

## AVVISO

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

A seguito del rinnovo del sito internet

«[www.editorialescientifica.com](http://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  
MONICA DELSIGNORE  
LORENZO SCHIANO DI PEPE

4-2022

Editoriale Scientifica  
NAPOLI

### Direttori

FAUSTO CAPELLI - MONICA DELSIGNORE - LORENZO SCHIANO DI PEPE

### Fondatori

ACHILLE CUTRERA - STEFANO NESPOR

### Comitato direttivo

PAOLA BRAMBILLA - MARTA SILVIA CENINI - DIANA CERINI - GIOVANNI CORDINI  
COSTANZA HONORATI - VALENTINA JACOMETTI - ANGELO MAESTRONI  
EVA MASCHIETTO - BARBARA POZZO - MARGHERITA RAMAJOLI  
TULLIO SCOVAZZI - RUGGERO TUMBIOLO

### Comitato scientifico

FEDERICO BOEZIO - EMANUELE BOSCOLO - SABINO CASSESE - GIOVANNI COCCO  
ADA LUCIA DE CESARIS - BARBARA DE DONNO - JOSEPH DIMENTO - MATTEO FORNARI  
JOSÉ JUSTE RUIZ - PAULO AFFONSO LEME MACHADO - ROBERTO LOSENGO  
MARIA CLARA MAFFEI - SALVATORE MANCUSO - GIUSEPPE MANFREDI - ALFREDO MARRA  
SILVIA MIRATE - 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

### Comitato di redazione

GIULIA BAJ - SIMONE CARREA - LETIZIA CASERTANO - NICO CERANA  
MATTEO CERUTI - CARLO LUCA COPPINI - STEFANO DOMINELLI - STEFANO FANETTI  
DAMIANO FUSCHI - LUCA GALLI - GIULIA GAVAGNIN - ADABELLA GRATANI - MICHELA LEGGIO  
DANIELE MANDRIOLI - CARLO MASIERI - CARLO MELZI D'ERIL - ANGELO MERIALDI  
MARSELA MERSINI - ENRICO MURTULA - VITTORIO PAMPANIN - ANDREA PISANI TEDESCO  
GIUSEPPE CARLO RICCIARDI - FEDERICO VANETTI

### Coordinatore dei Comitati della Rivista

ILARIA TANI

In Copertina: Cinghiale (*Sus scrofa*)  
FIGUIER, *I mammiferi*, Milano, 1892

## CONTRIBUTI

- NICCOLÒ LANZONI, *L'accesso e ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle digital sequence information: oltre il Protocollo di Nagoya, problemi e prospettive* 947
- MARGHERITA RAMAJOLI, *Le valutazioni tecniche degli organi preposti alla tutela dell'ambiente tra surrogabilità e sindacabilità giurisdizionale* 985
- SARA VALAGUZZA, *L'ambiente da valore a principio (costituzionale)* 1009
- NADIA SPADARO, *L'eolico offshore: difficoltà procedurali interne e spunti per una riflessione comparativa con la Gran Bretagna* 1041
- FABIO CUSANO, *L'energia rinnovabile tra ambiente e paesaggio: verso un bilanciamento a rime obbligate nel trilemma* 1065

## GIURISPRUDENZA - COMMENTI E NOTE

- SIMONE CARREA, *Tutela dell'ambiente e poteri degli Stati sugli spazi marini: riflessioni a margine della decisione della Corte internazionale di giustizia del 21 aprile 2022 nel caso Nicaragua c. Colombia* 1093
- FRANCESCA MAOLI, *Tutela degli animali e libertà religiosa: sull'interpretazione normativa di precetti religiosi nel quadro degli scambi commerciali transfrontalieri* 1111
- WALTER DI LINGUA, *La responsabilità omissiva del proprietario dell'area in materia di abbandono di rifiuti e di bonifica dei siti contaminati* 1133
- ALESSANDRO GASPARINI, *Abbandono di rifiuti e responsabilità del proprietario del fondo: un'obbligazione propter rem?* 1151
- FEDERICO VOTTA, *Verso una regolamentazione delle emissioni odorogene. Le novità legislative e le relative questioni interpretative* 1169



## L'accesso e ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle *digital sequence information*: oltre il Protocollo di Nagoya, problemi e prospettive

NICCOLÒ LANZONI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il meccanismo di accesso e ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche previsto dal Protocollo di Nagoya. – 3. Le risorse genetiche e le *digital sequence information*: due definizioni. – 4. È possibile far rientrare le *digital sequence information* nel concetto di risorse genetiche? – 5. Dal Protocollo di Nagoya al nuovo meccanismo multilaterale di accesso e ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle *digital sequence information*. – 6. Meccanismi multilaterali alternativi di accesso e ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione di alcune tipologie di risorse genetiche e/o delle corrispettive *digital sequence information*. – 6.1. Le Linee-guida sulla preparazione all'influenza pandemica. – 6.2. Il Trattato internazionale sulle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura. – 6.3. L'Accordo di attuazione della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare in tema di diversità biologica oltre le giurisdizioni nazionali. – 7. Considerazioni conclusive.

### 1. Introduzione

Il Protocollo di Nagoya (“PN”)<sup>1</sup> sviluppa e dettaglia alcuni obblighi contenuti nella Convenzione sulla diversità biologica (“CDB”)<sup>2</sup>. In par-

\* Assegnista di ricerca in diritto internazionale presso l'Università di Bologna.

<sup>1</sup> Protocollo di Nagoya sull'accesso alle risorse genetiche e l'equa ripartizione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione (Nagoya, 2010). Il testo qui utilizzato è una traduzione ufficiale disponibile nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L. n. 150/234 del 20 maggio 2014.

<sup>2</sup> Convenzione sulla diversità biologica (Rio de Janeiro, 1992). Il testo qui utilizzato è una traduzione ufficiale disponibile nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L. n. 309/3 del 13 dicembre 1993.

ticolare, esso sostanzia gli artt. 8, lett. j, sulla conservazione *in situ*<sup>3</sup>, 16, par. 3, sull'accesso e il trasferimento di tecnologia<sup>4</sup>, 19, parr. 1 e 2, sulla gestione della tecnologia e ripartizione dei vantaggi<sup>5</sup>, e, soprattutto, 15 sull'accesso alle risorse genetiche e la giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione ("ARB")<sup>6</sup>.

Complice un linguaggio non sempre chiarissimo, il PN ha suscitato diversi dubbi circa la corretta interpretazione e implementazione dello stesso<sup>7</sup>, tanto da venire bollato come un "*masterpiece in creative ambi-*

<sup>3</sup> "Per quanto possibile e opportuno, ogni parte contraente [...] rispetta, preserva e mantiene le conoscenze, le innovazioni e le pratiche delle comunità autoctone e locali che impersonano modi di vita tradizionali [...] e incoraggia la ripartizione equa dei benefici derivanti dall'utilizzazione di tali conoscenze, innovazioni e pratiche".

<sup>4</sup> "Ogni parte contraente adotta le opportune misure legislative, amministrative o politiche volte a garantire alle parti contraenti che forniscono risorse genetiche, [...] l'accesso alla tecnologia che utilizza tali risorse ed il trasferimento di essa".

<sup>5</sup> "Ogni parte contraente adotta le opportune misure legislative, amministrative o politiche per garantire la partecipazione effettiva alle attività di ricerca biotecnologica delle parti contraenti [...] [e] adotta tutti i provvedimenti possibili per incoraggiare e favorire l'accesso prioritario, su una base giusta ed equa, ai risultati e ai vantaggi ottenuti dalle biotecnologie alle parti contraenti".

<sup>6</sup> In particolare, i parr. 2 ("[o]gni parte contraente si sforza di creare le condizioni adatte per facilitare l'accesso di altre parti contraenti alle risorse genetiche ai fini di un'utilizzazione innocua per l'ambiente e per non imporre restrizioni contrarie agli obiettivi della presente Convenzione"), 5 ("[l]'accesso alle risorse genetiche è soggetto all'autorizzazione preventiva rilasciata sulla base delle informazioni ricevute dalla parte contraente che mette a disposizione dette risorse") e 7 ("[o]gni parte contraente adotta opportune misure legislative, amministrative o politiche [...] al fine di ripartire in modo giusto ed equo, tra essa stessa e la parte contraente che fornisce le risorse, i risultati della ricerca e dello sviluppo, nonché i benefici che risultano dall'utilizzazione commerciale e di altro tipo di dette risorse genetiche. Tale ripartizione si effettua secondo modalità convenute di comune accordo").

<sup>7</sup> Cfr. V. VENEROSO, *La disciplina multi-livello dell'"access and benefit-sharing" nell'utilizzo delle risorse genetiche e delle conoscenze tradizionali associate: il Protocollo di Nagoya e il regolamento (UE) n. 511/2014*, in questa *Rivista*, 2016, 2, pp. 329 e ss. e B. COLLSAET et al. (a cura di), *Implementing the Nagoya Protocol: Comparing Access and Benefit-Sharing Regimes in Europe*, Leida, Boston, 2015. Per un commentario del PN cfr. E. MORGERA, E. TSIOUNAMI, M. BUCK, *Unravelling the Nagoya Protocol: A Commentary on the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing to the Convention on Biological Diversity*, Leida, Boston, 2015. In tema di ARB si veda anche, più in generale, R. PAVONI, D. PISELLI, *Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing*, in E. MORGERA, J. RAZZAQUE (a cura di), *Biodiversity and Nature Protection Law*, Northampton, Cheltenham, 2017, pp. 237 e ss.



*quity*”<sup>8</sup>. Uno degli aspetti maggiormente controversi, tuttavia, è emerso soltanto di recente e attiene all’applicabilità del PN alle cosiddette “informazioni digitali sequenziate” (*digital sequence information*, “DSI”) <sup>9</sup>.

In mancanza di una definizione condivisa, è possibile descrivere in prima battuta le DSI come quei dati digitali che derivano dal sequenziamento delle informazioni genetiche contenute nelle cellule<sup>10</sup>. Questi dati sono normalmente trasmessi e/o condivisi telematicamente in privato o in rete, spesso su banche dati in *open-access* specificamente dedicate, e possono essere utilizzati a diversi fini, strettamente scientifici e/o commerciali, alle volte anche senza la disponibilità del supporto materiale originario, vale a dire la risorsa genetica sequenziata (si parla anche di “fonti *in silico*”) <sup>11</sup>.

Le DSI hanno posto due questioni principali: la prima è se e in che misura sia possibile qualificare le DSI alla stregua di ‘risorse genetiche’ ai sensi della CDB/PN; la seconda, indipendentemente dalla risposta alla prima, è quale dovrebbe/potrebbe essere il regime di ARB applicabile alle stesse.

Queste questioni hanno importanti ricadute pratiche. Un esempio recente è fornito dalla sintetizzazione di un nuovo farmaco a base di anticorpi monoclonali per trattare l’ebola (REGN-EB3)<sup>12</sup>. Lo Stato fornitore

<sup>8</sup> M.A. BAGLEY, *De-Materializing Genetic Resources: Synthetic Biology, Intellectual Property and the ABS Bypass*, in C.R. McMANIS, B. ONG (a cura di), *Routledge Handbook of Biodiversity and the Law*, Londra, New York, 2018, p. 224.

<sup>9</sup> Su questo punto, cfr. A. G. BERGER FILHO, B. GOMES MAIA, *The Inclusion of the Digital Sequence Information (DSI) in the Scope of the Nagoya Protocol and Its Consequences*, in *Revista de direito internacional*, 2022, 1, pp. 242 e ss., V. VENEROSO, *Utilizzo di informazioni genetiche digitali. Impatto su Access and Benefit Sharing e Protocollo di Nagoya*, in *Innovazione in Botanicals*, 2022, 2, pp. 32 e ss., E. MORGERA, S. SWITZER, M. GEELHOED, *Study for the European Commission on ‘Possible Ways to Address Digital Sequence Information - Legal and Policy Aspects’*, Glasgow, 2020, pp. 1 e ss., C. LAWSON, F. HUMPHRIES, M. ROURKE, *The Future of Information under the CDB, Nagoya Protocol, Plan Treaty and PIP Framework*, in *Journal of World Intellectual Property*, 2019, 3, pp. 103 e ss. e O. MANNIEN, ‘De-Materialisation’ of Genetic Resources: *Can Evolutionary Interpretation Ensure the Relevance of the International Access and Benefit-Sharing Regime?*, in *Finnish Yearbook of International Law*, 2016, pp. 3 e ss.

<sup>10</sup> Cfr. *infra*, n. 3.

<sup>11</sup> M.A. BAGLEY, *op. cit.*, p. 220.

<sup>12</sup> Il caso è descritto in E. HAMMOND, *Ebola: Company Avoids Benefit-Sharing Obligation by Using Sequences*, in *Briefing Paper*, 2019, p. 1.

della risorsa genetica era la Guinea e l'utilizzatore era il Nocht Institute di Amburgo. Era stato il Nocht Institute a sequenziare il ceppo del virus per attività di ricerca. I *mutually agreed terms* ("MATs") tra Guinea e Nocht Institute, conclusi ai sensi del PN – i quali, come si dirà, costituiscono uno strumento di natura contrattuale mediante il quale il fornitore e l'utilizzatore si accordano circa la ripartizione "giusta ed equa" dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche condivise –, prevedevano che quest'ultimo, qualora avesse concesso a un utilizzatore terzo l'accesso al materiale genetico, avrebbe dovuto inserire nei relativi MATs un obbligo di ripartizione dei benefici economici con la Guinea. Il Nocht Institute aveva però caricato su *GenBank*, una banca dati in *open-access* finanziata dagli Stati Uniti, il sequenziamento del ceppo del virus. La Regeneron, una multinazionale farmaceutica americana, ha così potuto utilizzare le DSI caricate su *GenBank* per sviluppare e brevettare detto farmaco senza oneri nei confronti della Guinea, poiché i MATs tra quest'ultima e il Nocht Institute non facevano alcun riferimento all'ARB delle DSI<sup>13</sup>.

I numerosi e rilevanti interessi coinvolti in episodi di questo tipo spiegano perché il tema dell'ARB delle DSI sia stato oggetto di un acceso dibattito nelle ultime Conferenze delle parti ("Cdp") della CDB/PN<sup>14</sup>. Da ultimo, la quindicesima Cdp ha istituito un meccanismo multilaterale di ARB delle DSI nell'ambito della CDB, ma al di fuori del PN. Come si dirà, questa soluzione, non ulteriormente dettagliata, presenta alcuni vantaggi, ma solleva anche diversi interrogativi. In particolare, appare opportuno chiedersi quali dovrebbero/potrebbero essere le caratteristiche di questo meccanismo al fine di garantire un'ARB delle DSI in linea con gli obiettivi della CDB.

Alla luce di queste importanti novità, il presente contributo è volto a fornire un'analisi approfondita sulle problematiche e le prospettive che hanno interessato e interessano il tema dell'ARB delle DSI nel diritto in-

<sup>13</sup> *Ibid.*, pp. 2-3. Questo episodio costituisce un caso tutt'altro che isolato. Cfr., per altri esempi, M. ROURKE et al., *Policy Opportunities to Enhance Sharing for Pandemic Researches*, in *Science*, 2020, 6492, pp. 717 e ss.

<sup>14</sup> La Cdp della CDB serve anche da Incontro delle parti del PN per i relativi Stati parti. Per praticità, e salvo quando strettamente necessario, si farà qui riferimento alla sola Cdp della CDB, anche perché gli obblighi di ARB sull'utilizzazione delle risorse genetiche discendono anche dall'art. 15 della CDB.

ternazionale. Esso si dividerà in quattro parti. La prima, dopo una rapida illustrazione del meccanismo di ARB previsto dal PN, esamina i concetti di risorsa genetica e DSI e discute le ragioni che giustificherebbero (o meno) l'inclusione del secondo nel primo; la seconda parte indaga i problemi pratici relativi all'applicazione (o alla non applicazione) dei meccanismi di ARB alle DSI, nonché i vantaggi e le incognite della decisione della quindicesima Cdp di istituire un meccanismo multilaterale di ARB delle DSI nell'ambito della CDB, ma al di fuori del PN. La terza parte esplora i meccanismi multilaterali alternativi di ARB di specifiche tipologie di risorse genetiche e/o delle DSI esistenti o in corso di discussione al fine di proporre alcuni spunti circa le caratteristiche che questo nuovo meccanismo dovrebbe/potrebbe avere in futuro. Infine, il contributo offre alcune riflessioni in tema di de-materializzazione delle risorse genetiche e ARB delle DSI.

2. *Il meccanismo di accesso e ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche previsto dal Protocollo di Nagoya*

In ossequio al principio della "sovranità genetica"<sup>15</sup>, il PN riconosce che, da un lato, gli Stati parti sono liberi di regolare o meno l'accesso alle proprie risorse genetiche<sup>16</sup>, sebbene accettino di "crea[re] condizioni atte a promuovere e incoraggiare attività di ricerca che contribuiscano alla conservazione e all'uso sostenibile della diversità biologica, [...] anche mediante procedure semplificate per l'accesso a scopo di ricerca di tipo non commerciale"<sup>17</sup>; dall'altro, afferma che, qualora essi decidano

<sup>15</sup> Vale a dire il fatto che "gli Stati hanno il diritto sovrano di sfruttare le loro risorse in conformità con le loro politiche ambientali [...]", art. 3 della CDB. Cfr. anche art. 6, par. 1, del PN. Autorevole dottrina sottolinea come da un'interpretazione sistemica dell'art. 246, par. 1, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Montego Bay, 1982) ("CNUDM") possa desumersi che tale principio si applica anche alle risorse genetiche situate in quelle zone di mare ove lo Stato costiero gode di diritti (soltanto) sovrani, vale a dire la zona economica esclusiva e la piattaforma continentale, cfr. T. SCOVAZZI, *The Rights to Genetic Resources beyond National Jurisdiction: Challenges for the Ongoing Negotiations at the United Nations*, in C. BANET (a cura di), *The Law of the Seabed: Access, Uses and Protection of Seabed Resources*, Leida, Boston, 2020, p. 223.

<sup>16</sup> Art. 6, par. 1, del PN.

<sup>17</sup> Art. 8, lett. a, del PN.

di regolare tale accesso, dovranno subordinare lo stesso al rilascio di un consenso informato preventivo (*prior informed consent*, “PIC”) e adottare tutte le misure necessarie perché tale accesso avvenga in conformità ai requisiti di certezza, chiarezza, trasparenza e non discriminazione<sup>18</sup>.

Il PN stabilisce poi l’obbligo di ripartizione dei “benefici”, monetari o meno<sup>19</sup>, derivanti dall’utilizzazione delle risorse genetiche. Tale ripartizione avviene tra il “fornitore” e l’“utilizzatore”, soggetti giuridici pubblici o privati situati in Stati parti differenti. In particolare, il fornitore – come, per esempio, un’amministrazione locale o regionale dello Stato d’origine, quando la risorsa genetica si trova *in situ*, ovvero un’università o una collezione privata, quando la risorsa genetica si trova *ex situ* – detiene il possesso materiale della risorsa genetica, mentre l’utilizzatore – come, per esempio, un’altra università o un’impresa farmaceutica – accede alla stessa al fine di condurre attività di ricerca e sviluppo<sup>20</sup>. La ripartizione dei benefici deve essere “giusta ed equa”<sup>21</sup> e deve avvenire sulla base di termini mutualmente concordati, i MATs<sup>22</sup>.

In sintesi, il PN predispose un meccanismo di ARB delle risorse genetiche fortemente “bilaterale”. L’accesso alle risorse genetiche, quando regolato, è subordinato al rilascio di un’autorizzazione (PIC) e il rapporto giuridico tra fornitore e utilizzatore, inclusa la ripartizione dei benefici, è determinato secondo una logica transattiva (*do ut des*) e sanzionato in un contratto (MATs)<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Art. 6, par. 3, del PN.

<sup>19</sup> Art. 5, par. 4. Una lista non esaustiva di “benefici”, monetari e non, è contenuta nell’Allegato al PN.

<sup>20</sup> Art. 2, lett. c, del PN.

<sup>21</sup> Il PN non definisce i concetti di “giustizia” ed “equità” ma richiede agli Stati parti di incoraggiare i fornitori e gli utilizzatori a destinare una parte dei benefici alla conservazione della diversità biologica e all’uso durevole dei suoi componenti (art. 9). Cfr. anche B. DE JONGE, *What is Fair and Equitable Benefit-Sharing?*, in *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 2011, 2, pp. 127 e ss.

<sup>22</sup> Art. 5, par. 1, del PN.

<sup>23</sup> L. WALLBOTT, F. WOLFF, J. POZAROWSKA, *The Negotiations of the Nagoya Protocol*, in S. OBERTHÜR, G.K. ROSENDAL (a cura di), *Global Governance of Genetic Resources: Access and Benefit Sharing after the Nagoya Protocol*, Londra, New York, 2014, p. 35.

### 3. *Le risorse genetiche e le digital sequence information: due definizioni*

L'art. 2 della CDB stabilisce che “l'espressione ‘risorse genetiche’ significa il materiale genetico – vale a dire, “il materiale di origine vegetale, animale, microbico o altro, contenente unità funzionali dell'eredità” – avente valore effettivo o potenziale”. L'espressione non comprende le risorse genetiche di origine umana<sup>24</sup>.

Il cappello dell'art. 2 del PN stabilisce che la definizione di risorse genetiche fornita dalla CDB si applica anche al PN<sup>25</sup>. Quest'ultimo espande inoltre questo concetto ai cosiddetti “derivati”, vale a dire quei “composti biochimici esistenti in natura che risultano dall'espressione genetica o dal metabolismo di risorse genetiche o biologiche, anche qualora non contengano unità funzionali dell'eredità”<sup>26</sup>, quali resine, alcaloidi delle piante e proteine<sup>27</sup>.

I maggiori dubbi interpretativi sulla definizione di risorse genetiche attengono alle nozioni di “unità funzionale dell'eredità” e “valore effettivo o potenziale”.

Circa il primo, né la CDB, né il PN forniscono una definizione di unità funzionale dell'eredità. Com'è stato osservato, dai lavori preparatori della CDB è ragionevole desumere che, al tempo delle negoziazioni (1989-1992), l'espressione unità funzionale dell'eredità venisse intesa quale sinonimo di “gene”, vale a dire un segmento di DNA che codifica una sequenza nucleotidica<sup>28</sup>. I geni contengono delle informazioni (codificate, per l'appunto, nella sequenza nucleotidica) complete e specifiche per una certa caratteristica fisica o biologica<sup>29</sup>. L'impiego del termine “funzionale” era volto proprio a escludere dalle risorse genetiche quel

<sup>24</sup> Cfr. doc. UNEP/CBD/COP/DEC/II/11 (2014), par. 2.

<sup>25</sup> Questa specificazione è necessaria poiché il cappello dell'art. 2 della CDB limita la validità delle definizioni fornite “ai fini della [...] Convenzione”.

<sup>26</sup> Art. 2, lett. e, del PN.

<sup>27</sup> Cfr. E. MORGERA, E. TSIOUNAMI, M. BUCK, *op. cit.*, p. 60.

<sup>28</sup> M.W. TVEDT, P.J. SCHEI, *The Term “Genetic Resources”: Flexible and Dynamic While Providing Legal Certainty?*, in S. OBERTHÜR, G.K. ROSENDAL (a cura di), *Global Governance of Genetic Resources: Access and Benefit Sharing after the Nagoya Protocol*, Londra, New York, 2014, p. 20.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 21. Cfr. anche C. LAWSON, *Regulating Information in Molecules: The Convention on Biological Diversity and Digital Sequence Information*, in *Law, Technology and Humans*, 2022, 1, pp. 18 e ss.

materiale genetico contenente unità dell'eredità 'non funzionale' o, in altre parole, quell'abbondante porzione di DNA che non codifica alcuna sequenza nucleotidica e la cui funzione è ancora oggetto di ricerca<sup>30</sup>.

Circa il secondo, l'idea di "valore" si estende senza dubbio al di là del valore economico del materiale genetico. Il valore delle risorse genetiche è, per definizione, multidimensionale: esso può assumere una connotazione economica, sociale, culturale o anche spirituale. L'ampiezza della nozione di "valore" implica che qualsiasi sfaccettatura di questo termine possa essere rilevante nella qualificazione di una risorsa genetica come tale<sup>31</sup>. Il concetto di valore può allora ricavarsi più chiaramente in relazione a quello di utilizzazione della risorsa genetica, nel senso che il valore di quest'ultima coinciderà con l'"effettiva" o "potenziale" produzione di un beneficio, monetario o meno<sup>32</sup>.

Il concetto di valore "effettivo" o "potenziale" invece si comprende meglio alla luce dello stato dell'arte delle conoscenze scientifiche e della tecnologia al momento dell'accesso alla risorsa genetica. Può infatti darsi che l'accesso avvenga per sfruttare il valore già conosciuto o facilmente riscontrabile della stessa. Più di frequente, tuttavia, il valore è soprattutto "potenziale", nel senso che l'utilizzatore intende svolgere attività di ricerca e sviluppo sulla risorsa genetica (magari priva di valore effettivo) proprio al fine di vagliarne le potenzialità meno note<sup>33</sup>.

Così definito il concetto di "risorse genetiche" ai sensi della CDB/PN, è necessario valutare se e in che misura le DSI rientrino nello stesso.

Come accennato, il materiale genetico contiene informazioni complete e specifiche per una certa proprietà di un dato essere vivente. I rapidi avanzamenti tecnologici nell'ambito del sequenziamento genetico permettono oggi di leggere, convertire in formato digitale, scambiare telematicamente e analizzare queste informazioni in maniera molto più efficiente e accurata, alle volte anche senza la disponibilità materiale della risorsa genetica originaria. La letteratura scientifica qualifica quindi le DSI come quelle informazioni estratte, sotto forma di dati, dal sequenziamento delle risorse genetiche<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> M.W. TVEDT, P.J. SCHEI, *op. cit.*, p. 23.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>34</sup> Cfr., *inter alia*, J.C. MEDAGLIA, *Digital Sequence Information (DSI) and Benefit-*

Questa definizione è tuttavia più generica di quanto appaia, giacché queste informazioni non sono ‘statiche’, ma ‘variano’ (seppur a sequenza nucleotidica invariata, cosiddetta ‘epimutazione’) seguendo quel processo biologico che va dalla trascrizione del DNA (dati genomici) nel RNA (dati trascrittomici) alla biosintesi nei metaboliti (dati metabolici), passando per la traduzione nelle proteine (dati proteici)<sup>35</sup>. A seconda della ‘tipologia’ di materiale genetico che si sequenzia (acidi nucleici – vale a dire DNA o RNA –, proteine o metaboliti) o, anche, del *momento* in cui essa si sequenzia, si possono pertanto ottenere DSI diverse<sup>36</sup>. Il problema deriva proprio dal fatto che manca un consenso circa quali ‘gruppi’ di informazione sequenziata costituiscano le DSI. Le ipotesi sono varie: si passa da un’interpretazione ‘ristretta’ che ricomprende soltanto le DSI derivanti dal sequenziamento degli acidi nucleici, a interpretazioni ‘intermedie’ o ‘ampie’ che includono tutte le informazioni associate con la trascrizione, traduzione e biosintesi, fino alle ‘informazioni sussidiarie’ (*downstream subsidiary information*) sulla risorsa genetica, quali i metadati campione, la tassonomia, i fattori ambientali biotici/abiotici, le conoscenze tradizionali, i dati fenotipici, le relazioni ecologiche e i dati comportamentali<sup>37</sup>.

Queste incertezze derivano dal fatto che l’espressione stessa è priva di una chiara pregnanza tecnica, scientifica e/o giuridica. Essa venne per la prima volta utilizzata nel 2016 nel corso della tredicesima Cdp della CDB. In particolare, gli Stati parti notavano che “*digital sequence information on genetic resources is a cross-cutting issue that may concern the three objectives of the Convention on Biological Diversity*”, riservandosi di svolgere ulteriori approfondimenti sulla definizione delle DSI<sup>38</sup>. Da allora, la Cdp della CDB ha commissionato quattro studi sulle DSI<sup>39</sup>. Questi

*Sharing Arising from Its Use: An Unfinished Discussion*, in *GRUR International*, 2020, 6, p. 565.

<sup>35</sup> W. HOUSSEN, R. SARA, M. JASPARS, *Digital Sequence Information on Genetic Resources: Concept, Scope and Current Use*, doc. CBD/DSI/AHTEG/2020/1/3, Allegato I (2020), p. 12.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>38</sup> Doc. UNEP/CBD/COP/DEC/13/16 (2016), p. 1.

<sup>39</sup> F. ROHDEN et al., *Combined Study on Digital Sequence Information (DSI) in Public and Private Database*, doc. CBD/DSI/AHTEG/2020/1/4 (2020); M.A. BAGLEY et al., *Fact-Finding Study on How Domestic Measures Address Benefit-Sharing Arising*

studi concordano nel qualificare l'impiego del termine come provvisorio (*placeholder*) in attesa di formulare una definizione più chiara, ma nessuno di essi ha proposto una soluzione definitiva<sup>40</sup>. La quindicesima Cdp della CDB ha nuovamente rinviato l'adozione di una definizione condivisa<sup>41</sup>.

Il problema in questione è esacerbato dall'impiego variabile della nozione delle DSI nel diritto interno. La maggioranza degli Stati parti della CDB/PN non ha adottato una normativa nazionale sull'ARB delle DSI<sup>42</sup>. I motivi variano: alcuni Stati ritengono che la CDB/PN non si applichino alle DSI; altri si sono riservati di introdurre una normativa *ad hoc* in futuro; altri ancora starebbero aspettando di conoscere gli sviluppi a livello internazionale<sup>43</sup>.

Altri Stati parti, invece, considerano che il concetto di DSI ricada in quello di risorse genetiche ai sensi della CDB/PN. Essi hanno quindi introdotto una normativa sull'ARB delle risorse genetiche che copra, anche implicitamente e non senza qualche ambiguità, le DSI<sup>44</sup>. Il Brasile e il Mozambico, per esempio, parlano di "informazioni di origine ge-

*from Commercial and Non-Commercial Use of Digital Sequence Information on Genetic Resources and Address the Use of Digital Sequence Information on Genetic Resources for Research and Development*, doc. CBD/DSI/AHTEG/2020/1/5 (2020); W. HOUSSEN, R. SARA, M. JASPARS, *op. cit.*; e S.A. LAIRD, R. P. WYNBERG, *A Fact-Finding and Scoping Study on Digital Sequence Information on Genetic Resources in the Context of the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol*, doc. CBD/DSI/AHTEG/2018/1/3 (2018).

<sup>40</sup> F. ROHDEN et al., *op. cit.*, p. 13; M.A. BAGLEY et al., *op. cit.*, p. 8; W. HOUSSEN, R. SARA, M. JASPARS, *op. cit.*, p. 10; e S. A. LAIRD, R.P. WYNBERG, *op. cit.*, p. 22.

<sup>41</sup> Doc. CBD/COP/DEC/15/9 (2022), p. 2, punto 1.

<sup>42</sup> M.A. BAGLEY et al., *op. cit.*, p. 27.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 10. Si tratta di 18 Stati: Australia (Queensland), Bahrain, Bhutan, Bolivia, Cina, Colombia, Costa Rica, India, Kenya, Malawi, Malesia, Mozambico, Namibia, Panama, Perù e Sudafrica. Da un punto di vista operativo, le normative nazionali in tema di ARB delle DSI estratte dalle risorse genetiche provenienti dallo Stato in questione comportano diverse e complesse obbligazioni, sia in capo all'utilizzatore che a eventuali soggetti terzi. Nello scenario più semplice, l'accesso a tali DSI sarà subordinato al rilascio di un PIC e l'utilizzazione, nonché la ripartizione dei derivanti benefici, saranno regolati nei MATs. Per un approfondimento, cfr. DE NOVION, *National ABS Approaches to DSI: Perspectives, Options and Limits*, Bonn, Eschbron, 2022, in particolare pp. 14-18.



netica<sup>45</sup>; il Costa Rica di “conoscenze associate alle risorse genetiche e/o biochimiche”<sup>46</sup>; la Colombia include nel concetto di unità funzionale dell’eredità qualsiasi “informazione sul codice genetico”<sup>47</sup>; l’India precisa che l’attività di ricerca e sviluppo coinvolge “qualsiasi tipo di ricerca biotecnologica”<sup>48</sup>; il Kenya e il Perù estendono l’accesso alle risorse genetiche alle “componenti intangibili”<sup>49</sup>; la Malesia qualifica come “risorse biologiche” “qualsiasi informazione relativa alle risorse genetiche”<sup>50</sup>; anche la legislazione del Sudafrica, seppur facendo un generico riferimento al “materiale genetico” è stata interpretata come applicabile alle DSI<sup>51</sup>.

In un quadro così frammentato, appare condivisibile la posizione di chi ritiene preferibile impiegare una definizione ‘conservativa’, imperniata su un’interpretazione ristretta del termine in quanto minimo comun denominatore del dibattito in materia. Per DSI si intenderanno quindi le sole informazioni che derivano dal sequenziamento del DNA, vale a dire i ‘dati genomici’<sup>52</sup>.

#### 4. È possibile far rientrare le digital sequence information nel concetto di risorse genetiche?

Dopo aver definito i concetti di risorse genetiche e di DSI è possibile domandarsi se e in che misura il secondo possa farsi rientrare nel primo.

*In primis*, vale la pena sottolineare che l’utente e il fornitore

<sup>45</sup> Rispettivamente, art. 1, lett. q, Decreto 9 agosto 2007, n. 19 e art. 2, par. I, Legge 20 maggio 2015, n. 13213.

<sup>46</sup> Art. 7, par. 1, Legge 30 aprile 1998, n. 7788. Al gennaio 2023, il Costa Rica è parte della CDB ma non del PN.

<sup>47</sup> Art. 2, par. 1, Risoluzione 14 agosto 2014, n. 1348. Al gennaio 2023, la Colombia è parte della CDB ma non del PN.

<sup>48</sup> Art. 2, lett. m, Atto 5 febbraio 2013, n. 18.

<sup>49</sup> Rispettivamente, parte I, par. 2, Atto 23 ottobre 2006, n. 160 e art. 4, Allegato (*Reglamento de acceso a recursos genéticos*), Decreto Supremo 6 febbraio 2009, n. 3.

<sup>50</sup> Parte I, par. 4, Atto 9 ottobre 2017, n. 795.

<sup>51</sup> Art. 1, par. 1, lett. b, Atto 7 giugno 2004, n. 10. Cfr. M.A. BAGLEY et al., *op. cit.*, pp. 17-18.

<sup>52</sup> Questa scelta è condivisa in F. ROHDEN et al., *op. cit.*, p. 14. Cfr. anche art. 4.2 delle Linee-guida sulla preparazione all’influenza pandemica: “[g]enetic sequences’ means the order of nucleotides found in a molecule of DNA or RNA”.

possono prendere in considerazione l'utilizzazione delle DSI nei MATs sull'ARB delle risorse genetiche<sup>53</sup>. Per esempio, i MATs potrebbero prevedere obbligazioni sull'estrazione e sulla condivisione delle DSI sulle banche dati in *open-access*, in materia di ripartizione dei benefici monetari, nonché limitare i “gruppi” di informazioni sequenziabili. Le legislazioni del Sudafrica e del Malawi predispongono modelli di MATs di questo tipo<sup>54</sup>. In questo caso, i MATs definiscono le DSI mediante un rinvio alla normativa dello Stato fornitore o di uno Stato terzo, ovvero contengano una definizione *ad hoc*.

Al di là di questa ipotesi, è controverso se le DSI possano qualificarsi come risorse genetiche. Ciò equivarrebbe a valorizzare il lato “informativo” di queste ultime, vale a dire il fatto che il valore delle risorse genetiche non risiede soltanto nell'utilizzazione del materiale genetico in sé, ma anche – e soprattutto<sup>55</sup> – nell'utilizzazione delle ‘informazioni’ che esse contengono. Il valore informativo delle risorse genetiche è pacifico<sup>56</sup>. Il problema, tuttavia, è capire se la CDB/PN si applichino anche a questo aspetto delle risorse genetiche.

I principi e criteri per interpretare la CDB e il PN sono elencati agli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (“CV-DT”)<sup>57</sup>. L'art. 31, par. 1, stabilisce che i trattati devono essere interpretati in buona fede e in conformità ai criteri letterale, contestuale e teleologico, vale a dire “in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo”. L'art. 32 precisa che “si potrà ricorrere a mezzi complementari d'interpretazione, ed in particolare ai lavori preparatori ed alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso, alla scopo, sia di confermare il significato risultante dall'applicazione dell'articolo 31, che di definire un significato quando l'interpretazione data in base a quest'ultimo lasci il significato ambiguo od oscuro”.

<sup>53</sup> Cfr. E. MORGERA, S. SWITZER, M. GEELHOED, *op. cit.*, p. 15.

<sup>54</sup> M.A. BAGLEY et al., *op. cit.*, p. 23.

<sup>55</sup> M. RUIZ MULLER, *Genetic Resources as Natural Information: Implications for the Convention on Biological Diversity and Nagoya Protocol*, Londra, New York, 2015, p. 4.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (Vienna, 1969). Il testo qui utilizzato è una traduzione disponibile in R. LUZZATTO, F. POCAR (a cura di), *Codice di diritto internazionale pubblico*, 8ª ed., Torino, 2010, pp. 33 e ss.

Un'interpretazione letterale della CDB/PN può fornire risultati contrastanti. Alcuni Stati parti sostengono che il concetto di risorse genetiche sia limitato al lato 'materiale' e non si estenda fino a ricomprendere il lato 'informazionale' delle stesse<sup>58</sup>. Secondo Australia, Canada e Svizzera, questa interpretazione, oltre che da una lettura letterale della definizione impiegata dalla CDB/PN, sarebbe supportata, in via complementare, dai lavori preparatori e dalle circostanze nelle quali questi trattati vennero conclusi e dalle quali si evince che, anche in considerazione dello stato dell'arte della tecnologia del tempo, gli Stati contraenti concepissero le risorse genetiche quali risorse 'tangibili'<sup>59</sup>. Come visto, altri Stati parti, in conformità agli obblighi derivanti dalla CDB/PN, hanno invece adottato una normativa sull'ARB applicabile anche alle DSI<sup>60</sup>. Coerentemente, alcuni di essi affermano che il concetto di risorsa genetica impiegato dalla CDB/PN possa includere le DSI<sup>61</sup>. La stessa posizione è mantenuta da altri Stati privi di una normativa nazionale specifica<sup>62</sup>.

Un'interpretazione contestuale e/o teleologica potrebbe avallare l'esclusione delle DSI dall'ambito di applicazione della CDB/PN. Questa interpretazione si basa sul fatto che sottoporre le DSI a un sistema di ARB imperniato sul PIC e i MATs finirebbe inevitabilmente per limitare la condivisione di queste informazioni in futuro, in netto contrasto con il modello attuale, costruito intorno a banche dati in *open-access*<sup>63</sup>.

In particolare, alcuni Stati parti hanno sostenuto che gli artt. 5<sup>64</sup>, 16,

<sup>58</sup> Per esempio, Australia, Canada, Corea del Sud, Giappone, Stati Uniti, gli Stati dell'Unione europea ("Ue") e Svizzera, cfr. Gruppo *ad hoc* di esperti tecnici, *Synthesis of Views and Information related to Digital Sequence Information on Genetic Resources*, doc. CBD/DSI/AHTEG/2020/1/2 (2020), p. 18. Cfr. anche le posizioni degli Stati parti precedentemente espresse in Gruppo *ad hoc* di esperti tecnici, *Synthesis of Views and Information on the Potential Implications of the Use of Digital Sequence Information on Genetic Resources for the Three Objectives of the Convention and the Objective of the Nagoya Protocol*, doc. CBD/DSI/AHTEG/2018/1/2 (2018).

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>60</sup> Cfr. *supra*, n. 3.

<sup>61</sup> Per esempio, Colombia, Costa Rica, India e Sudafrica, cfr. Gruppo *ad hoc* di esperti tecnici, *Synthesis of Views and Information* (2020), cit., p. 19.

<sup>62</sup> Per esempio, Bielorussia, Etiopia, Iran e Madagascar, *Ibid.*

<sup>63</sup> V. VENEROSO, *Utilizzo di informazioni genetiche digitali*, cit., p. 32.

<sup>64</sup> "Ciascuna Parte contraente [...] coopererà con le altre Parti contraenti [...] in vista della conservazione e dell'uso durevole della diversità biologica".

par. 1<sup>65</sup>, 17, par. 1<sup>66</sup>, e, più in generale, l'oggetto e lo scopo della CDB<sup>67</sup> giustificano l'esclusione delle DSI dall'applicazione della CDB<sup>68</sup>. Le medesime considerazioni potrebbero valere in relazione agli artt. 1<sup>69</sup>, 8, lett. a<sup>70</sup>, 9<sup>71</sup> e 23<sup>72</sup> del PN. Un argomento spesso correlato – proposto, *inter alia*, da Canada, Giappone, Stati Uniti e Stati dell'Ue – è che la condivisione in *open-access* delle DSI, oltre che conforme agli obiettivi della CDB/PN in quanto funzionale alla conservazione e allo sviluppo sostenibile della diversità biologica, costituirebbe, di per sé, una forma non monetaria di ripartizione dei benefici nei confronti della comunità scientifica internazionale e della società nel suo insieme<sup>73</sup>.

D'altronde, un'interpretazione contestuale e/o teleologica della CDB/PN potrebbe anche suggerire l'applicabilità dell'ARB alle DSI, giacché entrambi gli strumenti giuridici riconoscono ed enfatizzano il principio della sovranità genetica e della ripartizione *giusta ed equa* dei benefici<sup>74</sup>.

<sup>65</sup> “Ciascuna Parte contraente [...] si impegna [...] a fornire e/o agevolare ad altre Parti contraenti l'accesso alle tecnologie necessarie per la conservazione e l'uso durevole della diversità biologica”.

<sup>66</sup> “Le Parti contraenti agevoleranno lo scambio di informazioni, provenienti da ogni fonte accessibile al pubblico, relative alla conservazione ed all'uso durevole della diversità biologica”.

<sup>67</sup> Vale a dire “[l]a conservazione della diversità biologica, l'uso durevole dei suoi componenti e la ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche”, art. 1 della CDB.

<sup>68</sup> Gruppo *ad hoc* di esperti tecnici, *Synthesis of Views and Information* (2020), cit., p. 20.

<sup>69</sup> “L'obiettivo del presente protocollo è la giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche [...] contribuendo in tal modo alla conservazione della diversità biologica e all'uso sostenibile dei suoi componenti”.

<sup>70</sup> “[C]iascuna delle parti [...] crea condizioni atte a promuovere e incoraggiare attività di ricerca che contribuiscano alla conservazione e all'uso sostenibile della diversità biologica [...] considerando la necessità di tenere conto dei cambiamenti nelle finalità della ricerca”.

<sup>71</sup> “Le parti incoraggiano utilizzatori e fornitori a convogliare i benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche verso la conservazione della diversità biologica e l'uso sostenibile dei suoi componenti”.

<sup>72</sup> “[P]er conseguire l'obiettivo del presente protocollo, le parti collaborano e cooperano ai programmi di ricerca e sviluppo tecnico e scientifico, nonché alle attività di ricerca in campo biotecnologico”.

<sup>73</sup> Gruppo *ad hoc* di esperti tecnici, *Synthesis of Views and Information* (2020), cit., p. 20.

<sup>74</sup> Rispettivamente, artt. 3 e 15 della CDB e 1, 5, 6, par. 1, e 12 del PN.

Alcuni Stati parti – tra cui Brasile, Costa Rica e Messico – hanno quindi sottolineato che la ripartizione dei benefici non monetari, per quanto positiva, non può soppiantare *in toto* le legittime aspettative degli Stati fornitori delle risorse genetiche sequenziate circa la ripartizione dei benefici monetari derivanti dall'utilizzazione delle relative DSI. Ciò si tradurrebbe, in pratica, in un'indebita restrizione dei diritti sovrani sulle proprie risorse genetiche, intese sia quali risorse 'materiali' che 'informazionali'<sup>75</sup>.

Questi Stati hanno inoltre sostenuto che una liberalizzazione dei DSI comprometterebbe l'applicazione dell'art. 15 della CDB e del PN, poiché gli avanzamenti tecnologici in tema di sequenziamento digitale comporteranno un ulteriore aumento delle DSI disponibili in *open-access*. Come detto, alcune di queste DSI possono essere utilizzate anche in assenza della risorsa genetica originaria<sup>76</sup>. Questa tendenza rischierebbe così di convertirsi in una vera e propria prassi suscettibile di aggirare l'impianto normativo dell'ARB. In altre parole, secondo questi Stati, liberalizzare le DSI significherebbe, in prospettiva, abbandonare uno degli obiettivi della CDB e superare il PN<sup>77</sup>.

Entrambe le interpretazioni sollevano aspetti meritevoli di attenzione. Ci sono almeno due ragioni che, *prima facie*, parrebbero escludere che la definizione di risorse genetiche di cui alla CDB/PN possa interpretarsi nel senso di ricomprendere le DSI. La prima di ordine logico-giuridico, è la mancanza di una definizione condivisa di DSI. La validità di una qualsiasi interpretazione estensiva del concetto di risorsa genetica presupporrebbe infatti l'esistenza di una definizione precisa delle DSI. La seconda ragione, di ordine pratico-effettivo, è che, seppur per ragioni diverse, la maggioranza degli Stati parti della CDB/PN non ha incluso le DSI nell'ambito di applicazione della normativa nazionale sulle risorse genetiche. Peraltro, la condotta successiva degli Stati parti in applicazione del trattato è una circostanza contestuale da tenere in considerazione nell'interpretazione dello stesso<sup>78</sup>. Inoltre, gli utilizzatori sono soliti pubblicare su riviste scientifiche e/o condividere su banche dati in *open-access* le

<sup>75</sup> Gruppo *ad hoc* di esperti tecnici, *Synthesis of Views and Information* (2020), cit., p. 21.

<sup>76</sup> Cfr. *supra*, n. 1.

<sup>77</sup> Gruppo *ad hoc* di esperti tecnici, *Synthesis of Views and Information* (2020), cit., p. 21.

<sup>78</sup> Art. 31, par. 3, lett. b, della CVDT.

DSI estratte dalle risorse genetiche ottenute ai sensi della CDB/PN. Fatte salve specifiche disposizioni contenute nei MATs e/o nelle normative nazionali, anche gli Stati parti favorevoli all'applicazione della CDB/PN alle DSI non hanno tacciato queste condotte di illiceità, limitandosi a esprimere le proprie preoccupazioni in merito alle conseguenze che una simile prassi potrebbe avere in futuro.

D'altro canto, parte della dottrina aveva già segnalato come un'interpretazione evolutiva della CDB/PN suggerisse che *“intangible content and new emerging uses of genetic resources can be captured by the scope of the regime through the interpretation of ‘genetic resources’”*<sup>79</sup>. Altri autori avevano poi rilevato come, più in generale, *“the exclusion of DSI from the scope of the CBD and the Nagoya Protocol [would be] considered to be contrary to the principles of effectiveness and good faith”*<sup>80</sup>.

Da ultimo, la quindicesima Cdp della CDB ha proposto per questo approccio. Infatti, pur ribadendo che *“there are divergent views on digital sequence information on genetic resources with regard to its scope under the Convention on Biological Diversity”*, essa, come si dirà, ha istituito *ex novo* un meccanismo multilaterale sull'ARB delle DSI (sebbene *al di fuori* del PN). Questa scelta appare sostanzialmente condivisibile in quanto funzionale, al di là della specifica categorizzazione delle DSI quali risorse genetiche, a garantire, a differenza di un meccanismo di ARB fortemente “bilaterale”, la piena efficacia della CDB alla luce dell'oggetto e scopo della stessa<sup>81</sup>.

##### 5. *Dal Protocollo di Nagoya al nuovo meccanismo di accesso e ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle digital sequence information*

Una questione diversa e a lungo discussa è quali problemi pratici solleverebbe l'applicazione di un meccanismo di ARB fortemente ‘bilaterale’, come previsto dalla CDB/PN, alle DSI. Come detto, un'analisi delle posizioni degli Stati parti, nonché della prassi applicativa, suggerisce che,

<sup>79</sup> O. MANNIEN, *op. cit.*, pp. 27-28.

<sup>80</sup> E. MORGERA, S. SWITZER, M. GEELHOED, *op. cit.*, p. 13.

<sup>81</sup> *Ibid.*

fatta salva la libertà contrattuale del fornitore e dell'utilizzatore di accordarsi come meglio ritengono nei MATs, questi trattati non possano interpretarsi nel senso di estendere questo meccanismo di ARB alle DSI estratte dalle risorse genetiche dello Stato d'origine<sup>82</sup>.

In astratto, tuttavia, come anche osservato da alcuni Stati parti, nulla impediva l'introduzione di una modifica alla CDB/PN al fine di sottoporre espressamente le DSI all'ARB<sup>83</sup>. L'individuazione dei problemi di applicazione dell'ARB alle DSI poteva inoltre essere utile per permettere alla Cdp del PN di valutare l'eventualità di istituire, ai sensi dell'art. 10 del PN, un meccanismo multilaterale volto specificamente a regolare l'ARB delle DSI<sup>84</sup>. Come si è accennato e si specificherà di seguito, questa eventualità si è in effetti concretizzata, seppur in termini innovativi<sup>85</sup>.

Innanzitutto, diversi rappresentanti della comunità scientifica internazionale<sup>86</sup>, nonché diversi gruppi di interesse economico, per lo più associazioni di multinazionali attive nel settore medico, farmaceutico e/o cosmetico<sup>87</sup>, hanno fortemente osteggiato l'applicazione del meccanismo di ARB previsto dalla CDB/PN alle DSI. Le ragioni sono diverse, seppur correlate, e si possono riassumere nei seguenti punti: l'introduzione di barriere alla ricerca, alla condivisione dei dati e all'innovazione in molti campi scientifici; una minore cooperazione internazionale in temi di interesse comune e una maggiore difficoltà nell'affrontare problematiche globali complesse, quali la tutela dell'ambiente, della salute e la lotta al cambiamento climatico; una minore 'riproducibilità sperimentale' e, dunque, un aumento dei costi delle attività di ricerca e sviluppo; maggiori incertezze giuridiche, costi di consulenza e di transazione e *red-taping*;

<sup>82</sup> Cfr. *supra*, n. 3.

<sup>83</sup> Gruppo *ad hoc* di esperti tecnici, *Synthesis of Views and Information* (2020), cit., p. 19.

<sup>84</sup> Cfr. *infra*.

<sup>85</sup> Cfr. *infra*.

<sup>86</sup> Per esempio, il *Wellcome Sanger Institute*, la *Society for the Preservation of Natural History Collections* (SPNCH), il *Consortium for European Taxonomy Facilities* (CE-TAF), il *Consortium of German Natural History Collections*, la *International Nucleotide Sequence Database Collaboration* (INSDC) e la *League of European Research Universities* (LERU).

<sup>87</sup> Per esempio, *UK Bioindustry Association* (BIA), *Japan Bioindustry Association* (JBA), *International Fragrance Association* (IFRA), *International Organization of the Flavor Industry* (IOFI).

e una riduzione degli investimenti in molti campi scientifici di potenziale beneficio comune<sup>88</sup>.

Inoltre, alcuni studi hanno evidenziato come applicare un meccanismo di ARB fortemente ‘bilaterale’ alle DSI presenti diversi inconvenienti tecnici in termini di tracciabilità delle informazioni e richiederebbe l’adozione di misure specifiche, quali un aggiornamento delle banche dati in *open-access*, pubbliche e private, per permettere la compilazione di PIC e MATs, ovvero il ricorso a tecnologie apposite quali la *blockchain* al fine di assicurare l’identificazione degli utilizzatori<sup>89</sup>.

D’altronde, la posizione degli Stati parti a favore dell’applicazione della CDB/PN alle DSI non è priva di fondamento. Come visto nell’esempio relativo alla sintetizzazione di un nuovo farmaco a base di anticorpi monoclonali per trattare l’ebola (REGN-EB3)<sup>90</sup>, un’ulteriore ragione a difesa della liberalizzazione delle DSI ha infatti molto più a che vedere con la tutela di interessi particolari che di quelli comuni e si traduce nella possibilità di sfruttare il valore effettivo e/o potenziale delle DSI senza alcun obbligo di ripartizione dei benefici economici.

Una potenziale alternativa alla dicotomia tra liberalizzazione e sottoposizione delle DSI a un meccanismo di ARB fortemente bilaterale è offerta dall’art. 10 del PN. Esso stabilisce che:

“Le Parti sono tenute a considerare la necessità di adottare e di definire le modalità di un meccanismo multilaterale di ripartizione dei benefici a livello globale per indirizzare la giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dall’utilizzazione delle risorse genetiche [...] che si verificano in situazioni transfrontaliere o per le quali non è possibile concedere od ottenere un consenso informato preventivo. I benefici condivisi dagli utenti delle risorse genetiche [...] attraverso

<sup>88</sup> Gruppo *ad hoc* di esperti tecnici, *Synthesis of Views and Information* (2020), cit., pp. 21-22.

<sup>89</sup> Questo punto è approfondito in E. MORGERA, S. SWITZER, M. GEELHOED, *op. cit.*, pp. 15 e ss., e M. A. BAGLEY, F. PERRON-WELCH, *Study to Identify Specific Cases of Genetic Resources and Traditional Knowledge Associated with Genetic Resources That Occur in Transboundary Situations or for Which It Is Not Possible to Grant or Obtain Prior Informed Consent*, doc. CBD/SBI/3/15/Add.1 (2020), pp. 24 e ss. Cfr. anche A. G. BERGER FILHO, B. GOMES MAIA, *op. cit.*, pp. 252-254.

<sup>90</sup> Cfr. *supra*, n. 1.



questo meccanismo verranno utilizzati per sostenere la conservazione della diversità biologica e l'uso sostenibile dei suoi componenti su base globale”.

In altre parole, è il PN stesso che contempla la possibilità che la Cdp istituisca un meccanismo multilaterale di ARB in “situazioni transfrontaliere” o “per le quali non è possibile concedere od ottenere un consenso informato preventivo”. A questo riguardo, alcuni Stati parti hanno negato che questo meccanismo multilaterale possa regolare l'ARB delle DSI, sia perché essi escludono che le DSI ricadano nell'ambito di applicazione del PN (Svizzera) sia perché ritengono che, in assenza di una definizione condivisa delle DSI, qualsiasi discussione sul tema sia prematura (Giappone e Spagna). Altri (Argentina, Colombia, Costa d'Avorio, Madagascar e Messico) hanno invece appoggiato questa proposta<sup>91</sup>. Alcuni studi hanno del resto dimostrato come l'ARB delle DSI sia difficilmente compatibile con un meccanismo ‘bilaterale’, basato sulla concessione od ottenimento di un PIC<sup>92</sup>; e come, invece, esso potrebbe senza dubbio ricadere in una delle ipotesi previste dall'art. 10 del PN e beneficiare dalla sottoposizione a un meccanismo multilaterale<sup>93</sup>.

Alla luce di ciò, nel marzo del 2022, l'Organo sussidiario di implementazione della CDB<sup>94</sup> aveva adottato una raccomandazione con la quale invitava la Cdp della CDB ad adottare una (bozza di) decisione nella quale, richiamando espressamente l'art. 10 del PN<sup>95</sup>, si introduceva l'obbligo per i soli ‘Stati sviluppati’ di adottare tutte le misure necessarie al fine di corrispondere l'1% del ‘prezzo al dettaglio di tutte le entrate commerciali’ derivanti dall'utilizzazione (anche) delle DSI a un ‘fondo globale per la diversità biologica’ istituito *ad hoc* e amministrato dal Fondo mondiale per l'ambiente con l'obiettivo di finanziare progetti sulla conservazione e lo sviluppo sostenibile della diversità biologica<sup>96</sup>.

Al netto delle fisiologiche incertezze che caratterizzano l'adozione di

<sup>91</sup> I commenti degli Stati parti a M.A. BAGLEY, F. PERRON-WELCH, *op. cit.*, sono collezionati e reperibili sulla rete interconnessa.

<sup>92</sup> Cfr gli autori citati a nota 89.

<sup>93</sup> M.A. BAGLEY, F. PERRON-WELCH, *op. cit.*, pp. 24-32.

<sup>94</sup> Istituito dalla Cdp della CDB con doc. UNEP/CBD/COP/DEC/XII/26 (2014).

<sup>95</sup> Doc. CBD/SBI/REC/3/17 (2022), p. 2.

<sup>96</sup> *Ibid.*, pp. 2-3.

una qualsiasi decisione su una materia tanto polarizzante quanto delicata, il dibattito sull'opportunità di sottoporre le DSI all'applicazione della CDB/PN pareva quindi indirizzato verso una soluzione di compromesso, imperniata sull'istituzione di un meccanismo multilaterale di ARB ai sensi dell'art. 10 del PN. La quindicesima Cdp della CDB/PN, tuttavia, ha optato per una soluzione parzialmente di rottura<sup>97</sup>.

Da un lato, essa ha confermato che, in considerazione della natura peculiare delle DSI<sup>98</sup>, un "approccio multilaterale" sulla ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle DSI ha, in linea di principio<sup>99</sup>, il potenziale di risultare maggiormente "efficiente, fattibile e pratico" – anche perché maggiormente conforme al modello attuale, come detto costruito intorno alle banche dati in *open-access*<sup>100</sup> – e di "generare maggiori benefici" senza "ostacolare la ricerca e l'innovazione"<sup>101</sup>. Dall'altro, essa ha sì istituito "un meccanismo multilaterale per la ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle [DSI], compreso un fondo globale", ma *al di fuori* del PN.

Questa scelta ha risolto l'*impasse* giuridico-politica circa l'applicabilità del PN alle DSI e presenta l'indubbio vantaggio di ampliare il numero degli Stati coinvolti nella messa a punto di un meccanismo simile alla membership pressoché universale della CDB (195 Stati parti e l'Ue)<sup>102</sup>. Non solo. Com'è stato osservato:

*"Compared to other international treaties, the CBD is already remarkably open to inputs and engagement with a variety of stakeholders and [an] hybrid proposal [i.e., combin[ing] the multilateral platform for dialogue, learning, oversight and priority-setting for DSI [...] with [a] multilateral fund for distribution of benefit] would mark a step-change*

<sup>97</sup> Questa soluzione è stata espressamente appoggiata dalla Cdp del PN, cfr. doc. CBD/NP/MOP/4/L.13 (2002), p. 1, punto 2.

<sup>98</sup> Doc. CBD/COP/DEC/15/9 (2022), p. 2, punto 3.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 3, punto 7.

<sup>100</sup> *Ibid.*, punti 6 e 9, lett. f.

<sup>101</sup> *Ibid.*, punti 6 e 9, lett. a, b, e.

<sup>102</sup> Si segnala che, al gennaio del 2023, gli Stati Uniti non sono parte della CDB. Questa circostanza potrebbe presentare ricadute pratiche rilevanti, poiché molte banche dati in *open-access* sulle quali vengono caricate le DSI hanno sede negli Stati Uniti. Alla stessa data le parti del PN sono invece 137, di cui 136 Stati parti e l'Ue.

*in that connection to ensure that the treaty remains effective and adapted to the evolution of conservation science*"<sup>103</sup>.

A ogni modo, l'istituzione di un nuovo meccanismo multilaterale di ARB delle DSI pone almeno due problemi.

Il primo attiene alla necessità di approntare un coordinamento e di definire le relazioni tra esso e altri regimi di ARB delle risorse genetiche e/o delle DSI. Questo meccanismo si affianca sia al meccanismo ('bi-laterale') di ARB delle risorse genetiche previsto dalla CDB/PN, sia a quelli previsti dalle legislazioni nazionali, sia per le risorse genetiche che per le DSI, nonché ad altri meccanismi multilaterali di ARB di tipologie specifiche di risorse genetiche e/o DSI previsti da regimi *ad hoc* quali le Linee-guida sulla preparazione all'influenza pandemica, il Trattato internazionale sulle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura e la bozza di Accordo di attuazione della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare in tema di diversità biologica oltre le giurisdizioni nazionali<sup>104</sup>.

A questo riguardo, la Cdp si è limitata a sottolineare che:

*"The approach set out in this decision to fair and equitable benefit-sharing from the use of digital sequence information [...] does not affect existing rights and obligations under the Convention and the Nagoya Protocol [...] and is without prejudice to national access and benefit-sharing measures"*<sup>105</sup>.

Questa questione – incentrata sulle relazioni e potenziali sovrapposizioni tra diversi meccanismi di ARB delle DSI – esorbita dall'ambito della presente trattazione – incentrata invece sui problemi e le prospettive circa l'applicazione della CDB e del PN alle DSI – e, pertanto, non verrà qui approfondita<sup>106</sup>.

Il secondo problema attiene invece a quali dovrebbero essere le caratteristiche operative del meccanismo multilaterale e del fondo. Nell'attesa

<sup>103</sup> E. MORGERA, S. SWITZER, M. GEELHOED, *op. cit.*, p. 64.

<sup>104</sup> Cfr. anche *infra*, n. 6.

<sup>105</sup> Doc. CBD/COP/DEC/15/9 (2022), p. 3, punto 11.

<sup>106</sup> La Cdp ha incaricato un Gruppo di lavoro *ad hoc* di svolgere ulteriori approfondimenti, *ibid.*, p. 4, punto 18 e Allegato, lett. k, l.

di conoscere gli ulteriori sviluppi su questo tema<sup>107</sup>, si svolgeranno di seguito alcune considerazioni sui meccanismi multilaterali alternativi di ARB appena menzionati. Lo scopo è valutare se e in che misura questi ultimi possano offrire degli spunti per la definizione di un meccanismo multilaterale che possa garantire un'ARB in linea con gli obiettivi della CDB.

6. *Meccanismi multilaterali alternativi di accesso e ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione di alcune tipologie di risorse genetiche e/o delle corrispettive digital sequence information*

Due strumenti giuridici contemplano dei meccanismi multilaterali di ARB per alcune tipologie di risorse genetiche, nonché, anche solo potenzialmente, per le corrispettive DSI: le Linee-guida sulla preparazione all'influenza pandemica (*Pandemic Influenza Preparedness Framework*, "PIP") e il Trattato internazionale sulle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura ("TRF"). A questi si aggiunge la bozza di Accordo di attuazione della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare in tema di diversità biologica oltre le giurisdizioni nazionali (*Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on Biodiversity Beyond National Jurisdiction*, "Accordo sulla BBNJ").

6.1. *Le Linee-guida sulla preparazione all'influenza pandemica*

Il PIP è stato adottato dall'Assemblea mondiale della sanità nel 2011 con una raccomandazione non vincolante<sup>108</sup> e costituisce un insieme di linee guida rivolte agli Stati parti dell'Organizzazione mondiale della sanità ("OMS") e, più in generale, ai diversi *stakeholder*, pubblici o privati, coinvolti nella preparazione, sorveglianza e risposta ai virus influenzali con potenziale pandemico umano<sup>109</sup>. Esso integra e aggiorna il "Sistema globale di sorveglianza e risposta all'influenza" (*Global Influenza Surveillance and Response System*, "GISRS"), vale a dire la rete globale di labo-

<sup>107</sup> *Ibid.*, Allegato, in particolare lett. a-j.

<sup>108</sup> Doc. WHA64.5 (2011).

<sup>109</sup> Art. 4.1 del PIP.

ratori sviluppata fin dal 1952 sotto l'egida dell'OMS al fine di studiare e condividere in sicurezza i virus influenzali potenzialmente pandemici<sup>110</sup>.

Nello specifico, il PIP orienta il funzionamento e l'attività del GISRS all'ARB di questa peculiare tipologia di risorsa genetica<sup>111</sup>. Il PIP prevede infatti l'istituzione e disciplina nel dettaglio le modalità operative di un "Sistema di ripartizione dei benefici" (*Benefit Sharing System*, "BSB") che dovrebbe garantire l'accesso e condivisione dei virus influenzali e assicurare che i vaccini e/o gli strumenti necessari per fronteggiare un'eventuale emergenza sanitaria siano equamente disponibili per tutta la Comunità internazionale<sup>112</sup>. Il PIP stabilisce inoltre che i produttori di vaccini e/o antivirali e/o materiale e strumentazione utile, contribuiscano annualmente al finanziamento del BSB fino al raggiungimento di una determinata soglia<sup>113</sup>.

