of 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora. According to the Italian Government, only the Minister of the Environment may authorize the derogations provided for in Article 16 of the Directive because only the central authority can adopt measures taking into account the conservation status of species with reference to larger areas (i.e. the alpine context) than the limited territories of the two Provinces. The Court, however, did not share this opinion.

In Case C-674/17, concerning a preliminary ruling requested by the Supreme Administrative Court of Finland, by a Judgment of 10 October 2019, the Court of Justice of the European Union set out the conditions under which a derogation from the prohibition of the deliberate killing of wolves, may be granted in the context of hunting for population management purposes. The Court ruled, *inter alia*, that the derogations had not been subject to an assessment of the impact that the envisaged derogation – justified by combating poaching – might have on the conservation status of the population of wolves, at the level of the territory of Finland or at the level of the biogeographical region where the natural range of the species so requires. The Court, however, decided that it was for the national court to ascertain whether that was the case in the main proceedings.

La libera (o meglio incontrollata) circolazione degli organismi nocivi: un nuovo regolamento e un passaporto UE per le piante*

PAOLA BRAMBILLA

Corte di Giustizia UE, 5 settembre 2019, Causa C-443/18 - *Pres. Rel. Regan, Avv. Gen. Bot* – COMMISSIONE c. REPUBBLICA ITALIANA (Avv. Stato).

Flora e Fauna – Sanità vegetale – Organismi nocivi – Xylella fastidiosa – Misure di protezione – Direttiva 2000/29/CE – Decisione di esecuzione – Obblighi di contenimento, eradicazione e monitoraggio – Inadempimento dello Stato.

Flora e Fauna – Sanità vegetale – Organismi nocivi – Xylella fastidiosa – Misure di protezione – Direttiva 2009/29/CE – Obblighi di eradicazione e di contenimento con ogni mezzo – Art. 4 par. 3 Trattato UE – Obbligo di leale cooperazione degli stati membri – Dedotta violazione – Ricorso per inadempimento – Onere della prova – Dimostrazione mancato raggiungimento degli scopi previsti dalla direttiva – Insufficienza – Necessità di provare un costante e generale inadempimento dell’obbligo di contrasto attraverso successive e singole violazioni delle misure impartite.

La Repubblica italiana, avendo omesso di garantire, nella zona di contenimento, la rimozione immediata delle piante infette da Xylella fastidiosa, ed un monitoraggio annuale adeguato è venuta meno agli obblighi sanciti dall’articolo 7, paragrafo 2 e 7 della decisione di esecuzione 2015/789 a s.m.i. attuativa della direttiva 2000/29/CE concernente le misure di protezione contro l’introduzione nella Comunità di organismi nocivi ai vegetali o ai prodotti vegetali e contro la loro diffusione nella Comunità.

La violazione da parte della Repubblica italiana degli obblighi specifici previ-

* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

sti all'articolo 6, paragrafi 2, 7 e 9, della decisione di esecuzione 2015/789, come pure degli obblighi previsti dall'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2000/29 e dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE, non può inferirsi dalla mera constatazione secondo cui il batterio non ha cessato di diffondersi; in assenza di prove concrete della violazione di detti obblighi specifici, non si può infatti escludere che la diffusione del batterio risulti, almeno in parte, da circostanze diverse dalla violazione di detti obblighi da parte di tale Stato membro, occorrendo invece la dimostrazione che lo Stato abbia violato ripetutamente gli obblighi specifici a suo carico di adottare le misure necessarie per successive e singole violazioni delle decisioni assunte dalla Commissione.

1. Il caso. La Xylella fastidiosa. – 2. Le vicende processuali. – 2.1. Corte di Giustizia 2016: precauzione, proporzionalità, motivazione nei provvedimenti emergenziali fitosanitari. – 2.2. TAR Lazio 2017: tipicità delle misure emergenziali fitosanitarie, garanzie procedurali, indennizzo. – 2.3. TAR Lazio e Consiglio di Stato 2019: discrezionalità, contingibilità, provvisorietà delle misure emergenziali fitosanitarie. – 2.4. TAR Lombardia 2019: la difesa fitosanitaria europea e nazionale e l'organizzazione dei presidi aeroportuali. – 2.5. TAR Lazio 2019: il recepimento della lezione comunitaria, precauzione e proporzionalità nelle misure fitosanitarie pre e post emergenziali. – 2.6. Corte di Giustizia 2019: inadempimento dello Stato nell'attuazione delle misure fitosanitarie, obbligazioni di mezzi e prova dell'inadempimento. – 2.7. L'evoluzione delle politiche europee in materia di protezione fitosanitaria.

1. Il caso. La Xylella fastidiosa

Di questa vicenda, nota anche per l'eco mediatico, si è già scritto in questa rivista in occasione della successione delle iniziative normative assunte per contrastare il batterio e delle pronunce che hanno preceduto quest'ultima battuta giurisprudenziale¹.

¹ Questa *Rivista* ha ospitato i contributi di tenore opposto di L. MARINI, *L'epidemia di Xylella fastidiosa e la precauzione a due velocità*, 2018, 2, p. 255 e ss., e di E. BUCCI, *Xylella, fatti e misfatti*, 2018, p. 437 e ss., la cui lettura fornisce un quadro chiaro delle diverse posizioni assunte dal dibattito pubblico, e da paesaggisti e scienziati, più che sulle cause della fitopatologia, sull'adeguatezza delle misure di contrasto assunte. A livello generale, G.A. PRIMERANO, *Ambiente e diritto agroalimentare. Organizzazione, regolazione e controlli, Diritto Amministrativo*, 2019, pp. 617.

In breve, tra il 2011 e il 2013 si registra la presenza del batterio *Xylella fastidiosa*, nella sua sottospecie *pauca*, in Puglia, nel Salentino. La provenienza pare oramai quasi certamente riconducibile all'importazione di piante per vivaai dal Costarica.

L'infezione portata dal batterio provoca, nell'olivo, il c.d. CO.DI.r.o. "Complesso del disseccamento rapido dell'olivo", causato dall'occlusione del flusso linfatico che porta alla morte della pianta. L'agente infettivo è infatti trasmesso da insetti che si nutrono succhiando la linfa dei vasi xilematici, e che spostandosi di pianta in pianta, coprendo rapidamente ampie percorrenze, agiscono da vettori².

È solo nel 2013 che però il Governo notifica alla Commissione europea la presenza di un vero e proprio focolaio, adempiendo all'obbligo di *early warning* previsto dalla direttiva del Consiglio n. 2000/29, come all'epoca già modificata dalla direttiva 2002/89 in tema di protezione contro l'introduzione e la diffusione nell'Unione Europea di organismi nocivi ai vegetali o ai prodotti vegetali³.

Alla denuncia segue una ridda di decisioni di esecuzione della Commissione, organo a cui compete in base alla citata normativa europea il potere di indicare allo Stato le specifiche misure da assumere nel territorio nazionale per il contenimento e la diffusione della patologia⁴; quindi

² La *Xylella* colpisce anche numerose altre specie da frutto, tra cui il ciliegio, il mandorlo, ma anche ornamentali o tipiche della macchia mediterranea come alloro, mirto, acacia, cisto, rosmarino, ginestra, fillirea, oleandro, geranio, lavanda, asparago selvatico, per citarne alcune. Questo è il motivo per cui le misure fitosanitarie hanno posto in quarantena anche altre specie, tra cui la vite, di cui però per motivi economici è stata consentita la circolazione, previo trattamento termico. Si veda pure, per la tematica poco trattata degli animali vettori e non, pesantemente interessati da trattamenti biocidi, C. RAPISARDA, G. E. MASSIMINO COCUZZA, G. MARANO, F. CONTI, *Emergenze fitosanitarie: aspetti entomologici*, in *Georgofili, I Quaderni*, 2016, pp. 25-53.

³ La tematica è oggetto anche di convenzioni internazionali, tra cui, in seno al WTO, l'art. 5.7 dell'accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (SPS), per cui si veda M.R. CALAMITA, *Il nuovo "doppio binario" della politica commerciale dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, pp. 855 e ss. In tema inoltre si menzionano la Convenzione internazionale per la protezione delle piante (IPPC) del 6 dicembre 1951, conclusa in seno all'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO), e la sua nuova versione riveduta, approvata dalla FAO nella 29ª sessione del novembre 1997. L'Unione e tutti i suoi Stati membri sono parti contraenti dell'IPPC.

⁴ La prima di questa serie è la decisione 2014/497/UE di esecuzione della

dal 2014 si susseguono, a cascata, numerosi decreti ministeriali nonché provvedimenti regionali di carattere regolamentare e amministrativo, sino all'intervento più organico della L.R. 8 ottobre 2014 n. 41 e della L.R. 29 marzo 2017 n. 4, specificamente dedicata alla gestione della batteriosi nel territorio pugliese.

Nel 2015 però l'avanzata della batteriosi da un lato, dall'altro la considerazione dell'inefficacia delle azioni messe in campo (anche a causa del difficoltoso coordinamento tra organi competenti), spingono il Consiglio dei Ministri a dichiarare lo stato di emergenza e a nominare un Commissario straordinario per dar vita a una regia unitaria delle azioni di contrasto⁵.

Di lì a breve viene inoltre adottato un Piano degli interventi da parte del Commissario, molto drastico ma in linea con le prescrizioni europee: eradicazione della piante accertate come infette con presenza di soli sintomi non ancora disseccate, nonché abbattimento delle piante ospiti del vettore anche se sane, all'interno di un certo raggio; tutto ciò per tentare un maggiore contenimento della diffusione del batterio, creando altresì zone cuscinetto e di monitoraggio⁶.

Terminato il commissariamento nel 2016, da un lato la nuova disciplina regionale, dall'altro i nuovi decreti del Ministero dell'agricoltura (MIPAAF per essere precisi) rafforzano gli strumenti di contrasto, per cercare di aumentarne la scarsa e inadeguata applicazione, oltre a dettare sia apposite prescrizioni a tutela degli alberi monumentali, anche attraverso il reimpianto e l'innesto con specie resistenti, la leccina e la favolosa, sia infine misure di rilancio dell'agricoltura pugliese⁷.

Commissione, del 23 luglio 2014, relativa alle misure per impedire l'introduzione e la diffusione nell'Unione della *Xylella fastidiosa* (Well e Raju), C(2014), in *Gazzetta Ufficiale* L 219, 25.7.2014, pp. 56-64.

⁵ Dapprima, con deliberazione del Consiglio dei Ministri del 10 febbraio 2015, è stata disposta la "Dichiarazione dello stato di emergenza per la diffusione del batterio *Xylella fastidiosa* in Puglia", in *Gazzetta Ufficiale* n. 42 del 20 febbraio 2015, quindi è stata emanata l'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 225 dell'11 febbraio 2015 recante "Primi interventi urgenti per fronteggiare il rischio fitosanitario connesso alla diffusione della *Xylella fastidiosa* in Puglia", in *Gazzetta Ufficiale* n. 42 del 20 febbraio 2015.

⁶ Per la lettura integrale del Piano, poi fatto oggetto di successivi aggiornamenti, cfr. http://cartografia.sit.puglia.it/doc/Piano_operativo_Xylella_approvato%2018_03_2015.pdf.

⁷ La Regione Puglia, da un lato, con misure dirigenziali e anche per il tramite

Questa seppur sintetica ricostruzione dei plurimi interventi normativi e provvedimentali assunti per governare l'emergenza fitosanitaria evidenzia come il problema, a livello operativo e soprattutto socioeconomico, si sia rivelato ben presto difficilmente governabile, e ciò non solo per l'assenza di un intervento risoluto e tempestivo da parte delle amministrazioni, ma soprattutto per la presenza di un tessuto rurale e produttivo di piccole dimensioni, spesso di scala familiare o poco più, difficile da individuare e raggiungere capillarmente con ordinanze; e ancora, altra causa di questa partenza lenta delle azioni di contenimento può essere ricondotta all'ardua comunicazione e penetrazione delle argomentazioni scientifiche a base dei divieti e delle misure di taglio, presso tutti i corpi sociali interessati, dagli agricoltori, ai politici, ai magistrati. Si è così diffuso, parallelamente al virus, una diffidenza e un ostracismo che hanno inciso, in negativo, sull'efficacia sia delle misure di contenimento, sia delle misure di superamento della patologia e sinanche su quelle di sostegno al comparto. La diffusione della *Xylella* alle province di Brindisi, Taranto e Bari ne costituisce drammatica ed oggettiva prova.

Come si è anticipato, le decisioni unionali sono state dal 2014 in poi via via modificate e aggiornate in continuazione, allo scopo di designare le varie zone e le diverse misure per esse previste⁸.

È così stata circoscritta ed individuata una zona infetta, che comprende l'intera provincia di Lecce, Brindisi e parte di Taranto, corrispondente al territorio in cui il batterio è insediato senza possibilità di eradicazione, ciò che spiega perché in tale zona oggi non viga più l'obbligo di eliminare le piante infette. All'esterno di quest'area si trova una zona detta

dell'Osservatorio fitosanitario affronta l'emergenza con misure più stringenti, dall'alto con la L. 11 aprile 2016 n. 7 introduce un divieto settennale di modifica della destinazione agricola dei suoli oggetto di espanto, salvo che per opere statali d'intesa con la Regione. Lo stato interviene da ultimo con il D.M. 14 febbraio 2019, Piano di intervento per il rilancio del settore agricolo e agroalimentare nei territori colpiti da *Xylella*, seguito dalla L. 21 maggio 2019, n. 44 di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 29 marzo 2019, n. 27, recante disposizioni urgenti in materia di rilancio dei settori agricoli in crisi e di sostegno alle imprese agroalimentari colpite da eventi atmosferici avversi di carattere eccezionale.

⁸ Cfr. la decisione di esecuzione (UE) 2015/789 della Commissione, del 18 maggio 2015, relativa alle misure per impedire l'introduzione e la diffusione nell'Unione della *Xylella fastidiosa* (Wells et al.), C(2015) 3415, in *Gazzetta Ufficiale* L 125, 21.5.2015, pp. 36-53.

di contenimento, costituita da una fascia di 20 km adiacente alla zona cuscinetto, in cui sono invece obbligatori monitoraggio ed estirpazione delle piante risultate infette, oltre alla lotta all'insetto vettore, a mezzo di appositi prodotti nonché di pratiche agricole di vario genere.

Tra le due aree è interposta appunto una zona cerniera, accertata come indenne dal batterio, di 10 km di larghezza, che circonda la zona infetta; qui attraverso un monitoraggio serrato le amministrazioni perseguono il fine di individuare precocemente ogni possibile focolaio, per applicare immediate misure di espianto non solo della pianta attaccata dalla *Xylella*, ma anche di tutte le possibili specie aggredibili che siano presenti nel raggio di 100 m.

Per quanto riguarda la situazione attuale, ad oggi, oltre che in Italia (Puglia e Toscana), il batterio è presente, nelle altre sottospecie *multiplex* e *fastidiosa*, in Corsica, nel sud della Francia, in Spagna, Portogallo e nelle Baleari, dove è stata però rinvenuta anche la *Xylella f. pauca* con conseguente applicazione delle misure di eradicazione e di contenimento degli esemplari infetti, oltre che del divieto di esportazione di piante vettrici. In Germania il batterio è stato isolato in un vivaio, ma la precoce attivazione delle rigide misure di eradicazione ha permesso di dichiarare ben presto lo Stato di nuovo indenne⁹.

2. *Le vicende processuali*

Come poc' anzi accennato, il varo delle misure di contrasto al batterio ha da subito ingenerato una fortissima opposizione non solo locale, legata alla loro drasticità e al forte impatto negativo originato sul comparto olivicolo pugliese; queste misure hanno così innescato reazioni ed anche iniziative giudiziarie che hanno condotto ad un nutrito contenzioso presso le corti nazionali - magistratura amministrativa e penale compresa - ed europee, caricato di forti tensioni emotive tra i livelli decisionali regionali e nazionali, da un lato, nazionali ed unionali, dall'altro.

⁹ L'Unione Europea ha dedicato un apposito sito dedicato alle politiche fitosanitarie e alle misure emergenziali vigenti, su cui sono reperibili pericoli, misure e le singole norme adottate per fronteggiare le varie patologie monitorate a livello comunitario: https://ec.europa.eu/food/plant/plant_health_biosecurity/legislation/emergency_measures/xylella-fastidiosa/latest-developments_en.

Le prime censure degli “scettici” si sono appuntate sulle decisioni della Commissione adottate sulla base dell’art. 16, par. 3, della direttiva 2000/29/CE, che appunto consente all’organo, quando venga riscontrata la presenza di organismi nocivi, come la *Xylella*, di adottare ogni misura necessaria, anche disponendo la modifica o l’abrogazione di misure adottate dallo stato membro a livello nazionale¹⁰.

Queste decisioni, succedutesi via via con l’evoluzione e allargamento dell’area infetta, a partire dalla decisione 2014/87/UE sino alla decisione 2015/789/UE adottata dopo la diffusione dell’autorevole parere dell’EFSA¹¹, hanno sostanzialmente previsto misure di precoce segnalazione e di rimozione immediata delle piante infette e delle piante ospiti prima solo nelle “zone delimitate” e successivamente, con l’estensione dell’infezione, a tutte le piante anche sane, poste nel raggio di 100 metri dalle piante infette¹².

Ora, qui ci si propone di tracciare una panoramica dei contenziosi originati dalla vicenda, per evidenziare la pluralità e complessità di tematiche che una questione apparentemente di nicchia, legata alle misure fitosanitarie, ha invece sollevato in tutte le sedi possibili.

¹⁰ La direttiva 2000/29/CE del Consiglio dell’8 maggio 2000, concernente le misure di protezione contro l’introduzione nella Comunità di organismi nocivi ai vegetali o ai prodotti vegetali e contro la loro diffusione nella Comunità (in *Gazzetta Ufficiale* L 169 del 10.7.2000, p. 1), si può ritrovare, nel testo vigente di nostro interesse nell’anno 2014, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02000L0029-20140630&from=GA>.

¹¹ Il primo parere sommario è lo *Statement of EFSA on host plants, entry and spread pathways and risk reduction options for Xylella fastidiosa Wells et al.*, in *EFSA Journal* 2013, 11, p. 346. Solo due anni dopo è stato reso noto il vero e proprio parere dell’organismo, *Scientific Opinion on the risks to plant health posed by Xylella fastidiosa in the EU territory, with the identification and evaluation of risk reduction options*, in *EFSA Journal* 2015, 13, p. 3989, entrambi accessibili in <https://efsa.onlinelibrary.wiley.com>.

¹² Per uno dei primi scritti sul tema, T. SCOVAZZI, *Sul principio precauzionale nel diritto internazionale dell’ambiente*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1992, pp. 699 e ss.; sul caso concreto, S. PITTO, *Il principio di precauzione e i pareri dell’EFSA come strumenti normativi contro l’incertezza scientifica: note a margine della decisione della Corte di Giustizia sul caso Xylella*, in *DPCE Online*, 2020, p. 41. Si veda anche M. PAGANO, *The italian Xylella Case: The Role of EFSA in the UE decision making on Risk*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2017, pp. 599 e ss.

2.1. *Corte di Giustizia 2016: precauzione, proporzionalità, motivazione nei provvedimenti emergenziali fitosanitari*

Il primo contenzioso, su cui già è stato scritto molto, affonda le radici nei ricorsi dei proprietari di coltivazioni di olivo interessati da provvedimenti di espianto generalizzati e privi di indennizzo – assunti nelle fasi precoci della diffusione del batterio – promossi avverso le disposizioni regionali e commissariali attuative delle decisioni della Commissione. Si tratta, è evidente, di giudizi amministrativi, incardinati presso il TAR Lazio e diretti ad ottenere la sospensione e l'annullamento dei vari provvedimenti nazionali ritenuti lesivi e illegittimi.

Il giudice amministrativo ha sospeso i provvedimenti impugnati – da cui un primo rallentamento del contrasto alla Xylella – e quindi ha disposto il rinvio pregiudiziale di legittimità alla Corte di Giustizia sull'articolato della decisione di esecuzione della Commissione, su cui la Corte si è espressa con la sentenza del 9 giugno 2016, nelle cause riunite C-78/16 e C-79/16¹³.

La pronuncia ha ribadito la validità della normativa europea, sulla scorta di una riflessione sul principio di precauzione calata specificamente nel contesto della tutela delle specie vegetali. I giudici europei ivi affermano che detto principio, proprio in quanto destinato a operare a tutela di valori primari in assenza di un quadro di certezze assolute, anche sotto il profilo scientifico, può ben sorreggere decisioni anche notevolmente impattanti per i privati. Il sindacato su siffatte decisioni si traduce, afferma la pronuncia, nel vaglio della ragionevolezza del provvedimento, che sussiste quando le misure adottate si fondino sul quadro delle conoscenze scientifiche acquisite al momento dell'adozione dell'atto (nel caso era stato appena emesso il parere dell'EFSA).

Oltre al requisito della ragionevolezza, la decisione deve essere anche assistita e temperata dal principio di proporzionalità¹⁴.

Afferma il giudice comunitario, infatti, che proprio aver disposto l'e-

¹³ Per un commento generale, A. PALMIERI, *Principio di precauzione e Xylella: anche gli ulivi sani sono sacrificabili (ma il loro destino è ancora incerto)*, *Foro it.*, 2016, IV, pp. 362 e ss. Più focalizzata sugli aspetti comunitari, la nota alla sentenza di A.F. MONACA, in *Riv. italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, pp. 1640 e ss.

¹⁴ Per un approfondimento del rapporto tra i due principi, M.L. SCHIAVANO, *Xylella fastidiosa e principio di precauzione: lo stato (complesso) dell'arte*, in *Riv. Giur.*

radicazione di ogni pianta, anche sana, nei 100 metri dalla localizzazione delle piante infette, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti costituisce una congrua ponderazione delle alternative, rispondente al principio di proporzionalità. Ciò tanto in relazione all'obiettivo ultimo e pubblicistico di protezione fitosanitaria del territorio dell'Unione, quanto per la limitazione delle misure più drastiche agli esemplari, anche sani, ma posti in più stretta prossimità con le piante infette.

Tale duplice valutazione per la Corte assolve pienamente all'obbligo di motivazione previsto dall'art. 296 del TFUE e dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁵.

2.2. TAR Lazio 2017: tipicità delle misure emergenziali fitosanitarie, garanzie procedurali, indennizzo

Il giudizio a quo si chiude con la sentenza del TAR Lazio, sez. I quarter, del 30 novembre 2017 n. 11850, che sulla scorta dei principi resi dalla Corte respinge anche le censure rivolte contro i provvedimenti nazionali attuativi dei precetti della Commissione.

Il Collegio nella pronuncia si sofferma sia sugli aspetti formali e procedurali delle ordinanze emesse, sia sulla questione della mancata previsione di un indennizzo, che la Corte di giustizia aveva dribblato. Quanto alla prima doglianza, il giudice nazionale esclude che in tali ipotesi l'ordinanza debba essere preceduta dall'avvio del procedimento, come pure respinge la tesi dell'illegittimità dell'imposizione di un abbattimento *ad horas*; finalmente si riconosce infatti nel complesso degli obblighi enunciati nei paragrafi 3 e 4, art. 6, della decisione di esecuzione 2015/789 “un insieme intrinsecamente connesso che deve essere applicato in successione... la cui efficacia rispetto al fenomeno che si intende combattere si misura in ragione della celerità e completezza di azione, che mal sopporta, dunque, allungamenti temporali determinati da momenti partecipativi

Urbanistica, 2018, pp. 540 e ss. che affronta il tema sotto il profilo degli strumenti per la gestione dell'incertezza.

¹⁵ Parla di un controllo del principio di proporzionalità “quasi bifasico” S. DE NITTO, in *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv. Trim. diritto pubblico*, 2017, pp. 103 e ss.

non solo non previsti, ma del tutto incompatibili con le finalità di cui sopra si è dato conto”¹⁶.

La sentenza stabilisce quindi che non è dovuto in questi casi alcun obbligo di comunicazione di avvio del procedimento di applicazione delle misure emergenziali, né di contraddittorio nell’ambito delle operazioni di accertamento, oltretutto ben normate quanto a competenza e criteri direttamente dalla direttiva europea.

Ora, proprio al riguardo va osservato che non solo nell’ordinamento interno, ma anche in quello europeo la previsione di poteri particolarmente penetranti e impattanti sulla sfera dei singoli, e sui loro diritti fondamentali (qui è in rilievo l’attività economica, la proprietà, l’obbligo di trattamenti fitosanitari chimici) è sempre accompagnata alla previsione di procedimenti tipizzati con rigore e dettaglio; tale legame tra tipizzazione procedimentale minuziosa e incidenza sui diritti dei singoli ha la precipua funzione di circoscrivere, quanto meno sul lato formale, come contraltare, le garanzie di compressione delle libertà individuali che l’adozione di provvedimenti *extra ordinem* comporta proprio quanto a contraddittorio e partecipazione¹⁷.

¹⁶ Si afferma chiaramente, nella sentenza, che “*l’esigenza di una celere azione posta alle fondamenta delle misure indicate dall’Unione Europea è finalizzata al perseguimento del superiore interesse della salvaguardia della salute che ha imposto l’adozione di misure molto forti, ancorché in assenza del raggiungimento di una piena consapevolezza scientifica in merito ai rischi connessi alla diffusione del batterio, essendo sufficienti, a tali fini, la forte probabilità del danno riveniente dalla diffusione del batterio*”, ciò che finalmente allinea la posizione del giudice nazionale – che ricordiamo aveva sospeso l’efficacia delle misure – a quella del giudice europeo.

F.P. GRIFFI, *Giudice amministrativo e integrazione giuridica europea*, in *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna on line*, 2017, pp. 259, osserva proprio la proficuità del dialogo tra Consiglio di Stato e Corti europee in materia di sindacato sulla discrezionalità tecnica: IV, n.4449/13, utilizza il parametro di riferimento del diritto alla buona amministrazione per sorreggere il sindacato giurisdizionale su fatti e valutazioni tecniche in termini di “maggiore attendibilità” delle valutazioni tecniche e di “non arbitrarità” della scelta amministrativa, in materia di paesaggio. Più in generale la giurisprudenza della CEDU e del Consiglio di Stato, rispettivamente, impone e consente il sindacato “pieno ed effettivo” sugli atti delle autorità indipendenti esteso al fatto e alle valutazioni tecniche; area questa contigua a quella del merito amministrativo, il cui confine col sindacato pieno di legittimità andrebbe rimeditato dalla Corte di cassazione in sede di controllo sull’eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato.

¹⁷ Sul punto si rimanda allo scritto di L. TORCHIA, *Venti anni di potere antitrust: dalla legalità sostanziale alla legalità procedurale nell’attività dell’Autorità garante della*

Solo all'esito della procedura di infrazione europea cui si riferisce la sentenza annotata, lo Stato ha messo mano alla normativa nazionale attuativa delle direttive europee in materia fitosanitaria – il d.lgs. 19 agosto 2005 n. 214 – modificandola proprio negli aspetti procedurali: il d.l. 29 marzo 2019 n. 27 ha infatti reso più agevole l'assunzione di decisioni in tema mediante l'introduzione di un art. 18 bis, il quale attribuisce direttamente – per via normativa – attitudine derogatoria rispetto “ad ogni disposizione vigente, comprese quelle di natura vincolistica”, alle “misure fitosanitarie ufficiali e delle attività connesse, ivi compresa la distruzione delle piante contaminate, anche monumentali”, per il fine “di proteggere l'agricoltura, il territorio, le foreste, il paesaggio e i beni culturali”.

Sempre il menzionato decreto ha al contempo previsto che la comunicazione dei provvedimenti fitosanitari emergenziali possa essere operata con nuove modalità, idonee alla celerità richiesta, di volta in volta stabilite dal servizio fitosanitario¹⁸.

concorrenza e del mercato, Torino, 2010, pp. 361 e ss. L'A., sia pure a proposito delle Autorità indipendenti, rileva che la sostituzione della legalità sostanziale con la legalità procedurale costituisce la necessaria compensazione di una mancanza o carenza, ciò che ha determinato, in ordinamenti tradizionalmente dominati dal diritto legislativo, da un lato una serie di interrogativi sulla stessa legittimità delle istituzioni stesse, dall'altro, più proficuamente, l'avvio di studi e riflessioni sugli ordinamenti giuridici, sulla discrezionalità, sul procedimento e, più di recente, sulla legalità europea e su quella globale. “La legalità ha così oltrepassato gli angusti confini del comando legislativo ed è divenuta multidimensionale, mentre, a sua volta, il controllo di legalità si è arricchito di principi, canoni e criteri che sarebbero inspiegabili ove si continuasse a configurare l'attività amministrativa come mera esecuzione”. Queste considerazioni, per chi scrive, hanno uguale valore e spessore nel campo del diritto ambientale o sanitario, quanto ai provvedimenti *extra ordinem*, o contingibili e urgenti, o relativi a trattamenti obbligatori, caratterizzati da amplissima discrezionalità, in cui le garanzie procedurali coniugano snellezza e celerità con la certezza delle forme istruttorie e provvedimenti.