A supporto di questi obiettivi, il PIP fornisce due modelli di MATs (cosiddetti *Standard Material Transfer Agreement*, "SMTA") i quali, una volta conclusi, hanno valore vincolante per le parti. Lo SMTA1 regola l'ARB all'interno del GISRS<sup>114</sup>. Questo significa che sia il fornitore che l'utilizzatore del virus influenzale sono due laboratori "designati o riconosciuti" dall'OMS<sup>115</sup>. Lo SMTA1, oltre a stabilire che l'ARB si svolgerà nel rispetto del PIP e di alcuni principi-guida e regolamenti<sup>116</sup>, impone all'utilizzatore di impiegare lo stesso modello qualora questi, a sua volta, conceda in qualità di fornitore l'accesso al virus influenzale a un laboratorio terzo<sup>117</sup> e di impiegare il modello SMTA2 quando l'utilizzatore terzo sia invece esterno al GISRS.

Lo SMTA2 regola l'ARB tra un laboratorio del GISRS e un utilizzatore esterno<sup>118</sup>. Esso sancisce obblighi particolarmente stringenti in capo

<sup>110</sup> Cfr. A. HUVOS, S.A. SOLOMON, C. NANNINI, *The Pandemic Influenza Preparedness Framework as an Access and Benefit-Sharing Mechanism*, in S.F. HALABI, R. KATZ (a cura di), *Viral Sovereignty and Technology Transfer: The Changing Global System for Sharing Pathogens for Public Health Research*, Cambridge, 2020, p. 193.

<sup>111</sup> *Ibid.*, pp. 195-196.

<sup>112</sup> Art. 2 del PIP.

<sup>113</sup> Art. 6.14.3 del PIP.

<sup>114</sup> Art. 5.4.1 del PIP.

<sup>115</sup> Art. 1.1 dell'Allegato I del PIP.

<sup>116</sup> Artt. 4 e 5 dell'Allegato I del PIP.

<sup>117</sup> Art. 5.1.4 dell'Allegato I del PIP.

<sup>118</sup> Art. 1 dell'Allegato II del PIP.

ai produttori di vaccini e/o antivirali in tema di ripartizione dei benefici. In particolare, questi ultimi dovranno scegliere due tra sei opzioni che prevedono, a titolo differente, una ripartizione con l'OMS di una percentuale dei vaccini o degli antivirali prodotti, ovvero un allentamento dei diritti di proprietà intellettuale per permettere la produzione di vaccini e antivirali negli Stati in via di sviluppo<sup>119</sup>. Obblighi simili valgono in capo agli altri produttori di materiale e/o strumentazione utili per la preparazione, sorveglianza e risposta ai virus influenzali pandemici<sup>120</sup>.

Il PIP prende anche in considerazione le DSI<sup>121</sup>. Esso afferma che “*greater transparency and access concerning influenza virus genetic sequence data is important to public health*”<sup>122</sup> e, di conseguenza, stabilisce che “*genetic sequence data, and analyses arising from that data [...] should be shared in a rapid, timely and systematic manner with the originating laboratory and among WHO GISRS laboratories*”<sup>123</sup> e che “*the [...] GISRS laboratories will submit genetic sequences data to GISAID and Genbank or similar database in a timely manner*”<sup>124</sup>.

La condivisione delle DSI tra i laboratori dello GISRS e le banche dati dovrebbe avvenire in maniera “*consistent with the [SMTA1]*”<sup>125</sup> e, dunque, obbligando queste ultime a regolare l'ARB con gli utilizzatori terzi ai sensi dello SMTA2. In pratica, tuttavia, ciò è difficile che accada. Le banche dati, infatti, spesso non hanno gli strumenti per rispettare e, soprattutto, far rispettare agli utilizzatori terzi le obbligazioni derivanti dallo SMTA2. Inoltre, vale la pena ricordare che il PIP non ha valore vincolante e, pertanto, non impone alcun obbligo in capo ai laboratori di condividere le DSI con le banche dati utilizzando lo SMTA1. Infine, le DSI possono essere caricate sulle banche dati anche da sequenziatori che operano al di fuori del GISRS. Ciò potrebbe accadere qualora un laboratorio esterno (o una multinazionale) ottenga l'accesso al materiale genetico di un virus influenzale da un laboratorio del GISRS e proceda

<sup>119</sup> Art. 4, lett. A, dell'Allegato II del PIP.

<sup>120</sup> Art. 4, lett. B, dell'Allegato II del PIP.

<sup>121</sup> Art. 4.2 del PIP.

<sup>122</sup> Art. 5.2.2 del PIP.

<sup>123</sup> Art. 5.2.1 del PIP.

<sup>124</sup> Par. 9, Allegato IV del PIP e par. 9, Allegato V del PIP.

<sup>125</sup> *Ibid.*

poi a sequenziare lo stesso e caricare le DSI su una banca dati. Questa pratica è lecita, giacché gli SMTA1 e SMTA2 non si applicano alle DSI<sup>126</sup>.

È probabilmente per questi motivi che il PIP richiede al Direttore generale dell'OMS di approfondire “*the resolution of issues relating to the handling of genetic sequence data*”<sup>127</sup>. Questa richiesta ha portato a vari studi sulle diverse problematiche e possibili soluzioni legate all'ARB delle DSI caricati su banche dati in *open-access*<sup>128</sup>. In sintesi, è possibile distinguere tra “opzioni a monte” (*upstream options*) le quali “*should focus on informing entities and individuals accessing [DSI] of potential obligations and/or expectations*” ai sensi della normativa internazionale applicabile e “opzioni a valle” (*downstream options*) le quali “*would involve implementing mechanisms to monitor use of [the DSI] to develop end-products [...]*”<sup>129</sup>.

Tra le prime, rientra una maggiore regolamentazione delle banche dati *public-domain*, vale a dire quelle – come *GenBank* – ove l'accesso non è subordinato alla previa registrazione, accettazione delle condizioni generali di servizio e *log-in*<sup>130</sup>. Il problema principale di queste banche dati è che esse non permettono l'identificazione dell'utente, frustrando l'applicabilità del PIP. Una prima soluzione potrebbe essere modificare il PIP affinché il GISRS condivida le DSI soltanto con le banche dati *public-access*, vale a dire quelle – come *GISAID* – ove l'accesso è subordinato all'identificazione dell'utente<sup>131</sup>. Gli studi raccomandano anche

<sup>126</sup> Art. 2 dell'Allegato I del PIP e Art. 2 dell'Allegato II del PIP.

<sup>127</sup> Art. 5.2.4 del PIP.

<sup>128</sup> Cfr. Gruppo di lavoro tecnico, *Optimal Characteristics of an Influenza Genetic Sequence Data Sharing System under the PIP Framework* (2016), reperibile sulla rete interconnessa e Gruppo consultivo del PIP, *Best Process to Handle Genetic Sequence Data from Influenza Viruses with Human Pandemic Potential (IVPP GSG) under the Pip Framework: Options to Monitor the Use of Genetic Sequence Data from Influenza Viruses with Human Pandemic Potential (IVPP GSD) in End-Products* (2016), reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>129</sup> Gruppo consultivo del PIP, *op. cit.*, p. 4.

<sup>130</sup> Il termine banca dati “*public-domain*” per definire quelle banche dati ove l'accesso ai dati viene fornito all'utente della banca dati senza dover accettare esplicitamente un accordo formale sull'accesso e l'uso dei dati e senza che sia necessaria la registrazione o il *log-in* è impiegato, con riferimento proprio a *GenBank*, all'art. 5.2.2. del PIP.

<sup>131</sup> Il termine banca dati “*public-access*” per definire quelle banche dati ove l'accesso ai dati è concesso dopo che l'utente della banca dati si registra e accetta esplicitamente un accordo formale di accesso e utilizzo dei dati e, successivamente, l'accesso richiede

che le banche dati *public-domain* notificchino l'utente circa l'esistenza di determinati obblighi e aspettative correlati all'utilizzazione delle DSI. I laboratori del GISRS potrebbero agevolare il compito delle banche dati caricando le DSI con un *tag* correlato al PIP<sup>132</sup>. L'idea è che “*alerting users to possible PIP Framework obligations and/or expectations would encourage participation in the benefit-sharing objective*”<sup>133</sup>.

Le banche dati *public-access* pongono meno problemi. Gli studi suggeriscono che i termini e le condizioni di accesso richiamino espressamente il PIP<sup>134</sup>. Un'alternativa potrebbe essere subordinare l'accesso alle DSI all'accettazione di uno SMTA2. Si potrebbe inoltre richiedere alle banche dati la comunicazione di informazioni circa gli utenti che hanno acceduto alle DSI<sup>135</sup>.

Tra le opzioni a valle, gli studi evidenziano la necessità di associare le DSI con un sistema di riconoscimento univoco. Il “numero di accesso” – vale a dire la sequenza alfanumerica creata e associata automaticamente alle DSI quando esse vengono caricate su una banca dati – potrebbe rappresentare una buona soluzione<sup>136</sup>. In particolare, si potrebbe richiedere la dichiarazione del numero di accesso delle DSI utilizzate nella realizzazione di uno studio clinico o di una pubblicazione scientifica, ovvero nello sviluppo di un prodotto da immettere sul mercato, per esempio per ottenere l'autorizzazione alla commercializzazione o la brevettazione dello stesso<sup>137</sup>. Uno studio recente ha proposto la creazione di un motore di ricerca connesso alla rete che, usando come chiave di ricerca i numeri di accesso, scandagli i documenti pubblici per monitorare l'utilizzazione delle DSI e permetta all'OMS di valutare un'eventuale richiesta di ripartizione dei benefici<sup>138</sup>.

Questi spunti appaiono particolarmente interessanti, poiché delineano un modello di ARB che, in conformità alle indicazioni della Cdp

l'utilizzo di una procedura di *log-in*, è impiegato, con riferimento proprio a *GISAID*, all'art. 5.2.2. del PIP.

<sup>132</sup> Gruppo consultivo del PIP, *op. cit.*, p. 6.

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 10.



della CDB<sup>139</sup>, si sforza di coniugare il libero accesso e circolazione delle DSI con un sistema informatico (decentrato) di tracciabilità che, qualora rafforzato mediante la conclusione di accordi vincolanti (come uno SMTA2), contribuirebbe ad assicurare una ripartizione dei benefici (specialmente economici) derivanti dall'utilizzazione delle DSI con lo Stato d'origine della risorsa genetica sequenziata.

## 6.2. *Il Trattato internazionale sulle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura*

Il TRF è stato adottato dalla Conferenza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura nel 2001 al fine, tra l'altro, di superare le linee-guida contenute nell'Impegno internazionale sulle risorse genetiche vegetali del 1983<sup>140</sup> alla luce del principio di sovranità genetica riconosciuto dalla CDB<sup>141</sup>. L'obiettivo del TRF è perseguire la conservazione, sviluppo sostenibile e l'ARB delle "risorse fitogenetiche", vale a dire il materiale genetico vegetale con un valore effettivo o potenziale per l'alimentazione e l'agricoltura<sup>142</sup>.

Il TRF presenta alcune disposizioni legate alla "natura speciale" e alla "peculiarità delle caratteristiche" di queste risorse genetiche<sup>143</sup>, come gli obblighi sull'elaborazione di politiche agricole "leali"<sup>144</sup> e la valorizzazione dei diritti degli agricoltori<sup>145</sup>.

Di particolare interesse ai presenti fini è tuttavia il Sistema multilaterale ("SM") di ARB delle risorse fitogenetiche elencate all'Allegato I<sup>146</sup>. Esso costituisce una "perfetta saldatura"<sup>147</sup> tra due visioni opposte: quella più risalente, recepita nell'Impegno internazionale del 1983, la quale

<sup>139</sup> Doc. CBD/COP/DEC/15/9 (2022), p. 2, punti 3, 4.

<sup>140</sup> Risoluzione 23 novembre 1983, n. 8. Sul punto si veda, in generale, PAVONI, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2004, pp. 41 e ss.

<sup>141</sup> Art. 3 della CDB.

<sup>142</sup> Art. 1, par. 1, del TRF. Sul TRF si veda, in generale, PAVONI, *op. cit.*, pp. 54 e ss.

<sup>143</sup> Primo considerando, Preambolo del TRF.

<sup>144</sup> Art. 6, par. 2, lett. a, del TRF.

<sup>145</sup> Art. 9 del TRF.

<sup>146</sup> Come specificato dall'art. 11, par. 1, del TRF: "il sistema multilaterale si applica alle risorse fitogenetiche [...] elencate nell'Allegato I".

<sup>147</sup> PAVONI, *op. cit.*, p. 59.

qualifica le risorse fitogenetiche quali “patrimonio comune dell’umanità” (*common heritage of humankind*)<sup>148</sup> e quella stabilita dalla CDB, la quale riconosce invece il principio di sovranità su (tutte) le risorse genetiche<sup>149</sup>. Coerentemente, l’art. 10, da un lato, ribadisce che “le Parti contraenti riconoscono i diritti sovrani di questi ultimi sulle proprie risorse fitogenetiche” e, dall’altro, istituisce “un sistema multilaterale che sia efficiente, efficace e trasparente, sia per favorire l’accesso alla risorse fitogenetiche [...] che per ripartire, in modo giusto ed equo, i vantaggi che derivano dall’utilizzazione di tali risorse”<sup>150</sup>.

Questo SM si basa sull’“accesso facilitato” – vale a dire, rapido e tendenzialmente gratuito<sup>151</sup> – e su standard predefiniti di ripartizione dei benefici<sup>152</sup>. In sostanza, gli Stati parti (e gli operatori privati in essi situati) si impegnano a concedere l’accesso alle proprie risorse fitogenetiche agli altri Stati parti (e agli operatori privati in essi situati) a determinate condizioni e ai soli fini di conservazione, ricerca, selezione e formazione per l’alimentazione e l’agricoltura<sup>153</sup>. L’art. 13 del TRF stabilisce poi le modalità mediante le quali l’utilizzatore è invitato a ripartire i benefici, economici e non, derivanti dall’utilizzazione delle risorse fitogenetiche, vale a dire: lo scambio di informazioni<sup>154</sup>; il trasferimento delle tecnologie<sup>155</sup>; e la ripartizione dei benefici monetari<sup>156</sup>, incluso l’onere di versare una percentuale – determinata caso per caso dall’Organo direttivo del TRF<sup>157</sup> – di questi benefici a un fondo comune (cosiddetto *Benefit-Sharing Fund*) qualora l’utilizzatore abbia sviluppato nuove risorse fitogenetiche che intende brevettare e immettere sul mercato<sup>158</sup>. Il rispetto del TRF nei

<sup>148</sup> Art. 1, par. 1, dell’Impegno internazionale sulle risorse genetiche vegetali.

<sup>149</sup> Il terzo considerando del preambolo del TRF ricorda che “l’alimentazione e l’agricoltura rappresentano una preoccupazione comune di tutti i paesi”, mentre l’art. 11, par. 1, richiama i “criteri” della sicurezza alimentare e dell’interdipendenza.

<sup>150</sup> Artt. 10, par. 1, e 10, par. 2, del TRF. Cfr. anche il quattordicesimo considerando del Preambolo del TRF.

<sup>151</sup> Art. 12, par. 3, lett. b, del TRF.

<sup>152</sup> Art. 12, par. 4, del TRF.

<sup>153</sup> Art. 12, par. 3, lett. a, del TRF.

<sup>154</sup> Art. 13, par. 2, lett. a, del TRF.

<sup>155</sup> Art. 13, par. 2, lett. b, del TRF.

<sup>156</sup> Art. 13, par. 2, lett. d, n. i, del TRF.

<sup>157</sup> Art. 13, par. 2, lett. d, n. ii, del TRF.

<sup>158</sup> Art. 19, par. 3, lett. f, del TRF.

rapporti tra fornitore e utilizzatore e tra quest'ultimo ed eventuali utilizzatori successivi è garantito da un modello precompilato di SMTA<sup>159</sup>.

Come la CDB e il PN, il TRF è stato redatto con riferimento alle sole risorse tangibili<sup>160</sup>. L'Organo direttivo ha quindi commissionato alcuni studi sul rapporto (tecnico, scientifico e giuridico) tra esso e le DSI<sup>161</sup> e ha invitato gli Stati parti a comunicare la propria posizione al riguardo. Prevedibilmente, i risultati non si discostano molto da quanto illustrato rispetto al PN. Alcuni degli Stati parti escludono che il TRF possa o debba applicarsi alle DSI, mentre altri appoggiano espressamente questa ipotesi<sup>162</sup>. In generale, valgono qui alcune delle considerazioni svolte rispetto alla CDB e al PN: l'assenza di una definizione comune ha complicato il dibattito e, in mancanza di una presa di posizione specifica da parte dell'Organo direttivo, appare al momento difficile sostenere che la regolamentazione delle DSI delle risorse fitogenetiche rientri nell'ambito di applicazione del TRF.

Vale tuttavia la pena sottolineare che, in astratto, il SM del TRF rappresenta una buona base di partenza per regolamentare l'ARB delle DSI. Esso potrebbe essere "adattato" nella forma di una banca dati *public-access* centralizzata gestita dall'Organo direttivo o da un organo diverso creato *ad hoc*. Gli Stati parti (e i sequenziatori privati operanti negli stessi) avrebbero l'obbligo di facilitare l'accesso alle DSI delle risorse fitogenetiche elencate nell'Allegato I caricando le stesse su questa banca dati. Gli utilizzatori potrebbero poi registrarsi e accedere alle DSI sottoscrivendo uno SMTA precompilato. Quest'ultimo garantirebbe la ripartizione dei benefici economici con il sequenziatore e gli ulteriori obblighi di

<sup>159</sup> Organo direttivo del TRF, Risoluzione 16 giugno 2006, n. 1.

<sup>160</sup> S. AUBRY, *The Future of Digital Sequence Information for Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, in *Policy and Practice Reviews*, 2019, 1046, p. 2.

<sup>161</sup> E.W. WELCH et al., *Scoping Report: Potential Implications of New Synthetic Biology and Genomic Research Trajectories on the International Treaty for Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, Roma, 2017 e J.A. HEINEMANN, D.S. CORAY, D.S. THALER, *Exploratory Fact-Finding Scoping Study on "Digital Sequence Information" on Genetic Resources for Food and Agriculture*, in *Background Study Paper*, 2018, pp. 1 e ss.

<sup>162</sup> Tra i primi figurano, per esempio, Belgio, Canada, Italia, Stati Uniti; tra i secondi figurano, per esempio, Argentina e Namibia, Organo direttivo del TRF, *Compilation of Information on "Digital Sequence Information" with respect to Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, docs. IT/GB-8/19/16.1/Inf.1 e IT/GB-8/19/16.1/Inf.1/Add.1 (2019), pp. 9, 24, 34, 38, 42-43.

contribuzione al fondo comune, nonché eventuali restrizioni o divieti di condivisione delle DSI.

Questo sistema, se implementato insieme alla registrazione e alla notificazione degli accessi, potrebbe garantire una più ampia circolazione delle DSI e, allo stesso tempo, imporre a chiunque intenda utilizzare le stesse un obbligo di ripartizione dei benefici con il SM.

Al di là delle difficoltà tecniche di tracciamento dell'utilizzazione delle DSI, una modifica dello SMTA potrebbe dunque costituire un significativo passo avanti nell'estendere l'applicabilità del TRF alle DSI. Nel 2019, il Gruppo di lavoro sul miglioramento del funzionamento del SM ha in effetti proposto all'Organo direttivo una simile modifica<sup>163</sup>. La Cdp della CDB potrebbe senza dubbio guardare agli sviluppi in seno all'Organo direttivo sulla "digitalizzazione" del SM nel caso in cui opti per la definizione di un meccanismo multilaterale maggiormente centralizzato dell'ARB delle DSI.

### *6.3. L'Accordo di attuazione della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare in tema di diversità biologica oltre le giurisdizioni nazionali*

Nel dicembre 2017, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha istituito una Conferenza intergovernativa al fine di redigere<sup>164</sup>, nel rispetto della CNUDM, uno strumento giuridico vincolante sulla conservazione, utilizzo sostenibile e ARB delle risorse genetiche marine situate in alto mare<sup>165</sup> e nell'Area, vale a dire "il fondo del mare, il fondo degli oceani e il relativo sottosuolo, al di là della giurisdizione nazionale"<sup>166</sup>.

<sup>163</sup> Cfr. art. 2 del Gruppo di lavoro *ad hoc*, *Daft Revised Standard Material Transfer Agreement: Proposal by the Working Group to the Eighth Session of the Governing Body*, doc. IT/GB-8/19/8.2 Rev.1 (2019), p. 11.

<sup>164</sup> Assemblea generale delle Nazioni Unite, Risoluzione 19 gennaio 2018, n. 72/249.

<sup>165</sup> Vale a dire "tutte le aree marine non incluse nella zona economica esclusiva, nel mare territoriale o nelle acque interne di uno Stato, o nelle acque arcipelagiche di uno Stato-arcipelago", art. 86 della CNUDM. Il testo qui utilizzato è una traduzione disponibile in R. LUZZATTO, F. POCAR, *op. cit.*, pp. 300 e ss.

<sup>166</sup> Art. 1, par. 1, della CNUDM. Per un approfondimento sul tema, cfr. T. SCOVAZZI, *op. cit.*, pp. 213 e ss. e C. SALPIN, *Marine Genetic Resources of Areas beyond National Jurisdiction: Soul Searching and the Art of Balance*, in E. MORGERA, K. KULOVESI (a cura di), *Research Handbook on International Law and Natural Resources*, Northampton,

La quinta sessione della Conferenza, tenutasi nell'agosto del 2022, ha discusso la terza versione della bozza di Accordo sulla BBNJ<sup>167</sup>. La discussione ha portato a un'ultima revisione della bozza, senza tuttavia che il testo venisse adottato<sup>168</sup>. Sebbene i negoziati siano ancora in corso, l'attuale bozza di Accordo sulla BBNJ merita una rapida analisi. Essa fa infatti esplicito riferimento alle DSI: l'art. 1, par. 1, include le DSI nell'accesso *ex situ* alle risorse genetiche marine (in quanto situate all'"esterno" dell'alto mare o dell'Area, vale a dire in un qualche *hardware* connesso o meno a internet) e l'art. 8, par. 1, ribadisce che "*the provisions of this Agreement shall apply to the [...] access ex situ, including as digital sequence information, to, and to the utilization of marine genetic resources [...]*".

La bozza di Accordo prevede che gli Stati parti notifichino, con almeno sei mesi d'anticipo, la propria intenzione di raccogliere risorse genetiche marine *in situ* a una piattaforma "centralizzata" in *open-access* gestita dal Segretariato con la collaborazione della Cdp (cosiddetta *Clearing-House*, "CH")<sup>169</sup>. La notificazione deve contenere alcune informazioni (tra cui "*the nature and objective of the project [...]*" e "*the resources to be collected, if known, and the purposes for which the resources will be collected*"<sup>170</sup>) e, entro sei mesi dall'accesso, dev'essere integrata da ulteriori informazioni relative, tra l'altro, al "*repository or database where environmental metadata, taxonomic information and digital sequence information related to marine genetic resources, where available, are or will be deposited*"<sup>171</sup>.

Questo obbligo si salda, ai sensi dell'opzione I dell'art. 11, con la

Cheltenham, 2016, pp. 411 e ss. Più in generale, in materia di sfruttamento delle risorse genetiche situate in alto mare o nell'Area, cfr. T. SCOVAZZI, *The Exploitation of Marine Genetic Resources in Areas beyond National Jurisdiction*, in G. ANDREONE (a cura di), *Jurisdiction and Control at Sea: Some Environmental and Security Issues*, Napoli, 2014, pp. 37 e ss. Sul rapporto con la CDB si veda anche G. CATALDI, *Biotechnology and Marine Biogenetic Resources: The Interplay between UNCLOS and the CBD*, in F. FRANCONI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Biotechnology and International Law*, Oxford, Portland, 2006, pp. 99 e ss.

<sup>167</sup> Doc. A/CONF.232/2022/6 (2022).

<sup>168</sup> Doc. A/CONF.232/2022/5 (2022).

<sup>169</sup> Art. 10, par. 2, dell'Accordo sulla BBNJ.

<sup>170</sup> Artt. 10, par. 3, lett. a, e 10, par. 3, lett. b, dell'Accordo sulla BBNJ.

<sup>171</sup> Art. 10, par. 4, lett. a, dell'Accordo sulla BBNJ.

ripartizione dei benefici. Questa opzione suggerisce infatti che, in linea con quanto sostenuto da alcuni Stati parti del PN<sup>172</sup>, la condivisione di “*findable, accessible, interoperable and reusable scientific data, including [DSI]*” costituisca, di per sé, un beneficio<sup>173</sup>. A ciò si aggiunge l’obbligo per gli Stati parti di “*ensure that [...] data are deposited in publicly available and open access databases, biorepositories or gene banks as soon as they become available*”<sup>174</sup>. Obbligo che, tramite l’adozione di ogni “misura necessaria” dev’essere esteso agli utilizzatori privati<sup>175</sup>.

L’opzione II dell’art. 11 è più articolata e stabilisce che l’accesso e l’utilizzazione delle risorse genetiche marine, incluse le DSI, dev’essere accompagnata da una ripartizione dei benefici<sup>176</sup>. Tra le modalità di ripartizione dei benefici non economici figurano la garanzia di condivisione delle DSI in una banca dati in *open-access*<sup>177</sup>, correlata dall’obbligo di notificare la CH circa il caricamento delle stesse<sup>178</sup>, e il trasferimento di tecnologia<sup>179</sup>. L’obbligo dev’essere esteso agli utilizzatori privati operanti negli Stati parti<sup>180</sup> e adempiuto il prima possibile e, comunque, non oltre tre anni dall’utilizzazione della risorsa genetica<sup>181</sup>. L’art. 11, par. 6, ammette che la banca dati scelta dall’utilizzatore possa subordinare l’accesso alle DSI a condizioni ragionevoli.

Tra le modalità di ripartizione dei benefici economici figurano il versamento di *milestones payments, royalties* o altre somme diversamente calcolate dalla Cdp a un fondo comune<sup>182</sup>. I proventi derivanti da questi versamenti saranno poi distribuiti tra gli Stati parti secondo canoni equitativi<sup>183</sup>. Si ribadisce per gli Stati parti l’obbligo di “adottare tutte le misure necessarie” affinché “*benefits arising from the collection in situ of,*

<sup>172</sup> Cfr. *supra*, n. 4.

<sup>173</sup> Art. 11, opzione I, par. 1, lett. e, dell’Accordo sulla BBNJ.

<sup>174</sup> Art. 11, opzione I, par. 4, dell’Accordo sulla BBNJ.

<sup>175</sup> Art. 11, opzione I, par. 5, dell’Accordo sulla BBNJ.

<sup>176</sup> Art. 11, opzione II, par. 1, dell’Accordo sulla BBNJ.

<sup>177</sup> Art. 11, opzione II, parr. 3, lett. e, e 4, lett. c, dell’Accordo sulla BBNJ.

<sup>178</sup> Art. 11, opzione II, par. 5, dell’Accordo sulla BBNJ.

<sup>179</sup> Art. 11, opzione II, par. 3, lett. c, dell’Accordo sulla BBNJ.

<sup>180</sup> Art. 11, opzione II, par. 4, lett. a, n. i, dell’Accordo sulla BBNJ.

<sup>181</sup> Art. 11, opzione II, par. 5, lett. a, dell’Accordo sulla BBNJ.

<sup>182</sup> Art. 11, opzione II, par. 7, dell’Accordo sulla BBNJ.

<sup>183</sup> Art. 11, opzione II, par. 9, dell’Accordo sulla BBNJ.

*access ex situ, including as digital sequence information [...] are shared in accordance with this Agreement*"<sup>184</sup>.

L'art. 11-bis istituisce un meccanismo *ad hoc*, composto da membri di alto profilo indicati dagli Stati parti ed eletti dalla Cdp<sup>185</sup>, al fine di garantire che l'ARB delle risorse genetiche, incluse le DSI, avvenga in maniera trasparente e rispettando l'equa e giusta ripartizione dei benefici economici e non. Esso godrebbe della competenza, tra l'altro, di fare raccomandazioni alla Cdp e di proporre "*rates or mechanisms for the sharing of monetary benefits according to article 11*"<sup>186</sup>.

L'opzione I dell'art. 13 espande ulteriormente le competenze del meccanismo di ARB, specificando che esso proporrà l'adozione di linee-guida sull'accesso alle DSI, monitorerà l'adempimento dei relativi obblighi di notificazione alla CH<sup>187</sup> ed esaminerà i report sull'ARB che gli Stati parti presenteranno annualmente<sup>188</sup>. Questa opzione stabilisce anche che gli Stati parti dovranno adottare tutte le misure necessarie affinché le banche dati operanti sotto la propria giurisdizione "identifichino" le DSI – per esempio, tramite il numero di accesso – e informino l'utilizzatore circa i già menzionati obblighi di notificazione alla CH<sup>189</sup>.

L'opzione II dell'art. 13 affida alcune di queste competenze all'Organo tecnico e scientifico<sup>190</sup>, si esprime in termini maggiormente generici circa gli obblighi di notificazione al CH<sup>191</sup> e stabilisce che:

*"The Conference of the Parties shall assess and review, at regular intervals, the issue of commercialization of products based on the utilization of marine genetic resources [...]. If tangible and substantial monetary benefits arise therefrom, [it] will explore alternatives to identify the most appropriate processes for relevant financial contributions"*<sup>192</sup>.

<sup>184</sup> Art. 11, opzione II, par. 10, dell'Accordo sulla BBNJ.

<sup>185</sup> Art. 11-bis, parr. 1 e 2, dell'Accordo sulla BBNJ.

<sup>186</sup> Art. 11-bis, par. 4, lett. c, dell'Accordo sulla BBNJ.

<sup>187</sup> Art. 13, opzione I, parr. 1 e 2, dell'Accordo sulla BBNJ.

<sup>188</sup> Art. 13, opzione I, par. 4, dell'Accordo sulla BBNJ. Cfr. anche Art. 11-bis, par. 4, lett. d.

<sup>189</sup> Art. 13, opzione I, par. 3, dell'Accordo sulla BBNJ.

<sup>190</sup> Art. 13, opzione II, par. 1, dell'Accordo sulla BBNJ.

<sup>191</sup> Art. 13, opzione II, par. 2, dell'Accordo sulla BBNJ.

<sup>192</sup> Art. 13, opzione II, par. 5, dell'Accordo sulla BBNJ.

Questa disposizione si spiega alla luce del fatto che il potenziale commerciale dell'utilizzazione delle risorse genetiche marine è ancora oggetto di discussione<sup>193</sup>. A ogni modo, per come è formulata, essa non si applicherebbe ai benefici derivanti dalla commercializzazione di prodotti sviluppati tramite l'utilizzazione delle DSI.

La bozza di Accordo sulla BBNJ mostra alcune caratteristiche del PIP e alcune del TRF: come il primo, essa prende in considerazione le DSI e cerca di garantire la più ampia condivisione possibile delle stesse; come il secondo, si preoccupa di predisporre una serie di obblighi per gli Stati parti e gli utilizzatori affinché un organo centralizzato possa monitorare l'accesso e l'utilizzazione delle DSI, nonché la corrispettiva ripartizione dei benefici.

Questo meccanismo regolerebbe l'ARB di risorse genetiche (e DSI) sulle quali, per definizione, nessuno Stato vanta diritti di sovranità/sovranità. In questo senso, non è chiaro se esso possa costituire un modello valido in relazione al nuovo meccanismo multilaterale di ARB delle DSI, posto che quest'ultimo è stato istituito per far fronte alle difficoltà derivanti dall'applicazione del principio di sovranità genetica alle DSI. Probabilmente, questo meccanismo potrebbe rappresentare una soluzione di compromesso al fine di coniugare una liberalizzazione delle DSI e un sistema accentrato di monitoraggio degli accessi e della ripartizione dei benefici tra utilizzatore e fornitore e/o sequenziatore e/o Stato d'origine della risorsa genetica.

## 7. *Considerazioni conclusive*

Le risorse genetiche si presentano in natura come beni tendenzialmente non rivali (l'utilizzazione del bene da parte di un individuo è compatibile con quella di altri) e non escludibili (è difficile impedire che determinati individui utilizzino il bene in questione), vale a dire come affini

<sup>193</sup> N.Y. MORRIS-SHARMA, *BBNJ and MGRs: Practical Solutions of Benefit Sharing*, in T. HEIDAR (a cura di), *New Knowledge and Changing Circumstances in the Law of the Sea*, Leida, Boston, 2020, p. 80. Cfr. anche M. JASPERS, A.E.L. BROWN, *Benefit Sharing: Combining Intellectual Property, Trade Secrets, Science and an Ecosystem-Focused Approach*, in M.H. NORDQUIST, R. LONG (a cura di), *Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction*, Leida, Boston, 2021, pp. 100 e ss.



ai 'beni pubblici' (*commons*)<sup>194</sup>. Questa circostanza ha garantito la libera circolazione delle risorse genetiche nella Comunità internazionale, favorendo la conservazione e lo sviluppo sostenibile della diversità biologica. D'altronde, essa ha anche agevolato pratiche di biopirateria ai danni degli Stati in via di sviluppo, ricchi di risorse genetiche ma spesso privi della tecnologia e dei capitali necessari per utilizzare le stesse.

Questi Stati, in effetti, non contestavano tanto l'accesso alle proprie risorse, quanto il fatto che essi non partecipassero ai benefici derivanti dalla condivisione e dall'utilizzazione delle stesse. La CDB riconobbe così, per la prima volta in maniera vincolante e in termini generali, il principio della sovranità genetica e quello, correlato, dell'ARB<sup>195</sup>. Come detto, il PN ha poi articolato e specificato questi principi, formalizzando un meccanismo di ARB fortemente 'bilaterale' e 'transattivo'.

Questo meccanismo non converte, di per sé, le risorse genetiche in beni di consumo (*commodities*), anche perché la CDB e il PN non si applicano qualora l'accesso sia volto alla mera commercializzazione della risorsa genetica<sup>196</sup>. L'utilizzatore che acceda a una risorsa genetica al fine di svolgere attività di ricerca può tuttavia sviluppare e brevettare una *nuova* risorsa genetica e/o prodotto da immettere sul mercato. L'ARB della CDB/PN, dunque, non 'privatizza' le risorse genetiche, ma accentua la 'rivalità' e 'l'esclusività' dell'accesso e dell'utilizzazione delle stesse a vantaggio di fornitore e utilizzatore.

Le DSI, tuttavia, compromettono questo meccanismo poiché comportano una drastica de-materializzazione delle risorse genetiche, vale a dire "*the increasing trend for the information and knowledge content of genetic material to be extracted, processed and exchanged in its own right, detached from the physical exchange of the [...] genetic material*"<sup>197</sup>. In

<sup>194</sup> Cfr. B. SCHMIETOW, *Conceptualizing the Commons: Genetic Resources Management, Property Claims, and Global Innovation Ethics*, in *St. Antony's International Review*, 2012, 1, p. 74.

<sup>195</sup> E. MORGERA, E. TSIUNAMI, M. BUCK, *op. cit.*, pp. 5-6.

<sup>196</sup> Ciò è implicito nel fatto che il regime di ARB si applica soltanto qualora l'utilizzazione coinvolga attività di ricerca e sviluppo sulla risorsa genetica, cfr. artt. 15, par. 7, della CDB e 2, lett. c, del PN.

<sup>197</sup> Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura, *Report of the Governing Body of the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture - Fifth Session*. Roma, 2013, Allegato 1.2, p. 4.

particolare, i rapidi progressi di questa tecnologia hanno avuto due effetti immediati, tra loro strettamente correlati.

Il primo è stato creare una lacuna nella normativa internazionale. Come detto, la questione se il concetto di DSI rientri in quello di risorsa genetica ai sensi della CDB/PN rimane controversa. Al massimo, in applicazione degli obblighi discendenti da questi due trattati, le parti possono regolare nei MATs i diversi aspetti concernenti l'utilizzazione delle DSI estratte da una risorsa genetica condivisa. Alcuni Stati parti, inoltre, estendono i propri meccanismi di ARB alle DSI estratte dalle risorse genetiche condivise. Anche l'istituzione di un nuovo meccanismo multilaterale di ARB delle DSI nell'ambito della CDB, di per sé, non parrebbe riempire questa lacuna, sebbene si proponga di intervenire sulla conseguenza più evidente della stessa, vale a dire l'assenza di una chiara normativa in tema di ARB delle DSI.

Il secondo effetto è stato invertire il processo di tendenziale riqualificazione delle risorse genetiche da *commons* a *commodities* avviato con la CDB, quanto meno rispetto alla dimensione 'informazionale' delle stesse<sup>198</sup>. Il fatto è che le DSI, ancora più che le risorse genetiche, sono 'beni' non rivali e non escludibili<sup>199</sup>. Secondo alcuni studi, al 2020 "trilioni" di DSI erano già disponibili in più di milleseicento banche dati in *open-access*<sup>200</sup>. Si tratta di 'beni' liberamente accessibili, facilmente riproducibili e/o modificabili e che possono essere ulteriormente condivisi in privato o in rete. Fino a qualche anno fa, la portata dirompente delle DSI sull'ARB della CDB/PN risultava in qualche modo attenuata dall'esigenza di disporre della risorsa genetica sequenziata al fine di utilizzare le stesse. Oggi questa esigenza tende a venire meno e la possibilità sempre più concreta di utilizzare le sole DSI invece che le risorse genetiche materiali rischia di far diventare il meccanismo di ARB della CDB/PN improvvisamente obsoleto.

Queste considerazioni spiegano forse perché, nell'ambito delle Linee-guida globali di Kunming e Montreal sulla biodiversità, la quindicesima Cdp della CDB ha riconosciuto assoluta priorità alla necessità di

<sup>198</sup> Cfr. K. BRUYNSEELS, *When Nature Goes Digital: Routes for Responsible Innovation*, in *Journal of Responsible Innovation*, 2020, 3, pp. 345-346.

<sup>199</sup> *Ibid.*

<sup>200</sup> F. ROHDEN et al., *op. cit.*, p. 16.

garantire una ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche e delle DSI. Tale necessità costituisce infatti sia un traguardo di lungo termine (2050)<sup>201</sup> che un obiettivo urgente (2030)<sup>202</sup> di tale piano strategico. È probabilmente alla luce di ciò che si comprende meglio la scelta di (parziale) rottura di istituire un meccanismo multilaterale apposito sull'ARB delle DSI nell'ambito della CDB ma al di fuori del PN<sup>203</sup>.

In disparte la problematica relativa ai rapporti con altri regimi di ARB, sia internazionali che interni, rimane da capire quali potrebbero essere le caratteristiche di questo “nuovo” meccanismo multilaterale.

Meccanismi di questo tipo esistono già per l'ARB di specifiche tipologie di risorse genetiche, quali i virus influenzali potenzialmente pandemici e le risorse fitogenetiche. Non solo, diversi studi hanno approfondito come adattare questi meccanismi all'ARB delle DSI estratte dalle stesse. Quanto al meccanismo multilaterale di ARB proposto dalla bozza di Accordo sulla BBNJ, esso ha la duplice peculiarità di applicarsi anche alle DSI e di regolamentare l'ARB di risorse genetiche che, per definizione, sono sottratte al principio di sovranità genetica. In teoria, le DSI potrebbero considerarsi sottoposte al principio di sovranità genetica. In pratica, tuttavia, è chiaro come esse, de-materializzate e ubiquie, tendano a sfuggire all'esercizio dei poteri sovrani dello Stato d'origine della risorsa genetica sequenziata.

In definitiva, specie a fronte degli ultimi sviluppi, l'ARB delle DSI rimane un tema di grande attenzione nella Comunità internazionale. L'auspicio è che la Cdp della CDB riesca ad approntare una soluzione che coniughi la duplice natura delle DSI quali *commons* e *commodities*, assicurando, da un lato, la condivisione in *open-access* e, dall'altro, l'imposizione agli utilizzatori dell'obbligo di ripartire giustamente ed equamente i benefici, specialmente economici, derivanti dall'utilizzazione delle stesse.

<sup>201</sup> Doc. CBD/COP/DEC/15/4 (2022), p. 8 (in particolare “*Goal C*”).

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 10 (in particolare “*Target 13*”).

<sup>203</sup> Come accennato (*supra*, n. 5) questa scelta può forse giustificarsi se si considera che l'ARB delle DSI è un tema connesso all'oggetto e allo scopo della CDB, e non soltanto all'obiettivo di garantire una ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche – obiettivo la cui implementazione è rimessa al Protocollo di Nagoya.

## ABSTRACT

*Convention on Biological Diversity – Nagoya Protocol – access and benefit-sharing  
genetic resources – digital sequence information  
fifteenth meeting of the Conference of the Parties (CoP 15)*

*In light of the recent developments following the 15th meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity (“CBD”), this contribution aims to provide an in-depth analysis of the issues relating to access and benefit-sharing (“ABS”) arising from the utilisation of digital sequence information (“DSI”) under international law. It will be divided into four parts. After a quick explanation of the ABS mechanism under the Nagoya Protocol, the first part examines the concepts of genetic resource and DSI and discusses the reasons that would justify (vel non) the inclusion of the latter in the former; the second part investigates the practical problems concerning the application (or non-application) of ABS mechanisms to DSI, as well as the pro and cons of the decision of the 15th CoP to establish a multilateral mechanism for the ABS of DSI outside the scope of the Nagoya Protocol. The third part explores alternative multilateral mechanisms of ABS of specific types of genetic resources and/or DSI in order to offer some suggestions on what characteristics this new mechanism should/could have in the future. Finally, the contribution makes some reflections on the phenomenon of de-materialisation of genetic resources and ABS of DSI.*

## Le valutazioni tecniche degli organi preposti alla tutela dell'ambiente tra surrogabilità e sindacabilità giurisdizionale

MARGHERITA RAMAJOLI\*

SOMMARIO: 1. L'evoluzione trasformativa delle valutazioni tecniche a livello generale. Ragioni e caratteri qualificanti. – 2. La specificità procedimentale della materia ambientale: la clausola di salvaguardia delle valutazioni tecniche. – 3. La specificità processuale della materia ambientale: la limitata sindacabilità giurisdizionale delle valutazioni tecniche.

### 1. *L'evoluzione trasformativa delle valutazioni tecniche a livello generale. Ragioni e caratteri qualificanti*

Il tema delle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione – intendendo con esse le valutazioni di fatti suscettibili di vario apprezzamento alla stregua di conoscenze e regole tecniche in seno a un'attività amministrativa proceduralizzata – costituisce da tempo memorabile oggetto di riflessione da parte della dottrina e della giurisprudenza, sia in Italia sia in altri Paesi<sup>1</sup>.

\* Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Milano.

<sup>1</sup> In tema cfr., da ultimo, A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021; per un approccio di tipo costituzionalistico A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018; per uno sguardo di tipo comparatistico G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, pp. 7 ss.; per un'analisi della dimensione sovranazionale del fenomeno C. RAGNI, *Scienza, diritto e giustizia internazionale*, Milano, 2020.

Tema antico, ma al tempo stesso sempre più attuale, visto che ai giorni nostri si registra il dominio di regole scientifiche con un'intensità accentuata rispetto al passato. Tema non meramente teorico, bensì tale da rivestire notevole importanza pratica, perché la questione dell'individuazione dei confini delle valutazioni tecniche è connessa alla questione dell'individuazione del tipo di sindacato da esperire in materia.

In tanti campi dell'agire amministrativo (si pensi alla materia anti-trust, oppure ai settori dell'energia o delle comunicazioni elettroniche) si è assistito a un'evoluzione in relazione alle valutazioni tecniche.

Come è noto, le valutazioni tecniche nascono come riserva sovrana dell'amministrazione, con rilevanti conseguenze sul piano procedimentale e sul piano processuale. Dal punto di vista procedimentale le valutazioni tecniche sono state lungamente assegnate in via esclusiva non tanto e non solo all'amministrazione intesa come apparato complessivo, quanto piuttosto a singoli specifici soggetti amministrativi, in grado di generare con la loro eventuale inerzia pesanti arresti o paralisi all'emanazione della decisione finale.

Tuttavia, gradualmente la tecnica è stata sottratta alla riserva che il potere si era assicurato nei suoi riguardi<sup>2</sup> e le valutazioni tecniche sono state sottoposte dal legislatore a un processo di semplificazione e di accelerazione proprio per superare blocchi e conseguenti ritardi procedurali, in attuazione del principio di buon andamento e di efficienza dell'attività della pubblica amministrazione<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Fin dagli anni Sessanta del secolo scorso, grazie alle riflessioni di V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, spec. pp. 44 ss.; più di recente cfr. A. TRAVI, *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia «amministrativa»?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, pp. 304 ss., spec. pp. 312 ss.; ID., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 439 ss.

<sup>3</sup> La sottoposizione dell'attività di valutazione tecnica a processi di semplificazione, intesi come accelerazioni procedurali, è ben descritta, con diversità di accenti, da A. PAJNO, *Legge n. 241/1990, corpi tecnici e attività consultiva*; T. BONETTI, *I corpi tecnici nella legge n. 241/1990 tra innovazioni e continuità*; G. TORELLI, *La capacità decisoria dei corpi tecnici: il caso dei procedimenti di autorizzazione in materia ambientale*; G. PIPERATA, *I corpi tecnici del patrimonio culturale e le insidie della legge n. 241/1990*; E. GUARNIERI, *L'attività consultiva nel bilanciamento tra tecnica e semplificazione*; M. CAMMELLI, *Corpi tecnici e legge n. 241: un contributo per le ricerche*; M. DELSIGNORE, *La centralità dell'attività conoscitiva nella concezione originaria della legge n. 241/1990 e la*

Dal punto di vista processuale, dottrina e giurisprudenza originariamente ritenevano insindacabili dal giudice amministrativo le valutazioni tecniche dell'amministrazione, al pari delle scelte puramente di merito. Il margine di incertezza inerente ai giudizi tecnici, o, altrimenti detto, l'opinabilità ineliminabile dell'apprezzamento tecnico è stato l'elemento che ha consentito di avvicinare i due tipi di attività, con la conseguenza che discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica sono state equiparate sotto il profilo della insindacabilità da parte del giudice amministrativo, venendo l'amministrazione considerata il perito dei periti nelle materie di interesse pubblico<sup>4</sup>.

Ma a poco a poco è emersa la consapevolezza che la verifica dei presupposti dell'azione amministrativa debba essere tenuta logicamente distinta, in quanto strumentale, dalla successiva fase di apprezzamento del valore degli interessi e di conseguente scelta della soluzione intesa a tutelare meglio l'interesse da realizzare nel caso concreto<sup>5</sup>. La c.d. discrezionalità tecnica, essendo svincolata dalla considerazione degli interessi dei singoli soggetti coinvolti, è stata ritenuta prossima non tanto alla discrezionalità amministrativa, quanto piuttosto alla discrezionalità del giudice e dobbiamo questo parallelismo a un Maestro che non può essere certo raffigurato come un sovversivo nella sua complessiva impostazione teorica<sup>6</sup>.

La giurisprudenza e la dottrina maggiormente attente ai profili di effettività della tutela giurisdizionale hanno dimostrato che la vera alternativa nel dibattito sulle valutazioni tecniche non è tra sindacato estrinseco

*sua perdurante attualità; A. PIOGGIA, Corpi tecnici e legge n. 241/1990. Una discussione a partire dagli studi presentati; A. POLICE, Il potere, il coraggio e il tempo nel decidere. Corpi tecnici e loro valutazioni nel trentennale della legge sul procedimento amministrativo, tutti in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo, Torino, 2021, rispettivamente pp. 259 ss., pp. 266 ss., pp. 277 ss., pp. 294 ss., pp. 307 ss., pp. 330 ss., pp. 339 ss., pp. 349 ss., pp. 357 ss.*

<sup>4</sup> Sul punto si veda l'ampia ricostruzione storica di C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, spec. pp.129 ss.

<sup>5</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, pp. 133 ss.

<sup>6</sup> A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, XIV ed., Napoli, 1984, p. 574.

e sindacato sostitutivo, bensì tra sindacato estrinseco e sindacato intrinseco<sup>7</sup>.

Ora il sindacato intrinseco è reso possibile non solo dalla previsione normativa della consulenza tecnica d'ufficio, ma, ancora più a monte, dall'inserimento giurisprudenziale del travisamento dei fatti e dell'errore manifesto di apprezzamento tra le figure di eccesso di potere. Le valutazioni tecniche hanno così perso la dimensione di potere riservato all'amministrazione: la valutazione espressa da quest'ultima è posta su un piano tendenzialmente paritario rispetto a quella fornita dal privato. Il giudice amministrativo, di fronte a valutazioni non coincidenti espresse dalle parti in causa, è chiamato a stabilire quella che pare "meglio argomentata o basata su dati empirici più solidi e sulla letteratura scientifica più accreditata"<sup>8</sup>. In particolare, quando la valutazione fornita dall'amministrazione si fonda su una questione tecnica la cui soluzione è opinabile, il giudice dispone del potere di stabilire se la diversa soluzione offerta dalla controparte sia da preferire in quanto formulata e sviluppata in maniera più convincente sulla base del sapere scientifico del settore di riferimento, non disponendo più l'amministrazione del monopolio di scelta della soluzione tecnica migliore<sup>9</sup>.

A questa consapevolezza sul tema delle valutazioni tecniche si è giunti attraverso un percorso non sempre lineare, fatto di fughe in avanti,

<sup>7</sup> A far data dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, sulla quale cfr. le considerazioni di A. TRAVI, *Nota a Cons. St., Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601*, in *Foro it.*, 2001, III, pp. 9 ss.; sui diversi modelli di sindacato sulle valutazioni tecniche e sulle concrete modalità di controllo della tecnica da parte del giudice cfr., da ultimo, A. MOLITERNI, *Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche*, cit., pp. 5 ss., spec. pp. 18 ss.

<sup>8</sup> Così M. CLARICH, in M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, p. 26.

<sup>9</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 10 giugno 2021, n. 4465 e, ancor prima, Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, sulla quale S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti della autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 97 ss.; M. DELSIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 740 ss.; S. RODOLFO MASERA, *Verificazioni e valutazioni tecniche: la "dimensione" processuale del problema*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2021, 2, pp. 406 ss.



vuoi normative<sup>10</sup>, vuoi giurisprudenziali<sup>11</sup>, vuoi dottrinali<sup>12</sup>, ma anche di arretramenti successivi, ben rappresentati dall'espressa esclusione di verificazioni e consulenze tecniche nei giudizi avverso le misure di gestione della crisi degli istituti bancari (art. 95 del D.Lgs. 16 novembre 2015, n. 180) e ferma restando la difficoltà, su cui sarà necessario ritornare, di isolare i profili tecnici da quelli schiettamente discrezionali e, conseguentemente, di differenziare concettualmente il momento della valutazione tecnica da quello della prospettazione degli effetti di tale valutazione sul piano degli interessi coinvolti<sup>13</sup>.

Sta di fatto che la descritta evoluzione in materia di valutazioni tecniche consente di ravvisare una certa circolarità tra piano procedimentale e piano processuale: se il procedimento amministrativo è reso il luogo deputato per un confronto effettivo tra le diverse metodologie e conoscenze scientifiche per la qualificazione dei fatti rilevanti, conseguentemente nel giudizio amministrativo il sindacato giurisdizionale si amplia nella prospettiva di verificare il rigore e l'affidabilità dell'intero processo di valutazione tecnica posto in essere dall'amministrazione, procedendo a un diretto accertamento dei fatti storici rilevanti nella loro materialità<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Tra tutte, la già menzionata introduzione della consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo, ora disciplinata agli artt. 19, 63 e 67 c.p.a., e una più puntuale disciplina dell'istituto delle verificazioni ad opera dell'art. 66 c.p.a.

<sup>11</sup> Il percorso è stato tracciato dalle già menzionate sentenze del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 601/1999 e Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4990/2019, la quale ultima è stata comunque in parte ridimensionata nella sua portata più innovativa dalla giurisprudenza successiva (Cons. Stato, Sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5559; 2 settembre 2019, n. 6022; 19 febbraio 2020, n. 1257).

<sup>12</sup> A partire dagli studi risalenti ai primi anni Ottanta del secolo scorso di F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 371 ss. (non a caso successivamente pubblicato anche in *Studi in memoria di V. Bachelet*, vol. II, Milano, 1987, pp. 245 ss., dal momento che, come sottolineato alla nt. 2, è stato proprio Vittorio Bachelet a riportare la tecnica sotto l'alveo del diritto); e di V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, *ivi*, 1984, pp. 463 ss.

<sup>13</sup> M. D'ALBERTI, *Prefazione*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche*, cit., pp. 1 ss., spec. pp. 3-4.

<sup>14</sup> A. MOLITERNI, *Le disavventure*, cit., pp. 45-50.

## 2. *La specificità procedimentale della materia ambientale: la clausola di salvaguardia delle valutazioni tecniche*

L'evoluzione generale appena tracciata è ancora restia a penetrare nella materia ambientale, nonostante quest'ultima sia particolarmente intrisa di contenuti tecnico-scientifici<sup>15</sup>.

La materia ambientale è, sotto questo aspetto (come pure sotto tanti altri), una materia a sé stante, tant'è che si è giustamente parlato, in un noto saggio di Morbidelli degli anni Novanta del secolo scorso, di un "regime amministrativo speciale" dell'ambiente. Questo regime speciale, alla luce della ricostruzione delle previsioni normative, dei poteri attribuiti alle amministrazioni e del loro grado di incidenza sui soggetti privati, si concretizza in una "sorta di plusvalore" dell'amministrazione rispetto ai cittadini<sup>16</sup>.

Il "plusvalore" amministrativo proprio della materia ambientale emerge sia sul versante procedimentale sia su quello processuale.

Per quanto riguarda la sede procedimentale la disciplina generale introdotta in tema di pareri e valutazioni tecniche dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 mira a soddisfare esigenze di efficienza ricorrendo a meccanismi per superare stalli procedimentali in caso di silenzio dei soggetti tenuti a fornire tali atti strumentali. In particolare, il legislatore ha conferito all'amministrazione procedente il potere di concludere comunque il procedimento avviato, vuoi facendo a meno del parere (art. 16), vuoi ricorrendo a valutazioni tecniche di altra autorità dotata di pari competenze (art. 17)<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Sul ruolo della tecnica specie, ma non solo, in materia ambientale cfr. già A. PREDIERI, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento della sovranità*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. IV, Modena, 1996, pp. 1426 ss. e, più di recente, S. GRASSI, M. CECCHETTI (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, 2006.

<sup>16</sup> G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, pp. 1121 ss.

<sup>17</sup> Ricorda A. TRAVI, voce *Parere*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1995, pp. 601 ss., p. 603, che prima della legge n. 241/1990 la valutazione tecnica non costituiva una figura autonoma in quanto confluiva all'interno del parere, mentre la legge sul procedimento amministrativo differenzia i due istituti quanto a regime applicabile, stante la fungibilità della sola valutazione tecnica, di regola sostituibile ad opera di altri organi dell'amministrazione o di enti pubblici dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti,

Tuttavia, nel caso di pareri o valutazioni tecniche che debbano essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini non operano gli appena menzionati meccanismi di semplificazione introdotti in via generale dagli artt. 16 e 17 per superare l'*impasse* procedimentale. La legge reputa le valutazioni tecniche ambientali come imprescindibili, nel senso che vanno sempre e in ogni caso formulate espressamente, e come infungibili, nel senso che devono essere rilasciate dalla sola amministrazione individuata dalle leggi speciali come riservataria di quell'atto (art. 16, comma 3, e 17, comma 2). L'originaria impostazione della legge n. 241/1990 è dunque netta: gli interessi sottesi alla materia ambientale vengono concepiti come dotati di rilevanza tale da impedire l'applicazione di qualsiasi istituto di semplificazione che possa nuocere a una compiuta valutazione tecnica<sup>18</sup>.

Sono dunque presenti "due clausole di riserva", di tenore parzialmente identico, che escludono in materia ambientale l'applicabilità del regime di regola prescritto in caso di pareri o valutazioni tecniche. Di conseguenza l'eventuale interruzione del procedimento determinata dall'inerzia delle "autorità endo-procedimentali" non risulta superabi-

ovvero istituti universitari. Si rinvia per un'analisi approfondita dell'art. 16 della legge n. 241/1990 a M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, pp. 523 ss. ed a V. PARISIO, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, II ed., pp. 802 ss.; e dell'art. 17 della medesima legge a M.G. DELLA SCALA, *Le valutazioni tecniche nel procedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., pp. 552 ss. ed a N. AICARDI, *Le valutazioni tecniche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., pp. 838 ss.; sottolineano come l'opzione fatta propria dal legislatore sia quella secondo cui "l'importante non è decidere bene, ma decidere in fretta" M. OCCHIENA, N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Dir. ec.*, 2019, pp. 27 ss., p. 60; in senso analogo A. POLICE, *Il potere*, cit., pp. 365 ss.

<sup>18</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. gen., 27 gennaio 1994, n. 3. In dottrina su questo specifico punto cfr. G. SCIULLO, "Interessi differenziati" e procedimento amministrativo, in *Riv. giur. urb.*, 2016, pp. 58 ss.; F. DE LEONARDIS, *Semplificazione e ambiente*, in AA.VV., *Rapporto 2015 di Italiadecide. Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Bologna, 2015, pp. 432 ss.; secondo M. DELSIGNORE, *La valutazione tecnica ed i suoi riflessi sul procedimento*, in *Foro amm. CdS*, 2010, pp. 1121 ss., la difficoltà di distinguere in concreto valutazione tecnica e parere in materia ambientale giustifica la scelta di introdurre un regime di loro trattazione del tutto equivalente.

le per il cittadino<sup>19</sup>. Così, ad esempio, il parere della Soprintendenza per l'accertamento della conformità paesaggistica deve essere formulato espressamente, in quanto non si applica in materia l'istituto del silenzio assenso, come espressamente stabilito dagli artt. 16, comma 3, e 17, comma 2, della legge n. 241/1990. Il rilascio del parere da parte della Soprintendenza oltre il termine di novanta giorni previsto dagli artt. 167, comma 5, e 181, comma 1 *quater*, del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (codice dei beni culturali e del paesaggio) non dà luogo ad alcuna illegittimità, perché "il contrasto tra la previsione legislativa, contenuta negli artt. 167 e 181, di un termine perentorio per determinarsi sull'autorizzazione ambientale e quella, contenuta negli artt. 16 comma 3 e 17 comma 2 cit., che non consente, in *subiecta materia*, la formazione dell'assenso a seguito dell'inutile decorso del tempo va risolto, in un'ottica di necessaria graduazione dei relativi precetti, privilegiando il secondo, in quanto norma dotata di valenza speciale ed esaustiva"<sup>20</sup>.

La disciplina delle valutazioni tecniche ambientali presenta poi un'ulteriore peculiarità. La regola generale – qui non applicabile – nel caso di valutazioni tecniche impedisce di prescindere dall'atto endo-procedimentale non espresso entro il termine (a differenza di quanto accade nel caso di pareri, così come dispone l'art. 16, comma 1) e stabilisce di sostituire l'organo cui era stata richiesta originariamente la valutazione con un altro organo avente pari qualificazione. Dal momento che questa sostituibilità è invece negata in materia ambientale, l'opzione legislativa adottata assume due distinte sfumature: essa non tanto e non solo attribuisce valore preminente agli apprezzamenti di merito di natura specialistica in talune materie, e quindi garantisce una pretesa supremazia procedimentale dei valori ambientali, paesaggistico-territoriali e sanitari rispetto a ogni altro valore, ma anche e soprattutto conferisce valore imprescindibile e insostituibile ad apprezzamenti tecnici demandati a specifici soggetti. In questa maniera viene introdotta nell'ordinamento una riserva di sapere specialistico che poggia su un dato più soggettivo che oggettivo-materiale.

La dottrina ha lamentato la radicalità del divieto assoluto dell'opera-

<sup>19</sup> T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 28 gennaio 2010, n. 46.

<sup>20</sup> T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 13 aprile 2011, n. 669; T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 18 gennaio 2006, n. 4094.

re della semplificazione nell'ipotesi di pareri e valutazioni tecniche ambientali, suggerendo, come soluzione alternativa maggiormente equilibrata, di assegnare un termine più ampio alle amministrazioni consultive preposte alla tutela di interessi qualificati e, in caso di mancato rilascio dell'atto richiesto dopo la scadenza del più ampio termine, di adottare un meccanismo analogo a quello previsto in via generale per le valutazioni tecniche, che, come visto, obbliga l'amministrazione procedente a richiedere l'atto a un altro organismo pubblico o a un istituto universitario dotato di *expertise* in materia<sup>21</sup>.

Forse anche sulla scia di queste critiche, a partire dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso l'assolutezza del quadro normativo originario è stata scalfita da alcune novelle alla legge n. 241/1990. Esse hanno fatto parzialmente venire meno l'inconciliabilità tra gli istituti di semplificazione, da un lato, e gli interessi sensibili, dall'altro, superando in taluni specifiche ipotesi l'imprescindibilità della valutazione tecnica ambientale a vantaggio della celere conclusione del procedimento amministrativo<sup>22</sup>.

Le modifiche normative si sono però sovrapposte alla disciplina preesistente, lasciando coesistere due logiche difformi, la prima restia, la seconda incline ad ammorbidire la specialità del regime amministrativo della materia ambientale e degli interessi ad essa sottesi. L'esito ultimo di questa mancata armonizzazione di tipo sistematico è l'esistenza di un regime procedimentale delle valutazioni tecniche frastagliato in una pluralità di istituti, che vanno dai pareri alle valutazioni tecniche, dalla conferenza di servizi al silenzio assenso orizzontale nelle ipotesi di decisione amministrativa c.d. pluri-strutturata, non rispondente a un disegno unitario e coerente.

Le innovazioni hanno riguardato anzitutto la disciplina della conferenza di servizi, la quale ha considerato via via obiettivo esclusivo l'ottenimento della decisione finale, a discapito anche degli interessi ambientali, nel senso che la mancata partecipazione o la mancata determinazione di un'amministrazione invitata è ora interpretata come assenso nonostante che l'amministrazione in questione sia preposta alla tutela di un interesse

<sup>21</sup> M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2013, p. 234.

<sup>22</sup> A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, pp. 699 ss., spec. pp. 707 ss.

sensibile (art. 14 *ter*, comma 7, ma anche art. 14 *bis*, comma 4, della legge n. 241/1990)<sup>23</sup>.

In seconda battuta, il meccanismo del silenzio assenso tra amministrazioni è stato espressamente previsto anche in caso di coinvolgimento di interessi ambientali, per cui nell'ipotesi di decisioni c.d. pluri-strutturate la mancata e tempestiva acquisizione di assenso per l'adozione di atti di altre amministrazioni equivale all'accoglimento dello schema di provvedimento proposto anche se il silenzio sia di un'amministrazione preposta alla cura di interessi sensibili (art. 17 *bis*, comma 3, della legge n. 241/1990)<sup>24</sup>.

La specialità del regime amministrativo dell'ambiente qui è giocata in maniera differente – e più attenuata – rispetto a quanto disposto nella già menzionata ipotesi di rilascio di pareri e valutazioni tecniche. Infatti, l'articolo in questione stabilisce espressamente che il silenzio si applica anche nel caso in cui l'atto di assenso sia richiesto a un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini e l'unico tratto di peculiarità è fornito dalla previsione di un termine maggiore, pari a novanta giorni, rispetto a quello generale di trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento per rendere l'assenso, stante la “speciale rilevanza dei beni giuridici coinvolti”<sup>25</sup>.

Una parte della dottrina ha criticato la nuova disciplina, in quanto reputata idonea a favorire un processo di de-quotazione della protezione

<sup>23</sup> In tema cfr. S. BATTINI (a cura di), *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Roma, 2016; L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel D.Lgs. 30 giugno 2016, n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, pp. 12 ss.; in particolare, il dissenso manifestato dalle amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili non determina più la devoluzione obbligatoria della decisione all'organo politico, ma la facoltà di proporre successivamente in sede governativa opposizione alla decisione presa nonostante il dissenso.

<sup>24</sup> Sull'istituto cfr. F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla legge Madia*, in *Federalismi.it*, n. 2/2015; M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in materia di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, *ivi*, n. 17/2015; P. MARZARO, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento “orizzontale” all'interno della “nuova amministrazione” disegnata dal Consiglio di Stato*, *ivi*, 2016, 19; E. SCOTTI, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, pp. 566 ss.