¹⁸ L'introduzione dell'articolato si deve all'art. 8 del d.l. 29 marzo 2019 n. 27, convertito in L. 44/2019. Tra l'altro, la disposizione è già stata oggetto di una pronuncia, TAR Puglia 12 dicembre 2019 n. 1640, che si è occupata del caso di un agricoltore colpito da un ordine di estirpazione, il quale l'ha impugnato eccependo le modalità di notifica del provvedimento, il ritardo nell'esecuzione del provvedimento tale da escluderne la natura emergenziale e infine il suo contrasto con la tutela del paesaggio di rango costituzionale. In questo caso i giudici pugliesi respingono il ricorso evidenziando come anzi le norme di derivazione internazionale, in dispiegamento dei principi della profilassi internazionale di cui all'art. 117, e la stessa tutela del paesaggio e dell'ambiente impongano azioni celeri per un efficace contrasto alle pandemie fitosanitarie capaci di

Si è così assistito a una sorta di giuridificazione del principio di precauzione in materia fitosanitaria, così come è accaduto in molte altre branche del diritto¹⁹.

La sentenza del TAR Lazio, come anticipato, tocca anche la tematica del risarcimento, che la Corte UE aveva affrontato solo di sfuggita nella menzionata sentenza del 9 giugno 2016; qui aveva infatti affermato in via meramente incidentale il principio della generale spettanza, in caso di misure ablative o incidenti sulla proprietà privata, di un giusto indennizzo, in base all'art. 17 della carta dei diritti dell'uomo, senza andare però oltre questa astratta statuizione (l'indennizzo non era stato previsto dalle autorità nazionali)²⁰.

La ragione di questo *non liquet* forse poggia sul fatto che la Corte di Giustizia, nella decisione, si è autolimitata alla trattazione della questione della legittimità dell'atto, quando l'avvocato generale Bot invece, nelle sue conclusioni, si era stentoreamente espresso per la necessità che l'Italia istituisse un sistema volto al ristoro delle perdite dominicali degli agricoltori, sulla scorta delle previsioni degli artt. 17 e 51 della Carta dei diritti fondamentali²¹.

diffondersi velocemente territorialmente e di specie in specie. Inoltre nel caso trattato i giudici utilizzano anche l'argomento della natura vincolata del provvedimento, che non avrebbe potuto avere altro contenuto stante la normativa settoriale vigente, mentre l'agricoltore avrebbe potuto proporre un progetto di salvataggio e isolamento della pianta, neppure tentato, così evitando l'abbattimento.

¹⁹ M. ALLENA, *La giuridificazione del principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, Vol. III, La giuridificazione, a cura di B. Marchetti, M. Renna, Firenze, 2016, pp. 35 e ss.

²⁰ Il tema viene delineato, unitamente all'analisi del principio precauzionale, da P. DUFOUR, in *Between European Precaution and National Compensation: The Discourses of Risk Management A critical Analysis of Giovanni Pesce and Others v. Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della protezione civile and Others*, in *Working Papers*, 2018, pp. 1 ss.

²¹ P. DUFOUR, *op. cit.*, evidenza che nella società del rischio il risarcimento o l'indennizzo assolvono alla funzione di ridurre non solo il rischio, ma la paura della sua verifica, così da contribuire socialmente all'adozione di comportamenti virtuosi. Secondo Dufour la decisione europea responsabilizza ingiustamente l'Italia della compensazione di un compito di gestione del rischio che va a beneficio dell'intera Unione, di tutti gli stati europei, mancando alla funzione di assicurazione del danno, compensativa e democratica di partecipazione alla gestione del rischio, così in particolare alle pp. 15 e 16.

Dell'istanza risarcitoria si discute invece *funditus* nella sede processuale nazionale, ove viene ritenuta però inammissibile. Il Collegio ritiene in proposito che l'oggetto di tale domanda, qualificato come giusto indennizzo per il sacrificio legittimamente subito del diritto di proprietà sia inquadrabile come un rimedio volto a tutelare il diritto soggettivo del ricorrente per un pregiudizio derivante da atto lecito, che così viene ricondotto alla giurisdizione del Giudice Ordinario.

Il TAR Lazio respinge inoltre anche la doglianza di illegittimità della previsione nella parte in cui ha posto a carico della proprietà i costi per l'abbattimento delle piante infette, affermando che la previsione deriva direttamente dalla normativa nazionale di attuazione della direttiva e dunque non può essere oggetto di annullamento ad opera del giudice amministrativo²².

Ora, il collegio avrebbe potuto avere al proprio arco, per escludere l'indennizzo, anche un altro argomento, quello della natura non espropriativa delle misure di eradicazione; gli interventi ordinati avrebbero potuto essere qualificati come solo conformativi della proprietà (terriera), così attribuendo di converso natura di mera "provvidenza" facoltativa all'eventuale contributo stanziabile dallo Stato.

Su questo aspetto, invero, esiste un'importante ma obliato pronunciamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che ha fissato importanti principi di diritto sostanziale e processuale in tema di indennizzi per l'abbattimento di capi affetti da brucellosi, perfettamente sovrapponibili al caso che ci occupa, posta la pressoché nulla differenza tra viremie animali e vegetali²³.

²² L'art. 56 (Clausola di invarianza finanziaria) del d.lgs. 19 agosto 2005, n. 214 recante "Attuazione della direttiva 2002/89/CE concernente le misure di protezione contro l'introduzione e la diffusione nella Comunità di organismi nocivi ai vegetali o ai prodotti vegetali", al comma 2 dispone espressamente che "le spese per gli adempimenti prescritti come misure ufficiali in applicazione del presente decreto sono a carico dei soggetti interessati".

²³ Consiglio di Stato, Ad. Plen. 15 giugno 2012 n. 19, in www.giustizia-amministrativa.it.

Il Collegio ivi sostiene che già sotto il profilo teorico, una distinzione fondata sul criterio teleologico delle erogazioni che distingue quelle dirette a "promuovere" una attività imprenditoriale da quelle dirette a "restaurare" l'impresa da un pregiudizio subito appare (oltre che di assai incerta applicabilità) di dubbio supporto dogmatico: ogniqualvolta infatti l'Autorità nazionale, ovvero quella Comunitaria, si risolve ad

In questa precedente vertenza il ricorrente voleva sfuggire alle limitazioni dell'informativa prefettizia antimafia sostenendo che l'indennizzo in questione non fosse sussumibile nel novero dei "contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo comunque denominate", in quanto avrebbe avuto natura indennitaria e di ristoro di un pregiudizio subito.

Il Consiglio di Stato, al contrario, ha invece attribuito a questo indennizzo la natura di provvidenze che "si traducono in incentivi allo svolgimento dell'attività imprenditoriale, e dunque in interventi volti ad arricchire di risorse pubbliche la intrapresa privata," e non di ristoro dei proprietari dei capi abbattuti per i danni subiti e più precisamente per compensare il sacrificio imposto autoritativamente al privato per far fronte ad una esigenza pubblica".

Sulla base di un'attenta ricostruzione del dato normativo e della ratio degli obblighi legati a ragioni sanitarie, la Plenaria ha quindi qualificato espressamente quali "indennizzi" le erogazioni conseguenti alla ottemperanza all'ordine di abbattimento e al contempo, richiamando l'orientamento già espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione civile, nella sentenza 1° aprile 1993, n. 3881, ne ha escluso la natura risarcitoria (nel

erogare una provvidenza economica in favore degli imprenditori operanti in un settore, a tale determinazione - unitamente a considerazioni relative alla opportunità o necessità di favorire od incentivare lo sviluppo o la crescita del settore via via prescelto - si accompagna la considerazione che le condizioni del libero mercato non garantirebbero adeguatamente il perseguimento delle dette esigenze se con incentivate attraverso la erogazione di misure *lato sensu* "compensative" dello stato di difficoltà in cui vengono a trovarsi gli imprenditori del settore. L'indennizzo per l'abbattimento di capi (nel nostro caso di tratta di piante, ma il ragionamento è lo stesso) non è estraneo a tale ratio, ma anzi è la tipica erogazione di matrice pubblicistica volta a supportare, in questo caso, l'allevatore che ottemperi all'ordine di abbattimento aiutandolo a superare la difficoltà conseguente alla perdita del capo abbattuto.

Il privato si limita ad obbedire ad una prescrizione (quella dell'abbattimento) non certamente scevra da una esigenza di carattere generale ma, prima ancora, dettata nell'interesse del singolo proprietario del capo attinto dall'epidemia, il quale rischierebbe altrimenti che quest'ultima si propagasse all'intero allevamento. Quindi, conclude argutamente la pronuncia, la previsione dell'indennizzo può invogliare l'allevatore ad ottemperare all'ordine di abbattimento, ma la misura sanitaria è dettata in primo luogo proprio nell'interesse dell'allevatore medesimo e dalla stessa lo Stato non ricava alcun utile.

senso di completa reintegrazione patrimoniale conseguente all'abbattimento dell'animale infetto).

Viene infatti ribadito, al fine di tale esclusione, che "l'abbattimento dell'animale è obbligatorio quando ricorrano i presupposti accertati dall'autorità sanitaria", come pure viene evidenziato che l'importo dell'indennità ben può non corrispondere al valore dell'animale, bensì ad una percentuale di esso: viene persino testualmente affermato che "non si tratta, dunque, di espropriazione, bensì di limiti apposti dalla legge al godimento di una determinata categoria di beni."

In conclusione, la misura economica, il ristoro, in questi casi ha natura indennitaria e facoltativa. Non è infatti correlata ad un provvedimento di tipo ablatorio e quindi obbligatoria poiché, da un canto, l'abbattimento è imposto da motivi sanitari e, per altro verso perché l'allevatore resta proprietario dell'animale abbattuto (ancorché di minor valore di un animale vivo). Inoltre a tale conclusione si giunge considerando altresì che l'allevatore che ottempera all'obbligo di abbattimento non corrisponde alla Pubblica Amministrazione alcuna controprestazione o servizio, ma agisce esclusivamente nell'interesse sanitario della propria azienda, a tutela degli altri capi.

Da ciò l'affermazione che in simili fattispecie sia improponibile qualsiasi accostamento all'indennità di espropriazione.

Si noti che l'Adunanza plenaria, in questa pronuncia, ha pure respinto *de professo* i richiami operati dal ricorrente alle sentenze della Corte costituzionale²⁴ ed alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti

²⁴ Il richiamo va alla nota Corte Costituzionale, sentenza n. 338 del 22 dicembre 2011; per alcuni recenti spunti relativi alla tematica ambientale, A.J. MENÉNDEZ, «*False Friends*» costituzionali: l'irresistibile ascesa dei conflitti fondamentali tra il diritto europeo e quello nazionale, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, pp. 887-904. L'A. evidenzia come la dottrina dei «contro-limiti» al primato del diritto europeo, elaborata dalle corti costituzionali nazionali, sembra contraddire la pretesa degli obiettivi ispiratori della politica agricola comune, che vestita da summa di beni collettivi ha prevalso sul diritto alla proprietà privata. Nella stessa direzione S. MASINI, «*Demonopolizzazione delle competenze in materia di coltivazione di organismi geneticamente modificati: forma europea e livelli territoriali di governo*», in *Aestimum*, 2016, p. 61. L'A. rimarca un progressivo allontanamento dal paesaggio chiaro e semplice, in nome di un mercato in cui manca, con i necessari aggiustamenti, una più adeguata tutela di forme di agricoltura e cura del territorio e della biodiversità quale potrebbe giungere dalla rappresentazione statutale di controlimiti.

dell'Uomo in materia di indennizzo del sacrificio imposto alla proprietà dei beni, affermando sul punto non solo che l'abbattimento viene disposto in ultima analisi nello stesso interesse dell'imprenditore agricolo, ma che l'eventualità rientra nel normale rischio d'impresa²⁵.

Da ultimo, quanto alla giurisdizione sulla debenza ed erogazione dell'indennità, la Plenaria, conformemente all'orientamento delle Sezioni Unite, ha statuito che essa spetti alla giurisdizione amministrativa: ebbene, pure su questo aspetto la sentenza del TAR Lazio sul caso Xylella si discosta dall'autorevole precedente.

Il collegio laziale si ritiene infatti competente ad affrontare la questione, per poi respingere la domanda nel merito, però sulla base di ragioni del tutto disallineate dagli approfondimenti di questi precedenti.

2.3. TAR Lazio e Consiglio di Stato 2019: discrezionalità, contingibilità, provvisorietà delle misure emergenziali fitosanitarie

Le misure emergenziali sono state impugnate, abbiamo visto, oltre che dai singoli olivicoltori destinatari delle misure di eradicazione, anche da una serie di associazioni e di aziende biologiche, preoccupate che l'applicazione dei fitofarmaci e biocidi, unica misura inizialmente prevista, distruggesse ogni prospettiva di futura ripresa di una produzione i cui disciplinari rigorosi precludono simili trattamenti.

Anche questi ultimi contenziosi giungono infine a decisione, con le due sentenze di rigetto del TAR Lazio, I *quater*, 8 luglio 2019 n. 9011 e 9012. I giudici in questo caso da un lato traggono dall'arresto della Corte di Giustizia la conferma della validità dell'impianto provvedimentale nazionale applicativo delle decisioni della Commissione, dall'altro rilevano la sopravvenuta carenza di interesse dei ricorrenti proprio attingendo a considerazioni legate alla provvisorietà e superamento dei provvedimenti emergenziali.

Infatti, alla data delle due pronunce gemelle, sono tanto cessati i poteri commissariali, quanto si è susseguita una serie di provvedimenti che hanno introdotto nuove misure, sostenibili, di controllo del vettore

²⁵ Il ruolo dei concetti di "rischio" e "pericolo" nel diritto ambientale viene ben trattato nel volume di D. AMIRANTE, *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale*, Padova, 2006.

compatibili con l'agricoltura biologica e i relativi disciplinari: tra queste la gestione del suolo con lavorazioni superficiali, i trattamenti fitosanitari con principi attivi totalmente naturali, ed altre metodologie idonee a garantire la sopravvivenza delle aziende agricole del settore biologico.²⁶

Queste sentenze sono particolarmente significative perché, completando il quadro dei molteplici profili controversi dei provvedimenti emergenziali, ne mettono in luce l'ontologica provvisorietà e contingibilità, sia a livello europeo che nazionale.

Quanto al quadro unionale, è la stessa direttiva 2000/29CE a prevedere, all'art. 16 comma 3, il potere/dovere della Commissione di adottare le misure via via necessarie: "la Commissione segue gli sviluppi della situazione e, conformemente alla stessa procedura, modifica o abroga le summenzionate misure in funzione delle circostanze. Fintantoché una misura non sia adottata in conformità della procedura di cui sopra, lo Stato membro mantiene le misure da esso applicate".

Nell'ordinamento nazionale invece, è proprio la normativa in tema di protezione civile, trasfusa nel relativo Codice di cui al d.lgs. 2 gennaio 2018 n. 1, a stabilire che i provvedimenti contingibili e urgenti – e in generale i provvedimenti di carattere straordinario emessi in caso di calamità naturali o di altre emergenze – debbano indicare espressamente, oltre alle norme di legge eventualmente derogate e dei motivi della deroga, anche gli eventuali atti amministrativi o giurisdizionali intervenuti e succedutisi in merito ed i termini temporali eventualmente fissati per l'esercizio dei poteri di adozione dei provvedimenti straordinari.

Ciò perché la fase critica ed *extra ordinem* delle reazioni all'emergenza deve essere provvisoria e fugace, e cedere naturalmente al superamento gestionale dell'emergenza,²⁷ obiettivo di medio e lungo periodo che consiste nell'attuazione coordinata delle misure volte a rimuovere gli ostacoli alla ripresa delle normali condizioni di vita e di lavoro e a ridurre il rischio residuo nelle aree colpite dagli eventi calamitosi.

²⁶ Per una lettura critica della regolazione degli aspetti concorrenti, e in conflitto tra loro, P. MADDALENA, *Ambiente e biosfera: la rovina del pianeta e quella del territorio*. In *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, Collana del Dipartimento di giurisprudenza, Roma, 2017.

²⁷ Cfr. G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2015, pp. 1-26, nonché M.A. CABIDDU, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, 2010, pp. 167-184.

Tra gli interventi insiti in tale peculiare fase di recupero della normalità si annovera la ricognizione dei fabbisogni per il ripristino delle infrastrutture e dei beni danneggiati, oltre che dei danni subiti dalle attività economiche e produttive e dai beni culturali, analisi prodromica alla successiva messa a punto delle misure per fronteggiarli.

Si tratta, è evidente, di una puntuale applicazione dell'*adaptive management*²⁸ metodologia che sottopone la progettazione e programmazione di piani ed interventi a un continuo monitoraggio degli effetti, per correggere quelli inattesi ed indesiderati attraverso una permanente rimodulazione di quanto inizialmente deciso.

Questa nuova linea di intervento, che finalmente si adegua alla complessità e alla multifattorialità degli eventi calamitosi specie naturali, è in particolare normata, per gli aspetti di nostro interesse, dall'art. 2, comma 7, del Codice della protezione civile, a cui si è informata l'attuazione nazionale e regionale delle misure della Commissione²⁹.

In questa vertenza l'illegittimità dei provvedimenti impugnati viene messa in correlazione, da parte ricorrente, anche al dedotto mancato accertamento, da parte delle amministrazioni, delle reali e specifiche cause della batteriosi, di cui si ipotizza finanche, esplicitando nel ricorso il mantra complottista dei social, che essa sia stata diffusa per errore da studi e ricerche di laboratorio della P.A.

²⁸ La metodologia dell'*adaptive management* applicata specificamente al rischio ambientale è stata trattata approfonditamente da I. LINKOV, F.K. SATTERSTROM, G. KIKER, C. BATCHELOR, T. BRIDGES E E. FERGUSON, in *From comparative risk assessment to multi-criteria decision analysis and adaptive management: Recent developments and applications*, in *Environment International*, 2006, pp. 1072 e ss.

Per un approfondimento dell'utilità dell'*adaptive management* nella costruzione e restauro del paesaggio, P. BRAMBILLA, *I paesaggi della biodiversità: il rewilding quale nuovo approccio unitario per il restauro degli ecosistemi*, in *Valorizzare il paesaggio*, a cura di A. COPPA, Milano, 2019.

²⁹ Nel frattempo esce anche la sentenza della Corte Costituzionale 12 maggio 2017 n. 105, relativa al giudizio di legittimità costituzionale della legge regionale pugliese n. 412014, che istituiva un vincolo settennale di destinazione urbanistica dei suoli, fatta salva solo la possibilità di realizzarvi opere pubbliche non altrimenti localizzabili e necessaria alla salvaguardia della pubblica incolumità e dell'ambiente, dirette a ostacolare la c.d. TAP. La pronuncia caducatoria della previsione pugliese è commentata da M. SALVAGO, *L'errata applicazione del paradigma dell'"intreccio" di competenze statali e regionali genera un'antinomia normativa (e uno "strano" criterio per risolverla). Riflessioni a margine della sentenza n. 105 del 2017*, in *Federalismi.it*, 2018, 4, pp. 15 e ss.

Il TAR declina però l'istruttoria di questa censura, rinviando simili approfondimenti e indagini al procedimento penale che a quella data era stato aperto per investigare su questi fantasiosi teoremi.

Venendo infine al processo penale, altro strascico velenoso della vicenda, questo si chiude quasi in contemporanea, nell'estate 2019, con un decreto di archiviazione del GIP del Tribunale di Lecce che suscita però notevoli reazioni: lascia infatti scontenti tanto i complottisti, che vi vedono la rinuncia a indagare cupole elitarie non meglio individuate di untori, quanto il mondo scientifico, che con amarezza e nella solitudine di riflessioni eremitiche, non può fare a meno di riscontrare nel provvedimento citazioni errate, veri e propri capovolgimenti del pensiero dei massimi studiosi della patologia, ed infine un immotivato discostamento dagli approdi univoci della comunità scientifica la quale, in più scritti peer reviewed, ha da subito condiviso le conclusioni dell'EFSA e della Corte di Giustizia³⁰.

2.4. TAR Lombardia 2019: la difesa fitosanitaria europea e nazionale e l'organizzazione dei presidi aeroportuali

Tra le pronunce sul tema, alcune si sono spinte anche ad esaminare l'aspetto trascurato della veicolazione dall'estero degli organismi nocivi provenienti da altri continenti, analizzando il quadro giuridico e organizzativo in vigore negli stati quanto a circolazione delle specie vegetali a rischio, sicché per il particolare oggetto presentano un interesse ai fini della trattazione completa della vicenda Xylella.

Questo snodo, il crocevia delle rotte internazionali del commercio di specie vegetali e non, è infatti il vero tallone d'Achille nella difesa della biodiversità locale e conseguentemente fitosanitaria, come lo è nelle pandemie umane, vedasi il caso recentissimo del Coronavirus, che ha portato all'intensificazione dei controlli in aeroporto e alla chiusura dei voli aerei dalle zone infette.

Della circolazione internazionale dei vegetali a rischio si è dunque

³⁰ Così titola il Fatto quotidiano del 9 maggio 2019, *No al processo alla scienza. Tutti prosciolti per la Xylella. Ma l'archiviazione contiene falsità scientifiche e accuse infondate ai ricercatori*, a firma di E. BUCCI. Il decreto del GIP è stato pubblicato in <http://www.leccecronaca.it/wordpress/wp-content/uploads/2019/05/arch-xylella-GIP.pdf>.

occupato recentemente il TAR bresciano, nell'ambito del ricorso promosso dal gestore dell'aeroporto Caravaggio di Orio al Serio avverso la soppressione del c.d. punto di accesso a chiamata, ovvero di un presidio di controllo specializzato delle merci in ingresso a rischio di veicolazione di organismi nocivi³¹.

Il Ministero delle Politiche agricole, su proposta del servizio fitosanitario di Regione Lombardia, accoglie infatti la richiesta di concentrazione dei controlli sullo scalo di Malpensa, in quanto principale se non quasi esclusivo punto d'ingresso delle merci a rischio, con conseguente eliminazione di tutti gli altri.

Il contenzioso è propizio al collegio per gettare una tragica luce sul sistema esistente quale emerso dall'istruttoria, fatto di punti di ingresso spesso privi di personale e delle attrezzature necessarie per intercettare tutti gli organismi patogeni, animali o piante parassite dannosi, di fronte invece a numeri in crescente crescita: solo nel 2017 sono stati intercettati 1716 organismi nocivi (Europhyt), ma altri sono sicuramente sfuggiti ai controlli.

Il collegio insiste *apertis verbis* sull'importanza di un monitoraggio efficace, in ragione delle pesanti ripercussioni economiche, sociali ed occupazionali correlate al rischio fitopatogeno, tale da poter indurre i paesi terzi ad imporre divieti commerciali particolarmente pesanti per le imprese dell'Unione e gli Stati membri, del tutto legittimi e non contestabili.

Si tratta di uno scopo, di una finalità che nel bilanciamento degli interessi coinvolti porta il TAR a rigettare le censure di illegittimità e difettosa motivazione avanzate dalla ricorrente contro la decisione di soppressione dei controlli nello scalo bergamasco, a cui si assomma la considerazione che gli altissimi numeri che quest'ultimo *hub* vanta sono riferiti ai viaggiatori e non alle merci, mentre il trasporto merci (specie per frutta, ortaggi, tuberi e rizomi) vede quale principale scalo di arrivo sul territorio nazionale proprio Malpensa, dove Regione e Ministero hanno quindi concordato correttamente di localizzare il punto unico di ingresso europeo.

La decisione viene dunque ritenuta ragionevole e razionale.

Ora, anche questa pronuncia è chiaramente informata al principio

³¹ TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 14 maggio 2019 n. 472, in www.giustizia-amministrativa.it.

precauzionale, che qui trova, finalmente, una peculiare applicazione anche all'attività amministrativa di prevenzione pre-emergenziale.

Ci si spiega: è noto che la precauzione si pone, a livello logico e temporale, nella fase dell'andamento della decisione, mentre la prevenzione costituisce il quomodo dell'azione amministrativa, nel senso che il dispiegamento concreto delle misure di intervento presuppone che a monte si sia deciso di agire sulla base di un quadro di informazioni sufficientemente stabile a garantire un probabile effetto positivo, controllabile, o quanto meno l'assenza di effetti negativi dell'intervento.

Dunque, secondo questa visione binaria classica, la predisposizione e messa in atto dei mezzi necessari al controllo della patologia sembrerebbe ascrivibile alla nozione di prevenzione.

In realtà però non è così, e la pronuncia lo evidenzia bene, poiché anche nella scelta dei mezzi o meglio del loro assetto, c'è un tratto decisionale che invece si ascrive alla precauzione, percepibile nettamente tanto a livello normativo, nella trasposizione della disciplina europea da ultimo operata con le modifiche recentissime di cui si dirà, quanto a livello regolamentare od operativo, nella definizione delle concrete misure attuative, volte a rendere efficaci i precetti normativi.

Il collegio infatti ravvisa nella razionalizzazione operata dalle autorità amministrative una soluzione ispirata al principio di precauzione, adeguata, razionale e proporzionale, e ben motivata dagli atti di impulso regionale condivisi dal Ministero, che ne costituiscono motivazione *per relationem*.

Tra l'altro l'azione di razionalizzazione amministrativa vagliata positivamente precede di poco la complessiva riforma unionale della materia operata dal Regolamento 2017/65, di cui si dirà in seguito, anticipandone le soluzioni: opera infatti la revoca del riconoscimento di tutti i punti di ingresso autorizzati e procede a una nuova designazione (art. 64) dei soli in grado di soddisfare una serie di requisiti minimi (numero sufficiente di addetti qualificati, ambienti e strutture adeguate a natura e volume delle categorie trattate, attrezzature e ambienti idonei, dispositivi di emergenza e idonei a prevenire il rischio di contaminazione).

Questi ultimi requisiti e misure appartengono certamente alla sfera della prevenzione, ma la decisione amministrativa di natura organizzativa incorpora una valutazione di sapore precauzionale, di tutela avanzata, che è alla base della gestione adattativa del rischio, che ne precede la

verificazione e che consente di ridurre gli spazi e i tempi dell'intervento emergenziale³².

2.5. TAR Lazio 2019: il recepimento della lezione comunitaria, precauzione e proporzionalità nelle misure fitosanitarie pre e post emergenziali

L'ultima coda delle vertenze nazionali vede infine il TAR Lazio occuparsi, questa volta, del ricorso di un viticoltore: questi censura le misure europee e nazionali che, per prevenire la possibile veicolazione della Xylella, hanno imposto un regime di quarantena anche alle viti, consentendone la circolazione al di fuori della zona controllata solo in periodo non vegetativo e previo trattamento termico volto alla distruzione dei vettori e del batterio³³.

Qui il giudice nazionale, già intervenuta la condanna dello Stato da parte della Corte di Giustizia a conclusione della procedura di infrazione per l'inefficace controllo della Xylella, respinge immediatamente la richiesta di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte Costituzionale ed al giudice europeo.

Il Collegio ritiene infatti la questione di legittimità costituzionale priva di fondatezza, rilevando al contrario la compatibilità con i principi della Carta della normativa interna, espressamente volta a imporre in termini rigorosi gli adempimenti da porre in essere per ragioni di salvaguardia dei diritti irrinunciabili della persona: ciò argomentando dalla pericolosità, per la salute pubblica, sia della circolazione a qualsiasi titolo di prodotti vegetali destinati ai consumatori finali, ove non opportunamente controllati, sia della diffusione di agenti patogeni, ove non doverosamente trattati.

Il principio di precauzione e le misure di limitazione della circolazio-

³² G. MANFREDI, in *Note sull'attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico* in *Diritto pubblico*, 2004, pp. 1075 e ss. pone bene in luce il legame tra scelte politiche e scelte amministrative, e il loro rapporto con la precauzione e la scienza nella gestione del rischio. Particolarmente conferenti le riflessioni di A. BARONE, *Il diritto del rischio* (Vol. 2), Milano, 2006, pp. 14 e ss., che definisce questi scenari come rischi globali o da ignoto tecnologico che investono l'uomo, gli animali, le piante, la salute così come lo stato e l'equilibrio dell'ambiente, prescindendo dai singoli confini statuali e continentali, ma al contempo presentando forti ricadute locali. Cfr. anche A. BIANCHI, *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006.

³³ TAR Lazio, 11 novembre 2019 n. 12921 in www.giustizia-amministrativa.it.

ne dei beni vengono in questa fattispecie correlate dai giudici non solo alla logica emergenziale, ma alle finalità alte racchiuse nello stesso art. 36 TFUE, ovvero all'esigenza di tutela di un interesse generale di natura non economica (moralità pubblica, di ordine pubblico o di pubblica sicurezza); ed ancora, il collegio pondera il rapporto diretto di queste misure con l'interesse generale, ritenendolo oggetto di tutela e di intensità tale da non riscontrare affatto il superamento del livello necessario, secondo il noto principio di proporzionalità.

Da lì, attraverso l'art. 117 Cost. l'art. 9 e l'art. 32, il percorso motivazionale è tracciato e riconduce in breve ai valori fondanti della Carta in tema di lealtà internazionale, protezione del paesaggio e della salute, la piena legittimità delle misure europee e nazionali³⁴.

In seconda battuta viene ritenuto superfluo anche il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, e ciò sulla scorta di un'analisi puntuale delle decisioni di esecuzione emesse dalla Commissione via via negli anni dell'emergenza Xylella, sino all'ultima in contestazione, 2017/2352UE.