<sup>25</sup> Sulla *ratio* di questa differenziazione dal punto di vista temporale cfr. Corte cost., 27 dicembre 2018, n. 246.

dell'interesse ambientale<sup>26</sup>, evidenziando con queste censure quanto sia difficile conciliare esigenze di speditezza dell'azione amministrativa ed esigenze di tutela degli interessi sensibili. Del resto, come acutamente evidenziato, probabilmente il difetto sta “nel manico”, cioè nello spostare sul piano normativo la soddisfazione di esigenze – da un lato, “l'ansia di provvedere”, dall'altro, “quella di semplificare” – che dovrebbe essere ricercata su altri terreni e in particolare su quello dell'organizzazione amministrativa<sup>27</sup>.

Resta poi un secondo nodo irrisolto, cui si è già fatto cenno, relativo all'individuazione del regime procedimentale delle valutazioni tecniche ambientali di volta in volta applicabile, data l'esistenza di molteplici statuti di diritto positivo.

Infatti, per un verso, si è cercato di attribuire una valenza generalizzata alla novità introdotta nel corpo originario della legge n. 241/1990, dal momento che il Consiglio di Stato in sede consultiva ha affermato che risultano assorbiti all'interno del nuovo meccanismo di semplificazione introdotto dall'art. 17 *bis* i pareri obbligatori e vincolanti, da intendere come atti di assenso comunque denominati<sup>28</sup>.

Per altro verso, la specialità del regime amministrativo ambientale è riemersa a livello di interpretazione giurisprudenziale. Infatti, il giudice amministrativo ha circoscritto fortemente il campo di applicazione del recente istituto di semplificazione procedimentale in materia ambientale, impiegando due distinte argomentazioni.

Anzitutto, si è giustamente precisato che l'art. 17 *bis*, pur essendo un istituto di carattere generale, non deve trovare applicazione nei procedi-

<sup>26</sup> F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso*, cit.; P. MARZARO, *Autorizzazione paesaggistica semplificata e procedimenti connessi*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, pp. 220 ss.; M. DELSIGNORE, *La centralità dell'attività conoscitiva*, cit., p. 342, a detta della quale la direttiva della semplificazione costringe l'azione amministrativa entro termini così angusti “da giungere ad una decisione quale che sia, con il risultato di alimentare il contenzioso” sia tra cittadino e amministrazione, sia tra amministrazioni diverse.

<sup>27</sup> M. GAMMELLI, *Corpi tecnici e legge n. 241: un contributo per le ricerche*, cit., 331; a questa criticità è strettamente legata anche quella della perdita all'interno delle amministrazioni delle tradizionali competenze tecniche e scientifiche, su cui cfr., oltre agli Autori citati alla nota 3, M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp. 159 ss.

<sup>28</sup> Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 23 giugno 2016, n. 1640/2016. In tema cfr. G. TORELLI, *La capacità decisoria dei corpi tecnici*, cit., pp. 284 ss.

menti nei quali il rapporto intersoggettivo tra amministrazioni si inserisca in un procedimento ad istanza di parte, in quanto esso si presta a regolare esclusivamente i rapporti procedurali tra amministrazioni. Una diversa, più estesa, interpretazione dell'ambito di applicazione dell'istituto condurrebbe sostanzialmente all'abrogazione dell'art. 20, comma 4, sempre della legge n. 241/1990, che in maniera espressa esclude l'istituto del silenzio assenso a tutela di interessi sensibili di rango anche costituzionale<sup>29</sup>. Quindi il meccanismo del silenzio assenso c.d. orizzontale si applica solo alle relazioni fra amministrazione precedente e quelle chiamate a rendere assensi, concerti o nulla osta, e “non anche nel rapporto interno fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi”<sup>30</sup>.

In secondo luogo, la giurisprudenza, partendo dalla premessa dell'accentuata settorializzazione della materia ambientale, ha fatto leva sulla natura speciale delle varie normative, che limitano lo spazio applicativo dei più recenti istituti di semplificazione previsti dalla legge n. 241/1990. In questa logica le normative speciali sono intese come “frutto della peculiare significanza e pregnanza che la tutela dell'interesse ambientale e paesaggistico riveste nel nostro ordinamento” e introducono un regime eccentrico rispetto a quello generale<sup>31</sup>.

Si pensi, ad esempio, al parere vincolante della Soprintendenza in relazione agli interventi da eseguirsi su immobili ed aree sottoposti a tutela

<sup>29</sup> T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 21 marzo 2022, n. 269; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 16 agosto 2021, n. 5503. Va comunque dato atto alla legislazione speciale di avere previsto l'operatività dell'istituto del silenzio assenso anche laddove vengano in rilievo interessi ambientali, come nel caso dell'art. 13, legge 6 dicembre 1991, n. 394, in tema di nulla osta per lo svolgimento di attività economiche all'interno dell'Ente parco; su tale disposizione cfr. Ad. pl., 13 luglio 2016, n. 17.

<sup>30</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640; su tale decisione cfr. G. DELLE CAVE, *Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra P.A.: un connubio (im)possibile? Competenze procedurali e portata applicativa dell'art. 17 bis l. n. 241/1990*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021; in tema cfr. altresì F. D'ANGELO, *L'autorizzazione paesaggistica: inapplicabilità del silenzio assenso “endoprocedimentale”*, in *Dir. amm.*, 2021, pp. 231 ss.

<sup>31</sup> Di natura speciale della disciplina “frutto della peculiare significanza e pregnanza che la tutela dell'interesse ambientale e paesaggistico riveste nel nostro ordinamento” parla T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 19 luglio 2021, n. 4971. Sull'accentuata settorialità della disciplina in materia ambientale cfr. G. PERICU, *Energia e ambiente: emersione e composizione dei vari interessi concorrenti*, in *Scritti scelti*, Milano, 2009, pp. 545 ss., spec. pp. 552 ss.



dalla legge o in base alla legge nel procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, in merito al quale esiste un vivace contenzioso. Secondo la giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato la presenza di una legislazione speciale, contenuta all'art. 146 del codice dei beni culturali e del paesaggio, rende inapplicabile la disciplina generale dell'art. 17 *bis* della legge n. 241/1990<sup>32</sup>. La normativa speciale è interpretata nel senso che il decorso del termine affidato alla Soprintendenza senza l'assunzione del parere vincolante non sia idoneo a privare la stessa del potere di adottarlo tardivamente, solo che, una volta scaduto il termine, all'eventuale parere tardivo non potrà essere attribuito valore vincolante. Quindi, spirato il termine, l'amministrazione competente provvederà sulla domanda di autorizzazione valutando in maniera autonoma e motivata il parere intervenuto tardivamente. Questo perché la legislazione speciale ha introdotto un procedimento "affatto speciale, connotato da un'assoluta peculiarità" e "in ossequio" a tale specialità "l'inutile decorso dello *spatium temporis* che connota la scansione del procedimento non assume (tacita) significanza provvedimentale"<sup>33</sup>. Il potere assegnato dalla legge alla Soprintendenza è quindi tale da porla sempre in una "speciale posizione, in virtù delle particolari competenze tecnico-specialistiche e della funzione assoluta"<sup>34</sup> e il superamento dei termini procedurali da parte dell'amministrazione consultiva non determina la perdita del potere stesso, né alcuna ipotesi di silenzio qualificato o significativo<sup>35</sup>.

In definitiva, le normative, generali e speciali, succedutesi nel corso del tempo hanno creato discrasie quanto a trattamento procedimentale degli interessi ambientali. In particolare, è evidente la mancata armonizzazione tra la disciplina relativa a pareri e valutazioni tecniche e la disciplina del silenzio assenso endo-procedimentale, nonché la coesistenza di logiche distinte nella legislazione generale del procedimento ammini-

<sup>32</sup> Cons. Stato, Sez. IV, n. 2640/2021, cit.; a livello di giurisprudenza di primo grado le posizioni sono meno monolitiche, basti pensare a T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 23 giugno 2021, n. 1542, secondo cui "l'istituto del silenzio assenso ex art. 17 *bis*, legge n. 241/1990, si applica al parere reso dalla Soprintendenza sul provvedimento di autorizzazione paesaggistica, estendendosi ad ogni procedimento ... che preveda al suo interno una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra amministrazione". In tema cfr. G. PIPERATA, *I corpi tecnici*, cit., pp. 301-302.

<sup>33</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 5 ottobre 2021, n. 6255; n. 4971/2021, cit.

<sup>34</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 6 novembre 2020, n. 5049.

<sup>35</sup> T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 15 marzo 2019, n. 214.

strativo e nella normativa speciale, contenuta essenzialmente, anche se non esclusivamente<sup>36</sup>, nel codice dei beni culturali e del paesaggio. Con la conseguenza dell'insorgere di forti problemi di coerenza e di tenuta dell'intera disciplina, forieri di incertezze applicative.

### 3. *La specificità processuale della materia ambientale: la limitata sindacabilità giurisdizionale delle valutazioni tecniche*

Sul versante processuale la specialità delle valutazioni tecniche ambientali si manifesta anzitutto nel punto d'attacco del ragionamento giudiziale. A detta di buona parte della giurisprudenza qui non è in discussione un giudizio opinabile, ovvero la distinzione tra accertamenti di fatti semplici e apprezzamenti di fatti complessi, come invece accade di consueto laddove venga in rilievo una valutazione di tipo tecnico (ad esempio, medico-legale oppure antitrust)<sup>37</sup>. Ciò perché in materia ambientale la giurisprudenza maggioritaria reputa la valutazione tecnica come avviluppata, assorbita, inglobata nella valutazione di opportunità e nella comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti.

L'impossibilità di scindere apprezzamenti di fatti complessi e bilanciamenti di interessi emerge chiaramente dal modo in cui la giurisprudenza inquadra l'attività in esame, concepita come non dotata di un'autonomia individualità e di uno specifico scopo di tipo conoscitivo.

Per quanto riguarda, ad esempio, la valutazione d'impatto ambientale e la valutazione ambientale strategica, la loro funzione tipica è individuata nell'emanazione di "un giudizio sulla compatibilità di un progetto" che non è espressione "solo di discrezionalità tecnica, ma anche di scelte amministrative discrezionali"<sup>38</sup>. Ancora, il giudizio di compatibili-

<sup>36</sup> Si pensi alla già menzionata legge n. 394/1991.

<sup>37</sup> Sul punto si rinvia a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 138 ss.

<sup>38</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 361; 1° marzo 2019, n. 1423; Sez. II, 6 aprile 2020, n. 2248; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 18 maggio 2022, n. 492. Non a caso L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi*, in L. TORCHIA (a cura di), *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli, 2016, pp. 11 ss., 23, evidenzia un uso distorto della VIA, impiegata, oltre che per quantificare l'impatto ambientale dell'intervento da realizzare, anche per trovare compensazioni tra interessi diversi perseguiti dalle amministrazioni coinvolte. In tema cfr. altresì M.

tà ambientale è inteso come reso non solo sulla base di criteri oggettivi di misurazione, ma anche “attraversato da profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa sul piano dell'apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo e della loro ponderazione rispetto all'interesse dell'esecuzione dell'opera”<sup>39</sup>. Anzi, la valutazione di impatto ambientale “non è un mero atto tecnico di gestione ovvero di amministrazione in senso stretto”, ma addirittura è un provvedimento “con cui viene esercitata una vera e propria funzione di indirizzo politico-amministrativo”, attraverso “il bilanciamento della molteplicità dei contrapposti interessi pubblici (urbanistici, naturalistici, paesaggistici, nonché di sviluppo economico-sociale)”<sup>40</sup>. Quindi si è al cospetto di atti di indirizzo politico amministrativo, anche se giustamente un orientamento minoritario ha osservato che la funzione di indirizzo politico amministrativo presuppone sempre l'autonoma individuazione di fini da perseguire, quando invece finalità e obiettivi della VIA e della VAS sono stabiliti dalla legge e dalla stessa espressamente regolamentati<sup>41</sup>.

La prospettiva, di diritto sostanziale, di non surrogabilità delle valutazioni tecniche spettanti alle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, in ragione del loro presunto carattere riservato, viene a saldarsi alla prospettiva, di diritto processuale, di limitata sindacabilità delle stesse.

L'affermata mancata autonomia tra l'attività di apprezzamento dei fatti, da un lato, e l'attività di ponderazione degli interessi, dall'altro, e quindi il riconoscimento di una sfera di valutazione integralmente e complessivamente riservata alle amministrazioni comportano conseguenze sul piano processuale che si manifestano in un sindacato oltremodo limitato. Tradizionalmente non viene ammesso un apprezzamento diretto dei fatti che stanno alla base delle operazioni compiute dall'amministrazione e il giudice usa le stesse tecniche impiegate per le valutazioni discrezionali, non entrando nell'esattezza della valutazione tecnica. Quest'ultima

DELSIGNORE, voce *Ambiente*, in *Enc. dir., I tematici, Le funzioni amministrative*, Milano, 2022, pp. 46 ss., p. 67.

<sup>39</sup> Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2016, n. 3059; Sez. IV, 10 febbraio 2017, n. 575; Sez. II, n. 2248/2020, cit.; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 30 giugno 2016, n. 218.

<sup>40</sup> Oltre alla giurisprudenza citata alla nota precedente cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. consult., 9 agosto 2021, n. 271.

<sup>41</sup> Cons. Stato, Sez. V, 9 aprile 2015, n. 1805.

è sottoposta a una verifica esterna e indiretta secondo lo schema dell'eccesso di potere, sfuggendo in via generale al controllo del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente illogica, irrazionale, arbitraria, ovvero fondata su un palese e manifesto travisamento dei fatti, o sia inficiata da macroscopiche contraddittorietà o incongruenze<sup>42</sup>.

L'aver inserito ogni tipologia di attività compiuta sotto la coperta della discrezionalità porta il giudice a un notevole *self restraint*, che gli impedisce di avvalersi di criteri che potrebbero potenzialmente condurre ad evidenziare la non condivisibilità della valutazione tecnica in quanto basata su fatti conosciuti e ricostruiti erroneamente<sup>43</sup>. Così, ad esempio, nel caso d'impugnativa di un provvedimento di recepimento del parere negativo di compatibilità ambientale espresso sul progetto di un parco eolico, il Consiglio di Stato ritiene che l'amministrazione, nel rendere il giudizio di valutazione ambientale, eserciti "un'amplissima discrezionalità" e, una volta concepita in questa maniera l'attività sul piano sostanziale, la conseguenza giurisdizionale è che il controllo del giudice amministrativo debba essere svolto "*ab extrinseco*, nei limiti della rilevabilità *ictu oculi* dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di invalidità"<sup>44</sup>.

Dunque, un sindacato indiretto ed estrinseco, che accerta sul piano meramente documentale la logicità e la non contraddittorietà dell'*iter* seguito dall'amministrazione e che elude il riesame dell'attendibilità intrinseca delle valutazioni tecniche trasfuse nel provvedimento impugnato. Infatti, l'assorbimento della valutazione tecnica all'interno dell'attività di comparazione degli interessi in gioco genera anche una particolare ritrosia da parte del giudice nell'accogliere richieste di consulenza tecnica.

<sup>42</sup> T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 1° agosto 2017, n. 913; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 20 aprile 2016, n. 237.

<sup>43</sup> Per particolare chiarezza cfr. T.A.R. Lazio, Sez. II *bis*, 26 novembre 2018, n. 11460; ma cfr. altresì anche Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2020, n. 3219.

<sup>44</sup> Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1783. Per una critica a questo orientamento e per la valorizzazione dell'opinione giurisprudenziale contraria, che ascrive all'ambito della valutazione tecnica la considerazione delle esigenze di sviluppo delle fonti rinnovabili e ne deduce la necessità di un sindacato intrinseco in materia, cfr. B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative per le fonti rinnovabili di energia e il rapporto tra obiettivi di decarbonizzazione e tutela di altri interessi pubblici*, in E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIS, A. TRAVI, *L'attuazione dell'European Green Deal. I mercati dell'energia e le imprese*, Padova, 2022, pp. 90 ss.

Così, nel caso di impugnazione di un diniego di rilascio di autorizzazione ambientale per un impianto di termovalorizzazione il Consiglio di Stato ha ritenuto che un'eventuale consulenza tecnica comporterebbe “un inammissibile giudizio sostitutivo di una valutazione tecnico discrezionale (svolta dalla Amministrazione e demandata a specifici organi in possesso in massimo grado di competenze tecniche e scientifiche necessarie) ed in quanto tale infungibile, salvo ipotesi di macroscopiche abnormità”<sup>45</sup>. In altre occasioni emerge una diversa tendenza giurisprudenziale che è comunque espressiva di una certa riluttanza nell'impiego dei mezzi di prova per la ricostruzione dei fatti controversi. Essa si concretizza nel far proprie le analisi condotte dall'amministrazione in quanto “sviluppate secondo stilemi metodologici a quanto consta accolti come validi dalla comunità scientifica”<sup>46</sup>.

Inoltre, l'evidenziata onnipervasività dell'interesse pubblico in materia rende particolarmente recessiva la posizione dei privati rispetto alle determinazioni delle amministrazioni. Il “valore primario ed assoluto riconosciuto” all'ambiente dalla Costituzione viene utilizzato come argomento per giustificare, oltre che la “natura sostanzialmente insindacabile delle scelte effettuate”, anche la “prevalenza” degli interessi ambientali rispetto ad altri interessi protetti<sup>47</sup>. Di qui l'affermazione giurisprudenziale secondo cui in sede di imposizione del vincolo di tutela ambientale “non è richiesta una ponderazione degli interessi privati unitamente ed in coerenza con gli interessi pubblici connessi con la tutela paesaggistica” e ciò neppure allo scopo di dimostrare che il sacrificio imposto al privato sia stato contenuto nel minimo possibile, perché “la disciplina costituzionale del paesaggio erige il valore estetico-culturale a valore primario dell'ordinamento”<sup>48</sup>. Va comunque dato atto che per una giurisprudenza minoritaria l'amministrazione anche nel caso di “cura dell'interesse pubblico asseritamente prevalente” è tenuta ai fini della tutela a non trascurare, né assorbire l'impatto che l'attività amministrativa produce sulla sfera dei cittadini e delle imprese<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Cons. Stato, Sez. II, 6 aprile 2020, n. 2248.

<sup>46</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 8 ottobre 2018, n. 5761.

<sup>47</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 4 aprile 2022, n. 2462; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 22 luglio 2015, n. 560.

<sup>48</sup> Cons. Stato, Sez. IV, n. 2462/2022, cit.; Sez. II, 12 aprile 2021, n. 2935.

<sup>49</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457.

Sta di fatto che la materia ambientale non conosce quella evoluzione, sostanziale e processuale, che le valutazioni tecniche hanno attraversato negli altri campi dell'agire amministrativo. Tuttavia, anche in materia ambientale valutazione tecnica e decisione finale vanno tenute distinte dal punto di vista concettuale e procedimentale. Né, d'altro canto, è dato comprendere come possa la (presunta) esigenza di tutelare in via prioritaria l'interesse ambientale giustificare un sindacato limitato.

Il legislatore attribuisce solitamente la competenza ad emanare il provvedimento finale non al soggetto dotato di competenza tecnica, ma ad altro soggetto, chiamato a ponderare l'assetto degli interessi in gioco tenendo conto dei profili derivanti dalla valutazione tecnica<sup>50</sup>. Ma anche quando è il medesimo soggetto chiamato a svolgere entrambi i tipi di attività, valutazioni tecniche e valutazioni discrezionali non sono tra loro assimilabili e confondibili: le valutazioni tecniche costituiscono il presupposto conoscitivo delle valutazioni di interessi, ferma restando la loro natura opinabile, mentre le valutazioni discrezionali attengono alla scelta del modo migliore di realizzare l'interesse pubblico in relazione a una precisa situazione di fatto previamente valutata alla stregua di criteri tecnici.

In qualsiasi settore, in qualsiasi materia la regola non può essere il carattere riservato di una valutazione tecnica, perché ciò si risolve inevitabilmente nell'attribuzione all'amministrazione di una posizione di potere nei confronti del cittadino. La valutazione incerta, ma applicativa di un criterio preciso, deve sempre essere "suscettibile di un sindacato pieno sulla bontà e sulla divisibilità di tale valutazione"<sup>51</sup>. L'apprezzamento degli elementi di fatto, anche a struttura complessa, attiene sempre al piano della legittimità, per cui deve esserne in ogni caso consentita la sindacabilità, fatto salvo il divieto di sostituzione nelle valutazioni di opportunità, sempre riservate all'amministrazione<sup>52</sup>.

Inoltre, come si è accennato, non si può instaurare alcun rapporto di causa ed effetto tra l'attribuzione di un valore prioritario all'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente e la configurazione di un sindacato

<sup>50</sup> Sul punto si rinvia ad A. POLICE, *Il potere*, cit., pp. 358 ss.

<sup>51</sup> A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche*, cit., pp. 439 ss.; in senso analogo A. CASSATELLA, *Verso un'eccessiva contrazione del sindacato delle valutazioni tecniche?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pp. 1065 ss.

<sup>52</sup> Cfr., se si vuole, M. RAMAJOLI, in M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali*, cit., p. 69.

estrinseco e indiretto sulle valutazioni tecniche, dal momento che si tratta di profili distinti, collocati su piani differenti. In questa logica occorre rifuggire alla trappola che parte dal riconoscimento del ruolo primario assunto dal valore “ambiente” nei riformati artt. 9 e 41 Cost.<sup>53</sup> e ne vorrebbe ricavare un mutamento del ruolo dell’interesse ambientale nella ponderazione degli interessi in gioco, perché qui – lo si ribadisce – non si tratta di scelte discrezionali, bensì di valutazioni di fatti complessi richiedenti particolari competenze. Diverso, beninteso, è il discorso relativo alle ricadute della recente modifica costituzionale sull’attività legislativa, questa sì per definizione estrinsecantesi in un potere di scelta, comparazione e ponderazione degli interessi da valutare, che è sempre un potere connotato da astrattezza, generalità e, in definitiva, politicità. Nella distinta ipotesi in cui viene in rilievo il processo normativo primario la formalizzazione nel testo costituzionale del valore ambientale, come già in Germania il riferimento esplicito in Costituzione all’“interesse delle future generazioni”<sup>54</sup>, rappresenta un vincolo forte per il legislatore e, quindi, un parametro sostanziale di legittimità costituzionale. Di conseguenza le scelte operate dai titolari della potestà normativa divengono “misurabili e valutabili nella sede di un sindacato giudiziale di ragionevolezza che non risulti limitato alla sola *non manifesta irragionevolezza* (o *arbitrarietà*), bensì pienamente realizzabile applicando i ben più stringenti test di *idoneità*, *necessità* e *proporzionalità in senso stretto* delle misure scrutinate”<sup>55</sup>.

Del resto, anche la Corte costituzionale ha da tempo aderito a un

<sup>53</sup> Sulla riforma costituzionale operata dalla legge costituzionale n. 1 del 2022 e sulle sue ricadute concrete sul piano amministrativo si rinvia a M. DELSIGNORE, A. MARA, M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell’ambiente*, in questa *Rivista*, 2022, pp. 1 ss.

<sup>54</sup> Si pensi alla sentenza del 24 marzo 2021 del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, che, chiamata a pronunciarsi sulle disposizioni della Legge federale sul cambiamento climatico del 12 dicembre 2019 (*Bundes-Klimaschutzgesetz-KSG*), ha fatto appunto applicazione della clausola di “*responsabilità nei confronti delle generazioni future*” contenuta nell’art. 20a della Legge fondamentale tedesca.

<sup>55</sup> In questo senso cfr. M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 2022, 1, pp. 128 ss., pp. 145-146. In senso analogo cfr. anche L. VIOLINI e G. FORMICI, *Doveri intergenerazionali e tutela dell’ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, in *Il diritto dell’economia*, 2021, pp. 32 ss.

modello di sindacato in base al quale nessun diritto, o principio, oppure valore può espandersi in maniera illimitata e questo divieto vale anche per i diritti fondamentali, compreso il diritto alla salute e alla salubrità dell'ambiente<sup>56</sup>. Pertanto, se anche si volesse per assurdo condividere il controverso inquadramento dell'attività amministrativa in esame all'interno dell'esercizio di un potere discrezionale, è possibile porre in dubbio la stessa premessa argomentativa dell'orientamento giurisprudenziale così restrittivo, nel senso che è sempre più chiaro, anche alla luce della predetta giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>57</sup>, che la primarietà di valori quali la tutela dell'ambiente “non ne legittima una concezione totalizzante come se fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto”<sup>58</sup>.

È pertanto da salutare con favore l'orientamento – invero ancora del tutto minoritario<sup>59</sup> –, ampliativo del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche ambientali, il quale si colloca sulla scia dell'evoluzione, tracciata in premessa, che interessa settori dell'agire amministrativo diversi da quello preso qui in considerazione. Così, sempre in tema di valutazione di impatto ambientale del progetto di realizzazione di un impianto eolico, il Consiglio di Stato, pur partendo dal presupposto che gli interessi pubblici coinvolti siano caratterizzati da pluralità, ampiezza e varietà, ritiene che in ordine agli apprezzamenti compiuti la successiva cognizione del giudice amministrativo deve ritenersi piena, “estendendosi ... l'oggetto del giudizio anche alla esatta valutazione del fatto, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante, ove in concreto verificabile” e non potendo il giudice “esimersi dal valutare l'eventuale erroneità dell'apprezzamento dell'amministrazione stessa”<sup>60</sup>.

In tempi a noi più vicini, sempre il Consiglio di Stato – e sempre in materia di realizzazione di impianti di energia elettrica prodotta da

<sup>56</sup> Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85; 23 marzo 2018, n. 58, entrambe sul caso Ilva.

<sup>57</sup> Ancora far data dalla nota e appena menzionata sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013.

<sup>58</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167.

<sup>59</sup> Per un'ampia rassegna della giurisprudenza in materia cfr. M. CROCE, *La portata del sindacato di legittimità sulle valutazioni tecniche in materia di ambiente*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche*, cit., pp. 107 ss.

<sup>60</sup> Così la, non particolarmente recente, ma emblematica, decisione del Cons. Stato, Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4775.



fonti energetiche rinnovabili<sup>61</sup> – ha precisato che, a differenza delle scelte discrezionali amministrative, pacificamente sottoposte a un sindacato incentrato sulla ragionevole ponderazione degli interessi in gioco, le valutazioni di fatti complessi richiedenti particolari competenze devono essere vagliate “al lume del diverso e più severo parametro della *attendibilità* tecnico-scientifica”. In particolare, il giudice è chiamato a valutare se la decisione adottata rientri “nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti” e il ricorrente ben può “contestare *ab intrinseco* il nucleo dell’apprezzamento complesso”, avendo logicamente l’onere di metterne in discussione l’attendibilità tecnico-scientifica<sup>62</sup>.

Questi timidi accenni di un processo evolutivo hanno finora trovato il loro suggello più compiuto in una recente sentenza del Consiglio di Stato in materia di diniego di autorizzazione paesaggistica a seguito del parere negativo della Soprintendenza territorialmente competente<sup>63</sup>, nonostante sia doveroso precisare che la decisione in questione è comunque espressiva di un orientamento in materia di sindacato sulle valutazioni tecniche ambientali che ancora fatica ad affermarsi<sup>64</sup>.

Il ragionamento del Consiglio di Stato si dipana attraverso numerosi passaggi logici concatenati tra loro. Il giudice amministrativo, dopo avere ribadito la già evidenziata necessità di differenziare il sindacato giurisdizionale sulle scelte politico-amministrative, incentrato sulla comparazione ragionevole tra gli interessi non previamente selezionati e graduati dalle norme, dal sindacato giurisdizionale sulle valutazioni di fatti complessi, effettua un’ulteriore suddivisione all’interno della categoria dei fatti da valutare, utilizzando come criterio discrezionale la formulazione dalla fattispecie normativa, e infine ne trae conseguenze in punto di controllo giurisdizionale. La distinzione intercorre fra fatti storici e fatti mediati dalla valutazione amministrativa, distinzione che ne riecheggia altre ben presenti nella dottrina e giurisprudenza più accorta, come

<sup>61</sup> In particolare, nel caso di impugnativa dei decreti della Soprintendenza di dichiarazione di interesse culturale e di assoggettamento a tutela indiretta di talune aree.

<sup>62</sup> Cons. Stato, Sez. VI, n. 8167/2022, cit.

<sup>63</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624.

<sup>64</sup> Basti pensare al filone tradizionale espresso da Cons. Stato, Sez. VI, 19 aprile 2022, n. 2925, parimenti in tema di diniego di autorizzazione paesaggistica in ragione del parere negativo della Soprintendenza.

quelle tra cognizione di fatti semplici e cognizione di fatti complessi, tra accertamento e valutazione tecnica, tra accertamento semplice e accertamento complesso, tra acclaramento tecnico e accertamento valutativo, tra giudizio di esistenza e giudizio di probabilità, tra valutazione tecnica semplice e valutazione tecnica complessa o opinabile, tra accertamento tecnico e discrezionalità tecnica, tra accertamento e apprezzamento, tra accertamento tecnico e concetto giuridico indeterminato<sup>65</sup>.

Nel primo caso il fatto complesso è preso in considerazione dalla norma “nella dimensione oggettiva di fatto *storico*” e pertanto il giudice dispone del potere di accertare direttamente gli elementi descrittivi della fattispecie, compresi quelli valutativi. Infatti “la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati” costituisce una “attività intellettuale ricompresa nell’interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa”. Nel secondo caso la fattispecie normativa considera gli elementi rinviati a nozioni tecnico-scientifiche controvertibili non come fatto storico, bensì come “fatto *mediato* dalla valutazione casistica e concreta delegata all’Amministrazione”. In tale ipotesi, in cui difettano parametri normativi che fungano da premessa di un ragionamento sillogistico, il giudice non “deduce”, ma “valuta” se la decisione dell’amministrazione “rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto”.

Dal canto suo, il privato, in applicazione del principio costituzionale della parità delle armi, deducibile dall’art. 111 Cost. e dall’art. 2 del c.p.a., ha la facoltà, di fronte a un fatto mediato dalla valutazione dell’amministrazione, di contestare il nucleo dell’apprezzamento complesso compiuto dall’amministrazione, ma, al tempo stesso, ha l’onere probatorio di metterne in discussione l’attendibilità tecnico-scientifica tuttavia – precisa la sentenza – se l’onere non è assolto e quindi in giudizio si fronteggiano solo le opinioni divergenti delle parti, il giudice sarà tenuto a dare la prevalenza alla valutazione espressa dall’amministrazione, in considerazione del fatto che quest’ultima proviene da un soggetto

<sup>65</sup> Su queste coppie contrapposte si rinvia a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 122 ss.

“istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisioni collettive”<sup>66</sup>.

Unicamente un sindacato giurisdizionale con le caratteristiche da ultimo tracciate, da un lato, sul versante processuale risulta in linea con la domanda di protezione giurisdizionale e garantisce l'effettività e la pienezza della relativa tutela, così come richiesto dall'art. 1 c.p.a. e dall'art. 6 CEDU, dall'altro – più a monte –, sul versante sostanziale soddisfa il principio di legalità, il quale impone che ogni potere dell'amministrazione e quindi ogni riserva di attività trovi il suo fondamento e i suoi caratteri in una norma<sup>67</sup>.

L'indubbia specificità della materia ambientale non può mai andare a detrimento dei principi fondanti il nostro Stato di diritto.

<sup>66</sup> Quest'ultima posizione presenta una notevole assonanza con quelle espresse a livello dottrinale da C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., spec. p. 227, secondo cui “i valori espressi dall'amministrazione sono (in via generale) più rappresentativi dei valori complessivamente espressi dalla società perché essi sono filtrati e influenzati dai valori dell'indirizzo politico”, e da D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., p. 348, per la quale l'attribuzione in via riservata all'amministrazione di valutazioni non discrezionali può trovare la propria legittimazione, sotto il profilo organizzatorio, nella “specifica competenza dell'articolazione organizzativa affidataria”.

<sup>67</sup> L'autore che si è maggiormente speso nel dimostrare il contrasto insanabile tra principio di legalità e riserva assoluta amministrativa di valutazione tecnica è A. TRAVI, *Il giudice amministrativo*, cit., pp. 439 ss.; *Nota a Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601*, cit.; *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, 1997, pp. 1262 ss.; *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia amministrativa?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, pp. 304 ss.; *Giurisdizione e amministrazione*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, Milano, 2013, pp. 3 ss.; *Per una revisione dei limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti amministrativi*, in AA.VV., *La protección de los derechos frente al poder de la administración. Libro homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Caracas, 2014, pp. 755 ss.; sull'importanza sistematica di questa riflessione scientifica cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La legalità presa sul serio. La norma come matrice del potere amministrativo*, e B. TONOLETTI, *Norme imprecise, qualificazione dei fatti ed estensione della cognizione del giudice amministrativo*, entrambi in E. BRUTI LIBERATI, M. CLARICH (a cura di), *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto. L'opera scientifica di Aldo Travi*, Pisa, 2022, rispettivamente pp. 55 ss. e pp. 145 ss.

## ABSTRACT

*Technical assessments – law 7 August 1990, no. 241  
environmental assessment – judicial review*

*Technical assessments have experienced a profound transformative evolution in terms of substance and procedure.*

*In terms of procedure, technical assessments, which were once non-substitutable, have been subjected by the legislature to a process of simplification to overcome procedural stops and consequent delays. In point of judicial review, technical assessments, once unreviewable, have lost the dimension of a power reserved to the administration, which no longer has a monopoly on choosing the best technical solution. However, environmental issues, despite being particularly steeped in technical-scientific content, are not fully familiar with this development.*

*On the procedural side, Law no. 241/1900 considers environmental technical assessments as unavoidable, in the sense that they must always and in every case be expressly formulated, and as infungible, in the sense that they must be issued by the only administration identified as the reserve holder of that act. A number of amendments to Law No. 241/1990 have superseded the unavoidability of the technical environmental assessment to the advantage of the speedy conclusion of proceedings in the particular case of service conferences or silence between administrations. But there are still two divergent logics: the first reluctant, the second inclined to soften the speciality of the procedural regime of environmental interests. On the procedural side, a part of jurisprudence tends to conceive of environmental technical assessments as not having an autonomous individuality, inasmuch as they are incorporated in the weighting of interests, and consequently operates a limited review.*

*The broadening of judicial review of technical environmental assessments is therefore to be welcomed, as it follows the general trend and leads the court to not exempt itself from reviewing the possible erroneousness of the administration's appreciation. In fact, only a judicial review with these characteristics guarantees effectiveness and fullness of protection.*

## L'ambiente da valore a principio (costituzionale)

SARA VALAGUZZA\*

SOMMARIO: 1. Dalla codificazione ambientale alla Costituzione ambientale. – 2. L'ambiente come principio ed il rapporto tra diritto e legge. – 3. La crisi della legislazione come fattore peculiare del diritto dell'ambiente. – 4. Il ritrovato ruolo della Costituzione come fonte del diritto dell'ambiente. – 5. Interpretazione della giurisprudenza amministrativa dei nuovi precetti costituzionali. – 6. Il ritorno all'interesse legittimo.

### 1. *Dalla codificazione ambientale alla Costituzione ambientale*

La riforma della Costituzione, che ha inserito tra gli impegni della Repubblica quello di tutelare l'ambiente, gli ecosistemi e la biodiversità, anche nell'interesse delle generazioni future<sup>1</sup>, eventualmente indirizzando e coordinando l'iniziativa economica privata, induce a riflettere su molteplici aspetti della nostra civiltà.

Il dibattito riguarda (o almeno dovrebbe riguardare) le fundamenta

\* Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Milano.

<sup>1</sup> Tra i primi sull'argomento F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2010, pp. 12 e ss. V. anche R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008; R. BIFULCO, *Futuro e Costituzione. Premesse per uno studio sulla responsabilità verso le generazioni future*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, I, 2005, pp. 297 e ss.; F. CIARAMELLI, F.G. MENGA, a cura di, *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto all'etica e alla politica*, Napoli, 2017.

dell'architettura giuridica postmoderna: dai caratteri potenzialmente distruttivi del progresso<sup>2</sup>, alla rilevanza della scienza come parametro di ragionevolezza (e di costituzionalità) delle politiche pubbliche<sup>3</sup> e fino alla necessità di introdurre un nuovo costituzionalismo ambientalista<sup>4</sup>.

La questione generale, da qualsiasi parte la si intenda affrontare, sottende un argomento insidioso per il giurista, che ha a che fare, anzitutto, con le definizioni di base.

Si fa presto, infatti, ad appurare l'assenza di una definizione giuridica – e perfino scientifica – di ambiente<sup>5</sup> e a constatare l'impossibilità di

<sup>2</sup> Anticipati in maniera premonitrice da B. RUSSELL, *La visione scientifica del mondo*, Bari, 2009 e di recente alla base di una importante teorizzazione che prospetta un nuovo costituzionalismo globale L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, Milano, 2022.

<sup>3</sup> Tra i più significativi, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018; S. GRASSI, M. CECCHETTI, a cura di, *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, 2006; M. TALLACCHINI, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, Milano, 1996.

<sup>4</sup> Per tutti, D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022.

<sup>5</sup> Ne discute ampiamente D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, cit., il quale, sulla nozione di ambiente, osserva che “il suo carattere eminentemente relazionale non ne consente una trattazione settoriale e semplificata”, p. 17. Il testo richiama anche le principali definizioni fornite dagli studiosi del diritto, rammentando, in particolare, la nota tripartizione di Giannini, che distingueva l'ambiente (o il diritto dell'ambiente) tra: insieme degli elementi paesaggistici e culturali (su cui V. anche F. MERUSI, *Commento all'art. 9 Cost.*, in G. BRANCA, a cura di, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975, pp. 445 e ss.); tutela di acqua, aria e suolo; e, infine, urbanistica e governo del territorio, M. S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, pp. 15 e ss. Inoltre, sulle teorizzazioni che permettono di comprendere la trasversalità del diritto dell'ambiente, viene rilevato che una delle analisi più convincenti è rappresentata dalla teoria dei cerchi concentrici, all'interno dei quali si collocano le norme più o meno dedicate a questioni ambientali, di M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, I, Courbevoie, 2004, pp. 7 e ss.; la ricerca di una definizione unitaria di ambiente, attorno agli anni Settanta, si giustificava con l'esigenza di favorire il processo di riconoscimento di problematiche di tipo ecologico, autonome rispetto a quelle raccolte dalle norme di tutela del paesaggio e degli elementi ambientali in senso stretto, o dal diritto urbanistico, così G. PERICU, *Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2015, pp. 189 e ss. Sulle diverse organizzazioni preposte alla tutela dell'ambiente nello sviluppo del diritto amministrativo, U. POTOTSCHNIG, *Strumenti giuridici per la difesa della natura*, in *Foro amministrativo*, 1970, III, pp. 461 e ss.

trasferire il concetto in un formante normativo di tipo descrittivo. Perfino il grande scienziato Albert Einstein si è accontentato di intendere l'ambiente come tutto quello che non siamo noi.

La natura non ha bisogno del diritto per esistere, è un *prius* dell'esistenza che l'essere umano cataloga e qualifica, dando un nome alle cose e comprendendone il funzionamento: ma essa c'è, esiste, a prescindere dalle formule giuridiche.

Ecco allora perché, al fondo del discorso che stiamo per affrontare, si intravede il rapporto del sistema giuridico non tanto con un *oggetto* specifico di tutela o di promozione – non esistendo, appunto, l'ambiente, come “cosa giuridica” in sé – ma con un valore o, se si vuole, con un insieme di valori<sup>6</sup>, di recente assurti al rango dei principi costituzionali.

Qui l'espressione “valore” è usata con la consapevolezza del fatto che i valori e l'etica sono, appunto, astrazioni extragiuridiche elaborate e studiate dai filosofi e, invece, esterne all'ordinamento perché espressione di una coscienza collettiva che all'ordinamento preesiste, nonostante, nel modello democratico basato sulla sovranità popolare, ne influenzino l'evoluzione<sup>7</sup>.

Per la verità, nonostante l'estraneità dell'ambiente-valore dalla sfera di ciò che è strettamente giuridico, si coglie comunque una sintonia tra le strutture portanti dell'ordinamento legale e le regole di natura, quanto ai contenuti primari dei due mondi, artificiale l'uno (quello giuridico) e vitale l'altro (quello di natura)<sup>8</sup>. Emerge, cioè, che alcuni concetti base della nostra società, come la solidarietà, il senso della comunità, l'interazione di rete e la valorizzazione della diversità, sono il riflesso di dinamiche naturali.

Alcuni scienziati, per esempio, hanno dimostrato che la vita degli al-

<sup>6</sup> Come ha di recente rilevato M. DELSIGNORE, *Ambiente (ad vocem)*, in *Enciclopedia del diritto, Funzioni amministrative*, Milano, 2022, pp. 47 e ss.: “Oggi certamente nessuno più dubita che la tutela dell'ambiente vada considerata come valore costituzionale nell'ordinamento nazionale”, p. 47, richiamando anche B. CARAVITA DI TORRITO, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO, a cura di, *Ambiente e diritto*, I, Firenze, 1999, pp. 175 e ss., spec. p. 190.

<sup>7</sup> In argomento, L. MEZZETTI, *Valori, principi, regole*, in L. MEZZETTI, a cura di, *Principi costituzionali*, Torino, pp. 1 e ss.; L. SCIOLLA, *Valori (ad vocem)*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Milano, VIII, 1998, pp. 750 e ss.

<sup>8</sup> N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Bari, 2013.

beri si basa su connessioni comunitarie, affidate al sistema delle radici diffuse, e hanno scoperto il funzionamento del sistema biologico e biodinamico delle foreste, qualificate come super-organismi, capaci di creare le migliori condizioni di vita di piante della medesima specie, mettendole in relazione con funghi ed insetti<sup>9</sup>. In estrema sintesi, le ragioni per cui gli alberi si raccolgono nelle foreste sono le medesime per cui le persone vivono assieme.

Del resto, come si è pocanzi accennato, che i valori condivisi, tra i quali quelli espressi dalla natura, plasmino l'ordinamento giuridico è quello che ci si aspetta da un governo non autoritario.

Tuttavia, si eccederebbe in fantasia ritenendo che la riforma alla quale ci siamo riferiti in esordio abbia voluto indicare come parametro per la costituzionalità delle leggi i "criteri di natura": il riferimento all'ambiente all'interno della Costituzione riguarda, infatti, non la natura come protagonista di prassi e comportamenti virtuosi a cui ispirare l'evoluzione dell'ordinamento, bensì l'ambiente come materia di politiche di tutela e promozione.

Sul piano giuridico, l'elaborazione che ha condotto all'inserimento dell'ambiente in Costituzione ha realizzato, piuttosto, uno spostamento del concetto dal piano dei "valori" a quello dei principi generali, con l'effetto di introdurre nuovi parametri di ragionevolezza per la legge e per l'azione pubblica. Più precisamente, l'intero gruppo di valori – composti dall'ambiente (incluso l'essere umano e gli altri esseri viventi), dalla natura e dai suoi sistemi di interazione (ecosistemi), oltre che dalla diversità delle specie che popolano il Pianeta (biodiversità) – trova ora riconoscimento grazie all'inserimento di un nuovo principio (di tutela) costituzionale.

La scelta contenuta nella Costituzione equivale ad una oggettivizzazione di una preferenza istituzionale che corrisponde ad una precisa volontà politica, grazie alla quale l'ambiente, la biodiversità e l'ecosistema sono risaliti fino ai principi fondamentali della Repubblica, insieme al lavoro, alla sovranità popolare, ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, al principio di uguaglianza, al riconoscimento delle autonomie locali, alla laicità dello Stato, allo sviluppo della cultura,

<sup>9</sup> In senso divulgativo, P. WOHLLEBEN, *The hidden life of trees*, Vancouver - Berkeley, 2016.



della scienza e della tecnica, alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico artistico della Nazione, alla protezione degli stranieri e alla promozione delle organizzazioni internazionali contro la guerra.

In quest'ottica, solo una lettura meditata degli artt. da 1 a 12 della nostra Costituzione consente di comprendere quanto sia significativa la riforma dell'art. 9.

Per apprezzare con esattezza che cosa significhi, in questo specifico momento dell'elaborazione giuridica, l'attribuzione alla protezione dell'ambiente della qualifica di principio costituzionale e che implicazioni ciò possa avere all'interno dell'interpretazione e dell'attuazione dell'ordinamento giuridico, occorre prendere le mosse dallo *status quo ante*.

Anzitutto, va osservato che l'ambiente era già considerato, ben prima dell'aggiornamento della Costituzione, "valore primario ed assoluto" e "bene giuridico tutelato da norme"<sup>10</sup>, anche nell'ambito dell'analisi delle varie normative di sanzione e ripristino in tema di danno ambientale. A riguardo, è risultato interessante ravvisare nelle motivazioni delle sentenze della Corte Costituzionale, specialmente nel filone risalente agli anni Ottanta, una attenzione specifica alla scarsità delle risorse naturali, dalla quale si faceva derivare la ragionevolezza costituzionale, almeno in linea di principio, di discipline volte ad evitare sprechi e danni e ad imporre il ristoro, anche economico, del danno all'ambiente<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Interessanti le argomentazioni della sentenza Corte Cost., 30 dicembre 1987, n. 641, nella quale si legge che "L'ambiente è stato considerato un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela; ma tutte, nell'insieme, sono riconducibili ad unità. Il fatto che l'ambiente possa essere fruibile in varie forme e differenti modi, così come possa essere oggetto di varie norme che assicurano la tutela dei vari profili in cui si estrinseca, non fa venir meno e non intacca la sua natura e la sua sostanza di bene unitario che l'ordinamento prende in considerazione. L'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto". Più di recente utile anche la lettura di Corte Cost., 28 marzo 2003, n. 96, commentata, tra le altre, da R. BIFULCO, *Una rassegna della giurisprudenza costituzionale in materia ambientale*, in *Corti supreme e salute*, 2019, pp. 305 e ss.

<sup>11</sup> Così, Corte Cost., 30 dicembre 1987, n. 641 ha affermato che "Consentono

E, del resto, la necessità di dotarsi di politiche di sviluppo sostenibile era chiara e lampante ancora prima nel contesto europeo: la Commissione aveva adottato la sua prima comunicazione in materia di politica ambientale nel 1971<sup>12</sup>, affermando che “La protezione e il miglioramento dell’ambiente fanno già parte dei compiti assegnati alle Comunità e rientrano esplicitamente o implicitamente nei loro obiettivi, influenzando le regole e i principi di base della C.E.E.”. Negli anni Settanta, l’urgenza e la priorità degli interventi di politica ecologica erano ben presenti nell’agenda politica europea, come risulta, tra l’altro, da una relazione presentata al Parlamento Europeo dall’on. Armengaud il 17 aprile 1972<sup>13</sup>.

La normativa nazionale, nondimeno, ha accolto da tempo l’esigenza di contemperare lo sviluppo economico e il consumo del territorio con la tutela dell’ambiente, in tutte le sue diverse manifestazioni; il Codice dell’Ambiente, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, ha articolato il tipo di protezione da fornirsi non solo in termini procedurali e di regole di dettaglio, ma anche in termine finalistici, costruendo un vero e proprio diritto dell’ambiente, dotato di principi guida e regole proprie.

Dunque, la recente revisione della Costituzione non ha un significato, per così dire, promozionale dell’ambiente, perché accade dopo che la giurisprudenza della Corte costituzionale e la codificazione ambientale, europea e nazionale, già erano ampiamente approdate a quel risultato, ma è comunque innovativa in quanto fissa la tutela dell’ambiente come principio costituzionale.

Attualmente, dunque, l’ambiente, inteso sia in maniera unitaria sia

di misurare l’ambiente in termini economici una serie di funzioni con i relativi costi, tra cui quella di polizia che regolarizza l’attività dei soggetti e crea una sorveglianza sull’osservanza dei vincoli; la gestione del bene in senso economico con fine di rendere massimo il godimento e la fruibilità della collettività e dei singoli e di sviluppare le risorse ambientali. Si possono confrontare i benefici con le alterazioni; si può effettuare la stima e la pianificazione degli interventi di preservazione, di miglioramento e di recupero; si possono valutare i costi del danneggiamento. E per tutto questo l’impatto ambientale può essere ricondotto in termini monetari. Il tutto consente di dare all’ambiente e quindi al danno ambientale un valore economico”.

<sup>12</sup> Commissione CE, *Prima comunicazione sulla politica ambientale*, 22 gennaio 1971, SEC (71), 2616.

<sup>13</sup> Intervento ricordato da G. CORDINI, *Ambiente (tutela dell’) nel diritto delle comunità europee (ad vocem)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2015, p. 197.

come oggetto disaggregato nell'articolazione tra ecosistema e biodiversità, non esprime più solo un valore comune perché è entrato a far parte di un principio fondante dell'ordinamento, non secondario al paesaggio e all'identità storico artistica, non funzionale al diritto alla salute, non subordinabile alle necessità dello sviluppo economico.

Perciò, se, da un lato, la revisione dell'art. 9 “nulla aggiunge agli approdi raggiunti dalla Corte costituzionale”, dall'altro, essa “testimonia anche la instabilità degli approdi sinora raggiunti: la sentita necessità di precisare un diritto costituzionale all'ambiente, anche nell'interesse delle generazioni future sembra quasi esprimere l'intenzione di porre un limite certo e orientare le future decisioni del legislatore ordinario”<sup>14</sup>.

Viene allora da domandarsi se l'esplicita menzione in Costituzione possa rafforzare, modificare o correggere gli orientamenti, le attitudini e le modalità di elaborazione della politica ambientale, affidata, fino ad oggi, alle trame di una legislazione le cui inefficienze sono state ampiamente commentate in dottrina e che, specialmente alla luce della crisi climatica, è fatta oggetto di contenziosi dal grande valore simbolico presoché in ogni parte del mondo<sup>15</sup>.

In effetti, così reimpostata la questione, ci pare che la riforma, spostando il livello delle “questioni di natura” dal piano della codificazione ambientale a quello del costituzionalismo ambientale, al contempo abbia introdotto una nuova gerarchia assiologica alla luce della quale rileggere i rapporti giuridici considerando che la composizione degli interessi comuni deve includere anche quelli ambientali, secondo la composizione indicata nella Costituzione.

Del resto, va notato che la decisione politica che stiamo commentando si accompagna, nell'attuale momento storico, con una urgenza senza precedenti di intervenire per fermare gli effetti nefasti del cambiamento

<sup>14</sup> Così, M. DELSIGNORE, *Ambiente (ad vocem)*, cit., pp. 50-51.

<sup>15</sup> Tra gli scritti recenti sul contenzioso climatico, M. RAMAJOLI, *Il cambiamento climatico tra Green Deal e Climate Change Litigation*, in questa *Rivista*, 2021, pp. 53 e ss.; S. VALAGUZZA, *Cambiamenti climatici e responsabilità degli Stati davanti al giudice nazionale*, in *Diritto dell'economia, Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 7 ottobre 2021*, pp. 97 e ss.; ID., *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2021, 2, pp. 2 e ss.; ID., *Le liti strategiche e il cambiamento climatico*, in questa *Rivista*, 2021, pp. 1 ss.; M. DELSIGNORE, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni ambientali: questioni aperte*, in questa *Rivista*, 2020, pp. 179 e ss.

climatico<sup>16</sup>, che già si è tradotta in una torsione del sindacato del giudice amministrativo verso il riconoscimento delle priorità delle esigenze ambientali e, in particolare, della transizione ecologica: alcune interessanti pronunce appaiono sostenere una legittimità *in re ipsa* dei provvedimenti discrezionali che autorizzano interventi capaci di mirare alla realizzazione delle finalità del *Green Deal* europeo, appunto in ragione della urgenza di attuare, in tempi brevi, politiche di riduzione del consumo di risorse naturali primarie e di produrre energie alternative<sup>17</sup>.

## 2. *L'ambiente come principio ed il rapporto tra diritto e legge*

Il meccanismo posto in essere nel passaggio dalla codificazione alla Costituzione dell'ambiente offre lo spunto, come si anticipava, per una riflessione, con portata a tratti generale, sul significato giuridico del posizionamento di un concetto (o di più concetti) sul piano delle idee (proprio della Costituzione) e non su quello delle procedure (proprio della legislazione primaria). Si tratta di un passaggio che tange l'annosa questione del rapporto tra principi e regole, tra diritto e legge.

Il tema riguarda, evidentemente, il potenziale soggettivismo interpretativo derivante dall'applicazione di "principi", enunciati senza essere esplicitati in termini descrittivi, che offrano parametri sicuri, e il rischio che ciò si traduca in un arbitrio difficilmente sindacabile in sede giurisdizionale.

<sup>16</sup> Emblematici a riguardo i dati raccolti dall'IPCC, nel report Climate Change 2022 anche con riferimento all'Europa, al Mediterraneo e all'Italia. In particolare, quattro sono state rilevate come le aree maggiormente a rischio per il nostro Paese: il rischio delle ondate di calore su popolazione ed ecosistemi, con aumento del numero di decessi e persone a rischio; il rischio per la produzione agricola ed agroalimentare; il rischio per la scarsità di risorse idriche; infine, i rischi prodotti da maggiore frequenza e intensità di inondazione. Documento reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>17</sup> La centralità delle politiche del *Green Deal* europeo negli attuali ragionamenti volti a definire le caratteristiche attuali del diritto dell'ambiente è peculiare, cfr. M. DELSIGNORE, *Ambiente (ad vocem)*, cit., p. 50; A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Rivista quadrimestrale di diritto ambientale*, 2020, pp. 32 e ss.; D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il Green New Deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2022, pp. 297 e ss.

L'argomento, in termini teorici e sistematici, è stato percorso utilmente, in dottrina, da contributi di particolare interesse, le cui principali tesi saranno utilizzate per la riflessione che segue<sup>18</sup>.

Si è osservato, in particolare, che la veloce obsolescenza delle norme e la loro portata riduttiva rispetto alla varietà dei casi reali, cui consegue una crisi dell'attuale ordine giuridico in termini di effettività, richiede all'interprete di valutare con attenzione la complessità dei fatti, fissando il nocciolo del principio di diritto rilevante nella fattispecie per applicarlo di caso in caso. Per farlo, il giurista deve certamente dare applicazione alla legge e, in presenza di principi generali, deve ricorrere anche ad essi.

In questo incedere viene ad essere smentita la linea di ragionamento secondo cui, per il giurista, la soluzione giusta è quella "solamente" conforme alla legge<sup>19</sup>, e si è ritenuto di dare contemporanea rilevanza ai "giudizi di valore", basati sui principi e, dunque, su strutture concettuali parimenti dotate di giuridicità<sup>20</sup>.

A tale proposito, la crescita dei principi costituzionali, ma anche delle enunciazioni generali educative verso gli Stati o simbolo dell'attuale conformazione dello Stato di diritto pronunciate dalle Corti internazionali, comporta, ci pare, che sia difficilmente sostenibile, ai giorni nostri, la correttezza di un processo interpretativo che resti realmente impermeabile ai "valori" comunitari, oggettivati nell'ordinamento nella categoria dei principi costituzionali.

Il riferimento ai principi come elemento centrale dell'interpretazione garantisce la coerenza interna ad un sistema in cui il formante normativo ordinario, a fronte della sua natura multilivello e della crisi della tecnica di redazione delle leggi, è solo parzialmente rappresentativo dell'ordinamento giuridico nel suo complesso<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> In particolare, decisiva l'analisi di G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020.

<sup>19</sup> La linea di ragionamento a cui si fa riferimento è, naturalmente, quella espressa in maniera chiarissima da N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, in *Rivista di diritto civile*, 1955, pp. 3 e ss.

<sup>20</sup> Posizione che preoccupa, tra gli altri, P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

<sup>21</sup> Aspetto colto con grande nitore nell'operazione di riscrittura del Codice dei contratti pubblici, nel momento in cui si scrive affidata ad uno Schema di provvedimento all'esame delle Commissioni parlamentari, la cui relazione di accompagnamento contiene importanti passaggi sul significato dei principi di diritto nel contesto giuridico nel

E così “La contemporaneità indica un sistema di norme diverse dal passato perché si articolano in regole (con fattispecie) e in principi (senza fattispecie). Entrambi essenziali per interpretare e applicare il diritto qual è”<sup>22</sup>.

Per questa via, il diritto dei principi costituzionali e quello dei principi generali contenuti nella normativa primaria trova legittimazione come fattore di integrazione e, talvolta, di trasformazione dinamica dell’ordinamento, purché in quell’oggettività palesata, ad esempio, attraverso i chiarimenti della Corte costituzionale o grazie alle dichiarazioni contenute in raccomandazioni o pronunce monito provenienti da organismi internazionali oppure, comunque, dotati di investitura istituzionale (si pensi alle conclusioni raggiunte dall’IPCC come fonte di riferimento per gli accertamenti scientifici in tema di surriscaldamento globale).

È, cioè, la compresenza di norme, ora puntuali ora generali, basate su logiche differenti, che consente al sistema giuridico di mantenere il proprio ordine rigoroso, oggettivo e razionale, senza perdere la capacità di evolversi.

In quest’ottica e con le necessarie garanzie di oggettività e neutrali-

quale ci troviamo: “I principi generali di un settore esprimono, infatti, valori e criteri di valutazione immanenti all’ordine giuridico, che hanno una “memoria del tutto” che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili. I principi sono, inoltre, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica (“nomogenetica”) rispetto alle singole norme. Il ricorso ai principi assolve, inoltre, a una funzione di completezza dell’ordinamento giuridico e di garanzia della tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni. (...) È vero che, di recente, si è diffusa una certa insofferenza per l’uso inappropriato e ripetitivo dei principi generali/generici, o di formule a cui si attribuisce la qualificazione di principi generali, paventandosi il rischio che un eventuale “abuso dei principi” porti a un eccessivo potere interpretativo del giudice, che condurrebbe a un basso livello di certezza del diritto e di prevedibilità delle soluzioni giudiziali dei conflitti. Si è riportata, così, l’attenzione sulla distinzione tra principi generali e altri strumenti interpretativi con cui i principi generali condividono il ruolo di “attrezzi del mestiere” del giurista-interprete. (...) Il progetto di nuovo codice, nella consapevolezza dei rischi che sono talvolta correlati a un uso inappropriato dei principi generali (e in particolare alla frequente commistione tra principi e regole), ha inteso affidare alla Parte I del Libro I il compito di codificare solo principi con funzione ordinante (...)”.

<sup>22</sup> G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., p. 24.

tà dell'attività interpretativa, se la legge venisse applicata neutralizzando i principi enunciati nella Costituzione, si compirebbe un'operazione scorretta, essendo il sistema giuridico costituito sia da norme transeunti, soggette a cambiamenti continui e funzionali ad esigenze contingenti, sia da norme programmatiche e generali (come quelle che introducono principi): solo l'unione delle due categorie di norme garantisce, da un lato, la stabilità necessaria alla razionalità ordinamentale e alla certezza del diritto, e, dall'altro, la flessibilità utile al mantenimento della coesione tra diritto e società.

Ne segue che la scelta di attribuire all'ambiente, all'ecosistema e alla biodiversità, i connotati espressi dai principi costituzionali ha un grande significato non solo perché scrive, come vedremo, nuovi compiti per l'agenda politica<sup>23</sup>, ma anche nel comparto dell'interpretazione giuridica.

In questo senso, la riforma della Costituzione non comporta un depotenziamento della certezza del diritto o uno smarrimento dell'interpretazione né la crisi della legalità e della calcolabilità della legge, ma rafforza l'univocità del sistema giuridico fornendo, all'interno di esso, un elemento di equilibrio a fronte delle numerose instabilità causate (non più tanto da clausole o principi generali, ma al contrario) dall'incedere di una normativa malcerta, frammentata e non organica, spesso motivata da ragioni di esibizionismo politico invece che da reali esigenze di disciplinare taluni oggetti.

In altri termini, può realizzarsi più agevolmente, ora, l'integrazione di discipline legislative disorganiche, settorializzate o con spinte centrifughe, senza perdere la precisione nei parametri legali di riferimento, da

<sup>23</sup> Si è scritto, a riguardo, che “il costituzionalismo ambientale ha una missione ulteriore da svolgere, di carattere assiologico, deontologico e fondante. Si tratta di consolidare in maniera definitiva i valori ambientali, conferendo centralità al rapporto tra uomo e ambiente all'interno dei principi generali su cui si basa l'intero edificio costituzionale”, D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, cit., p. 70. Il testo di Amirante esplora e dettaglia le ragioni per le quali il livello costituzionale si dimostra essere quello maggiormente adatto per affrontare le sfide poste dalla crisi ambientale, pp. 72 e ss. In particolare, si sottolinea che la Costituzione è il luogo corretto per fondare una nuova etica ambientale e per veicolare concetti che non siano assorbiti da rivendicazioni individuali, oltre a rappresentare il veicolo di una nuova organizzazione statale, nella quale l'ambiente non rappresenti solo una materia a sé, ma piuttosto sia elemento fondante di una nuova strategia politica e sociale.

leggersi e ricondursi all'interno di principi a cui è l'ordinamento stesso (inteso nella sua dimensione oggettiva equivalente al quadro di insieme delle norme vigenti e degli schemi logici e interpretativi per la loro connessione e attuazione) a riconoscere funzione integrativa, suppletiva e chiarificatrice delle regole in essere.

A questo punto, a fronte di una normativa primaria la cui inefficacia ha fatto intravedere i caratteri di una vera e propria crisi della normazione in materia, è compito dell'interprete raccogliere i nuovi principi costituzionali, intesi come norma senza fattispecie, e applicarli nel caso concreto in maniera da rendere coerente il disorganico quadro di regole vigenti con le aspettative giuridiche consolidate nella Costituzione, fornendo di esse una "interna costituzionalità".

### 3. *La crisi della legislazione come fattore peculiare del diritto dell'ambiente*

Per interpretare correttamente il contesto entro al quale si colloca la riforma<sup>24</sup> e comprendere appieno le conclusioni raggiunge nel paragrafo precedente, occorre soffermarsi per un momento sull'attuale codificazione del diritto ambientale, ripercorrendo alcune delle problematiche emerse in dottrina.

La tutela dell'ambiente, come materia speciale all'interno del diritto pubblico, è affidata oggi, principalmente, al Codice dell'Ambiente, al quale però va sommata una significativa quantità di norme ulteriori, non solo nazionali.

Così, per esempio, il diritto forestale rappresenta un oggetto di studio basato su una normativa settoriale, esterna al Codice, che ha contribuito a generare importanti riflessioni teoriche e strumenti giuridici utili alla protezione degli ambienti boschivi che assumano determinate caratteristiche. Altrettanto può dirsi per il diritto lacuale, prevalentemente costituito da provvedimenti regionali come quelli inerenti alla gestione

<sup>24</sup> Contesto ampiamente ricostruito, tra tutti, da S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in questa *Rivista*, 2017, 3, pp. 4 e ss. e, più in generale, D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, cit., ineguagliata per completezza di dati di ricerca.



del demanio lacuale e idroviario, e per il diritto agrario, disciplina particolarmente antica affidata ad una normativa esterna a quella raccolta nel Codice.

Oltre a ciò, gran parte delle tematiche ambientali sono state oggetto di interventi europei di vari livelli. La maggior parte delle politiche sovranazionali sono state ispirate dalla necessità di introdurre regole uniformi all'interno dell'Unione e perciò hanno assunto la forma giuridica del Regolamento comunitario. Così è avvenuto, di recente, con un atto atteso e di particolare rilevanza, quale è il Regolamento n. 2021/1119/UE, dedicato a definire una politica climatica europea che potesse fissare gli obiettivi legati alla decarbonizzazione puntando all'annullamento della totalità delle emissioni entro il 2050. Sempre esigenze di uniformità hanno portato, per esempio, ad adottare dei Regolamenti che stabilissero principi e requisiti generali della legislazione alimentare, inserendo norme sui mangimi, volte a garantire la salute e il benessere degli animali, che poi trovano applicazione del Piano Nazionale Alimentazione Animale, volte a garantire un adeguato controllo lungo l'intera filiera alimentare e un elevato livello di protezione della salute umana, animale e dell'ambiente.

Si tratta, insomma, di una normativa ampiamente frammentata, che fa molta fatica ad essere ricondotta ad una *ratio* unitaria e che spesso non è funzionale perché non è internamente sinergica.