Osserva in proposito il Collegio, dando rilievo alle prove scientifiche raccolte e menzionate dall'EFSA, che il rischio della ricombinazione genetica tra le diverse sottospecie del batterio presenti a livello mondiale, con possibili effetti su nuove specie vegetali non ancora interessate dall'infezione, ben posto in luce dall'organismo scientifico, giustifica in pieno tanto la delimitazione precauzionale delle zone suscettibili di possibile propagazione delle sottospecie a piante vulnerabili, quanto l'intro-

³⁴ Per un diverso approccio rispetto alla tensione tra normativa e provvedimenti in tema di Xylella e principi costituzionali, M. CARDUCCI, *La vicenda "Xylella" come questione costituzionale*, in *Atti del convegno ISDE Lecce «Xylella, pesticidi, rischi sanitari»* tenuto il 9 luglio 2018 all'Università del Salento, dove viene criticato "il macigno europeo della precauzione sbilanciata" che condizionerebbe la valutazione delle alternative tra approccio tecno-scientifico e approccio ecosistemico. L'A. ritiene che nella vicenda non si sia tenuta in considerazione l'applicabilità dei controlli propri delle identità costituzionali degli Stati (al cui interno, a suo dire, l'onere della prova opera esattamente al contrario di quanto preteso dalla Corte UE), come consentirebbe l'art. 4 n. 2 TUE (Trattato sull'Unione Europea). Cfr. anche S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del «dialogo» tra le Corti*, in *Editoriale Scientifica*, 2018.

Si veda anche A. ANZON DEMMING, *La Corte costituzionale è ferma sui controlimiti, ma rovescia sulla Corte europea di giustizia l'onere di farne applicazione, bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli stati membri*, in *Giur. Cost.* 2017, pp. 507 e ss.

duzione di misure restrittive estese ad altre specie... *natura fecit saltus*: al riguardo viene in considerazione proprio il principio di precauzione, in quanto non esiste una certezza assoluta della non contaminabilità della vite ad opera di una delle sottospecie di *Xylella*, sicché al fine di evitare anche solo la potenziale infezione e diffusione dell'organismo, le prescrizioni si rivelano ragionevoli e così vengono assolte da ogni censura di irragionevolezza e carenza di motivazione.

Anche il vaglio di proporzionalità, nella sua declinazione di adeguatezza, trova pieno riscontro, come pure vengono poste in luce ed apprezzate positivamente tanto l'articolazione dettagliata delle specifiche procedure europea e nazionale (nel rispetto del principio di tipicità), quanto la puntuale successione temporale di un progredire di disposizioni migliorative, sempre meno invasive, via via modificate grazie ai mai esclusi e necessari aggiornamenti tecnici, che hanno portato persino all'esclusione di tre vitigni dalla quarantena, in quanto ritenuti non sensibili alla sottospecie *pauca*³⁵.

In tal senso, conclude il collegio, il sindacato sulla discrezionalità tecnica esercitato dalla Commissione deve essere svolto in base agli elementi di fatto e diritto esistenti alla data di adozione dell'atto, e non da valutazioni retrospettive sul suo grado di efficacia, cosicché la valutazione degli effetti futuri di una normativa da adottare, anche se non prevedibili con certezza, diviene censurabile solo in caso di manifesta erroneità della decisione alla luce delle conoscenze del tempo e alle acquisizioni scientifiche.

Se poi il tempo dovesse palesare l'inadeguatezza o l'inutilità delle misure, allora non si pone più una questione di legittimità dell'atto, ma di un suo doveroso aggiornamento, come previsto dalla stessa normativa europea.

La giurisprudenza nazionale si allinea dunque pienamente alle statuizioni della Corte di Giustizia.

³⁵ Ci sono anche letture critiche di questa tendenza, per cui M. VOGLIOTTI, *Fragilità della Costituzione e nichilismo giuridico*, in *Journal of Constitutional History/Giornale di Storia Costituzionale*, 2019, che osserva come, analogamente al "Metodo – ormai non più proponibile in un ambiente giuridico destrutturato e dominato dalla casualità del divenire e dall'arbitrio delle volontà – alla forma si attribuisce la funzione di purificare il diritto e la scienza."

2.6. Corte di Giustizia 2019: inadempimento dello Stato nell'attuazione delle misure fitosanitarie, obbligazioni di mezzi e prova dell'inadempimento

Nel settembre 2019 la procedura di infrazione, avviata nel 2015 a livello precontenzioso, giunge a sentenza.

La prima diffida della Commissione risale al 2015; l'organo contesta all'Italia la mancata attuazione delle misure previste dalla direttiva ed ispezioni inadeguate. Lo Stato risponde trincerandosi dietro l'avvenuta sospensiva dei provvedimenti nazionali attuativi da parte del TAR Lazio, ipotizzando anche l'illegittimità della decisione di esecuzione della Commissione sollevata attraverso il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Il batterio continua nel frattempo ad avanzare, sicché la Commissione – siamo nel 2016 – procede a una lettera complementare di diffida, a cui lo Stato replica affermando di aver in parte risolto lo stallo.

La Commissione infine, nel 2017, di fronte all'ulteriore e inarrestabile diffusione della Xylella, contesta all'Italia con parere motivato l'inadempimento delle decisioni di esecuzione per la mancata messa in atto delle misure di ispezione, di contenimento e di eradicazione, per non aver rimosso immediatamente le piante infette nella zona di 20 Km dall'infezione e per non aver effettuato i monitoraggi in periodo adeguato ed opportuno per l'adozione di misure di contenimento. Contesta altresì allo Stato, aspetto questo di particolare interesse, il generale inadempimento di tutti gli obblighi delle decisioni di esecuzione, nonché in particolare dell'art. 16 della direttiva 2000/29 e la violazione generale dell'obbligo di leale cooperazione di cui all'art. 4 par. 3 del TUE.

Ora, la Corte nella sentenza in commento accoglie il primo ordine di censure, soffermandosi in particolare su due aspetti: da un lato qualifica taluni obblighi delle decisioni di esecuzione come obblighi di risultato, e non di mezzi. Dall'altro a tale conclusione perviene quanto allo specifico dovere di procedere alla rimozione rapida delle piante infette per impedire la diffusione del batterio; contrariamente all'assunto dello stato membro, per cui tale obbligazione sarebbe adempiuta già con la mera adozione da parte dello stato degli strumenti normativi o amministrativi volti a tale scopo.

L'argomento è di particolare interesse.

Le autorità nazionali, ben conscie del fatto che i giudici europei hanno sempre respinto al mittente ogni giustificazione statale dell'inadempimento fondata sulla complessità dell'ordinamento interno, o sulla ripartizione delle competenze tra stato e regioni e altre simili pretestuose considerazioni, portano in questo caso nuovi argomenti all'attenzione della Corte³⁶.

Da un lato infatti lo Stato afferma che gli obblighi posti dalle decisioni di esecuzione avrebbero appunto natura di meri obblighi di mezzi, per cui una volta adottati i provvedimenti, la loro mancata esecuzione causata dal sequestro disposto dal giudice penale di tutti gli olivi salentini, unitamente alla difficoltà nell'individuazione di tutti i proprietari delle piante per l'estrema parcellizzazione della piccola proprietà contadina in Puglia non sarebbe imputabile allo Stato.

Inoltre gli agenti statali eccepiscono che antecedentemente al parere di EFSA vi fosse una situazione di incertezza scientifica che, assommata alla massiccia ed animosa campagna di controinformazione, avrebbe giustificato la timidezza e la cautele della prima reazione amministrativa.

I giudici europei però confutano con decisione le tesi italiane, dando solo parziale rilievo al sequestro, però di cui però osservano la durata limitata a fronte di un'inerzia più prolungata delle autorità nazionali.

³⁶ A tale riguardo, da giurisprudenza costante della Corte emerge che uno Stato membro non può eccepire situazioni del proprio ordinamento interno per giustificare l'inosservanza degli obblighi e dei termini derivanti dal diritto dell'Unione (sentenza del 18 ottobre 2018, Commissione/Romania, C-301/17, non pubblicata, punto 45). Sempre da giurisprudenza costante risulta che l'esistenza di un inadempimento deve essere valutata in base alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato. I cambiamenti avvenuti successivamente non possono quindi essere presi in considerazione dalla Corte (sentenza del 28 novembre 2018, Commissione/Slovenia, C-506/17, non pubblicata, punto 50 e giurisprudenza ivi citata).

Anche la recente sentenza della Corte giustizia UE sez. IX, 11 luglio 2019, n. 434, evidenzia che circostanze di natura interna, legate, da un lato, alla previa consultazione pubblica e, dall'altro, alla modifica della compagine governativa che avrebbe ritardato il processo di adozione del programma nazionale, non possono essere prese in considerazione dalla Corte come giustificazione dell'inosservanza dell'obbligo e del termine. Tutte le pronunce sono reperibili sui sito www.curia.europa.eu

In tema di aria, E. MASCHIETTO, *Un'altra condanna dell'Italia in materia ambientale: questa volta per l'inosservanza dei limiti relativi alle concentrazioni di PM 10 nell'aria: e non è ancora finita*, in questa *Rivista* 2013, pp. 381 e ss.

Qui la riflessione cade sagittalmente sulla tematica della responsabilità dello Stato-giudice quanto alla violazione del diritto comunitario, trattata dalla Corte europea nella nota sentenza Commissione c. Repubblica Italiana del 24 novembre 2011, n. 379, che ha magistralmente biasimato il mancato rispetto di forme e contenuti del diritto dell'Unione anche da parte del giudice nazionale, con possibili conseguenze dannose in capo ai singoli³⁷.

La sentenza qui annotata muove un malcelato rimprovero alle decisioni dei giudici amministrativi statali, rei di aver sospeso cautelatamente l'efficacia dei provvedimenti nazionali attuativi delle misure della Commissione, come pure velatamente viene deprecato anche il sequestro disposto dal giudice penale. Peraltro, per non entrare nel territorio a rischio dei controlimiti, la Corte UE preferisce evidenziare come, cessato il sequestro, non si sia registrata una subitanea attivazione della amministrazioni per il veloce ripristino di misure di contenimento dell'infezione; senza considerare, si osserva, che le misure cautelari del TAR Lazio potevano ben essere impuginate dall'Avvocatura con un appello cautelare avanti al Consiglio di Stato, ovvero che alternativamente si sarebbe potuto dar vita alla rapida emanazione di altre, rinnovate, misure.

Vi è in particolare un passaggio del precedente citato del 2011 che rileva in questa sede: i giudici europei ribadiscono che affinché l'interpretazione errata della normativa unionale possa ridondare in "violazione manifesta" si deve considerare il grado di chiarezza e precisione della norma violata, il carattere scusabile o inescusabile dell'errore di diritto commesso e la "mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, comma 3, TCE, ed è presunta, in ogni caso, quando la decisione interessata interviene ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in materia"³⁸.

Tornando alla pronuncia in commento sul tema dell'inadempimento, vi viene chiarito altresì che di fronte a un'obbligazione dotata di un ogget-

³⁷ La sentenza, resa nella causa C-378/2010, che riprende i passaggi dei paragrafi 53-56 della più celebre pronuncia Kobler del 30 settembre 2003, C-224/01, è pubblicata, al pari di quest'ultima, in www.curia.europa.eu.

³⁸ Per un commento, A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Giur. Cost.*, 2011, pp. 4724 e ss.

to preciso – la rimozione delle piante infette in una determinata zona – e di un termine preciso – immediatamente – non può che aversi un obbligo di risultato; dunque, alla scadenza del termine assegnato dal parere motivato della Commissione la constatazione effettiva e non contestata della mancata attuazione della misura costituisce tout court inadempimento. Argomento principe a sostegno della tesi anche la considerazione del fatto che l'effetto utile della disposizione, la quale richiede inequivocabilmente la rimozione delle piante infette, può consistere esclusivamente nella rimozione concreta ed effettiva delle piante infette e non già nella mera adozione delle misure nazionali o regionali che la prescrivono.

Nel contenzioso si assiste anche ad una disquisizione interpretativa di sapore formalistico quasi sofisticata sul termine “immediatamente”; per gli agenti italiani andrebbe inteso in senso come relativo, “con riguardo alla consistenza materiale dell'obbligo stesso e alle circostanze giuridiche che lo presidiano”, mentre la Corte, tagliando corto, osserva che il lemma “non può, alla luce del suo significato abituale nel linguaggio corrente, conciliarsi con un periodo di più settimane o, come nel caso di specie, di più mesi”.

Analoghe motivazioni conducono la sentenza ad accogliere come fondato anche l'addebito della Commissione del mancato corretto monitoraggio: questo sarebbe stato effettuato in ritardo, nella stagione invernale, quando maggiore è la difficoltà di individuare i sintomi dell'infezione che si traducono nel disseccamento foliare; seppure sia vero, affermano i giudici, che le evidenze scientifiche portate dallo Stato attestano la possibilità di individuazione del batterio anche in periodo non vegetativo, è però indiscusso che ove l'ispezione sia rimandata alla stagione invernale ciò preclude l'adozione immediata delle misure di rimozione proprio in tale stagione, e la differisce alla primavera, quando i vettori si attivano e con il volo la patologia si diffonde rapidamente, dando vita a un colpevole ed evitabile ritardo oltre che ad un'azione di minore efficacia.

Il terzo ordine di censure però non viene accolto dalla Corte, che respinge la richiesta di condanna dello Stato che la Commissione sostiene sia legata ad un costante e generale inadempimento italiano dell'obbligo di adottare le misure necessarie per impedire l'ulteriore diffusione del batterio, in violazione degli obblighi portati dalle decisioni della Commissione e dalla direttiva in materia e in contrasto con il principio di leale collaborazione imposto dai trattati.

La Corte, dissociandosi dalla requisitoria dell'organo, inanella in una serie di passaggi l'argomento per cui in queste vertenze la prova dell'inadempimento deve avere una concretezza sotto il profilo oggettivo e soggettivo, e dunque deve evidenziare "l'atteggiamento adottato dalle autorità di uno Stato" con riferimento a "situazioni concrete, specificamente identificate", o in alternativa dimostrare "l'adozione, da parte di tali autorità, di una prassi generalizzata" contraria agli obblighi derivanti dalle disposizioni comunitarie, di cui le situazioni specifiche sarebbero – al limite – esemplificative.

Non basta quindi, a tal fine, la mera allegazione di situazioni di fatto, né di semplici presunzioni o causalità schematiche, che non rispondono all'onere previsto dall'art. 258 TFUE; la norma, per la Corte, richiede invece che siano dedotti e provati gli elementi concreti atti a caratterizzare la violazione delle specifiche disposizioni in rilievo.

Viene da osservare, a questo riguardo, che nella prospettiva della causalità alternativa e dell'incertezza, il limite delle conoscenze scientifiche e il dubbio sulla concreta possibilità di una più efficace gestione del rischio fitopatologico, concorrono a rendere inesigibile la prova richiesta, come pure escludono – a contrario – che si possa dare per certo che la diffusione della Xylella sarebbe stata fronteggiabile nel caso di perfetto adempimento di tutti gli obblighi delle misure di esecuzione.

Sono queste le vere ragioni per cui viene respinta la tesi della Commissione per cui la diffusione della Xylella sarebbe sintomatica, secondo uno schema dialettico rigidamente hegeliano, della negligenza dello Stato e di un generale e costante inadempimento di questi agli articolati obblighi della normativa di settore.

2.7. L'evoluzione delle politiche europee in materia di protezione fitosanitaria

L'epidemia, se vogliamo chiamarla così, della Xylella, ha reso evidente la necessità di un rafforzamento della diretta applicabilità delle norme europee, oltre che di un aggiornamento del sistema di gestione del rischio secondo nuovi pattern idonei a superare le criticità della prontezza, della responsabilità condivisa, della formazione e responsabilizzazione degli operatori, e soprattutto il dramma della globalizzazione e della libera circolazione dei vegetali diversi da quelli alloctoni e invasivi già considerati dal Regolamento (UE)2014/1143.

La criticità della batteriosi, e le travagliate vicende della reazione ad entrambi i livelli unionale e statale hanno così portato, in brevissimo tempo, alla messa a punto e condivisione da parte delle istituzioni europee il nuovo Regolamento 2016/2031/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2016, relativo alle misure di protezione contro gli organismi nocivi per le piante.

Il nuovo Regolamento, entrato in vigore il 14 dicembre 2019, ha modificato i regolamenti (UE) n. 228/2013, (UE) n. 652/2014 e (UE) n. 1143/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio e abrogato, tra le altre, la direttiva 2000/29/CE che è stata sinora a base dell'azione congiunta di Commissione e Stati membri nella gestione delle emergenze fitosanitarie, anche nel caso della *Xylella*.

Senza voler entrare nei dettagli della nuova disciplina, in primo luogo e in linea generale è evidente già dalla natura dell'atto, un regolamento appunto, che si tratta di strumento in grado di limitare fortemente la discrezionalità degli stati membri, specie nella scelta e apprestamento delle misure emergenziali, ciò che è frutto anche della conseguente qualificazione delle obbligazioni della nuova disciplina come di risultato, e non più solo di mezzi.

Quanto al contenuto, il regolamento disciplina la materia della sanità delle piante, e fitosanitaria, introducendo un passaporto (art. 78) per tutte le piante da impianto, nonché per le piante, i prodotti vegetali e altri oggetti per i quali sono state stabilite prescrizioni dalla normativa europea o anche solo dalla Commissione.

Le nuove disposizioni incidono quindi direttamente sulla libera circolazione di queste merci, a ciò legittimate per ragioni chiaramente ricondotte alla tutela degli interessi primari della produzione vegetale, del patrimonio forestale, delle aree naturali e delle superfici impiantate, degli ecosistemi naturali, dei servizi ecosistemici e della biodiversità nell'Unione.

Questa finalità, unitamente alla considerazione dell'aumento del rischio per la salute delle piante che proviene dalle specie dannose, e che è intensificato della globalizzazione degli scambi commerciali e dai cambiamenti climatici, porta inoltre il Regolamento a conferire poteri molto forti alla Commissione (artt. 28, 30).

E ancora, la nuova disciplina entra nel dettaglio delle definizioni e disciplina minuziosamente le misure di notifica, di eradicazione (art. 17),

di delimitazione di aree e restrizioni (artt. 18, 19), prescrivendo in capo agli Stati membri anche obblighi di indagine, di predisposizione di piani di emergenza e di simulazioni (artt. 20 e ss.), divieti di introduzione nel territorio UE (art. 40 e al.), e direttamente in capo agli operatori professionali misure e adempimenti in tema di tracciabilità (es. art. 69); controbilanciati, però questa volta, dalla previsione di adeguate sovvenzioni (art. 111).

Il Regolamento è arricchito da una serie di importanti allegati, che si spingono a definire i Criteri di identificazione degli organismi (all. I), le Misure e principi di gestione dei rischi connessi agli organismi nocivi (all. II), i Criteri di valutazione delle piante, dei prodotti vegetali o di altri oggetti ad alto rischio (all. III), infine gli Elementi di identificazione delle piante o dei prodotti vegetali che possono comportare rischi connessi agli organismi nocivi recentemente identificati o altri presunti rischi fitosanitari per il territorio dell'unione (all. IV): ora tutti questi criteri e indicatori hanno una indiscussa natura non più di mero indirizzo, ma di elementi vincolanti e uniformi per tutti gli Stati membri, che dovrebbe assicurare, plausibilmente, una uniforme assunzione delle misure previste come adeguate direttamente dal legislatore europeo, oltre ad una uniforme base motivazionale dei provvedimenti attuativi, al livello operativo, dalle singole amministrazioni interne.

Da segnalare, infine, che il considerando 25 del Regolamento dispone che ogni decisione debba essere ancorata ai pareri scientifici o agli studi dell'IPPC, dell'Organizzazione europea e mediterranea per la protezione delle piante (EPPO), dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA) o delle autorità degli Stati membri, con il precipuo fine di evitare che considerazioni diverse da quelle scientifiche o tecniche possano determinare l'azione amministrativa, restringendone la discrezionalità alla sfera della mera discrezionalità tecnica.

I restanti considerando affrontano professamente anche i profili di tensione della nuova disciplina con la tutela dei diritti fondamentali, rispetto ai quali si afferma la piena compatibilità delle misure introdotte; ciò, specie quanto ai principi riconosciuti dalla Carta (90), tra cui viene menzionato segnatamente il rispetto della vita privata e della vita familiare, il diritto di proprietà, la protezione dei dati di carattere personale, la libertà d'impresa e la libertà delle arti e delle scienze.

Ai singoli e più specifici profili di potenziale conflitto tra misure e di-

ritti vengono poi dedicati specifici passaggi sempre nei considerando: ciò ad esempio per quanto riguarda gli obblighi di notifica (11) che implicano la comunicazione alle autorità competenti di dati personali di persone fisiche o giuridiche, con possibile configurazione di una limitazione dell'articolo 8 (Protezione dei dati di carattere personale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Sul punto il Regolamento conclude però trattarsi tuttavia di una limitazione necessaria e proporzionata al raggiungimento dell'obiettivo di interesse pubblico perseguito dalla normativa.

Quanto poi alle misure di eradicazione degli organismi nocivi da quarantena presenti su piante in luoghi privati (14), per il cui conseguimento viene previsto un potere di accesso *ex lege* in capo alle autorità competenti degli Stati membri, le conseguenti limitazioni dell'articolo 7 (Rispetto della vita privata e della vita familiare) e dell'articolo 17 (Diritto di proprietà) della Carta vengono ritenute necessarie e proporzionate al raggiungimento dell'obiettivo di interesse pubblico del regolamento.

Infine, rispetto alla previsione di strutture di confinamento e di stazioni di quarantena, e di prescrizioni riguardanti l'uscita da tali strutture o stazioni di piante, prodotti vegetali o altri oggetti (34), e la tenuta di elenchi del personale e dei visitatori che accedono alle strutture e alle stazioni, l'eventuale possibile limitazione dell'articolo 8 (Protezione dei dati di carattere personale) della Carta che ne deriva viene analizzata, nonché giudicata necessaria e proporzionata sempre al raggiungimento dell'obiettivo di interesse pubblico che il regolamento si prefigge.

Questi tratti della nuova disciplina, di maggiore impatto e invasività, costituiscono il nucleo caratterizzante dell'intervento regolatore dell'Unione in materia, che si propone dichiaratamente il superamento dei profili più problematici del previgente sistema, tra cui da un lato la possibilità di contestazioni sociali e giuridiche d'inciampo (la gestione dell'emergenza poco si concilia con la democrazia), dall'altro le inefficienze e gli insuccessi accertati del passato.

Ancora una volta, dunque, nella gestione del rischio ambientale e sanitario esce confermata quale cruciale chiave di volta proprio la qualità e la tipicità procedimentale della normazione; beninteso, ciò non significa affatto che si debba dar vita a una normativa di dettaglio, poiché al contrario l'uso di clausole generale o di obiettivi declinati in via generale

si rivela fondamentale per non precludere la messa in atto di interventi di prevenzione, contenimento e difesa attiva capaci di fronteggiare, *ex ante*, una pluralità indefinita e ignota di minacce fitosanitarie.

Abstract

*Xylella- Plant Health Rules - Pest Control - Emergency law
Precautionary principle - Typicality principle - Compensation*

The spread of the Xylella bacterium in Italy and abroad gave rise to a new regulatory season of emergency measures. Both European Institutions and Italy national and regional authorities adopted various measures seriously affecting private property, freedom of economic initiative, traditional agriculture, and freedom of movement. Such limitations were soon confirmed from national and European courts, in a wide range of decisions thoroughly analysed by the author: last of all the recent judgment of the Court of Justice which condemned Italy for failing to implement the specific UE rules regarding the protection of plant health. The author underlines the specific role of precautionary principle and typicality principle within the regulatory frame for health and environmental emergencies. The article finally illustrates the new discipline dictated by the Regulation 2016/2031/UE that will replace the previous regime based on directives and decisions, so reducing the margin of appreciation and the risk of inefficient choices at a national level.

Obblighi di bonifica e contaminazioni pregresse: la decisione dell'Adunanza Plenaria*

MICHELA LEGGIO

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria – 22 ottobre 2019, n. 10 – Pres. Griffi, est. Franconiero – Nokia Solutions and Networks s.p.a. (avv.ti Vivani e Verzoni) c. Provincia di Asti e Comune di Asti (avv. Saracco) nei confronti di IAO – Industrie Riunite s.p.a. (avv. Gattamelata) e Meritor Heavy Vehicle Systems Cameri s.p.a. (n.c.), Regione Piemonte (n.c.), Azienda Sanitaria Locale di Asti – A.S.L. AT (n.c.), IAO – Industrie Riunite s.p.a. (n.c.).

Bonifica – art. 17 Decreto Ronchi – Art. 244 Codice dell'ambiente – Contaminazioni pregresse – Principio chi inquina paga – Retroattività – Illecito Permanente – Principio di legalità – Certezza del diritto – Successione nell'obbligo di bonifica

La bonifica del sito inquinato può essere ordinata, ai sensi dell'art. 244 del Codice dell'Ambiente, anche nei confronti di una società non direttamente responsabile dell'inquinamento, quando essa sia subentrata alla società che ha causato la contaminazione per effetto di operazioni di fusione, avvenute nel regime previgente alla riforma del diritto societario. Ciò è possibile anche nel caso in cui le condotte inquinanti siano avvenute in epoca anteriore all'introduzione dell'istituto della bonifica nell'ordinamento giuridico – e quindi precedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. 22/1997 – fintanto che gli effetti dannosi della contaminazione del suolo permangano al momento dell'adozione dell'ordine.

* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

1. La vicenda. – 2. La bonifica ambientale nel Decreto Ronchi e nel Codice dell'ambiente. – 3. La mancanza di una disciplina transitoria e la natura giuridica della bonifica: il problema dell'applicazione a contaminazioni pregresse. – 4. La decisione dell'Adunanza Plenaria – 5. Considerazioni critiche.

1. *La vicenda*

Con ordinanza del 7 maggio 2019 la IV Sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza Plenaria la questione relativa alla possibilità di ordinare la bonifica di un sito contaminato in epoca anteriore all'introduzione di tale misura nell'ordinamento giuridico. Più precisamente, il quesito riguardava la possibilità di chiedere la bonifica a una società non direttamente responsabile dell'inquinamento, ma individuata quale soggetto obbligato poiché "succeduto" nell'obbligo a seguito dell'incorporazione della società che, anni addietro, aveva determinato la contaminazione del suolo.

Riassumendo brevemente i fatti, nel 2015 la Provincia di Asti diffidava Alcatel-Lucent Italia s.p.a. a procedere alla bonifica del suolo ove sorgeva uno stabilimento industriale nel quale, nel corso degli anni Sessanta e Settanta, erano stati prodotti ammortizzatori per automobili. Alcatel, tuttavia, non era mai stata proprietaria del terreno contaminato, né tantomeno aveva mai avuto in gestione lo stabilimento, ma era stata identificata quale soggetto tenuto alla bonifica per aver incorporato la società che aveva causato l'inquinamento.

Tale ordine di bonifica, intervenuto a distanza di anni dalla scoperta dell'inquinamento, poggiava interamente sulle risultanze peritali del giudizio civile¹, promosso dagli abitanti della zona contaminata. Nella relazione peritale, tuttavia, si dava conto di alcuni profili di incertezza relativi alla ricostruzione delle origini dell'inquinamento. In particolare, da un lato si affermava che l'epoca della contaminazione non era "presumibilmente" riconducibile a tempi recenti, dall'altro si evidenziava l'impossibilità di individuare il punto preciso di propagazione dell'inquinamento².

¹ Definito in secondo grado con sentenza della Corte d'Appello di Torino del 16 dicembre 2015, n. 2214.

² L'incertezza sul punto e i tempi di propagazione dell'inquinamento, tuttavia,

Proprio sulla scorta di tali incertezze, della violazione del principio “chi inquina paga”, dovuta alla mancanza di un legame fattuale o giuridico con l’area contaminata, ma soprattutto per l’obiettata applicazione retroattiva dell’istituto della bonifica, introdotto solo con il D.lgs. 22/1997, detto Decreto Ronchi, Alcatel decideva di impugnare il provvedimento della Provincia.

Il ricorso veniva tuttavia rigettato dal T.A.R. Piemonte Sez. I, con sentenza del 13 maggio 2016, n. 674, tempestivamente impugnata da Alcatel. Con tale pronuncia i giudici dichiaravano infondati tutti motivi di ricorso e, in particolare, ritenevano possibile applicare la disciplina delle bonifiche a siti che risultavano essere stati inquinati prima dell’entrata in vigore del Decreto Ronchi. A questa soluzione si giungeva in quanto l’inquinamento veniva qualificato come illecito amministrativo permanente che continua a sussistere fino alla sua rimozione³.

Giunta così la questione dinanzi al Consiglio di Stato, pur propendendosi per l’applicabilità della disciplina sulle bonifiche anche a fattispecie di inquinamento pregresse, veniva rimessa all’Adunanza Plenaria la questione attinente all’applicazione temporale del Decreto Ronchi, mentre, con sentenza non definitiva, venivano dichiarati infondati gli altri motivi di appello.

Il deferimento all’Adunanza Plenaria si rendeva necessario a causa dell’andamento talvolta ondivago della giurisprudenza amministrativa, che, in alcuni, seppur rari, casi aveva ritenuto non applicabile il Decreto Ronchi alle contaminazioni pregresse.

non ha inciso sulle valutazioni del giudice, dato che nel processo civile, diversamente dal processo penale, vige la regola del “più probabile che non”. Il mancato raggiungimento di una certezza assoluta costituisce, peraltro, un risultato fisiologico in tutti quei casi, come quello di specie, ove gli accertamenti avvengano a distanza di decenni dalla condotta oggetto di valutazione.

³ Nello specifico, secondo il T.A.R., non si sarebbe trattata di un’applicazione retroattiva delle disposizioni del Decreto Ronchi, ma “di un’applicazione delle sue disposizioni alle situazioni di inquinamento accertate dopo la sua entrata in vigore [...] le quali, pur cagionate in precedenza, pur tuttavia perdurano oltre, così prolungando la situazione di illiceità finché perdura la contaminazione”.

2. *La bonifica ambientale nel Decreto Ronchi e nel Codice dell'ambiente*

Per comprendere appieno le ragioni per cui è sorto il problema dell'applicazione a contaminazioni pregresse del decreto Ronchi, si ritiene prodromico un breve *excursus* relativo agli interventi legislativi in materia di bonifica ambientale.

La bonifica ambientale fu introdotta nell'ordinamento tramite due decreti legge, poi convertiti nelle L. 441/1987 e L. 475/1988, con cui si delegava alle Regioni l'individuazione dei siti da bonificare, dei soggetti tenuti a intervenire e degli enti chiamati a sostituirli in caso di loro inadempienza, nonché delle possibili misure cautelari adottabili in situazioni di urgenza. Le due leggi, tuttavia, non ebbero particolare fortuna, posto che solo un numero esiguo di Regioni decisero di darvi esecuzione.

Constatato il fallimento dell'intervento legislativo predetto, si volle dettare una disciplina uniforme a livello nazionale con il d.lgs. 22/1997, al cui art. 17 veniva nuovamente regolata la misura della bonifica dei siti contaminati. Questa veniva definita all'art. 6, comma 6, lett. n) come "ogni intervento di rimozione della fonte inquinante e di quanto dalla stessa contaminato fino al raggiungimento dei valori limite conformi all'utilizzo previsto dell'area". All'art. 17 si statuiva che chiunque avesse cagionato, anche in maniera accidentale, il superamento dei limiti di accettabilità di contaminazione, ovvero avesse determinato un pericolo concreto ed attuale di superamento degli stessi, doveva procedere a proprie spese agli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale delle aree inquinate e degli impianti dai quali derivava il pericolo di inquinamento⁴.

Quanto alla disciplina di dettaglio, tra cui l'individuazione dei limiti di contaminazione, questa era stata demandata a un regolamento attuativo emanato, a distanza di due anni, con il D.M. n. 471/1999⁵. Con

⁴ L'art. 17, comma 2 del D.lgs. 22/1997, così come modificato dall'articolo 9 della L. 93/2001, recitava: "Chiunque cagiona, anche in maniera accidentale, il superamento dei limiti di cui al comma 1, lettera a), ovvero determina un pericolo concreto ed attuale di superamento dei limiti medesimi, è tenuto a procedere a proprie spese agli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale delle aree inquinate e degli impianti dai quali deriva il pericolo di inquinamento", e tal fine individuava la procedura da seguire.

⁵ D.M. 25 ottobre 1999, n. 471, *Regolamento recante i criteri, procedure e modalità per la bonifica e il ripristino ambientale dei siti inquinati, ai sensi dell'art. 17 del decreto*

tale decreto, sulla base del criterio della destinazione d'uso⁶, vennero individuate anche le procedure per il prelievo e analisi dei campioni e i criteri generali per la messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale dei siti inquinati.

Il decreto Ronchi e il relativo regolamento attuativo si affiancarono così alla disciplina dettata dalla L. 349/1986 e relativa al risarcimento del danno ambientale. La legge, emanata diversi anni prima per istituire il Ministero dell'Ambiente, all'art. 18⁷ prevedeva espressamente una forma di responsabilità extracontrattuale per danno ambientale, specificando così la previsione generale di illecito aquiliano prevista nel Codice civile. Differentemente dalla norma generale, l'art. 18 prevedeva che il risarcimento fosse indirizzato nei confronti dello Stato e disponeva un ordine di preferenza per il risarcimento in forma specifica rispetto al risarcimento per equivalente. La predilezione del recupero del bene danneggiato costituiva sintomo di una nuova consapevolezza⁸: il risarcimento per equivalente non sempre era sufficiente per il ristoro del danno, specialmente nel caso di danno all'ambiente, bene a fruizione della intera collettività.

La finalità ripristinatoria del bene leso, oltre che nella L. 349/1986 e

legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, e successive modificazioni ed integrazioni, in *Gazzetta Ufficiale*, 15 dicembre 1999, n. 293.

⁶ Nel D.M. n. 471/1999 venivano infatti individuati tre usi differenti: la destinazione d'uso commerciale, industriale e residenziale. Veniva tuttavia tralasciato l'uso agricolo, tra i più rilevanti se solo si pensa alle possibili conseguenze di una contaminazione del suolo sulle colture. La lacuna è stata poi successivamente colmata dalla giurisprudenza mediante l'estensione dei limiti sanciti per i suoli a uso residenziale, a tal riguardo si veda T.A.R. Umbria, 8 aprile 2004, n. 168.

⁷ La L. 349/1986 all'art. 18 disponeva che: "Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato".

⁸ Parla in generale di "operazione rimediale" e di allontanamento dal classico schema dell'illecito aquiliano G.D. COMPORTI, *Il danno ambientale e l'operazione rimediale*, in *Diritto amministrativo*, 2013, pp. 117 ss., secondo cui "il danno ambientale assume una fisionomia ambivalente, perché, se per un verso, attinge ai primordi della Lex Aquilia, in tale veste dando avvio a tutta l'operazione rimediale; per altro verso, sembra però allontanarsi dalla matrice dell'illecito civile per atteggiarsi più secondo lo schema dell'illecito amministrativo, che identifica non una reazione al danno ingiusto per compensare la lesione sofferta dalla vittima ma un'azione volta a garantire l'osservanza dei doveri imposti ai cittadini".

ora nel Codice dell'Ambiente, era propria anche della bonifica e questa coincidenza ha portato a chiedersi quale fosse il rapporto tra questa e il risarcimento in forma specifica del danno ambientale.

A livello dogmatico erano numerose le differenze tra i due istituti e diverso il loro campo di applicazione. Invero, l'art. 17 del d.lgs. 22/1997, diversamente dall'art. 18 l. 349/1986, non conteneva alcun riferimento alla natura dolosa o colposa della condotta. Anzi, prescriveva l'obbligo di procedere alla bonifica del suolo anche qualora il superamento dei limiti fosse avvenuto in via accidentale o, addirittura, vi fosse anche solo il mero pericolo di contaminazione. La bonifica si prestava quindi a un'applicazione più ampia rispetto al risarcimento del danno in forma specifica, che, invece, risultava ancorato alla sussistenza dell'elemento soggettivo e alla presenza di un danno.

Sul versante pratico, però, a causa della medesimezza del fine e delle attività di recupero, appariva probabile una loro sovrapposizione, tanto che nel regolamento attuativo del decreto Ronchi si ritenne necessario introdurre una norma di coordinamento all'art. 18, che garantisse la residuale applicabilità, anche in caso di bonifica, del risarcimento in forma specifica⁹.

La dicotomia bonifica – risarcimento del danno in forma specifica è stata mantenuta anche nel Codice dell'ambiente, emanato con d.lgs. 152/2006, venendo così deluse le aspettative di coloro che auspicavano l'avvento di un regime unitario¹⁰. Invero, mentre nella Parte VI del Codice dell'ambiente viene regolato il tema del risarcimento del danno all'ambiente, riproducendo il contenuto della L. 349/1986, al Titolo V, della Parte IV si è di fatto trasfusa la disciplina dettata dal decreto Ronchi, seppur con qualche novità. Innanzitutto, i c.d. limiti di contaminazione nel nuovo testo hanno assunto una diversa denominazione, divenendo così "concentrazioni soglia". Inoltre, il loro superamento non determina, di per sé, l'automatica qualificazione giuridica di contaminazione del sito, come nella vigenza del Decreto Ronchi, ma obbliga unicamente a una analisi del rischio per verificare il concreto pericolo di lesione della

⁹ L'art. 18 comma 4 del D.M. 471/1999 recita: "È fatto comunque salvo l'obbligo di ripristino dello stato dei luoghi e di risarcimento del danno ambientale ai sensi dell'articolo 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349".

¹⁰ Si veda F. ANILE, *Danno ambientale: le nuove norme*, Perugia, 2007, p. 38.

salute e dell'ambiente¹¹. Nella sostanza, però, così come anche affermato dalla giurisprudenza¹², l'impostazione dell'art. 17 del Decreto Ronchi è stata confermata e specificata dal Codice dell'ambiente¹³.

3. *La mancanza di una disciplina transitoria e la natura giuridica della bonifica: il problema dell'applicazione a contaminazioni pregresse*

L'istituto della bonifica ha fin da subito stimolato un intenso dibattito soprattutto con riferimento alla sua applicazione a fattispecie pregresse. La ragione di ciò può essere presumibilmente ricondotta a due diversi fattori: in primo luogo, alla mancanza di una norma che dettasse una disciplina intertemporale, delegando *in toto* all'interprete la soluzione del problema; in secondo luogo, a una certa ambiguità definitoria e classificatoria della misura.

In mancanza di indicazioni da parte del legislatore, già nella vigenza del decreto Ronchi si erano formati due orientamenti contrapposti¹⁴.

In un primo senso vi era chi riteneva che applicare l'art. 17 a fattispecie di contaminazioni pregresse avrebbe significato violare l'art. 11 delle Preleggi. È noto, infatti, come tale norma ponga un generale principio di irretroattività della legge, per cui essa può disporre solo per l'avvenire. Trattandosi di una legge di rango primario, diversamente da quanto avviene nel diritto penale, ove tale principio trova un espresso riconoscimento in Costituzione, esso può essere derogato dal legislatore ordinario, ma, secondo questo orientamento, nel decreto Ronchi non vi erano indici di una tale volontà. Anzi, poiché all'art. 51-*bis* del d.lgs. 22/1997 si era introdotta una fattispecie contravvenzionale, come tale soggetta alla garanzia costituzionale di irretroattività, l'intera legge si sarebbe dovuta

¹¹ F. FONDERICO, "Rischio" e "precauzione" nel nuovo procedimento di bonifica dei siti inquinati, in *questa Rivista*, 2006, pp. 419 ss.

¹² Cfr. T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. II, 27 giugno 2007, n. 5289.

¹³ Così come rilevato da F. GIAMPIETRO, A. QUARANTA, *Gli orientamenti del giudice amministrativo sulla bonifica nel passaggio tra il vecchio ed il nuovo regime (parte seconda)*, in *Ambiente e sviluppo*, 2008, pp. 362 ss.

¹⁴ L. PRATI, *Responsabilità per danno all'ambiente e bonifica dei siti contaminati*, Milano, 2011.

applicare unicamente alle contaminazioni future, onde evitare discipline differenziate.

A sostegno di tale interpretazione, indubbiamente più garantista e sostenuta da gran parte della dottrina e, in rari casi, anche dalla giurisprudenza¹⁵, si affermava inoltre che il decreto Ronchi si era posto in totale discontinuità rispetto alle leggi previgenti. A questa conclusione si giungeva mediante il ricorso a un giudizio di continuità normativa¹⁶ tra la norma di cui all'art. 17 del decreto Ronchi e la disciplina generale prevista all'interno del Codice civile in tema di responsabilità extracontrattuale. Si osservava, infatti, che con il d.lgs. 22/1997 si era introdotto un nuovo divieto, quello di non superare le soglie di contaminazione, e un nuovo obbligo, quello di procedere alla bonifica qualora la soglia di tollerabilità fosse stata superata. In altre parole, con il decreto Ronchi vi era stata una radicale modifica *in pejus* e, pertanto, l'applicazione a fatti pregressi sarebbe stata confliggente con il principio di certezza del diritto e di prevedibilità.

A questo primo approccio se ne contrapponeva un altro, sostenuto particolarmente in giurisprudenza, che giungeva a una soluzione diametralmente opposta, anche se talvolta con differenti argomentazioni. In alcuni casi si escludeva la portata innovativa dell'art. 17 del decreto Ronchi, in altri si faceva leva sul concetto di illecito o danno permanente, per cui, fintanto che la contaminazione, quale esito di una condotta risalente, non fosse stata eliminata, sarebbe stata sempre applicabile la normativa vigente¹⁷. Quest'ultima tesi si fondava sul rilievo che non tanto si tratta-

¹⁵ Il riferimento va innanzitutto a Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6055, citata nell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria nella vicenda in esame quale ragione del contrasto giurisprudenziale, da cui è originata la necessità di avere dei chiarimenti dall'Adunanza Plenaria. In tale pronuncia si legge che "ponendo a confronto l'art. 17 con il plesso normativo composto dagli artt. 2043, 2050 [...] e 2058 [...] le differenze tra gli istituti rispettivamente disciplinati sono talmente numerose e tanto profonde, da non consentire la formulazione di alcun giudizio di continuità tra le stesse".

¹⁶ La continuità normativa può essere definita come un criterio esegetico, al quale si può ricorrere per risolvere problematiche relative all'applicazione nel tempo di una legge sopravvenuta. Tale giudizio descrive l'atteggiarsi "debole", e cioè la bassa innovatività, della legge, e può essere utile qualora alla successione di previsioni legislative non si accompagni un'effettiva eliminazione o una radicale modifica della normativa cronologicamente anteriore.

¹⁷ Quale giurisprudenza rilevante può citarsi Cons. Stato, VI Sez., 9 ottobre 2007, n. 5283 che, pur ritenendo sussistere continuità normativa tra l'art. 17 del Decreto

va di applicazione retroattiva della legge, quanto piuttosto di sottoporre inquinamenti perduranti alla nuova disciplina, indipendentemente dal momento in cui era stata posta in essere la condotta da cui essi avevano avuto origine¹⁸.

Nel tentativo di giustificare questa interpretazione veniva valorizzato l'art. 9 comma 3 del D.M. 471/1999¹⁹, nella parte in cui stabiliva una particolare procedura per i soggetti che, entro sei mesi dalla data in vigore dello stesso regolamento, avessero attivato di propria iniziativa le procedure di bonifica. Da questa norma si deduceva la volontà del legislatore

Ronchi e le norme sulla responsabilità extracontrattuale, conclude comunque nel senso che "l'inquinamento dà luogo ad una situazione di carattere permanente che perdura fino a che non ne vengano rimosse le cause ed i parametri ambientali alterati siano riportati entro i limiti normativamente accettabili"; nello stesso senso si veda anche T.A.R. Lombardia; Sez. I – Milano, 6 luglio 2011, n. 1808; T.A.R. Veneto, Sez. III, 28 marzo 2017, n. 313; e ancora Cons. Stato, Sez. IV, 8 ottobre 2018, n. 5761, ove si legge che le misure della bonifica e del ripristino "non sanzionano, ora per allora, la (risalente) condotta di inquinamento, ma pongono attuale rimedio alla (perdurante) condizione di contaminazione dei luoghi, per cui l'epoca di verifica della contaminazione è, ai fini in discorso, del tutto indifferente"; T.A.R. Lombardia, Sez. IV – Milano, 15 aprile 2015, n. 940; T.A.R. Veneto, Sez. III, 26 novembre 2018, n. 1080.

¹⁸ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I., del 13 febbraio 2001, n. 987 ove si legge che "la situazione di inquinamento va considerata come fenomeno permanente fintanto che non venga riportata nei limiti di accettabilità"; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia del 27 luglio 2001, n. 488, con cui si è affermato che "dal momento che l'inquinamento dà luogo ad una situazione di carattere permanente che perdura fino a che non ne vengano rimosse le cause ed i parametri ambientali alterati siano riportati entro i limiti normativamente ritenuti accettabili, è evidente che le previsioni del decreto Ronchi si applicheranno a qualunque sito che risulti attualmente inquinato, indipendentemente dal momento in cui possa essere avvenuto il fatto o i fatti generatori dell'attuale situazione patologica"; si veda a anche T.A.R. Piemonte Sez. I, con sentenza del 13 maggio 2016, n. 674, sentenza di primo grado nella vicenda giuridica in commento.

¹⁹ L'art. 9 comma 3 prevedeva che: "Qualora il proprietario o altro soggetto interessato proceda ai sensi dei commi 1 e 2 entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, la decorrenza dell'obbligo di bonifica verrà definita dalla Regione territorialmente competente in base alla pericolosità del sito determinata con i criteri di cui all'articolo 14 comma 3, nell'ambito del Piano regionale o dei suoi eventuali stralci, salva in ogni caso la facoltà dell'interessato di procedere agli interventi di bonifica e ripristino ambientale prima del suddetto termine". Al comma 6 si aggiungeva che tale disciplina derogatoria non si sarebbe potuta applicare alle situazioni di inquinamento o di pericolo di concreto ed attuale di inquinamento determinate da eventi, anche accidentali verificatesi in data successiva all'entrata in vigore dello stesso regolamento.

di assoggettare alla disciplina del decreto Ronchi anche gli inquinamenti progressi. In realtà, come già osservato, il predetto regolamento è stato emanato a distanza di due anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 22/1997 e, pertanto, l'art. 9 comma 3 era stato pensato proprio per le contaminazioni avvenute in un'epoca comunque successiva all'introduzione della disciplina della bonifica, ma precedentemente all'adozione della disciplina attuativa avvenuta con il D.M. 471/1999.

Il quadro così descritto è rimasto sostanzialmente immutato con l'entrata in vigore del Codice dell'ambiente: anche nella nuova legge, per quanto attiene alla bonifica, manca una compiuta disciplina intertemporale²⁰, dato che gli inquinamenti storici sono stati presi in considerazione solo in due casi.

Si fa riferimento innanzitutto all'art. 242 comma 2, che dispone l'applicabilità della bonifica anche alle contaminazioni storiche per cui sussista un rischio di aggravamento, nonché all'art. 242 comma 11 che, invece, disciplina l'ipotesi in cui l'evento, per cui non sussiste un rischio immediato per l'ambiente e per la salute pubblica, sia avvenuto anteriormente all'entrata in vigore del Codice dell'ambiente, ma gli effetti si siano manifestati in un momento successivo a tale data²¹.

Come già anticipato nell'apertura di questo paragrafo, si ritiene che le incertezze applicative della disciplina sulle bonifiche siano dovute non solo alla mancanza di una disciplina espressa, ma anche e soprattutto a una certa ambiguità definitoria della misura della bonifica. La questione non è meramente teorica, in quanto il corretto inquadramento dogmati-

²⁰ Diversamente per quanto riguarda la responsabilità da danno ambientale di cui alla Parte VI, per la quale il legislatore ha dettato una disciplina dal punto di vista temporale, sancendo alcune eccezioni all'applicazione della disciplina introdotta con il D.lgs. 152/2006. All'art. 303 Codice dell'ambiente vengono delineati i casi in cui la Parte VI del medesimo testo unico non trova applicazione. Rilevanti, sotto il profilo intertemporale, appaiono la lett. f) ove si dispone che essa non si applica "al danno causato da un'emissione, un evento o un incidente verificatisi prima della data di entrata in vigore della parte sesta del presente decreto", nonché la lett. g) ove si indica inoltre che "non si applica al danno in relazione al quale siano trascorsi più di trent'anni dall'emissione dell'evento o dall'incidente che l'hanno causato".

²¹ Per una disamina completa dei profili intertemporali presi in considerazione all'interno del Codice dell'Ambiente si veda D. RÖTTGEN, *Bonifica dei siti contaminati: la disciplina transitoria prevista dal D.lgs. n. 152/2006*, in *Ambiente e sviluppo*, 2006, pp. 641 ss.

co di tale istituto consente di comprendere quali principi vigenti nell'ordinamento siano a esso applicabili e, quindi, di verificare la tenuta di un'eventuale applicazione retroattiva del decreto Ronchi.

Anche in tal caso le tesi sul campo sono diverse, sia in dottrina che in giurisprudenza, la quale se per un verso ha quasi sempre ammesso l'applicabilità della bonifica alle fattispecie pregresse, dall'altro non ha mostrato altrettanta uniformità nell'inquadramento della natura giuridica della misura.

In primo luogo, vi è chi ritiene che l'ordine di bonifica, di cui all'art. 244 Codice dell'ambiente, sia assimilabile a un provvedimento sanzionatorio irrogato dalla Pubblica amministrazione quale conseguenza del superamento dei valori soglia caratterizzati²². Questa interpretazione si fonda sull'intrinseca diversità dell'istituto della bonifica rispetto a quello della responsabilità civile extracontrattuale delineata all'art. 2043 c.c.: differente è la procedura prevista, che assegna un ruolo cardine ai pubblici poteri, e diverso è anche il tipo di condotta preso in considerazione, posto che, per procedere con l'ordine di ripristino del suolo contaminato, è sufficiente anche un mero rischio e non, così come prevede l'art. 2043 c.c., un danno.

Così qualificato, all'ordine di bonifica dovrebbero applicarsi tutti i principi previsti in materia di sanzioni, tra cui, secondo l'approccio più garantista, anche quello di irretroattività²³. Quindi la condotta sanziona-

²² Si rinvia a P. PAGLIARA, *Bonifica e ripristino ambientale dei siti inquinati*, in *Ambiente e sviluppo*, 1997, pp. 325 ss., che qualifica la bonifica come una sanzione amministrativa con carattere ripristinatorio irrogata a seguito del mancato rispetto del principio "chi inquina paga"; G. LANDI, M. MONTINI, *Bonifica dei siti inquinati*, in *questa Rivista*, 2000, pp. 991 ss., invece, ritengono che la bonifica costituisca la sanzione per il mancato rispetto della procedura di ripristino dell'area inquinata prevista dalla legge; R. RUSSO, *Bonifica e messa in sicurezza dei siti contaminati: osservazioni sull'art. 17 del D.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22*, in *questa Rivista*, 1998, pp. 428 ss., il quale assimila la bonifica ad altre sanzioni amministrative che comportano obblighi di fare come quelle previste in materia edilizia e che comportano un obbligo di demolizione.

²³ Secondo una parte della dottrina l'art. 25 comma 2 Cost. dovrebbe applicarsi anche alle sanzioni amministrative. A sostegno di questa tesi si richiamano Corte Cost. 15 giugno 1967, n. 78; Corte Cost. 26 maggio 2010, n. 196, secondo cui l'art. 25 Cost. deve essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato; Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 2041, n. 1142, che ha difatti affermato che "il legislatore non può prevedere sanzioni applicabili a fattispecie che si sono

ta potrebbe essere solo quella posta in essere in un momento successivo all'introduzione del precetto e questo in quanto, anche per le sanzioni amministrative, così come per quelle penali, si richiede che la condotta sanzionata sia sempre frutto di un atteggiamento consapevole e antigiuuridico²⁴.

Seppur pregevole per aver messo in luce le differenze strutturali tra i due istituti, una critica significativa che si muove a tale tesi consiste nel non aver considerato che il diritto punitivo latamente inteso richiede il rispetto del principio di personalità. Se la bonifica costituisse una forma di sanzione sarebbe necessario, oltre all'accertamento del nesso di causalità, anche la presenza di una condotta soggettivamente rimproverabile, dolosa o colposa. Così non era sicuramente nella vigenza del Decreto Ronchi che, anzi, come già osservato, imponeva il ricorso alla bonifica anche in presenza di un superamento accidentale dei limiti di contaminazione. E, nonostante qualche opinione difforme²⁵, si deve ritenere che anche nel Codice dell'ambiente non rilevi in alcun modo l'aspetto soggettivo, data la mancanza di qualsiasi riferimento a riguardo. Sotto altro profilo, inoltre, così come affermato dalla stessa Adunanza Plenaria in commento,

realizzate in un periodo anteriore all'entrata in vigore". Favorevoli a un'estensione del principio di irretroattività alle sanzioni amministrative, ma non alla stregua dell'art. 25 comma 2 Cost., sono E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016, p. 347, che ravvede all'art. 1 comma 1 della L. 689/1981 l'enunciazione di un principio avente carattere generale, e M. A. SANDULLI, *Sanzione amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica*, XXXII, 1993.

²⁴ L'estendibilità del principio di irretroattività alle sanzioni amministrative è, invece, seriamente posta in discussione da C. E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, p. 137.

²⁵ Si fa riferimento a F. TROILO, *Bonifica e ripristino dei siti inquinati: rilievi "civilistici"*, in *Ambiente e sviluppo*, 1997 pp. 967 ss., secondo cui, non essendovi una deroga espressa all'art. 2043 c.c., dovrebbe applicarsi l'ordinario regime della responsabilità per colpa; si veda anche R. LEONARDI, *La responsabilità in tema di bonifica dei siti inquinati: dal criterio soggettivo del "chi inquina paga" al criterio oggettivo del "chi è proprietario paga"?*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2015, pp. 1 ss., che addirittura offre una lettura soggettivizzata del principio europeo "chi inquina paga" ed afferma pertanto la necessità del riscontro dell'atteggiamento soggettivo del responsabile dell'inquinamento, anche alla stregua di una lettura combinata artt. 242 e 311 del Codice dell'ambiente.

la natura sanzionatoria deve considerarsi incompatibile con la funzione ripristinatoria propria della bonifica²⁶.

Secondo un differente filone interpretativo, la bonifica dovrebbe essere ricondotta entro schemi del diritto privato, in quanto risarcimento in forma specifica e anticipata del danno cagionato all'ambiente²⁷. Tale teoria, coniata nella vigenza dell'art. 17 del Decreto Ronchi, si fondava principalmente sulla circostanza che la norma, così come enunciata, evocasse la formula dell'art. 2043 c.c. in tema di responsabilità aquiliana²⁸.

Anche tale tesi, però, presta il fianco a delle critiche, specialmente alla luce della disciplina dettata dal Codice dell'ambiente all'art. 244 che non si pone più in rapporto di analogia con la clausola generale in tema di responsabilità extracontrattuale. Senza contare che ricondurre la misura della bonifica allo schema di tale istituto civilistico è frutto di una certa forzatura, poste le evidenti diversità dei due istituti.

Preferibile è, forse, l'orientamento, sostenuto talvolta anche in giurisprudenza²⁹, secondo cui la bonifica costituirebbe una misura pubbli-

²⁶ Viene difatti posta in seria discussione la categoria delle c.d. sanzioni amministrative di ripristino. Sul tema si vedano P. PAGLIARA, *Bonifica e ripristino ambientale dei siti inquinati*, cit. ed E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, p. 345, cit.

²⁷ M. GRANIERI, R. PARDOLESI, *Oltre la funzione riparatoria della responsabilità civile nella tutela ambientale*, in *Danno e Responsabilità*, 1998, pp. 845 ss.; S. D'ANGIULLI, *Responsabilità civile (per danno ambientale?) nel d.M. n. 471/99*, in *Ambiente e sviluppo*, 2000, pp. 318 ss; molto critico al riguardo è invece F. GOISIS, *La natura dell'ordine di bonifica e ripristino ambientale ex art. 17 d.lg. n. 22 del 1997: la sua «retroattività» e la posizione del proprietario non responsabile della contaminazione*, in *Foro amministrativo*, 2004, pp. 567 ss.

²⁸ Evidente è infatti l'analogia tra l'art. 2043 c.c. e l'art. 17 del Decreto Ronchi, nella parte in cui, al secondo comma, si dispone che "Chiunque cagiona, anche in maniera accidentale, il superamento dei limiti di cui al comma 1, lettera a), ovvero determina un pericolo concreto ed attuale di superamento dei limiti medesimi, è tenuto a procedere a proprie spese agli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale delle aree inquinate [...]". Si tratta infatti del medesimo schema usato dal legislatore per descrivere l'illecito aquiliano ed imporre il conseguente obbligo di risarcimento del danno.

²⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6055, ove si afferma che, differentemente dal plesso degli artt. 2043 – 2058 che dà luogo a un'obbligazione risarcitoria, "l'art. 17 [...] è costitutivo di un primario obbligo di fare (ablazione personale) del responsabile dell'inquinamento, nonché di un sussidiario ed eventuale

cistica di carattere ripristinatorio³⁰ e non sanzionatorio. Secondo questa tesi, la bonifica consisterebbe in una misura ablatoria personale che pertanto sarebbe sottoposta alle garanzie di cui all'art. 23 Cost., all'art. 42 Cost. a tutela della proprietà e agli artt. 1 Protocollo addizionale CEDU e 17 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea³¹. Queste norme, che riconoscono il principio di legalità nell'aggressione del patrimonio dei privati, fungerebbero altresì da limite alla portata retroattiva della legge sulle bonifiche.

Non dissimile, benché frutto di una lettura privatistica, è, infine, la tesi che riconduce la bonifica all'alveo della responsabilità civile latamente intesa. In questo senso, l'ordine di procedere alla bonifica³², disposto dalla pubblica amministrazione, consisterebbe in un formale avvertimento a osservare un obbligo che trova il proprio fondamento nella legge. Alla luce di questa interpretazione, il solo superamento delle soglie di contaminazione farebbe sorgere l'obbligo di bonificare il sito inquinato, indipendentemente dal riscontro dell'elemento soggettivo³³ e dalla prova del danno, diversamente da quanto avviene per la responsabilità aquiliana.