Da più parti è stata denunciata l'inadeguatezza della legislazione ambientale, da un lato, frutto di una generale crisi del formante normativo a cui si è già accennato e, dall'altro, effetto della scarsa efficacia delle politiche del settore, conseguenza (almeno in parte) inevitabile dell'oggetto di cui si occupano<sup>25</sup>. Si è anche messo in evidenza un serio problema di

<sup>25</sup> *Ex multis*, M. DELSIGNORE, *Ambiente (ad vocem)*, cit., p. 51, che individua come caratteristiche della legislazione ambientale la incapacità e l'ineffettività; D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, cit., pp. 10 e ss. e pp. 28 e ss., che si sofferma a considerare come il diritto ambientale non abbia ad oggi conseguito i risultati sperati, sia perché non è in grado di porre un freno ai comportamenti vietati, sia perché non ha creato le condizioni per stimolare iniziative positive e comportamenti virtuosi. Molto interessanti le riflessioni di portata generale di B. TONOLETTI, *Il cambiamento climatico come problema di diritto pubblico universale*, in questa *Rivista*, 2021, pp. 37 e ss. e di M. DELSIGNORE, *La tutela o le tutele pubbliche dell'ambiente? Una risposta negli scritti di Amorth*, in *Diritto amministrativo*, 2021, pp. 313 e ss.

metodo, legato alla scarsa interdisciplinarietà delle politiche ambientali, alla quale ritengo debba aggiungersi l'insicuro rapporto con la scienza.

L'alternanza tra scientismo e negazionismo genera ambiguità in una politica che appare illusoriamente libera nei fini così come nei mezzi, mentre è – o dovrebbe essere – solidamente ancorata alle risultanze fattuali provate e misurate con metodo scientifico.

Tentare di trovare una soluzione alle questioni che riguardano la tutela e la promozione dell'ambiente attraverso l'inseguirsi di norme di circostanza, ossia adottate per affrontare un tema puntuale a fronte di un'esigenza precisa, non offre soluzioni convincenti, a maggior ragione in assenza di un adeguato calcolo degli effetti, sociali ed economici, delle strategie che, di volta in volta, ricevono l'avallo della politica.

Al contrario, un maggiore pragmatismo e una maggiore consapevolezza dei meccanismi evolutivi delle tecniche e delle scienze che hanno a che fare con l'ambiente porterebbe verso l'elaborazione di *standard*. La redazione di regole di protezione affidate a gruppi di esperti, eventualmente richiamate in via ricettizia da fonti di rango primario che fissino gli obiettivi entro un certo tempo e con un determinato scopo, dovrebbe essere la regola delle politiche ambientali<sup>26</sup>.

La legislazione ambientale dimostra tutta la sua inefficienza nel momento in cui pretende di essere il luogo dei dettagli, o il veicolo di obiettivi indeterminati, impossibili o non supportati da organismi di presidio evolutivo e stabiliti senza metodo scientifico.

Un ulteriore fattore di crisi della legislazione ambientale, emerso in maniera lampante nell'ambito dei contenziosi climatici che hanno condotto a ritenere insufficienti e inadeguate le previsioni normative adottate dagli Stati membri per ridurre le emissioni di anidride carbonica, è riferibile alla difficoltà di raggiungere obiettivi influenzati da fattori esterni all'oggetto regolato, capaci di rendere imprevedibile il rapporto di effettività tra regola posta e finalità raggiunta attraverso la sua applicazione.

Così, anche le condanne degli Stati per non avere adottato politiche efficaci nella lotta al cambiamento climatico si basano su un assunto che non sempre è condivisibile: cioè che esista una *policy* in grado di coor-

<sup>26</sup> M. CECCHETTI, *Diritto ambientale e conoscenze scientifiche tra valutazione del rischio e principio di precauzione*, in *Federalismi.it*, 2022.

dinare le azioni territoriali che influenzano la riduzione o l'incremento della temperatura mondiale<sup>27</sup>.

L'ennesimo elemento di crisi della legislazione ambientale emerge dalle storture connesse alla eccessiva rigidità di procedure troppo complesse e penalizzanti per l'economia e l'azione privata, che finiscono per frenare interventi di interesse pubblico e lasciano gravare prevalentemente sulle amministrazioni locali i costi di interventi di ripristino ambientale.

Parimenti, appare un sistema non funzionale quello del "rinvio a vuoto", che si verifica ogniqualvolta la legge crei un vuoto normativo nel rimandare oltre, cioè affermando una serie di regole di base e rimettendone l'attuazione ad una normativa da adottarsi successivamente all'enunciazione della prima norma. Un esempio non felice di questa tecnica è rappresentato dall'art. 184 *ter* del Codice dell'Ambiente in tema di *end of waste*. Con il che, l'effetto della norma è stato quello di paralizzare le iniziative volte al recupero dei rifiuti e alla loro trasformazione in nuovi prodotti perché le richieste di autorizzazione in merito venivano negate dagli enti pubblici competenti in assenza dei decreti ministeriali attuativi che avrebbero dovuto regolare, caso per caso, le singole fattispecie<sup>28</sup>.

La complessità e la tortuosità dei meccanismi autorizzatori può indubbiamente essere un forte elemento di *deficit* dell'efficacia della legislazione ambientale rispetto ai suoi fini principali, che consistono nella tutela e nella promozione delle risorse naturali.

Anche il richiamo frequente ai principi, al livello della legislazione primaria, non sempre ottiene gli esiti sperati.

Gli articoli da 3 *bis* a 3 *quinquies* del D.Lgs. n. 152/2006, introdotti a due anni dall'adozione del Codice dell'Ambiente, sono interamente dedicati ai principi in materia ambientale<sup>29</sup>: vi sono declinati i principi

<sup>27</sup> A riguardo, S. VALAGUZZA, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il Pianeta?*, cit.; M. RAMAJOLI, *Il cambiamento climatico tra Green Deal e Climate Change Litigation*, cit., p. 53; F. SINDICO, M.M. MBENGUE, a cura di, *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Berlino, 2022; W. KAHL, M.P. WELLER, a cura di, *Climate Change Litigation: A Handbook*, Londra, 2021; C. ECKES, *Tackling the Climate Crisis with Counter-majoritarian Instruments: Judges between Political Paralysis, Science, and International Law*, in *European Papers*, 2022, pp. 1307 e ss.

<sup>28</sup> Sulla quale in senso ulteriormente restrittivo si è espresso Cons. Stato, Sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 1229.

<sup>29</sup> In generale, M. DELSIGNORE, *Ambiente (ad vocem)*, cit., pp. 54 ss.; M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione ammi-*

sulla produzione del diritto ambientale, i principi dell'azione ambientale, tra cui precauzione, prevenzione, correzione dei danni alla fonte e chi inquina paga, il principio dello sviluppo sostenibile, che già menziona da anni l'interesse delle generazioni future, i principi di sussidiarietà e di leale collaborazione, che intendono coordinare una materia, quella dell'ambiente, per comune sentire "trasversale" nel riparto di competenze tra Stato e Regioni.

Da questo punto di vista, il Codice dell'Ambiente ha compiuto uno sforzo sistematico e classificatorio interessante, perché, nelle sue norme introduttive, raggruppa i principi guida non solo della normativa in materia ambientale, ma anche della relativa azione. Il che dovrebbe essere d'aiuto nella interpretazione delle norme contenute nel prosieguo delle parti che compongono il Codice dell'Ambiente.

Tuttavia, accanto al riconoscimento di una certa modernità del Codice dell'Ambiente – un poco trascurata dalla dottrina che sta commentando la riforma della Costituzione con riferimento ad alcuni concetti, tra cui quello degli interessi delle future generazioni, come se si trattasse di una prima menzione, mentre così (evidentemente) non è – la previsione di principi generali così estesi nel corpo della legislazione primaria pecca di scarsa efficacia.

Così, per esempio, il principio dello sviluppo sostenibile, indicato come principio guida dell'azione ambientale dell'art. 3 *quater* esprime un'idea sociopolitica più che un enunciato giuridico. Il che è del tutto logico considerando che lo sviluppo sostenibile è il nome che si è dato a

*nistrativa*, in *Diritto dell'economia*, 2016, pp. 411 e ss.; M. CALABRÒ, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambientale*, Napoli, 2004; R. FERRARA, C.E. GALLO (a cura di), *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2014; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente: come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007; V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in questa *Rivista*, 2002, pp. 209 e ss.; G. CODINI, *Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte Costituzionale Italiana*, in questa *Rivista*, 2009, pp. 611 e ss.; R. GISONDI, *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro amministrativo - TAR*, 2009, pp. 2690 e ss.; M. CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Diritto dell'economia*, 2019, pp. 155 e ss.; N. DE SADELER, *I principi ambientali tra diritto moderno e post-moderno*, in D. AMIRANTE (a cura di), *La forza normativa dei principi. Il contributo dell'ambiente alla teoria generale*, Padova, 2006, pp. 18 e ss.

quella linea del progresso del vivere comune orientata da un equilibrato rapporto tra crescita economica, bisogni sociali, diritti delle persone e tutela delle risorse naturali.

Da ciò, tuttavia, consegue che ci troviamo di fronte all'affermazione di un principio di cui non esiste il contrario, perché esso non ha un contenuto preciso e accertabile quanto a portata precettiva. Il che significa, dal punto di vista pratico, che la norma è lo specchio di una finalità, non di un mezzo o di una procedura, che l'ordinamento appresta per tutelare l'ambiente, e quindi essa non è di fatto azionabile.

Si potrebbe a lungo discettare per intendere quale sia l'impegno giuridico che deriva, nei confronti dei destinatari della legislazione ambientale – cioè soggetti pubblici, operatori economici e persone fisiche –, dall'affermazione del citato principio, non essendo previsto né l'obbligo ad un certo *modus operandi* (se non in via oltremodo generale, in termini di finalizzazione delle azioni al presente ma senza compromissione del futuro) né un elenco di azioni vietate o ammesse, né è previsto un sistema di misurazione della prioritaria considerazione dell'ambiente sugli altri interessi pubblici.

In altri termini, il principio di sviluppo sostenibile, non avendo un contenuto condiviso, stabile e certo, capace di prescrivere azioni, non può diventare, all'interno della codificazione ambientale, una *regola iuris*, perché si tratta di una regola che difetta di effettività.

Diverso sarebbe se il principio in questione fosse assunto a valore costituzionale, il che, però, non è; in quel caso, la funzione nomogenetica del principio avrebbe potuto conferirgli maggiore efficacia.

In generale, se si vuole affrontare seriamente la crisi della legislazione ambientale e se si intende declinare azioni dirette verso categorie particolari o settori specifici, non bisogna temere di affermare che le *policies* devono essere *science based*: solo una maggiore aderenza rispetto alle analisi e alle prospettazioni della scienza potrebbe ridurre le situazioni di smarrimento conseguenti a strategie per nulla adeguate ai contesti che pretendono di regolare.

Non a caso, infatti, il Regolamento UE sulla neutralità climatica, a cui si è appena accennato, si preoccupa di costituire un Comitato consultivo scientifico europeo sui cambiamenti climatici che è incaricato di essere “il punto di riferimento per l'Unione sulle conoscenze scientifiche connesse ai cambiamenti climatici in virtù della sua indipendenza e delle sue competenze scientifiche e tecniche”, dovendo:

a. esaminare le più recenti conclusioni scientifiche delle relazioni dell'IPCC e i dati scientifici sul clima, in particolare in relazione alle informazioni pertinenti per l'Unione;

b. fornire consulenza scientifica e presentare relazioni sulle misure esistenti e proposte dell'Unione, sugli obiettivi climatici e sui bilanci indicativi di gas a effetto serra e sulla loro coerenza con gli obiettivi del presente regolamento e con gli impegni internazionali dell'Unione nel quadro dell'accordo di Parigi;

c. contribuire allo scambio di conoscenze scientifiche indipendenti nei settori della modellizzazione, del monitoraggio, della ricerca promettente e delle innovazioni che contribuiscono a ridurre le emissioni o ad aumentare gli assorbimenti;

d. identificare le azioni e le opportunità necessarie per conseguire con successo gli obiettivi climatici dell'Unione;

e. sensibilizzare riguardo ai cambiamenti climatici e ai loro effetti nonché stimolare il dialogo e la cooperazione tra gli organi scientifici dell'Unione, integrando il loro lavoro e i loro sforzi attuali.

Al dichiarato fine di “potenziare il ruolo della scienza nell’ambito della politica climatica”, il Regolamento ha suggerito a ciascuno degli Stati membri di istituire un organo consultivo nazionale sul clima, incaricato di fornire consulenza scientifica, tramite esperti di politica climatica, alle autorità nazionali, rilevando l'utilità di una maggiore sinergia tra le scienze e le politiche ambientali.

Il riconoscimento della necessità di tutelare l'ambiente come principio costituzionale a maggior ragione dovrebbe spingere a rafforzare le basi scientifiche delle politiche, di tutte le politiche, per comprendere, grazie ad accurate analisi, come esse impattino sulla natura, sui sistemi e sulle specie.

#### 4. *Il ritrovato ruolo della Costituzione come fonte del diritto dell'ambiente*

Dunque, nel descritto contesto di crisi della legislazione primaria in materia ambientale, il fatto che la riforma della Costituzione<sup>30</sup> abbia col-

<sup>30</sup> In riferimento alla quale si vedano M. DELSIGNORE, A. MARRA, M. RAMAJOLI,

locato l'impegno a tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi al livello delle missioni politiche dello Stato e dei suoi organi, oltre che di tutti gli enti esponenziali di interessi generali, appare rispondere alla necessità di spostare l'argomento nel livello giuridico maggiormente adeguato ad esprimere le idee e le aspirazioni del nostro sistema di vivere comune, che è quello dei principi fondamentali della Costituzione<sup>31</sup>. Anche se, come acuta dottrina non ha mancato già di osservare, "l'art. 9 non fa

*La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in questa *Rivista*, 2022, pp. 1 e ss.; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo*, in *Diritto dell'economia*, 2022, pp. 15 e ss.; M.P. POTO, *La tutela costituzione dell'ambiente, della biodiversità e dei ecosistemi, anche nell'interesse delle generazioni future*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2022, pp. 1057 e ss.; M. DEL FRATE, *La tutela dell'ambiente nel riformato art. 41, secondo comma, Cost.; qualcosa di nuovo nell'aria?*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2022, pp. 907 e ss.; M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente; tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2021, pp. 286 e ss.; C. DE FIORES, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, pp. 137 e ss.; G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2021, pp. 460 e ss.; L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, *Forum di quaderni costituzionali*, 2022, pp. 21 e ss.; G. DEMURO, *I diritti della natura*, in *Federalismi.it*, 2022; I. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, nu segnale importante dopo il Covid*, *Federalismi.it*, 2021; R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.; una riforma opportuna e necessaria?*, *Federalismi.it*, 2022.

<sup>31</sup> Gli studiosi del diritto costituzionale hanno evidenziato che la tutela dell'ambiente, ben prima della recente riforma, già poteva essere dedotta dalla Costituzione, in ragione del combinato disposto degli artt. 9 e 32 Cost. e della qualifica dell'ambiente come "valore costituzionale primario" nella giurisprudenza costituzionale, oltre che della sua valenza trasversale, M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente; tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit., p. 297. Peraltro, si è osservato che il "ritocco" della parte della Costituzione contenente i principi fondamentali presente è particolarmente delicato, non essendo mai avvenuto prima, innestandosi come un "antefatto che in futuro potrebbe essere maldestramente impiegato per scalfire direttamente, e non più per vie traverse, come è altre volte avvenuto (si pensi alla recisione dell'art. 81 Cost.), norme e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale", C. DE FIORES, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, cit., p. 150.

espresso riferimento alla categoria dei principi”<sup>32</sup> e nemmeno utilizza la categoria del diritto soggettivo<sup>33</sup>.

Nella dimensione più appropriata (che è appunto quella dei principi costituzionali), l’affermazione della tutela dell’ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni, imprime una direzione precisa all’azione pubblica.

Con il passaggio dalla codificazione ambientale alla Costituzione, i vecchi principi diventano, in un certo senso, nuovi, uscendo dall’ambiguità inefficiente di quelle norme codicistiche che pretendano di essere precettive senza riuscire ad esserlo, e tornando a vestirsi della sacralità programmatica che è propria della narrativa costituzionale.

Infatti, attraverso le modifiche apportate agli artt. 9 e 41 Cost., certamente si introduce un diretto parametro di verifica della ragionevolezza delle scelte legislative, sotto il profilo della compatibilità con i principi fondamentali dell’ordinamento, ma non solo. L’integrazione del testo dell’art. 9 Cost. appare dotata di una forza estesa: l’affermazione della tutela dell’ambiente come impegno della Repubblica implica, dal punto di vista strettamente giuridico, che si assuma come doverosa un’azione proattiva dello Stato e dei suoi organi e, di conseguenza, rafforza il fondamento delle teorie volte a costruire una responsabilità dei soggetti

<sup>32</sup> F. FRACCHIA, *L’ambiente nell’art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo*, cit., p. 17. Sull’ambiente come “principio” e non come “diritto fondamentale” si è espresso anche M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell’ambiente; tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune*, cit., pp. 305 e ss., che precisa anche come, però, “Tutto ciò, si badi bene, non significa che la tutela ambientale non si configuri ormai come vera e propria “precondizione” per la garanzia dei diritti (anche fondamentali) dell’individuo e degli interessi delle collettività, ovvero che non possano configurarsi veri e propri diritti soggettivi (o interessi giuridicamente rilevanti) parziali e riferibili, di volta in volta, a singoli aspetti dell’azione pubblica di tutela dell’ambiente o a singoli profili delle relazioni uomo-ambiente”, p. 307. Del resto, anche nel diritto europeo l’ambiente appare come valore obiettivo e non come diritto soggettivo, come sottolinea G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, cit., p. 466.

<sup>33</sup> E, del resto, “la tutela dell’ambiente non si realizza tanto per il tramite dello strumento dei diritti (o delle altre situazioni giuridiche soggettive), come invece accade in altri settori dell’ordinamento, bensì soprattutto per il tramite delle politiche legislative e delle azioni amministrative”, M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell’ambiente; tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune*, cit., p. 287.



pubblici per omissione, nei diversi campi in cui le risorse naturali vengono trascurate impropriamente, impoverite o distrutte<sup>34</sup>.

Ulteriore pungolo all'azione dello Stato si ritrova nelle integrazioni apportate all'art. 41 Cost., che nella previsione volta a consentire di programmare e coordinare l'attività economica privata per finalità ambientali, struttura una ulteriore responsabilità pubblica derivante dalla legittimazione espressa ad intervenire anche laddove ciò potrebbe comportare una limitazione dei diritti costituzionalmente sanciti.

Più in generale, gli interpreti della Costituzione stanno ragionando su alcuni aspetti cruciali del significato delle previsioni oggi contenute agli artt. 9 e 41. I discorsi si interrogano, in particolare, sul se ci si trovi di fronte a qualcosa di rivoluzionario oppure se si tratti di un *revival* di concetti già appartenenti al nostro sistema legale.

Alcuni studiosi del diritto costituzionale propongono tesi alquanto avanguardiste, altri invece ravvisano nella cosiddetta riforma una semplice riscrittura di nozioni da tempo acquisite.

Così, si è ritenuto corretto affermare che la natura è divenuta, grazie alla riforma della Costituzione, la misura di tutto, invocando il bio-costituzionalismo; si è sostenuto che la "cura dell'ambiente" può alimentare le teorie sull'eco-femminismo<sup>35</sup> o, nell'ambito degli studi filosofici, è stata messa in risalto la dimensione etica, scientifica e di corresponsabilità multilivello contenuta nella riforma.

Altri<sup>36</sup>, invece, nel solco della teoria dei doveri, hanno ribadito la necessità di leggere la riforma come una maggiore responsabilità delle persone e delle istituzioni verso la natura.

In questo dibattito<sup>37</sup> assumono valore centrale due questioni: la pri-

<sup>34</sup> Si è così anche notato che "non sembrano sussistere dubbi circa il fatto che un criterio generale di azione, vincolante in sede di adozione di scelte amministrative che possano incidere sull'ambiente e improntato alla sua tutela, sia suscettibile di essere inferito direttamente dalla Costituzione e non solo dalla disciplina legislativa", F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo*, cit., p. 20.

<sup>35</sup> A. PITINO, *Ambiente e Costituzione: una (prima) lettura di genere*, in *DPCE on line*, 2022.

<sup>36</sup> Molto chiaramente F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo*, cit., *passim*. Nella medesima direzione, sia pure meno dettagliatamente, S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., *passim*.

<sup>37</sup> La dottrina è divisa tra i sostenitori della riforma e gli studiosi che esternano un atteggiamento più critico, raffigurando una sorta di *greenwashing* nel testo della Carta

ma riguarda il significato che si debba attribuire all'inciso contenuto nell'art. 9 che indica la necessità di tutelare l'ambiente, gli ecosistemi e la biodiversità "anche nell'interesse delle future generazioni"<sup>38</sup>; la seconda concerne l'indagine intorno al bene tutelato dalla Costituzione, che non introduce il principio di sviluppo sostenibile<sup>39</sup>, ma trattiene termini scientifici unendoli nella triade ormai ben nota<sup>40</sup>.

Parte della dottrina<sup>41</sup> attribuisce un importante significato al rinvio all'interesse delle future generazioni, interpretandolo come l'attribuzione di diritti soggettivi alla categoria o come "istituzionalizzazione" di un nuovo soggetto giuridico.

Tuttavia, queste impostazioni non paiono adeguatamente considerare

Costituzionale. Tra gli insoddisfatti: De Fiores, Amirante e Santini, che ha ritenuto che il testo di riforma abbia scelto la strada meno radicale, per esempio per il fatto di non aver inserito il riferimento agli animali come esseri senzienti e per non aver espressamente qualificato l'ambiente come un diritto fondamentale sia delle persone sia della comunità; vi è anche chi (Grassi) ha proposto di adottare una legge costituzionale che enunci i principi ambientali in maniera maggiormente circostanziata ed estesa, sul modello della *Charte dell'environnement*, e chi (Cecchetti) ha ipotizzato di integrare l'art. 9 con un rinvio a strumenti organizzativi e procedurali per portare in attuazione il "principio" generale; (tendenzialmente) favorevoli: Bartolucci, Montaldo, Mostacci, Bifulco, Bartolucci, Nicotra, Ramajoli, Delsignore, Marra.

<sup>38</sup> Sul tema V. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008; M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Diritto e società*, 2008, pp. 145 e ss.; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo*, cit., pp. 22 e ss.

<sup>39</sup> Secondo L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, cit., p. 24, il mancato riferimento al principio di sviluppo sostenibile è la conseguenza del fatto che il principio avrebbe potuto invecchiare precocemente. *Contra* R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.; una riforma opportuna e necessaria?*, cit., che ha ritenuto si sia persa una importante opportunità.

<sup>40</sup> Che utilizza coerentemente le diverse espressioni presenti nel diritto europeo, G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, cit., p. 468.

<sup>41</sup> F. GALLARATI, *Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne*, in *DPCE on line*, 2022, tratteggia il richiamo come una proiezione intertemporale dei diritti delle generazioni presente. *Contra* F.G. MENGA, *Dare voce alle generazioni future. Riflessioni filosofico-giuridiche su rappresentanza e riconoscimento a margine della recente modifica dell'articolo 9 della Costituzione italiana*, in *Biolaaw Journal*, 2022, 2, p. 73 e ss.

l'espressione del legislatore costituzionale nel suo complesso: il comma 3 dell'art. 9, a ben vedere, inserisce l'interesse delle generazioni future non dando spazio ad una nuova soggettività giuridica, ma proiettando a medio e lungo termine l'attività di contenimento degli interessi che costituisce oggetto delle analisi svolte in sede di strutturazione delle politiche ambientali e non solo. Si tratta, cioè, di una metodologia con la quale testare anche la ragionevolezza delle politiche in relazione alla compatibilità di queste ultime con la Costituzione. L'operazione è molto significativa, perché comporta che le deliberazioni politiche siano accompagnate da un esame di impatto, necessariamente dotato di carattere scientifico, che certamente consentirà di ottenere una maggiore solidità nei percorsi prescelti e nel sistema complessivo delle azioni adottate nell'interesse della comunità e del Pianeta<sup>42</sup>. In ciò l'innovazione riguarda principalmente la comparsa di un nuovo parametro di legittimità costituzionale delle politiche ambientali<sup>43</sup>.

In tale ottica si è osservato che la nuova formulazione dell'art. 9 implica un vero e proprio riorientamento della Costituzione che spinge a rinnovare la riflessione sul rapporto tra natura e persona, fino a suggerire che “la tutela effettiva dell'ambiente implica e richiede anche un'adesione valoriale che il diritto non è in grado compiutamente di esprimere

<sup>42</sup> Si condivide così l'osservazione di F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo*, cit., p. 23: “la riforma costituzionale potrebbe avere anche il significato di alimentare una riflessione sui limiti che la politica può imporre al mercato e alla tecnica a protezione dell'ambiente e degli interessi delle generazioni future, nella consapevolezza che la biosfera non ha una capacità illimitata, anche di «sopportazione»”.

<sup>43</sup> E, in questo senso, l'ambiguità sottesa alla norma costituzionale non risulta decisiva per formare su di essa un giudizio negativo. Si concorda, a tale riguardo, con chi ha ritenuto di precisare che “si tratta verosimilmente di un falso problema, se solo si osserva che la norma non si presenta certo con la struttura di una “regola” che imponga di identificare con certezza i “soggetti futuri” il cui interesse debba assumere giuridico rilievo, atteggiandosi piuttosto come un “principio”, tipicamente costituzionale, che impone ai legislatori (e, più in generale, a tutti gli attori pubblici) il ben più complesso obiettivo di “guardare lontano”, ossia di costruire politiche ambientali che sappiano assicurare una coesistenza (e, forse, oggi addirittura la “sopravvivenza”) di lungo periodo – certamente non limitata alle generazioni presenti – del genere umano all'interno degli ecosistemi e del complesso della biosfera”, M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente; tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit., p. 311.

e riflettere, pur potendola evocare al massimo livello, quello appunto costituzionale”<sup>44</sup>.

Un’osservazione interessante ha messo in luce che resta aperta, anche successivamente alla riforma della Costituzione, la questione densamente problematica dell’elevata conflittualità e complessità dei processi decisionali in materia ambientale e l’annoso tema delle modalità di espressione della partecipazione dei portatori di interessi diffusi<sup>45</sup>.

Come si anticipava, mentre la codificazione ambientale, da diversi anni, ha raccolto il principio dello sviluppo sostenibile, come baluardo di una crescita inclusiva e coerente con il rispetto dell’ambiente, la Costituzione ha fatto un’altra scelta<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> F. FRACCHIA, *L’ambiente nell’art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo*, cit., p. 28. E così è vero che “non ci si può limitare a guardare (e rappresentare) chi è (adesso) nella piazza, ma si deve tener conto anche di chi quella piazza la occuperà in futuro, per espressa previsione costituzionale, agendo anche nell’interesse delle future generazioni. Per tale ragione, è necessario un vero e proprio cambiamento di paradigma per le Camere, anche recuperando quella funzione ‘pedagogica’ che già Bagehot annoverava tra i principali compiti di un Parlamento: stavolta, però, educando al futuro”, L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell’ambiente) entrano “espressamente” in Costituzione*, cit., p. 39. Ad ogni modo, occorre riflettere sul fatto che pare doversi escludere che si possa ravvisare una responsabilità politica verso le generazioni future, anche se il potere pubblico, nel presente, è tenuto a procedere con una adeguata ponderazione delle proprie politiche anche tenendo conto degli effetti a medio e lungo termine, in argomento cfr. A. LAURO, *Dalla tutela ambientale in Costituzione alla responsabilità politica (anche) verso le generazioni future? Detti e non-detti di un principio di origine giurisprudenziale*, in *Biolaw Journal*, 2022, pp. 115 e ss.; sul modello di rappresentatività connessa agli interessi delle generazioni future e sugli ostacoli etici, giuridici e politici al loro riconoscimento V. anche F. MENGA, *Dare voce alle generazioni future. Riflessioni filosofico-giuridiche su rappresentanza e riconoscimento a margine della recente modifica dell’art. 9 della Costituzione italiana*, cit., pp. 73 e ss.; in argomento anche G. SOBRINO, *Le generazioni future entrano nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, pp. 139 e ss.

<sup>45</sup> Così, è stata segnalato, tra le lacune della riforma, il fatto che “si è mancato di cogliere l’occasione per disegnare una disciplina dei processi decisionali, che accogliesse e regolasse le istanze di trasparenza, partecipazione e collaborazione tra scienza e politica, tanto salienti nella materia ecologica e ambientale. Non è stato dato un parametro di legittimità procedurale, né si trovano indicazioni sulle modalità di ricomposizione del pluralismo degli interessi”. G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, cit., p. 473.

<sup>46</sup> In dottrina, cfr. R. BIFULCO, *Primesime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in*

In dottrina, una spiegazione del mancato richiamo allo sviluppo sostenibile è stata trovata nella volontà del legislatore costituzionale di non esporre l'articolo 9 al rischio di un "precoce invecchiamento", anche considerate le critiche della dottrina che ha più volte osservato come spesso tale concetto si traduca in una clausola vuota<sup>47</sup>.

Si può anche ipotizzare che la riforma volesse smarcarsi da concetti antichi e con un contenuto simbolico carico di significato: si ricorderà, infatti, che il principio di sviluppo sostenibile deriva dalla Dichiarazione di Stoccolma del 1972 ed ha animato diverse correnti di pensiero pro e contro; il cuore del concetto si ravvisa, del resto, non nell'ambiente come oggetto di tutela in sé e per sé, ma nella necessità di qualificare lo sviluppo economico per evitare che esso comporti il disfacimento del contesto ambientale nel quale il progresso si evolve.

In questa prospettiva, non stupisce che la strada percorsa dal legislatore costituzionale abbia condotto a non menzionare la combinazione terminologica dello "sviluppo sostenibile", originariamente cresciuta nel contesto del diritto internazionale e associata ad un progetto perlopiù scritto sulla carta.

##### 5. Interpretazione della giurisprudenza amministrativa dei nuovi precetti costituzionali

La giurisprudenza amministrativa interpreta la modifica dell'art. 9 Cost. dando rilievo, anzitutto, al fatto che l'aggiunta in Costituzione della tutela dell'ambiente consente di superare un uso improprio, in quanto eccessivamente ampio, del concetto di tutela del paesaggio.

*materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 11, pp. 1 e ss.; L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2022, 2, pp. 20 e ss.; R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 13, pp. 208 e ss.; G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2021, 1, p. 467.

<sup>47</sup> R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, cit., p. 8; riprende tale riflessione anche L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, cit., p. 24.

I confini mobili della tutela dei beni paesaggistici e la necessità di ancorare “da qualche parte” le regole di relazione a protezione del contesto naturale hanno finito con il creare, di riflesso, una super-legittimazione dei soggetti pubblici incaricati di tutelare il paesaggio e i beni storico artistici, con il risultato di creare un notevole livello di conflittualità non sempre diretta alla protezione della risorsa naturale in sé e per sé<sup>48</sup>.

In sintesi, se l’allargamento del significato della parola paesaggio, favorito dalla presenza privilegiata in Costituzione, ha fatto sì che, per lungo tempo, si smarrisse (o quanto meno scolorasse) l’individualità del concetto di ambiente, la riforma della Costituzione ha offerto una nuova

<sup>48</sup> Così, per esempio, il T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 24 aprile 2019, n. 932, sentenza poi riformata in appello, si era spinto fino a ravvisare nel paesaggio una “nozione che supera le sovrapposizioni spesso presenti nella legislazione interna tra ambiente, paesaggio e beni culturali, e che reclama un’autonomia del paesaggio riconoscendo, al contempo, la necessità di una visione integrale ed olistica del concetto in esame”, riferibile non solo alle bellezze naturali o alle testimonianze storico-artistiche di eccezionale valenza ma anche “a tutti quegli elementi morfologici a cui sia attribuibile una valenza estetica”. La visione olistica del paesaggio, nella causa discussa avanti al TAR, aveva comportato la legittimità di un diniego espresso dalla Commissione per il paesaggio in merito ad una richiesta edilizia di recupero di un sottotetto che, seppure limitato a modificare solo un aspetto visivo rilevante per il cortile interno di una corte milanese, produceva comunque un impatto negativo su quella particolare risorsa identitaria di un certo modo di costruire che ha connotato i luoghi interessati dall’intervento. Già pochi mesi prima della riforma della Costituzione, il Cons. Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2022, n. 624, invece, aveva cercato di ridimensionare la nozione di paesaggio, tornando a differenziare tra ambiente, come insieme di risorse naturali, con connotazione oggettiva, e paesaggio o patrimonio storico-culturale con connotazione soggettiva, rifiutando la tesi di riunire paesaggio e ambiente, tesi che avrebbe potuto essere utilizzata in discipline come l’architettura, l’urbanistica e l’ingegneria, ma non sul piano giuridico, dove i due termini sono espressioni di interesse differenti, sia pure collegati. Precisamente, secondo il Consiglio di Stato, “l’arricchimento in senso contenutistico voluto dalla Convenzione (ndr., Europea del Paesaggio) non può intaccare il nucleo essenziale di carattere estetico, in senso gnoseologico, del “paesaggio”, al quale è inevitabilmente attribuibile un carattere soggettivo (e non oggettivo), dal quale discende l’importanza da attribuire alla fruibilità da parte della popolazione”. E, così, resterebbe netta la distinzione tra paesaggio ed ambiente “implicando – il primo – la percezione (per lo più qualitativa) e l’interpretazione da un punto di vista soggettivo e – il secondo – prevalentemente l’apprezzamento delle quantità fisico-chimiche e dei loro effetti biologici sull’ecosistema da un punto di vista oggettivo”.

prospettiva, concentrata sulle esigenze di tutela dei beni ambientali come valori in sé, a prescindere dalla loro bellezza, dal loro significato storico e dalla eventuale valenza culturale.

Dalla giurisprudenza amministrativa già emerge chiaramente il nuovo valore assiologico attribuito all'ambiente nella riforma costituzionale, al punto di ritenere che, nella ponderazione tra interessi oggetto di tutela nelle politiche e nell'azione pubblica, il valore della memoria del passato debba essere temperato con le necessità del presente, che include l'urgenza di politiche di protezione delle risorse naturali.

Particolarmente interessanti, sotto questo profilo, alcune pronunce che hanno riguardato la legittimità di decisioni amministrative con le quali si è negata l'autorizzazione alla realizzazione di impianti per l'energia rinnovabile con motivazioni inerenti alla necessità di tutelare il paesaggio.

In esse emerge una nuova sensibilità dei giudici amministrativi diretta a favorire iniziative economiche qualificate all'interno degli strumenti di sviluppo sostenibile, *in primis* gli interventi necessari per realizzare la transizione ecologica, richiedendo una sorta di motivazione rafforzata per le decisioni che, bloccando i percorsi autorizzativi, finiscono per ostacolare il percorso verso una inversione del ciclo economico che porti a convertire le forme di approvvigionamento tradizionali in modelli che permettano di risparmiare il consumo di materie prime naturali.

A fronte dell'estrema urgenza della risoluzione delle problematiche che affliggono l'ambiente, la giurisprudenza amministrativa, almeno in queste prime pronunce, asseconda una predeterminata gerarchizzazione degli interessi: data l'urgenza di affrontare problematiche cruciali, tra cui il cambiamento climatico, l'analisi dei parametri di ragionevolezza che supportano l'attività di temperamento di interessi (tutti contemporaneamente rilevanti dal punto di vista dell'interesse pubblico) riconosce una priorità "storica" alle ragioni che supportano iniziative private capaci di favorire la transizione ecologica attraverso la realizzazione di impianti di energia da fonti rinnovabili. Viene inaugurato, di fatto, un orientamento in base al quale l'economia della sostenibilità assume una prevalenza *in re ipsa*, derivante dal bisogno immanente di resettare i nostri modelli di consumo di risorse naturali.

Così, riferendosi alla riforma costituzionale, la VI Sezione del Consi-

glio di Stato<sup>49</sup> ha enunciato la presenza, appunto, di una “nuova assiologia compositiva” tra tutela dell’ambiente e patrimonio culturale, appunto come esito delle nuove previsioni, in un caso relativo alla realizzazione di progetti per la costruzione di pale eoliche nella Regione Molise che, in sede di conferenza dei servizi, avevano ricevuto parere negativo dalla Soprintendenza, la quale aveva apposto sui territori interessati un vincolo di tutela indiretta, per la presenza di un sistema di croci votive lungo il percorso verso la città di Benevento, oggetto di interesse culturale.

Il giudice di appello, annullando la decisione del Tribunale amministrativo che aveva salvato il provvedimento del Ministero bloccando così la realizzazione degli impianti eolici, ha invece ritenuto decisiva la necessità di ottenere una migliore “integrazione delle tutele” (dell’ambiente e del patrimonio culturale): la riforma della Costituzione avrebbe cioè introdotto un nuovo principio, “in virtù del quale le esigenze di tutela dell’ambiente devono essere integrate nella definizione e nell’attuazione delle altre pertinenti politiche pubbliche, in particolare al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile. Il principio si impone non solo nei rapporti tra ambiente e attività produttive (...) ma anche al fine di individuare un adeguato equilibrio tra ambiente e patrimonio culturale, nel senso che l’esigenza di tutelare il secondo deve integrarsi con la necessità di preservare il primo”.

In quest’ottica, i tre parametri inseriti nella Costituzione sono stati intesi dal giudice amministrativo come uno sprono per favorire il percorso delle iniziative, pubbliche e private, che vanno nella direzione della risoluzione (o del tentativo di risoluzione) delle cruciali problematiche attuali del Pianeta.

Così, le scelte contenute nei provvedimenti amministrativi inerenti ai procedimenti di autorizzazione per la realizzazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili sono sindacate alla luce del principio di proporzionalità che però deve considerare non solo l’interesse alla tutela dell’ambiente ma anche, come nota il Consiglio di Stato, “il peso e l’urgenza dell’interesse ambientale indifferibile della transizione ecologica”.

Del resto, i momenti di crisi sono i periodi in cui si crea una maggiore identificazione delle persone con i problemi comuni e le amministrazioni sono messe alla prova con la loro propensione a fornire soluzioni.

Così, anche le strutture del diritto vivono delle eccezioni, o sforza-

<sup>49</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167.



no degli strumenti, perché esse stesse sono applicate con la sensazione dell'urgenza e con lo sguardo al cambiamento, percepito come una risorsa di una nuova forma di progresso civile, e quindi giuridico, ma anche economico e sociale.

## 6. *Il ritorno all'interesse legittimo*

Se, dunque, non saremo ora frantesi nell'affermare che l'ambiente, sul piano giuridico, è passato dall'essere un valore all'essere un principio dell'ordinamento, a prescindere dalla sua connessione o strumentalità con altri "valori" costituzionali (come il diritto alla salute o al paesaggio), occorre precisare che da esso si pretende una realizzazione per via mediata, cioè tramite l'azione dei pubblici poteri. Ciò implica che il diritto ambientale deve guardare prevalentemente alle modalità di azione dei poteri pubblici, e dunque dotarsi di norme di azione, e che esso non è luogo di diritti individuali, ma di situazioni soggettive di dialogo con il potere pubblico, ovvero sia di interessi legittimi o diffusi.

Allora, se si riflette sulla tutela dell'ambiente come principio tutelato dalla Costituzione, riemerge la dimensione collettiva<sup>50</sup> di un oggetto che esce dalla sfera singolare per entrare in quella multipolare che si associa alla teorizzazione degli interessi diffusi con riferimento ai quali appare "uno stato psico-sociale di tensione tra un bisogno e un bene ripetuto tendenzialmente all'infinito sì da riguardare vaste masse per definizione indifferenziate di soggetti"<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Non vi è qui spazio, purtroppo, per discutere l'interessante tema dei beni comuni, annesso all'affermazione sulla dimensione collettiva dell'ambiente, spesso animato dal noto lavoro di E. OSTROM, *Governing the commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990. Si rinvia comunque, senza pretesa di esaustività, a: G. ARENA, *Da beni pubblici a beni comuni*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2022, pp. 647 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà, beni pubblici, beni comuni*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, pp. 639 e ss.; S. NESPOR, *Tragedie e commedie nel nuovo mondo dei beni comuni*, in questa *Rivista*, 2013, pp. 665 e ss.; C. MICCICHÉ, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2018; J. AKWOOD, a cura di, *Beni comuni. Diversità, sostenibilità, governance. Scritti di Elinor Ostrom*, Firenze, 2019; U. MATTEI, F. CAPRA, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sansepolcro, 2017.

<sup>51</sup> M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro italiano.*, 1987, V, pp. 8 e ss.

Il ritorno all'interesse legittimo dovrebbe così condurre ad un protagonismo del giudice amministrativo, nella sua configurazione classica di guardiano del potere pubblico e di organo di controllo sul corretto esercizio del potere discrezionale.

La negoziazione e la mediazione connesse alla logica dei principi sono infatti correlate fisiologicamente all'esercizio del potere valutativo del soggetto pubblico agente, le cui motivazioni, anche con riferimento agli effetti di medio e lungo termine delle scelte effettuate – parametro oggettivo per intendere correttamente il riferimento agli interessi della future generazioni – saranno il centro dell'analisi di effettualità del nuovo diritto dell'ambiente verso il quale ci spinge la Costituzione.

## ABSTRACT

*Constitution – Values – Principles – Environment – Environmental policies  
Environmental Law – Future generation – Common good*

*This essay wonders the implications with the shift of the Republic's obligation to promote the environment from the (non legal) realm of values to that of constitutional principles. The argument presented shows that this transition is highly significant, particularly considering the ineffective and piecemeal legislation on environmental protection. This legislation has failed to adequately protect natural resources and has often resulted in unnecessary conflicts.*

*The rejuvenated role of the Constitution as a source of environmental law is of great significance. It not only sets new priorities for the political agenda, but also has implications for legal interpretation. This is evident in some decisions by the Council of State, where environmental protection is no longer derived from the related concepts of landscape or culture, but rather has acquired its own significance, both from a normative and axiological perspective.*



## L'eolico offshore: difficoltà procedurali interne e spunti per una riflessione comparativa con la Gran Bretagna

NADIA SPADARO\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il procedimento per l'installazione di un impianto eolico offshore. – 3. Le incertezze del dettato normativo. – 4. Il difficile connubio ambiente e paesaggio e le persistenti lacune normative. – 5. Il confronto con la Gran Bretagna. – 6. Conclusioni.

### 1. *Premessa*

L'urgenza di un'azione comune per il superamento dell'emergenza climatica è oramai percepita in modo chiaro dalla Comunità internazionale e, in particolar modo, nel contesto Eurounitario, ove ha dato luogo, negli ultimi anni, ad importanti e numerosi interventi delle Istituzioni europee.

Basti pensare al *Green Deal*<sup>1</sup>, che prevede un piano di azione per superare l'emergenza climatica, delineando un vero e proprio progetto di trasformazione dell'Unione europea dal punto di vista economico e sociale. La stretta connessione tra l'ambiente e il benessere delle persone che lo abitano è chiaramente percepita dalla Commissione europea, che individua la finalità stessa del *Green Deal* nella realizzazione di “una so-

\* Assegnista di ricerca in diritto amministrativo nell'Università di Milano-Bicocca.

<sup>1</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Green Deal europeo*, 11 dicembre 2019, COM 2019/640.

cietà giusta e prospera”, dotata di un’economia moderna, competitiva ed efficiente, in cui nessuno “viene lasciato indietro”<sup>2</sup>.

A tal fine, la Commissione si propone l’azzeramento delle emissioni nette di gas a effetto serra entro il 2050, nonché l’obiettivo intermedio della riduzione delle stesse di almeno cinquanta-cinquantacinque per cento rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030, mediante una transizione ecologica che consenta di mantenere il benessere e la coesione sociale all’interno dell’Unione.

La presa d’atto della limitatezza delle risorse energetiche disponibili sul pianeta, dell’inquinamento causato dallo sfruttamento delle risorse di energia fossile e della modifica in atto degli ecosistemi ha portato l’Unione a puntare sulla decarbonizzazione e sulla transizione energetica, quale passaggio dallo stato attuale di utilizzo di fonti fossili all’uso di fonti rinnovabili nella produzione di energia. In quest’ottica, l’Unione prevede, tra l’altro, nella revisione del Regolamento di Esenzione e delle Linee Guida per gli aiuti di Stato nel settore energetico e ambientale, significative forme di finanziamento per le imprese che optano per la decarbonizzazione e decidono di investire in forme di produzione di energia da fonti rinnovabili<sup>3</sup>.

In tale contesto, la produzione di energia rinnovabile offshore, e in particolare da impianti eolici, è divenuta oggetto di rinnovato interesse negli ultimi anni. Per incentivarla, l’Unione europea ha adottato, il 19 novembre 2020, un piano strategico<sup>4</sup> che si propone di incrementare

<sup>2</sup> Si veda l’introduzione al *Green Deal europeo*, in particolare il punto 1 e il punto 2.2.

<sup>3</sup> Agli Stati membri, in particolare, è lasciato un ampio margine di manovra nel concedere aiuti di Stato per lo sviluppo delle energie rinnovabili, in deroga alla disciplina antitrust del Trattato che, come noto, prevede il principio di incompatibilità con il mercato interno delle misure di sostegno economico che possano falsare il gioco della concorrenza. Sulla opportunità della revisione delle Linee guida si veda L. HANCHER, *Il regime generale degli aiuti di Stato in materia di energia e ambiente: la comunicazione della Commissione del 2014 e la sua prossima revisione*, in E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI (a cura di), *Gli aiuti di Stato: profili generali e problematiche energetiche*, Milano, 2020, pp. 197 e ss. Si rinvia, inoltre, ai rilievi già svolti in N. SPADARO, *Considerazioni sugli ultimi orientamenti della Commissione europea in tema di aiuti di Stato nel settore ambientale ed energetico*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2021, pp. 341 e ss.

<sup>4</sup> Comunicazione n. 2020/741 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni: *Strategia*

l'attuale produzione di energia derivante dall'eolico offshore portandola a sessanta GW per il 2030 e a trecento per il 2050.

Sebbene l'Europa sia sempre stata all'avanguardia in tale settore rispetto agli altri continenti<sup>5</sup>, il raggiungimento degli obiettivi ambiziosi recentemente posti dall'Unione europea sembra difficile e in gran parte ostacolato da alcuni regimi autorizzatori complessi e farraginosi, nonché da resistenze culturali particolarmente pregnanti che sono soprattutto riscontrabili nei Paesi del sud dell'Europa.

Il Mar Mediterraneo, infatti, ha visto solo di recente l'installazione del suo primo parco eolico, al largo delle coste di Taranto, realizzato sulla base di un progetto che è stato il primo ad ottenere la piena autorizzazione, a fronte di più di altri venti presentati negli ultimi quindici anni e solo dopo un iter burocratico e giudiziario durato ben quattordici anni.

Il nostro Paese, invero, circondato dal mare per la maggior parte del suo territorio e, dunque, certamente avvantaggiato nelle potenzialità di sfruttamento di questa forma di energia, sconta un atteggiamento scostante e inerte del legislatore, che, sebbene abbia chiaramente manifestato l'intenzione di promuovere e accelerare la realizzazione degli impianti eolici offshore<sup>6</sup>, di fatto, negli ultimi anni, è intervenuto sulla disciplina del procedimento per il rilascio dell'autorizzazione con norme che l'hanno resa sempre più complessa e incerta. Inoltre, come si vedrà nel prosieguo, si è ormai consolidato nella realtà un atteggiamento di aprioristica opposizione da parte delle Amministrazioni chiamate ad esprimere parere di compatibilità paesaggistica, fondato sulla ritenuta tendenziale incompatibilità con il paesaggio degli impianti eolici di dimensione significativa e spesso assecondato dalla giurisprudenza<sup>7</sup>.

*dell'UE per sfruttare il potenziale delle energie rinnovabili offshore per un futuro climaticamente neutro.*

<sup>5</sup> Alla costruzione del primo impianto eolico offshore al mondo, completato nel 1991 in Danimarca, sono infatti seguiti numerosi impianti, collocati per lo più al largo delle coste della Gran Bretagna, che assicurano attualmente una capacità totale di 28.4 GW solo dagli impianti eolici collocati nei mari europei.

<sup>6</sup> Nel PNRR, vi è la previsione di ingenti investimenti per promuovere la realizzazione degli impianti di produzione di energia rinnovabile, tra cui l'offshore. Si veda, in particolare, la Missione M2C2: "Energia Rinnovabile, Idrogeno, rete e Mobilità sostenibile".

<sup>7</sup> Sul punto si veda il dettagliato e approfondito studio di B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative per le fonti rinnovabili di energia e il rapporto tra obiettivi di decar-*

## 2. *Il procedimento per l'installazione di un impianto eolico offshore*

Nel nostro ordinamento, la disciplina di riferimento in materia di fonti energetiche rinnovabili<sup>8</sup>, in recepimento della Direttiva n. 2001/77/CE<sup>9</sup> e nell'intento di attuare una semplificazione del procedimento autorizzatorio e di promuovere la produzione sostenibile di energia elettrica, prevede l'adozione di un'autorizzazione unica a conclusione di un procedimento al quale partecipano tutte le Amministrazioni interessate, mediante Conferenza di Servizi<sup>10</sup>.

La normativa, in particolare, prevede che l'adozione dell'autorizzazione unica riunisca in sé diversi titoli abilitativi e venga adottata all'esito di un iter che comporta lo svolgimento di subprocedimenti che compongono il procedimento principale, cronologicamente antecedenti alla Conferenza di Servizi, di competenza di Amministrazioni diverse, e che comportano la valutazione dei diversi e numerosi interessi coinvolti. La giurisprudenza ha efficacemente definito questo complesso iter procedurale come "procedimento di procedimenti", scandito da subprocedimenti autonomi legati da vincolo di presupposizione e che esplicano effetti direttamente condizionanti in relazione agli ulteriori e autonomi subprocedimenti previsti nell'ambito dell'iter di rilascio dell'autorizzazione unica<sup>11</sup>.

Con riferimento alla costruzione e all'esercizio degli impianti eolici offshore, in particolare, la procedura prevede, una fase preliminare, gestita dall'ARERA e volta a consentire la necessaria connessione alla rete elettrica, sulla base delle condizioni tecniche ed economiche e delle

*bonizzazione la tutela di altri interessi pubblici*, in E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI (a cura di), *L'attuazione dell'European Green deal. I mercati dell'energia e il ruolo delle istituzioni e delle imprese. Atti del convegno annuale Aiden 2022*, Milano 10 febbraio 2022, pp. 94 e ss.

<sup>8</sup> D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, Attuazione della Direttiva n. 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità.

<sup>9</sup> Direttiva n. 2018/2001/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 n. 2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

<sup>10</sup> Si veda, in particolare, l'art. 12, terzo comma, del D.Lgs. n. 387/2003.

<sup>11</sup> T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 23 luglio 2010, n. 372; Id., 23 dicembre 2011, n. 992; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 21 febbraio 2014, n. 563; T.A.R. Sicilia, Palermo, 3 novembre 2017, n. 2512.



modalità procedurali prestabilite<sup>12</sup>. L'istante deve, in particolare, presentare una richiesta di connessione correlata di tutte le informazioni e documentazioni richieste e del versamento di un corrispettivo per l'ottenimento di un preventivo di connessione alla rete. L'istanza deve essere presentata all'impresa distributrice competente nell'ambito territoriale oppure a Terna, a seconda della potenza di immissione richiesta. Il gestore di rete, nell'ambito delle attività di elaborazione del preventivo per la connessione, è tenuto a fornire tutte le informazioni necessarie al fine della predisposizione della documentazione da presentare nell'ambito del procedimento unico al fine dell'autorizzazione dell'impianto previsto dall'art. 12 del D.Lgs. n. 387/2003. Di tal guisa, l'iter per la connessione alla rete si coordina con la procedura autorizzatoria, che comporta, però, ai sensi del citato art. 12, il preventivo rilascio della concessione demaniale marittima.

Sebbene i recenti interventi normativi sembrino voler inglobare il rilascio della concessione d'uso del demanio marittimo all'interno del procedimento di autorizzazione unica<sup>13</sup>, l'iter per il rilascio della concessione demaniale sembra ancora porsi in un rapporto di presupposizione necessaria rispetto alla procedura autorizzatoria<sup>14</sup>. La concessione marittima, infatti, è interamente regolata dal Codice della navigazione<sup>15</sup> (in particolare dal suo regolamento di esecuzione<sup>16</sup>) e in nulla è assimilabile ad una procedura autorizzatoria.

La richiesta di rilascio della concessione marittima deve essere presentata al Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibile, pre-

<sup>12</sup> Si veda l'Allegato A del TICA (Testo integrato delle condizioni tecniche ed economiche per la connessione alle reti elettriche con obbligo di connessione di terzi agli impianti di produzione di energia elettrica), in particolare l'art. 8 sul coordinamento delle attività ai fini dell'ottenimento delle autorizzazioni.

<sup>13</sup> L'art. 23 comma primo del D.Lgs. 8 novembre 2021 n. 199, di attuazione della Direttiva n. 2018/2001/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, prevede che il procedimento di autorizzazione unica sia: "comprensivo del rilascio della concessione d'uso del demanio marittimo".

<sup>14</sup> Si veda P. CHIRULLI, *L'eolico offshore nella prospettiva del PNRR*, in G.F. CARTEI (a cura di) *Energie rinnovabili e Piano azionale di Ripresa e Resilienza, Atti del convegno 25 giugno 2021*, Napoli, 2022, pp. 59 e ss.

<sup>15</sup> Si veda l'art. 36 r.d. 30 marzo 1942, n. 327.

<sup>16</sup> Si vedano artt. 5 e ss. del DPR 328 del 15 febbraio 1952.

vio coinvolgimento di alcune Autorità, tra cui quelle portuali e altre preposte alla tutela di interessi legati alla navigazione. A tal fine, la domanda viene trasmessa alla Capitaneria di porto territorialmente competente, la quale pubblica avviso di presentazione dell'istanza, sulla quale possono essere depositate osservazioni, rilievi e opposizioni al progetto che dovranno essere valutate dall'Autorità decidente, tenuta a darne conto nella motivazione del provvedimento finale.

Quanto al procedimento autorizzatorio, l'Autorità oggi competente, dopo i numerosi rimaneggiamenti legislativi su cui ci si soffermerà nel paragrafo successivo, è il Ministero della Transizione ecologica di concerto con il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibile e sentito, per gli aspetti legati all'attività di pesca marittima, il Ministero delle Politiche agricole, alimentari e forestali. Il provvedimento di autorizzazione, che, come accennato, ai sensi del quarto comma dell'art. 12 D.Lgs. n. 387/2003, viene rilasciato dopo un iter procedimentale unitario al quale partecipano tutte le Amministrazioni interessate, è svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità stabilite dalla L. 7 agosto 1990, n. 241. Esso si deve concludere entro un termine massimo di 90 giorni, che deve essere computato "al netto dei tempi previsti [...] per il provvedimento di valutazione di impatto ambientale"<sup>17</sup>, il quale dovrà, pertanto, essere acquisito in seno al procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica<sup>18</sup> e precedentemente rispetto alla Conferenza di Servizi<sup>19</sup>.

L'autorità competente ad adottare la VIA, anch'essa più volte modificata dal legislatore, dovrà svolgere tutte le valutazioni relative ai c.d. «impatti ambientali», da intendersi, secondo quanto prevede l'art. 5, lett. c, del D.Lgs. n. 152/2006, come gli effetti significativi, diretti e indiretti, non solo sui fattori ambientali in senso stretto (biodiversità, territorio,

<sup>17</sup> Il testo originario dell'art. 12, 4° comma, prevedeva un termine di 180 giorni, senza far menzione della VIA. L'art. 5, 2° comma, del D.Lgs., 3 marzo 2011, n. 28 ha ridotto il termine per il rilascio dell'autorizzazione unica a 90 giorni, prevedendone la sospensione per la conclusione del procedimento di VIA, i cui termini, a loro volta, sono stati regolati dal D.Lgs. 16 giugno 2017, n. 104.

<sup>18</sup> Si veda l'art. 6 del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, così come modificato dal D.Lgs. n. 104/2017.

<sup>19</sup> Si vedano, sul punto, T.A.R. Molise, Campobasso, 23 dicembre 2011, n. 992 e T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 21 febbraio 2014, n. 563.

suolo, acqua, aria e clima), ma anche su popolazione e salute umana da un lato, su beni materiali, patrimonio culturale (ossia i beni culturali e i beni paesaggistici di cui all'art. 2, primo comma. D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42) e paesaggio dall'altro lato; sulle loro reciproche interazioni; sugli effetti derivanti dalla vulnerabilità del progetto al rischio di gravi incidenti o calamità. In seno al procedimento di VIA, in base alle recenti modifiche normative, potranno essere acquisite e confluire poi in un unico provvedimento ambientale (PUA) tutte le autorizzazioni ambientali tra quelle elencate al comma 2 dell'art. 27 del D.Lgs. n. 152/2006 e richieste dalla normativa vigente per la realizzazione e l'esercizio del progetto, quali, ad esempio, l'autorizzazione alla immissione in mare di materiale derivante da attività di escavo e di posa in mare di cavi e condotte, l'autorizzazione paesaggistica, quella culturale e quella antisismica<sup>20</sup>.

Ottenuto il provvedimento positivo di VIA o il PUA, il procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione unica procede mediante l'acquisizione di ulteriori titoli abilitativi, in seno alla Conferenza di Servizi. In particolare, tra le diverse tipologie di Conferenza di Servizi previste dalla L. n. 241/1990, quella cui fa riferimento l'art. 12 del D.Lgs. n. 387/2003 sembra appartenere<sup>21</sup> al modello decisorio previsto dal secondo comma dell'art. 14 della legge sul procedimento amministrativo. Pertanto, le

<sup>20</sup> In base alle modifiche apportate dal d.l. 31 maggio 2021 n. 77 (c.d. decreto semplificazioni), all'art 27 del D.Lgs. n. 152/2006, nel caso di procedimenti di VIA di competenza statale, il proponente può richiedere all'Autorità competente che il provvedimento di VIA sia rilasciato nell'ambito di un provvedimento unico comprensivo delle autorizzazioni ambientali indicate dallo stesso art. 27 D.Lgs n. 152/2006 al secondo comma.

<sup>21</sup> Sulla natura giuridica della Conferenza di Servizi prevista dall'art. 12 del D.Lgs. n. 387/2003 si sono registrate opinioni contrastanti nella giurisprudenza amministrativa più risalente, una parte di essa avendone sostenuta la natura istruttoria (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 23 dicembre 2009, n. 9345; Id. 23 dicembre 2009, n. 9367; Id. 15 gennaio 2010, n. 157; Cons. Stato Sez. VI, 4 giugno 2004, n. 3502; e C.G.A., 11 aprile 2008, n. 295; Id. 16 settembre 2008, n. 763) e una parte la natura decisoria (Cons. Stato, Sez. VI, 22 febbraio 2010, n. 1020; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 16 marzo 2010, n. 1479; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 25 settembre 2009, n. 1539). Con l'introduzione del D.M. 10.09.2010 n. 47987, nel dettare le linee guida statali per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, la giurisprudenza sembra essersi orientata a favore della tesi della natura decisoria: si vedano, in particolare, T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 21 dicembre 2011, n. 1342; Id. 5 dicembre 2012, n. 1291; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 3 luglio 2019, n. 3650.

single Amministrazioni coinvolte sono dotate di un potere decisionale che concorre alla formazione della volontà finale, conducendo ad una decisione “polistrutturata”, che comporta, in caso di esito positivo, l’adozione di tutti i titoli abilitativi necessari, quali, ad esempio, il permesso di costruire, il parere di conformità alle norme sulla prevenzione incendi, i nulla osta per la sicurezza del volo rilasciati dalle autorità militari e civili e così via.

La determinazione della Conferenza di Servizi, seppure di natura decisoria, ha una valenza endo-procedimentale, spettando poi l’adozione dell’atto di autorizzazione all’Amministrazione procedente che, sebbene tenuta a considerare le risultanze della Conferenza di Servizi, può effettuare una propria autonoma valutazione degli interessi pubblici coinvolti, potendo anche giungere ad un (debitamente motivato) diniego di autorizzazione<sup>22</sup>.

Laddove l’autorizzazione venga, invece, rilasciata, il richiedente potrà ottenere l’aggiornamento del preventivo per la connessione alla rete e successivamente, trasmessa l’accettazione del preventivo, il gestore di rete sarà tenuto a consentire al richiedente la realizzazione dell’impianto di rete per la connessione oppure degli eventuali interventi sulle reti elettriche esistenti.

### 3. *Le incertezze del dettato normativo*

Il mancato sviluppo dell’eolico nei mari italiani è da attribuire ad una serie di complessità normative e procedurali che hanno ostacolato significativamente l’iniziativa imprenditoriale in tale settore. In particolare, come sopra accennato, numerosi interventi normativi negli ultimi quindici anni hanno creato una situazione di incertezza, toccando punti nevralgici del procedimento autorizzatorio, tra cui, *in primis*, la competenza per il rilascio dei singoli titoli abilitativi<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Si vedano, in tal senso, Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 712; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 27 dicembre 2017, n. 6075; Id., 29 gennaio 2019, n. 445; Id. 3 luglio 2019, n. 3650.

<sup>23</sup> Per una ricostruzione del quadro delle competenze e dei plurimi rimaneggiamenti legislativi in tema di rilascio della valutazione di impatto ambientale e dell’autorizzazione unica si veda I. LOLLI, *La realizzazione dei parchi eolici off-shore in Italia: quis, quid, ubi*,

Da un lato, infatti, la stessa autorizzazione unica, che il D.Lgs. n. 387/2003 attribuiva alla competenza delle Regioni<sup>24</sup>, con la L. 24 dicembre 2007, n. 244 è divenuta di competenza dello Stato, e in particolare del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, dopo aver sentito il Ministero dello Sviluppo economico e il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare<sup>25</sup>, salvo poi essere attribuita, ad opera del D.Lgs. n. 199/2021 (in attuazione della Direttiva n. 2018/2001/CE<sup>26</sup>) al Ministero della Transizione ecologica di concerto con il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili e sentito, per gli aspetti legati all'attività di pesca marittima, il Ministero delle Politiche agricole, alimentari e forestali<sup>27</sup>.

Dall'altro lato, anche la competenza per la VIA è stata oggetto di rimaneggiamenti legislativi, a differenza della concessione per l'uso del demanio marittimo che è stata sempre di competenza statale.

Il rilascio del provvedimento di VIA, inizialmente di competenza regionale, è divenuto di competenza statale nel 2007, quando la legge finanziaria ha stabilito che l'adozione dell'autorizzazione unica spettasse allo Stato, e ha conseguentemente determinato, per effetto del principio del parallelismo tra le funzioni autorizzatorie e la competenza al rilascio

*quibus, auxiliis, cur, quomodo, quando?* in F. BENINCASA (a cura di), *Proceedings of the Seventh International Symposium "Monitoring of Mediterranean coastal areas: problems and measurement techniques"*, Firenze, 2018, pp. 485 e ss.

<sup>24</sup> Nella versione originaria dell'art.12, terzo comma, D.Lgs. n. 387/2003 si prevedeva, senza distinzione specifica per gli impianti offshore, che: "la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla Regione o altro soggetto istituzionale delegato dalla Regione, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico".

<sup>25</sup> Si veda l'art. 2 comma 158 lett. c) della l. n. 244 ha modificato l'art. 12, 3° comma, del D.Lgs. n. 387/2003 prevedendo che per i soli impianti eolici off-shore l'autorizzazione unica venga rilasciata dal Ministero dei Trasporti, sentiti il Ministero dello Sviluppo economico e il Ministero dell'Ambiente.

<sup>26</sup> Direttiva n. 2018/2001/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

<sup>27</sup> Si veda l'art. 23 del D.Lgs. n. 199/2021, Attuazione della Direttiva n. 2018/2001/CE.

della VIA<sup>28</sup>, lo spostamento della competenza per il rilascio della VIA in capo allo Stato, e in particolare al Ministero dell'Ambiente di concerto con il Ministero dei Beni culturali.

Se non che, con l'entrata in vigore del D.Lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 è stato modificato il Codice dell'ambiente e, in aperto contrasto con il principio del parallelismo tra funzione autorizzatoria e rilascio della VIA<sup>29</sup>, si è attribuita la competenza per l'adozione del provvedimento di VIA alle Regioni, mentre l'autorizzazione unica restava di competenza statale. Solo un anno dopo, con la l. 23 luglio 2009, n. 99, la competenza per il rilascio della VIA veniva ulteriormente spostata in capo allo Stato e, in particolare, al Ministero per l'ambiente di concerto con il Ministero dei Beni culturali<sup>30</sup>. Tale ultimo assetto di competenze è stato confermato dal D.Lgs. n. 104/2017<sup>31</sup>, laddove, introducendo l'art. 7 *bis* nel Codice dell'ambiente, ha lasciato invariata la competenza statale per gli impianti indicati nell'allegato II alla parte seconda del Codice stesso, ove, ancor oggi, compare il riferimento agli impianti eolici per la produzione di energia elettrica ubicati in mare.