Questo orientamento, condiviso da gran parte della dottrina³⁴, sem-

obbligo di intervento (pubblicistico) del Comune e, in via di ulteriore subordine, di un obbligo di intervento (pubblicistico) della Regione”; nonchè T.A.R. Toscana, Sez. II - Firenze, 1° aprile 2011, n. 573, ove si aderisce alla tesi della differenza ontologica tra l'obbligazione secondaria di tipo risarcitorio prevista dal Codice civile e la misura ablatoria personale ex art. 17 del Decreto Ronchi.

³⁰ Così R. MONTANARO, *Esecuzione d'ufficio e conseguenze patrimoniali*, in *La bonifica dei siti inquinati: aspetti problematici*, a cura di P.M. VIPIANA PERPETUA, Padova, 2002, pp. 117 ss.; sembra concludere in tal senso anche G. TADDEI, *Il rapporto tra bonifica e risarcimento del danno*, in *Ambiente e sviluppo*, 2009 pp. 417 ss., laddove lo stesso distingue tra tutela risarcitoria, di stampo prettamente civilistico e tutela ripristinatoria, di natura viceversa eminentemente pubblicistica, nel cui alveo si collocherebbe la bonifica.

³¹ R. INVERNIZZI, *Inquinamenti risalenti, ordini di bonifica e principio di legalità CEDU: tutto per l'“ambiente?”*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, pp. 964 ss.

³² Sulla distinzione tra ordine e diffida si veda E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 349,

³³ Cfr. tra le tante, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del 25 settembre 2013, n. 21 che, nell'occuparsi dell'onere reale in capo al proprietario non responsabile, sostiene che per potersi ingiungere la bonifica ambientale è sufficiente che sussista anche solo il nesso di causalità tra la condotta del responsabile e l'evento.

³⁴ Si vedano L. PRATI, *Responsabilità per danno all'ambiente e bonifica dei siti contaminati*, Milano, 2011, sebbene l'autore non manchi di sottolineare le peculiarità di

brerebbe peraltro coerente con il principio europeo “chi inquina paga” e quindi con la logica secondo cui il rischio, derivante da una determinata attività, deve essere imputato al soggetto che da questa ne trae beneficio.

Per quanto attiene al profilo temporale, proprio perché ci si colloca al di fuori dell’ambito sanzionatorio, sembrerebbero in tal caso non sussistere limiti all’applicazione della disciplina delle bonifiche anche a fattispecie pregresse, se non ovviamente il rispetto del principio sancito all’art. 11 delle Preleggi.

4. *La decisione dell’Adunanza Plenaria*

Venendo ora alla pronuncia in commento, si può innanzitutto osservare che, confermando la tesi della giurisprudenza maggioritaria, l’Adunanza Plenaria ha ammesso l’applicabilità dell’art. 17 del Decreto Ronchi alle contaminazioni avvenute prima della sua entrata in vigore. A tale conclusione il Consiglio di Stato è giunto sostanzialmente attraverso tre passaggi fondamentali.

In primo luogo, i giudici hanno rilevato come la condotta di inquinamento ambientale sia stata qualificata quale fatto illecito già a partire dagli anni Settanta, momento in cui la Corte Costituzionale, con la storica pronuncia del 31 dicembre 1987, n. 641, più volte citata nella sentenza in commento, ha riconosciuto all’ambiente valore primario e assoluto. Sulla scorta di ciò, è stata dunque esclusa la portata innovativa della L. 349/1986, meritevole solo di aver positivizzato l’illecito ambientale che già trovava tutela mediante la clausola aperta di cui all’art. 2043 del Codice civile.

In secondo luogo, la Plenaria si è soffermata sul rapporto tra bonifica ambientale e responsabilità aquiliana. A tal riguardo, pur sottolineando le diversità strutturali tra i due istituti, si è rilevato che la bonifica “si inserisce nello stesso tessuto connettivo formato dalla normativa di cui all’art. 18 della L. 349/1986 e all’art. 2043 c.c.” e che, come il risarcimen-

tale forma di responsabilità civile, il cui risarcimento, e cioè la bonifica, è regolato da un provvedimento avente natura amministrativa; D. SICLARI, *La bonifica dei siti inquinati tra tutela dell’ambiente e giustiziabilità delle pretese*, Napoli, 2017; F. GRASSI, *Bonifica ambientale di siti contaminati*, in *Diritto dell’ambiente*, a cura di G. ROSSI, pp. 425 ss.

to del danno, la sua funzione consiste nel recupero materiale del bene ambiente. I giudici hanno pertanto escluso a chiare lettere che il disposto di cui all'art. 17 del Decreto Ronchi integrasse una sanzione, poiché la finalità punitiva sarebbe del tutto incompatibile con la funzione di ripristino del sito inquinato.

Giova osservare come a tali considerazioni i giudici siano giunti attraverso una valutazione della portata innovativa delle norme del Decreto Ronchi e, dunque, di fatto, ricorrendo al giudizio di continuità normativa. A tal proposito, non si può non rilevare una prima contraddizione in quanto se da un lato la Plenaria si sofferma sui profili di alta o bassa innovatività del Decreto Ronchi, dall'altro critica aspramente l'uso di tale criterio esegetico poiché estraneo a rami del diritto diversi da quello penale³⁵. Secondo i giudici, infatti, il giudizio di continuità può valere solo nell'ambito del diritto punitivo, ove domina il principio di legalità, ma non nel campo dell'illecito civile, dove l'esigenza principale è la reintegrazione del bene giuridico lesa.

In terzo luogo, i giudici hanno affermato che in realtà il problema dell'applicazione retroattiva del Decreto Ronchi non si pone poiché il danno ambientale ha carattere permanente e perdura fino a che l'inquinamento non venga eliminato. Di conseguenza, l'autore dell'inquinamento che, pur potendovi provvedere, rimane inerte, è tenuto agli obblighi derivanti dalla sua condotta fino a che perduri il danno, restando così assoggettato alle novità legislative che possano essere introdotte.

Viene infine analizzato il problema relativo alla successione nell'obbligo di bonifica da parte di un soggetto non responsabile dell'inquinamento, non proprietario dell'area inquinata, né tantomeno gestore dell'impianto industriale ove ha avuto luogo l'evento dannoso. A tal riguardo, il Consiglio di Stato statuisce che gli obblighi di bonifica sono trasmissibili, in caso di fusione, dalla società incorporata alla società incorporante e questo anche nella vigenza dell'art. 2504 bis c.c. nella sua versione antecedente alla riforma del diritto societario³⁶.

³⁵ Proprio in tale sede, infatti, il giudizio di continuità normativa viene utilizzato quale criterio formale, in antitesi alla teoria del c.d. fatto concreto, al fine di comprendere se un fatto, oggetto di previsione da parte di una legge precedente, ricada o meno all'interno della fattispecie incriminatrice introdotta da una nuova legge.

³⁶ Nella versione precedente alla riforma del diritto societario avvenuta con D.lgs. 6/2003, l'art. 2504-bis comma 1 c.c. recitava "La società che risulta dalla fusione o

Nello specifico, nel regime previgente la fusione dava luogo a una sorta di successione *mortis causa*, diversamente dall'attuale disciplina che non qualifica la fusione come un fenomeno estintivo, bensì come una vicenda evolutiva-modificativa. La successione negli obblighi, prosegue la Plenaria, non è impedita dal fatto che l'accertamento dell'illecito da cui sorge l'obbligazione risarcitoria sia successivo all'operazione di fusione e ciò in quanto "l'accertamento del danno all'ambiente risale per sua natura all'epoca della sua commissione". Né, tanto meno, osta il fatto che lo stabilimento industriale da cui è provenuto l'inquinamento non sia mai stato acquistato dalla società destinataria dell'obbligo di bonifica. Secondo l'art. 2560 comma 1 c.c. la cessione dell'azienda non libera il cedente dai debiti dallo stesso contratti, compreso quello derivante da un illecito civile.

La tesi contraria si porrebbe in contrasto anche con il diritto dell'Unione Europea, così come interpretato dalla Corte di Giustizia, laddove la stessa stabilisce che la fusione per incorporazione comporta la trasmissione alla società incorporante degli obblighi sorti in capo alla incorporata, anche se sorti successivamente al momento della fusione³⁷.

5. Considerazioni critiche

Le conclusioni a cui è giunta l'Adunanza Plenaria suscitano dei dubbi e appaiono criticabili sotto alcuni profili, specialmente per quanto attiene al problema della portata applicativa della disciplina sulle bonifiche.

Innanzitutto, si può osservare come non sembri del tutto chiara la posizione del Consiglio di Stato sulla natura privatistica o pubblicistica della bonifica. Questa, infatti, quanto a effetti, viene assimilata al risar-

quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte"; attualmente invece dispone che "La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione".

³⁷ Si veda la sentenza della Corte UE, 5 marzo 2015, C-342/13, con cui è ritenuto che spettasse alla società incorporante il pagamento di un'ammenda inflitta successivamente alla fusione, a seguito della commissione di infrazioni di infrazioni di diritto del lavoro da parte della società incorporata, anche se risalenti a un momento antecedente alla incorporazione.

cimento in forma specifica, mentre, quanto a modalità, viene ricondotta alla categoria degli strumenti pubblicistici. Un chiarimento al riguardo sarebbe stato importante anche al fine di comprendere, come già si è sottolineato nei paragrafi precedenti, quali fossero i principi applicabili a questa misura.

Ciò che, invece, viene escluso con vigore dai giudici è la finalità sanzionatoria della misura, anche attraverso un richiamo ai criteri Engel, coniati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Sotto questo aspetto, a prescindere dalle ambiguità classificatorie, il ragionamento offerto nella sentenza si rivela efficace in un'ottica di politica del diritto. Difatti, con l'esclusione della natura sanzionatoria della bonifica vengono meno le remore a una sua applicazione a contaminazioni pregresse e si giunge alla piena tutela dell'ambiente, a prescindere dal momento in cui il danno o rischio di compromissione si è verificato.

Questo a maggior ragione se dalla condotta deriva un danno permanente: in tal modo, come si afferma in sentenza, non si farebbe retroagire una norma sopravvenuta, ma si applicherebbe il regime normativo vigente a un evento ancora in atto, anche se l'origine dello stesso sia da far risalire a un'epoca risalente nel tempo.

Sotto tale aspetto, tuttavia, si può osservare³⁸ che un illecito può essere definito "permanente" quando tale caratteristica appartiene sia alla condotta che all'antigiuridicità del fatto. Nel caso di specie, però, l'antigiuridicità non possiede tale connotato poiché la contrarietà della condotta a norme dell'ordinamento è intervenuta in un momento successivo rispetto a quello in cui essa è stata posta in essere e, cioè, solo dopo l'entrata in vigore del decreto Ronchi. Da ciò consegue che, quanto meno in una fase iniziale, la contaminazione derivava da una condotta lecita.

È quindi scorretto parlare di danno e di illecito permanente³⁹ e, pertanto, l'applicazione della norma sulla bonifica a contaminazioni pregresse deve considerarsi propriamente retroattiva. Ma perché sia possibile applicare retroattivamente la norma, senza cioè incorrere nel divieto

³⁸ Come rilevato da M. PANNI, *Inquinamento storico e obblighi attuali di bonifica*, in *questa Rivista*, 2007, pp. 844 ss.

³⁹ Ammesso che i termini "danno permanente" ed "illecito permanente" abbiano il medesimo significato, così come sembrerebbe dalla pronuncia in commento.

posto dall'art. 11 delle Preleggi, è essenziale svolgere un'analisi sulla sua portata innovativa mediante il ricorso al giudizio di continuità normativa che, quindi, rivela la sua utilità anche al di fuori del campo del diritto penale.

E difatti, a prescindere dalla denominazione, un giudizio sulla innovatività della legge sopravvenuta rivela la sua validità anche in altri ambiti del diritto, poiché consente di comprendere il rapporto con la disciplina previgente e, dunque, la estendibilità della nuova legge a fatti pregressi. E questo deve essere stato chiaro anche ai giudici della sentenza in commento, poiché gli stessi, dopo aver sconfessato l'uso del giudizio di continuità normativa, ne fanno espressa applicazione al fine di escludere la volontà innovativa del legislatore nel decreto Ronchi.

Sulla scorta di tale giudizio, diversamente da quanto ritenuto dall'Adunanza Plenaria, non si può non notare che con il decreto Ronchi si sono prese in considerazione fattispecie dapprima irrilevanti per l'ordinamento giuridico. Invero, con il d.lgs. 22/1997 si è sancita la rilevanza della condotta di superamento di limiti di contaminazione, fatto che fino al 1997 poteva integrare un fatto illecito solo qualora ne fosse conseguito un danno all'ambiente. Inoltre, anteriormente all'introduzione nell'ordinamento della misura della bonifica, era opinione prevalente che l'obbligo di procedere al ripristino dei siti inquinati gravasse unicamente su coloro che avevano determinato una contaminazione con condotte dolose o colpose⁴⁰. E ancora, solo a partire dal 1997, a rilevare non è solamente la contaminazione dei suoli, ma anche il mero pericolo, divenuto poi, con il Codice dell'ambiente, rischio.

L'applicazione del rimedio della bonifica, con i conseguenti oneri economici, a comportamenti già conclusi quando ancora leciti crea, indipendentemente da suo inquadramento dogmatico, un grave *vulnus* al principio di legalità nel suo corollario della certezza del diritto, che asurge a principio cardine dell'ordinamento⁴¹. E difatti, sebbene il principio di irretroattività della legge non trovi espresso riconoscimento in Costituzione, se non per quanto riguardi la legge penale, è difficile ritenere

⁴⁰ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 3 febbraio 1998, n. 1087.

⁴¹ Così come affermato da G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. Pub.*, 2018, pp. 517 ss., la certezza della legge può dirsi connaturata nella stessa idea di diritto.

che il legislatore sia del tutto libero da vincoli e che possa determinare a proprio piacimento la retroattività della legge⁴².

Il principio di legalità, infatti, lungi da essere un baluardo del solo diritto penale, trova espresso riconoscimento anche in norme costituzionali relative ad altre sfere del diritto, quali a esempio all'art. 23 Cost. in materia di prestazioni patrimoniali, all'art. 42 Cost., con riferimento al regime della proprietà e agli articoli 95 e 97 Cost., relativamente alla organizzazione della Pubblica amministrazione. Non solo, lo stesso deve considerarsi quale principio fondamentale intrinseco nell'ordinamento giuridico e pertanto un criterio guida sia per il legislatore che per il potere esecutivo.

Una declinazione del principio di legalità è appunto il principio di certezza del diritto, la cui garanzia di fondo consiste nella tutela della libertà dell'individuo che deve poter prevedere le conseguenze delle sue scelte⁴³, specialmente in ambiti come quello imprenditoriale ove la certezza della legge costituisce un requisito imprescindibile per lo stesso sviluppo economico.

Il principio di legalità, così come sopra descritto, è un valore caro anche alla Corte Costituzionale, che più volte vi ha fatto riferimento anche in ambiti diversi dal diritto penale⁴⁴. E sorprende come l'Adunanza Plenaria abbia deciso di menzionare più volte, per avvalorare argomentazioni che poi giungeranno di fatto a negare quel valore, proprio la sentenza della Corte Costituzionale del 1987⁴⁵ in materia di ambiente, ove viene esaltato proprio il ruolo della certezza del diritto. In questa pronuncia, infatti, si legge che la responsabilità civile può sorgere in presenza di "parametri certi e univoci", quali leggi e provvedimenti la cui violazione determini un danno ingiusto. E che "[...] l'illecito è fatto consistere nella violazione della norma e dei provvedimenti adottati in base ad essa" in

⁴² Dello stesso avviso è F. ANILE, *La difficile applicazione della disciplina dei siti contaminati, ex art. 17 d.lg. 22/97: irretroattività del fatto o di diritto?*, in *Cassazione penale*, 2002, pp. 2884 ss.

⁴³ E. B. LIBERATI, W. TROISE MANGONI, *Siti contaminati prima dell'entrata in vigore del d. Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 e obbligo di bonifica*, in *La bonifica dei siti inquinati: aspetti problematici*, a cura di P. M. VIPIANA PERPETUA, Padova, 2002, pp. 7 ss.

⁴⁴ Si veda Corte Cost. 13 maggio 1991, n. 202, in *Giur. cost.*, 1991, pp. 1838 ss., in materia di responsabilità extracontrattuale.

⁴⁵ Il riferimento va ancora a Corte Cost. 30 dicembre 1987, n. 641.

modo che il giudice poggi la propria decisione su dati certi e applichi “regole di sicura conoscibilità”. Da ciò deriva che le lacune e la vaghezza della disciplina non sono per un verso superabili dal giudice⁴⁶.

Oltre che nel diritto interno, conoscibilità e certezza del diritto costituiscono esigenze fondamentali anche nel diritto dell’Unione europea. Precipuo riconoscimento è stato offerto anche dalla Corte di Giustizia che ha rilevato l’importanza di una normativa chiara e precisa affinché “i singoli possano conoscere senza ambiguità i propri diritti e obblighi e regolarsi di conseguenza”⁴⁷.

A queste considerazioni si deve aggiungere che il bene giuridico della proprietà trova espressa tutela all’art. 1 del Protocollo addizionale della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, ove viene riconosciuto come diritto fondamentale. Da tale norma si desume che le limitazioni del diritto di proprietà devono essere conoscibili e “*foreseeable*”, nel rispetto del principio di legalità⁴⁸.

Oltre che essere incompatibile con il principio di legalità, la tesi della Plenaria sembra porsi in contrasto anche con la *ratio* del principio europeo “chi inquina paga”. Alla luce di tale principio la responsabilità da danno ambientale dovrebbe essere imputata secondo un modello di responsabilità oggettiva e quindi sulla scorta della sussistenza del solo nesso causale, indipendentemente dall’atteggiamento soggettivo del responsabile dell’inquinamento. In questo modo, le conseguenze negative e i costi della condotta illecita vengono imputati al soggetto che da quella medesima attività trae un beneficio.

Analizzando tale forma di responsabilità si osserva che, come rilevato da un illustre autore⁴⁹, essa ha come *ratio* quella di attribuire

⁴⁶ Così F. GIAMPIETRO, *Divagazioni su un legislatore “svagato”: il regime sulla bonifica dei siti inquinati*, in *Ambiente e sviluppo*, 2001, pp. 505 ss., secondo cui peraltro l’incertezza si pone in contrasto con le regole comunitarie e nuoce essa stessa all’ambiente e al mercato.

⁴⁷ Cfr. Corte UE, Grande Sezione, 3 giugno 2008, C-308/06, nonché Corte UE, Sez. III, 14 aprile 2005, C-110/03.

⁴⁸ Così come affermato dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sentenza del 17 settembre 2013, Contessa c. Italia.

⁴⁹ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 36, che segnatamente afferma che “La attribuzione all’imprenditore del rischio di impresa [...] costituisce una pressione economica perché sia razionalizzata (dal punto di vista sociale) la produzione; il che potrà avvenire, secondo i casi, mediante l’adozione di

all'imprenditore un rischio di impresa affinché lo stesso agisca in via preventiva, razionalizzando la produzione, anche mediante l'adozione di tecniche di produzione o sistemi di sicurezza che riducano il più possibile i danni a carico della collettività⁵⁰.

Se questa è dunque la ragione dell'introduzione di un modello di responsabilità estremamente stringente, deve giungersi alla conclusione che sarebbe del tutto irrazionale la sua applicazione a condotte poste in essere in un'epoca anteriore alla sua introduzione. Epoca in cui, peraltro, vi era meno attenzione ai profili ambientali e i macchinari industriali erano progettati con l'unico fine di aumentare la produzione.

L'irrelevanza del profilo soggettivo ha proprio lo scopo di esercitare una pressione sull'operatore economico al fine di indurlo a una minimizzazione dei rischi futuri. È dunque la stessa *ratio* del principio, nella sua funzione cautelativa e preventiva, che conduce a una applicazione della norma sulla bonifica unicamente *pro futuro*.

Proprio per la lettura che si è data al principio "chi inquina paga" e per il fondamentale valore che rivestono nell'ordinamento il principio di legalità e di certezza del diritto, ci si chiede se le conclusioni a cui è giunta l'Adunanza Plenaria siano davvero meritevoli di adesione. Difatti, sebbene da un lato sia ammirevole l'intento di garantire la più ampia tutela possibile al bene dell'ambiente nella sua dimensione collettiva, dall'altro una tale estensione preoccupa poiché introduce profili di incertezza in un settore sensibile quale è quello dell'attività di impresa, con probabili conseguenze negative sul frangente economico e delle operazioni societarie.

misure supplementari di sicurezza, mediante la sostituzione del metodo di produzione e, nei casi estremi, mediante l'abolizione di un settore marginale di impresa o con la chiusura dell'impresa stessa".

⁵⁰ Si veda C. M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, 1987, p. 691 che rileva come la responsabilità oggettiva dell'imprenditore sia la soluzione più razionale in quanto solo quest'ultimo è in grado di prevenire e contabilizzare i danni da risarcire, con la possibilità di fare ricorso a coperture assicurative o di aumentare i prezzi, distribuendo il peso del futuro risarcimento sui clienti.

Abstract

*Environmental remediation - Article 17 Legislative Decree 22/1997
Article 244 Environmental Code - Historical pollution - Polluter pays principle
Retroactivity - Continuing tort - Principle of legality - Legal certainty
Merger successor and environmental liabilities*

The article regards the issue of environmental remediation of sites which were polluted before the Legislative Decree 22/1997 entered into force. Also known as Ronchi Decree, the above-mentioned legislation provided, for the first time, a set of rules in order to address the problem of ground pollution. However, the case of already contaminated sites was not taken into account and this led to different interpretations among courts and legal scholars. In the light of the recent ruling by the Council of State, the article analyses the hybrid nature of the environmental remediation and investigates the consequences of its retroactive applications, within the national and European framework. Above all, the threat to the need of certainty and foreseeability demanded by the supreme principle of legality.

La legittimazione a ricorrere delle associazioni ambientali: questioni aperte*

Corte di Cassazione, 17 luglio 2019, n. 31291 e n. 31310*

MONICA DELSIGNORE

Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, 3 dicembre 2019, n. 224 - Pres. Segreto, Est. Silvestro

Errore scusabile nella scelta della giurisdizione – Legittimazione delle articolazioni locali delle associazioni ambientali – Legittimazione per l’impugnazione di provvedimenti relativi alla tutela della salubrità e conservazione dell’ambiente – Sindacato sulla discrezionalità tecnica.

In tema di impugnazione di atti nella materia di acque pubbliche, l’errata indicazione nel provvedimento impugnato del termine e dell’autorità cui è possibile ricorrere è idonea ad ingenerare un errore scusabile che dà diritto alla rimessione in termini ai sensi dell’art. 37 c.p.a. (1)

Il ricorso dell’articolazione locale di un’associazione ambientale nazionale, riconosciuta ai sensi dell’art. 13 delle L. 8 luglio 1986, n. 349, non è ammissibile, per carenza di legittimazione, quando l’associazione medesima manchi della rappresentatività commisurata al contesto territoriale. (2)

È inammissibile per carenza di legittimazione il ricorso di due soggetti persone fisiche che non forniscano, al di là della mera residenza anagrafica, un principio di prova della specifica lesione che sarebbe inferta alla loro sfera giuridica dagli atti impugnati. (3)

Il giudice nel vagliare la legittimità di una scelta tecnica deve limitarsi a verificarne la logicità e validità scientifica. (4)

* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

1. La decisione del giudice e la peculiarità del caso. – 2. La legittimazione delle associazioni ambientali e le incertezze persistenti. – 3. Suggestioni ed aperture di dottrina e giurisprudenza alla luce del principio di sussidiarietà e della recente disciplina del Terzo settore. – 4. Considerazioni circa il valore del filtro della legittimazione non solo nei giudizi di natura soggettiva.

1. *La decisione del giudice e la peculiarità del caso*

Con la sentenza in commento il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche ha ritenuto inammissibile il ricorso proposto dall'articolazione locale di un'associazione ambientale nazionale, riconosciuta ai sensi dell'art. 13 della Legge 8 luglio 1986, n. 349.

Il giudizio verteva sull'impugnazione degli atti per l'approvazione del progetto definitivo per la realizzazione di opere per la messa in sicurezza del lago d'Idro. Erroneamente, anche a causa della scorretta indicazione presente in calce agli atti amministrativi, i ricorrenti si erano inizialmente rivolti al TAR Brescia, che aveva giustamente declinato la giurisdizione in favore del Tribunale Superiore, competente in primo grado nei giudizi contro i provvedimenti riguardanti opere idrauliche.

Il Tribunale Superiore, vista la riassunzione della controversia, con la sentenza qui in commento ha dichiarato il ricorso inammissibile stante la carenza di legittimazione in capo ai ricorrenti.

Il giudice certo non esclude in via di principio la legittimazione delle articolazioni locali delle associazioni ambientali nazionali e, al contrario, precisa, richiamando l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza, che la legittimazione deve riconoscersi in presenza di tre condizioni: il perseguimento non occasionale di obiettivi di tutela ambientale, l'adeguata rappresentatività e la "vicinanza spaziale della fonte del paventato pregiudizio agli interessi protetti al centro principale dell'attività dell'Associazione".

Nel caso di specie il Tribunale ha ritenuto che, essendo i membri dell'articolazione due soli cittadini, doveva escludersi la sussistenza dei tre ricordati requisiti e, dunque, la legittimazione dell'associazione. Ciò tanto più considerato che la coppia di unici soci – davvero tale, trattandosi di marito e moglie – aveva inoltre impugnato anche in via personale gli atti con il medesimo ricorso.

La soluzione pare condivisibile e permette di formulare alcune riflessioni su di un tema ancora discusso quale quello della legittimazione processuale delle associazioni ambientali, offrendo qualche considerazione anche alla luce di alcuni recenti interventi del legislatore.

2. *La legittimazione delle associazioni ambientali e le incertezze persistenti*

Come noto, con la legge istitutiva del Ministero dell'ambiente sembrava essersi risolto il problema dell'accesso alla giustizia delle associazioni ambientali.

L'art. 18 della L. n. 349 del 1986 attribuisce alle associazioni, individuate secondo i criteri di cui all'art. 13 della stessa legge, la legittimazione a ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti amministrativi pregiudizievoli per l'ambiente¹. Il legislatore ha così inteso assegnare alle associazioni una particolare legittimazione a ricorrere, per la tutela di interessi che altrimenti sarebbero stati privi di una garanzia giurisdizionale².

Tale assetto normativo è rimasto immutato anche dopo l'adozione del d.lgs. n. 152 del 2006, noto come Codice dell'ambiente, che agli artt. 309, comma 2 e 318, comma 2 lett. a) rinvia alle norme ora citate.

All'applicazione pratica, tuttavia, sono state ben presto mosse critiche alla legittimazione attribuita dalla legge, da un lato, in ragione della occasionalità e connotazione molto spesso politica dell'intervento dei soggetti legittimati a tutela degli interessi ambientali³, dall'altro, alla luce del diverso indirizzo nel mentre elaborato dalla giurisprudenza, con la

¹ In particolare, l'art. 13, comma 1, della Legge ora citata prevede che "le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni sono individuate con decreto del Ministero dell'ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsto dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna, previo parere del Consiglio nazionale per l'ambiente da esprimere entro novanta giorni dalla richiesta. Decorso tale termine senza che il parere sia stato espresso, il Ministero dell'ambiente decide". Il successivo art. 18, comma 5, dispone che "le associazioni individuate in base all'articolo 13 della presente legge possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi".

² Così A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Milano 2018, p. 195.

³ A. POLICE, *Il giudice amministrativo e l'ambiente: giurisdizione oggettiva e*

nota Adunanza Plenaria n. 24 del 1979, non del tutto coincidente con quanto normato.

Il Consiglio di Stato, infatti, fondava la giuridicizzazione degli interessi diffusi sulla pertinenza degli interessi a collettività insediate su un territorio geograficamente determinato, fungendo tale localizzazione da fattore di differenziazione.

Come noto, il giudice amministrativo⁴ aveva mutuato tale ultimo requisito da precedenti decisioni in tema di interventi di programmazione urbanistica o di autorizzazione all'apertura di un'attività economica concorrente⁵.

Al criterio di legittimazione legale in capo alle associazioni nazionali riconosciute si è così, nel tempo, aggiunto un diverso criterio di legittimazione di natura giurisprudenziale, atto ad ampliare l'ambito individuato dal legislatore e legato, soprattutto, all'elemento della *vicinitas*⁶ o dello stabile collegamento⁷, che valorizza il rapporto tra organizzazione e territorio in cui si svolge l'attività su cui incide il provvedimento amministrativo censurato.

In particolare, il criterio è stato richiamato per ammettere la legittimazione di associazioni o gruppi ambientali non in grado di soddisfare i canoni individuati dal legislatore nella ricordata L. n. 349 del 1986, in quanto in genere privi del requisito della stabile presenza in non meno di cinque regioni italiane, richiesto ai fini della rappresentatività nazionale dell'associazione.

Con un indirizzo che si è ormai senza dubbio consolidato, il Consiglio di Stato⁸ ha ritenuto che la legittimazione ad impugnare atti am-

soggettiva?, in *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, a cura di D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE, Milano 2006, 297, p. 320.

⁴ Cons. St., Ad. Plen., 19 ottobre 1979, n. 24. Per un'applicazione recente del criterio si veda Cons. St., sez. VI, 23 maggio 2011, n. 3107.

⁵ Cons. St., sez. V, 9 giugno 1970, n. 523, si tratta dell'interpretazione dell'art. 10 legge 6 agosto 1967, n. 765 c.d. legge ponte in materia urbanistica.