La continua riallocazione delle competenze da parte del legislatore, oltre a comportare certamente degli effetti negativi in punto di efficienza dell'azione amministrativa, laddove impone l'acquisizione di nuove conoscenze e di un *know how* che è fondamentale in materie così segnatamente tecniche, è stata all'origine di numerose controversie giurisprudenziali. Lo stesso parco eolico del Mar Grande di Taranto, che è giunto alla fase di realizzazione solo dopo dieci anni dalla presentazione dell'istanza, è rimasto a lungo arenato in sede giudiziaria a causa della

<sup>28</sup> Si vedano gli artt. 25 e 35 del D.Lgs. n. 152/2006.

<sup>29</sup> Il D.Lgs. n. 4/2008 ha modificato l'art. 7, terzo e quarto comma, del D.Lgs. n. 152/2006, prevedendo che mentre i progetti di cui all'Allegato II alla Parte II sono assoggettati a VIA necessaria in sede statale, i progetti di cui agli Allegati III e IV della Parte II (tra cui gli impianti eolici offshore) sono invece sottoposti a VIA regionale.

<sup>30</sup> L'art. 42, primo comma, della L. n. 99/2009 inserisce all'Allegato II del D.Lgs. n. 152/2006, contenente l'elenco dei progetti che debbono essere sottoposti a VIA statale sempre necessaria, il n.7 *bis*, relativo agli «impianti eolici per la produzione di energia elettrica ubicati in mare».

<sup>31</sup> Il D.Lgs. n. 104/2017 è stato adottato in attuazione della Direttiva n. 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che modifica la Direttiva n. 2011/92/UE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, ai sensi degli articoli 1 e 14 della L. 9 luglio 2015, n. 114.

contestazione da parte del Comune di Taranto circa la competenza ad adottare il provvedimento autorizzatorio. In particolare, il Comune aveva impugnato il provvedimento di autorizzazione concesso dal Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti contestando l'incompetenza dell'Amministrazione statale in ordine al rilascio dell'autorizzazione unica alla realizzazione e all'esercizio dell'impianto<sup>32</sup>.

Anche i numerosi interventi normativi in materia di competenza per il rilascio della VIA hanno dato origine a controversie giurisdizionali. Si pensi, ad esempio, che in relazione a quattro procedure di VIA avviate dalla Regione Puglia nel 2008 su progetti di parchi eolici offshore, il Governo ha dovuto sollevare conflitto di attribuzioni avanti alla Corte costituzionale<sup>33</sup>. In tale occasione il Giudice delle leggi ha rilevato, per una di tali procedure, il difetto di competenza regionale in considerazione della normativa vigente al momento di presentazione dell'istanza da parte del proponente. In particolare, la Corte ha ritenuto che l'intervenuta modifica della disciplina della VIA da parte del decreto legislativo 16 gennaio 2008, n. 4 e, in specie, la prevista competenza regionale in ordine alla VIA per gli impianti eolici non avesse modificato la competenza statale in relazione alle procedure di VIA iniziate prima dell'entrata in vigore del decreto, laddove, ai sensi dell'art. 35, comma 2-ter, del D.Lgs. n. 152/2006, come sostituito dall'art. 1, comma 3, del D.Lgs. 16 gennaio, 2008, n. 4, «Le procedure di VAS e di VIA avviate precedentemente all'entrata in vigore del presente decreto sono concluse ai sensi delle norme vigenti al momento dell'avvio del procedimento».

È evidente che i continui rimaneggiamenti del dato normativo e il contenzioso giurisdizionale che ne deriva creino una situazione d'incertezza negli operatori economici, svolgendo un ruolo cruciale nell'ostacolare la concreta realizzazione di impianti eolici offshore nel nostro ordinamento.

<sup>32</sup> Si veda T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 10 marzo 2014, n. 717, confermata da Cons. Stato, Sez. IV, 1° luglio 2015, n. 3252.

<sup>33</sup> Corte Cost., 13 maggio 2010, n. 171.

#### 4. *Il difficile connubio ambiente e paesaggio e le persistenti lacune normative*

La previsione di un procedimento codecisorio tra Ministero dell' Ambiente e Ministero dei Beni culturali ai fini del rilascio della VIA, che vede la necessaria acquisizione del parere da parte del secondo sull'impatto che il progetto dell'impianto eolico potrebbe avere sul paesaggio, costituisce uno dei problemi nevralgici che questa forma di produzione di energia rinnovabile incontra nel nostro ordinamento.

La funzione pubblica di tutela del paesaggio è di tale rilevanza da non poter essere superata da esigenze di semplificazione o concentrazione procedimentale e ciò per la particolare dignità data dall'essere sempre stata iscritta dall'art. 9 della Costituzione tra i principi fondamentali della Repubblica<sup>34</sup>. Per quanto l'interpretazione costante della Corte costituzionale configuri paesaggio e ambiente in modo unitario<sup>35</sup> e sulla base di tale solida giurisprudenza sia stata introdotta la recente modifica dell'art. 9 della Costituzione che, dopo la previsione della tutela del paesaggio, oggi contiene il riferimento espresso a «*l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*», è evidente che all'interno delle specifiche esigenze di tutela, l'interesse ambientale e quello paesaggistico possano confliggere. La produzione di energia da fonti rinnovabili comporta la realizzazione di impianti che spesso sono di notevoli dimensioni e che producono un inevitabile impatto visivo<sup>36</sup>. Di tal guisa, le pale eoliche, per quanto siano uno strumento di tutela dell'ambiente, laddove consentono di produrre energia rinnovabile, raramente si conciliano con la tutela del paesaggio.

In quest'ottica, il parere del Ministero dei Beni culturali "è istituzionalmente finalizzato a evitare che sopravvengano alterazioni inaccettabili

<sup>34</sup> In tal senso si esprime Cons. Stato Sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1486.

<sup>35</sup> Corte Cost. 26 novembre 2002, n. 478; Corte Cost. 27 luglio 2000, n. 378; Corte Cost. 1° aprile 1998, n. 85; Corte Cost. 15 maggio 1987, n. 167; Corte Cost., 28 maggio 1987, n. 210.

<sup>36</sup> Sul punto si veda, in particolare, S. AMOROSINO, *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 4, 2022, pp. 265 e ss., al quale si rinvia per una rassegna dei principali fattori ostativi alla composizione dell'interesse ambientale e paesaggistico.



del preesistente valore protetto”<sup>37</sup>, mediante la sottoposizione dell'intervento progettato ad una valutazione tecnica. Quest'ultima, in particolare, non è limitata alle aree che siano sottoposte ad un vincolo paesaggistico sulla base di un provvedimento amministrativo o di una legge che abbia preso specificamente in considerazione il medesimo tratto di mare. Come ha rilevato la giurisprudenza<sup>38</sup>, quando vi sia un progetto volto a realizzare opere visibili dal tratto di costa tutelato, deve in ogni caso essere valutata la visibilità che dalla costa si avrebbe dell'impianto, anche laddove l'area non sia sottoposta a vincolo e, laddove tale vincolo sussista, sebbene nell'atto di imposizione dello stesso non sia stato esplicitamente preso in considerazione il rapporto visivo tra la costa e il mare.

L'impatto paesaggistico delle pale eoliche rappresenta spesso il principale ostacolo nello sviluppo di questa forma di approvvigionamento energetico. Infatti, numerosi sono i casi in cui la questione di compatibilità paesaggistica dell'impianto eolico è stata devoluta alla decisione del Governo, per l'insuperabile contrasto tra Ministero dell'Ambiente e Ministero dei Beni culturali<sup>39</sup>. Sebbene, infatti, l'opposizione del Ministero dei Beni culturali possa essere superata, con una determinazione adottata sulla base delle posizioni prevalenti (dal punto di vista degli interessi tutelati) emerse in Conferenza di Servizi, l'Amministrazione procedente non sempre si spinge nel valutare la situazione nel merito, motivando la scelta di ritenere prevalente un interesse pubblico rispetto ad un altro e finisce per sospendere il procedimento chiedendo al Presidente del Consiglio di deferire la questione controversa al Consiglio dei Ministri<sup>40</sup>. Si pensi che solo pochi mesi fa, probabilmente per effetto della crisi energetica che affronta il nostro Paese in questo momento storico, è stata “sbloccata” con questa modalità decisoria la realizzazione di sei impianti eolici, per una potenza pari 418 MW<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Cons. Stato Sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1486; Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2015, n. 3652; Id., 10 giugno 2013, n. 3205.

<sup>38</sup> Cons. Stato Sez. VI, 26 marzo 2013, n. 1674.

<sup>39</sup> Laddove non venga raggiunto un accordo tra le due Autorità amministrative circa la compatibilità ambientale del progetto, la decisione può essere devoluta al Presidente del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'art. 5, 2° comma, lett. c *bis* della l. 23 agosto 1988, n. 400.

<sup>40</sup> Si veda S. AMOROSINO, *La “dialettica” tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, cit., 269.

<sup>41</sup> Si veda il Comunicato del Consiglio dei ministri n. 66 del 10 marzo 2022.

D'altro canto, anche la giurisprudenza amministrativa non contribuisce a favorire la composizione tra l'interesse paesaggistico e ambientale, laddove tende ad autolimitare significativamente il proprio sindacato sul parere reso dal Ministero nel procedimento di compatibilità ambientale e a ritenere la tutela del paesaggio non attenuabile dal bilanciamento con altri interessi pubblici<sup>42</sup>.

È chiaro che la preventiva individuazione dei criteri di localizzazione degli impianti eolici offshore ovvierebbe ai problemi di compatibilità paesaggistica, oltre a risolvere gli eventuali ulteriori conflitti che potrebbero emergere in relazione ad altri interessi ambientali (si pensi alla conservazione dell'ambiente marino o alla protezione degli habitat degli uccelli selvatici e delle loro rotte migratorie)<sup>43</sup>.

In quest'ottica, l'Unione europea, da ultimo e in linea con le Direttive n. 2014/89<sup>44</sup> e n. 2018/2001, nel suo piano strategico del 19 novembre 2020, ha messo in luce la necessità, al fine di conseguire un maggiore sviluppo di siti di produzione di energia rinnovabile offshore, che le autorità pubbliche pianifichino in anticipo questi sviluppi a lungo termine. In particolare l'Unione ha invitato gli Stati membri a svolgere una preventiva valutazione della sostenibilità ambientale, sociale ed economica di tali impianti, che garantisca la coesistenza degli stessi con altre attività, come la pesca, l'acquacoltura, il trasporto marittimo, il turismo, la difesa o la realizzazione di infrastrutture e, sulla base di tali valutazioni, ad adottare piani di gestione volti alla pianificazione dello spazio marino e alla precisa

<sup>42</sup> Sul punto si vedano S. AMOROSINO, *La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, cit., 272; B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative per le fonti rinnovabili di energia e il rapporto tra obiettivi di decarbonizzazione la tutela di altri interessi pubblici*, cit., pp. 108 e ss. e la giurisprudenza ivi citata.

<sup>43</sup> In merito alle problematiche ambientali e ai numerosi interessi ambientali confliggenti con l'installazione degli impianti eolici offshore, si veda l'interessante contributo di C. CAINE, *The dogger bank offshore wind farm proposal: a study of the legal mechanism employed in the construction of an offshore wind farm*, in *North East Law Review*, vol. 2, n. 1, gennaio 2014, pp. 103 e ss.; Sull'importanza cruciale della preventiva localizzazione degli impianti eolici offshore nella risoluzione dei conflitti tra i contrastanti interessi, si veda anche I. LOLLI, *La realizzazione dei parchi eolici off-shore in Italia: quis, quid, ubi, quibus, auxiliis, cur, quomodo, quando?*, cit., pp. 500 e ss.

<sup>44</sup> Direttiva n. 2014/89/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014 che istituisce un quadro per la pianificazione dello spazio marittimo.

individuazione di criteri di localizzazione degli impianti eolici in mare<sup>45</sup>. Per raggiungere tale obiettivo, l'Unione incoraggia fortemente la cooperazione tra gli Stati membri, soprattutto nello scambio di informazioni finalizzato a verificare il possibile impatto degli impianti eolici sull'ambiente marino e dunque all'adozione di Piani nazionali di gestione.

Il nostro legislatore, in attuazione della Direttiva del 2014, ha previsto l'adozione dei piani di gestione dello spazio marittimo, all'art. 5, comma 5 del D.Lgs. 17 ottobre 2016, n. 201, disponendo, nella versione oggi in vigore<sup>46</sup>, che l'approvazione di tali piani si concluda con l'adozione di un decreto del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibile, previo parere della Conferenza permanente per i rapporti tra Stato, Regioni e Province autonome. Inoltre, l'art. 23 del D.Lgs. n. 199/2021, nel recepimento della Direttiva n. 2018/2001/CE prevede, in coerenza con la norma sopra richiamata, che le aree idonee per l'installazione di impianti di energia rinnovabile offshore siano individuate sulla base dei Piani di gestione dello spazio marittimo, per l'adozione dei quali viene concesso un termine di 180 giorni dall'entrata in vigore del decreto stesso (15 dicembre 2021) al fine di rispettare la scadenza del 30 giugno 2021 prevista dalla Direttiva n. 2014/89/UE.

Lo stesso articolo prevede che, nelle more dell'adozione dei piani di gestione, debbano considerarsi in ogni caso idonee per l'installazione di impianti eolici offshore le piattaforme petrolifere in disuso e l'area distante 2 miglia nautiche da ciascuna di esse, nonché i porti, per impianti eolici fino a 100 MW di potenza installata, previa l'eventuale variante del Piano regolatore portuale, ove necessaria, da adottarsi entro 6 mesi dalla presentazione della richiesta. Inoltre, nelle aree ritenute idonee, il legislatore ha previsto che l'autorità competente in materia paesaggistica si esprima con parere obbligatorio non vincolante, dequotingo così non solo il necessario consenso del MIBAC per queste aree, ma anche le eventuali prescrizioni da questo fornite per mitigare gli effetti del progetto<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Comunicazione n. 2020/741 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, cit.

<sup>46</sup> Il d.l. 30 dicembre 2019, n. 162 convertito con modificazioni dalla L. 28 febbraio 2020, n. 8, ha disposto, con l'art. 13 comma 5 *bis*, la modifica dell'art. 5, comma 5 del D.Lgs. n. 201/2016.

<sup>47</sup> Si veda P. CHIRULLI, *L'eolico offshore nella prospettiva del PNRR*, cit., 64.

L'adozione definitiva dei Piani di gestione dello spazio marittimo sembra, comunque, ancora lontana. Nell'ultima riunione del Comitato tecnico del Ministero delle Infrastrutture<sup>48</sup>, del 25 giugno 2022, sono infatti emerse numerose problematiche ancora da risolvere: dalla necessità di apportare modifiche e integrazioni sulla base dello svolgimento di ulteriori incontri con alcune Regioni, per assicurare una considerazione adeguata della tutela del paesaggio nel piano, alla mancata realizzazione della procedura di VAS e relativa consultazione pubblica. Così, si è posta l'alternativa della presentazione alla Commissione europea di un provvisorio Piano di gestione dello spazio marittimo senza che sia stata effettuata la procedura di VAS, il che esporrebbe il nostro Paese ad una procedura di infrazione ai sensi della Direttiva n. 2001/42/CE<sup>49</sup>, oppure di continuare a lavorare sul piano e non rispettare l'obbligazione assunta alla scadenza prevista, il che esporrebbe l'Italia ad una procedura di infrazione ai sensi della Direttiva n. 2014/89/UE.

La realizzazione di una definitiva pianificazione dello spazio marittimo sembra, dunque, ancora lontana e con essa la risoluzione dei conflitti, spesso insuperabili, che emergono in sede di rilascio del provvedimento di VIA, tra l'interesse paesaggistico e quello all'installazione degli impianti eolici offshore. Diversamente, in altri ordinamenti, come si vedrà nel paragrafo successivo, l'adozione di adeguati piani di gestione dello spazio marittimo ha svolto un ruolo essenziale nel ridurre i potenziali conflitti e nel consentire l'effettivo sviluppo di tale forma di energia rinnovabile.

<sup>48</sup> Si veda il verbale della quattordicesima riunione del Comitato tecnico, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>49</sup> La Direttiva n. 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2001, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente, prevede che piani e programmi pubblici che si ritiene abbiano effetti significativi sull'ambiente siano soggetti ad una valutazione ambientale durante la loro preparazione e prima dell'adozione. Essa, in particolare, identifica una serie di passaggi da seguire nell'esecuzione della valutazione stessa che comprendono, in particolare la redazione di un rapporto ambientale, la consultazione pubblica, lo svolgimento di un processo decisionale e una fase di monitoraggio.

## 5. Il confronto con la Gran Bretagna

Nel volgere lo sguardo ad altri ordinamenti appare interessante il confronto con l'iter procedurale per l'installazione di impianti eolici offshore seguito in Gran Bretagna, che, sebbene fuori dall'Unione europea, ne condivide gli obiettivi in tema di transizione energetica e ha realizzato nell'ultimo decennio un enorme incremento dell'energia derivante da fonti di energia rinnovabile<sup>50</sup>. In particolare, la Gran Bretagna è uno dei maggiori produttori in Europa di energia eolica offshore e vanta la costruzione del più grande impianto in mare aperto al mondo<sup>51</sup>.

La politica energetica britannica, inoltre, punta in gran parte sullo sviluppo futuro dell'eolico offshore, con l'obiettivo, annunciato pochi mesi fa dal Dipartimento britannico per le imprese, l'energia e la strategia industriale (BEIS)<sup>52</sup> di garantire una capacità eolica offshore di 50 GW entro il 2030, sufficiente ad alimentare ogni abitazione del Regno Unito in base all'attuale consumo di elettricità<sup>53</sup>.

Il BEIS è la principale Autorità competente dal punto di vista regolatorio e autorizzatorio in materia di produzione di energia eolica offshore, al quale devono essere presentate le domande volte alla realizzazione di tali impianti. Il Governo, tuttavia, con l'obiettivo di semplificare e rende-

<sup>50</sup> Nell'ultimo decennio, la quantità di capacità rinnovabile connessa alla rete è passata da 8GW nel 2009 a quasi 50GW nel dicembre 2021, pari a un aumento del 525%. Si vedano, sul punto, L. DALTON e S. POLITO, 26 luglio 2022, *The renewable energy law review: United Kingdom*, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>51</sup> Il progetto Dogger Bank prevede la costruzione del più grande parco eolico offshore al mondo, previsto su un vasto banco sabbioso al largo dello Yorkshire, subito fuori dalla piattaforma continentale del Regno Unito e destinato a soddisfare il cinque per cento della domanda energetica inglese, per una capacità di 3,6 GW.

<sup>52</sup> Il Dipartimento per le imprese, l'energia e la strategia industriale (*Department of Business, Energy and Industrial Strategy, c.d. BEIS*) è il dipartimento del Governo incaricato di attuare la strategia e la legislazione nel settore energetico in Gran Bretagna, lavorando a stretto contatto con altre agenzie ed Enti pubblici, come la Gas and Electricity Markets Authority (GEMA) e l'Office of Gas and Electricity Markets (Ofgem).

<sup>53</sup> Nell'aprile 2022, il BEIS, sulla base dell'*Energy White Paper*, adottato dallo stesso Dipartimento nel dicembre 2020, ha presentato la sua Strategia per la sicurezza energetica, che punta a raggiungere il 95% di elettricità a basse emissioni di carbonio entro il 2030 e introduce nuovi obiettivi ambiziosi per le energie rinnovabili. Si veda *Policy paper for British energy security strategy*, reperibile sulla rete interconnessa.

re più efficiente l'implementazione della normativa in materia di energie rinnovabili offshore, ha delegato l'attuazione della legislazione nazionale e la gestione di alcune politiche pubbliche a diverse Agenzie o Enti amministrativi. Un ruolo importante da questo punto di vista è svolto dalla Crown Estate, che gestisce i beni della Corona, compresi i fondali marini territoriali e i diritti di produzione di energia sulla piattaforma continentale. Nei settori marittimo e ambientale, inoltre, il Governo ha anche istituito nuove agenzie o Enti pubblici non dipartimentali, come l'Organizzazione per la gestione dell'ambiente marino (MMO), creata ai sensi del *Marine and Coastal Access Act* 2009, che ha sostituito diverse agenzie governative diventando la principale autorità amministrativa per la tutela degli interessi del mare e della costa<sup>54</sup>. Anche altri attori istituzionali possono svolgere un ruolo nella governance delle energie rinnovabili offshore, come l'*Environmental Agency* (EA), *Natural England*, *Adviser to Government on Nature Conservation* (JNCC), *English Heritage*, *National Trust* e *Trinity House*. Questi Enti pubblici svolgono spesso anche una funzione consultiva nelle procedure amministrative volte all'adozione dei provvedimenti autorizzatori per gli impianti offshore.

In particolare, la competenza per i progetti offshore considerati "significativi a livello nazionale"<sup>55</sup> spetta al *Secretary of state for business, energy and industrial strategy*<sup>56</sup>, che la esercita mediante l'adozione o il rigetto di un *Consent order*, provvedimento di natura autorizzatoria che, similmente all'autorizzazione unica italiana, in un'ottica di semplificazione, riunisce i consensi delle diverse autorità coinvolte, che vengono preventivamente consultate. La domanda, infatti, deve essere inizialmente presentata al *Planning Inspectorate* e accompagnata da un "*consultation report*", nel quale sia contenuto l'esito delle preventive consultazioni con

<sup>54</sup> N. BOILLET, G. GUÉGUEN-HALLOUET, *Comparative study of offshore renewable energy legal framework in France and in the United Kingdom*, A. *Ocean Yearbook*, 30, 2016, pp. 377-416.

<sup>55</sup> Si veda, per la definizione dei progetti considerati rilevanti a livello nazionale, la *section 14* del *Planning Act* 2008, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>56</sup> Ai sensi della *section 37* del *Planning Act* 2008, al *Secretary of State* deve essere presentata apposita domanda correlata dalla prescritta documentazione e delle informazioni che possono essere ulteriormente richieste nel corso del procedimento della stessa Autorità procedente.

le Autorità indicate ma anche con le comunità locali che possono essere interessate dall'intervento<sup>57</sup>.

Il *Planning Inspectorate* dovrà decidere circa la ricevibilità della domanda entro un termine di ventotto giorni, dallo scadere dei quali decorre un termine di sei settimane per l'impugnazione di un eventuale provvedimento di rigetto. Se l'istanza viene ritenuta ricevibile, il richiedente è tenuto a rendere pubblica la decisione del *Planning Inspectorate* e ad indicare una finestra temporale, non inferiore a ventotto giorni, entro la quale le parti interessate potranno registrarsi al fine di essere coinvolti nella fase istruttoria. Quest'ultima verrà svolta dallo stesso *Planning Inspectorate*, e in particolare da un esperto o da un gruppo di esperti nominati con il compito di studiare il progetto e presentare una relazione che illustri le conclusioni e la raccomandazione in merito alla decisione da prendere. L'esame della domanda è preceduto da una riunione alla quale vengono invitate a partecipare tutte le parti interessate che si siano registrate e all'esito della quale viene programmato lo svolgimento della fase istruttoria, che dovrà comunque concludersi entro un termine di sei mesi dalla riunione preliminare. Da tale momento decorre un ulteriore termine di tre mesi entro i quali il *Planning Inspectorate* dovrà inviare la propria raccomandazione al *Secretary of State*, il quale avrà ulteriori tre mesi per adottare il provvedimento di accoglimento o di rigetto dell'istanza, impugnabile entro sei settimane<sup>58</sup>.

Lo svolgimento del procedimento autorizzatorio è in gran parte agevolato dalla preventiva individuazione delle aree in cui è ammessa l'installazione di un impianto eolico offshore, che si fonda su un'importante attività di pianificazione marittima, favorita dagli ingenti investimenti realizzati dalla Crown Estate in studi e ricerche volte ad individuare le zone adatte all'installazione degli impianti da energia rinnovabile in mare.

In particolare, il processo di pianificazione è condotto in un primo momento, su ampia scala, dalla Crown Estate sulla base della Valutazio-

<sup>57</sup> Si veda la *section 42* del *Planning Act 2008*. In particolare, in base al combinato disposto della *section 42* del *Planning Act* e della *section 66* e ss. del *Marine and Coastal Acces Act 2009*, l'obbligatoria acquisizione del parere della MMO comporta che, laddove la procedura si concluda con l'adozione di un *Consent order*, vi sia compresa anche la *Marine licence*.

<sup>58</sup> *Section 107* del *Planning Act 2008* e ss.

ne ambientale strategica svolta dal BEIS<sup>59</sup> e porta alla perimetrazione, di volta in volta, di vaste aree marine (c.d. *Rounds*)<sup>60</sup> in cui è possibile localizzare diversi siti di produzione di energia eolica. La specifica localizzazione delle aree per le quali può essere richiesto un *Consent Order* viene invece realizzata dall'operatore economico, che, dopo aver vinto la gara per la stipulazione con la Crown Estate di un "*agreement for lease*" seleziona, all'interno della zona delineata, l'area più appropriata e sulla stessa svolge una serie di esami specifici, tra cui anche la valutazione di impatto ambientale. Solo a questo punto, l'operatore può iniziare la fase autorizzatoria, e quindi le preventive consultazioni necessarie per la redazione del "*consultation report*" da allegare alla domanda.

Il modello britannico di divisione in due fasi e a due livelli della pianificazione degli spazi marittimi che possono essere destinati alla costruzione di impianti eolici offshore si differenzia significativamente rispetto alle modalità di pianificazione previste nel nostro Paese, che, come si è visto, non ha ancora adempiuto all'adozione del piano di gestione degli spazi marittimi, come richiesto dall'Unione europea.

In Gran Bretagna, la determinazione dei c.d. *Rounds* a livello nazionale delinea già lo spazio in cui è astrattamente possibile realizzare un impianto eolico offshore e, dunque, rappresenta un significativo valore aggiunto rispetto al modello italiano, laddove fornisce già agli operatori economici una certezza per la successiva localizzazione dell'impianto. Dall'altro lato, la responsabilizzazione dell'operatore economico nella localizzazione e acquisizione del consenso delle diverse autorità coinvolte nella procedura sembra realizzare un coordinamento più efficace di quanto avviene nel nostro ordinamento.

Inoltre, come si è visto, la stabilità del quadro normativo gioca un ruolo molto importante, nella misura in cui crea un assetto regolatorio

<sup>59</sup> Sul punto C. CAINE, *The dogger bank offshore wind farm proposal: a study of the legal mechanism employed in the construction of an offshore wind farm*, cit., 98.

<sup>60</sup> Il primo *Round* di concessioni per lo sfruttamento di siti al fine della costruzione di impianti eolici offshore nel 2000 ha condotto alla realizzazione di tredici parchi eolici e a seguire, il *Round 2* nel 2003 ha portato alla costruzione di diciassette siti eolici e *Round 3* nel 2008 ad ulteriori nove impianti. Attualmente la Crown Estate ha notificato e ottenuto l'approvazione dai governi del Regno Unito e del Galles per procedere con il piano *Offshore Wind Leasing Round 4* che rappresenta quasi 8GW di potenziale nuova capacità elettrica.



chiaro sul quale fondare prospettive di investimento e produce un effetto deflattivo del contraddittorio.

In Gran Bretagna, l'individuazione delle competenze in capo alle diverse autorità (BEIS, Crown Estate, MMO) non sembra aver subito le significative variazioni riscontrabili, invece, nel nostro ordinamento. L'unica significativa modifica è ravvisabile nella annessione del Dipartimento per l'energia e il cambiamento climatico (*Department of energy and climate change, c.d. DECC*), che fino al luglio 2016 era l'Autorità responsabile per la regolazione del settore dell'energia eolica offshore, al Dipartimento per le imprese, l'energia e la strategia industriale, c.d. BEIS. Si tratta però di un cambiamento per lo più nominale, dato che le funzioni svolte dal BEIS sono di fatto rimaste le medesime.

## 6. Conclusioni

Attualmente, l'industria dell'energia rinnovabile offshore in Europa è ancora in via di sviluppo, ma l'Unione europea, conscia che gli oceani e i mari hanno un potenziale straordinario per soddisfare la crescente domanda di energia in modo sostenibile, ha posto chiari obiettivi volti a incentivarne l'utilizzo, in particolar modo con riferimento all'energia eolica.

Tuttavia, una serie di barriere interconnesse, come la complessità normativa e dei procedimenti autorizzatori o i numerosi confliggenti interessi che entrano in gioco in relazione alla costruzione degli impianti eolici offshore, ne ostacola significativamente lo sviluppo.

Come si è visto, in Italia il fenomeno è chiaramente percepibile e ha trovato espressione nella incertezza normativa che a lungo ha riguardato l'attribuzione di competenze nell'espletamento delle diverse fasi del procedimento autorizzatorio, nonché nella forte opposizione spesso riscontrabile sul piano dell'impatto paesaggistico dei parchi eolici offshore, che spesso determina il rigetto delle istanze autorizzatorie volte alla loro realizzazione.

Da quest'ultimo punto di vista, la pianificazione dello spazio marittimo si sta affermando come strumento pratico per promuovere un uso più razionale ed equilibrato delle risorse marine, idoneo a superare gran parte dei conflitti che sorgono in relazione agli impianti eolici in mare.

Infatti, la previa individuazione delle aree destinate alla costruzione degli impianti ad opera del legislatore consentirebbe di garantirne uno sviluppo responsabile dal punto di vista *latu senso* ambientale e di evitare, in fase procedimentale o giurisdizionale, l'opposizione della autorità preposte alla tutela di interessi confliggenti, con significativo risparmio di tempo e denaro da parte degli operatori economici.

Nonostante l'Unione europea abbia già da tempo richiesto l'adeguamento degli Stati membri a tale modello e l'adozione di specifici piani di gestione dello spazio marittimo, l'Italia non ha ancora adottato il proprio piano definitivo, contravvenendo alla scadenza prevista dalla Direttiva n. 2014/89/UE, con l'evidente conseguenza che lo sviluppo delle energie rinnovabili offshore ed, in particolare, dei parchi eolici, resterà ancora frenato e così il raggiungimento degli ambiziosi obiettivi posti dall'Unione nell'ottica della transizione energetica. Probabilmente, come suggerito da attenta dottrina<sup>61</sup>, se il legislatore individuasse in modo preciso la metodologia corretta di individuazione delle aree idonee e stabilisse gli indirizzi per il bilanciamento dei valori protetti, il processo di localizzazione degli impianti sarebbe più agevole.

I medesimi obiettivi energetici e le medesime politiche ambientali sono condivisi dalla Gran Bretagna che, invece, sta realizzando un enorme incremento dell'energia derivante da fonti rinnovabili e, in particolare, dell'eolico offshore. Sebbene il procedimento autorizzatorio per la costruzione di tali impianti oltremarina risulti più complesso che in Italia, sembra che tale complessità consenta spesso di evitare che insuperabili conflitti giungano in sede istruttoria. In particolare, la previsione della necessaria consultazione delle Autorità coinvolte, in via preliminare rispetto alla stessa proposizione della domanda, agevola ampiamente lo svolgimento della successiva fase istruttoria ed esclude problemi di coordinamento o di inefficienza amministrativa, essendo svolta interamente su iniziativa dell'istante. Se in Gran Bretagna la consultazione preliminare è prevista come un passaggio necessario per poter giungere alla successiva fase istruttoria, in Italia lo svolgimento di una Conferenza di Servizi in via preliminare, che consentirebbe al richiedente di conoscere,

<sup>61</sup> Si veda B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative per le fonti rinnovabili di energia e il rapporto tra obiettivi di decarbonizzazione la tutela di altri interessi pubblici*, cit., 163 e in generale le condivisibili conclusioni del suo scritto.

prima della presentazione di un'istanza o di un progetto definitivo, le condizioni per ottenere i necessari titoli abilitativi, resta solo uno strumento opzionale<sup>62</sup>.

Il procedimento britannico è inoltre ampiamente favorito dalla stabilità del quadro normativo e da un sistema efficace di pianificazione dello spazio marittimo, che trova attuazione già da oltre vent'anni e che, come si è visto, si struttura su due livelli, consentendo, in base ad approfondite indagini, tra cui la valutazione ambientale strategica, di determinare le zone marittime in cui è potenzialmente realizzabile l'impianto e lasciando all'operatore economico la sua specifica localizzazione.

Il raffronto con la disciplina britannica dell'iter procedimentale per l'installazione degli impianti eolici offshore offre spunti importanti di riflessione e impone una presa di coscienza da parte delle nostre istituzioni dell'importanza di una efficace pianificazione dello spazio marittimo e di un dialogo propositivo tra le Amministrazioni coinvolte nel procedimento autorizzatorio.

Del resto, in tempi in cui il cambiamento climatico è divenuto un fenomeno immediatamente percepibile, le cui conseguenze rappresentano un problema globale, la realizzazione degli obiettivi europei di transizione energetica e, in particolare, di sviluppo dell'energia eolica offshore non può più incontrare ostacoli nell'inefficienza e nell'aprioristica opposizione delle Amministrazioni.

<sup>62</sup> Il terzo comma dell'art. 14 *bis* della L. n. 241/ 1990, prevede che, “per progetti di particolare complessità e di insediamenti produttivi di beni e servizi l'Amministrazione procedente, su motivata richiesta dell'interessato, corredata da uno studio di fattibilità, può indire una Conferenza preliminare finalizzata a indicare al richiedente, prima della presentazione di una istanza o di un progetto definitivo, le condizioni per ottenere, alla loro presentazione, i necessari pareri, intese, concerti, nulla osta, autorizzazioni, concessioni o altri atti di assenso, comunque denominati. L'Amministrazione procedente, se ritiene di accogliere la richiesta motivata di indizione della Conferenza, la indice entro cinque giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta stessa. (...)”.

## ABSTRACT

*Renewable energy – offshore – wind – public power  
administrative procedures – conflicting interests – case law*

*The article explores the issue of offshore wind power in the Italian legal system, focusing on the complexities related to the ever-changing rules granting power to different authorities and the intertwining of administrative proceedings. Highlighting what are the main obstacles to the effective development of this form of renewable energy in Italy, a comparison is made with Great Britain, which is one of the largest producers of offshore wind energy in Europe.*

# L'energia rinnovabile tra ambiente e paesaggio: verso un bilanciamento a rime obbligate nel trilemma

FABIO CUSANO\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il trilemma energia-ambiente-paesaggio. – 3. Alla ricerca del difficile equilibrio nel trilemma: Consiglio di Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167. – 4. La normativa sugli impianti di energia da fonte rinnovabile. – 5. La localizzazione degli impianti. – 6. Conclusioni.

## 1. *Introduzione*

L'energia rinnovabile coinvolge molteplici interessi e obiettivi di rango primario, come la lotta al surriscaldamento globale e alle emissioni climalteranti, la decarbonizzazione, la tutela dell'ambiente, della salute e del paesaggio<sup>1</sup>. L'Unione europea favorisce il maggiore ricorso alle energie rinnovabili tramite l'art. 194, § 1, lett. c, TFUE, il quale annovera "lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili" tra gli scopi dell'Unione nel settore energetico, sottendendo la dimensione ecologica e socioeconomica assunta dalle fonti rinnovabili come fattore di sviluppo sostenibile<sup>2</sup>.

\* Dottorando di ricerca in diritto amministrativo nell'Università degli Studi dell'Aquila.

<sup>1</sup> Si veda E. BRUTI LIBERATI, G. CAVALIERI, G. COLOMBO, *Energia*, in S. NESPOR, L. RAMACCI (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 1687 ss.

<sup>2</sup> Si vedano C. MARI, *Le procedure amministrative semplificate per le fonti energetiche alternative nel quadro normativo europeo*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, 1, pp. 113 ss.; L. AMMANATI, *Una nuova governance per la transizione energetica dell'Unione europea. Soluzioni ambigue in un contesto conflittuale*, in L. AMMANATI (a cura di), *La transizione energetica*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 3 ss.; S. QUADRI,

La politica europea si salda agli obiettivi già fissati in materia di lotta al cambiamento climatico<sup>3</sup>, e da ultimo stabiliti nel c.d. *Green Deal*<sup>4</sup> che ha imposto agli Stati membri di raggiungere entro il 2030 la quota di produzione di energia da fonti rinnovabili in misura pari al 32 % sul consumo finale lordo, insieme al risultato finale della neutralità climatica (zero emissioni di gas serra) entro il 2050. La promozione delle energie rinnovabili assurge, quindi, a fattore primario e decisivo della transizione ecologica. Nello specifico si afferma che “la transizione verso l’energia pulita dovrebbe coinvolgere i consumatori e andare a loro beneficio”, che “è un’opportunità per espandere un’attività economica sostenibile e che genera occupazione”<sup>5</sup>.

Altro elemento fondamentale dell’Unione Europea in materia di energia rinnovabile è il c.d. *Clean Energy for all Europeans Package*<sup>6</sup>. Secondo il modello di *governance* delineato dal Regolamento (UE) 2018/1999, ogni Stato membro deve raggiungere gli obiettivi comuni fissando propri *target* entro il 2030, tramite la predisposizione di Piani nazionali integrati per l’energia e il clima. Il quadro europeo ha, dunque, introdotto nel

*L’evoluzione della politica energetica comunitaria con particolare riferimento al settore dell’energia rinnovabile*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, 3, pp. 839 ss.

<sup>3</sup> Nella Comunicazione *Un quadro politico per il clima e l’energia nel periodo dal 2020 al 2030*, del 22 gennaio 2014 COM(2014) 15, sono stati fissati tre obiettivi: (i) riduzione entro il 2030 di almeno il 40% delle emissioni di gas a effetto serra rispetto ai livelli del 1990, (ii) produzione di una quota di energia almeno del 32% proveniente da fonti rinnovabili e (iii) miglioramento almeno del 32,5% dell’efficienza energetica.

<sup>4</sup> Comunicazione *Il Green Deal Europeo*, dell’11 dicembre 2019 COM(2019) 640. Si veda D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il Green New Deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2022, 2, pp. 297 ss.

<sup>5</sup> Punti 2.1.2 e 2.1.3 del *Green Deal*.

<sup>6</sup> Si tratta di un gruppo di direttive e regolamenti, in cui sono compresi la Direttiva (UE) 2018/844 sulla prestazione energetica nell’edilizia, il Regolamento (UE) 2018/1999 sulla *governance* dell’Unione dell’energia, la Direttiva (UE) 2018/2001 sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili, la Direttiva (UE) 2018/2002 sull’efficienza energetica, il Regolamento (UE) 2019/941 sulla preparazione ai rischi nel settore dell’energia, il Regolamento (UE) 2019/942 sull’Agenzia per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell’energia, il Regolamento (UE) 2019/943 sul mercato interno dell’energia elettrica e la Direttiva (UE) 2019/944 relativa a norme comuni sul mercato interno dell’energia elettrica.

nostro ordinamento il c.d. principio di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile<sup>7</sup>.

Tale principio viene definito di “preminente rilievo”<sup>8</sup> anche nella legislazione statale<sup>9</sup> e assume particolare rilievo poiché condiziona le scelte decisionali legislative e amministrative dei diversi livelli di governo, imponendo l'adozione di misure di semplificazione nella normativa sull'autorizzazione degli impianti di produzione di energia rinnovabile.

In tale prospettiva, la disciplina degli impianti di produzione di energia da fonte rinnovabile è stata riformata al fine di semplificare e razionalizzare i procedimenti di localizzazione e di autorizzazione degli impianti<sup>10</sup>.

Il presente scritto intende ricercare il punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco (energia, ambiente, paesaggio), in cui si innesta la disciplina degli impianti di produzione di energia rinnovabile e confutare il punto di caduta della localizzazione insito nella diversificazione tra aree idonee ed aree non idonee, specialmente con riguardo alle aree agricole.

<sup>7</sup> Si veda C. VIVANI, *Ambiente ed energia*, in R. FERRARA, C.E. GALLO (a cura di), *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 503 ss.

<sup>8</sup> Corte cost., 23 marzo 2021, n. 46; Corte cost., 15 aprile 2019, n. 86.

<sup>9</sup> Come si legge nel Piano per la transizione ecologica, “la crescita del settore delle rinnovabili e dell'efficienza energetica (7-8 GW di capacità installata annua nei prossimi 10 anni) verrà accompagnata da un innalzamento del PIL dello 0,5% e ad un aumento dell'occupazione del 2,5%-3% all'anno, concentrati nel settore edilizio, dei trasporti e dell'energia rinnovabile. Al 2050, l'impatto in termini di PIL potrebbe essere del 2-3.5%, accompagnato da una crescita dell'occupazione del 1.5-1.9%”.

<sup>10</sup> Si vedano A. PAVESI, *La sindrome di nimby non giustifica la decadenza delle autorizzazioni alla realizzazione degli impianti eolici*, in *Diritto e giurisprudenza agraria*, 2011, 5, pp. 323 ss.; S. GUARINO, *Recenti pronunce in materia di energia eolica*, in questa *Rivista*, 2011, 3, pp. 753 ss.; P. COSTANTINO, *VIA e fonti energetiche rinnovabili: nella giurisprudenza amministrativa una chiave di lettura del rapporto tra impatto ambientale e realizzazione di impianti eolici*, in *Diritto e giurisprudenza agraria*, 2010, 11, pp. 704 ss.; A. MAESTRONI, *La Corte costituzionale arbitro tra tutela dell'ambiente e mercato nell'ambito delle norme sulla produzione, trasporto e distribuzione nazionale di energia proveniente da fonti rinnovabili*, in questa *Rivista*, 2009, 5, pp. 702 ss.; V. MOLASCHI, *Paesaggio versus ambiente: osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione di impianti eolici*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2009, 5, pp. 171 ss.

## 2. *Il trilemma energia-ambiente-paesaggio*

Nell'ambito della dialettica costituzionale, si fronteggiano l'interesse energetico, declinato nel principio della massima diffusione dell'energia rinnovabile, l'interesse alla tutela dell'ambiente e l'interesse alla tutela del paesaggio.

Di solito si assiste ad una contrapposizione tra il mercato, con tutti gli interessi privatistici di carattere economico che sottendono la produzione dell'energia indispensabile per il funzionamento dell'impresa, e l'ambiente<sup>11</sup>. Tuttavia, tale contrapposizione viene meno con l'energia rinnovabile quale archetipo di sviluppo sostenibile. Non provenendo da combustibili fossili ma da fonti pulite, rigenerabili e non esauribili, la produzione di energia rinnovabile risulta conforme al paradigma dell'economia circolare (c.d. *blue economy*).

L'energia pulita genera molteplici benefici all'ambiente, evitando di consumare le risorse naturali in danno delle generazioni future. Si tratta, dunque, di un sistema produttivo a carattere rigenerativo in grado di conciliare l'interesse imprenditoriale privato alla produzione dell'energia con la tutela dell'ambiente<sup>12</sup>. Ne scaturisce che promuovere l'energia rinnovabile significa tutelare l'ambiente. Sicché, possono conciliarsi interessi (produzione dell'energia e tutela dell'ambiente) diversi per natura (privato l'uno, pubblico l'altro) e fondati su presupposti divergenti (mercato contro ecologia).

L'interesse energetico, di cui all'art. 43 Cost.<sup>13</sup>, e l'interesse ambien-

<sup>11</sup> A. DI GIOVANNI, *La tutela dell'ambiente e le fonti energetiche*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente. Tutele parallele. Norme processuali*, CEDAM, Padova, 2015, pp. 947 ss.

<sup>12</sup> Si vedano R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2018, 3, pp. 801 ss.; F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 1, pp. 163 ss.; F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2010, 1, pp. 13 ss.

<sup>13</sup> L'art. 43 Cost., recante "A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire ... allo Stato ... determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale", dimostra che il settore energetico può connotarsi per il "carattere preminente di interesse generale".



tale possono consorzarsi<sup>14</sup> nel connubio energia-ambiente, dialogando e contrapponendosi ad altri valori (come il paesaggio, i beni culturali e la salute).

In tal senso l'art. 12, D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, qualifica espressamente come “di pubblica utilità” ed “indifferibili ed urgenti” le opere per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli stessi impianti<sup>15</sup>. Viene affidato all'iniziativa economica privata oltre che al soggetto pubblico il perseguimento di un obiettivo di interesse generale, la massima diffusione degli impianti energetici alternativi, secondo un modello di *governance* coerente con il principio di sussidiarietà orizzontale<sup>16</sup>.

Il binomio ambiente-energia è rafforzato anche dall'assegnazione – avvenuta con il D.L. 1° marzo 2021, n. 22 – al Ministero dell'Ambiente delle competenze alla “definizione degli obiettivi e delle linee di politica

<sup>14</sup> R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy*, cit., 818: “ogni *policy* nel campo dell'ambiente, e per la tutela dell'ambiente, non può essere progettata e messa in campo come una politica dello Stato, dello Stato soltanto, prima regolatore e poi controllore, secondo il noto e collaudato modello del *command and control* ... perché il mercato, con i suoi attori e protagonisti, entra quasi prepotentemente nella partita, nel senso che non solo non può esserne tenuto fuori ma anzi, in senso diametralmente opposto, è proprio il ruolo fattivo e virtuoso che viene chiamato a giocare a poter agevolare (con una contraddizione soltanto apparente) il passaggio dal paradigma meccanicistico a quello ecologico”. L'intervento dei privati nella valorizzazione delle risorse naturali è, dunque, determinante per la realizzazione degli obiettivi di sfruttamento equilibrato delle risorse naturali.

<sup>15</sup> Si vedano C. VIVANI, *I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 7, pp. 775 ss.; A. CIMELLARO, *L'autorizzazione unica per impianti di energia rinnovabile. Un percorso ad ostacoli*, in *Diritto e giurisprudenza agraria*, 2010, 7, pp. 485 ss.; C. VIVANI, *L'autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia elettrica*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 12, pp. 1420 ss.; R. TUMBIOLO, *Impianti eolici: procedimento autorizzativo e compatibilità ambientale*, in questa *Rivista*, 2007, 2, pp. 306 ss.

<sup>16</sup> Corte cost., 15 dicembre 2016, n. 267: “La previsione normativa contenuta nell'art. 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 ... è, infatti, il risultato di una scelta di politica programmatica nella quale l'obiettivo di interesse generale, la realizzazione di impianti energetici alternativi, anziché essere affidato esclusivamente alla mano pubblica, viene ritenuto perseguibile attraverso l'iniziativa economica privata, quando non ostino altri interessi di carattere generale”.

energetica”, alla “individuazione e attuazione delle misure atte a garantire la sicurezza, la flessibilità e la continuità degli approvvigionamenti di energia” e alla “autorizzazione di impianti di produzione di energia di competenza statale, compresi quelli da fonti rinnovabili”<sup>17</sup>, precedentemente attribuite al Ministero dello Sviluppo Economico.

Ne consegue che l’interesse imprenditoriale privato, considerato normalmente sussidiario rispetto all’interesse pubblico, nella veste ecologica può soddisfare la composizione con altri interessi pubblici sensibili, tra cui quello alla tutela del paesaggio.

La dialettica tra i diversi interessi si complica considerando che anche un modello produttivo sostenibile e rigenerativo come quella dell’energia rinnovabile impatta sull’ambiente. Si considerino le problematiche di matrice ambientale legate al consumo di suolo<sup>18</sup>, con effetti negativi sugli assetti idrogeologici e di sicurezza del territorio, o le questioni connesse allo smaltimento degli impianti e alle emissioni acustiche e odorose, che possono derivare dall’installazione delle infrastrutture<sup>19</sup>.

Il massimo grado di tensione tra interessi, energetico e ambientale, si raggiunge nelle aree con destinazione agricola, vocate a finalità di tutela dell’ambiente, del paesaggio e di limitazione del consumo di suolo. Proprio quando situato su un’area agricola, l’impianto di produzione di energia rinnovabile può determinare gravi ripercussioni sull’ambiente (*in primis* l’impermeabilizzazione del suolo)<sup>20</sup>, che hanno indotto a ricer-

<sup>17</sup> D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, art. 35, comma 2, lett. *b*.

<sup>18</sup> Si percepisce il potenziale conflitto tra energia rinnovabile e ambiente allorché il terreno sul quale viene installato l’impianto di produzione di energia rinnovabile viene considerato una risorsa naturale limitata, esauribile e non rigenerabile.

<sup>19</sup> Ad esempio, l’energia eolica, oltre all’impatto sul paesaggio e al consumo del suolo, può danneggiare gli *habitat* naturali. Parimenti gli impianti a biomassa possono diffondere eventi patogeni a causa della fermentazione generata dal processo produttivo dell’energia. A ciò si aggiunga il problema della ripristinabilità dei luoghi e dello smaltimento dei materiali utilizzati per la costruzione degli impianti. L’art. 12 del D.Lgs. n. 387/2003 stabilisce che “Il rilascio dell’autorizzazione ... deve contenere l’obbligo alla rimessa in pristino dello stato dei luoghi a carico del soggetto esercente a seguito della dismissione dell’impianto”. Si vedano S. VILLAMENA, *Fonti rinnovabili e zone agricole (Ovvero della destinazione di suolo agricolo per la produzione di energia)*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2015, 4, pp. 157 ss.; P. BRAMBILLA, *Produzione di energia da fonti rinnovabili e tutela delle aree protette: le nuove frontiere del bilanciamento degli interessi*, in questa *Rivista*, 2013, 3, pp. 408 ss.

<sup>20</sup> Il Piano per la transizione ecologica, adottato con delibera 8 marzo 2022, n. 1,

care soluzioni progettuali innovative, come l'installazione di impianti di energia agro-fotovoltaica<sup>21</sup>.

Si ravvisano, dunque, molteplici criticità nelle previsioni normative e pianificatorie che consentono la localizzazione di impianti di produzione di energia rinnovabile su aree agricole; e, da ultimo, l'art. 20, comma 8, lett. *c ter*, D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 199, che inserisce indistintamente tra le aree idonee per legge anche tutte le aree classificate come agricole.

Le principali questioni sulla localizzazione e autorizzazione degli impianti di energia rinnovabile vedono contrapposti, da una parte, gli interessi alla promozione dell'energia pulita – e alla tutela dell'ambiente – e, dell'altra parte, la tutela del paesaggio (intesa nella sua accezione estetico-culturale)<sup>22</sup>, rispetto alla quale finiscono talvolta anche per prevalere<sup>23</sup>.

Si consideri, altresì, che lo sviluppo della produzione di energia rin-

evidenzia che “L'8% cento circa del territorio italiano è impermeabilizzato e una porzione molto più ampia è interessata da fenomeni di degrado naturale e frammentazione degli habitat, con considerevoli danni anche economici”. Si veda G.A. PRIMERANO, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

<sup>21</sup> Si veda A. GRIGNANI, *Un nuovo sviluppo degli impianti di energia da fonti rinnovabili: l'agrifotovoltaico*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2022, 6, pp. 411 ss.

<sup>22</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 28 gennaio 2022, n. 624: “In tema di tutela del paesaggio, la nozione accolta dalla Convenzione europea del paesaggio ... introduce un concetto certamente ampio di «paesaggio», non più riconducibile al solo ambiente naturale statico, ma concepibile quale frutto dell'interazione tra uomo e ambiente, valorizzando anche gli aspetti identitari e culturali, di modo che è pertanto la sintesi dell'azione di fattori naturali, umani e delle loro interrelazioni a contribuire a delineare la nozione, complessa e plurivoca, di paesaggio”.

<sup>23</sup> Si vedano S. AMOROSINO, *Beni culturali, energie rinnovabili, paesaggio*, Jovene, Napoli, 2012; S. AMOROSINO, *Impianti di energia rinnovabile e tutela dell'ambiente e del paesaggio*, in questa *Rivista*, 2011, 6, pp. 753 ss.; N.M. GUSMEROTTI, *La ponderazione dei valori paesaggistici ed ambientali nei procedimenti di autorizzazione degli impianti eolici*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2009, 11, pp. 711 ss.; V. MOLASCHI, *Paesaggio versus ambiente: osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di impianti eolici*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2009, 5, pp. 171 ss.; P. LOMBARDI, *La realizzazione degli impianti di produzione di energia eolica tra ponderazione degli interessi e cooperazione istituzionale*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2007, 6, pp. 1650 ss.; N. TASSONI, *Ambiente, paesaggio e parchi eolici: un rapporto (in parte) ancora irrisolto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 11, pp. 1183 ss.; F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio ed energia eolica*, in *Diritto amministrativo*, 2005, 4, pp. 889 ss.

novabile presuppone l'installazione di infrastrutture che possono rappresentare un fattore di evidente discontinuità e interruzione – se non degrado – per le bellezze naturali, rischiando la compromissione dei valori estetici, identitari e culturali espressi dal territorio<sup>24</sup>.

Anche a tal riguardo, le maggiori criticità sulla tutela del paesaggio si sono poste proprio rispetto alla localizzazione degli impianti nelle aree agricole<sup>25</sup>. Il pregiudizio ai valori paesaggistici sottende, altresì, conseguenze negative non solo ai profili culturali e storici, ma anche rispetto ai profili socioeconomici sottesi alla salvaguardia del patrimonio culturale<sup>26</sup>.

Il confronto tra interesse alla massima diffusione dell'energia rinnovabile e la tutela paesaggistica può ulteriormente complicarsi quando un sistema di produzione di energia rinnovabile diventa la fonte di sostentamento energetico di un'impresa agricola, favorendo l'esercizio di un'agricoltura sostenibile e la conservazione dell'ecosistema<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Ciò specialmente ove si consideri che, per funzionare efficacemente, gli impianti di produzione di energia devono essere collocati in zone di maggiore ventosità, su crinali, colline e montagne, caratterizzati dal particolare pregio naturalistico e vedutista. Lo stesso vale per una zona costiera o un territorio pianeggiante rispetto al quale una torre contenente le pale eoliche si potrebbe porre come un elemento di eccezionalità.

<sup>25</sup> L'impianto di produzione di energia rinnovabile, quando costruito su un'area agricola, viene avvertito come un elemento estraneo e incongruo rispetto al contesto paesaggistico, fattore di discontinuità e di interruzione di un paesaggio di per sé integro e incontaminato, e come tale è considerato incompatibile con gli obiettivi di tutela del contesto agrario, per questo motivo trasformato in un territorio industriale; si veda Cons. Stato, sez. IV, 12 aprile 2021, n. 2983.

<sup>26</sup> Si pensi alle ripercussioni negative sul settore turistico.

<sup>27</sup> Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1201: “La produzione di energia elettrica da fonte solare è essa stessa attività che contribuisce, sia pur indirettamente, alla salvaguardia dei valori paesaggistici (in particolare, consentendo l'esercizio di un'agricoltura sostenibile e la conservazione dell'ecosistema, entrambe precondizioni alla conservazione del paesaggio rurale)”; onde stemperare i termini del conflitto tra interessi opposti, la lesione del paesaggio determinata dall'installazione dell'impianto di produzione di energia rinnovabile avrebbe carattere solo temporaneo, giacché “gli impianti di produzione di energia da fonte fotovoltaica (al pari di ogni altro impianto tecnologico) sono soggetti a rapida obsolescenza tecnica, di guisa che l'incidenza sul paesaggio non ha carattere permanente essendo destinata a perdurare fino a quando le nuove tecnologie non consentiranno di utilizzare nuove forme di sfruttamento dell'energia solare (più sofisticate e con ogni probabilità maggiormente apprezzabili sul piano estetico)”. Si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2020, n. 3696.

TAR Campania - Salerno, sez. II, 28 febbraio 2022, n. 564 ha, addirittura, rico-

In questa dialettica si inseriscono gli interessi locali, i quali possono convergere o contrapporsi alle decisioni del livello di governo statale. Sovente gli enti locali si oppongono all'installazione di un'infrastruttura nel proprio territorio, non giustificata da ragioni oggettive e specifiche del territorio (c.d. *sindrome nimby – not in my backyard*)<sup>28</sup>. L'opposizione degli interessi locali rispetto all'interesse statale alla massima diffusione dell'energia rinnovabile genera spesso una situazione di ostruzionismo decisionale che rischia di compromettere gli impegni e gli obiettivi assunti a livello internazionale ed europeo, di cui è responsabile lo Stato.

La complessità dei rapporti si aggrava ulteriormente considerando l'assetto delle competenze legislative ripartite tra Stato e Regioni. Infatti, mentre la disciplina del regime abilitativo degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabile rientra nella materia "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", affidata dall'art. 117, comma 3, Cost. alla legislazione concorrente di Stato e Regioni<sup>29</sup>, la disciplina della "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali" (art. 117, comma 2, lett. s), compete in via esclusiva allo Stato.

3. *Alla ricerca del difficile equilibrio nel trilemma: Consiglio di Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167*

Alla perenne ricerca di un punto di equilibrio tra i confliggenti interessi, il Consiglio di Stato si è recentemente pronunciato sul tema, con la sentenza 23 settembre 2022, n. 8167. In particolare, il Consiglio ha sancito la preminenza della tutela ambientale (anche alla luce della riforma costituzionale in senso ambientalista).

Preliminarmente, in tema di discrezionalità riservata all'Amministrazione per la conduzione della valutazione tecnica propedeutica all'apposizione del vincolo paesaggistico, il Consiglio ha sostenuto che "le valutazioni dei fatti complessi richiedenti particolari competenze (cd. «discrezionalità tecnica») vanno vagliate al lume del diverso e più severo

nosciuto che occorre tener conto del fatto che le tecnologie di produzione di energia fotovoltaica "sono ormai considerate elementi normali del paesaggio".

<sup>28</sup> Si veda G. MANFREDI, S. NESPOR, *Ambiente e democrazia: un dibattito*, in questa *Rivista*, 2010, 2, pp. 293 ss.

<sup>29</sup> Corte cost., 23 dicembre 2019, n. 286.

parametro di attendibilità tecnico-scientifica”. Di talché, “il giudice non “deduce” ma “valuta” se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto”.

Il Consiglio ha, altresì, affermato che “anche per gli “interessi” di rango costituzionale va ribadito che a nessuno di essi la Carta garantisce una prevalenza assoluta sugli altri. La loro tutela deve essere “sistemica” e perseguita in un rapporto di integrazione reciproca”. Conseguentemente, “la primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell’ambiente implica che gli stessi non possono essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione totalizzante come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato – dal legislatore nella statuizione delle norme, dall’Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo – secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza”.

La sentenza in commento offre interessanti spunti di riflessione sull’impatto che il riformato art. 41 Cost. può produrre sul controllo giudiziale delle scelte pubbliche. In particolare, il Consiglio ha sottolineato il superamento del bilanciamento libero dopo la riforma dell’art. 41 Cost. e l’indifferibilità della transizione ecologica<sup>30</sup>.

Il tema del bilanciamento nelle scelte ambientali e quello della natura del sindacato giudiziale in materia (di mera conformità o anche di adeguatezza) hanno avuto l’apice nella sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva<sup>31</sup>, che sembrava aver sancito l’impossibilità di attribuire ad alcuni diritti – *in primis*, salute – natura prioritaria e assoluta (“tirannica”, nelle parole della Corte costituzionale) rispetto agli altri<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> G. MONTEDORO, *Il ruolo di Governo e Parlamento nell’elaborazione e nell’attuazione del PNRR*, in *Giustizia amministrativa*, 2021, p. 29: “La tutela dell’ambiente è la chiave universale – inserita nell’art. 9 Cost. – per fare prevalere, in un’inedita gerarchia, il valore ambientale su quello paesaggistico, con possibili vulnera alla memoria storica del Paese”.

<sup>31</sup> Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85.

<sup>32</sup> Si vedano L. GENINATTI SATÈ, *La tutela dell’ambiente come strumento necessario per la protezione dei diritti individuali e il sindacato giurisdizionale sulla sua inadeguatezza*.

Nella sentenza in commento, il Consiglio di Stato non sconfessa l'argomentazione della Corte costituzionale, ma evidenzia il ridimensionamento di tale orientamento poiché l'art. 41 Cost., "nell'accostare dialetticamente la tutela dell'ambiente con il valore dell'iniziativa economica privata, segna il superamento del bilanciamento tra valori contrapposti all'insegna di una nuova assiologia compositiva".

In altri termini, nell'era della transizione ecologica, si sta profilando una nuova triangolazione tra scelte pubbliche, ruolo dei cittadini e poteri dei giudici: (i) le scelte pubbliche devono risultare "attendibili" e non solo bilanciate, in quanto scelte comunque ambientali di transizione ecologica, in virtù del principio di integrazione; (ii) spetta ai cittadini contestare quelle scelte attraverso la prova scientifica della loro inadeguatezza ("non attendibilità"); (iii) i giudici possono esercitare un sindacato di adeguatezza, e non solo di conformità, delle scelte pubbliche, verificando comunque che le contestazioni cittadine siano scientificamente "più attendibili" di quelle politiche nel perseguire l'indifferibilità della transizione ecologica.

Concludendo, è evidente che la transizione ecologica, proprio in quanto indifferibile, sospinge tutti – poteri democraticamente legittimati, giudici e cittadini – al dovere di agire per la "migliore attendibilità" delle scelte (ormai tutte di impronta ambientale), una proiezione di responsabilizzazione collettiva.

#### 4. *La normativa sugli impianti di energia da fonte rinnovabile*

Analizzando la disciplina degli impianti di produzione di energia, il bilanciamento viene perseguito privilegiando strumenti come la pianificazione e la programmazione, volti ad anticipare a monte la composizione degli interessi. Secondariamente, il Legislatore ricorre a strumenti di semplificazione<sup>33</sup> e a misure dirette ad accelerare e concentrare le decisioni finali.

za, in *Corti supreme e salute*, 2019, 2, pp. 235 ss.; D. SERVETTI, *Il fattore tempo nel bilanciamento tra lavoro e salute. Alcune note alla nuova sentenza della Corte costituzionale sull'Ilva di Taranto*, in *Corti supreme e salute*, 2018, 2, pp. 193 ss.

<sup>33</sup> Si vedano F. LIGUORI, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia* 2020, 1, pp. 3 ss.; L. BISOFFI, *Semplificazione del procedimento*

Allo scopo di promuovere il principio di massima diffusione dell'energia rinnovabile<sup>34</sup>, tuttavia, il livello di tutela degli altri interessi (ambientale, paesaggistico) risulta depotenziato.

La semplificazione viene attuata attraverso la c.d. *autorizzazione unica*<sup>35</sup> ex art. 12 del D.Lgs. n. 387/2003, che unifica tutti gli atti di assenso necessari per la realizzazione e la gestione degli impianti di produzione di energia rinnovabile. Ciò all'esito della Conferenza di servizi<sup>36</sup>.

Sia nella fase della programmazione e della pianificazione che in quella dell'autorizzazione, l'obiettivo è promuovere la massima diffusione dell'energia rinnovabile; obiettivo il cui perseguimento solleva talune criticità in punto di tutela degli altri interessi coinvolti.

Lo Stato esercita una funzione programmatica in ordine alla definizione della politica energetica nazionale<sup>37</sup>. Il Piano nazionale deve contenere una descrizione degli obiettivi, traguardi e contributi nazionali

*amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Federalismi*, 2019, 1, p. 1 ss.; F. DE LEONARDIS, *Semplificazione e ambiente*, in *ITALIADECIDE, Rapporto 2015. Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, il Mulino, Bologna, 2015, pp. 431 ss.; M. RENNA, *Semplificazione e ambiente*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2008, 1, pp. 37 ss.

<sup>34</sup> Corte cost., sentenze n. 237 del 2020, n. 148 del 2019, n. 177 del 2018 e n. 275 del 2012.

<sup>35</sup> Si vedano S.M. SAMBRI, *La realizzazione degli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili o assimilate*, in E. PICOZZA, S.M. SAMBRI (a cura di), *Diritto dell'energia*, CEDAM, Padova, 2015, pp. 563 ss.; M.T. RIZZO, *Le fonti rinnovabili e l'autorizzazione unica*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, 5, pp. 1136 ss.; B. BARBATO, *Installazione di impianti di energia rinnovabile: autorizzazione unica, capacità d'uso del suolo e obbligo di disponibilità del suolo*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2013, 3, pp. 199 ss.; N. DURANTE, *Il procedimento autorizzativo per la realizzazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: complessità e spunti di riflessione, alla luce delle recenti linee guida nazionali*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2011, 2, pp. 73 ss.; A. FARÌ, *Il procedimento di autorizzazione per gli impianti da fonti energetiche rinnovabili. Complessità e spunti di riflessione*, in A. MACCHIATI, G. ROSSI (a cura di), *La sfida dell'energia pulita. Ambiente, clima e energie rinnovabili: problemi economici e giuridici*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 257 ss.

<sup>36</sup> Si veda S. AMOROSINO, "Nobiltà" (dei proclami politici) e "miseria" (dell'amministrazione ostativa) in materia di impianti di energia da fonti rinnovabili, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2020, 6, pp. 497 ss.

<sup>37</sup> Regolamento (UE) 2018/1999, art. 3.



relativi a cinque dimensioni dell'Unione dell'energia<sup>38</sup>, nonché delle relative politiche e misure. Con specifico riferimento all'energia rinnovabile, compresa nella dimensione decarbonizzazione<sup>39</sup>, deve essere fissata una quota-contributo da ogni Stato membro<sup>40</sup>. L'Italia ha adottato il proprio Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (in seguito: PNIEC) nel dicembre 2019.

Anche gli enti locali sono coinvolti nell'esercizio delle rispettive funzioni programmatiche. Le Regioni devono adottare, d'intesa con gli enti locali, un piano relativo all'uso delle fonti rinnovabili di energia<sup>41</sup>. Alle Province compete l'adozione dei programmi di intervento per la promozione delle fonti rinnovabili, pur nell'ambito delle linee di indirizzo e di coordinamento previste dai piani energetici regionali<sup>42</sup>. I Comuni con più di 50.000 abitanti devono dotarsi di un piano relativo all'uso delle fonti rinnovabili di energia.

Per perseguire gli obiettivi nazionali è altresì necessario fissare e ripartire gli obiettivi e le quote di installazione di impianti di energia rinnovabile tra le Regioni, il c.d. *burden sharing*, che l'art. 10, D.Lgs. n. 387/2003 affida alla Conferenza unificata "tenendo conto delle risorse di fonti energetiche rinnovabili sfruttabili in ciascun contesto territoriale"<sup>43</sup>. L'atto che definisce e quantifica gli obiettivi intermedi e finali che cia-

<sup>38</sup> Vale a dire decarbonizzazione, efficienza energetica, sicurezza energetica, mercato interno dell'energia e ricerca innovazione e competitività.

<sup>39</sup> Direttiva (UE) 2018/2001, art. 3.

<sup>40</sup> Regolamento (UE) 2018/1999, art. 4: "Ciascuno Stato membro definisce nel suo piano nazionale integrato per l'energia e il clima i principali obiettivi, traguardi e contributi ... Entro il 2022, la traiettoria indicativa raggiunge un punto di riferimento pari ad almeno il 18% dell'aumento totale della quota di energia da fonti rinnovabili tra l'obiettivo nazionale vincolante per il 2020 dello Stato membro interessato e il suo contributo all'obiettivo 2030. Entro il 2025, la traiettoria indicativa raggiunge un punto di riferimento pari ad almeno il 43% dell'aumento totale della quota di energia da fonti rinnovabili ... Entro il 2027, la traiettoria indicativa raggiunge un punto di riferimento pari ad almeno il 65% dell'aumento totale della quota di energia da fonti rinnovabili".

<sup>41</sup> L. 9 gennaio 1991, n. 10, art. 5, comma 2.

<sup>42</sup> D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112, art. 31, comma 2.

<sup>43</sup> Si vedano G.F. CARTEI, *Cambiamento climatico ed energia da fonti rinnovabili: una disciplina in cerca di equilibrio*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 57 ss.; A. ZUCCARO, *I limiti regionali alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili tra oscillazioni giurisprudenziali ed incertezze normative*, in *Foro amministrativo CdS*, 2013, 2, pp. 571 ss.

scuna Regione deve conseguire ai fini del raggiungimento degli obiettivi nazionali è un decreto del Ministero dello Sviluppo Economico<sup>44</sup>.

Tale strumento dovrebbe garantire una condivisione degli obiettivi, assunti dallo Stato sul piano internazionale, da parte delle Regioni che sono tenute a adeguare i propri piani o programmi in materia di promozione delle fonti rinnovabili al loro raggiungimento<sup>45</sup>, e a integrare i propri strumenti per il governo del territorio e per il sostegno all'innovazione nei settori produttivi con specifiche disposizioni a favore dell'efficienza energetica e dell'uso delle fonti rinnovabili<sup>46</sup>. Il principio della massima diffusione degli impianti di energia rinnovabile prevale sull'autonomia delle scelte regionali. Sicché, gli enti locali devono assolvere all'obiettivo di produzione di energia rinnovabile, che vincola nel risultato le decisioni programmatiche dell'ente locale.

### 5. *La localizzazione degli impianti*

Quanto alle scelte pianificatorie si pone il problema della localizzazione degli impianti di produzione di energia rinnovabile. L'art. 12, comma 10, D.Lgs. n. 387/2003 rinvia alle linee guida ministeriali<sup>47</sup> la definizione

<sup>44</sup> Decreto adottato dal MiSE il 15 marzo 2012. L'art. 37, comma 6, D.Lgs. n. 28/2011 prevede che "Con decreto del Ministro dello sviluppo economico ... sono definiti e quantificati gli obiettivi regionali in attuazione del comma 167 dell'articolo 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e successive modificazioni"; il richiamato art. 2, comma 167 stabilisce che "Il Ministro dello sviluppo economico ... emana ... uno o più decreti per definire la ripartizione fra regioni e province autonome di Trento e di Bolzano della quota minima di incremento dell'energia prodotta con fonti rinnovabili per raggiungere l'obiettivo del 17 per cento del consumo interno lordo entro il 2020 ed i successivi aggiornamenti proposti dall'Unione europea".

<sup>45</sup> L'art. 2, comma 168 prevede che "Le Regioni ... adeguano i propri piani o programmi in materia di promozione delle fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica negli usi finali o, in assenza di tali piani o programmi, provvedono a definirli, e adottano le iniziative di propria competenza per concorrere al raggiungimento dell'obiettivo minimo fissato di cui al comma 167".

<sup>46</sup> Decreto del MiSE del 15 marzo 2012, art. 3, comma 4.

<sup>47</sup> Si vedano M.F. TROPEA, *Competenza regionale e diffusione delle fonti rinnovabili di energia tra tutela dell'ambiente e tutela del paesaggio*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2017, 4, pp. 923 ss.; S. AMATO, *Gli accordi preordinati al rilascio dell'autorizzazione unica per la realizzazione di impianti di produzione di energie rinnovabili*, in *Rivista giuridica*

del procedimento di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio degli impianti di produzione di energia rinnovabile.

In attuazione di tali linee guida “volte, in particolare, ad assicurare un corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio”, è demandata alle Regioni<sup>48</sup> l'indicazione (in negativo) di aree e siti “non idonei” alla installazione di specifiche tipologie di impianti. La disciplina va coordinata con l'art. 20, D.Lgs. n. 199/2021 che ha previsto l'individuazione (in positivo) da parte delle Regioni dei siti “idonei” per l'installazione di impianti a fonti rinnovabili. Va, invece, esclusa una competenza autonoma di altri livelli di governo, e in particolare il potere dei Comuni nella disciplina dell'uso del territorio rispetto all'individuazione di aree idonee (e non) alla localizzazione degli impianti di produzione di energia rinnovabile<sup>49</sup>.

Il sistema della definizione in negativo da parte delle Regioni delle aree non idonee è delineato in modo tale da incanalare funzionalmente le decisioni regionali orientandole “al fine di accelerare l'*iter* di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio degli impianti alimentati da fonti rinnovabili”; si stabilisce infatti che “L'individuazione delle aree e dei siti non idonei non deve, dunque, configurarsi come divieto preliminare, ma come atto di accelerazione e semplificazione dell'*iter* di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio, anche in termini di opportunità localizzative offerte dalle specifiche caratteristiche e vocazioni del territorio”. Sullo sfondo, si avverte l'importanza degli obiettivi “di sviluppo e valorizzazione delle energie rinnovabili ... congruenti con la quota minima di produzione di energia da fonti rinnovabili loro assegnata (*burden sharing*)”.

A partire dal piano funzionale, nelle scelte localizzative le Regioni sono vincolate a rispettare gli obiettivi di produzione di energia rinnovabile fissati negli atti di programmazione, in coerenza con gli impegni

*dell'edilizia*, 2014, 5, pp. 225 ss. Sul valore delle linee guida Corte cost., 23 marzo 2021, n. 46.

<sup>48</sup> L'art. 1.2 delle Linee guida del 10 settembre 2010 dispone che “Le sole Regioni ... possono porre limitazioni e divieti in atti di tipo programmatico o pianificatorio per l'installazione di specifiche tipologie di impianti alimentati a fonti rinnovabili”.

<sup>49</sup> Così, TAR Sardegna - Cagliari, sez. II, 21 aprile 2017, n. 271. *Contra*, M. SANTINI, *Ambiente e paesaggio tra conflitti valoriali e istituzionali*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 3, pp. 301 ss.

assunti a livello europeo. Le scelte regionali devono inoltre rispettare la quota minima di produzione di energia da fonti rinnovabili loro assegnata, con la quale devono conciliarsi le altre politiche di tutela dell'ambiente e del paesaggio. "Le aree non idonee sono, dunque, individuate dalle Regioni nell'ambito dell'atto di programmazione con cui sono definite le misure e gli interventi necessari al raggiungimento degli obiettivi di *burden sharing* fissati"<sup>50</sup>. Dunque, nelle decisioni pianificatorie, l'interesse pubblico primario diventa quello energetico alla installazione degli impianti di energia rinnovabile, secondo un paradigma di "localizzazione di risultato"<sup>51</sup>.

Le Regioni non sono comunque libere di definire le aree non idonee, ma nelle loro scelte allocative devono assolvere a "un'apposita istruttoria" avente a oggetto "la ricognizione delle disposizioni volte alla tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio storico e artistico, delle tradizioni agroalimentari locali, della biodiversità e del paesaggio rurale che identificano obiettivi di protezione non compatibili con l'insediamento, in determinate aree, di specifiche tipologie e/o dimensioni di impianti"; l'incompatibilità con gli obiettivi di protezione deve riguardare "specifiche tipologie e/o dimensioni di impianti" e determina soltanto la "elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni, in sede di autorizzazione", ma non l'automatico rigetto delle istanze private<sup>52</sup>.

Le scelte regionali devono essere determinate e specifiche. Anzitutto, occorre che le aree non idonee siano individuate sulla base di criteri tecnici oggettivi di tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale e deve essere differenziata con riguardo al tipo di fonte rinnovabile e alla diversa taglia dell'impianto. Inoltre, si vieta di considerare genericamente come area non idonea le zone classificate agricole dai piani urbanistici. È altresì impedita l'individuazione di aree non idonee su "porzioni significative del territorio" o su "zone genericamente soggette a tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico-artistico" nonché la "identificazione di fasce di rispetto di dimensioni non giustificate da specifiche e motivate esigenze di tutela".

<sup>50</sup> Così l'art. 17.2 delle Linee guida.

<sup>51</sup> M. COCCONI, *Promozione europea delle energie rinnovabili e semplificazione*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2012, 1, pp. 25 ss.

<sup>52</sup> D.Lgs. n. 387/2003, art. 12, comma 10, e art. 17.1 delle Linee guida.

Ne deriva un problema di coordinamento tra le decisioni sulla localizzazione degli impianti di energia rinnovabile e la competenza pianificatoria spettante a diversi livelli di governo, e innanzitutto quella paesaggistica, attribuita alle Regioni<sup>53</sup>.

Per vero, alla pianificazione paesaggistica la disciplina sulla localizzazione degli impianti a fonti rinnovabili non dedica particolare attenzione<sup>54</sup>. Si prevede, infatti, soltanto che “Restano ferme le previsioni dei piani paesaggistici e delle prescrizioni d’uso indicate nei provvedimenti di dichiarazione di notevole interesse pubblico”<sup>55</sup> e che le Regioni individuano le aree non idonee “tenendo conto di quanto eventualmente già previsto dal piano paesaggistico”<sup>56</sup>, senza stabilire come si coordinano le previsioni contenute nella pianificazione paesaggistica rispetto alle scelte programmatiche e pianificatorie di localizzazione degli impianti.

Eppure, il piano paesaggistico, tramite una ricognizione e pianificazione del territorio regionale, oltre a dettare previsioni vincolistiche e prescrizioni d’uso relative ai beni paesaggistici, individua le regole “per il corretto inserimento, nel contesto paesaggistico, degli interventi di trasformazione del territorio”<sup>57</sup>, anche di interventi come l’installazione degli impianti a fonti rinnovabili.

Sicché, è evidente l’importanza che assume la pianificazione paesaggistica rispetto al tema della localizzazione degli impianti di energia rinnovabile, confermata dalla sua prevalenza rispetto agli altri piani e programmi con incidenza sul territorio. Più precisamente, le previsioni dei piani paesaggistici “non sono derogabili da parte di piani, programmi e progetti nazionali o regionali di sviluppo economico, sono cogenti per gli strumenti urbanistici dei Comuni, delle Città metropolitane e delle Province, sono immediatamente prevalenti sulle disposizioni difformi eventualmente contenute negli strumenti urbanistici” e “per quanto attiene

<sup>53</sup> Si vedano S. AMOROSINO, *Commento agli artt. 143, 144 e 145*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, III ed., Giuffrè, Milano, 2019, pp. 1285 ss.; P. LOMBARDI, *La pianificazione paesaggistica*, in *Federalismi*, 2012, 22, p. 1 ss.; E. BOSCOLO, *Paesaggio e tecniche di regolazione: i contenuti del piano paesaggistico*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2008, 1, pp. 130 ss.

<sup>54</sup> Così G.F. CARTEI, *Cambiamento climatico ed energia da fonti rinnovabili*, cit., p. 74.

<sup>55</sup> Così l’art. 15.3 delle Linee guida.

<sup>56</sup> Così l’art. 17.2 delle Linee guida.

<sup>57</sup> D.Lgs. n. 42/2004, art. 143, comma 1, lett. b.

alla tutela del paesaggio ... sono comunque prevalenti sulle disposizioni contenute negli atti di pianificazione ad incidenza territoriale previsti dalle normative di settore”<sup>58</sup>.

Dunque, la designazione nella pianificazione paesaggistica di un’area come meritevole di particolare tutela potrebbe costituire argomento decisivo per impedire l’installazione di un impianto di energia rinnovabile, anche indipendentemente da considerazioni sull’interesse alla massima diffusione dell’energia rinnovabile<sup>59</sup>.

L’assetto dei rapporti tra diversi ambiti valoriali non si riduce soltanto al trilemma energetico-ambientale-paesaggistico, espresso nella relazione tra scelte pianificatorie di localizzazione degli impianti e piano paesaggistico, ma si estende anche ad altre componenti del territorio; tra queste anzitutto quelle ambientali, di protezione delle risorse naturali, della biodiversità, di alcune specie e *habitat* naturali, nonché quelle inerenti alla difesa del suolo e alla corretta utilizzazione delle acque. In altri termini, non è da escludere che un’area possa considerarsi non idonea in ragione

<sup>58</sup> D.Lgs. n. 42/2004, art. 145, comma 3. *Ex multis*, si veda Cons. Stato, sez. VI, 16 febbraio 2022, n. 1150: “Il Codice dei beni culturali e del paesaggio definisce dunque, con efficacia vincolante anche per le regioni, i rapporti tra il piano paesaggistico e gli altri strumenti urbanistici (nonché i piani, programmi e progetti regionali di sviluppo economico) secondo un modello rigidamente gerarchico, fondato sui seguenti dispositivi tecnici: immediata prevalenza del primo, obbligo di adeguamento dei secondi con la sola possibilità di introdurre ulteriori previsioni conformative che «risultino utili ad assicurare l’ottimale salvaguardia dei valori paesaggistici individuati dai piani». In base alla disciplina statale resta così escluso, sia che la salvaguardia dei valori paesaggistici possa essere assicurata da strumenti diversi dai piani paesaggistici, sia che essa possa cedere ad esigenze urbanistiche o naturalistiche rappresentate in diversi strumenti di pianificazione”. Si vedano anche Corte cost., 21 aprile 2021, n. 74; T.A.R. Puglia – Bari, sez. I, 12 luglio 2021, n. 1187 e n. 1190, che si esprime “nel senso dell’assoluta prevalenza delle previsioni contenute nei piani paesaggistici su qualsiasi altra disciplina pianificatoria e di settore”.

<sup>59</sup> Cons. Stato, sez. VI, 15 febbraio 2012, n. 746: “le valutazioni e le esigenze concernenti il fabbisogno energetico (pur considerate quanto alla tipologia delle fonti di produzione, alla localizzazione degli impianti ed alla loro potenza, ecc.) non giustificano la disapplicazione delle leggi e degli atti di pianificazione (anche di natura paesaggistica), in base ai quali le aree del territorio nazionale risultano meritevoli di particolare tutela. In altri termini, qualora una legge o un atto di pianificazione precluda o limiti la realizzazione di opere incidenti su aree tutelate sotto il profilo paesaggistico, le relative disposizioni vanno applicate comunque, anche quando il progetto riguardi opere riguardanti la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili”.

di una particolare situazione di dissesto o rischio idrogeologico che la caratterizza o perché si tratta di un'area naturale protetta.

Le linee guida del 2010 delegano le Regioni all'indicazione quali aree non idonee dei siti "particolarmente sensibili e/o vulnerabili alle trasformazioni territoriali o del paesaggio". Da qui l'importanza anche di definire un coordinamento tra gli strumenti (di competenza regionale) diretti a individuare le aree idonee (e non) ad ospitare gli impianti di produzione di energia rinnovabile e gli strumenti di individuazione e pianificazione di aree naturali protette<sup>60</sup> e di aree sottoposte a vincoli e a rischio idrogeologico<sup>61</sup>.

Tuttavia, nel coordinamento tra diversi livelli di pianificazione, occorre sempre tenere presente che l'individuazione di un sito come area non idonea determina soltanto "una elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni, in sede di autorizzazione". Da un lato, è possibile un accertamento in concreto con esito positivo sulla realizzabilità dell'impianto in sede di procedimento di autorizzazione, e, dall'altro, è precluso alle

<sup>60</sup> A tal riguardo, occorre considerare che la legge quadro sulle aree protette, n. 394/1991, prevede che il territorio venga suddiviso dal piano per il parco in ragione del conseguente differente grado di protezione e, precisamente, in "riserve integrali", "riserve generali orientate", "aree di protezione" e "aree di promozione economica e sociale facenti parte del medesimo ecosistema". Ora, proprio con riguardo alle riserve generali orientate per le quali vige il generale divieto di nuove costruzioni e trasformazioni territoriali, si è affermato in giurisprudenza che la definizione di interventi assentibili nelle aree di "riserva generale orientata", in quanto implicanti deroghe al citato generale divieto, deve essere compiuta attraverso un'esegesi di stretta interpretazione; il che esclude la praticabilità di un'attività imprenditoriale, quale l'esercizio degli impianti per la produzione di energia elettrica seppur da fonte rinnovabile (così Cass., sez. un., 9 novembre 2012, n. 19389). Ciò porta a sostenere la prioritaria affermazione dell'interesse alla conservazione e alla valorizzazione del patrimonio naturale, su ogni altro interesse anche pubblico, ivi compreso quello alla "massima diffusione dell'energia rinnovabile".

<sup>61</sup> L'indicazione delle zone da assoggettare a speciali vincoli e prescrizioni in rapporto alle specifiche condizioni idrogeologiche, contenuta nel piano di bacino (lett. *n.* dell'art. 65 del D.Lgs. 152/2006), e delle "aree a rischio idrogeologico", di cui al PAI (art. 57), delineando la particolare pericolosità di un sito sul piano idrogeologico e morfologico, potrebbe dunque portare alla sua classificazione come "area non idonea" all'installazione di un impianto di produzione di energia rinnovabile. L'interesse alla "massima diffusione dell'energia rinnovabile" dovrebbe in tal caso soccombere, specialmente se si considera che il piano di bacino è posto al vertice della pianificazione in materia sia ambientale che territoriale-urbanistica (art. 65, commi 5 e 6).

Regioni di fissare limitazioni aprioristiche ed assolute che impediscano ogni valutazione in concreto circa l'autorizzazione dell'opera medesima, senza lasciare margini di discrezionalità all'amministrazione<sup>62</sup>.

Ciò posto, il quadro normativo parrebbe delineare, in coerenza con il principio di massima diffusione dell'energia rinnovabile, la regola della generale idoneità di tutto il territorio nazionale alla installazione degli impianti di produzione di energia rinnovabile, salvi i limiti alla loro localizzazione, individuati, però sempre in via residuale, per legge ovvero da parte delle Regioni<sup>63</sup>; le quali, peraltro, nella definizione di un'area come non idonea, possono soltanto determinare una elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni, in sede di autorizzazione, ma non una preclusione assoluta alla realizzazione dell'impianto<sup>64</sup>. La logica è per l'appunto quella di spostare nel procedimento autorizzativo, a valle, la verifica in concreto circa la installazione di un impianto di energia rinnovabile.

Sotto altro profilo, le funzioni programmatiche e pianificatorie delle Regioni sono delimitate, in linea con paradigma della localizzazione di risultato, dal raggiungimento dell'obiettivo di produzione di energia rinnovabile, secondo le quote ripartite nel c.d. *burden sharing*<sup>65</sup>. Ciò che importa è che le Regioni raggiungano l'obiettivo di produzione di energia rinnovabile, mentre non importa come le Regioni scelgano di raggiungerlo, potendo le stesse decidere, anche in base alle proprie caratteristiche territoriali, geografiche e morfologiche, come localizzare e come combinare le diverse tipologie di energia rinnovabili.

La programmazione e la pianificazione potrebbero perciò avere l'effetto di vincolare le decisioni amministrative sulla localizzazione degli impianti di produzione di energia rinnovabile, purché abbiano un livello di precisione e dettaglio prescrittivo tale da orientare in concreto l'attività provvedimentale dell'amministrazione.

Inoltre, il regime della programmazione e pianificazione conferma una tendenza all'accentramento delle decisioni in sede statale sotto il profilo del bilanciamento tra interesse energetico e tutela dell'ambiente e

<sup>62</sup> Corte cost., 13 maggio 2022, n. 121.

<sup>63</sup> Corte cost., 11 ottobre 2012, n. 224.

<sup>64</sup> C. VIVANI, *Ambiente ed energia*, cit., p. 519.

<sup>65</sup> Corte cost., 20 gennaio 2022, n. 11.



del paesaggio, che limiterebbe i poteri degli enti locali non soltanto nella definizione degli obiettivi di diffusione e delle quote di energia rinnovabile, ma anche nelle scelte relative alla localizzazione degli impianti.

Il regime localizzativo riconosce, infatti, alle sole Regioni una competenza, comunque limitata, a definire le aree non idonee. Si tratta di una precisa scelta allocativa delle funzioni assunta dal Legislatore, da un lato, in ragione del riconoscimento di una competenza legislativa regionale concorrente nella materia “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia”, ai sensi dell’art. 117, comma 3, Cost.; dall’altro lato, con l’obiettivo di superare i pericoli della sindrome *nimby*, evitando di riconoscere competenze decisionali a un livello di governo (troppo) locale<sup>66</sup>.

Attribuendo le competenze sul tema alle Regioni si evita, da un lato, una decisione presa a livello locale che potrebbe scaturire in immotivati rifiuti all’opera, considerando la scarsa appetibilità sul piano elettorale di opere quali gli impianti di produzione di energia rinnovabile; dall’altro lato, si evita anche di accentrare la decisione sulla localizzazione degli impianti al livello di governo statale, con l’effetto di ingenerare un conflitto con le comunità locali, data la lontananza del centro decisionale dal territorio.

L’obiettivo è infine quello di raggiungere un certo grado di omogeneità nella disciplina delle energie rinnovabili sull’intero territorio nazionale<sup>67</sup>. Tale obiettivo può dirsi solo parzialmente realizzato, considerando che, in concreto, le decisioni delle Regioni si sono poi dimostrate di estrema eterogeneità, dovuta anche alla mancanza di una disciplina che determinasse in positivo le aree idonee, intervenuta soltanto con il D.Lgs. n. 199/2021.

L’art. 20, D.Lgs. n. 199/2021 introduce una disciplina per l’individuazione in positivo di superfici e aree idonee per l’installazione degli impianti di energia rinnovabile. L’area idonea è quella “con un elevato potenziale atto a ospitare l’installazione di impianti di produzione elet-

<sup>66</sup> Secondo G. MANFREDI, S. NESPOR, *Ambiente e democrazia*, cit., pp. 293 ss., “è proprio per evitare la sindrome nimby che il nostro ordinamento, in attuazione del detto principio, tende ad allocare molte delle funzioni ambientali a livello statale o a livello regionale, anziché a livello meramente locale”.

<sup>67</sup> Corte cost., 23 marzo 2021, n. 46: le linee guida, oltre ad avere natura inderogabile, “devono essere applicate in modo uniforme su tutto il territorio nazionale”.

trica da fonte rinnovabile, anche all'eventuale ricorrere di determinate condizioni tecnico-localizzative"<sup>68</sup>.

Le aree idonee a localizzare gli impianti di produzione di energia rinnovabile sono individuate per legge dalle Regioni<sup>69</sup> conformemente ai principi e ai criteri omogenei stabiliti da uno o più decreti ministeriali<sup>70</sup>, che “tengono conto delle esigenze di tutela del patrimonio culturale e del paesaggio, delle aree agricole e forestali, della qualità dell'aria e dei corpi idrici, privilegiando l'utilizzo di superfici di strutture edificate, quali capannoni industriali e parcheggi, nonché di aree a destinazione industriale, artigianale, per servizi e logistica e verificando l'idoneità di aree non utilizzabili per altri scopi, ivi incluse le superfici agricole non utilizzabili"<sup>71</sup>. In sede di individuazione delle aree idonee devono essere rispettati “i principi della minimizzazione degli impatti sull'ambiente, sul territorio, sul patrimonio culturale e sul paesaggio”.

La portata innovativa del nuovo regime di individuazione delle aree idonee si può apprezzare sotto una pluralità di profili.

<sup>68</sup> D.Lgs. n. 199/2021, art. 2, lett. *ggg*.

<sup>69</sup> D.Lgs. n. 199/2021, art. 20, comma 4.

<sup>70</sup> Secondo i commi 1 e 2 dell'art. 20, D.Lgs. n. 199/2021 “1. Con uno o più decreti del Ministro della transizione ecologica ... sono stabiliti principi e criteri omogenei per l'individuazione delle superfici e delle aree idonee e non idonee all'installazione di impianti a fonti rinnovabili aventi una potenza complessiva almeno pari a quella individuata come necessaria dal PNIEC per il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo delle fonti rinnovabili. In via prioritaria, con i decreti di cui al presente comma si provvede a: a) dettare i criteri per l'individuazione delle aree idonee all'installazione della potenza eolica e fotovoltaica indicata nel PNIEC, stabilendo le modalità per minimizzare il relativo impatto ambientale e la massima porzione di suolo occupabile dai suddetti impianti per unità di superficie, nonché dagli impianti a fonti rinnovabili di produzione di energia elettrica già installati e le superfici tecnicamente disponibili; b) indicare le modalità per individuare superfici, aree industriali dismesse e altre aree compromesse, aree abbandonate e marginali idonee alla installazione di impianti a fonti rinnovabili. 2. Ai fini del concreto raggiungimento degli obiettivi di sviluppo delle fonti rinnovabili previsti dal PNIEC, i decreti di cui al comma 1, stabiliscono altresì la ripartizione della potenza installata fra Regioni e Province autonome, prevedendo sistemi di monitoraggio sul corretto adempimento degli impegni assunti e criteri per il trasferimento statistico fra le medesime Regioni e Province autonome, da effettuare secondo le regole generali di cui all'Allegato I, fermo restando che il trasferimento statistico non può pregiudicare il conseguimento dell'obiettivo della Regione o della Provincia autonoma che effettua il trasferimento”.

<sup>71</sup> D.Lgs. n. 199/2021, art. 20, comma 3.

Anzitutto, la definizione delle aree idonee dovrebbe offrire una maggiore certezza nei rapporti tra amministrazione e privati, consentendo di valutare, *a priori* e con un certo grado di omogeneità su tutto il territorio nazionale, le possibilità localizzative di un impianto di energia. L'individuazione a monte e per legge di un'area idonea dovrebbe quindi impedire che, nel procedimento autorizzativo a valle, si rimetta in discussione il medesimo profilo localizzativo circa l'idoneità dell'area, evitando così un'inutile duplicazione di valutazioni procedimentali, dalla fase legislativa a quella decisionale, che contrasterebbe peraltro anche con il divieto di aggravamento del procedimento.

È significativo che “le aree non incluse tra le aree idonee non possono essere dichiarate non idonee all'installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile, in sede di pianificazione territoriale ovvero nell'ambito di singoli procedimenti, in ragione della sola mancata inclusione nel novero delle aree idonee”<sup>72</sup>. Si tratta di una disposizione che tenderebbe a riaffermare proprio il principio di generale idoneità di tutto il territorio nazionale all'installazione degli impianti di energia rinnovabile, giacché l'individuazione in positivo di un'area come idonea non implica che le residue aree, non qualificate espressamente come idonee, possano comunque essere qualificate come idonee in sede di pianificazione territoriale ovvero nell'ambito dei singoli procedimenti autorizzatori.

## 6. Conclusioni

Tuttavia, non mancano le perplessità sollevate dalla disciplina, specialmente ove si abbia riguardo all'installazione degli impianti di energia rinnovabile in aree agricole<sup>73</sup>. Orbene, tra le aree idonee per legge<sup>74</sup> rientrano anche le aree classificate come agricole<sup>75</sup>.

Tirando le somme, la portata del comma 8 dell'art. 20 è duplice.

<sup>72</sup> D.Lgs. n. 199/2021, art. 20, comma 7.

<sup>73</sup> A. DI CAGNO, *La produzione di energia da fonte rinnovabile: tra interesse energetico, ambientale e paesaggistico*, in *Ambiente Diritto*, 2022, 4, p. 96 ss.; G. MARCHIANÒ, *Regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile in particolare nei terreni agricoli*, in *Ambiente Diritto*, 2020, 4, p. 98 ss.

<sup>74</sup> D.Lgs. n. 199/2021, art. 20, comma 8.

<sup>75</sup> D.Lgs. n. 199/2021, art. 20, comma 8, lett. *c ter*, nn. 1 e 2.

In primo luogo, la norma rientra evidentemente in un processo di dequotazione della tutela degli interessi pubblici espressi nell'area agricola in favore dell'interesse energetico<sup>76</sup>.

In secondo luogo, la previsione per legge statale dell'idoneità dell'area agricola impone di verificarne l'applicabilità e prevalenza rispetto agli strumenti normativi e pianificatori delle Regioni, contenenti previsioni contrarie.

Quanto al primo profilo, la tutela privilegiata dell'interesse alla massima diffusione dell'energia rinnovabile è perseguita in danno dell'interesse paesaggistico, tramite disposizioni che ridimensionano il ruolo delle soprintendenze<sup>77</sup>.

*A latere*, si deve evidenziare tuttavia che nelle scelte sulla localizzazione degli impianti di energia rinnovabile non è stato rispettato il criterio di preferenza delle aree già edificate e degradate rispetto alle aree agricole<sup>78</sup>. Nell'ottica di un maggior contenimento del suolo, nell'individuazione delle aree idonee sarebbe più opportuno preferire le superfici già costruite o altrimenti non utilizzabili, già degradate da attività antropiche (c.d. *brownfield*, come industrie abbandonate, siti bonificati), invece delle aree agricole<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> S. VILLAMENA, *Fonti rinnovabili e zone agricole*, cit., pp. 157 ss.

<sup>77</sup> L'art. 22, comma 1, lett. a, D.Lgs. n. 199/2021 prevede che, nel procedimento unico di autorizzazione di un impianto di energia rinnovabile su un'area idonea (e quindi anche non agricola), il parere della soprintendenza, pur obbligatorio, non è vincolante per l'amministrazione, la quale, peraltro, se è omesso il parere nel termine previsto, provvede comunque.

<sup>78</sup> Tale criterio è richiamato dall'art. 7 *bis*, D.Lgs. n. 152/2006 che ha previsto che per la realizzazione delle opere, degli impianti e delle infrastrutture necessari alla realizzazione dei progetti strategici per la transizione energetica del Paese inclusi nel PNRR e al raggiungimento degli obiettivi fissati dal PNIEC, tra cui anche gli impianti di produzione di energia rinnovabile, "occorre privilegiare, ove possibile, l'utilizzo di superfici di strutture edificate".

<sup>79</sup> D.Lgs. n. 152/2006, art. 242 *ter*. Si veda M. PASSALACQUA, B. POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei brownfields. Amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, Giappichelli, Torino, 2020, in part., M. PASSALACQUA, *Politiche pubbliche e strumenti giuridici per rigenerazione e riuso di aree industriali dismesse*, pp. 3 ss.; B. POZZO, *Responsabilità per danni all'ambiente e ripristino dei siti inquinati: la prospettiva italiana alla luce delle esperienze europee*, pp. 39 ss.; G. PIZZANELLI, *La partecipazione procedimentale, tra recupero ambientale, rigenerazione e riuso delle aree industriali dismesse*, pp. 121 ss.; G. LANDI, *Disciplina amministrativa della bonifica dei siti contaminati e obiettivi di riuso. Criticità e prospettive*, pp. 281 ss.; L. DE LUCA, G. PIZZANELLI,

Sotto altro profilo, l'affermazione del principio alla massima diffusione dell'energia rinnovabile sugli altri interessi, compresi quelli ambientali espressi dall'area agricola, può portare ad una conseguenza paradossale; l'interesse all'energia pulita, pur giustificato dall'esigenza di tutelare l'ambiente, finisce per pregiudicare comunque l'ambiente, ad esempio con l'aumento dell'impermeabilizzazione e del consumo di suolo agricolo e con il fenomeno dell'abbandono delle attività agricole. Sicché, alla coppia "ambiente contro paesaggio" si associa il binomio "energia rinnovabile contro ambiente".

In ogni caso, la previsione di idoneità dell'area per legge favorisce l'omogeneità di disciplina su tutto il territorio nazionale più di quanto farebbe una previsione legislativa o pianificatoria regionale. Oltretutto, l'idoneità dell'area per legge potrebbe essere utile a limitare la discrezionalità degli enti locali nell'esercizio di un potere, tipicamente discrezionale, quale quello pianificatorio sulla localizzazione degli impianti.

L'art. 20, comma 8, si applica "nelle more dell'individuazione delle aree idonee" da parte delle Regioni, e quindi temporaneamente; spetta, dunque, alle Regioni individuare le aree idonee<sup>80</sup>.

Concludendo, si potrebbe dire che il punto di caduta della massima valorizzazione delle energie rinnovabili rappresentato dalle aree agricole

*Rigenerazione di siti di interesse nazionale e tutela ambientale: i confini delle funzioni amministrative*, pp. 309 ss.; V. GIOMI, *Quale responsabilità amministrativa per il danno all'ambiente? La giurisdizione della Corte dei conti fra logica giuridica ed effettività della (e nella) tutela*, pp. 571 ss.; A. FIORITTO, M. LUNARDELLI, *Una premessa teorica alle operazioni di rigenerazione urbana: la distinzione tra sanzioni e misure ripristinatorie*, pp. 647 ss.

<sup>80</sup> Corte cost., 21 ottobre 2022, n. 216: "Ampio spazio è inoltre riconosciuto all'autonomia delle regioni a valle delle linee guida. Esse sono, infatti, chiamate a concretizzare tali complessi bilanciamenti nell'ambito dei singoli territori regionali, attraverso procedimenti amministrativi destinati a sfociare negli atti di programmazione menzionati dal paragrafo 17 delle linee guida, nei quali ben possono essere individuate le aree non idonee alla installazione degli impianti; atti a loro volta destinati a orientare la discrezionalità amministrativa nei procedimenti relativi alle domande di autorizzazione dei singoli impianti. Ciò che invece, nel vigore dell'attuale quadro normativo, non è consentito alle regioni è dettare direttamente per legge criteri generali per la localizzazione degli impianti ulteriori rispetto a quelli già previsti dalla legislazione statale e dalle stesse linee guida: ancor più quando tali criteri si risolvano, in pratica, in divieti assoluti di concedere autorizzazioni in singole porzioni del territorio regionale, come accade con riferimento alle previsioni di cui alla lettera d".

e dai confliggenti oneri di tutela paesaggistica potrebbe rinvenire la propria soluzione nell'installazione degli impianti sui *brownfield*, laddove tale operazione nella teoria dei giochi viene chiamata *win-win*, non prevedendo un attore soccombente, bensì tutti gli attori risultano vincenti e uniti dalla virtuosità della contemporanea azione a favore dell'ambiente e a tutela degli interessi (teoricamente) confliggenti.

## ABSTRACT

*Renewable energies – environment – landscape  
maximum deployment of renewable energies principle – brownfield*

*This paper analyzes the s.c. energy-environment-landscape trilemma. The Author examines the renewable energy production plants regulation, in particular the critical issues and merits regarding identification of suitable and unsuitable areas to host renewable energy production plants. Italian legislator has affirmed the maximum deployment of renewable energy principle; however, public administrations and jurisdictions have to verify the balancing between energy-environmental interest, landscape interest and suitable territorial layout interest. This problem could be solved by installing renewable energy production plants in brownfields.*





## Tutela dell'ambiente e poteri degli Stati sugli spazi marini: riflessioni a margine della decisione della Corte internazionale di giustizia del 21 aprile 2022 nel caso Nicaragua c. Colombia

SIMONE CARREA\*

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA – 21 aprile 2022 – *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*

Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS) – Diritto internazionale consuetudinario – Obblighi degli Stati in tema di protezione dell'ambiente marino – Obbligazioni *erga omnes*.

*L'affermata esigenza di proteggere l'ambiente marino non legittima gli Stati ad intervenire all'interno degli spazi soggetti alla giurisdizione (o a diritti esclusivi) di altri Stati. Fermo restando, dunque, il generale obbligo di tutela dell'ambiente che grava su tutti gli Stati, all'interno della zona economica esclusiva la protezione dell'ambiente marino compete unicamente allo Stato costiero (e agli Stati di bandiera delle navi con riferimento alla conformità di queste ultime agli standard internazionalmente in vigore).*

SOMMARIO: 1. La decisione della Corte internazionale di giustizia nel caso Nicaragua c. Colombia: gli antefatti e l'oggetto del contenzioso. – 2. I diritti riservati allo Stato costiero all'interno della zona economica esclusiva e la posizione degli Stati terzi. – 3. I limiti alla sovrapposibilità tra la zona contigua e la zona economica esclusiva di Stati diversi. – 4. La tutela dell'ambiente nel diritto del mare tra diritto consuetudinario e Convenzione UNCLOS. – 5. La protezione dell'ambiente quale supporto argomentativo a sostegno delle pretese giurisdizionali degli Stati. – 6. Conclusioni.

\* Ricercatore a tempo determinato di tipo "B" in diritto internazionale nell'Università degli Studi di Genova.

1. *La decisione della Corte internazionale di giustizia nel caso Nicaragua c. Colombia: gli antefatti e l'oggetto del contenzioso*

La sentenza in commento si inserisce in (e rappresenta il seguito di) una più risalente disputa tra Nicaragua e Colombia già sottoposta all'esame della Corte internazionale di giustizia nell'ambito di un precedente giudizio definito nel 2012.

Al fine di una più compiuta disamina della sentenza – che sarà in questa sede oggetto di approfondimento con esclusivo riferimento agli aspetti di maggiore interesse sotto il profilo della tutela dell'ambiente – si rende opportuno riepilogare, seppur sinteticamente, i termini di tale contenzioso, prendendo le mosse proprio dalla citata decisione del 19 novembre 2012 nel caso “*Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*”<sup>1</sup>.

In particolare, con la sentenza da ultimo richiamata la Corte i) decise che la sovranità della Colombia si estende alle isole di Albuquerque, Bajo Nuevo, East-Southeast Cays, Quitasueño, Roncador, Serrana e Seranilla; ii) determinò un unico confine marittimo tra le piattaforme continentali e le zone economiche esclusive dei due Stati, ponendolo a duecento miglia marine dalle linee di base a partire dalle quali viene misurato il mare territoriale del Nicaragua. Non avendo, tuttavia, il Nicaragua in allora notificato al Segretario Generale delle Nazioni Unite il tracciato delle linee di base, la Corte ritenne iii) che la precisa localizzazione degli estremi orientali del confine marittimo sopra indicato non potesse essere determinata con esattezza, ma soltanto identificata in via approssimativa.

Appena un anno dopo la sentenza della Corte, il Nicaragua instaurava una seconda azione contro la Colombia riferita alla violazione, da parte di quest'ultima, proprio dei diritti riconosciuti in capo al Nicaragua dalla decisione del 2012, dando così avvio al procedimento, da ultimo definito dalla sentenza in commento, concernente “*Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Claims in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*”<sup>2</sup>.

In particolare, il Nicaragua lamentava la violazione dei propri diritti-

<sup>1</sup> CIG, 19 novembre 2012, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*.

<sup>2</sup> CIG, 21 aprile 2022, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*.

ti sovrani nella zona economica esclusiva (così come riconosciuta dalla sentenza del 2012), deducendo che la Colombia avrebbe in più occasioni interferito con le attività di pesca e ricerca scientifica ivi condotte da navi battenti bandiera nicaraguense, ostacolato manovre della marina nicaraguense, concesso permessi di pesca e per la conduzione di attività scientifica e rilasciato autorizzazioni per l'esplorazione di idrocarburi all'interno della zona economica esclusiva del Nicaragua.

La Colombia, per parte sua, non soltanto contestava la sussistenza e/o l'illegittimità delle condotte ad essa attribuite (ric conducendole all'esercizio delle libertà di navigazione e sorvolo riconosciute dal diritto internazionale e alla necessità di preservare l'ambiente marino) ma, a sua volta, proponeva domande riconvenzionali (*counter-claims*), in parte dichiarate inammissibili, finalizzate – per quanto specificamente attiene a quelle ammesse (e, quindi, parzialmente accolte) dalla Corte – a contestare i) il mancato riconoscimento dei diritti di pesca artigianale tradizionalmente esercitati dalla popolazione indigena dei Raizales<sup>3</sup>, nonché ii) l'avvenuta determinazione, da parte del Nicaragua, delle linee di base sulla scorta del criterio delle *straight lines* (secondo la Colombia non applicabile per difetto dei presupposti previsti dal diritto internazionale consuetudinario), in luogo del criterio (di generale applicazione) delle *low-water lines*<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Su tali domande riconvenzionali (*counter-claims*) non ci si sofferma nel testo (stante la limitata rilevanza delle questioni trattate rispetto ai profili di interesse ambientale sul quale il presente contributo si propone di focalizzarsi). Per completezza d'informazione, si precisa, tuttavia, che – quanto ai diritti di pesca spettanti (secondo la difesa della Colombia) alla popolazione indigena dei Raizales – la Corte ha ritenuto che, per un verso, la Colombia non abbia adeguatamente provato l'esistenza di una consuetudine internazionale di carattere locale che supporti l'esistenza di tali diritti all'interno degli spazi marini rientranti nella zona economica esclusiva. Avuto riguardo, per altro verso, a diverse dichiarazioni pubblicamente rese dalle più alte autorità del Nicaragua nel senso della disponibilità a riconoscere diritti di pesca ai Raizales all'interno di tale zona, la Corte conclude, tuttavia, sul punto, identificando nella negoziazione di un trattato bilaterale la soluzione più appropriata (par. 232 della decisione in commento), fermi restando i diritti di navigazione comunque spettanti ai Raizales, a norma della regola codificata dall'art. 58 UNCLOS, in vista della navigazione attraverso la zona economica esclusiva del Nicaragua al fine di raggiungere zone di pesca poste all'interno dei confini marittimi colombiani.

<sup>4</sup> Quanto, invece, alla determinazione delle linee di base, da parte del Nicaragua, attraverso il criterio delle *straight baselines*, la Corte ha accolto la domanda riconvenzionale della Colombia ritenendo, in forza di un'articolata motivazione (riferita, in parte,

## 2. *I diritti riservati allo Stato costiero all'interno della zona economica esclusiva e la posizione degli Stati terzi*

La Corte – a seguito di una prima decisione del 2016 avente per oggetto la questione (pregiudiziale) riferita alla sussistenza della giurisdizione<sup>5</sup> – ha definito il giudizio con sentenza del 21 aprile 2022.

La motivazione della sentenza muove, anzitutto, dal rilievo della non applicabilità, nel caso di specie, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS)<sup>6</sup> (della quale non è parte la Colombia), con conseguente rilevanza del diritto internazionale generale, peraltro in larga misura codificato proprio dalla Convenzione UNCLOS<sup>7</sup>.

Tanto premesso, la Corte procede, in primo luogo, alla ricostruzione del diritto consuetudinario applicabile in materia di zona economica esclusiva, rilevando che – in linea con le regole codificate nella UNCLOS<sup>8</sup> – tutti gli Stati possono esercitare la libertà di navigazione e sorvolo nell'altra zona economica esclusiva, ove sono parimenti consentiti gli altri usi internazionalmente leciti del mare connessi con l'esercizio di tali libertà, con il dovuto riguardo (“*due regard*”), tuttavia, ai diritti sovrani e alla giurisdizione dello Stato costiero.

La sentenza, quindi – dopo aver ricordato che, in base alla regola generale in tema di riparto degli oneri probatori, compete alla parte che allega un particolare fatto offrirne prova – si sofferma sugli incidenti denunciati dal Nicaragua (oltre cinquanta), ritenendoli soltanto in parte

all'inesistenza di insenature sufficientemente profonde e, in parte, all'assenza di frange di isole lungo la costa), l'insussistenza dei presupposti previsti dall'art. 7 UNCLOS al fine di derogare alla regola delle *low-water baselines*.

<sup>5</sup> CIG, 17 marzo 2016, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections*.

<sup>6</sup> Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, entrata in vigore sul piano internazionale in data 16 novembre 1994 e oggetto di ratifica ed ordine di esecuzione, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, con legge 2 dicembre 1994, n. 689.

<sup>7</sup> Sui rapporti tra convenzioni di codificazione e regole consuetudinarie si vedano, in generale, *ex plurimis* H.W. BRIGGS, *Reflections on the Codification of International Law by the International Law Commission and by other Agencies*, in *Recueil des Cours*, t. 126, 1969, pp. 241 e ss.; H. THIRLWAY, *International Customary Law and Codification*, Leiden, 1972. Con riferimento particolare alla codificazione del diritto internazionale del mare cfr. Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, Cambridge, 2019, pp. 26 e ss.

<sup>8</sup> Cfr. art. 58 UNCLOS.

provati<sup>9</sup>. In particolare, secondo la Corte, gli atti di causa rivelano come la marina colombiana abbia in più occasioni intimato a navi battenti bandiera nicaraguense di cessare le proprie attività di pesca all'interno della zona economica esclusiva del Nicaragua in quanto dannose per l'ambiente, illegali o non autorizzate.

Con specifico riferimento alle difese dedotte dalla Colombia, invece, la Corte osserva, anzitutto, che le libertà di navigazione e sorvolo che gli Stati possono esercitare nella zona economica esclusiva di uno Stato terzo non includono diritti relativi all'esplorazione, sfruttamento, conservazione e gestione delle risorse naturali, né attribuiscono loro il potere di porre ivi in esecuzione misure di conservazione, trattandosi di diritti e prerogative che il diritto internazionale consuetudinario, come codificato dagli artt. 56 e 73 della Convenzione UNCLOS<sup>10</sup>, riserva allo Stato costiero.

Quanto, poi, alla difesa della Colombia specificamente incentrata sulla tutela dell'ambiente, la sentenza osserva che, da un lato, tutti gli Stati hanno l'obbligo, in base al diritto internazionale consuetudinario, di proteggere l'ambiente marino; dall'altro lato, tuttavia, nella zona economica esclusiva “è lo Stato costiero ad avere giurisdizione per l'adempimento di tale dovere”<sup>11</sup>. Più precisamente – osserva la Corte – “lo Stato costiero ha la responsabilità, all'interno della propria zona economica esclusiva, di adottare misure di carattere legislativo, amministrativo ed esecutivo, in conformità al diritto internazionale (...) allo scopo di conservare le risorse marine viventi e preservare l'ambiente marino”.

Gli Stati terzi risultano, invece, destinatari, nella rispettiva “*capacity of a flag State*”, di un obbligo di assicurare la “conformità delle navi che battono la rispettiva bandiera con le rilevanti misure adottate dallo Stato costiero per la protezione delle risorse viventi nella sua zona economica esclusiva”. Nondimeno, gli Stati non hanno, nell'altrui zona economica esclusiva, alcuna “giurisdizione rispetto all'attuazione coattiva, nei confronti di navi straniere, degli standard di conservazione applicabili in materia di pesca”<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. par. 91 e ss. della sentenza in commento.

<sup>10</sup> Cfr. par. 94 della sentenza in commento.

<sup>11</sup> La traduzione del passaggio riportato nel testo – e di quelli successivamente citati – è a cura dell'autore.

<sup>12</sup> Cfr. par. 95 della sentenza in commento.

A diverse conclusioni non può condurre – secondo la Corte – neppure la disamina delle convenzioni particolari in vigore tra Nicaragua e Colombia, con specifico riferimento alla Convenzione di Cartagena<sup>13</sup> e al relativo protocollo (*SPAW Protocol*)<sup>14</sup>, in forza delle quali la Colombia (prima della decisione della Corte del 2012) aveva costituito nel Mare caraibico sud-occidentale due riserve naturali la cui estensione è risultata (per effetto della sentenza del 2012) parzialmente sovrapposta alla zona economica esclusiva del Nicaragua.

A tale riguardo, la Corte si sofferma, in particolare, sull'art. 10 della Convenzione di Cartagena, secondo cui la costituzione di aree protette “*shall not affect the rights of other Contracting Parties and third States*” per desumerne un obbligo della Colombia (derivante anche dal diritto pattizio applicabile *inter partes* e non inciso dall'avvenuta istituzione delle aree protette di cui sopra) di rispettare i diritti sovrani del Nicaragua sulla rispettiva zona economica esclusiva.

Sul punto la sentenza afferma inequivocabilmente che “la fragilità dell'ambiente ecologico ricadente all'interno di un'area protetta istituita da uno Stato parte non fornisce alcun fondamento giuridico rispetto all'adozione di misure applicabili all'interno di spazi soggetti alla sovranità, a diritti sovrani o alla giurisdizione di un altro Stato parte”<sup>15</sup>.

La Corte conclude, dunque, riconoscendo – nei limiti di cui in motivazione – la sussistenza delle contestate violazioni dei diritti sovrani e della giurisdizione del Nicaragua.

### 3. *I limiti alla sovrapposibilità tra la zona contigua e la zona economica esclusiva di Stati diversi*

La rilevanza della protezione dell'ambiente viene in rilievo, nell'ambito della decisione in commento, anche ai fini della soluzione di un altro punto controverso, relativo alla sovrapposibilità tra la zona contigua

<sup>13</sup> *Convention for the Protection and Development of the Marine Environment of the Wider Caribbean Region* (“Cartagena Convention”) adottata a Cartagena, Colombia il 24 marzo 1983 e entrata in vigore in data 11 ottobre 1986.

<sup>14</sup> *Protocol Concerning Specially Protected Areas and Wildlife (SPAW) in the Wider Caribbean Region*, adottato il 18 gennaio 1990 e entrato in vigore il 18 giugno 2000.

<sup>15</sup> Cfr. par. 99 della sentenza in commento.

istituita dalla Colombia rispetto alla zona economica esclusiva del Nicaragua. A tale riguardo, la Corte esclude, anzitutto, l'incompatibilità, in astratto, tra le due zone, sottolineando la fondamentale differenza tra i diritti e i doveri che competono, rispettivamente, a ciascuno Stato in tali zone.

Osserva, infatti, la Corte che “le due zone possono sovrapporsi, ma i poteri che possono essere esercitati al loro interno e la rispettiva estensione geografica non sono identici”. Più specificamente, “la zona contigua si fonda su una estensione del controllo esercitato dallo Stato costiero con finalità di prevenzione e repressione di determinate condotte che risultano illegali in base al rispettivo diritto interno, mentre la zona economica esclusiva è istituita al fine di salvaguardare i diritti sovrani dello Stato costiero sulle risorse naturali e con riferimento alla protezione dell'ambiente marino”<sup>16</sup>.

Se – ad avviso della Corte – la sovrapposizione tra zona contigua e zona economica esclusiva è *in abstracto* permessa dal diritto internazionale, a risultare illegittima è, invece, l'estensione dei poteri in concreto rivendicati dalla Colombia all'interno della propria “*integral contiguous zone*”<sup>17</sup>. La Colombia ha, infatti, sostenuto che la protezione dell'ambiente marino potesse farsi rientrare all'interno di una “*contemporary interpretation of the term sanitary*” utilizzato dall'art. 33 della UNCLOS per delineare l'ambito materiale dei controlli che lo Stato costiero può esercitare all'interno della propria zona contigua.

Anche a tale proposito, tuttavia, la Corte ribadisce che, fermo restando il generale obbligo di tutela dell'ambiente che grava su tutti gli Stati, all'interno della zona economica esclusiva la protezione dell'ambiente marino compete unicamente allo Stato costiero (e agli Stati di bandiera delle navi con riferimento alla conformità di queste ultime agli *standard* internazionalmente in vigore), con conseguente incompatibilità dei poteri rivendicati dalla Colombia rispetto ai diritti spettanti al Nicaragua sulla propria zona economica esclusiva.

<sup>16</sup> Cfr. par. 161 della sentenza in commento.

<sup>17</sup> È stata altresì ritenuta illegittima l'estensione spaziale di tale zona. La Colombia sosteneva, infatti, che la zona contigua prevista dal diritto consuetudinario non soffrisse la limitazione spaziale (24 miglia marine) imposta dall'art. 33 UNCLOS. La Corte, invece, si è espressa nel senso della corrispondenza dell'art. 33 UNCLOS al diritto consuetudinario.

Viene, in tale ottica, rigettato anche l'argomento della Colombia volto a ricomprendere l'ambito della tutela dell'ambiente all'interno della materia "sanitaria" prevista dall'art. 33 della UNCLOS, osservando la Corte sul punto come il termine "*sanitary*" sia stato originariamente incluso nel testo della disposizione in tema di zona contigua in ragione della sua connessione con l'ambito doganale ("*its connection with customs regulation*"), non rivenendosi, per contro, alcun fondamento – a livello normativo o di prassi statale – per sostenere l'evoluzione interpretativa prospettata dalla Colombia.

#### 4. *La tutela dell'ambiente nel diritto del mare tra diritto consuetudinario e Convenzione UNCLOS*

La decisione della Corte internazionale di giustizia sintetizzata nei precedenti paragrafi si caratterizza per profili di significativo interesse per il diritto internazionale, ciascuno dei quali meriterebbe uno specifico approfondimento. Si pensi, per fare soltanto alcuni esempi, al rapporto tra il diritto internazionale generale e la UNCLOS, alla relazione tra consuetudini generali e locali, al coordinamento tra la zona economica esclusiva e la zona contigua di Stati diversi, alla disciplina in tema di identificazione delle linee di base rilevanti ai fini della delimitazione del mare territoriale.

Nel presente commento ci si sofferma, tuttavia, esclusivamente sulla rilevanza riconosciuta – dalle parti (nelle rispettive argomentazioni difensive) e dalla Corte (nelle motivazioni della sentenza) – alla tutela dell'ambiente, indagando con particolare attenzione il rapporto intercorrente tra l'obbligo degli Stati di proteggere l'ambiente marino e l'estensione della rispettiva sovranità (e dei rispettivi diritti) sui diversi ambiti spaziali in cui tale obbligo è suscettibile di attuazione.

Nella UNCLOS – che, si ricorda, nel caso di specie viene in considerazione non in quanto direttamente applicabile, ma quale codificazione del diritto internazionale consuetudinario rilevante nei rapporti tra le parti della controversia – la protezione dell'ambiente corrisponde ad un principio generale affermato dall'art. 192, ai sensi del quale "*States have the obligation to protect and preserve the marine environment*".

L'applicazione di tale principio, tuttavia, non è lasciata alla totale di-



screzionalità degli Stati (nel senso cioè che tutti gli Stati possano intervenire *ovunque e con qualsiasi misura* a tutela dell'ambiente), ma è declinata all'interno di specifiche disposizioni della Convenzione, le quali dettagliano il contenuto di tale generale dovere, ponendo in capo ai singoli Stati l'adozione delle misure di esso specificamente attuative, in ragione della rispettiva posizione e dei diritti dagli stessi esercitati sui diversi ambiti spaziali regolati dalla Convenzione.

Così, senza pretesa di esaustività, si trovano disposizioni in materia di protezione dell'ambiente nell'ambito delle previsioni della Convenzione che disciplinano i diritti e i poteri degli Stati inerenti a specifiche aree. Si pensi, ad esempio, all'art. 21, par. 1, lett. f), che, nel disciplinare il diritto di "*innocent passage*" nel mare territoriale dello Stato costiero, fa salvo il potere di quest'ultimo di adottare leggi e regolamenti in materia di "*preservation of the environment of the coastal State and the prevention, reduction and control of pollution thereof*". O, ancora, si consideri l'art. 56 UNCLOS, che riserva allo Stato costiero diritti sovrani "*for the purpose of (...) conserving and managing the natural resources oltre che la jurisdiction in materia di protection and preservation of the marine environment*"<sup>18</sup>.

In altri casi (e sempre senza pretesa di esaustività) uno specifico obbligo di tutela dell'ambiente è posto dalla Convenzione in capo agli Stati che intrattengono un particolare rapporto (ed esercitano particolari diritti) su determinate fonti di possibile pregiudizio per l'ambiente. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 211, par. 2, secondo cui "*States shall adopt laws and regulations for the prevention, reduction and control of pollution of the marine environment from vessels flying their flag of their registry*" o all'art. 194, par. 2, della Convenzione, a norma del quale "*States shall take all measures necessary to ensure that activities under their jurisdiction*

<sup>18</sup> In una prospettiva analoga si può guardare, ad esempio: i) all'art. 145 della Convenzione, riferito non ai poteri degli Stati ma dell'International Seabed Authority, la quale ha il potere (e il dovere) di adottare "*necessary measures (...) with respect to activities in the Area to ensure effective protection for the marine environment from harmful effects which may arise from such activities*"; ii) all'art. 147 in tema di "*Accommodation of activities in the Area and in the marine environment*"; iii) agli artt. 162 e 165 con riferimento ai poteri del Consiglio e del Comitato tecnico dell'International Seabed Authority; iv) all'art. 208 in materia di "*Pollution from seabed activities subject to national jurisdiction*"; v) all'art. 211 in tema di "*Pollution from vessels*."

*or control are so conducted as not to cause damage by pollution to other States and their environment (...)*".

Nella decisione in commento la Corte internazionale di giustizia non prende posizione (non essendone stata richiesta dalle parti in causa) in merito alla corrispondenza di ciascuna delle previsioni sopra citate al diritto internazionale consuetudinario<sup>19</sup>. Nondimeno, l'esito cui perviene la Corte nel caso in esame è coerente con l'assunto di partenza (confermato anche dalle disposizioni esemplificativamente menzionate), secondo cui la protezione dell'ambiente, per quanto assiologicamente fondamentale, non abilita gli Stati a intervenire all'interno di ambiti spaziali riservati alla giurisdizione di Stati terzi, dovendosi, dunque, leggere il generale obbligo affermato dall'art. 192 della Convenzione (e dalla corrispondente regola consuetudinaria) nel senso che *tutti* gli Stati hanno il dovere di proteggere l'ambiente marino entro i limiti di sovranità che il diritto internazionale riconosce a *ciascuno*.

In tale prospettiva, l'art. 194, par. 4, della Convenzione dispone, emblematicamente (con una regola che appare pienamente coerente con il quadro del diritto consuetudinario delineato dalla sentenza in commento), che "*[i]n taking measures to prevent, reduce or control pollution of the marine environment, States shall refrain from unjustifiable interference with activities carried out by other States in the exercise of their rights and in pursuance of their duties in conformity with this Convention*".

A diverse conclusioni non potrebbe, peraltro, pervenirsi neppure laddove si ritenesse – come da più parti sostenuto – di qualificare il dovere di protezione dell'ambiente marino nei termini di una vera e propria obbligazione *erga omnes*<sup>20</sup>, supponendo, quindi, che ciascuno Stato, entro i limiti della propria giurisdizione, abbia non soltanto il potere, ma

<sup>19</sup> Nella motivazione della sentenza, in particolare, la Corte si sofferma esclusivamente sulle disposizioni della UNCLOS specificamente corrispondenti alle regole consuetudinarie che vengono in rilievo per la decisione del caso di specie.

<sup>20</sup> In tema di obbligazioni *erga omnes* si vedano *ex plurimis* P. PICONE, *Obblighi reciproci e obblighi erga omnes degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento*, in V. STARACE (a cura di), *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, Milano, 1983, pp. 17 e ss.; P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi "erga omnes"*, Napoli, 2006; G. GAJA, *The Protection of General Interests in the International Community*, in *Recueil des Cours*, t. 364, 2012, pp. 9 e ss.

anche il dovere di proteggere l'ambiente marino e che l'osservanza di tale dovere sia dovuta nei confronti dell'intera comunità internazionale. Tale qualificazione sarebbe, infatti, unicamente suscettibile di incidere (estensivamente) sulla legittimazione a far valere l'osservanza del dovere di protezione dell'ambiente marino, consentendo a qualsiasi Stato di pretenderne il rispetto da parte degli altri Stati, senza necessariamente aver riguardo (al fine di fondare tale legittimazione) alle conseguenze favorevoli (o sfavorevoli) che in capo allo stesso possano specificamente derivare in conseguenza del rispetto (o della violazione) di tale dovere<sup>21</sup>. Neppure il carattere *erga omnes* dell'obbligo di protezione dell'ambiente marino<sup>22</sup> autorizzerebbe, tuttavia, a ritenere che – in caso di inerzia dello Stato provvisto di giurisdizione – gli altri Stati possano (in difetto di regole internazionali a ciò espressamente abilitanti) intervenire, in via, per così dire, “sostitutiva”.

<sup>21</sup> Si veda International Law Commission, *Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries*, 1991 (reperibile sulla rete interconnessa), il cui art. 42 – in tema di *Invocation of responsibility by an injured State* – prevede che “[a] State is entitled as an injured State to invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to: (a) that State individually; or (b) a group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation: (i) specially affects that State; or (ii) is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation”. Per la definizione di obbligazioni *erga omnes* si veda la sentenza della Corte internazionale di giustizia nella sentenza 5 febbraio 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, par. 33, ove si afferma che “an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*”.

<sup>22</sup> In argomento si veda *ex plurimis* E.-E. FASIA, *No Provisions Left Behind - Law of the Sea Convention's Dispute Settlement System and Obligations Erga Omnes*, in *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2021, p. 530, secondo cui “customary obligations arising out of environmental objectives are commonly perceived as owed to all states of the international community and wrongdoers may be held responsible for non-compliance, even if the violations do not per se affect the rights of an individual state, but rather those of the community as a whole”.

5. *La protezione dell'ambiente quale supporto argomentativo a sostegno delle pretese giurisdizionali degli Stati*

L'analisi condotta nel precedente paragrafo rende evidente l'eccentricità – rispetto agli evocati principi in tema di protezione dell'ambiente marino – della posizione della Colombia, la quale ha sollevato in giudizio la 'questione ambientale' non già al fine di ottenere il rispetto, da parte dello Stato costiero provvisto di giurisdizione, degli obblighi sullo stesso incombenti in base al diritto internazionale, bensì in funzione di una 'espansione' dei propri diritti, limitati dal precedente del 2012 della Corte internazionale di giustizia.

In tale prospettiva (e con portata chiarificatrice della strategia processuale perseguita dalla Colombia), non sembra irrilevante sottolineare come la Colombia abbia dedotto la necessità di assicurare la tutela dell'ambiente marino (proteggendolo, in particolare, dalle condotte dannose imputate a – o tollerate dal – Nicaragua) al fine di argomentare l'esistenza di un proprio potere di intervento all'interno dell'ambito riservato alla giurisdizione del Nicaragua. Nessuna domanda è stata, invece, dedotta dalla Colombia, in via riconvenzionale, al fine di far accertare e reprimere la presunta violazione, da parte del Nicaragua, dei rispettivi obblighi in tema di protezione dell'ambiente (facendo, ad esempio, valere il carattere *erga omnes* di tali obblighi)<sup>23</sup>.

Se ne ricava la percezione che la Colombia fosse interessata a perseguire la tutela dell'ambiente unicamente in funzione (o quanto meno in connessione) con un'estensione dei propri diritti, disinteressandosi, invece (quanto meno a livello processuale), di tale obiettivo ove perseguibile soltanto (per così dire, mediatamente) attraverso una pronuncia della Corte internazionale di giustizia accertativa degli obblighi gravanti in capo al Nicaragua.