⁶ Cons. St., sez. IV 13 luglio 1998, n. 1088.

⁷ F. DEGNI, *Riflessioni sul concetto di "stabile collegamento" quale presupposto per la legittimazione dei soggetti portatori di interessi a carattere commerciale nelle controversie relative a provvedimenti di natura urbanistica ed edilizia*, su www.giustamm.it. Chiaramente in tal senso T.A.R. Veneto, 30 ottobre 2006, n. 3591.

⁸ In questo senso Cons. St., sez. VI, 23 maggio 2011, n. 3107. Nel caso di specie si trattava di ammettere Consorzi di agenzie d'affari in mediazioni turistiche, Comitati

ministrativi incidenti sull'ambiente possa riconoscersi "caso per caso" anche ad associazioni ambientali non nazionali, ma locali (indipendentemente dalla loro natura giuridica), "purché perseguano statutariamente in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale ed abbiano un adeguato grado di rappresentatività e stabilità in un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume leso".

Tuttavia, questo secondo criterio di elaborazione giurisprudenziale, trova una peculiare applicazione nei confronti delle articolazioni locali delle associazioni ambientali nazionali, queste ultime legittimate in base alla Legge del 1986⁹. In particolare, se talora la giurisprudenza ammette la legittimazione anche delle propaggini periferiche, stante il riconoscimento legislativo operato in via generale senza distinzione di livello locale o nazionale, in altre occasioni si sostiene che l'art. 18 della Legge del 1986 investa la sola associazione nazionale e, dunque, escluda le sue ramificazioni territoriali. La questione è facilmente risolvibile, dal punto di vista pratico, ove, seguendo le indicazioni della dottrina¹⁰, le articolazioni locali si ricordino di far rilasciare la procura alle liti dal rappresentante legale nazionale, invece che dal responsabile locale, escludendo così ogni rischio di inammissibilità del ricorso. L'incoerenza della soluzione del giudice amministrativo resta tale, però: da un lato, si riconosce la legittimazione in capo alle associazioni locali insediate su di un territorio limitato, che non siano legate ad associazioni nazionali, mentre le propaggini

di cittadini e Associazioni di operatori balneari in un giudizio avente ad oggetto il procedimento conclusosi con un giudizio positivo di compatibilità ambientale sul progetto per la trasformazione a carbone della centrale termoelettrica di Porto Tolle. In senso conforme già in precedenza, Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2151, sez. V, 2 ottobre 2006, n. 5760 e sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6554, con nota di A. MAESTRONI *Sussidiarietà orizzontale e vicinitas, criteri complementari o alternativi in materia di legittimazione ad agire?*, in *questa Rivista*, 2011, p. 528. Ricostruisce un "duplice sistema di accertamento della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste" il T.A.R. Piemonte, sez. II, nella sentenza del 26 maggio 2008, n. 1217.

⁹ B. DELFINO, *Sulla legittimazione processuale delle articolazioni locali di associazioni ambientaliste riconosciute ex art. 13 L. n. 349/1986*, in *www.giustamm.it*, ricorda i diversi orientamenti del giudice di primo grado e del Consiglio di Stato.

¹⁰ F. GOISIS, *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Diritto processuale amministrativo* 2012, 101, qui p. 117.

di associazioni nazionali, pur attive a livello locale, non sempre si vedono riconoscere l'accesso alla giustizia¹¹.

La sentenza in commento assume, tuttavia, la posizione preferibile, ovvero ragiona quanto alla possibile applicazione dei criteri giurisprudenziali all'associazione locale ricorrente, senza distinguere e dunque senza attribuire alcun rilievo al suo essere o meno articolazione di un'associazione riconosciuta.

L'orientamento del giudice che amplia la legittimazione delle associazioni ambientali al di fuori delle previsioni di legge risulta sostenuto e rafforzato dalla normativa internazionale ed europea. Quanto all'ordinamento internazionale, come noto, la Convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998 (ratificata dall'Italia con la Legge 16 marzo 2001, n. 108 ed approvata con decisione del Consiglio del 17 febbraio 2005, 2005/370/CE) disciplina principalmente l'accesso alle informazioni detenute dalla pubblica amministrazione in materia ambientale e la garanzia della partecipazione, dei cittadini e delle associazioni che soddisfino determinati requisiti, ai processi decisionali, in modo da sortire un controllo sociale sui dati e sulle scelte amministrative¹²; inoltre l'art. 9¹³ impegna gli Stati

¹¹ Si ricordi, ad esempio, la sentenza del T.A.R. Lombardia, sez. IV, 15 dicembre 2008, n. 5786 (pubblicata con nota critica di A. MAESTRONI, *La legittimazione ad agire delle articolazioni territoriali di associazioni individuate ex art. 13 L.349/1986. Un falso problema: il caso Legambiente Lombardia Onlus*, in *questa Rivista*, 2010, p. 601) in cui è stata esclusa la legittimazione di Legambiente Lombardia ad impugnare gli atti relativi all'individuazione del tracciato per l'autostrada Brescia-Milano sul presupposto che l'ente in questione non fosse un'associazione di protezione ambientale di cui all'art. 13 L. n. 346/1989, costituendo, piuttosto, un'articolazione territoriale a base regionale, dunque inadatta a rappresentare interessi ambientali a livello nazionale.

¹² Sul valore che la Convenzione attribuisce alla partecipazione del cittadino e alla condivisione delle scelte amministrative in tema ambientale G. MANFREDI, S. NESPOR, *Ambiente e democrazia: un dibattito*, in *questa Rivista*, 2010, p. 293, con alcune riflessioni quanto al rischio che la democrazia partecipativa si traduca nel governo di una *élite* e alla incapacità degli strumenti previsti nel Codice dell'ambiente di realizzare un vero dialogo tra amministrazione e cittadino. Sul sistema organizzativo preposto alla tutela dell'ambiente e sulla distribuzione delle competenze F. DE LEONARDIS, *Le organizzazioni ambientali come paradigma delle strutture a rete*, in *Foro amministrativo CDS* 2006, p. 273. Infine approfondisce il ruolo della partecipazione E. FASOLI, *Associazioni ambientaliste e procedimento amministrativo in Italia alla luce degli obblighi della Convenzione UNECE di Aarhus del 1998*, in *questa Rivista*, 2012, p. 331.

¹³ L'art. 9 della Convenzione dispone che «2. ... ciascuna Parte provvede affinché i membri del pubblico interessato: a) che vantino un interesse sufficiente o in alternativa

contraenti a consentire l'accesso alla giustizia¹⁴. Le disposizioni sull'accesso alla giustizia sono state in parte riprese nell'ordinamento europeo dapprima dalla dir. 2003/35/CE, in tema di attività con impatto ambientale, al dichiarato scopo di contribuire all'attuazione degli obblighi derivanti da Aarhus. Con la successiva adozione del Regolamento (CE) n. 1367/2006 (c.d. Regolamento Aarhus) la Convenzione è divenuta vincolante non più per i soli Stati membri, ma anche nei confronti degli organi e delle istituzioni europee¹⁵.

b) che facciano valere la violazione di un diritto, nei casi in cui il diritto processuale amministrativo di detta Parte esiga tale presupposto abbiano accesso a una procedura di ricorso dinanzi a un organo giurisdizionale e/o ad un altro organo indipendente ed imparziale istituito dalla legge, per contestare la legittimità sostanziale o procedurale di decisioni, atti od omissioni soggetti alle disposizioni dell'articolo 6 e, nei casi previsti dal diritto nazionale e fatto salvo il paragrafo 3, ad altre pertinenti disposizioni della presente convenzione. 3. Ciascuna parte provvede affinché i membri del pubblico che soddisfino i criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale possano promuovere procedimenti di natura amministrativa o giurisdizionale per impugnare gli atti o contestare le omissioni dei privati o delle pubbliche autorità compiuti in violazione del diritto ambientale nazionale». Diversamente M. MAGRI, *Esiste un "terzo pilastro" della Convenzione di Aarhus?*, in *Quaderni costituzionali* 2012, p. 444, ritiene che persino l'assunto che il diritto ambientale dell'Unione non prenda posizione verso l'*actio popularis* o sia tendenzialmente contrario a tale istituto dovrebbe farsi più sospettoso e prudente ... in materia ambientale non esistono interessi dei singoli che non possano accedere alla giustizia, tranne quelli che non introducano genuinamente una controversia.

¹⁴ Tale Convenzione prevede, inoltre, un sistema di controllo del rispetto delle disposizioni con l'istituzione di un *Compliance Committee* (in merito M. MACCHIA, *La compliance al diritto amministrativo globale: il sistema di controllo della Convenzione di Aarhus*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, p. 639). Da ultimo tale comitato nel documento "*Draft findings and recommendations of the Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2008/32 concerning compliance by the European Union*", del 14 marzo 2011, ha ritenuto non soddisfacente rispetto alle previsioni della Convenzione l'accesso garantito presso le Corti europee, che, così come esistente, richiede un intervento di compensazione, ad esempio con la previsione di mezzi di riesame amministrativo.

¹⁵ Con il recepimento della Convenzione di Aarhus l'Unione Europea avrebbe individuato la necessità di garantire elevati standards di tutela degli interessi ambientali, anche in termini di accesso alla giustizia per le associazioni. Si ricordi che la stessa Corte di Giustizia ha precisato che la conformazione soggettivistica della giustizia amministrativa di uno Stato membro, nella specie la Germania, non può andare a discapito della legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali. Si tratta della decisione Corte Giust., 12 maggio 2011, causa C-115/09, con un commento critico di E.J. LOHSE, *Surprise? Surprise! – Case C-115/09 (Kohlekraftwerk Lunen) A Victory*

La lettura della disposizione del diritto internazionale ed europeo in tema di accesso alla giustizia deve, tuttavia, svilupparsi nel contesto della disciplina sistematica in cui si colloca, ovvero della Convenzione. Ivi la tutela degli interessi ambientali è assicurata attraverso un modello integrato di accesso alle informazioni, partecipazione al procedimento e, infine, strumenti processuali o giuziziali affinché le disposizioni non risultino solo di principio. Non si condivide, dunque, l'enfasi eccessiva talora attribuita da giurisprudenza e dottrina al par. 3 dell'art. 9, alla stregua del quale sarebbe stata introdotta una sorta di azione popolare in tutti gli ordinamenti degli Stati Membri e della stessa Unione. Se tale posizione è comprensibile quando assunta dal *Committee* di Aarhus – in quanto istituito dalla stessa Convenzione per verificarne l'attuazione e, dunque, in qualche modo in una posizione parziale – il tentativo di trarre

of the Environment and a Loss for Procedural Autonomy of the Member States?, in *Public Law Rev.*, 2013, e con toni più favorevoli di F. GOISIS, *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione Europea*, cit., p. 91. Da ultimo la Corte è tornata ad occuparsi del tema nella recente pronuncia della Corte dell'8 novembre 2016, C-243/15, in cui ha ritenuto non conforme all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali e all'art. 9 della Convenzione di Aarhus il diritto slovacco laddove non si prevedeva la sospensione del procedimento per l'autorizzazione alla costruzione di opere in un sito protetto in base alla dir. 92/43 in attesa della sentenza quanto alla legittimità del diniego di partecipazione a tale procedimento di un'associazione ambientale che ne avesse fatto richiesta. Ritengono, sotto taluni aspetti, la disciplina italiana non conforme alla Convenzione di Aarhus R. LEONARDI, *La legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste: alcune questioni ancora giurisprudenziali*, in *Rivista giuridica edilizia*, 2011, p. 3 e G. TULUMELLO, *Access to Justice from the point of view of a judge*, sul sito www.giustizia-amministrativa.it. Deve tuttavia notarsi che la Corte ragiona ben diversamente quando chiamata a conoscere della conformità del diritto processuale europeo alla Convenzione, ritenendo necessaria ai fini della legittimazione l'esistenza di una posizione differenziata in capo all'associazione ricorrente (nella causa C-321/95, *P.- Greenpeace and Others v. Commission*). In merito, M. ELIANTONIO, *Towards an even dirtier Europe? The restrictive standing of environmental NGOs before the European Courts and the Aarhus convention*, in *Common Market Law Review*, 49, 2012, p. 767; ugualmente critico lo scritto di N. DE SADELEER e C. PONCELET, *Protection Against Acts Harmful to Human Health and the Environment Adopted by the EU Institutions*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, p. 177. Per una critica sistematica all'atteggiamento della Corte di giustizia che finisce per essere causa di "discriminazione rovesciata" e un richiamo al rispetto dei criteri dell'equivalenza e dell'effettività da parte della Corte si rinvia a G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 2008, p. 505.

da una disposizione di principio e generale implicazioni così rilevanti sui sistemi nazionali pare, come meglio si tenterà di precisare anche nel proseguo, una forzatura.

Sempre nell'ottica di consentire ampio accesso alla giustizia, la legittimazione delle associazioni ambientali, inoltre, è in modo via via più frequente riconosciuta anche laddove l'impugnazione riguardi atti con finalità urbanistica-edilizia, poiché "la materia ambientale per le peculiari caratteristiche del bene protetto si atteggia in modo particolare: la tutela dell'ambiente, infatti, lungi dal costituire un autonomo settore d'intervento dei pubblici poteri, assume il ruolo unificante e finalizzante di distinte tutele giuridiche predisposte a favore dei diversi beni della vita che nell'ambiente si collocano, assumendo un carattere per così dire trasversale..."¹⁶.

Talora la giurisprudenza affianca al criterio della *vicinitas*, quasi a corroborarlo, quello della precedente partecipazione al procedimento amministrativo, ma la dottrina¹⁷ ha ormai chiarito che legittimazione processuale e procedimentale appaiono riconducibili a differenti presupposti, nient'affatto sovrapponibili, sicché la prima non può farsi derivare dalla seconda, se non per affermare la violazione proprio della disciplina della partecipazione.

Sempre muovendosi in applicazione del criterio della *vicinitas* la giu-

¹⁶ Cons. St., sez. IV, 11 novembre 2011, n. 5986, in relazione all'impugnazione di un piano cave. In tal senso anche la già ricordata decisione del Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2006, n. 5760. Da ultimo Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2015, n. 839, precisa che la legittimazione delle associazioni ambientaliste di livello nazionale ad impugnare atti amministrativi in materia ambientale, che deriva direttamente dalla legge come si evince dal combinato disposto degli artt. 18, comma 5 e 13 della L. n. 349 del 1986, previa iscrizione nell'apposito elenco ministeriale, è stata progressivamente considerata valevole anche in relazione ad atti non solo espressamente inerenti alla materia ambientale, quanto pure per quelli che incidono più in generale sulla qualità della vita in un dato territorio. Si noti, però, che in altre occasioni, invece, il giudice nega la legittimazione proprio in ragione della valenza non strettamente ambientale degli atti impugnati. In tal senso ad esempio Cons. St., sez. V, 10 marzo 1998, n. 278 o, di recente, Cons. St., sez. IV, 13 novembre 2012, n. 5715.

¹⁷ R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1992, p. 184. Sul tema si veda anche M. C. ROMANO, *Interessi diffusi e intervento nel procedimento amministrativo*, in *Foro amministrativo CdS*, 2012, p. 1691 e, più in generale, F. GAFFURI, *Contributo allo studio del rapporto procedimentale*, Milano, 2012.

risprudenza¹⁸ invoca, in altri casi, il principio di sussidiarietà¹⁹ per riconoscere, accanto a quella delle associazioni, la legittimazione dell'ente locale²⁰ o anche del singolo individuo, derivando la legittimazione da un auspicato sviluppo democratico della società civile anche a prescindere da ogni presupposto di entificazione.

Tale opzione, in questo ultimo periodo fatta propria anche dalla dottrina, suscita talune perplessità, posto che il principio assume pregnanza con riguardo all'attività amministrativa e dunque agli interessi ambientali in quanto interessi pubblici, tutelati dal legislatore con il meccanismo della garanzia della partecipazione degli enti locali ai procedimenti con impatto sul territorio cui sono preposti. Occorre, pertanto, ragionare con maggior attenzione sul tema, anche alla luce degli interventi recenti del legislatore che ha disciplinato le attività del c.d. terzo settore²¹.

¹⁸ Da ultimo in tal senso Cons. St., sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6554, pubblicata con il commento di A. MAESTRONI, *Sussidiarietà orizzontale e vicinitas, criteri complementari o alternativi in materia di legittimazione ad agire? in questa Rivista*, 2011, p. 528. Nello stesso senso T.A.R. Liguria, sez. I, 27 ottobre 2006, n. 3587.

¹⁹ Sul valore del principio di sussidiarietà nella tutela degli interessi ambientali P. DURET, *Riflessioni sulla legitimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2008, p. 688.

²⁰ Si tratta di una questione quanto mai attuale, viste alcune recenti pronunce del giudice amministrativo. Si ricordino T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 21 marzo 2018, n. 682, che richiama Cons. St., sez. V, 31 maggio 2012, n. 3254, in tema di autorizzazione integrata ambientale ad un impianto per il trattamento di rifiuti, Cons. St., sez. III, 19 settembre 2018, n. 5459, in relazione alla chiusura di un presidio ospedaliero, Cons. St., sez. IV, 31 agosto 2010, n. 5898, in tema di pedaggi autostradali. In merito commentata da L.R. PERFETTI e C. CLINI, *Class action, interessi diffusi e legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, p. 1443, I.E. NINO, *La legittimazione ad agire degli enti territoriali a difesa degli interessi meta-individuali dei cittadini residenti*, pubblicato su www.giustamm.it. Il tema già in passato è stato oggetto di lavori monografici tra cui A. ANGIULI, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale: le azioni comunali e surrogatorie*, Napoli, 1986.

²¹ Espressione con cui, come noto, ci si riferisce all'attività di enti di natura privata volta alla produzione di beni e servizi di destinazione pubblica o collettiva. Per una ricostruzione si rinvia a E. ROSSI, S. ZAMAGNI, *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Bologna, 2011 e M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, 2009.

3. *Suggerimenti ed aperture di dottrina e giurisprudenza alla luce del principio di sussidiarietà e della recente disciplina del Terzo settore*

L'emersione dell'interesse alla tutela dell'ambiente quale interesse diffuso esprime, almeno in parte, la ritenuta incapacità dell'amministrazione, soprattutto quando essa cura interessi generali, di offrire la giusta considerazione e valorizzare tale pretesa.

Certo esistono moltissime amministrazioni che curano, esclusivamente, ma non solo, l'interesse della tutela dell'ambiente, che deve perciò dirsi anche interesse pubblico. Nulla esclude, però, che associazioni o gruppi di privati si organizzino per curare quel medesimo interesse; e ciò è accaduto ed accade con maggior frequenza quando tali soggetti non ritengano adeguato e conveniente l'operare dell'amministrazione.

La dottrina²² ha, pertanto, proposto di ricollegare la legittimazione processuale delle associazioni ambientali al principio di sussidiarietà orizzontale, sancito all'art. 118 della Costituzione.

Posto che tale principio intende valorizzare l'azione dei cittadini che curano gli interessi generali, il processo "...ispirato al principio di sussidiarietà orizzontale, deve saper garantire la continuità del confronto di interessi e relazioni che il principio esprime per natura, sapendo aprirsi a dinamiche conflittuali che superano i confini tradizionali dell'interesse legittimo o che sappiano quanto meno rinnovarli"²³.

In questo senso la sussidiarietà orizzontale aprirebbe a prospettive nuove, utili a colmare i limiti di un'impostazione soggettiva che si dimostri troppo rigida di fronte al mutare della realtà sociale e dell'ordinamento. Così di recente si è ricostruita una posizione legittimante di "interesse comune", quale interesse di natura sostanziale facente capo a

²² Da ultimo in questo senso F. GIGLIONI, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, p. 413, con ampi e precisi richiami alla letteratura in merito, cui senz'altro si rinvia. Qui si ricordino, tra i tanti, P. DURET, *Riflessioni sulla legitimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, cit., p. 688 ss. e R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008, in particolare p. 84 ss. Per un'ampia rassegna giurisprudenziale A. MAESTRONI, *Associazioni ambientaliste e interessi diffusi*, in *Codice dell'ambiente*, a cura di S. NESPOR A. L. DE CESARIS, Codice dell'ambiente, Milano 2009, p. 435 ss.

²³ Così F. GIGLIONI, *op. ult. cit.*, p. 447.

singoli cittadini, individualmente o pluristicamente considerati, cui dovrebbe consentirsi l'accesso al giudizio, anche a prescindere dall'assunzione di una veste formale di gruppo entificato²⁴.

Tuttavia, non può non osservarsi che il principio di sussidiarietà si colloca nell'ambito dell'attività di cura di interesse generali da parte di privati e dei limiti che alla stessa possono derivare a seguito dell'esercizio di poteri pubblici.

In particolare, giurisprudenza²⁵ e dottrina²⁶ richiamano, sovente, un parere in cui il Consiglio di Stato, nell'esercizio dei suoi poteri consultivi²⁷, ha osservato che l'ultimo comma dell'art. 118 Cost. con il principio di sussidiarietà orizzontale “sancisce e conclude un percorso di autonomia non più collegato al fenomeno dell'entificazione, ma correlato più semplicemente alla società civile e al suo sviluppo democratico a livello quasi sempre volontario”.

Nello stesso parere, tuttavia, la sezione precisa che tale principio riguarda “attività di interesse generale poste in essere da soggetti comunitari in un contesto diverso da quello dello svolgimento dei pubblici poteri”: dunque, la sussidiarietà non è un modo per esternalizzare funzioni pubbliche, ma semmai è un principio utile a spingere ad una collaborazione attiva tra pubblico e privato, affinché le diverse formazioni sociali presenti sul territorio, che spontaneamente mettono a disposizione della collettività attività da cui le stesse traggono beneficio, non siano ostacolate, ma semmai favorite, in virtù del ritorno nel benessere comune, cui sempre deve mirare l'azione dello Stato in tutti i suoi livelli.

La stessa collocazione nel testo costituzionale del principio di sussidiarietà indica la sua attinenza alla distribuzione delle attività di interesse generale, che non debbono considerarsi di per sé riservate al po-

²⁴ Ci si riferisce al volume di S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, in particolare p. 282 ss. Nel senso del recupero della dimensione individuale anche C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2012, in particolare, a p.130 e ss. e, da ultimo, C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo (quando la crina deve adeguarsi al cammello)*, in *Diritto pubblico*, 2019, p. 393.

²⁵ Come si legge in Cons. St., sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5760.

²⁶ Ad esempio, S. NESPOR, *La legittimazione ad agire delle associazioni ambientali: questioni nuove e vecchie*, in *questa Rivista*, 2005, p. 140.

²⁷ Cons. St., sez. consultiva per gli atti normativi, 25 novembre 2003, n. 1440/2003.

tere pubblico. E, pertanto, nel momento in cui il privato sceglie di non intervenire ovvero lo Stato ritiene corretto affidare all'amministrazione il perseguimento dell'interesse, affermare che la sussidiarietà diventi un modo per permettere a quel privato, singolo o associato, di utilizzare lo strumento processuale per contestare la scelta dell'amministrazione sembra voler far dire al principio più di quanto esso significhi.

Senza altro in favore della collaborazione dell'amministrazione con i privati si esprime anche la recente L. 6 giugno 2016, n. 106, che contiene la delega all'adozione del Codice del Terzo settore, adottato con il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117²⁸.

La nuova disciplina del Terzo Settore conferisce piena attuazione all'art. 118, ultimo comma, della Costituzione e, dunque, al principio di sussidiarietà. Come è stato precisato²⁹, la normativa che promuove il coinvolgimento dei cittadini, singoli od associati, nella realizzazione di azioni interesse generale per la tutela dell'ambiente e dei beni culturali, nonché in materia sociale e sanitaria, può rendere possibile anche un rilancio economico all'interno dei territori nei quali tale coinvolgimento avviene, con risultati favorevoli anche sotto il profilo sociale e politico.

Le disposizioni contenute nella Legge delega e nel successivo decreto attuativo, tuttavia, non si riferiscono alla legittimazione processuale delle associazioni che perseguono interessi generali, curati anche dall'ammini-

²⁸ I principali obiettivi perseguiti attraverso l'esercizio della delega sono: definire gli enti del Terzo settore nelle loro forme tipiche e atipiche; armonizzare la disciplina applicabile (soprattutto fiscale); configurare la struttura del Registro Unico Nazionale, con le relative condizioni di accesso e permanenza; introdurre meccanismi di trasparenza, pubblicità e *accountability*, oltre che un sistema di controlli e vigilanza. In particolare, l'art. 1 precisa che la riforma intende "sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione". Per un commento L. GORI, E. ROSSI, *La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2016, 3; S. BENVENUTI, S. MARTINI, *La crisi del welfare pubblico e il "nuovo" Terzo settore: la via tracciata dalla legge delega n.106/2016*, *ivi*, n. 2/2017; M. CAMPEDELLI, *La riforma del Terzo settore*, in *Pol. Soc.*, 2016, 503, *Pubblica amministrazione e terzo settore*, a cura di S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI, Napoli, 2019.

²⁹ Da F. CAPELLI, *Come governare l'ambiente e il territorio*, in *questa Rivista*, 2017, p. 5.

strazione in quanto considerati pubblici dal legislatore, ma semplicemente riconoscono la concorrenza tra l'azione dei soggetti pubblici e privati al fine del benessere comune. Il Codice del Terzo settore, infatti, individua momenti di collaborazione, di dialogo, di co-progettazione affinché si creino sinergie positive tra l'azione dei privati e gli interessi che l'amministrazione ha in cura. Ricavare da tali disposizioni la legittimazione ad impugnare le scelte compiute dall'amministrazione nella ponderazione di interessi, semplicemente perché tra tali interessi figurano quelli perseguiti dalle formazioni del Terzo settore, significherebbe porsi in aperto contrasto con la *ratio* di un intervento legislativo che mira a costruire collaborazione e sostegno tra pubblico e privato e non, invece, ad alimentare la conflittualità o a creare nuove sedi per contestare l'azione amministrativa.

Del resto, come già è stato precisato³⁰, anche la legittimazione conferita dalla legge alle associazioni ambientali non intende attribuire alle stesse un compito di rilievo pubblicistico, affinché attraverso interventi a tutela di interessi ambientali esse concorrano alla concreta affermazione del principio di legalità, assumendo quasi la veste di denunciante di abusi o pregiudizi. Le associazioni non sono titolari di un generale potere di vigilanza sulle vicende che riguardino o compromettano l'ambiente, la natura o il paesaggio³¹. Lo stesso giudice amministrativo precisa³² che

³⁰ Cfr. M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2013, p. 734.

³¹ Ugualmente non si condivide l'atteggiamento del giudice amministrativo che in tema di associazioni a tutela dei consumatori e degli utenti (nella sentenza Cons. St., Ad. Plen., 11 gennaio 2007, n. 1, nonché in Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 2005, n. 280, ivi richiamata), pur escludendo che le associazioni siano litisconsorti necessari nel caso di azioni aventi ad oggetto atti o provvedimenti amministrativi recanti disposizioni in ipotesi favorevoli ai consumatori e agli utenti e negando l'ammissibilità dell'appello promosso da un'associazione che non ha partecipato al giudizio di primo grado, sembra riconoscere loro una funzione di tutela al fine di contribuire a correggere o eliminare effetti dannosi e di vigilanza su condotte o attività potenzialmente lesive di consumatori o utenti. Criticamente in commento alla Adunanza Plenaria (che riguardava una delibera dell'AEEG sul meccanismo di indicizzazione delle tariffe per la fornitura del gas naturale ai clienti finali del mercato vincolato) G. BACOSI, *Ad. Plen. n.1 del 2007. Gli interessi diffusi trasfigurano in interessi collettivi ... o in interessi pubblici...*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³² Nella sentenza del Cons. St., sez. IV, 13 novembre 2012, n. 5715, ove, in base a

restano “invalicabili” i limiti “segnati dalla natura del giudizio amministrativo come processo di parti”, sicché le associazioni ambientali, qualificandosi come parti private, “sono legittimate a ricorrere e resistere nei limiti della diretta correlazione tra le illegittimità denunciate e gli interessi dalle medesime tutelate”³³.

In proposito è importante ricordare che solo quando gli interessi ambientali siano pure interessi pubblici, la legge generale sul procedimento ne assicura la ponderazione, valorizzando la necessità dell’acquisizione dei pareri e valutazioni in merito. Quando, invece, l’interesse ambientale resta interesse diffuso, (in quanto manca una norma che attribuisca all’amministrazione funzionalizzato alla tutela dell’ambiente), allora esso trova comunque ingresso nel procedimento, ma nulla garantisce circa il grado di considerazione ricevuto dall’amministrazione. Esso resta affidato alle regole del buon esercizio del potere e della discrezionalità amministrativa e, dunque, al successivo vaglio giurisdizionale quanto al rispetto di quelle stesse regole, altrimenti prive di valore alcuno.

Non può che accogliersi con favore il valore che alla ponderazione degli interessi ambientali attribuisce l’art. 3^{quater} del Codice dell’ambiente, quasi a generalizzare la promozione di tali interessi in capo a tutti i soggetti pubblici che ne vengano a contatto³⁴.