Sotto il profilo in questione – e allargando l'oggetto della riflessione stimolata dal caso in commento – la decisione della Corte induce ad interrogarsi circa la rilevanza che i profili connessi alla protezione e/o alle condizioni dell'ambiente marino presentano nell'ambito delle difese

<sup>23</sup> Domande riconvenzionali (*counter-claims*) sono state, invece, proposte – come accennato – con riferimento ai diritti delle popolazioni indigene e con riguardo alla delimitazione delle linee di base.

svolte dagli Stati nei contenziosi interstatali in materia di diritto del mare. A tale riguardo (e senza pretesa di esaustività), pare possibile identificarne (almeno) tre diverse possibili declinazioni<sup>24</sup>.

In taluni casi, le condizioni dell'ambiente marino sono state dedotte quale elemento fattuale di cui necessariamente tener conto in vista della decisione della vertenza. Tra gli esempi di tale tendenza può farsi riferimento al caso deciso dalla Corte internazionale di giustizia in materia di "*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*"<sup>25</sup>, nell'ambito del quale gli Stati Uniti argomentarono (pur senza successo) la necessità di tener conto, in sede di delimitazione, dei "*natural boundaries*" che possono identificarsi all'interno dell'ambiente marino. Tale prospettazione fu, tuttavia, disattesa dalla Corte, non persuasa della "*possibility of discerning any genuine, sure and stable 'natural boundaries' in so fluctuating an environment as the waters of the oceans, their flora and fauna*"<sup>26</sup>. Senza contare – aggiunse la Corte – che il processo di delimitazione (di un confine marittimo o terrestre) "*is a legal-political operation e it is not the case that where a natural boundary is discernible, the political delimitation necessarily has to follow the same line*"<sup>27</sup>.

Sempre nella medesima prospettiva, una assai particolare valorizzazione di profili rilevanti sotto il profilo ambientale può rinvenirsi nel caso deciso dal Tribunale Arbitrale "*In the Matter of the Bay of Bengal Maritime Boundary (Bangladesh v. India)*"<sup>28</sup>. In tale occasione, il Bangladesh argomentò che "*the instability of the coastline is a major factor weighing against the use of the provisional equidistance/relevant circumstances method, in particular in view of the potential effect of climate change and sea level rise*

<sup>24</sup> L'appello degli argomenti incentrati sulla protezione dell'ambiente (e la propensione delle corti internazionali verso tali prospettazioni) è stato colto, in dottrina, da quanti non hanno mancato di rilevare come "*the analyzed cases illustrate that parties might be advancing environmental arguments in the expectation that courts seem to be well-positioned to tackle them (...)*", M.C. GARCÍA CH., J. GUPTA, *Environmental and sociocultural claims within maritime boundary disputes*, in *Marine Policy*, 2022, p. 4.

<sup>25</sup> CIG, 12 ottobre 1984, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*.

<sup>26</sup> Cfr. par. 54.

<sup>27</sup> Cfr. par. 56.

<sup>28</sup> PCA, 7 luglio 2014, "*In the Matter of the Bay of Bengal Maritime Boundary (Bangladesh v. India)*", case 2010-16.

*in the Bay of Bengal*<sup>29</sup>. Tale tesi fu, tuttavia, rigettata dalla Corte, secondo la quale “[t]he issue is not whether the coastlines of the Parties will be affected by climate change in the years or centuries to come. It is rather whether the choice of base points located on the coastline and reflecting the general direction of the coast is feasible in the present case and at the present time”<sup>30</sup>. Tanto più che, secondo la Corte, “[n]atural evolution, uncertainty and lack of predictability as to the impact of climate change on the marine environment, particularly the coastal front of States, make all predictions concerning the amount of coastal erosion or accretion unpredictable”, con la conseguenza che “[f]uture changes of the coast, including those resulting from climate change, cannot be taken into account in adjusting a provisional equidistance line”<sup>31</sup>.

In un secondo tipo di situazioni la tutela dell’ambiente è stata, invece, adottata da uno Stato quale limite alle attività che possono essere legittimamente perseguite da parte di altri Stati. In tale ottica può, ad esempio, ricordarsi il caso *Mox Plant*<sup>32</sup>, nell’ambito del quale l’Irlanda chiese al Tribunale Arbitrale di accertare la violazione, da parte del Regno Unito, degli obblighi in materia di protezione dell’ambiente in relazione all’autorizzazione di uno stabilimento per la produzione di combustibile ossido misto e, per l’effetto, di vietare al Regno Unito la messa in opera dello stabilimento e la movimentazione di materiale radioattivo nelle more di una “*proper assessment of the environmental impact of the operation of the MOX plant*”<sup>33</sup>.

Nella medesima prospettiva può farsi riferimento al provvedimento cautelare adottato dalla *Special Chamber* del Tribunale Internazionale del diritto del mare (ITLOS) nel caso *Ghana c. Costa d’Avorio*<sup>34</sup> in esito alla

<sup>29</sup> Cfr. par. 213.

<sup>30</sup> Cfr. par. 214.

<sup>31</sup> Cfr. par. 399.

<sup>32</sup> ITLOS, 3 dicembre 2001, *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, *Provisional Measures*.

<sup>33</sup> In tale occasione il Tribunale Arbitrale ritenne che non sussistessero i presupposti per la concessione dell’invocata tutela cautelare, ma ordinò alle parti di cooperare e consultarsi al fine di scambiare informazioni in ordine alle *possible consequences for the Irish Sea arising out of the commissioning of the MOX plant, monitor risks or the effects of the operation of the MOX plant for the Irish Sea, devise, as appropriate, measures to prevent pollution of the marine environment which might result from the operation of the MOX plant*.

<sup>34</sup> ITLOS Special Chamber, 25 aprile 2015, *Dispute concerning delimitation of the*

richiesta, avanzata dalla Costa d'Avorio al fine di ottenere la sospensione delle attività di esplorazione e sfruttamento delle risorse naturali nelle aree controverse. In tal caso, infatti, la necessità di proteggere l'ambiente è stata argomentata da entrambe le parti (seppure in senso, naturalmente, opposto): da una parte, per sostenere la necessità di sospendere le trivellazioni in ragione del loro impatto negativo sull'ambiente marino; dall'altra parte, per eccepire che l'interruzione delle operazioni avrebbe, a sua volta, pregiudicato l'ambiente a causa del deteriorarsi delle attrezzature già installate. Tanto è vero che la Corte, in sostanziale accoglimento di entrambe le posizioni, ha vietato in via cautelare l'avvio di nuove attività, ma non anche la sospensione di quelle in corso, osservando come “*the suspension of ongoing activities conducted by Ghana in respect of which drilling has already taken place (...) could also pose a serious danger to the marine environment resulting, in particular, from the deterioration of equipment*”<sup>35</sup>.

In un terzo ed ultimo ordine di situazioni (cui parrebbe ascrivibile anche la decisione in commento) la tutela dell'ambiente viene, infine, valorizzata da uno Stato in funzione (o a supporto) di un'espansione dei propri poteri su una determinata area, oggetto o attività. In un'ottica analoga può, ad esempio, ricordarsi anche il caso *M/V “Virginia G” (Panama v. Guinea-Bissau)*<sup>36</sup>, ove la tutela dell'ambiente è stata addotta a sostegno di un preteso “*right of a coastal State to regulate bunkering of fishing vessels*”. Il Tribunale, tuttavia, ha in tal caso ritenuto superfluo pronunciarsi in merito a tale prospettazione, in considerazione del fatto

*maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana v. Côte d'Ivoire), Provisional Measures*. Oltre ai casi citati nel testo, può farsi riferimento anche al provvedimento cautelare reso dall'ITLOS nella decisione 8 ottobre 2003, *Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures*, ove la Malesia lamentava che i lavori di bonifica intrapresi da Singapore rischiavano di pregiudicare l'integrità del suo ambiente marino e costiero. In tale occasione, la Corte ha osservato che “*given the possible implications of land reclamation on the marine environment, prudence and caution require that Malaysia and Singapore establish mechanisms for exchanging information and assessing the risks or effects of land reclamation works and devising ways to deal with them in the areas concerned*” (par. 99 della motivazione) e ordinato a Singapore “*not to conduct its land reclamation in ways that might cause irreparable prejudice to the rights of Malaysia or serious harm to the marine environment*” (par. 2 del dispositivo).

<sup>35</sup> Cfr. par. 99.

<sup>36</sup> ITLOS, 14 aprile 2014, *M/V “Virginia G” (Panama v. Guinea-Bissau)*.

che, da un lato, avuto riguardo all'art. 56 UNCLOS, “*the bunkering of foreign vessels engaged in fishing in the exclusive economic zone is an activity which may be regulated by the coastal State concerned*”<sup>37</sup> e, dall'altro lato, le rilevanti disposizioni della Guinea-Bissau erano previste proprio all'interno della normativa applicabile in materia di pesca (e non tra quelle in materia di protezione dell'ambiente)<sup>38</sup>.

## 6. Conclusioni

L'esame del caso in commento – e la più ampia considerazione della rilevanza strategica che la tutela dell'ambiente presenta nell'ambito dei contenziosi inter-statali – suggerisce alcune riflessioni conclusive.

In particolare, la protezione dell'ambiente è un principio al quale le corti (sia nazionali che internazionali) prestano, a ragione, particolare attenzione, con la conseguenza che è tutt'altro che remoto il rischio che le parti veicolino, sotto il ‘mantello verde’ della protezione dell'ambiente, argomenti non genuinamente ad essa funzionali, con la speranza di un loro più favorevole scrutinio da parte dell'autorità giurisdizionale. Tanto più che – avuto riguardo al carattere tendenzialmente precauzionale delle valutazioni di carattere ambientale – lo standard di plausibilità della relativa deduzione può in molti casi attestarsi sulla soglia del mero *fumus boni iuris*.

Così come nel contesto commerciale e industriale, l'ostentazione di una (in realtà assente) sensibilità ambientale è un fenomeno ampiamente diffuso, tanto da ricevere una sua precisa denominazione (*greenwashing*), potrebbe talora assistersi ad un'analogha strumentalizzazione in ambito giurisdizionale, attraverso quello che potremmo definire una sorta di “*greendressing*” delle pretese o delle eccezioni fatte valere in giudizio.

Al contempo, tuttavia, la deduzione di profili rilevanti dal punto di vista ambientale in vista del conseguimento di un risultato di specifico interesse per la parte non costituisce, di per sé, indice di abuso. Al contrario, tralasciando i casi in cui uno Stato agisca disinteressatamente a protezione dell'ambiente (avvalendosi del carattere *erga omnes* degli obblighi in tal senso previsti a livello internazionale), l'esistenza di un interesse individua-

<sup>37</sup> Cfr. par. 223.

<sup>38</sup> Cfr. par. 224.



le convergente con quello ambientale (ad esempio dello Stato le cui acque territoriali sono minacciate da un pericolo ambientale) rappresenta l'elemento che consente, a livello pratico, di azionare l'obbligo, imponendone giudizialmente il rispetto da parte del soggetto che lo viola<sup>39</sup>.

Nel caso del diritto del mare, in particolare, a prevenire l'utilizzo strumentale della protezione dell'ambiente contribuisce sicuramente il fatto che la disciplina internazionale codificata dalla UNCLOS non si esaurisce, sotto tale profilo, nella mera affermazione di un principio generale di tutela dell'ambiente marino (che si presterebbe, come noto, a condurre ad esiti diversi a seconda delle possibili interpretazioni e applicazioni). Al contrario, gli obblighi correlati a tale principio sono declinati in una serie di regole di dettaglio (peraltro in molti casi ulteriormente specificate da fonti esterne rispetto alla Convenzione)<sup>40</sup> che identificano in maniera tendenzialmente puntuale anche i soggetti chiamati a darvi attuazione.

Quanto appena osservato trova riscontro proprio nella decisione in commento in cui non può certo dirsi che la Corte – nel respingere le argomentazioni della Colombia – abbia limitato la protezione dell'ambiente, avendo piuttosto identificato – sulla scorta della disciplina rilevante – i soggetti deputati alla relativa tutela.

<sup>39</sup> Guardando al diritto interno, una logica non dissimile può, ad esempio, rinvenirsi nel diritto internazionale privato e, in particolare, nell'art. 7 del Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. Regolamento Roma II), che – nel rimettere alla parte danneggiata la scelta tra l'applicazione della *lex loci actus* o della *lex loci damni* – muove dall'assunto che tale *optio legis* condurrà tendenzialmente all'applicazione degli *standard* in materia ambientale più rigorosi. In argomento, si veda P. IVALDI, *Unione europea, tutela ambientale e diritto internazionale privato: l'art. 7 del Regolamento Roma II*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2013, pp. 869 e ss. Si pensi, in una prospettiva analoga (e sempre nell'ottica del diritto interno), alla posizione di interesse legittimo (o eventualmente diffuso) che abilita il singolo o enti esponenziali di interessi diffusi a far valere, in ambito amministrativo, la violazione di leggi poste a tutela dell'ambiente.

<sup>40</sup> In merito alla tecnica delle c.d. *rules of reference*, si veda Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, cit., il quale osserva come “*relevant provisions of the LOSC must be implemented in accordance with rules adopted under the auspices of the IMO, to the extent that these rules are 'applicable' or 'generally accepted'. In other words, legal instruments can be incorporated into provisions of the LOSC via the 'rules of reference'. In so doing, IMO instruments can further elaborate provisions of the LOSC*” (p. 44). Sotto tale profilo – aggiunge l'Autore – “[t]he legal technique of ‘rules of reference’ contributes to maintain uniformity of national and international regulation with regard to marine environmental protection” (p. 334).

## ABSTRACT

*United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)  
Customary International Law – Responsibility of States with regard to the protection  
of the marine environment – Obligations erga omnes*

*The article, inspired by the recent judgment of the International Court of Justice in the case Nicaragua v. Colombia of 21<sup>st</sup> April 2022, analyses the relevance of the principles of International Law concerning protection of the marine environment in the context of the litigation of maritime international disputes, by especially focusing upon the relation between the general duty of each State to protect the marine environment, on the one hand, and the obligation to respect the sovereignty and the exclusive rights pertaining to other States, on the other hand.*

Tutela degli animali e libertà religiosa:  
sull'interpretazione normativa di precetti religiosi  
nel quadro degli scambi commerciali transfrontalieri

FRANCESCA MAOLI\*

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, causa C-336/19

**Protezione degli animali durante l'abbattimento – Regolamento n. 1099/2009/CE – Obbligo di stordire gli animali prima di abatterli – Deroga nell'ambito della macellazione rituale – Normativa nazionale – Libertà di religione.**

*L'articolo 26, paragrafo 2, primo comma, lettera c), del Regolamento n. 1099/2009/CE del Consiglio, del 24 settembre 2009, relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento, letto alla luce dell'articolo 13 TFUE e dell'articolo 10, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla normativa di uno Stato membro che impone, nell'ambito della macellazione rituale, un processo di stordimento reversibile e inidoneo a comportare la morte dell'animale.*

*L'esame della terza questione pregiudiziale non ha rivelato alcun elemento atto a inficiare la validità dell'articolo 26, paragrafo 2, primo comma, lettera c), del Regolamento n. 1099/2009/CE.*

SOMMARIO: 1. La protezione degli animali durante l'abbattimento nel diritto dell'Unione europea. – 2. La macellazione rituale e l'obbligo di stordimento

\* Ricercatore a tempo determinato di tipo "A" nell'Università degli Studi di Genova.

preventivo previsto dal Regolamento n. 1099/2009/CE. – 3. La giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla macellazione rituale degli animali. – 4. La discrezionalità degli Stati membri nel quadro del bilanciamento tra benessere animale e diritto alla libertà di religione. – 5. Valori europei, identità nazionale e benessere degli animali: quale futuro per la libera circolazione delle merci?

1. *La protezione degli animali durante l'abbattimento nel diritto dell'Unione europea*

La tutela del benessere degli animali costituisce uno dei valori comuni che hanno ispirato l'attività legislativa dell'Unione europea, con particolare riferimento all'esercizio delle competenze nel quadro della Politica Agricola Comune<sup>1</sup>. Questo obiettivo ha trovato, come noto, espressa tutela giuridica con le riforme introdotte dal Trattato di Lisbona<sup>2</sup>: l'art. 13 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in realtà, dispone che l'Unione e gli Stati membri debbano “tenere pienamente conto” delle esigenze in materia di benessere degli animali in numerosi settori, quali l'agricoltura, la pesca, i trasporti, il mercato interno, la ricerca e lo sviluppo tecnologico<sup>3</sup>. Si tratta di una lista che è da considerarsi esaustiva, anche se di principio non è impedito di includere la questione del benessere animale anche nel contesto di altre politiche europee<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> D. RYLAND, *Animal welfare in the reformed Common Agricultural Policy: Wherefore art thou?*, in *Environmental law review*, 2015, 1, pp. 22 e ss.

<sup>2</sup> Il riferimento agli animali “in quanto esseri senzienti” è già presente nel preambolo del Protocollo (n. 33) sulla protezione e il benessere degli animali (1997), allegato al TCE e introdotto dal Trattato di Amsterdam, che a sua volta si ispirava alla Dichiarazione n. 24 sulla protezione degli animali allegata al Trattato di Maastricht. Per un commento, T. CAMM, D. BOWLES, *Animal Welfare and the Treaty of Rome – A Legal Analysis of the Protocol on Animal Welfare and Welfare Standards in the European Union*, in *Journal of Environmental Law*, 2000, 2, pp. 197 e ss.

<sup>3</sup> M. KOTZUR, *Article 13 – Horizontal clause: protection of animals*, in R. GEIGER, D.E. KHAN, M. KOTZUR (eds.), *European Union Treaties*, Monaco, 2015, pp. 225 e ss.; T. SCOVAZZI, *Commento all'articolo 13 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, pp. 177 e ss.

<sup>4</sup> Tutti i settori citati sono interessati dall'azione dell'Unione europea per la tutela dell'ambiente, come anche emerge dalla *Farm to Fork Strategy* quale parte integrante dello *European Green Deal*: si veda Comunicazione della Commissione al Parlamento

Particolare successo, inoltre, ha riscosso la qualificazione degli animali quali “esseri senzienti”, che sembra rappresentare, nella struttura della disposizione, la caratteristica giustificativa del precetto rivolto alle istituzioni europee e nazionali. Peraltro, la tutela del benessere degli animali è soggetta ai limiti del rispetto della normativa degli Stati membri e delle loro consuetudini relative ai riti religiosi, alle tradizioni culturali e al patrimonio regionale.

Invero, anche prima dell'introduzione della tutela del benessere degli animali tra le disposizioni di applicazione generale del TFUE<sup>5</sup>, la Corte di Giustizia dell'Unione europea aveva riconosciuto che tale obiettivo, pur non costituendo ancora un principio generale di diritto comunitario, nondimeno esprimeva un'esigenza di interesse generale nel quadro delle finalità della politica agricola comune<sup>6</sup>. La nuova disposizione contenuta nel testo dei Trattati istitutivi ha rappresentato, quantomeno, un rafforzamento dell'intento (ormai dichiarato) dell'Unione europea nel quadro dell'esercizio delle competenze concorrenti in materia di agricoltura<sup>7</sup>, ma anche in altri settori. Peraltro, la Corte di Giustizia ha utilizzato l'art. 13 TFUE quale parametro interpretativo degli strumenti europei adottati precedentemente rispetto al Trattato di Lisbona, anche per giustificare una interpretazione estensiva<sup>8</sup>.

La legislazione europea dedicata al (o avente implicazioni sul) benessere animale risultava piuttosto frammentata ed eterogenea, trovando la propria base giuridica in disposizioni diverse dei Trattati, nell'ambito di

europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato Delle Regioni, *Una strategia “dal produttore al consumatore” per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente*, COM(2020) 381 def.

<sup>5</sup> L'art. 13 TFUE è collocato nel Titolo II del TFUE (“Disposizioni di applicazione generale”), nell'ambito della Parte I (“Principi”). La disposizione, pertanto, non costituisce di per sé una base giuridica per l'adozione di norme di diritto derivato, ma rappresenta piuttosto una clausola generale e trasversale rispetto alle politiche dell'Unione. Si veda F. BARZANTI, *La tutela del benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2013, 1, p. 53.

<sup>6</sup> CGUE, 12 luglio 2001, causa C-189/01, par. 71-79. Per un commento alla sentenza, si veda E. SPAVENTA, *Case C-189/01 H. Jippes*, in *Common market law review*, 2002, 5, pp. 1159 e ss.

<sup>7</sup> Art. 4 TUE.

<sup>8</sup> CGUE, Sez. VI, 14 giugno 2012, causa C-355/11, par. 43.

diverse politiche e competenze<sup>9</sup>. Invero, il primo strumento adottato nel settore aveva ad oggetto la tutela di alcune specie di animali nello specifico contesto della macellazione: la Direttiva n. 74/577/CEE imponeva agli Stati membri l'adozione di normative atte ad assicurare lo stordimento preventivo, secondo procedimenti appropriati e al fine di evitare ogni sofferenza inutile<sup>10</sup>. Dal campo di applicazione più ampio la successiva Direttiva n. 93/119/CE, la quale – riducendo significativamente il margine di discrezionalità degli Stati membri – introduceva una disciplina più specifica che confermava l'obbligo di procedere allo stordimento prima della macellazione<sup>11</sup>. La Direttiva escludeva, tuttavia, dall'obbligo i metodi di macellazione richiesti da determinati riti religiosi. Secondo i precetti stabiliti da tali confessioni<sup>12</sup>, infatti, i credenti devono cibarsi di carne derivante da animali intatti e sani al momento della macellazione e che siano deceduti per effetto del dissanguamento (e non per cause differenti)<sup>13</sup>.

Un'ulteriore riduzione dello spazio di azione riservato ai legislatori nazionali si riflette nel Regolamento n. 1099/2009/CE<sup>14</sup>, attuale sede della disciplina in materia di protezione degli animali durante la macellazio-

<sup>9</sup> Per un panorama, si vedano R. LUDWIG, R. O'GORMAN, *A Cock and Bull Story? Problems with the Protection of Animal Welfare in EU Law and Some Proposed Solutions*, in *Journal of Environmental Law*, 2008, 3, pp. 363 e ss.; D. SIMONIN, A. GAVINELLI, *The European Union legislation on animal welfare: state of play, enforcement and future activities*, in S. HILD, L. SCHWEITZER (eds.), *Animal Welfare: from Science to Law*, Parigi, 2019, pp. 59 e ss.

<sup>10</sup> Art. 1 della Direttiva n. 74/577/CEE del Consiglio, del 18 novembre 1974, relativa allo stordimento degli animali prima della macellazione, in GU L 316 26.11.1974, p. 10.

<sup>11</sup> Art. 5, par. 1, della Direttiva n. 93/119/CE del Consiglio, del 22 dicembre 1993, relativa alla protezione degli animali durante la macellazione o l'abbattimento, in GU L 340 31.12.1993, p. 21.

<sup>12</sup> Art. 5, par. 2 della Direttiva n. 93/119/CE.

<sup>13</sup> In realtà, il contenuto dei precetti religiosi relativi alle modalità di macellazione degli animali destinati al consumo umano non sarebbe chiaro nei suoi contenuti, essendo soggetto a diverse interpretazioni anche all'interno delle stesse organizzazioni religiose e delle diverse correnti, che di volta in volta adottano interpretazioni più o meno restrittive nei confronti delle tecniche di macellazione rituale. In argomento C.M. ZOETHOUT, *Ritual Slaughter and the Freedom of Religion: Some Reflections on a Stunning Matter*, in *Human Rights Quarterly*, 2013, 3, pp. 651 e ss.

<sup>14</sup> Regolamento n. 1099/2009/CE del Consiglio, del 24 settembre 2009, relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento, in GU L 303 18.11.2009, p. 1. Per un commento al regolamento, con specifico riferimento agli aspetti che qui interessano, si veda R. BOTTONI, *La macellazione rituale nell'Unione europea e nei paesi membri:*

ne. In particolare, il Regolamento disciplina “l’abbattimento degli animali allevati o detenuti per la produzione di alimenti, lana, pelli, pellicce o altri prodotti, nonché l’abbattimento di animali a fini di spopolamento e operazioni correlate”<sup>15</sup>. All’art. 4, è previsto in via diretta e generalizzata l’obbligo di abbattere gli animali esclusivamente previo stordimento e in modo che la perdita di coscienza e sensibilità sia mantenuta sino al sopraggiungere della morte.

## 2. *La macellazione rituale e l’obbligo di stordimento preventivo previsto dal Regolamento n. 1099/2009/CE*

Al dichiarato ed evidente scopo di garantire il rispetto della libertà di manifestare la propria religione – in conformità con l’art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (d’ora innanzi, anche Carta UE), nonché con l’art. 9 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU) – il Regolamento mantiene la deroga all’obbligo di stordimento preventivo nell’ipotesi di macellazioni rituali effettuate nei macelli<sup>16</sup>.

La scelta stessa di utilizzare lo strumento del regolamento, in luogo di una direttiva, definisce una determinata applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità<sup>17</sup>. Tuttavia, un certo livello di sussidiarietà “rivive” nel quadro dell’art. 26 del regolamento, il quale consente agli Stati membri di mantenere eventuali disposizioni nazionali già vigenti,

*profili giuridici*, in A.G. CHIZZONITI, M. TALACCHINI (a cura di), *Cibo e religione. Diritto e diritti*, Roma, 2020, pp. 273 e ss.

<sup>15</sup> Art. 1, par. 1, del Regolamento n. 1099/2009/CE. Sono esclusi dal campo di applicazione del Regolamento i pesci (fatto salvo l’art. 3, par. 1), nonché gli abbattimenti effettuati nel contesto di esperimenti scientifici, di attività venatorie o di pesca ricreativa, di eventi culturali e sportivi. Il Regolamento non si applica, altresì, ai volatili da cortile, ai conigli e alle lepri macellati al di fuori dei macelli dai loro proprietari per consumo domestico privato.

<sup>16</sup> Art. 4, par. 4, del Regolamento n. 1099/2009/CE.

<sup>17</sup> Considerando n. 3 del Regolamento: “La protezione degli animali durante la macellazione o l’abbattimento è disciplinata dalla normativa comunitaria dal 1974 ed è stata rafforzata in modo incisivo dalla Direttiva n. 93/119/CE. Sono state tuttavia rilevate discrepanze notevoli fra Stati membri nell’attuazione della Direttiva e per quanto riguarda il benessere degli animali sono state evidenziate preoccupazioni e differenze importanti che possono incidere sulla concorrenza fra operatori”.

o di adottare nuove misure legislative, intese a garantire una maggiore protezione degli animali durante l'abbattimento<sup>18</sup>. In particolare, è previsto che le misure sopravvenute e più rigorose possano interessare, inter alia, “la macellazione di animali conformemente all'articolo 4, par. 4, e le operazioni correlate” e quindi la previsione di regole più restrittive sulle macellazioni rituali<sup>19</sup>. Pertanto, come rilevato dallo stesso considerando n. 18<sup>20</sup>, il fatto che le precedenti direttive fossero state recepite in modo diverso dagli Stati membri giustifica, allo stesso tempo, sia l'utilizzo di uno strumento di maggiore uniformazione (il regolamento), sia l'attribuzione di un certo margine di discrezionalità al legislatore nazionale.

In questo contesto, nella causa *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi, da un lato, sul rapporto tra l'art. 4, par. 4, e l'art. 26 del regolamento 1099/2009/CE, dalla prospettiva dell'estensione del margine di discrezionalità che la disposizione da ultimo citata conferisce agli Stati membri<sup>21</sup>. Dall'altro

<sup>18</sup> Si veda il considerando n. 57 del Regolamento n. 1099/2009/CE, ove si osserva che “Per certi aspetti l'atteggiamento nei confronti degli animali dipende anche dalla percezione nazionale e in alcuni Stati membri vi è una domanda affinché siano mantenute o adottate norme in materia di benessere degli animali più ampie di quelle approvate a livello comunitario. Nell'interesse degli animali e purché ciò non incida sul funzionamento del mercato interno, è opportuno consentire una certa flessibilità agli Stati membri affinché mantengano o, in alcuni settori specifici, adottino disposizioni nazionali più ampie”.

<sup>19</sup> Art. 26, par. 2, lett. c), del Regolamento n. 1099/2009/CE.

<sup>20</sup> Considerando n. 18 del Regolamento n. 1099/2009/CE: “La direttiva 93/119/CE prevedeva una deroga alle pratiche di stordimento nel caso di macellazioni rituali effettuate nei macelli. Poiché le norme comunitarie in materia di macellazioni rituali sono state recepite in modo diverso a seconda del contesto nazionale e considerato che le normative nazionali tengono conto di dimensioni che vanno al di là degli obiettivi del presente regolamento, è importante mantenere la deroga allo stordimento degli animali prima della macellazione, concedendo tuttavia un certo livello di sussidiarietà a ciascuno Stato membro. Il presente regolamento rispetta di conseguenza la libertà di religione e il diritto di manifestare la propria religione o la propria convinzione mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti, come stabilito dall'articolo 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”.

<sup>21</sup> CGUE, Grande Sezione, 17 dicembre 2020, causa C-336/19. Per alcuni commenti, si vedano D. BARBAROSSA, *La disciplina delle macellazioni rituali nell'Europa del benessere animale: tre decisioni della Corte di giustizia*, in *Agricoltura - Istituzioni - Mercati*, 2019, 1, pp. 31 e ss.; E. BULAND, *Sensibilité(s) européenne(s) et sensibilité animale: l'affaire Centraal Israëlitisch Consistorie van België e a.*, in *European Papers*, 2021, 1, pp. 57 e ss.;



lato, la Corte si è occupata del rapporto tra una legge adottata da una articolazione territoriale di uno Stato membro conformemente all'art. 26 del regolamento e il diritto fondamentale alla libertà di religione sancito dall'art. 10 della Carta UE.

In particolare, la vicenda trae origine dalla adozione di una legge regionale, applicabile nella Regione delle Fiandre (Belgio), di modifica della Legge nazionale del 1986 relativa alla protezione e al benessere degli animali destinati alla macellazione<sup>22</sup>. La normativa nazionale (analogamente a quanto previsto dal regolamento europeo) prevedeva che l'obbligo di effettuare lo stordimento preventivo prima della macellazione trovasse una deroga nell'ipotesi di macellazioni prescritte da rito religioso. La legge regionale, dal canto suo, ha posto fine a tale deroga per quanto riguarda la Regione delle Fiandre, prevedendo in tali ipotesi l'utilizzo dello stordimento c.d. 'reversibile'. Pertanto, come anche riportato nei lavori preparatori della legge, "se l'animale viene sgozzato immediatamente dopo essere stato stordito, la sua morte sarà dovuta esclusivamente all'emorragia", con la conseguenza che

"l'effettuazione dello stordimento reversibile, non letale, nella pratica della macellazione rituale costituisce una misura proporzionata che rispetta lo spirito della macellazione rituale nell'ambito della libertà di religione e tiene conto in massima misura del benessere degli animali interessati".

Allo stesso tempo, al dichiarato fine di salvaguardare i precetti religiosi, la legge non contempla lo stordimento c.d. 'irreversibile', che de-

L. FABIANO, *Benessere degli animali, libertà religiosa e mercato: la macellazione rituale nella giurisprudenza europea e comparata*, in *BioLaw Journal*, 2021, 2, pp. 113 e ss.; L. HEHEMANN, *Religious Slaughtering, a Stunning Matter: Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*, in *European Papers*, 2021, 1, pp. 111 e ss.; M. LOTTINI, *I principi di sussidiarietà e proporzionalità "salvano" gli animali fiamminghi da una morte lenta e dolorosa. La macellazione rituale senza stordimento ed il diritto UE*, in *Federalismi*, 2021, 7, pp. 140 e ss.; A. PIN, *Corte di giustizia e tutela della libertà religiosa? Il caso della macellazione rituale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2021, 1, pp. 238 e ss.

<sup>22</sup> *Decreet houdende wijziging van de wet van 14 augustus 1986 betreffende de bescherming en het welzijn der dieren, wat de toegelaten methodes voor het slachten van dieren betreft*, 7 luglio 2017, entrato in vigore il 1° gennaio 2019.

termina la morte dell'animale prima dell'effettuazione di ogni altra operazione di macellazione.

La compatibilità della pratica dello stordimento reversibile con le tecniche di macellazione *kosher* e *halal* è stato tuttavia, contestato da alcune associazioni rappresentative delle religioni ebraica e musulmana, le quali si sono rivolte al *Grondwettelijk Hof* (Corte costituzionale) belga per chiedere l'annullamento della legge regionale, sulla base dell'asserita violazione degli art. 4, par. 4, e 26, par. 2, lett. c) del Regolamento n. 1099/2009/CE. Da qui la decisione del giudice nazionale di sottoporre alla Corte di Giustizia tre distinte questioni pregiudiziali. In primo luogo, si chiede se l'art. 26, par. 2, lett. c) del Regolamento, letto in combinato disposto con l'art. 4, par. 4, consente agli Stati membri di adottare disposizioni che prevedono, da un lato, un divieto di macellazione senza previo stordimento e, dall'altro lato, un procedimento di stordimento alternativo (di tipo reversibile) per le macellazioni eseguite nel quadro di un rito religioso. Inoltre, in caso di risposta affermativa alla prima questione, è stato chiesto alla Corte di vagliare la compatibilità dell'art. 26, par. 2, lett. c), del regolamento con l'art. 10 della Carta UE, nonché con i principi di uguaglianza, di non discriminazione e di diversità religiosa (art. 20, 21 e 22 della Carta UE).

### 3. *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla macellazione rituale degli animali*

La sentenza *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a* rappresenta almeno la terza occasione in cui la Corte di Giustizia ha definito i rapporti tra l'interesse generale a proteggere gli animali durante l'abbattimento (che riflette il valore del benessere degli animali sancito dall'art. 13 TFUE) e il diritto fondamentale di praticare e manifestare la propria religione<sup>23</sup>.

Già nel 2018, adita in via pregiudiziale dal Tribunale di primo grado di Bruxelles, la Corte aveva esaminato la limitazione prevista dall'art. 4, par. 4, del Regolamento n. 1099/2009/CE, il quale consente la ma-

<sup>23</sup> Sul tema F. ALBISINNI, *Esseri senzienti, animali ed umani: nuovi paradigmi e nuovi protagonisti. Tre sentenze in cammino*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2021, 3, pp. 9 e ss.

cellazione rituale senza stordimento preventivo, ma solo a condizione che essa sia svolta in un macello autorizzato<sup>24</sup>. In quell'occasione, le associazioni religiose ricorrenti avevano osservato che i macelli che soddisfano i requisiti previsti dalla normativa europea<sup>25</sup> non sarebbero stati in numero sufficiente per rispondere all'aumento della domanda di carne *halal* che si verifica annualmente in occasione della festa musulmana del sacrificio<sup>26</sup>. Pertanto la disposizione in esame doveva considerarsi invalida per contrasto con l'art. 9 CEDU e con l'art. 10 della Carta UE, nonché con l'art. 13 TFUE (nella parte in cui fa salve le consuetudini degli Stati relative ai riti religiosi). Ciononostante, la Corte di Giustizia ha ritenuto di non ravvisare nessun elemento di invalidità: in particolare, si è osservato che l'art. 4, par. 4, del regolamento, lungi dal voler vietare la prassi della macellazione rituale nell'Unione, costituisce concreta attuazione all'impegno del legislatore europeo di garantire l'effettivo rispetto della libertà di religione<sup>27</sup>. La normativa in esame, infatti, intende esclusivamente regolamentare il libero esercizio della macellazione senza stordimento preventivo, per fare sì che – anche in tale ipotesi – si evitino sofferenze eccessive e inutili agli animali abbattuti<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> CGUE, Grande Sezione, 29 maggio 2018, causa C-426/16. Commentano la decisione E. HOWARD, *Ritual slaughter and religious freedom: Liga van Moskeeën*, in *Common Market Law Review*, 2019, 3, pp. 803 e ss.; R. SAJJA, *Macellazione rituale e produzione biologica in un caso deciso dalla Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2019, 4, pp. 64 e ss.

<sup>25</sup> Si vedano il Regolamento n. 52/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sull'igiene dei prodotti alimentari, in GU L 139 30.4.2004, p. 1, e il Regolamento n. 853/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, che stabilisce norme specifiche in materia di igiene per gli alimenti di origine animale, in GU L 139 30.4.2004, p. 55.

<sup>26</sup> Si tratta del *d al-adh* (festa del sacrificio) o *d al-qurban* (festa dell'offerta a Dio), celebrata nel dodicesimo mese dell'anno nel calendario musulmano.

<sup>27</sup> CGUE, Grande Sezione, 29 maggio 2018, causa C-426/16, par. 56.

<sup>28</sup> CGUE, Grande Sezione, 29 maggio 2018, causa C-426/16, par. 65. Peraltro, emerge dal ragionamento della Corte (par. 67 della sentenza) come la normativa europea che incide sul benessere degli animali sia, da ultimo, orientata ad obiettivi antropocentrici: il regolamento, infatti, mira a garantire “che tutti gli alimenti di origine animale, indipendentemente dalla modalità di macellazione scelta, siano prodotti e commercializzati secondo norme rigorose che consentono di garantire il rispetto dell'igiene e della sicurezza alimentari, e prevenire in tal modo danni alla salute umana”.

Con un approccio simile, in una successiva sentenza resa il 26 febbraio 2019<sup>29</sup>, la Corte di Giustizia ha ritenuto che i prodotti alimentari derivanti da una macellazione rituale senza stordimento preventivo non soddisfano gli elevati standard di benessere degli animali richiesti per il rilascio di un'etichetta che certifica la provenienza da agricoltura biologica ai sensi del Regolamento n. 834/2007/CE<sup>30</sup>. Infatti, pur essendo autorizzate in via eccezionale dal Regolamento n. 1099/2009/CE, le macellazioni che escludono lo stordimento preventivo non garantiscono un livello elevato di protezione del benessere degli animali e non risultano compatibili con l'affidamento che i consumatori ripongono nel logo di produzione biologica UE.

Sulla falsariga dei precedenti arresti, la sentenza in commento conferma, sostanzialmente, che l'esigenza di protezione degli animali – qualificata come “questione di interesse generale”<sup>31</sup> – può giustificare una limitazione ai diritti e alle libertà fondamentali, in particolare alla libertà di religione, nel momento in cui siano rispettati i criteri previsti dall'art. 52, par. 1 della Carta UE. Si afferma, pertanto, la compatibilità della normativa regionale oggetto del contendere con l'art. 10 della Carta.

La Corte di Giustizia ricorda, innanzitutto, che il benessere degli animali è un valore dell'Unione, espresso dall'art. 13 TFUE, il quale trova affermazione nel Regolamento n. 1099/2009/CE<sup>32</sup>. La normativa sancisce il principio generale dello stordimento dell'animale prima del suo abbattimento. Dal canto suo, l'art. 4, par. 4, del regolamento rappresenta una deroga al citato principio generale, autorizzando la macellazione

<sup>29</sup> CGUE, Grande Sezione, 26 febbraio 2019, causa C-497/17. Si vedano C. FINCARDI, *Divieto di macellazioni rituali senza previo stordimento per il settore biologico*, in *Eurojus*, 2019, 2, pp. 97 e ss.; M. LOTTINI, M. GIANNINO, *Slaughtering Without Pre-Stunning and EU Law on Animal Welfare: The Particular Case of Organic Production*, in *European Food and Feed Law Review*, 2019, 6, pp. 502 e ss.; M.C. MAFFEI, *Due sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea sul benessere degli animali: brevi riflessioni*, in questa *Rivista*, 2019, 3, pp. 463 e ss.; S. PITTO, *La compatibilità tra macellazione rituale e indicazione di origine biologica fra libertà religiosa e tutela dei consumatori*, in *DPCE Online*, 2019, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>30</sup> Regolamento n. 834/2007/CE del Consiglio, del 28 giugno 2007, relativo alla produzione biologica e all'etichettatura dei prodotti biologici e che abroga il Regolamento n. 2092/91/CEE, in GU L 189 20.7.2007, p. 1.

<sup>31</sup> CGUE, Grande Sezione, 17 dicembre 2020, causa C-336/19, par. 40.

<sup>32</sup> CGUE, Grande Sezione, 17 dicembre 2020, causa C-336/19, par. 47.

senza stordimento preventivo solo al fine di garantire il rispetto della libertà di religione. Allo stesso tempo, proprio a fronte delle differenze esistenti nei diversi contesti nazionali, il legislatore europeo ha deciso di concedere agli Stati membri un certo livello di discrezionalità: a questo scopo, l'art. 26 del Regolamento autorizza gli Stati membri a mantenere o ad introdurre disposizioni nazionali più restrittive.

Tanto premesso, la sentenza giunge ad una prima, fondamentale, conclusione: il Regolamento n. 1099/2009/CE

“non procede esso stesso alla necessaria conciliazione tra il benessere degli animali e la libertà di manifestare la propria religione, ma si limita a circoscrivere la conciliazione tra questi due valori che spetta agli Stati membri effettuare”<sup>33</sup>

Ne consegue che, secondo l'impostazione delineata dal giudice europeo, è possibile spostare il livello dell'analisi alla normativa nazionale. È con riguardo a quest'ultima che occorre effettivamente esaminare la compatibilità con i diritti fondamentali sanciti dalla Carta UE<sup>34</sup>.

#### 4. *La discrezionalità degli Stati membri nel quadro del bilanciamento tra benessere animale e diritto alla libertà di religione*

Al fine di esaminare la compatibilità delle misure nazionali con la libertà di professare e manifestare liberamente la propria religione, la Cor-

<sup>33</sup> CGUE, Grande Sezione, 17 dicembre 2020, causa C-336/19, par. 47.

<sup>34</sup> Come noto, conformemente all'art. 51, par. 1, della Carta UE, questa opera rispetto agli atti delle istituzioni europee e agli atti degli Stati membri che ricadono nel campo di applicazione del diritto dell'Unione. Ne consegue che il giudice nazionale può disporre un rinvio pregiudiziale di interpretazione avente ad oggetto una disposizione della Carta UE, al fine di valutare la compatibilità della legge nazionale con la Carta stessa. Su queste premesse, peraltro, non è andata esente da critiche la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che – nel risolvere il problema della doppia pregiudizialità – ha ritenuto che una norma di legge dai sospetti profili di incompatibilità sia con la Carta UE che con una norma di rango costituzionale avrebbe dovuto costituire preliminarmente oggetto di rinvio incidentale di costituzionalità. In argomento, E. CANNIZZARO, *I valori costituzionali oltre lo Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, pp. 23 e ss.

te analizza il contenuto dell'art. 10 della Carta UE attraverso la metodologia imposta dall'art. 52, par. 3, della stessa, tenendo in considerazione i corrispondenti diritti sanciti dalla CEDU<sup>35</sup>. L'art. 9 CEDU determina, pertanto, la soglia di protezione minima per l'interpretazione della Carta UE in questa materia. In particolare, la libertà di manifestare la propria religione può essere oggetto di restrizioni da parte degli Stati membri, ma solo nella misura in cui siano rispettati i parametri stabiliti dall'art. 9, par. 2, CEDU, dovendosi trattare di misure stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per perseguire uno degli obiettivi espressamente stabiliti dalla disposizione: pubblica sicurezza, protezione dell'ordine, della salute, della morale pubblica, ovvero protezione dei diritti e della libertà altrui. La Corte di Giustizia assimila tali requisiti a quelli previsti dall'art. 52, par. 1, della Carta UE, che ammette eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti solo attraverso misure che i) siano previste dalla legge e che ii) rispettino il contenuto essenziale di tali diritti. A ciò occorre aggiungere il rispetto del principio di proporzionalità, il quale esige che tali limitazioni iii) siano necessarie e iv) rispondano a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o dall'esigenza di proteggere i diritti o le libertà altrui<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> E. CANNIZZARO, *Unitarietà e frammentazione delle competenze nei rapporti fra l'ordinamento dell'Unione e il sistema della Convenzione europea: in margine al parere della Corte di giustizia 2/2013*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2015, 3, pp. 623 e ss.; G. GAJA, *Lo statuto della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel diritto dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, 3, pp. 677 e ss.; P. IVALDI, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'unione europea nella prospettiva dell'adesione alla CEDU*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2021, 1, pp. 7 e ss.; M. PARODI, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU: dinamiche sostanziali e prospettive formali*, Napoli, 2020, pp. 55 e ss.; J. KOKOTT, C. SOBOTTA, *Protection of Fundamental Rights in the European Union: On the Relationship between EU Fundamental Rights, the European Convention and National Standards of Protection*, in *Yearbook of European Law*, 2015, pp. 60 e ss.; A. TIZZANO, *The European Courts and the EU Accession to the ECHR*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, 1, pp. 29 e ss.

<sup>36</sup> In argomento R. CISOTTA, *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali... con uno sguardo in avanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021, pp. 19 e ss.; K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitution Law Review*, 2021, 3, pp. 388 e ss.; S. PEERS, *Taking Rights Away? Limitations and Derogations*, in S. PEERS, A. WARD, *The European Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2004, pp. 142 e ss.; L.S. ROSSI, *'Stesso valore giuridico dei Trattati'?* Rango, pri-

Le questioni i), ii) e iv) risultano, invero, prive di particolari difficoltà nel ragionamento della Corte. La misura di cui si discute è indubbiamente contenuta in una norma di legge, che risponde ad un obiettivo di interesse generale riconosciuto (anche) dall'Unione europea, in quanto volta a promuovere il benessere degli animali. Con riferimento alla questione sub ii), si osserva che l'ingerenza risultante dall'applicazione della legge regionale, limitandosi ad imporre che l'atto rituale sia preceduto da uno stordimento reversibile dell'animale, non determina un radicale divieto nei confronti della pratica di macellazione religiosa<sup>37</sup>.

Sul punto, il ragionamento del giudice europeo risulta saldamente ancorato al dato logico e non sembra tenere conto del contenuto dei precetti religiosi riportato dalle parti ricorrenti. Infatti, nel momento in cui afferma che

“una normativa nazionale che impone l'obbligo di previo stordimento dell'animale durante la macellazione rituale, disponendo nel contempo che tale stordimento sia reversibile e che non provochi la morte dell'animale, rispetta il contenuto essenziale dell'art. 10 della Carta”

la Corte sembra assumersi il ruolo di interprete dei sopraccitati precetti religiosi, pronunciandosi di fatto nel merito degli stessi. Si tratta di una posizione differente rispetto a quanto riportato dall'Avvocato Generale nelle sue conclusioni, ove si osserva che la Corte di Giustizia, in quanto giudice laico, non può farsi carico di scelte interpretative in punto di ortodossia religiosa, ma deve limitarsi a prendere atto di quanto riportato dai membri di una determinata comunità circa l'esistenza di un elemento essenziale di un rito religioso<sup>38</sup>.

Con riferimento al requisito sub iii), relativo al rispetto del principio

*mato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2016, 2, pp. 329 e ss.

<sup>37</sup> Sulla controversa nozione di “contenuto essenziale” dei diritti sanciti dalla Carta K. GUTMAN, *The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?*, in *German Law Journal*, 2019, 6, pp. 884 e ss.; O. SCARCELLO, *Preserving the 'Essence' of Fundamental Rights under Article 52(1) of the Charter: A Sisyphbean Task?*, in *European Constitutional Law Review*, 2020, 4, pp. 647 e ss.

<sup>38</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale G. Hogan, presentate il 10 settembre 2020, causa C-336/19, par. 47, ove si conferma la validità di tali assunti anche nell'ipotesi

di proporzionalità alla luce della necessità della misura<sup>39</sup>, la Corte sottolinea l'ampio margine di discrezionalità di cui gode il legislatore nazionale in applicazione dell'art. 10 della Carta UE. Si tratta di un'impostazione, si osserva, che è fatta propria dal Regolamento n. 1099/2009/CE nel momento in cui riconosce la mancanza di un ampio consenso tra gli Stati membri nella materia considerata e di conseguenza attribuisce a questi ultimi la facoltà di adottare normative derogatorie rispetto allo strumento europeo<sup>40</sup>. Allo stesso tempo, la Corte riconosce che i valori e le concezioni esistenti negli ordinamenti giuridici europei sono in continua evoluzione e si caratterizzano, in particolare, per una sempre maggiore attenzione nei confronti del benessere animale. Questo dato sociale corrobora ulteriormente la tesi in favore del carattere proporzionato della normativa adottata nella Regione delle Fiandre<sup>41</sup>.

Inoltre, il carattere proporzionato dell'ingerenza è giustificato dal fondamento scientifico che sostiene l'intervento del legislatore fiammingo, il quale dimostra che il metodo di stordimento prescritto dalla normativa nazionale non è letale e che la morte dell'animale è causata esclusivamente dall'emorragia, come richiesto dai riti religiosi<sup>42</sup>.

Da ultimo, a sostegno del carattere proporzionato della misura nazionale, la Corte rileva come la legge in questione non abbia introdotto nessuna limitazione nei confronti dell'importazione (o della messa in circolazione) di prodotti derivanti da animali macellati ritualmente e senza stordimento preventivo in un altro Stato membro o in un paese terzo. Pertanto, le comunità religiose conservano la possibilità di procurarsi questo tipo di alimento, la cui produzione risulta al momento consentita nella maggioranza dei paesi europei<sup>43</sup>. Considerazioni di questo tenore riprendono il ragionamento effettuato, a suo tempo, dalla Corte europea

in cui vi siano divergenze di vedute sul tema anche all'interno delle stesse comunità religiose (v. al riguardo quanto riportato *supra*, nota n. 13).

<sup>39</sup> R. CISOTTA, *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta*, cit., pp. 53 e ss.; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019, 6, pp. 907 e ss.; K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, cit., p. 393.

<sup>40</sup> CGUE, Grande Sezione, 17 dicembre 2020, causa C-336/19, par. 67-71.

<sup>41</sup> CGUE, Grande Sezione, 17 dicembre 2020, causa C-336/19, par. 77.

<sup>42</sup> CGUE, Grande Sezione, 17 dicembre 2020, causa C-336/19, par. 75.

<sup>43</sup> CGUE, Grande Sezione, 17 dicembre 2020, causa C-336/19, par. 78.



dei diritti dell'uomo nella risalente sentenza *Cha'are Shalom Ve Tsedek*<sup>44</sup>: in quella occasione, la Corte di Strasburgo aveva ritenuto che il diniego delle autorizzazioni necessarie allo svolgimento di macellazioni di tipo rituale non costituiva una violazione dell'art. 9 CEDU, nel momento in cui i praticanti avrebbero potuto facilmente ottenere i prodotti compatibili con le proprie prescrizioni religiose attraverso l'importazione dall'estero<sup>45</sup>. Come anche indicato nell'opinione dissenziente congiunta<sup>46</sup>, un ragionamento di questo tenore presta il fianco a numerose criticità, non essendo garantita la possibilità sine die di procurarsi generi alimentari conformi ai precetti religiosi per il tramite dell'importazione<sup>47</sup>. Emerge, inoltre, il rischio che gli ordinamenti nazionali possano farsi forza della sentenza della Corte di Strasburgo (nonché, della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia) per giustificare il divieto di effettuare macellazioni rituali nel proprio territorio, proprio assumendo la possibilità di ottenere i prodotti alimentari da paesi che consentono tale pratica. Sembra, pertanto, che la pragmatica considerazione da ultimo illustrata non contribuisca alla solidità delle argomentazioni della Corte di Giustizia.

<sup>44</sup> Corte EDU, Grande Camera, 27 giugno 2000, *Affaire Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* su ricorso n. 27417/95.

<sup>45</sup> Corte EDU, Grande Camera, 27 giugno 2000, *Affaire Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* su ricorso n. 27417/95, par. 80 e ss. Si sottolineava, in particolare, la possibilità per i praticanti di rifornirsi di carne di tipo *glatt* (i.e. macellata secondo gli stringenti requisiti previsti dal testo sacro *Shulchan Aruch*) attraverso l'importazione dal Belgio.

<sup>46</sup> Si veda l'Opinione dissenziente congiunta dei giudici Bratza, Fischbach, Thomassen, Tstsá-Nikolovska, Pan íru, Levits And Traja, ove si sottolinea che “*the fact that the applicant association is able to import 'glatt' meat from Belgium does not justify in this case the conclusion that there was no interference with the right to the freedom to practise one's religion through performance of the rite of ritual slaughter. [...] In our view, the possibility of obtaining 'glatt' meat by other means is irrelevant for the purpose of assessing the scope of an act or omission on the part of the State aimed, as in the present case, at restricting exercise of the right to freedom of religion*”.

<sup>47</sup> Si vedano i commenti di C.E. HAUPT, *Free Exercise of Religion and Animal Protection: A Comparative Perspective on Ritual Slaughter*, in *The George Washington International Law Review*, 2007, 4, pp. 855 e ss.; M. PARISI, *Il caso Cha'are Shalom Ve Tsedek: un nuovo intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di libertà religiosa*, in *Il diritto ecclesiastico*, 2001, 3, pp. 176 e ss.

5. *Valori europei, identità nazionale e benessere degli animali: quale futuro per la libera circolazione delle merci?*

La decisione della Corte di Giustizia offre l'occasione per formulare alcune riflessioni sulla crescente attenzione della comunità (nazionale e internazionale) nei confronti del benessere animale. Una tendenza che, inevitabilmente, interessa anche le istituzioni europee, non solo nel momento in cui esse si facciano portatrici di istanze sociali condivise, ma anche quando occorre bilanciare le misure adottate dagli Stati con il diritto dell'Unione europea.

Nella sentenza *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, la Corte di Giustizia ha riconosciuto che la possibilità di importare prodotti alimentari dall'estero consente alle minoranze religiose di rispettare i precetti imposti dal loro credo, senza sacrificare gli standard di tutela del benessere animale vigenti nell'ambito di un determinato ordinamento giuridico nazionale. Tuttavia, la Corte non ha tenuto in conto che tale prospettiva potrebbe risultare indebolita (se non venire meno) nell'ipotesi in cui un crescente numero di Stati decida di adottare normative più restrittive nei confronti della macellazione senza stordimento preventivo. Tra gli Stati membri dell'Unione europea, il quadro d'insieme appare quantomeno variegato: se la maggior parte degli ordinamenti non prevede restrizioni all'esercizio della macellazione rituale o ne fa oggetto di espresse esenzioni, vi sono dei casi in cui è previsto un espresso obbligo di stordimento o non è stata introdotta nessuna disposizione nazionale in deroga alla disciplina del Regolamento n. 1099/2009/CE<sup>48</sup>.

Inoltre, è possibile che le esigenze di tutela degli animali arrivino, in futuro, a giustificare delle misure restrittive all'importazione di prodotti che non rispondono agli standard imposti a livello europeo. Si tratta di conseguenze che trovano la propria origine nelle trasformazioni sociali e culturali che interessano una determinata comunità, suscettibili di evoluzione nel corso del tempo<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Si veda Law Library of Congress (U.S.) – Global Legal Research Directorate, *Legal Restrictions on Religious Slaughter in Europe*, Washington D.C., 2018, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>49</sup> Si tratta di una questione che, peraltro, può interessare anche gli scambi commerciali nel mercato interno, aventi ad oggetto, ad esempio, prodotti alimentari che risultano caratterizzanti la cultura di un determinato Stato membro e che pongono, al

Al momento, il regolamento n. 1099/2009/CE vieta agli Stati membri di introdurre misure di questo tipo, anche se solo con riferimento ai prodotti provenienti dagli altri paesi europei<sup>50</sup>. Tuttavia, già con riguardo alle importazioni dagli Stati terzi, il regolamento concorre a stabilire i requisiti che devono essere posseduti dagli stabilimenti produttivi che operano in tali Paesi<sup>51</sup>, affinché questi possano essere inseriti nell'elenco compilato conformemente al regolamento n. 1099/2009/CE e quindi autorizzati all'esportazione in territorio europeo<sup>52</sup>.

Vi sono ulteriori atti legislativi che prevedono delle restrizioni all'ingresso nel territorio dell'Unione europea di determinati prodotti: ad esempio, il Regolamento n. 1223/2009/CE vieta l'immissione sul mercato di prodotti cosmetici che siano stati oggetto di sperimentazione sugli animali<sup>53</sup>; il Regolamento n. 1523/2007/CE è stato adottato con l'obiettivo di vietare la commercializzazione, l'importazione e l'esportazione di prodotti contenenti pelliccia di cane o di gatto<sup>54</sup>; il regolamento n. 1007/2009/CE limita l'immissione di prodotti derivanti dalla foca nel mercato europeo, consentendo soltanto l'ingresso di quelli provenienti dalla caccia tradizionale praticata dalle comunità indigene<sup>55</sup>.

contempo, questioni etiche derivanti dal trattamento degli animali durante la produzione. Si veda A. PETERS, *Ein Weihnachtsgeschenk für Enten und Gänse: Die vollständige Ächtung von Foie gras*, in *Völkerrechtsblog*, 22 dicembre 2021, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>50</sup> Art. 26, par. 4, del Regolamento n. 1099/2009/CE. La disposizione prevale sulla possibilità per gli Stati membri di introdurre deroghe al divieto di restrizioni quantitative alla libera circolazione delle merci, di cui all'art. 36 TFUE, in quanto il Regolamento ha introdotto una disciplina uniforme su cui le legislazioni nazionali non possono incidere. Si veda M. MIGLIAZZA, *Commento all'articolo 36 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 252.

<sup>51</sup> Art. 12 del Regolamento n. 1099/2009/CE.

<sup>52</sup> Regolamento n. 854/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, che stabilisce norme specifiche per l'organizzazione di controlli ufficiali sui prodotti di origine animale destinati al consumo umano, in GU L 139 30.4.2004, p. 226.

<sup>53</sup> Art. 18 del Regolamento n. 1223/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 novembre 2009, sui prodotti cosmetici (rifusione), in GU L 342 22.12.2009, p. 59.

<sup>54</sup> Regolamento n. 1523/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 che vieta la commercializzazione, l'importazione nella Comunità e l'esportazione fuori della Comunità di pellicce di cane e di gatto e di prodotti che le contengono, in GU L 343 27.12.2007, p. 1.

<sup>55</sup> Regolamento n. 1007/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16

Peraltro, il regolamento da ultimo citato è stato oggetto di contenzioso dinanzi all'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), in quanto alcuni Stati (tra cui il Canada e la Norvegia) lamentavano la violazione di alcune disposizioni del *Technical Barriers to Trade (TBT) Agreement* e del *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 1994* proprio per effetto delle citate restrizioni<sup>56</sup>. Nondimeno, pur ravvisando alcuni profili critici della disciplina europea rispetto alle regole del commercio internazionale, l'Organo d'appello ha ritenuto che la misura fosse giustificabile alla luce dell'art. XX, lett. a), del GATT 1994, in quanto ispirata alla tutela della moralità pubblica<sup>57</sup>. La decisione si caratterizza per avere ammesso, per la prima volta, la possibilità che una restrizione all'importazione e al commercio di prodotti possa essere giustificata dall'esigenza di tutelare il benessere degli animali come parte della moralità pubblica, quest'ultima riempita di contenuto dal sentire comune dei cittadini europei.

Al riguardo, è interessante notare che la normativa europea è stata ricondotta nel quadro dell'eccezione di cui alla lett. a) del citato art. XX GATT 1994 (che riguarda le misure "necessarie alla tutela della morale pubblica") e non nell'ambito della successiva lett. b) (misure "necessarie alla protezione della sanità e della vita delle persone e degli animali e alla conservazione dei vegetali"). Pur non contenendo quest'ultima nessun riferimento al benessere degli animali nel suo complesso, ma riguardan-

settembre 2009 sul commercio dei prodotti derivati dalla foca, in GU L 286 31.10.2009, p. 36.

<sup>56</sup> Si tratta del contenzioso WT/DS400, *European Communities - Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, le cui informazioni sono disponibili sul sito ufficiale dell'OMC, reperibile sulla rete interconnessa. In argomento M. CITELLI, *Public Morals, Animal Welfare and Indigenous People vs. International Trade Law? The Ec-Seal Products Case*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 3, pp. 623 e ss.; K. SYKES, *Sealing Animal Welfare into the GATT Exceptions: the International Dimension of Animal Welfare in WTO Disputes*, in *World Trade Review*, 2014, 3, pp. 471 e ss.

<sup>57</sup> Appellate Body Report, *European Communities - Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, adottato il 18 giugno 2014. A seguito dei rilievi sollevati dall'organo di risoluzione delle controversie dell'OMC, il Regolamento n. 1007/2009/CE è stato modificato dal Regolamento n. 2015/1775/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 2015 che modifica il Regolamento n. 1007/2009/CE sul commercio dei prodotti derivati dalla foca e che abroga il Regolamento n. 737/2010/UE della Commissione, in GU L 262 7.10.2015, p. 1.

do soltanto il 'bene della vita', tale clausola può assumere maggiore rilevanza qualora si accogliesse una interpretazione estensiva<sup>58</sup>.

Ad ogni modo, sembra che anche con riferimento al benessere degli animali possa potenzialmente profilarsi un dibattito circa le modalità di riconciliazione delle norme sul commercio internazionale e gli strumenti posti a tutela di valori non commerciali. La questione già sussiste con riferimento ad altre tematiche, come ad esempio il concomitante settore della tutela dell'ambiente<sup>59</sup>, nell'ambito del quale si è assistito ad una progressiva presa di coscienza degli obiettivi relativi alla lotta ai cambiamenti climatici e allo sviluppo sostenibile. In questo contesto, occorre tenere in considerazione il ruolo dell'Unione europea come attore globale, con capacità di influenzare non solo la condotta di Stati terzi, ma anche le rispettive legislazioni nazionali e le azioni che contribuiscono all'evoluzione del diritto internazionale<sup>60</sup>. Il Regolamento n. 1099/2009/CE determina una estensione territoriale del diritto dell'Unione europea nel momento in cui esso si applica ai prodotti oggetto di importazione nell'Unione, ma derivanti da macellazioni eseguite nel territorio di uno Stato terzo: pertanto, esso contribuisce a promuovere all'esterno dei con-

<sup>58</sup> Negli stessi termini, l'art. 2, par. 2 del *Technical Barriers to Trade (TBT) Agreement* stabilisce che “*Members shall ensure that technical regulations are not prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade. For this purpose, technical regulations shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create. Such legitimate objectives are, inter alia: national security requirements; the prevention of deceptive practices; protection of human health or safety, animal or plant life or health, or the environment. In assessing such risks, relevant elements of consideration are, inter alia: available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products*” (enfasi aggiunta).

<sup>59</sup> G. SACERDOTI, *La disciplina del commercio internazionale e la protezione dell'ambiente*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007, pp. 63 e ss.; L. SCHIANO DI PEPE, *Climate law implications of the Maritime Silk Road Initiative*, in K. ZOU, S. WU, Q. YE (eds.), *The 21st Century Maritime Silk Road. Challenges and Opportunities for Asia and Europe*, Londra, 2019, pp. 134 e ss.

<sup>60</sup> Sul multiforme rapporto tra il diritto dell'Unione europea e il diritto internazionale, si vedano F. HOFFMEISTER, *The Contribution of EU Practice to International Law*, in M. CREMONA (ed.), *Developments in EU External Relations Law*, Oxford, 2008, pp. 37 e ss.; J. KLABBERS, *Straddling the Fence. The EU and International Law*, in A. ARNULL, D. CHALMERS (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, 2015, pp. 52 e ss.

fini europei l'obiettivo di migliorare il benessere degli animali<sup>61</sup>. Non è escluso che, in futuro, ulteriori restrizioni all'importazione possano derivare dall'evoluzione, in tal senso, del sentire dei cittadini europei, che contribuisce a riempire di contenuto i valori comuni dell'Unione europea<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> J. Scott, *The Global Reach of EU Law*, in M. Cremona, J. Scott, *EU Law Beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law*, Oxford, 2019, pp. 21 e ss.

<sup>62</sup> In argomento C. TUDGE, *Conclusion - animal welfare and the ideal of Europe*, in Council of Europe (eds.), *Ethical Eye: Animal Welfare*, 2006, pp. 255 e ss.; P. MORI, *Il primato dei valori comuni dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, 1, pp. 427 e ss.