La cura dell’ambiente è compito dell’amministrazione³⁵, spettando al giudice solo l’aspetto patologico, quando e nei limiti in cui esistano situazioni giuridiche da tutelare: né è opportuno e conveniente che il giudice si trasformi in amministratore e gestore dell’ambiente, compositore di interessi in ordine ad esso, sia perché non è strutturalmente attrezzato per

tale motivazione, si nega la legittimazione di Italia Nostra all’impugnazione di alcune NTA del PRG del Comune di Pavia e delle deliberazioni del Piano Attuativo.

³³ Come ricorda il Cons. St. citando il Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 16 ottobre 2012, n. 933.

³⁴ Sul valore dell’art. 3^{quater} del Codice dell’ambiente si rinvia a F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 433, in particolare p. 448 ss.

³⁵ In merito F. FRACCHIA (“*Codification*” and the Environment, in *Italian Journal of Public Law*, 2009, p. 1) sottolinea il valore che alla tutela dell’ambiente si attribuisce nel d.lgs. n.152 del 2006 e ne ricava una nuova prospettiva in cui si ragiona nel senso di doveri di rispetto degli interessi ambientali, piuttosto che di diritti in capo ai singoli. In senso analogo *The Legal Definition of Environment: From Right to Duties*, in *ICFAI Journal of Environmental Law (IJEL)*, 2006, p. 17.

farlo, sia perché è indispensabile che sussistano entrambi, ma separati, i ruoli del gestore e del controllore³⁶.

4. *Considerazioni circa il valore del filtro della legittimazione non solo nei giudizi di natura soggettiva*

Il riferimento ai limiti alla legittimazione non va inteso con accezione negativa, ma al contrario esso connota la tutela giurisdizionale nella sua dimensione costituzionale. In particolare, la nostra Costituzione assicura all'art. 24 il diritto ad agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, sicché la regola generale nei codici processuali è che la legittimazione sia riconosciuta laddove esista una situazione giuridicamente rilevante.

Talora, come in relazione alle associazioni ambientali nazionali, il legislatore può intervenire per semplificare la decisione del giudice, offrendo un parametro chiaro in presenza del quale non occorra interrogarsi sull'esistenza di disposizioni sostanziali in grado di offrire rilevanza giuridica alla posizione controversa.

L'emersione della pressante necessità di intervenire in favore della tutela dell'ambiente a livello globale richiede in ogni caso il rispetto delle regole che l'ordinamento giuridico indica nei diversi ambiti in cui si articola lo Stato: la sottoposizione del giudice alla legalità costituzionale pretende che la tutela delle situazioni giuridiche nel processo non sconfini nella violazione dei limiti della disciplina processuale³⁷.

Già Alberto Romano³⁸ avvertiva che la scelta di ampliare la legittima-

³⁶ Così già indicava F. G. SCOCA, *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, in *Diritto societario*, 1988, p. 655. Per una riflessione su come le attuali aperture giurisprudenziali in tema di legittimazione finiscano per influire sulla distribuzione dei ruoli nell'ordinamento cfr. M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in merito alla legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2020 e a cura di M. MACCHIA, *Quando lo Stato fa causa allo Stato, La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, Napoli 2019.

³⁷ Come è stato attentamente precisato da M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2013, p. 100.

³⁸ *Interessi "individuali" e tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Foro it.*, 1972, III, col. 269.

zione agli interessi diffusi avrebbe comportato, di fatto, un ripensamento della struttura e dell'utilità che deriva all'esercizio della funzione giurisdizionale nel processo amministrativo, pur senza stravolgerlo. Le norme costituzionali sono state formulate in una funzione garantistica: il costituente ha voluto che ai titolari degli interessi legittimi, comunque questa nozione venga delineata, fosse garantita la possibilità di adire il giudice amministrativo. Ma, come tutte le norme di garanzia, esse impongono un minimo, non precludono un di più.

Senz'altro il legislatore può intervenire per ampliare la legittimazione, riconoscendone la sussistenza anche in mancanza di situazioni giuridiche differenziate, e ciò non implica necessariamente una trasformazione della connotazione soggettiva del processo³⁹.

Tuttavia, proprio perché la regola generale espressa nella Costituzione e nel Codice del processo amministrativo (cui rimanda la disciplina del giudizio di fronte al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, autore della sentenza in commento) è quella della legittimazione ove sussista una lesione ad una situazione giuridicamente rilevante e la giurisdizione è costruita come forma di tutela per la tale lesione e non come controllo generalizzato dell'agire dell'amministrazione, occorre che vi sia una espressa disposizione che indichi una presa di coscienza del legislatore della diversa connotazione che il processo finirebbe per assumere.

Sempre attuale è allora l'osservazione che sia "... da evitare che vengano definiti soltanto genericamente o in modo impreciso i fattori legittimanti, con la conseguenza inopportuna di dilatare la discrezionalità del giudice nella valutazione di tali fattori: si pensi alla valutazione del grado di rappresentatività dell'organismo o della serietà dei suoi scopi o ancora della sua capacità difensiva. Tutti questi elementi devono essere ancorati a criteri di valutazione per quanto possibile rigidi e indisponibili da parte del giudice; se ciò non fosse possibile sarebbe forse meglio individuare con provvedimento formale gli organismi aventi legittimazione"⁴⁰.

³⁹ Come ha precisato V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, p. 341 ss. Da ultimo alcune riflessioni in merito offre L. BELVISO, *La legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti: un ritorno all'oggettività del giudizio amministrativo?*, in *Rivista della regolazione dei mercati* n. 2/2019.

⁴⁰ F. G. COCA, *Tutela dell'ambiente*, cit., p. 507-508.

Come è stato già precisato⁴¹, anche da un punto di vista non strettamente giuridico, appare certamente inefficiente la soluzione di individuare nel contenzioso giurisdizionale il momento cui affidare il controllo sulle scelte che coinvolgono interessi ambientali, posto che quelle stesse scelte riguardano al contempo attività produttive – ciò tanto più se, seguendo alcune delle impostazioni in precedenza ricordate, la legittimazione all'azione fosse generalizzata in capo al cittadino o all'ente territoriale. L'instabilità dei provvedimenti, spesso ottenuti a seguito di procedimenti che nel diritto ambientale sono in genere lunghi e complessi, sarebbe fonte di incertezza negli operatori, così riducendo i possibili investimenti nel mercato, senz'altro indispensabili per superare l'attuale fase di stallo economico. La sede più opportuna per la tutela degli interessi ambientali non è quella successiva del ricorso al giudice, quanto quella antecedente del procedimento e gli ulteriori sforzi del legislatore devono concentrarsi al fine di quanto più valorizzare il coinvolgimento delle associazioni e dei cittadini in tale ambito⁴².

L'orientamento qui espresso trova conferma anche nella recentissima revisione delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, avvenuta proprio nel gennaio di quest'anno.

In particolare, tra le novità introdotte figura la possibilità per le formazioni sociali senza scopo di lucro e per i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, di presentare un'opinione scritta, come prevede il nuovo art. 4 bis.

Queste formazioni qualificate "*amici curiae*" dalla rubrica dell'art. 4

⁴¹ Cfr. M. DELSIGNORE *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, cit.

⁴² Non si vuole alludere ad una partecipazione collaborativa, i cui difetti e limiti sono stati messi in luce da tempo proprio nel sistema e dalla dottrina statunitense, ma ad una partecipazione utile ad evidenziare gli eventuali conflitti, così da risolverli attraverso l'efficiente azione amministrativa e politica in un procedimento che davvero operi una composizione di interessi, evitando il successivo giudizio. Secondo l'insegnamento di M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile* 1980, p. 225, in particolare p. 233 ss., infatti, la partecipazione incondizionata degli interessi diffusi equivale "alla prevalenza definitiva della società sullo stato e quindi alla morte di questo", sicché occorre censire le legittimazioni procedurali materia per materia, settore per settore, "saggiandosi ad ogni momento la compatibilità della penetrazione con la solidità delle strutture".

bis non sono legittimate ad adire la Corte. La disposizione indica, anzitutto, che saranno ammesse solo quelle opinioni “che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità” e, soprattutto, precisa che le formazioni sociali e i soggetti istituzionali le cui opinioni siano state ammesse “non assumono qualità di parte nel giudizio costituzionale, non possono ottenere copia degli atti e non partecipano all’udienza”.

Dunque, anche nel giudizio di costituzionalità della norma, la legittimazione delle parti conosce un vaglio attento e la recentissima apertura esclude espressamente che dall’ammissione al giudizio a mezzo del deposito di un’opinione scritta possa conseguire l’assunzione a parte del giudizio medesimo.

Abstract

*Excusable error when choosing jurisdiction
Standing for environmental local groups - Standing in environmental issues
Judicial review of technique administrative decisions.*

Standing for environmental groups is an unsolved question. The comment depicts the existing legal framework, considering recent legislative measures

Gli effetti del cambiamento climatico su Kiribati di fronte al Comitato dei Diritti Umani

TULLIO SCOVAZZI

Il Comitato dei Diritti Umani, istituito con il Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 1966)¹, può, tra l'altro, esaminare comunicazioni di individui che ritengono di avere subito ad opera di uno Stato parte una violazione dei diritti loro garantiti dal Patto². Il Comitato è composto di diciotto membri che operano a titolo personale. Se la domanda è ammissibile, alla fine della procedura, il Comitato esprime le sue constatazioni in proposito (*constatations* nel testo ufficiale francese, *views* in quello inglese, *observaciones* in quello spagnolo). La varietà terminologica non è sufficiente per cambiare la sostanza delle cose, vale a dire il dato di fatto che lo strumento adottato dal Comitato non ha carattere vincolante, per quanto autorevole esso sia.

Nelle constatazioni espresse il 24 ottobre 2019³, il Comitato ha avuto modo di trattare del cambiamento climatico, con particolare riguardo alla situazione di Kiribati, uno Stato-arcipelago situato nell'Oceano Pacifico e composto di numerosi atolli, per 811 km² complessivi e circa 110.000 abitanti⁴. È noto che il cambiamento climatico, con il conseguente innalzamento progressivo delle temperature e del livello dei mari, minaccia particolarmente le piccole isole, che rischiano di essere colpite da fenomeni naturali negativi (aumento della salinità delle fonti di acqua potabile, uragani, maree) fino alla conseguenza estrema della progressiva sommersione e scomparsa finale del territorio insulare⁵.

¹ Il Patto è un trattato, oggi in vigore per 173 Stati.

² Il diritto di ricorso individuale è riconosciuto da un Protocollo facoltativo al Patto, che è oggi in vigore per 116 Stati.

³ Sulle quali v. il contributo di Citroni, in questo numero della *Rivista*, p. 20.

⁴ Kiribati è un'ex-colonia britannica (con il nome di Isole Gilbert), indipendente dal 1979.

⁵ Cfr. S. NESPOR, *Quando mitigazione e adattamento non bastano: i danni derivanti dal*

Le constatazioni di seguito riprodotte sono state espresse dal Comitato a seguito di una comunicazione presentata da Ioane Teitiota, un cittadino di Kiribati che aveva cercato asilo⁶, con la sua famiglia, in Nuova Zelanda e che, alla scadenza del permesso di soggiorno, era stato da questa espulso e rinviato indietro. Il ricorrente lamentava la lesione del diritto alla vita, tutelato dall'art. 6, par. 1, del Patto⁷, che la Nuova Zelanda avrebbe messo a rischio costringendolo a tornare nel suo paese.

Molto preoccupante è la descrizione della situazione di grave degrado ambientale e sociale che si sta manifestando in un paese che nel giro di 10 o 15 anni potrebbe divenire inabitabile a seguito del cambiamento climatico, descrizione che il Comitato riprende dalle decisioni degli organi giudiziari neozelandesi che hanno esaminato i vari ricorsi interni presentati da Teitiota.

Non serve, a vantaggio della causa di Teitiota, che il Comitato ricordi, sia pure fuggevolmente, che la nozione di diritto alla vita possa essere intesa, tramite un'interpretazione estensiva come diritto dell'individuo di vivere una vita degna e che il degrado ambientale e lo sviluppo insostenibile siano minacce serie e pressanti alla capacità delle presenti e future generazioni di godere del diritto alla vita⁸.

In linea di principio, ha una certa importanza che il Comitato ammetta che gli effetti del cambiamento climatico potrebbero in futuro determinare violazioni dei diritti umani alla vita e a non subire trattamenti disumani o degradanti, tutelati dagli art. 6 e 7⁹ del Patto¹⁰. Ma, secondo il Comitato, una simile ipotesi non rileva nel caso concreto, anche perché nell'arco di 10-15 anni Kiribati potrebbe, con l'assistenza della comunità internazionale prendere misure per proteggere la propria popolazione dai rischi del cambiamento climatico e, se necessario, per ricollocarla altrove.

cambiamento climatico, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2018, p. 449; F. FRANCESCHELLI, *L'impatto dei cambiamenti climatici nel diritto internazionale*, Napoli, 2019.

⁶ Si noti che, in base alla Convenzione sullo statuto dei rifugiati (Ginevra, 1951), il divieto di respingimento non è previsto nel caso in cui la persona respinta corra rischi derivanti dal degrado ambientale: "No Contracting State shall expel or return ('refouler') a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion" (Art. 33, par. 1).

⁷ "Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life".

⁸ Cfr. il par. 9.4 delle constatazioni.

⁹ "No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. (...)".

¹⁰ Cfr. il par. 9.11 delle constatazioni.

Alla fine, il Comitato si limita a constatare che non vi erano segni di arbitrarietà, errori o ingiustizie nel modo in cui le autorità neozelandesi avevano considerato le domande di Teitiotia ed erano pervenute alla conclusione che non vi erano fondati motivi per ritenere che egli avrebbe corso un rischio reale di danno personale e irreparabile alla propria vita a seguito dell'espulsione verso Kiribati¹¹.

¹¹ Alle constatazioni sono allegate le opinioni individuali dissenzienti dei membri Sancin e Muhumuza.

Comitato dei Diritti Umani

Constatazioni del 24 ottobre 2019
sul caso *Teitiota c. Nuova Zelanda*

1.1 The author of the communication is Ioane Teitiota, a national of the Republic of Kiribati born in the 1970s. His application for refugee status in New Zealand was rejected. He claims that the State party violated his right to life under the Covenant, by removing him to Kiribati in September 2015. The Optional Protocol entered into force for the State party on 26 August 1989. The author is represented by counsel.

1.2 On 16 February 2016, pursuant to rule 92 of its rules of procedure, the Committee, acting through its Special Rapporteur on new communications and interim measures, decided not to request the State party to refrain from removing the author to the Republic of Kiribati while the communication was under consideration by the Committee.

Factual background

2.1 The author claims that the effects of climate change and sea level rise forced him to migrate from the island of Tarawa in the Republic of Kiribati to New Zealand. The situation in Tarawa has become increasingly unstable and precarious due to sea level rise caused by global warming. Fresh water has become scarce because of saltwater contamination and overcrowding on Tarawa. Attempts to combat sea level rise have largely been ineffective. Inhabitable land on Tarawa has eroded, resulting in a housing crisis and land disputes that have caused numerous fatalities. Kiribati has thus become an untenable and violent environment for the author and his family.

2.2 The author has sought asylum in New Zealand, but the Immigration and Protection Tribunal issued a negative decision concerning his claim for asylum. Still, the Tribunal did not exclude the possibility that environmental degradation could “create pathways into the Refugee Convention or protected person jurisdiction”. The Court of Appeal and the Supreme

Court each denied the author's subsequent appeals concerning the same matter.

2.3 In its decision of 25 June 2013, the Immigration and Protection Tribunal first examined in detail the 2007 National Adaptation Programme of Action filed by the Republic of Kiribati under the United Nations Framework Convention on Climate Change. As described by the Tribunal, the National Adaptation Programme of Action stated that the great majority of the population had subsistence livelihoods that were heavily dependent on environmental resources. The Programme of Action described a range of issues that had arisen from the existing and projected effects of climate change-related events and processes. Among the effects of climate change, coastal erosion and accretion were most likely to affect housing, land and property. In South Tarawa, 60 sea walls were in place by 2005. However, storm surges and high spring tides had caused flooding of residential areas, forcing some to relocate. Attempts were being made to diversify crop production, for example, through the production of cash crops. Most nutritious crops were available and could be prepared into long-term preserved food. However, the health of the population had generally deteriorated, as indicated by vitamin A deficiencies, malnutrition, fish poisoning, and other ailments reflecting the situation of food insecurity.

2.4 The Tribunal next considered the expert testimony of John Corcoran, a doctoral candidate researching climate change in Kiribati at the University of Waikato in New Zealand. Mr. Corcoran, a national of the Republic of Kiribati, characterized the country as a society in crisis owing to climate change and population pressure. The islands constituting the country rose no more than three meters above sea level. Soils were generally poor and infertile. Unemployment was high. The population of South Tarawa had increased from 1,641 in 1947 to 50,000 in 2010. In Tarawa and certain other islands of Kiribati, the scarcity of land engendered social tensions. Violent fights often broke out and sometimes led to injuries and deaths. Rapid population growth and urbanization in South Tarawa had compromised the supply of fresh water. No island in Kiribati had surface fresh water. As a result of the increase in population, the rate of water extraction from the freshwater lens exceeded the rate of its replenishment through the percolation of rainwater. Waste contamination from Tarawa had contributed to pollution of the freshwater lens, rendering some of the five underground water reserves unfit for the supply of fresh drinking water. Increasingly intense storms occurred, submerging the land in certain places on South Tarawa and rendering it uninhabitable. This often occurred three or four times a month. Rising sea levels caused more regular and frequent breaches of sea walls, which were in any case not high enough to prevent saltwater intrusion over the land during high tides. Household wells in high-density housing

areas could not be used as a water supply due to increasing contamination, and rainwater catchment systems were only available in homes constructed of permanent materials. Thus, approximately 60 per cent of the population of South Tarawa obtained fresh water exclusively from rationed supplies provided by the public utilities board. Trash washed onto the beach posed health hazards for local landowners. According to Mr. Corcoran, the Government of the Republic of Kiribati was taking some steps to address this. It had a Programme of Action in place to help communities adapt to climate change¹.

2.5 Next, the Tribunal examined the testimony given by the author during the appeal hearing. According to the Tribunal's description of the testimony, the author was born on an islet situated north of Tarawa, a journey of several days away by boat. He completed secondary school and obtained employment for a trading company, which ended in the mid-1990s when the company folded. He had not been able to find work since then. In 2002, the author and his wife moved in with his wife's family in a traditionally-constructed dwelling in a village in Tarawa. The dwelling was situated on ground level and had electricity and water but no sewage services. Beginning in the late 1990s, life progressively became more insecure on Tarawa because of sea level rise. Tarawa became overcrowded due to the influx of residents from outlying islands, because most government services, including those of the main hospital, were provided on Tarawa. As villages became overcrowded, tensions arose. Also beginning in the late 1990s, Tarawa suffered significant amounts of coastal erosion during high tides. The land surface regularly flooded, and land could be submerged up to knee-deep during king tides. Transportation was affected, since the main causeway separating north and south Tarawa was often flooded. The situation caused significant hardship for the author and other inhabitants of Tarawa. The wells on which they depended became salinized. Salt water was deposited on the ground, resulting in the destruction of crops. The land was stripped of vegetation in many places, and crops were difficult to grow. The author's family relied largely on subsistence fishing and agriculture. The sea wall in front of the author's in-laws' home was often damaged and required constant repair. The author and his wife left the Republic of Kiribati for New Zealand because they wished to have children, and had received information from news sources that there would be no future for life in their country. The author accepted that his experiences were common to people throughout the Republic of Kiribati. He

¹ Mr. Corcoran's written report was provided with the author's comments. Entitled "Evidence of climate change impacts in Kiribati", it includes photographs depicting, inter alia, flooding of homes after high tides, land with limited vegetation, a breached sea wall, and trash washed onto a beach.

believed that the country's Government was powerless to stop the sea level rise. Internal relocation was not possible. The author's parents lived on Tarawa but faced similar environmental and population pressures.

2.6 The Tribunal also considered the oral testimony of the author's wife. According to the Tribunal, she testified that she was born in the late 1970s on Arorae Island, in the south of the Republic of Kiribati. In 2000, her family moved to Tarawa. She married the author in 2002. Her parents' house there was situated on the edge of a sea wall. The house and land were not owned by her parents but belonged to a neighbor. Since her arrival in New Zealand, the neighbor had passed away, and his children had been demanding that her family vacate the house. Her family was supported financially by one of her brothers, who had obtained employment in South Tarawa. If the family were obligated to vacate the house, they would have to travel back to Arorae Island and settle on a small plot of land. She was concerned for the family's health and well-being. The land was eroding due to the effects of sea level rise. The drinking water was contaminated with salt. Crops were dying, as were the coconut trees. She had heard stories of children getting diarrhea and even dying because of the poor quality of the drinking water. Land was becoming very overcrowded, and houses were close together, which led to the spread of disease.

2.7 The Tribunal also considered many supporting documents submitted by the author, including several scholarly articles written by United Nations entities and experts. The Tribunal analyzed whether the author could qualify as a refugee or a protected person under the Refugee Convention, the Convention against Torture, or the Covenant. It found the author entirely credible. It noted that the carrying capacity of the land on the Tarawa atoll had been negatively impacted by the effects of population growth, urbanization, and limited infrastructure development, particularly in relation to sanitation. These impacts had been exacerbated by both sudden-onset environmental events, such as storms, and slow-onset processes, such as sea level rise. The Tribunal noted that the author had been unemployed for several years before arriving in New Zealand, and had relied on subsistence agriculture and fishing, while receiving financial support from his wife's brother. The Tribunal noted the author's statement that he did not wish to return to the Republic of Kiribati because of the difficulties he and his family faced there, due to the combined pressures of overpopulation and sea level rise. The house they were living in on South Tarawa was no longer available to them on a long-term basis. Although the couple's families had land on other islands, they would face similar environmental pressures there, and the land available was of limited size and was occupied by other family members.

2.8 After a lengthy analysis of international human rights standards, the Tribunal considered that "while in many cases the effects of environmental change

and natural disasters will not bring affected persons within the scope of the Refugee Convention, no hard and fast rules or presumptions of non-applicability exist. Care must be taken to examine the particular features of the case". After further examination, the Tribunal concluded that the author did not objectively face a real risk of being persecuted if returned to Kiribati. He had not been subjected to any land dispute in the past and there was no evidence that he faced a real chance of suffering serious physical harm from violence linked to housing/land/property disputes in the future. He would be able to find land to provide accommodation for himself and his family². Moreover, there was no evidence to support his contention that he was unable to grow food or obtain potable water. There was no evidence that he had no access to potable water, or that the environmental conditions that he faced or would face on return were so perilous that his life would be jeopardized. For these reasons, he was not a "refugee" as defined by the Refugee Convention.

2.9 Regarding the Covenant, the Tribunal noted that the right to life must be interpreted broadly, in keeping with the Committee's general comment No. 6 (1982) on article 6. The Tribunal cited academic commentary stating that under article 6, an arbitrary deprivation of life involves an interference that is: (a) not prescribed by law; (b) not proportional to the ends sought; and (c) not necessary in the particular circumstances of the case³. On this basis, the Tribunal accepted that the right to life involves a positive obligation of the state to fulfil this right by taking programmatic steps to provide for the basic necessities for life. However, the author could not point to any act or omission by the Government of Kiribati that might indicate a risk that he would be arbitrarily deprived of his life within the scope of article 6 of the Covenant. The Tribunal considered that the Government of Kiribati was active on the international stage concerning the threats of climate change, as demonstrated by the 2007 Programme of Action. Moreover, the author could not establish that there was a sufficient degree of risk to his life, or that of his family, at the relevant time. Quoting the Committee's jurisprudence in *Aalbersberg et al. v. the Netherlands* (CCPR/C/87/D/1440/2005), the Tribunal stated that under the Optional Protocol, the risk of a violation of the Covenant must be "imminent". This means

² The Tribunal noted that the father of the author's wife was negotiating with the new owner of the land where the author had been living, and that an arrangement had been made to give the father time to relocate his family to their home island in the south. The Tribunal considered that while the author would need to share the available land with other members of his kin group, it would provide him and his family with access to sufficient resources to sustain themselves to an adequate level.

³ The Tribunal cited, inter alia, Manfred Nowak, *The U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (Kiehl, NP Engel, 2005), p. 128-29.

that the risk to life must be, at least, likely to occur. No evidence was provided to establish such imminence. The Tribunal accepted that, given the greater predictability of the climate system, the risk to the author and his family from sea level rise and other natural disasters could, in a broad sense, be regarded as more imminent than the risk posed to the life of the complainants in *Aalbersberg et al v. the Netherlands*. However, the risk to the author and his family still fell well short of the threshold required to establish substantial grounds for believing that they would be in danger of arbitrary deprivation of life within the scope of article 6 of the Covenant. This risk remained firmly in the realm of conjecture or surmise. There was no evidence establishing that his situation in the Republic of Kiribati would be so precarious that his or his family's life would be in danger. The Tribunal noted the testimony of the author's wife that she feared her young children could drown in a tidal event or storm surge. However, no evidence had been provided to establish that deaths from such events were occurring with such regularity as to raise the prospect of death occurring to the author or his family members to a level rising beyond conjecture and surmise, let alone a risk that could be characterized as an arbitrary deprivation of life. Accordingly, there were not substantial grounds for believing that the author or any of his family members would be in danger of a violation of their rights under article 6 of the Covenant. The Tribunal also found that there was not a substantial risk that the author's rights under article 7 of the Covenant would be violated by his removal.

2.10 The author also provided a copy of the decision of the Supreme Court, which denied the author's appeal of the decision of the Tribunal on 20 July 2015. The Court considered, *inter alia*, that while the Republic of Kiribati undoubtedly faced challenges, the author would not, if returned there, face serious harm. Moreover, there was no evidence that the Government of the Republic of Kiribati was failing to take steps to protect its citizens from the effects of environmental degradation to the extent that it could. The Supreme Court was also not persuaded that there was any risk that a substantial miscarriage of justice had occurred. Nevertheless, the Court did not rule out the possibility that environmental degradation resulting from climate change or other natural disasters could "create a pathway into the Refugee Convention or other protected person jurisdiction".

The complaint

3. The author claims that by removing him to Kiribati, New Zealand violated his right to life under the Covenant. Sea level rise in Kiribati has resulted in: (a) the scarcity of habitable space, which has in turn caused violent land disputes that endanger the author's life; and (b) environmental degradation, including saltwater contamination of the freshwater supply.

State party's observations on admissibility

4.1 In its observations dated 18 April 2016, the State party provides additional facts relating to the communication. In 2007, the author and his wife arrived in New Zealand. They had three children there, though none of the children are entitled to citizenship in New Zealand. The family remained in New Zealand without authorization after their residence permits had expired on 3 October 2010.

4.2 On 24 May 2012, with the assistance of legal counsel, the author filed a claim for recognition as a refugee and/or protected person. Under domestic law, Refugee and Protection Officers issue first instance decisions on such claims. Under the Immigration Act 2009, a person must be recognized as a refugee if she or he is a refugee within the meaning of the Refugee Convention. A person must be recognized as a protected person under the Covenant if there are substantial grounds for believing that the person would be in danger of being subjected to arbitrary deprivation of life or cruel treatment if deported from New Zealand. Arbitrary deprivation of life has the same meaning under the Immigration Act 2009 as it does under the Covenant. The State party's decision makers have regard to the jurisprudence of the Committee. On 24 August 2012, the author's claim was denied by a Refugee and Protection Officer.

4.3 The Immigration and Protection Tribunal conducts *de novo* examination of appeals relating to claims for recognition as a refugee and/or a protected person. On 25 June 2013, the Tribunal denied the author's appeal of the negative decision of the Refugee and Protection Officer. On 26 November 2013, the High Court denied the author's application for leave to appeal the decision of the Tribunal. On 8 May 2014, the Court of Appeal denied the author's application for leave to appeal the decision of the High Court. On 20 July 2015, the Supreme Court denied the author's application for leave to appeal the decision of the Court of Appeal. All of the author's applications and appeals were made with the assistance of legal counsel.

4.4 On 15 September 2015, the author was detained and was served with a deportation order. On 16 September 2015, an immigration officer interviewed the author, in the presence of his counsel and with the assistance of an interpreter. The author completed a 28-page Record of Personal Circumstances form, which the immigration officer then evaluated through a cancellation assessment. Under domestic law, an immigration officer must perform a cancellation assessment if the individual concerned provides information concerning his or her personal circumstances, and the information is relevant to the State party's international obligations. The immigration officer assessing the author's case did not consider that his removal order should be cancelled. On 22 September 2015, the Minister of Immigration denied the author's request to cancel his

removal. On 23 September 2015, the author was removed to Kiribati, and his family left shortly thereafter. They have not returned to New Zealand.

4.5 The State party considers that the communication is inadmissible because the author's implied claim under article 6 (1) of the Covenant is not sufficiently substantiated to establish a *prima facie* case. This is because, firstly, there is no evidence of actual or imminent harm to the author. In its decision on *Beydon et al. v. France* (CCPR/C/85/D/1400/2005), the Committee found that for a person to claim to be a victim of a violation of a Covenant right, she or he "must show either that an act or an omission of a State party has already adversely affected his or her enjoyment of such right, or that such effect is imminent". The Committee considered that the authors had failed to substantiate, for the purpose of admissibility, the alleged violation of their rights under the Covenant. In the present case, there is no evidence that the author faced an imminent risk of being arbitrarily deprived of his life when he was removed to Kiribati. Moreover, there is no evidence that the author faces such a risk. There is also no evidence that his situation is materially different from that of all other persons in Kiribati. The domestic authorities emphasized that their conclusions should not be read to mean that environmental degradation resulting from climate change could never create a pathway into protected person jurisdiction. The authorities considered, however, that the author and his family had not established such a pathway.

4.6 Secondly, the author's evidence contradicts his claim. His communication consists of two brief letters, and he appears to rely on the evidence that he presented to the Immigration and Protection Tribunal, as well as the decisions of the domestic authorities. The Tribunal considered a substantial amount of information and evidence from both the author and an expert concerning the effects of climate change and sea level rise on the people and geography of Kiribati. The Tribunal accepted the evidence, including the author's evidence, in its entirety. However, it found that there was no evidence that the author had faced or faced a real risk of suffering serious physical harm from violence linked to housing, land or property disputes. The Tribunal also found that there was no evidence to support the author's claim that he was unable to grow subsistence crops or obtain potable water in Kiribati. The author had claimed that it was difficult, not impossible, to grow crops as a result of saltwater intrusion onto the land. The Tribunal considered that there was no evidence establishing that the environmental conditions the author faced or was likely to face upon return to Kiribati were so parlous that his life would be jeopardized, or that he and his family would be unable to resume their prior subsistence life with dignity. The Tribunal accepted that States have positive duties to protect life from risks arising from known natural hazards, and that failure to do so may constitute an

omission that falls afoul of article 6 (1) of the Covenant. However, the author could not point to any such act or omission by the Government of Kiribati that might indicate a risk that he would be arbitrarily deprived of his life within the scope of article 6 (1) of the Covenant; and he could not establish that there was at that time a sufficient degree of risk to his life or that of his family. The Tribunal concluded that the risk to the author from climate change fell well short of the threshold required to establish a substantial ground for believing that he and his family would be in danger of arbitrary deprivation of life within the scope of article 6 of the Covenant. In the Tribunal's words, the risk remained "firmly in the realm of conjecture or surmise". According to the Committee's jurisprudence, it is generally for the courts of States parties to the Covenant to evaluate facts and evidence in a particular case.

4.7 The communication is also insufficiently substantiated because the author has not submitted any further evidence in addition to the evidence that has already been considered by the domestic authorities. The Immigration and Protection Tribunal accepted the evidence presented by the author. The Court of Appeal considered that the Tribunal's decision was well-structured, carefully reasoned and comprehensive. The High Court noted that in order for the author's application for leave to appeal to be granted, the author would have to present a seriously arguable case that the Tribunal's factual findings were incorrect, and that this would be difficult to meet this requirement because the Tribunal had not challenged the author's evidence. The domestic courts confirmed that the author had not established that he would suffer a violation of article 6 of the Covenant by returning to Kiribati, and that the Tribunal's findings were therefore justified.

Author's comments on the State party's observations on admissibility

5. In his comments dated 25 July 2016, the author maintains that due to the lack of clean drinking water, he and his family have had "reasonably bad health issues" since returning to Kiribati in September 2015. One of the author's children suffered from a serious case of blood poisoning, which caused boils all over his body. The author and his family are also unable to grow crops. Before the Supreme Court of New Zealand issued its decision on the author's case in 2015, the author had provided to the Court new information, namely, the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. The Report indicated that Kiribati would face serious survival issues if the increase in global temperatures and sea level continued.

State party's observations on the merits

6.1 In its observations dated 16 August 2016, the State party considers that the communication is without merit, for the reasons it previously stated. The State party acknowledges that the right to life is the supreme right under the

Covenant from which no derogation is permitted, and should not be interpreted narrowly. States parties are required to adopt positive measures to protect the right to life. However, the complainant has not provided evidence to substantiate his claim that he faces actual or imminent harm. In its jurisprudence, the Committee has found inadmissible claims based on hypothetical violations of Covenant rights that might occur in the future⁴. The Committee has also found inadmissible claims where the author lacks victim status due to a failure to demonstrate that either an act or omission of a State party has already adversely affected his or her enjoyment of the right in question, or that such effect is imminent⁵. In addition, the Committee found unsubstantiated the *non-refoulement* claim of an author who presented general allegations of a risk of arbitrary arrest and detention that could ultimately lead to torture and death, but who acknowledged that he had not experienced any direct threat to his life⁶.

6.2 In addition to reiterating its previous arguments, the State party considers that there is no evidence that the authors now face an imminent risk of being arbitrarily deprived of life following their return to Kiribati. The communication does not present a situation analogous to the facts of *Lewenboff et al. v. Uruguay*⁷. In that case, the Committee determined that because further clarification of the case depended on information exclusively in the hands of the State party, the author's allegations were substantiated in the absence of satisfactory evidence and explanations to the contrary submitted by the State party.

Author's comments on the State party's observations on the merits

7.1 The author presented further comments on 29 December 2016. He claims that during the 2015 United Nations Climate Change Conference (COP 21), the State party endorsed the findings of the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change⁸. The Report describes a rise in sea level of at least 0.7 meters for developing countries in the Pacific Ocean, and the resulting loss of rainfall and incursion of salt water into underground freshwater lenses and aquifers. Thus, it appears that the State party has opened the door to accepting the legal concept of a climate change refugee in cases where

⁴ The State party cites *V.M.R.B. v. Canada* (CCPR/C/33/D/236/1987), para. 6.3.

⁵ The State party cites *Beydon v. France* (CCPR/C/85/D/1400/2005), para. 4.3.

⁶ The State party cites *Lan v. Australia* (CCPR/C/107/D/1957/2010), para. 8.4. For the purpose of comparison, the State party also cites *Young-kwan Kim et al. v. Republic of Korea* (CCPR/C/112/D/2179/2012), in which the Committee considered the authors' claims to be sufficiently substantiated and therefore admissible.

⁷ *Lewenboff et al. v. Uruguay* (CCPR/C/OP/1 at 109 (1985)), para. 13.3.

⁸ The author provides a copy of a document issued by Climate & Development Knowledge Network, entitled "The IPCC's Fifth Assessment Report: What's in it for Small Island Developing States?".

an individual faces a risk of serious harm. For climate change refugees, the risk of serious harm arises from environmental factors indirectly caused by humans, rather than from violent acts.

7.2 The author faces an intermediate risk of serious harm in Kiribati, which is losing land mass and can be expected to survive as a country for 10 to 15 more years. The author appealed the decision of the Immigration and Protection Tribunal because he disagreed with the Tribunal's determination as to the timeframe within which serious harm to the author would occur. The author states that the expert report he provided to the Immigration and Protection Tribunal confirms his claims.

7.3 The author's life, along with the lives of his wife and children, will be at risk as the effects of climate change worsen. The evidence and compelling photographs provided by the climate change expert, John Corcoran, were largely ignored by the domestic authorities.

Issues and proceedings before the Committee

Consideration of admissibility

8.1 Before considering any claim contained in a communication, the Committee must decide, in accordance with rule 97 of its rules of procedure, whether the communication is admissible under the Optional Protocol.

8.2 The Committee has ascertained, as required under article 5 (2) (a) of the Optional Protocol, that the same matter is not currently being examined under another procedure of international investigation or settlement.

8.3 Noting that the State party has not contested the author's argument that he exhausted all available domestic remedies, the Committee considers that it is not precluded by article 5 (2) (b) of the Optional Protocol from examining the communication.

8.4 The Committee notes the State party's argument that the communication is inadmissible under article 2 of the Optional Protocol because the author has not sufficiently substantiated his claim that when he was removed to Kiribati, he faced an imminent risk of being arbitrarily deprived of his life. The Committee recalls its jurisprudence stating that a person can only claim to be a victim in the sense of article 1 of the Optional Protocol if he or she is actually affected⁹. It is a matter of degree how concretely this requirement should be taken. However, any person claiming to be a victim of a violation of a right protected under the Covenant must demonstrate either that a State party has, by act or omission, already impaired the exercise of his right or that such impairment is imminent, basing his arguments for example on legislation in force

⁹ See, inter alia, *Rabbae v. the Netherlands* (CCPR/C/117/D/2124/2011), para. 9.5.

or on a judicial or administrative decision or practice¹⁰. If the law or practice has not already been concretely applied to the detriment of that individual, it must in any event be applicable in such a way that the alleged victim's risk of being affected is more than a theoretical possibility¹¹. Individuals claiming to be victims of a violation by a

State party of article 6 of the Covenant must demonstrate that the State party's actions resulted in a violation of their right to life, specific to the individuals, or presented an existing or imminent threat to their enjoyment of this right¹².

8.5 The Committee notes, however, that the author's communication sought to prevent his imminent deportation from New Zealand to Kiribati. Accordingly, the question before the Committee is not whether he was, at the time of submission, a victim of a past violation of the Covenant, but rather whether he has substantiated the claim that he faced upon deportation a real risk of irreparable harm to his right to life. The Committee considers that in the context of attaining victim status in cases of deportation or extradition, the requirement of imminence primarily attaches to the decision to remove the individual, whereas the imminence of any anticipated harm in the receiving state influences the assessment of the real risk faced by the individual. The Committee notes in this connection that the author's claims relating to conditions on Tarawa at the time of his removal do not concern a hypothetical future harm, but a real predicament caused by lack of potable water and employment possibilities, and a threat of serious violence caused by land disputes.

8.6 Based on the information the author presented to the domestic authorities and in his communication, the Committee considers that the author sufficiently demonstrated, for the purpose of admissibility, that due to the impact of climate change and associated sea level rise on the habitability of the Republic of Kiribati and on the security situation in the islands, he faced as a result of the State party's decision to remove him to the Republic of Kiribati a real risk of impairment to his right to life under article 6 of the Covenant. Accordingly, the Committee considers that articles 1 and 2 of the Optional Protocol do not constitute an obstacle to the admissibility of the communication. The Committee therefore proceeds to examine the communication on its merits.

¹⁰ See, inter alia, *Rabbae v. the Netherlands* (CCPR/C/117/D/2124/2011), para. 9.5; *Picq v. France* (CCPR/C/94/D/1632/2007), para. 6.3; *E.W. et al. v. the Netherlands* (CCPR/C/47/D/429/1990), para. 6.4; *Aalbersberg et al. v. the Netherlands* (CCPR/C/87/D/1440/2005), para. 6.3.

¹¹ See *Aumeeruddy-Cziffra v. Mauritius* (CCPR/C/OP/1 at 67 (1984)), para. 9.2.

¹² See, inter alia, *Aalbersberg et al. v. the Netherlands* (CCPR/C/87/D/1440/2005), para. 6.3; *Bordes and Temeharo v. France* (CCPR/C/57/D/645/1995), para. 5.5.

Consideration of the merits

9.1 The Committee has considered the communication in the light of all the information made available to it by the parties, as provided for under article 5 (1) of the Optional Protocol.

9.2 The Committee notes the author's claim that by removing him to the Republic of Kiribati, the State party subjected him to a risk to his life in violation of article 6 of the Covenant, and that the State party's authorities did not properly assess the risk inherent in his removal.

9.3 The Committee recalls paragraph 12 of its general comment No. 31 (2004) on the nature of the general legal obligation imposed on States parties to the Covenant, in which it refers to the obligation of States parties not to extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory when there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm such as that contemplated by articles 6 and 7 of the Covenant. The Committee has also indicated that the risk must be personal, that it cannot derive merely from the general conditions in the receiving State, except in the most extreme cases¹³, and that there is a high threshold for providing substantial grounds to establish that a real risk of irreparable harm exists¹⁴. The obligation not to extradite, deport or otherwise transfer pursuant to article 6 of the Covenant may be broader than the scope of the principle of *nonrefoulement* under international refugee law, since it may also require the protection of aliens not entitled to refugee status¹⁵. Thus, States parties must allow all asylum seekers claiming a real risk of a violation of their right to life in the State of origin access to refugee or other individualized or group status determination procedures that could offer them protection against *refoulement*¹⁶. Thus, all relevant facts and circumstances must be considered, including the general human rights situation in the author's country of origin¹⁷. The Committee recalls that it is generally for the organs of States parties to examine the facts and evidence of the case in order to determine whether such a risk exists, unless it can be established that this assessment was clearly arbitrary or amounted to a manifest error or a denial of justice¹⁸.

9.4 The Committee recalls that the right to life cannot be properly under-

¹³ General comment No. 36 (2018) on article 6 of the Covenant on the right to life (CCPR/C/GC/36), para. 30.

¹⁴ See, inter alia, *B.D.K. v. Canada* (CCPR/C/125/D/3041/2017), para. 7.3; and *K v. Denmark* (CCPR/C/114/D/2393/2014), para. 7.3.

¹⁵ General comment No. 36 (CCPR/C/GC/36), para. 31.

¹⁶ General comment No. 36 (CCPR/C/GC/36), para. 31.

¹⁷ See, inter alia, *X v. Sweden* (CCPR/C/103/D/1833/2008), para. 5.18.

¹⁸ See, inter alia, *M.M. v. Denmark* (CCPR/C/125/D/2345/2014), para. 8.4; *B.D.K. v. Canada* (CCPR/C/125/D/3041/2017), para. 7.3; see also Human Rights Committee,

stood if it is interpreted in a restrictive manner, and that the protection of that right requires States parties to adopt positive measures. The Committee also recalls its general comment No. 36, in which it established that the right to life also includes the right of individuals to enjoy a life with dignity and to be free from acts or omissions that would cause their unnatural or premature death¹⁹. The Committee further recalls that the obligation of States parties to respect and ensure the right to life extends to reasonably foreseeable threats and life-threatening situations that can result in loss of life²⁰. States parties may be in violation of article 6 of the Covenant even if such threats and situations do not result in the loss of life²¹. Furthermore, the Committee recalls that environmental degradation, climate change and unsustainable development constitute some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life²².

9.5 The Committee also observes that it, in addition to regional human rights tribunals, have established that environmental degradation can compromise effective enjoyment of the right to life²³,²³ and that severe environmental degradation can adversely affect an individual's well-being and lead to a violation of the right to life²⁴.

General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial (CCPR/C/GC/32) (2007).

¹⁹ General comment No. 36 (CCPR/C/GC/36), para. 3; see *Portillo Cáceres et al. v. Paraguay* (CCPR/C/126/D/2751/2016), para. 7.3.

²⁰ See *Toussaint v. Canada* (CCPR/C/123/D/2348/2014), para. 11.3; *Portillo Cáceres et al. v. Paraguay* (CCPR/C/126/D/2751/2016), para. 7.5.

²¹ See, inter alia, *Portillo Cáceres et al. v. Paraguay* (CCPR/C/126/D/2751/2016), para. 7.3.

²² General comment No. 36 (CCPR/C/GC/36), para. 62.

²³ *Portillo Cáceres et al. v. Paraguay* (CCPR/C/126/D/2751/2016), para. 7.4; Inter-American Court of Human Rights, *Advisory opinion OC-23/17* of 15 November 2017 on the environment and human rights, series A, No. 23, para. 47; *Kawas Fernández v. Honduras*, judgment of 3 April 2009, series C, No. 196, para. 148. See also African Commission on Human and Peoples' Rights, general comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (article 4), para. 3 (States' responsibilities to protect life "extend to preventive steps to preserve and protect the natural environment, and humanitarian responses to natural disasters, famines, outbreaks of infectious diseases, or other emergencies.") See also European Court of Human Rights, application Nos. 54414/13 and 54264/15, *Cordella and Others v. Italy*, judgment of 24 January 2019, para. 157 (serious environmental harm may affect individuals' well-being and deprive them of the enjoyment of their domicile, so as to compromise their right to private life).

²⁴ See European Court of Human Rights, *M. Özel and others v. Turkey*, judgment

9.6 In the present case, the Committee recalls that it must assess whether there was clear arbitrariness, error or injustice in the evaluation by the State party's authorities of the author's claim that when he was removed to the Republic of Kiribati he faced a real risk of a threat to his right to life under article 6 of the Covenant. The Committee observes that the State party thoroughly considered and accepted the author's statements and evidence as credible, and that it examined his claim for protection separately under both the Refugee Convention and the Covenant. The Committee notes that in their decisions, the Immigration and Protection Tribunal and the Supreme Court both allowed for the possibility that the effects of climate change or other natural disasters could provide a basis for protection. Although the Immigration and Protection Tribunal found the author to be entirely credible, and accepted the evidence he presented, the Tribunal considered that the evidence the author provided did not establish that he faced a risk of an imminent, or likely, risk of arbitrary deprivation of life upon return to Kiribati. In particular, the Tribunal found that there was no evidence that: (a) the author had been in any land dispute in the past, or faced a real chance of being physically harmed in such a dispute in the future; (b) he would be unable to find land to provide accommodation for himself and his family; (c) he would be unable to grow food or access potable water; (d) he would face life-threatening environmental conditions; (e) his situation was materially different from that of every other resident of Kiribati; or (f) the Government of Kiribati had failed to take programmatic steps to provide for the basic necessities of life, in order to meet its positive obligation to fulfill the author's right to life. The Tribunal observed that the Government of Kiribati had taken steps to address the effects of climate change, according to the 2007 National Adaptation Programme of Action submitted by Kiribati under the United Nations Framework Convention on Climate Change.

9.7 In assessing whether the State party's authorities provided the author with an adequate and individualized assessment of the risk of a threat to his right to life, the Committee first notes the author's claim that the increasing scarcity of habitable land on Tarawa has led to violent land disputes that have produced fatalities. In this connection, the Committee considers that a general situation of violence is only of sufficient intensity to create a real risk of irreparable harm under articles 6 or 7 of the Covenant in the most extreme cases, where there is a real risk of harm simply by virtue of an individual being

of 17 November 2015, paras. 170, 171 and 200; *Budayeva and others v. Russia*, judgment of 20 March 2008, paras. 128–130, 133 and 159; *Öneryıldız v. Turkey*, judgment of 30 November 2004, paras. 71, 89, 90 and 118.

exposed to such violence on return²⁵, or where the individual in question is in a particularly vulnerable situation²⁶. In assessing the author's circumstances, the Committee notes the absence of a situation of general conflict in the Republic of Kiribati. It observes that the author refers to sporadic incidents of violence between land claimants that have led to an unspecified number of casualties, and notes the author's statement before the domestic authorities that he had never been involved in such a land dispute. The Committee also notes the Tribunal's statement that the author appeared to accept that he was alleging not a risk of harm specific to him, but rather a general risk faced by all individuals in Kiribati. The Committee further notes the absence of information from the author about whether protection from the State would suffice to address the risk of harm from non-state actors who engage in acts of violence during land disputes. While the Committee does not dispute the evidence proffered by the author, it considers that the author has not demonstrated clear arbitrariness or error in the domestic authorities' assessment as to whether he faced a real, personal and reasonably foreseeable risk of a threat to his right to life as a result of violent acts resulting from overcrowding or private land disputes in Kiribati.

9.8 The Committee also notes the author's claims before the domestic authorities that he would be seriously harmed by the lack of access to potable water on Tarawa, as fresh water lenses had been depleted due to saltwater contamination produced by sea level rise. In this regard, the Committee notes that according to the report and testimony of the climate change researcher John Corcoran, 60 per cent of the residents of South Tarawa obtained fresh water from rationed supplies provided by the public utilities board. The Committee notes the findings of the domestic authorities that there was no evidence that the author would lack access to potable water in the Republic of Kiribati. While recognizing the hardship that may be caused by water rationing, the Committee notes that the author has not provided sufficient information indicating that the supply of fresh water is inaccessible, insufficient or unsafe so as to produce a reasonably foreseeable threat of a health risk that would impair his right to enjoy a life with dignity or cause his unnatural or premature death.

9.9 The Committee further notes the author's claim before the domestic authorities that his right to life had been violated because he had been deprived of his means of subsistence, as his crops had been destroyed due to salt deposits on the ground. The Committee observes the finding of the domestic authorities

²⁵ Cf. European Court of Human Rights, *Sufi and Elmi v. United Kingdom*, application Nos. 8319/07 and 11449/07, judgment of 28 June 2011, paras. 218, 241.

²⁶ See *Jasin v. Denmark* (CCPR/C/114/D/2360/2014), paras. 8.8, 8.9; *Warsame v. Canada* (CCPR/C/102/D/1959/2010), para. 8.3.

that, while the author stated that it was difficult to grow crops, it was not impossible. The Committee recognizes that in certain places, the lack of alternatives to subsistence livelihoods may place individuals at a heightened risk of vulnerability to the adverse effects of climate change. However, the Committee notes the lack of information provided by the author on alternative sources of employment and on the availability of financial assistance to meet basic humanitarian needs in the Republic of Kiribati. The Committee further notes the Tribunal's observation that most nutritious crops remained available in the Republic of Kiribati. The information made available to the Committee does not indicate that when the author's removal occurred, there was a real and reasonably foreseeable risk that he would be exposed to a situation of indigence, deprivation of food, and extreme precarity that could threaten his right to life, including his right to a life with dignity. The Committee therefore considers that the author has not established that the assessment of the domestic authorities was clearly arbitrary or erroneous in this regard, or amounted to a denial of justice.

9.10 Finally, the Committee notes the author's assertion that he faces a risk to his right to life because of overpopulation and frequent and increasingly intense flooding and breaches of sea walls. The Committee also notes the author's argument that the State party's courts erred in determining the timeframe within which serious harm to the author would occur in the Republic of Kiribati, and did not give sufficient weight to the expert testimony of the climate change researcher. The Committee notes that in his comments submitted in 2016, the author asserted that the Republic of Kiribati would become uninhabitable within 10 to 15 years.

9.11 The Committee takes note of the observation of the Immigration and Protection Tribunal that climate change-induced harm can occur through sudden-onset events and slowonset processes. Reports indicate that sudden-onset events are discrete occurrences that have an immediate and obvious impact over a period of hours or days, while slow-onset effects may have a gradual, adverse impact on livelihoods and resources over a period of months to years. Both sudden-onset events (such as intense storms and flooding) and slow-onset processes (such as sea level rise, salinization, and land degradation) can propel cross-border movement of individuals seeking protection from climate change-related harm²⁷. The Committee is of the view that without robust national and international efforts, the effects of climate change in receiving states may expose individuals to a violation of their rights under articles 6 or 7 of the Covenant, thereby triggering the *non-refoulement* obligations of sending states.

²⁷ See Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (A/RES/73/195), para. 18 (h), (i), (l).

Furthermore, given that the risk of an entire country becoming submerged under water is such an extreme risk, the conditions of life in such a country may become incompatible with the right to life with dignity before the risk is realized.

9.12 In the present case, the Committee accepts the author's claim that sea level rise is likely to render the Republic of Kiribati uninhabitable. However, it notes that the timeframe of 10 to 15 years, as suggested by the author, could allow for intervening acts by the Republic of Kiribati, with the assistance of the international community, to take affirmative measures to protect and, where necessary, relocate its population. The Committee notes that the State party's authorities thoroughly examined this issue and found that the Republic of Kiribati was taking adaptive measures to reduce existing vulnerabilities and build resilience to climate change-related harms. Based on the information made available to it, the Committee is not in a position to conclude that the assessment of the domestic authorities that the measures by taken by the Republic of Kiribati would suffice to protect the author's right to life under article 6 of the Covenant was clearly arbitrary or erroneous in this regard, or amounted to a denial of justice.

9.13 In the light of these findings, the Committee considers that the State party's courts provided the author with an individualized assessment of his need for protection and took note of all of the elements provided by the author when evaluating the risk he faced when the State party removed him to the Republic of Kiribati in 2015, including the prevailing conditions in Kiribati, the foreseen risks to the author and the other inhabitants of the islands, the time left for the Kiribati authorities and the international community to intervene and the efforts already underway to address the very serious situation of the islands. The Committee considers that while the author disagrees with the factual conclusions of the State party, the information made available to it does not demonstrate that the conduct of the judicial proceedings in the author's case was clearly arbitrary or amounted to a manifest error or denial of justice, or that the courts otherwise violated their obligation of independence and impartiality.

9.14 Without prejudice to the continuing responsibility of the State party to take into account in future deportation cases the situation at the time in the Republic of Kiribati and new and updated data on the effects of climate change and rising sea-levels thereupon, the Committee is not in a position to hold that the author's rights under article 6 of the Covenant were violated upon his deportation to the Republic of Kiribati in 2015.

10. The Human Rights Committee, acting under article 5 (4) of the Optional Protocol, is of the view that the facts before it do not permit it to conclude that the author's removal to the Republic of Kiribati violated his rights under article 6 (1) of the Covenant.

REGOLAMENTO
SULLA PUBBLICAZIONE DEI LAVORI
DESTINATI ALLA RIVISTA GIURIDICA DELL'AMBIENTE

Art. 1 - Lavori pubblicabili

Sono pubblicabili sulla Rivista articoli, rassegne o note a sentenza (qui di seguito "lavori"). Con la proposta di pubblicazione, gli autori garantiscono che i loro lavori siano originali e che siano opportunamente parafrasati o citati letteralmente i lavori o le parole di altri autori, indicando in ogni caso il relativo riferimento.

Salvo deroga a discrezione del Comitato direttivo, i lavori proposti non devono essere stati pubblicati in altri periodici o riviste, né essere sottoposti, durante la procedura di valutazione esterna, ad altri periodici o riviste ai fini della pubblicazione.

Ogni lavoro deve essere corredato da un riassunto scritto direttamente dall'autore in inglese. Inviando un lavoro, l'autore concorda sul fatto che, se esso è accettato per la pubblicazione, tutti i diritti di sfruttamento economico, senza limiti di spazio e con tutte le modalità e le tecnologie attualmente esistenti o in futuro sviluppate, sono trasferiti alla Rivista.

Art. 2 - Pubblicazione

Il Comitato direttivo decide preliminarmente se accettare o non accettare per la pubblicazione i lavori che ha ricevuto.

Il Comitato direttivo sottopone a valutazione esterna anonima tra pari i lavori che ha accettato e, terminata tale valutazione, decide definitivamente sulla loro pubblicazione.

Il Comitato direttivo può eccezionalmente decidere di non sottoporre a valutazione esterna i lavori di autori di chiara fama.

Il Comitato direttivo è tenuto a non divulgare alcuna informazione sui lavori ricevuti a soggetti diversi dagli autori, revisori o potenziali revisori, né a utilizzarli senza il consenso dell'autore.

Il Comitato direttivo agisce per garantire la miglior qualità della Rivista. Se sono ricevute segnalazioni in merito a errori o imprecisioni, conflitti di interessi o plagio in un lavoro pubblicato, il Comitato direttivo ne dà tempestiva comunicazione all'autore e all'editore e intraprende le azioni necessarie per chiarire la questione. Se del caso, il Comitato direttivo, ritira il lavoro o dispone per la pubblicazione di una correzione o di una ritrattazione.

Ai fini del presente regolamento, il Comitato direttivo include i direttori della Rivista.

Art. 3 - Valutazione esterna

Il Comitato direttivo invia i lavori da sottoporre a valutazione esterna a un professore universitario, anche fuori ruolo, esperto del tema trattato dallo scritto da valutare, purché questi non faccia parte né dello stesso Comitato direttivo, né del Comitato scientifico, né del Comitato editoriale della Rivista.

I lavori non sono inviati a valutatori esterni che, a giudizio del Comitato direttivo, si trovino in una situazione di conflitto d'interessi per rapporti personali o economici con l'autore.

Il Comitato direttivo indica ai valutatori esterni un termine per l'invio del giudizio.

I valutatori esterni procedono secondo il sistema di valutazione anonima c.d. a doppio cieco:

il lavoro è inviato al valutatore esterno senza la firma dell'autore ed è privato di altre indicazioni che possano rivelarne l'identità; il nome del valutatore esterno non è comunicato né all'autore, né a terzi.

Ai lavori da valutare è allegata una scheda predisposta dal Comitato direttivo, contenente i criteri per la formulazione del giudizio.

Il valutatore esterno selezionato che non si senta qualificato alla valutazione del lavoro assegnato o che ritenga di non essere in grado di eseguire la valutazione nei tempi richiesti comunica al Comitato direttivo la sua rinuncia a partecipare alla procedura di valutazione.

Il Comitato direttivo è tenuto a mantenere il riserbo sulle scelte dei valutatori esterni e questi ultimi sulle opinioni e sui giudizi espressi.

Art. 4 - Procedura di valutazione esterna

Nella valutazione esterna si tiene conto del genere scientifico e della diversa funzione e destinazione dei lavori.

La valutazione esterna è condotta con obiettività e chiarezza ed è accompagnata da una motivazione.

I valutatori esterni richiamano l'attenzione del Comitato direttivo sulle somiglianze sostanziali o sovrapposizioni che abbiano ravvisato tra il lavoro in esame e qualunque altro scritto pubblicato di cui siano a conoscenza.

I valutatori esterni possono subordinare l'approvazione del lavoro a miglioramenti del testo e a integrazioni bibliografiche. Il Comitato direttivo invia tali indicazioni all'autore e decide definitivamente sulla sufficienza e sulla coerenza degli adeguamenti che quest'ultimo ha apportato.

Resta ferma l'esclusiva responsabilità dell'autore per i contenuti del suo lavoro.

Art. 5 - Pubblicità del procedimento di valutazione

Il presente regolamento è pubblicato sulla Rivista.

Ogni cinque anni la Rivista pubblica l'elenco dei valutatori esterni utilizzati, senza riferimento ai lavori valutati.

I direttori curano la conservazione per cinque anni delle schede di valutazione ricevute.

Finito di stampare nel mese di aprile 2020
dalla Vulcanica srl - Nola (NA)