## ABSTRACT

*Protection of animals at the time of killing – regulation 1099/2009/CE  
obligation to stun animals before they are killed – ritual slaughtering  
freedom of religion*

*The article comments the decision of the Court of Justice of the European Union in the case C-336/19, concerning the Regulation 1099/2009/EC on the on the protection of animals at the time of killing. The Court clarified that Member States are not obliged to ensure the derogation from the principle of prior stunning of animals during slaughter, in relation to slaughter carried out for religious purposes. Indeed, national law can ensure a fair balance between animal welfare, as a value recognised by Article 13 TFEU, and the right to manifest religion, guaranteed by Article 10 of the EU Charter of Fundamental Rights. The Court of Justice has held that the possibility of importing food from abroad allows religious minorities to respect the precepts imposed by their beliefs, without sacrificing the animal welfare standards in force within a given national legal system. However, the Court did not take into account that this perspective could be weakened if an increasing number of States decided to adopt more restrictive rules against slaughter without prior stunning. In general, the decision offers the floor to some reflections on the ‘global appeal’ of EU law and on the reconciliation of international trade rules and instruments protecting non-trade values.*





## La responsabilità omissiva del proprietario dell'area in materia di abbandono di rifiuti e di bonifica dei siti contaminati

WALTER DI LINGUA\*

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV – 28 giugno 2022, n. 5384 – Pres. Lamberti,  
Est. Verrico – (Omissis) ed a. (avv.ti Romanelli e Tonello) c. Comune di  
(Omissis) ed A.

**Ambiente – Inquinamento – Terreno agricolo – Misure di prevenzione e di  
messa in sicurezza di emergenza e presentazione di un piano di caratteriz-  
zazione per la bonifica dell'area – Proprietario – Individuazione del sog-  
getto responsabile.**

*Il proprietario di un'area in cui terzi abbiano posto in essere una condotta di abbandono illecito di rifiuti può essere destinatario di un ordine di bonifica qualora lo sversamento illecito sia a lui imputabile a titolo di dolo o di colpa, a seguito di un serio accertamento della sua responsabilità da effettuarsi in contraddittorio. La responsabilità colposa del proprietario può derivare da una condotta omissiva consistente nella mancata adozione delle cautele e degli accorgimenti che l'ordinaria diligenza suggerisce ai fini di un'efficace custodia e protezione dell'area.*

SOMMARIO: 1. La controversia. – 2. Il contesto normativo e giurisprudenziale. – 3. La decisione del Consiglio di Stato.

\* Tirocinante ex art. 73 D.L. 69/2013 presso la Corte d'Appello di Milano.

## 1. *La controversia*

Con la sentenza in epigrafe il Consiglio di Stato ha ritenuto responsabile dell'inquinamento della falda sottostante di un vigneto il suo proprietario, per aver omesso di adottare le cautele necessarie ad evitare che ivi terzi abbandonassero illecitamente rifiuti.

La vicenda oggetto di analisi da parte del giudice amministrativo di secondo grado concerne un'ipotesi di contaminazione del sottosuolo di un vigneto – nel quale è stato individuato la presenza di materiale alloctono – causata da attività non autorizzata di scarico di rifiuti di industrie marmifere e di RSU del Comune. Tali rifiuti – provenienti da una discarica adiacente al vigneto conosciuta e autorizzata dal Comune – originariamente erano stati sversati in cave esaurite. Queste ultime, tuttavia, erano state convertite in un vigneto le cui falde sottostanti risultavano inquinate a causa dei rifiuti presenti.

Per questa ragione il proprietario dell'area è stato il destinatario di una diffida comunale a porre in essere le misure di prevenzione e di messa in sicurezza e a trasmettere il piano di caratterizzazione per il procedimento di bonifica<sup>1</sup>, in quanto responsabile – seppur a titolo meramente omissivo – dell'inquinamento, per non essersi mai opposto allo sversamento dei rifiuti. Dopo essersi infruttuosamente rivolto al T.A.R. per il Veneto, asserendo di non essere responsabile della contaminazione, il ricorrente si è rivolto al Consiglio di Stato facendo valere due motivi di doglianza: in primo luogo, asserendo come l'imputabilità dell'inquinamento fosse da attribuire interamente al Comune avendo questo gestito l'attività illecita di sversamento; in secondo luogo, lamentando l'inadeguatezza dell'istruttoria pubblica la quale aveva individuato anch'egli quale responsabile dell'inquinamento del vigneto.

## 2. *Il contesto normativo e giurisprudenziale*

Per comprendere le tematiche affrontate dal giudice amministrativo

<sup>1</sup> Ai sensi dell'art. 242, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

in questa pronuncia e il tenore della decisione da questo presa, occorre passare brevemente in rassegna la normativa di riferimento.

Il legislatore si è preoccupato di predisporre una normativa volta a combattere e prevenire condotte di c.d. ‘abbandono di rifiuti’<sup>2</sup>. La ragione per la quale si è posta particolare attenzione nel contrastare queste pratiche va rintracciata nel fatto che la dispersione di sostanze od oggetti<sup>3</sup> – senza che questi vengano trattati da appositi sistemi di gestione – provoca gravissimi danni all’ambiente<sup>4</sup>.

Le misure predisposte dal legislatore assolvono una funzione ripristinatoria e preventiva del bene giuridico ambiente e trovato fondamento in principi di origine nazionale e sovranazionale. Il riferimento è anzitutto ai principi di precauzione, al principio di prevenzione e al principio ‘chi inquina paga’ individuati all’art. 191, par. 2, TFUE, nonché al principio di prossimità e al principio di autosufficienza particolarmente rilevanti in materia di rifiuti<sup>5</sup>.

La normativa in materia di ambientale, compresa quella sui rifiuti, trova fondamento anche in Costituzione. A seguito della recente riforma

<sup>2</sup> La normativa, di origine europea, è confluita nel D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante: “Norme in materia ambientale”.

<sup>3</sup> Riprendendo la nozione di rifiuto di cui all’art. 183, comma 1, lettera a), D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, quale: “Qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia intenzione o abbia l’obbligo di disfarsi”. Sulla nozione di rifiuto si veda su tutti F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: da “problema” a “risorsa” nel sistema dell’Economia Circolare*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, quinta edizione, Torino, 2021, pp. 324 e ss., p. 330 ss.

<sup>4</sup> La gravità dei danni provocati all’ambiente dipende anche dal fatto che condotte di abbandono di rifiuti sono sempre più frequenti. Come afferma L. RAMACCI, *Abbandono di rifiuti e discarica abusiva nella giurisprudenza di legittimità*, in *Rassegna dell’Arma dei Carabinieri*, 2019, fasc. 3, pp. 129 e ss., p. 131, l’abbandono di rifiuti è divenuta una pratica frequente, in grado di coinvolgere anche la criminalità organizzata, stante il vorticoso giro d’affari ed essa collegato.

<sup>5</sup> Per un’analisi dei principi rilevanti in materia ambientale si veda O. PORCHIA, *Le politiche dell’Unione europea in materia ambientale*, in AA.VV., *Trattato di diritto dell’ambiente - Le politiche ambientali lo sviluppo sostenibile e il danno*, Milano, 2014, p. 153 ss.; M. MONTINI, *Evoluzione, principi e fonti del diritto internazionale dell’ambiente*, in P. DELL’ANNO - E. PICOZZA, *Trattato di diritto dell’ambiente - Principi generali*, Padova, 2012, p. 9 ss. Si guardi anche S. GRASSI, (voce) *Tutela dell’ambiente (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, 2007, pp. 1122-1126. Per un’analisi dei principi operanti in relazione alla specifica materia dei rifiuti, F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: da “problema” a “risorsa” nel sistema dell’Economia Circolare*, cit., p. 339 ss.

costituzionale<sup>6</sup>, infatti, la tutela ambientale ha trovato spazio all'interno dell'art. 9 Cost. e dell'art. 41 Cost.<sup>7</sup>.

La tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali è una materia particolarmente complessa, tant'è che in Costituzione – a partire dal 2001 con la riforma del Titolo V – è stata prevista una competenza legislativa esclusiva dello Stato<sup>8</sup>. Ciò non è stato d'ostacolo ad una distribuzione delle competenze anche a livello locale (in particolare, si è avuto un ampio coinvolgimento delle Regioni)<sup>9</sup>. Tale fenomeno di dislocazione delle competenze risulta particolarmente evidente in relazione alla materia dell'abbandono dei rifiuti. Basti pensare al ruolo da protagonista assunto dal Sindaco nelle procedure di rimozione ripristinatoria<sup>10</sup> e dagli Enti locali in materia di bonifiche<sup>11</sup>. Tuttavia, questa articolazione – seppur consente di adattare la normativa alle peculiarità dei singoli luoghi

<sup>6</sup> Avutasi con L. Cost. 11 febbraio 2022, n. 1, recante “Modifiche degli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente”.

<sup>7</sup> In merito alla riforma si veda G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *ambientediritto.it*, 2022, pp. 118 e ss. Si guardi anche R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?* in *federalismi.it*, 2022, pp. 187 e ss. In relazione ai profili critici sollevati dalla riforma C. MARCELLO, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, pp. 351-354; e C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale dell'ambiente: un profilo critico*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2022, p. 199.

<sup>8</sup> In particolare, è l'art. 117, comma 2, lettera s) Cost. a prevederla.

<sup>9</sup> In relazione a questo tema si veda, M. RENNA, *L'allocazione delle funzioni normative e amministrative*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 148 ss., il quale sottolinea come la frammentazione delle competenze rende poco razionale ed organico il sistema. Sulla dislocazione delle competenze si veda anche

E. MOSTACCI, *L'ambiente e il suo diritto nell'orbita costituzionale*, in AA.VV., *Trattato di diritto dell'ambiente - Le politiche ambientali lo sviluppo sostenibile e il danno*, cit., p. 271 ss.

<sup>10</sup> ai sensi dell'art. 192, comma 3, D.lgs. 3 aprile 2022, n. 152.

<sup>11</sup> Per un'analisi del riparto delle funzioni amministrative in materia di bonifiche, F. GRASSI, *Bonifica dei siti contaminati*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., pp. 492-493. Sinteticamente può dirsi come alle Regioni sono attribuite una serie di funzioni amministrative che riguardano sia i compiti di autorizzazione e programmazione, sia l'esecuzione diretta degli interventi; alle Province sono attribuiti prevalentemente funzioni di controllo; i Comuni sono i destinatari delle comunicazioni circa l'esistenza di un evento di potenziale contaminazione e provvedono alla bonifica in assenza di intervento o individuazione del responsabile; il Sindaco ha competenza in materia di rimozione dei rifiuti e di emergenze sanitarie.

– crea delicate problematica dal punto di vista del riparto delle competenze<sup>12</sup>.

Il legislatore all'art. 192, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. T.U. ambiente)<sup>13</sup>, vieta tre condotte: l'abbandono incontrollato di rifiuti sul suolo e nel suolo<sup>14</sup>; il deposito incontrollato di rifiuti sul suolo e nel suolo<sup>15</sup>; l'immissione di rifiuti, allo stato solido o liquido, nelle acque superficiali e sotterranee<sup>16</sup>. Il mancato rispetto del divieto implica per il trasgressore la soggezione ad una sanzione amministrativa (pecuniaria<sup>17</sup> e ripristinatoria<sup>18</sup>) e, nel caso di condotte di abbandono o deposito di rifiuti poste in essere da titolari di imprese e responsabili di enti<sup>19</sup>, ad una sanzione

<sup>12</sup> Ad esempio, recentemente il T.A.R. Brescia (Lombardia), con ordinanza 8 agosto 2022, n. 787, ha sollevato questione di legittimità costituzionale al fine di verificare se l'art. 5 della l.r. n. 30/06 contrasti con l'art. 117, comma 2, lettera s) Cost. Tale legge regionale attribuisce alle amministrazioni comunali le funzioni amministrative in materia di bonifiche dei siti inquinanti ponendosi confliggendo con l'art. 242, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, il quale attribuisce tali funzioni esclusivamente alle regioni.

<sup>13</sup> Per un approfondimento della normativa si veda M.F. TOMMASINI, *La fenomenologia del rifiuto tra atti di dismissal e tutela del bene ambiente*, in *Contratto e impresa*, 2018, 1, pp. 416 e ss., p. 434 ss.

<sup>14</sup> Definito quale attività connotata da occasionalità e discontinuità (si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 21 ottobre 2015, n. 42222).

<sup>15</sup> Definito quale attività di raggruppamento temporaneo di rifiuti, che rimangono nella disponibilità del produttore, in vista di operazioni di gestione da eseguirsi in periodi successivi (si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 15 febbraio 2022, n. 5297).

<sup>16</sup> Definito quale rilascio episodico, in acque superficiali e sotterranee, di qualsiasi rifiuto sia solido che liquido (si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 27 aprile 2011, n. 16446).

<sup>17</sup> Ai sensi dell'art. 255, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

<sup>18</sup> Ai sensi dell'art. 192, comma 3, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

<sup>19</sup> La giurisprudenza per individuare i titolari di imprese e i responsabili di enti tende a far riferimento ad un criterio sostanziale. Questo vuol dire che al fine di comprendere se sia applicabile una sanzione di carattere penale non va guardata la formale investitura assunta dal soggetto che ha posto in essere la condotta vietata (nel caso di specie, l'iscrizione nel registro delle imprese) ma occorre considerare l'effettiva attività svolta dell'ente, capendo se possa essere ricondotta nell'attività di impresa così come individuata dall'art. 2082 c.c. (*ex plurimis*, si veda, Cass. pen., Sez. III, 2 marzo 2014, n. 9544; Cass. pen., Sez. III, 13 marzo 2008, n. 19207; Cass. pen., Sez. III, 5 aprile 2017, n. 30133; Cass. pen., Sez. III, 15 novembre 2018, n. 51576; Cass. pen., Sez. III, 28 luglio 2021, n. 2958). Ci sono tentativi operati dalla giurisprudenza volti ad interpretare in maniera particolarmente espansiva l'art. 256, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152. Ad esempio, in Cass. pen., Sez. III, 29 maggio 2019, n. 23794, l'applicabilità dell'articolo viene estesa

penale<sup>20</sup>. Si prevede<sup>21</sup> come siano obbligati “a procedere alla rimozione, all’avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi” – in solido con l’autore della condotta vietata – il proprietario e i titolari di diritti reali o personali di godimento sull’area, ritenuti soggettivamente responsabili a seguito di accertamenti effettuati, in contraddittorio con gli interessati, dai soggetti preposti al controllo.

La responsabilità che ricade sul proprietario e sui titolari di diritti reali o personali di godimento sull’area non è oggettiva, essendo richiesta l’individuazione nei loro confronti di una condotta dolosa o, quantomeno, colposa. Tale disciplina è ispirata al rispetto del c.d. *The Polluter Pays Principle* (o, principio ‘chi inquina paga’)<sup>22</sup>, essendo tesa ad evitare che vengano addossati obblighi di ripristino e smaltimento in capo a soggetti che non hanno contribuito né colposamente, né dolosamente alla condotta di abbandono di rifiuti. L’estensione dell’obbligo di corretto smaltimento dei rifiuti e di ripristino dei luoghi ai proprietari e ai titolari di diritti reali o personali di godimento sull’area, trova fondamento in due ulteriori elementi: il primo è che tali soggetti sono quelli meglio in grado di compiere operazioni di vigilanza e controllo sulla loro area; il secondo è che nella prassi gli autori di condotte di abbandono di rifiuti sono igno-

a tutti i soggetti titolari o responsabili di attività, connotate da stabile organizzazione, che percepiscono un vantaggio economico in caso di abbandono incontrollato di rifiuti. Interpretazioni di tale portata non sembrano totalmente condivisibili, comportando un eccessivo sacrificio al carattere di *extrema ratio* attribuito alle norme penali.

<sup>20</sup> Ai sensi dell’art. 256, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

<sup>21</sup> All’art. 192, comma 3, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

<sup>22</sup> Il principio trova menzione nell’art. 191, par. 2, TFUE e nella direttiva 2004/35/CE ed è volto a favorire l’internalizzazione delle diseconomie esterne, sopportate dalla generalità dei consociati, prodotte da attività con un forte impatto ambientale. Per un’analisi del principio ‘chi inquina paga’ si veda, O. PORCHIA, *Le politiche dell’Unione europea in materia ambientale*, cit., p. 171; B. CARAVITA, L. CASSETTI, *La comunità internazionale*, in (a cura di) B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE, *Diritto dell’ambiente*, Bologna, 2016, p. 67 ss.; F. GOISIS, *Caratteri e rilevanza del principio comunitario “chi inquina paga” nell’ordinamento nazionale*, in *il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2009, pp. 2711e ss.; F.M. PALOMBINO, *Il significato del principio “chi inquina paga” nel diritto internazionale*, in questa *Rivista*, 2003, pp. 871 e ss. Sul principio ‘chi inquina paga’ in materia di rifiuti si veda, F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, in (a cura di) G. ROSSI, *Diritto dell’ambiente*, quarta edizione, Torino, 2017, pp. 306-307. In relazione alla disciplina delle bonifiche si veda C. VIVANI, *Il principio “chi inquina paga” e gli obblighi di messa in sicurezza e di bonifica dei siti contaminati*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2018, pp. 1213-1215.

ti, quindi l'estensione della responsabilità ad altri soggetti consente di poter agire contro qualcuno (comunque, soggettivamente responsabile) anche in assenza della conoscenza dell'autore della violazione.

Per poter procedere fruttuosamente al ripristino dell'area oggetto di sversamento illecito di rifiuti "il Sindaco dispone con ordinanza le operazioni a tal fine necessarie ed il termine entro cui provvedere, decorso il quale procede all'esecuzione in danno dei soggetti obbligati ed al recupero delle somme anticipate". L'inottemperanza all'ordinanza del Sindaco comporta per l'autore dell'illecito – nonché per il proprietario e i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area – l'applicazione di una sanzione penale<sup>23</sup>.

La disciplina menzionata presenta uno stretto legame con la disciplina delle bonifiche dei siti contaminati<sup>24</sup>. I rifiuti, normalmente, contaminano il suolo in cui sono illecitamente abbandonati, rendendo necessaria non solo un'operazione di rimozione degli stessi ma anche l'esecuzione di interventi di bonifica. L'art. 239, comma 2, lettera a) del T.U. ambiente, prevede che le disposizioni in materia di bonifica non trovino applicazione nelle ipotesi di 'abbandono di rifiuti'. In tal caso, a seguito della rimozione, avvio a recupero, smaltimento dei rifiuti abbandonati o depositati in modo incontrollato, qualora si accerti il superamento dei valori di rischio occorrerà effettuare la caratterizzazione dell'area ai fini degli eventuali interventi di bonifica e ripristino ambientale<sup>25</sup>.

In materia di rifiuti, stante la sussistenza di uno stretto legame esistente tra l'abbandono illecito di rifiuti e la bonifica dei siti inquinati, risulta spesso complesso individuare la disciplina applicabile<sup>26</sup>. Comprendere

<sup>23</sup> Ai sensi dell'art. 255, comma 3, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

<sup>24</sup> Per un'analisi approfondita del tema E. PARISI, *La bonifica di siti inquinati: l'illusione della semplificazione amministrativa*, in questa *Rivista*, 2022, pp. 523 e ss. Si veda anche, R. AGNOLETTI, *I settori delle discipline ambientali*, in AA.VV., *Trattato di diritto dell'ambiente - Le politiche ambientali lo sviluppo sostenibile e il danno*, cit., p. 433 ss.; F. GRASSI, *Bonifica dei siti contaminati*, cit., pp. 489-507.

<sup>25</sup> Ciò trova conferma anche in giurisprudenza. Si veda, ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 23 dicembre 2021, n. 8546, con nota di F. PERES, *Sulla distinzione tra bonifica e abbandono di rifiuti*, in questa *Rivista online*, in cui si sottolinea come nonostante vi sia una stretta correlazione tra il concetto di bonifica e quello di rifiuto, la disciplina delle bonifiche non si applica all'abbandono dei rifiuti.

<sup>26</sup> Basti pensare alle difficoltà riscontrate dagli interpreti in relazione all'individuazione della disciplina applicabile ai c.d. 'materiali da riporto', come evidenziato da E.

a quale normativa si debba far riferimento in un caso concreto risulta essenziale a causa delle notevoli differenze che queste discipline presentano tra di loro<sup>27</sup>.

Particolare rilievo in questo ambito presenta la questione concernete la responsabilità del proprietario del fondo in cui è avvenuto l'illecito sversamento di rifiuti ad opera di terzi. Da un punto di vista normativo – come già evidenziato – l'art. 192 T.U. ambiente prevede una responsabilità di tipo soggettivo in capo al proprietario o titolare di diritti reali o personali di godimento sull'area. In materia di bonifica, invece, l'art. 253 T.U. ambiente – nel prevedere un onere reale gravante sull'incolpevole proprietario del terreno in cui è avvenuta la contaminazione – sembra delineare un'ipotesi di responsabilità di tipo oggettivo. Questo non vuol dire che l'amministrazione possa imporre al proprietario incolpevole l'obbligo di applicare misure di messa in sicurezza e bonifica, dovendo

PARISI, *La bonifica di siti inquinati: l'illusione della semplificazione amministrativa*, cit. Questi materiali sono definiti dal D.M. 10 agosto 2012, n. 161, all. 9, quali "miscela eterogenea di terreno naturale e di materiali di origine antropica, anche di derivazione edilizio-urbanistica pregressa che, utilizzati nel corso dei secoli per successivi riempimenti e livellamenti del terreno, si sono stratificati e sedimentati nel suolo fino a profondità variabili e che, compattandosi con il terreno naturale, si sono assestati determinando un nuovo orizzonte stratigrafico". L'interpretazione prevalente considera questi materiali quali "sorgente di contaminazione primaria", sottoponendoli, in applicazione delle linee guida di ISPRA, alla disciplina dell'abbandono dei rifiuti. Secondo F. VANETTI, *Sulla distinzione tra rimozione di rifiuti e bonifica*, in *RGA online*, non risulta corretto escludere aprioristicamente la possibilità di applicare a tale fattispecie la disciplina delle bonifiche. Occorrerebbe un intervento legislativo volto ad individuare, a seconda delle peculiarità che ogni fattispecie concreta presenta, la disciplina meglio in grado di regolare gli interessi in gioco.

<sup>27</sup> La prima differenza concerne la responsabilità da riconoscersi al proprietario incolpevole: mentre in materia di abbandono di rifiuti il proprietario se incolpevole non sarà tenuto al compimento delle operazioni di rimozione dei rifiuti, ricadendo tale obbligo sul Comune; in materia di bonifica il proprietario incolpevole sarà tenuto – nei limiti del valore del fondo – al rimborso delle operazioni di bonifica. Una seconda differenza concerne il fatto che in materia di bonifica, il credito vantato dal Comune per le operazioni svolte in sostituzione del responsabile è accompagnato da un privilegio speciale immobiliare, a differenza di ciò che accade in materia di abbandono di rifiuti. Infine, nella bonifica – a differenza di ciò che accade con l'abbandono di rifiuti – se il proprietario spontaneamente provvede a bonificare il sito, potrà avvalersi di un'azione disciplinata dall'art. 253, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, al fine di ottenere dal responsabile il risarcimento del "maggior danno subito".



necessariamente rivolgersi nei confronti dell'autore materiale della violazione. Nel caso in cui ciò risulti impossibile l'amministrazione dovrà eseguire d'ufficio l'intervento di bonifica<sup>28</sup>, potendo però rivolgersi al proprietario incolpevole per ottenere – nei limiti del valore del fondo – il rimborso dei costi sostenuti<sup>29</sup>.

Recentemente si è assistito a casi in cui l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha riconosciuto sussistere una 'generica' responsabilità oggettiva del proprietario dell'area – tanto ai fini della riduzione in pristino dell'area, che ai fini degli interventi di bonifica – in relazione all'illecito sversamento di rifiuti poso in essere prima che questi rivestisse la qualifica di detentore della stessa<sup>30</sup>. A queste conclusioni si è giunti ponendo un richiamo all'art. 14, paragrafo 1, della direttiva n. 2008/98/CE, in cui si dispone che “Secondo il principio chi inquina paga, i costi della gestione dei rifiuti sono sostenuti dal produttore iniziale o dai detentori del momento o dai detentori precedenti dei rifiuti”.

Questa norma, dunque, sembrerebbe legittimare l'operatività di ob-

<sup>28</sup> Ai sensi dell'art. 250, comma 1, D.Lgs. 3 aprile 2005, n. 152.

<sup>29</sup> Come chiarito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con sentenza 4 marzo 2015, C-534/13, in sede di risposta alla questione pregiudiziale sollevata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con ordinanza 25 settembre 2015, n. 21. Nel dispositivo della sentenza si legge che “La direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, deve essere interpretata nel senso che non osta a una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale, nell'ipotesi in cui sia impossibile individuare il responsabile della contaminazione di un sito o ottenere da quest'ultimo le misure di riparazione, non consente all'autorità competente di imporre l'esecuzione delle misure di prevenzione e di riparazione al proprietario di tale sito, non responsabile della contaminazione, il quale è tenuto soltanto al rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite del valore di mercato del sito, determinato dopo l'esecuzione di tali interventi”.

<sup>30</sup> In Cons. Stato ad. plen., 22 ottobre 2019, n. 10, si prevede che la bonifica del sito inquinato possa essere ordinata anche a carico di una società incolpevole, subentrata a quella responsabile dell'inquinamento, per effetto di fusione per incorporazione, nel regime previgente alla riforma del diritto societario, e per condotte antecedenti a quando l'istituto della bonifica è stato introdotto nell'ordinamento giuridico, ove gli effetti dannosi dell'inquinamento permangano al momento dell'adozione del provvedimento. In Cons. Stato ad. plen., 21 gennaio 2021, n. 3, si legge che gli oneri di ripristino e smaltimento dei rifiuti a cui è soggetta una società fallita, ricadono sulla curatela fallimentare e i relativi costi gravano sulla massa fallimentare.

blighi di bonifica o di ripristino indipendentemente dalla presenza di una responsabilità soggettiva del detentore momentaneo dei rifiuti. A detta dell'Adunanza plenaria, questa interpretazione – legittimata anche dalla direttiva n. 2004/35/CE – dovrebbe essere utilizzata quale criterio interpretativo nella lettura di tutte le disposizioni nazionali.

Ciò trova conferma nel fatto che le misure di bonifica e di ripristino non perseguono una finalità sanzionatoria, piuttosto sono improntate alla salvaguardia dell'ambiente. Il tentativo di forzare le maglie del T.U. ambientale – riconoscendo una responsabilità oggettiva del detentore dell'area – sarebbe quindi volto ad evitare che costi della bonifica ricadano sulla collettività tutte le volte in cui non si pervenga all'individuazione del soggetto soggettivamente responsabile per l'inquinamento causato. In sintesi, guardando all'inquinamento quale esternalità negativa si ritiene più giusto far ricadere i costi della bonifica sul detentore dei rifiuti piuttosto che sulla collettività.

Non sembra, tuttavia, corretto ritenere che la giurisprudenza amministrativa si sia sostituita al legislatore, andando a prevedere un'ipotesi di responsabilità oggettiva travalicando i limiti posti dalla disposizione nazionale, come taluno ha sostenuto<sup>31</sup>. L'Adunanza plenaria, nonostante parli di una responsabilità oggettiva del detentore in apparente contrasto con le disposizioni nazionali in materia, di fatto non viola la *ratio* giustificatrice di dette norme. A bene vedere, il detentore dei rifiuti incolpevole – nelle due ipotesi trattate dall'Adunanza plenaria nel 2019 e nel 2021 – risulta essere il destinatario di obblighi di bonifica o ripristino dell'area in quanto l'attività posta in essere dal precedente detentore soggettivamente responsabile dell'inquinamento è a lui giuridicamente riferibile.

In definitiva, pur essendovi degli spiragli che conducono – sulla scorta del principio 'chi inquina paga' – ad un riconoscimento sempre maggiore di una responsabilità oggettiva del proprietario del fondo al fine di addossargli obblighi di bonifica o di ripristino dell'area, occorre con-

<sup>31</sup> Si veda M. PEDERSOLI, *Il ruolo della giurisprudenza nell'inesorabile trasformazione dell'obbligo di ripristino ambientale in una forma di responsabilità oggettiva*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2021, p. 1266 ss., il quale sostiene che "L'obbligo di bonifica di un sito inquinato è stato trasformato, ad opera della giurisprudenza, in una ipotesi di responsabilità oggettiva in evidente difformità dell'attuale contesto normativo ispirato a criteri di responsabilità basati su addebiti a titolo di dolo o colpa".

siderare che tale tentativo non può che essere compiuto nel rispetto dei confini imposti dal legislatore.

### 3. *La decisione del Consiglio di Stato*

L'appello sollevato dal ricorrente confluì nella sentenza di cui in epigrafe è stato ritenuto infondato dal Consiglio di Stato. Il giudice amministrativo di secondo grado non ha ritenuto dover accogliere i motivi di doglianza che il proprietario del vigneto ha sollevato nell'opporsi alla diffida comunale volta ad ordinarli di porre in essere le misure di prevenzione e di messa in sicurezza e di trasmettere il piano di caratterizzazione per il procedimento di bonifica.

Con il primo motivo il ricorrente asseriva come egli fosse stato individuato quale soggetto oggettivamente responsabile della contaminazione, difettando la prova della sua colpa o del suo dolo in relazione all'inquinamento dell'area. In particolare, egli riteneva come la responsabilità per l'inquinamento del vigneto fosse da attribuire interamente al Comune, in quanto gestore dell'attività di sversamento illecito da cui era scaturita la contaminazione della falda sottostante al terreno.

Con il secondo motivo il ricorrente riteneva inadeguata l'istruttoria pubblica che lo individuava quale responsabile dell'inquinamento.

Nel respingere tali doglianze il Consiglio di Stato ha anzitutto chiarito che la responsabilità del proprietario di un'area in cui terzi abbiano illecitamente sversato rifiuti vada – ai sensi dell'art. 192, comma 3, T.U. ambiente – accertata rispettando il principio del contraddittorio. D'altronde a questa conclusione si perviene in maniera pacifica solo guardando al contenuto letterale della disposizione<sup>32</sup>. Da ciò si ricava che un'ordinanza sindacale volta ad individuare le operazioni necessarie in seguito alla violazione del divieto di abbandono è annullabile dal giudice amministrativo nel caso in cui non venga lesa il principio del contraddittorio durante il procedimento<sup>33</sup>. Secondo la giurisprudenza amministrativa il

<sup>32</sup> La quale chiarisce che la responsabilità del proprietario e dei titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area in cui è avvenuto l'illecito sversamento dei rifiuti, debba essere accertata dai soggetti preposti al controllo in contraddittorio con gli interessati.

<sup>33</sup> In T.A.R. Napoli (Campania), Sez. V, 26 gennaio 2021, n. 533, il giudice am-

principio del contraddittorio risulta essere rispettato qualora l'amministrazione provveda a dare comunicazione dell'avvio del procedimento ai destinatari del provvedimento, consentendo loro di potersi attivare al fine di esercitare i diritti procedurali previsti dall'art. 10, l. 7 agosto 1990, n. 241<sup>34</sup>. Il Consiglio di Stato, nella pronuncia oggetto d'analisi, ha ammesso l'operatività di una deroga al principio del contraddittorio, riconoscendo la possibilità per l'amministrazione di ricorrere a presunzioni. Questa soluzione, in realtà, è stata già a più riprese adottata dalla giurisprudenza amministrativa antecedente, la quale ammette la possibilità per l'amministrazione di accertare la responsabilità dell'autore dell'inquinamento avvalendosi di presunzioni semplici (*ex art. 2727 c.c.*) – fondate su elementi di fatto dai quali possano trarsi indizi gravi, precisi e concordanti – che inducano a ritenere verosimile che si sia verificato un inquinamento attribuibile a determinati autori<sup>35</sup>.

ministrativo annulla un'ordinanza sindacale di rimozione di rifiuti abbandonati e ripristino dei luoghi, non essendo stata dimostrata, in contraddittorio tra le parti, la responsabilità di una società per l'illecito sversamento di rifiuti operato da terzi su un'area in cui la stessa era titolare di un diritto di godimento. In T.A.R. Salerno (Campania), Sez. II, 3 marzo 2022, n. 644, si legge come in materia ambientale sia necessario "l'accertamento del profilo soggettivo della responsabilità, in contraddittorio con i soggetti interessati, da parte dei soggetti preposti al controllo"; da ciò discende che "che l'operato dell'Amministrazione è censurabile ogni qualvolta essa ometta di dedurre, in concreto e in assenza di accertamenti eseguiti in contraddittorio con i soggetti interessati, profili di responsabilità a titolo di dolo o colpa in capo al soggetto sanzionato, essendo essi necessari per imporre l'obbligo di rimozione dei rifiuti". In T.A.R. Trieste (Friuli-Venezia Giulia), Sez. I, 11 febbraio 2022, n. 91, si sottolinea che "per accertare la rimproverabilità della condotta occorre che gli organi preposti al controllo svolgano approfonditi accertamenti in contraddittorio con i soggetti interessati".

<sup>34</sup> In questo senso, Cons. Stato, Sez. VI, 7 settembre 2021, n. 6230. Il giudice, ritenendo come l'art. 192, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, non preveda "forme speciali di contraddittorio endoprocedimentale" ritiene rispettato il principio del contraddittorio con l'invio da parte del Comune della comunicazione di avvio del procedimento al destinatario del provvedimento. Alle medesime conclusioni è giunto recentemente il T.A.R. Campobasso (Molise), Sez. I, 18 marzo 2022, n. 79, il quale ha affermato che "la preventiva, formale comunicazione dell'avvio del procedimento per l'adozione dell'ordinanza sindacale volta a fronteggiare le situazioni di accertato abbandono o deposito incontrollato di rifiuti, costituisce un adempimento indispensabile al fine dell'effettiva instaurazione di un contraddittorio procedimentale con gli interessati".

<sup>35</sup> In Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2532, si legge che "in materia di individuazione di responsabilità ambientale, per le esigenze di effettività della protezione

Il Consiglio di Stato ha poi chiarito che la responsabilità solidale del proprietario con gli autori dello sversamento illecito, possa “essere imputabile a colpa per negligenza, consistente nell’omissione delle cautele e degli accorgimenti che l’ordinaria diligenza suggerisce ai fini di un’efficace custodia e protezione dell’area e, segnatamente, per impedire che su di essa possano essere depositati rifiuti”. Per comprendere le ragioni che hanno condotto a questa soluzione occorre effettuare una serie di considerazioni. Ai sensi dell’art. 192, comma 3 T.U. ambiente, il proprietario e i titolari di diritti reali o personali di godimento su un’area in cui terzi abbaino posto in essere condotte di abbandono di rifiuti, sono ritenuti responsabili qualora la violazione sia a loro imputabile a titolo di dolo o di colpa. Nella pratica risulta particolarmente complesso individuare il grado minimo di diligenza richiesto affinché il proprietario e i titolari di diritti reali o personali di godimento sull’area non possano ritenersi colposamente responsabili. La giurisprudenza amministrativa tende a ritenere colposamente responsabile il soggetto che abbia posto in essere una condotta commissiva<sup>36</sup> oppure una condotta omissiva, evitando, in quest’ultimo caso, di agire secondo le cautele e gli accorgimenti che l’ordinaria diligenza suggerisce ai fini di un’efficace custodia<sup>37</sup>. Tra le con-

dell’ambiente, ferma la doverosità degli accertamenti indirizzati a individuare con specifici elementi i responsabili dei fatti di contaminazione, l’imputabilità dell’inquinamento può avvenire per condotte attive, ma anche per condotte omissive e la prova può essere data in via diretta od indiretta, ossia, in quest’ultimo caso, l’Amministrazione pubblica preposta alla tutela ambientale si può avvalere di presunzioni semplici di cui all’art. 2727 Cod. civ, prendendo in considerazione elementi di fatto dai quali possano trarsi indizi gravi e precisi e concordanti che inducano a ritenere verosimile, secondo l’*id quod plerumque accidit*, che sia verificato un inquinamento e che questo sia attribuibile a determinati autori”. Sul punto, *ex plurimis*, anche, Cons. Stato, Sez. IV, 1 aprile 2016, n. 130; Cons. Stato Sez IV, 25 luglio 2017, n. 3672; Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2019; Cons. Stato, Sez. IV, 15 aprile 2021, n. 3102.

<sup>36</sup> Ad esempio, in T.A.R. Bologna (Emilia-Romagna), Sez. I, 19 aprile 2022, n. 897, si fa riferimento ad una responsabilità colposa dei proprietari di un fondo per aver “apposto la ghiaia di fiume sopra il fondo preesistente di materiale edile”.

<sup>37</sup> In Cass. civ., Sez. III, 9 luglio 2020, n. 14612, si legge che il requisito della colpa postulato dall’art. 192, comma 3, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, “ben può consistere proprio nell’omissione degli accorgimenti e delle cautele che l’ordinaria diligenza suggerisce per realizzare un’efficace custodia e protezione dell’area, così impedendo che possano essere in essa indebitamente depositati rifiuti nocivi”. Recentemente il Cons. Stato Sez. V, 13 aprile 2021, n. 3015, ha asserito che la responsabilità colposa “necessita comunque di uno scrupoloso accertamento, ma può concretizzarsi anche nell’omissio-

dotte normalmente individuate dal giudice amministrativo per ritenere soddisfatto il canone minimo di diligenza vi è, ad esempio, la costruzione di recinzioni lungo il perimetro di fondi incustoditi<sup>38</sup>, ovvero, l'esperimento di azioni utili – volte ad ottenere la rimozione di rifiuti – immediatamente successive alla scoperta dello sversamento illecito<sup>39</sup>. Differente è l'orientamento della Cassazione in relazione all'applicazione di sanzioni di carattere penale per fattispecie di abbandono o deposito incontrollato di rifiuti. Si ritiene come il proprietario del fondo in cui è avvenuto lo sversamento illecito ad opera di terzi, non possa essere considerato

ne degli accorgimenti e delle cautele che l'ordinaria diligenza suggerisce per realizzare un'efficace custodia e protezione dell'area”.

<sup>38</sup> Ad esempio, in T.A.R. Milano (Lombardia), Sez. III, 11 marzo 2021, n. 635, si constata la responsabilità colposa dei comproprietari di un compendio di beni, per l'illecito sversamento di rifiuti operato da terzi, per non aver protetto adeguatamente il perimetro dell'area. In particolare, si legge che “la non ampiezza eccessiva della proprietà da proteggere, l'oggettiva presenza di varchi nel perimetro del cascinale da cui potere facilmente accedere alla proprietà, la conoscenza/consapevolezza protratta per anni [...] del deposito incontrollato di rifiuti da parte di estranei, senza che fosse esperita alcuna iniziativa volta a riprendere pieno possesso dell'edificio e/o ad impedire la protrazione dell'illecito abbandono di rifiuti, sono elementi provati e decisivi che vanno nel senso di una accertata colpevolezza, per omissione degli accorgimenti e delle cautele che l'ordinaria diligenza suggerisce per realizzare un'efficace custodia e protezione dell'area”. Il Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 2021, n. 3015, precisa che l'obbligo di recinzione non possa risolversi in un aggravio sproporzionato ed eccessivo per la proprietà, essendo inesigibile laddove le ampie dimensioni del terreno ne complichino la fattibilità. Tuttavia, in questi casi occorre far riferimento ad accorgimenti che, seppur meno dispendiosi per il proprietario, sono in grado di far percepire il terreno come presidiato e non abbandonato all'incuria (si pensi, all'apposizione di catene lungo il perimetro dell'area).

<sup>39</sup> In T.A.R. Milano (Lombardia), Sez. III, 11 marzo 2021, n. 635, la responsabilità colposa da parte dei proprietari di un fondo – in cui è stata posta in essere da parte di terzi un'illecita condotta di abbandono di rifiuti – è stata riconnessa alla mancata proposizione da parte di questi di azioni giudiziarie volte all'ottenimento dello sgombero dell'area (quale, ad esempio, l'esperimento di un'azione possessoria). Si veda anche, T.A.R. Bari (Puglia), Sez. I, 26 gennaio 2022, n. 157, in cui è stata individuata la responsabilità colposa da parte del locatore di un'area per non aver applicato “gli strumenti giuridici pattizi previsti, per impedire al conduttore di utilizzare l'area in questione quale deposito non autorizzato di rifiuti”. Considerazioni simili sono state fatte dal T.A.R. Bologna (Emilia-Romagna), Sez. I, 19 aprile 2022, n. 897, nella cui sentenza si legge che la conoscenza della presenza di rifiuti in un'area da parte dei proprietari di quest'ultima implica la loro responsabilità colposa per non essersi attivati per la rimozione dei rifiuti.

responsabile della contravvenzione di cui all'art. 256 T.U. ambiente, nel caso in cui abbia ommesso di adottare le necessarie cautele per la diligente custodia del fondo<sup>40</sup>. A tale conclusione si perviene se si considera che dalla lettura dell'art. 40, comma 2, c. p.<sup>41</sup> si ricava che una responsabilità possa sussistere unicamente qualora si constati la violazione di un obbligo giuridico imposto da una norma incriminatrice. Nel caso di specie non vi è la presenza di una norma volta ad imporre un obbligo di tale portata, dunque, si ritiene come una colpa di tipo omissivo possa configurarsi solo in relazione all'applicazione di sanzioni amministrative.

A detta del Consiglio di Stato questi principi devono trovare applicazione anche in materia di bonifica dei siti inquinati<sup>42</sup>. Questo significa che il proprietario del terreno contaminato è tenuto ad effettuare gli interventi di bonifica, solidalmente con coloro i quali hanno concretamente determinato il danno, qualora sia ritenuto dolosamente o colposamente responsabile dell'inquinamento. La responsabilità colposa può essere anche omissiva e, cioè, dipendere dalla mancata adozione delle cautele degli accorgimenti che l'ordinaria diligenza suggerisce ai fini di un'efficacia custodia.

Alla luce di queste considerazioni, il Consiglio di Stato ha ritenuto soggettivamente responsabile il proprietario del vigneto per aver ommesso di predisporre le cautele adatte ad evitare l'illecito sversamento dei rifiuti<sup>43</sup>. In particolare – sulla base degli elementi probatori a sua disposizione – il giudice ha escluso la responsabilità del Comune evidenziando che

<sup>40</sup> Così Cass. pen., Sez. III, 8 ottobre 2021, n. 36727, con nota di E. FASSI, *Abbandono di rifiuti e profili di responsabilità del proprietario dell'area*, in *RGA online*. Sul punto anche Cass. pen., Sez. III, 28 marzo 2019, n. 13606, in cui si legge che “la semplice inerzia, conseguente all'abbandono da parte di terzi o la consapevolezza, da parte del proprietario del fondo, di tale condotta da altri posta in essere, non siano idonee a configurare il reato e ciò sul presupposto che una condotta omissiva può dare luogo a ipotesi di responsabilità solo nel caso in cui ricorrano gli estremi dell'art. 40 c.p., comma 2, ovvero sussista l'obbligo giuridico di impedire l'evento”.

<sup>41</sup> Ai sensi del quale: “Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”.

<sup>42</sup> D'altronde ciò era già stato detto da una giurisprudenza più risalente. Si veda Cons. Stato, Sez. IV, 26 gennaio 2021, n. 780; Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 765.

<sup>43</sup> Il giudice amministrativo di secondo grado ha asserito che in ragione della “posizione di garanzia rivestita dal proprietario”, fosse configurabile un illecito omissivo “per la violazione del dovere di impedire fatti idonei a ledere il bene protetto”.

lo scarico non autorizzato di rifiuti di industrie marmifere e di RSU del Comune all'interno di cave (successivamente convertite in vigneto) era avvenuto sulla base di trattative effettuate direttamente dal proprietario, risultando indimostrata la gestione di tali sversamenti da parte del Comune.

In definitiva, secondo il Consiglio di Stato, il proprietario del vigneto – in quanto responsabile dell'inquinamento – risulta essere stato correttamente individuato dal Comune quale destinatario dell'ordine di bonifica dall'area.



ABSTRACT

*Environment – Pollution – Farmland – Remediation of contaminated sites – Culpable liability of the landowner*

*This essay analyzes a decision of the Italian Council on remediation of contaminated sites. In particular, the article addresses the issue of the responsibility of the landowner for the waste abandonment caused by third parties. The ruling analyzed is relevant because the Italian Council holds the landowner responsible for the pollution caused by third parties for negligence on the protection of his land.*



## Abbandono di rifiuti e responsabilità del proprietario del fondo: un'obbligazione *propter rem*?

ALESSANDRO GASPARINI\*

T.A.R. LOMBARDIA – Brescia, Sez. I, 8 settembre 2022, n. 829 - Pres. Gabbricci, Est. Limongelli - Sperry Wictor S.r.l. (Avv.ti Carnielli, Versaci e Chiari) c. Comune di Palazzolo sull'Oglio (Avv. Bezzi) e nei confronti di Aquileia Capital Services S.r.l. (Avv.ti Brunetti e Buquicchio).

### **Tutela ambientale – Ordinanza rimozione rifiuti – Art. 192 D.Lgs. n. 152/2006 – Responsabilità del proprietario del fondo – Obbligazione *propter rem*.**

*È legittima un'ordinanza comunale per la rimozione, smaltimento e recupero di rifiuti depositati nell'area di un complesso industriale che sia stata emessa nei confronti del nuovo proprietario acquirente del medesimo complesso, a nulla rilevando la preesistenza dei rifiuti rispetto all'acquisto dell'immobile; si tratta, in tal caso, di un'obbligazione propter rem, che segue la proprietà dei rifiuti e si trasferisce con la titolarità dei medesimi, a prescindere quindi da ogni responsabilità in ordine all'abbandono dei rifiuti.*

SOMMARIO: 1. La vicenda giudiziaria. – 2. Le motivazioni della sentenza e prime considerazioni. – 3. Il superamento dei confini normativi. – 4. Altri profili critici della disciplina. – 5. Alcune osservazioni conclusive.

\* Dottore in giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Milano "Statale".

### 1. *La vicenda giudiziaria*

La sentenza del T.A.R. Lombardia - Brescia n. 829/2022 costituisce un ulteriore tassello per scardinare il perimetro normativo in ordine alla ricostruzione dei soggetti destinatari dell'obbligo di rimozione, smaltimento e ripristino dei rifiuti in caso di abbandono e deposito incontrollato degli stessi sul suolo, in particolare con riferimento al profilo della responsabilità del proprietario (ovvero del titolare di diritti reali o personali di godimento) incolpevole. La decisione commentata si spinge fino a qualificare l'obbligo di quest'ultimo come un'obbligazione *propter rem*, enfatizzando quella tendenza già sviluppata – di cui si darà conto in seguito – all'allargamento della sfera operativa del precetto di cui all'art. 192 comma 3 del Codice dell'Ambiente, che aveva configurato una responsabilità “da posizione”, fondata cioè sul mero rapporto di custodia con il bene immobile rispetto ai rifiuti su di esso illecitamente abbandonati o depositati da terzi.

La vicenda trae origine dal ricorso, proposto dalla società proprietaria di uno stabilimento industriale, contro un'ordinanza comunale che le aveva ingiunto di rimuovere i rifiuti abbandonati dal precedente proprietario. Al fine di ricostruire l'*iter* argomentativo del giudice amministrativo, occorre ripercorrere per sommi capi il caso giudiziario su cui si innesta la sentenza in rassegna. Sotto il profilo civilistico, è opportuno rilevare che la società ricorrente aveva acquistato il relativo ramo d'azienda dal fallimento di una precedente società. Da tale atto di cessione d'azienda restava espressamente escluso un fabbricato, contiguo a quello oggetto del contratto di cessione, che era stato detenuto dalla società fallita in forza di contratto di locazione fino a quando la curatela fallimentare aveva optato per la cessazione di ogni attività produttiva. All'interno di detto immobile erano ancora presenti beni e rifiuti di produzione, di proprietà della società fallita, che la cessionaria (ricorrente) si era impegnata a liberare a sua cura e spese nell'atto di cessione. L'area, per tale porzione del complesso immobiliare, era stata acquistata successivamente da un nuovo acquirente, ma ciò avveniva senza la preventiva rimozione delle attrezzature, macchinari, prodotti chimici, merci e scarti all'interno presenti. Ciò dava origine a un contenzioso civile, all'esito del quale la società ricorrente provvedeva a restituire le chiavi del fabbricato al nuovo soggetto proprietario, senza però asportare i beni ivi stoccati.

Nel frattempo, dopo diversi sopralluoghi, ARPA segnalava al Comune, ove è ubicato l'impianto, la necessità di attivarsi per risolvere la questione attinente alla messa in sicurezza degli impianti e alla rimozione dei rifiuti. Per tale motivo, il Sindaco emetteva un'ordinanza (n. 22/2017), ai sensi dell'art. 192, D.Lgs. n. 152/2006 (Codice dell'Ambiente), con la quale impartiva a entrambe le società l'ordine di provvedere alla rimozione e allo smaltimento dei rifiuti. Il potere di ordinanza, di cui all'art. 192, come si avrà modo di approfondire, fa riferimento alle ipotesi di abbandono e deposito incontrollato di rifiuti sul suolo e nel suolo, per cui il responsabile dell'illecito, oltre ad andare incontro alle sanzioni amministrative e penali previste per legge, è tenuto a provvedere alla rimozione ed allo smaltimento dei rifiuti, nonché al ripristino dello stato dei luoghi, in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento, ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa.

A seguito delle osservazioni presentate dalle parti, con successiva ordinanza sindacale n. 47/2017, il primo cittadino intimava la rimozione dei rifiuti solo alla società ricorrente, in quanto a suo parere non si poteva configurare alcuna responsabilità colposa o dolosa in capo al nuovo acquirente per l'abbandono dei materiali all'interno del fabbricato.

La società ricorrente impugnava l'ordinanza sindacale in questione, adducendo a sostegno delle proprie ragioni l'inconfigurabilità dell'ipotesi di abbandono di rifiuti, in quanto la detta società non era proprietaria degli stessi e neppure titolare della disponibilità del sito dove gli stessi erano allocati. Sulla base di tale presupposto – vale a dire l'occupazione abusiva e lo svolgimento dell'attività produttiva – l'amministrazione avrebbe escluso, secondo la difesa di parte ricorrente, la responsabilità colposa del nuovo proprietario. Ed inoltre il provvedimento impugnato sarebbe stato lesivo del principio di matrice europea del 'chi inquina paga'<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Principio di derivazione comunitaria oggi sancito dall'art. 191, comma 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, poi trasfuso nell'art. 3-ter del Codice dell'Ambiente. Per un approfondimento su tale principio, cfr. P. DI GERONIMO, *Il principio "chi inquina paga" alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in AA.VV., *Diritto Amministrativo e società civile*, Vol. 2 *Garanzie dei diritti e qualità dei servizi*, 2019, pp. 675 e ss.; C. VIVANI (a cura di), *Il principio "chi inquina paga" e gli obblighi di messa in sicurezza e di bonifica dei siti contaminati*. *Rassegna di giurisprudenza*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, pp. 1213 e ss.; R. LEONARDI, *La responsabilità in tema di*

Inoltre, la società che ha proposto domanda di annullamento lamentava la violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento della Pubblica amministrazione e l'eccesso di potere per disparità di trattamento per aver l'ordinanza sindacale ritenuto sussistenti nel proprio caso i presupposti per l'adozione dell'ordinanza *ex art.* 192 sulla base della mera occupazione *sine titulo* dell'immobile, quindi sulla base di una mera relazione di fatto con l'immobile stesso a prescindere da ogni responsabilità in ordine all'abbandono dei rifiuti; presupposti invece esclusi per l'assenza dei profili di imputabilità soggettiva nei confronti del nuovo acquirente.

Da ultimo, la ricorrente deduceva l'illegittimità dell'ordinanza sindacale in quanto adottata in violazione non giustificata del termine ordinario di conclusione del procedimento amministrativo fissato in 30 giorni dall'art. 2 della l. n. 241/90 e in quanto lesiva del legittimo affidamento riposto in una precedente nota del Comune, che indicava alla società medesima di richiedere i titoli edilizi per separare fisicamente il fabbricato in questione dal resto del complesso immobiliare.

## 2. *Le motivazioni della sentenza e prime considerazioni*

Il giudice ritiene legittima l'ordinanza sindacale di rimozione e smaltimento dei rifiuti rivolta alla società ricorrente, rigettando *in toto* le censure da questa avanzate.

Il percorso argomentativo del Tribunale ruota principalmente intorno alla ricostruzione interpretativa dell'art. 192 del Codice dell'Ambiente, rubricato "Divieto di Abbandono". Dalla lettera della disposizione di fonte statutale emerge testualmente che: a) l'obbligo di rimozione dei rifiuti incombe, in ogni caso, sul responsabile dell'abbandono o del deposito dei rifiuti, fermo restando l'applicazione di sanzioni amministrative e penali; b) che in via solidale, investe anche il proprietario dell'area interessata o chi ne abbia a qualunque titolo la disponibilità sulla base degli accertamenti effettuati in contraddittorio, purché gli sia imputabile

*bonifica dei siti inquinati: dal criterio soggettivo del "chi inquina paga" al criterio oggettivo del "chi è proprietario paga"?*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc. 1, parte seconda, 2015, pp. 3 e ss.

a titolo di dolo o colpa; c) che spetta al Sindaco disporre con ordinanza le operazioni necessarie per lo sgombero e il termine entro cui provvedere.

Il T.A.R. Brescia si concentra sulla legittimità dell'obbligo di rimozione dei rifiuti in capo alla ricorrente in mancanza di un suo rilevante coinvolgimento all'abbandono dei rifiuti e precisa che, per l'adozione della relativa ordinanza nei confronti di soggetti differenti dagli autori delle violazioni e obbligati in solido, sia necessaria l'imputazione agli stessi a titolo di dolo – vale a dire “per aver agevolato o cooperato alla realizzazione della condotta vietata” – o di colpa – ossia “per aver ommesso di esercitare la dovuta vigilanza sui beni interessati dall'abbandono dei rifiuti”.

Il giudice aggiunge, sulla scorta di una copiosa giurisprudenza<sup>2</sup>, che la disposizione va interpretata estensivamente, ricomprendendo nel bacino degli obbligati “qualunque soggetto che si trovi con l'area interessata in un rapporto, anche di mero fatto, tale da consentirgli – e per ciò stesso imporgli – di esercitare una funzione di protezione e custodia finalizzata ad evitare che l'area medesima possa essere adibita a discarica abusiva di rifiuti nocivi per la salvaguardia dell'ambiente”. In particolare viene richiamata la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2021<sup>3</sup>, che rileva come al generale divieto di abbandono e di deposito incontrollato di rifiuti si ricolleghino gli obblighi di rimozione, di avvio al recupero o smaltimento e di ripristino dello stato dei luoghi in capo al trasgressore e al proprietario, in solido, a condizione che la violazione sia ad almeno uno di essi imputabile secondo gli ordinari titoli di responsabilità, anche per condotta omissiva, colposa nei limiti della esigibilità, o dolosa. In questa prospettiva, l'ordine di rimozione imposto ai sensi dell'art. 192, comma 3 del Testo Unico Ambientale può essere impartito al proprietario del fondo sul quale i rifiuti sono stati depositati, così come a chiunque eserciti di fatto dei poteri di gestione sull'area, anche se non ha avuto un ruolo attivo nell'abbandono dei rifiuti, potendo ad esso con-

<sup>2</sup> T.A.R. Bari, 11 novembre 2021, n. 1637, in *Leggi d'Italia*; T.A.R. Parma, 26 maggio 2017, n. 187, in *Leggi d'Italia*; T.A.R. Reggio Calabria, 3 agosto 2015, n. 809, in *Leggi d'Italia*.

<sup>3</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 26 gennaio 2021, n. 3, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 4, 2021, pp. 1266B e ss., con nota di M. PEDERSOLI, *Il ruolo della giurisprudenza nell'inesorabile trasformazione dell'obbligo di ripristino ambientale in forma di responsabilità oggettiva*.

testarsi anche la condotta colposa<sup>4</sup>. Dopo aver tracciato la direttrice sui cui fonda la propria decisione, la Plenaria osserva che i rifiuti debbano in ogni caso essere rimossi, pur quando termina l'attività, o dallo stesso imprenditore che non sia fallito, o in alternativa da chi amministra il patrimonio fallimentare dopo la dichiarazione del fallimento. Pertanto, cercando di dirimere un conflitto giurisprudenziale emerso negli ultimi anni e ampiamente dibattuto in dottrina<sup>5</sup>, il Consiglio di Stato ha chiarito il principio secondo cui la curatela fallimentare, che ha la custodia dei beni del fallito, non può evidentemente invocare l'esimente di cui all'art. 192 anche quando non prosegue nello svolgimento dell'attività imprenditoriale, lasciando abbandonati i beni o rifiuti.

Tornando al caso di specie, il T.A.R. Brescia muove le proprie con-

<sup>4</sup> G. SERRA, *Le ordinanze di rimozione dei rifiuti e ripristino dello stato dei luoghi ex art. 192 del Codice dell'Ambiente nella giurisprudenza amministrativa*, in *AmbienteDiritto.it*, 2021, 4, p. 185, secondo cui la statuizione del Consiglio di Stato, nella sua massima composizione, "è gravemente contraddittoria con il dato normativo letterale, che al contrario richiede l'accertamento della colpa non già indifferentemente in capo al responsabile o al proprietario perché entrambi ne rispondano in solido, bensì afferma che la responsabilità solidale del proprietario sussiste solo laddove in capo a questi possa riconoscersi il requisito della colpa".

<sup>5</sup> Sul punto, si segnala in estrema sintesi il contenuto di due decisioni, che consacrano due opposti consolidati orientamenti giurisprudenziali: Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2017, n. 3672, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2018, 5, pp. 593 ss., secondo cui "la curatela che assume la custodia dei beni del fallito, anche quando non prosegue l'attività imprenditoriale, non può avvantaggiarsi dell'art. 192 lasciando abbandonati i rifiuti risultanti dall'attività imprenditoriale dell'impresa cessata. Nella qualità di detentore dei rifiuti secondo il diritto comunitario, la curatela fallimentare è obbligata a metterli in sicurezza e a rimuoverli, avviandoli allo smaltimento o al recupero". In senso opposto, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5668, in *Ambiente e sviluppo*, 2018, 2, p. 40, che ha accolto l'appello del curatore fallimentare, per il quale difetta la legittimazione passiva, sulla base del fatto che il curatore non succede nella posizione del fallito, non è rappresentante del fallito, né suo successore, ma solo terzo subentrante nella amministrazione del patrimonio e per l'esercizio dei soli poteri conferitigli dalla legge. Per un commento dettagliato si rinvia in dottrina a F. PERES, *Gli obblighi del curatore fallimentare in materia di rifiuti e bonifica: analisi della giurisprudenza*, in questa *Rivista on line*, aprile 2019; F. VANETTI, *Conflitto giurisprudenziale sugli obblighi del curatore per l'abbandono di rifiuti*, in questa *Rivista*, 2018, 1, p. 158; F. VANETTI, C. FISCHETTI, *Cambio di rotta: il curatore fallimentare è obbligato a rimuovere i rifiuti abbandonati dal fallito*, in questa *Rivista*, 2017, 4, p. 727; V. VITIELLO, *Obblighi di bonifica e fallimento dell'inquinatore*, in questa *Rivista*, 2014, p. 758.



siderazioni partendo da due dati di fatto pacifici: l'imputabilità dell'abbandono dei rifiuti in capo unicamente alla società fallita e l'atto di cessione d'azienda tra la curatela fallimentare e la cessionaria. La ricorrente è subentrata *ipso iure* nell'obbligo legale di rimozione, ma ciò è avvenuto – secondo i giudici amministrativi – non tanto in virtù della pattuizione contrattuale racchiusa nell'atto di cessione d'azienda, quanto per il divieto di deposito incontrollato di rifiuti *ex art.* 192 D.Lgs. n. 152/2006. Il T.A.R. afferma che la rimozione costituisce “una obbligazione *propter rem* che segue la proprietà dei rifiuti e si trasferisce con la titolarità dei medesimi, dal momento che il nuovo proprietario dei rifiuti, benché non responsabile del loro abbandono ‘originario’, diviene responsabile dell'ulteriore protrazione di tale abbandono, che come detto costituisce un illecito permanente”.

In aggiunta, il T.A.R. rileva che la ricorrente non è solamente proprietaria del terreno in cui sono abbandonati rifiuti di proprietà di terzi, ma è proprietaria degli stessi rifiuti, acquistati unitamente al compendio e per questo motivo tenuta alla rimozione “in qualità sia di proprietario degli stessi che di (co)responsabile del loro abbandono”. A completamento della propria motivazione, il giudice sottolinea da ultimo che con l'atto di cessione la ricorrente ha acquisito non solo la proprietà ma anche il possesso esclusivo del capannone “restando perciò l'unico soggetto in condizione di eseguire anche materialmente la rimozione dei rifiuti”.

Quanto al secondo motivo di ricorso, come si è avuto modo di vedere nel paragrafo precedente, attiene alla lamentata violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento e di eccesso di potere per disparità di trattamento. A tal proposito, il Tribunale ritiene infondata la censura, osservando che la ricorrente è stata correttamente individuata dall'amministrazione come l'unico soggetto legittimamente passivo a provvedere alla rimozione e allo smaltimento dei rifiuti per due ordini di ragioni: da un lato, in quanto “è subentrata nella proprietà dei rifiuti abbandonati e quindi nell'obbligo legale di cui all'art. 192 di impedire l'ulteriore protrazione dello stato illecito di abbandono provvedendo alla loro rimozione” e dall'altro per l'assenza di una responsabilità colposa della proprietà del capannone “non avendo essa la disponibilità materiale dell'immobile ed essendosi attivata anche in sede giurisdizionale per ottenerne la riconsegna e la previa liberazione delle attrezzature e dai rifiuti ivi depositati”. Si può notare un cambio di paradigma nel processo

argomentativo del giudice, che liquida la censura con una motivazione breve, come se fosse ben assimilata e compresa la *ratio* che sottende alla decisione stessa. Il Collegio, infatti, per meglio suffragare le proprie argomentazioni, richiama l'assenza dell'elemento soggettivo della colpa in capo alla nuova proprietà, dettata dal fatto che quest'ultima aveva preventivamente adito il giudice civile per ottenere lo sgombero del fabbricato. In altri termini, il T.A.R. sembra addossare al ricorrente – a prescindere dalla pattuizione contrattuale contenuta nell'atto di cessione – gli adempimenti concernenti il ripristino dell'area oggetto dell'abbandono di rifiuti per il fatto di essere proprietario dell'intero compendio aziendale, e quindi proprietario dei suoi stessi rifiuti acquisiti unitamente al fabbricato; al contrario, nei confronti del nuovo acquirente, il giudice amministrativo torna a invocare la sussistenza dell'elemento psicologico (ossia almeno la colpa).

Infine, per completezza, merita un accenno anche l'ultimo motivo di ricorso. Il Collegio non ravvisa alcun pregiudizio dalla dilatazione dei termini di conclusione del procedimento, ma semmai un vantaggio per la parte ricorrente dovuto alla possibilità di rimandare l'esecuzione dell'obbligo di smaltimento dei rifiuti. Così come risulta infondata la censura relativa alla lesione del legittimo affidamento in quanto la nota del Comune di Palazzolo sull'Oglio era un mero atto interno del procedimento amministrativo superato dai successivi sviluppi procedurali.

### 3. *Il superamento dei confini normativi*

Svolte le necessarie premesse, occorre a questo punto sottolineare che la decisione del T.A.R. Brescia, interpretando in un'accezione ancora più estensiva il criterio dell'imputabilità dell'abbandono a titolo di dolo o colpa,<sup>6</sup> deraglia dai binari fissati dall'art. 192 nei confronti del proprietario dell'area. La giurisprudenza amministrativa è stata chiara nell'affer-

<sup>6</sup> Sul tema civilistico delle forme di responsabilità, si veda C. DITONNO, *La responsabilità per colpa nell'illecito aquiliano e gli elementi di esenzione dalla responsabilità*, par. 1, sez. II, cap. IX, vol. 1, in P. CENDON, *Responsabilità Civile*, Milano, 2017, pp. 256 e ss.; M. FRANZONI, *La regola della colpa e le ipotesi di responsabilità senza colpa*, par. 1, sez. I, cap. IV, vol. 1, in M. FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, pp. 395 e ss.

mare che in caso di rinvenimento di rifiuti abbandonati, il proprietario del fondo non possa essere chiamato a rispondere della fattispecie di abbandono (o deposito incontrollato) di rifiuti sulla propria area se non viene individuato a suo carico l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, per cui lo stesso soggetto non può essere destinatario di un'ordinanza sindacale di rimozione e rimessione in pristino. Infatti l'imputabilità delle condotte di abbandono e deposito incontrollato di rifiuti sul suolo in capo al proprietario o di chiunque abbia la giuridica disponibilità del bene, presuppone necessariamente l'accertamento in capo a quest'ultimo di un comportamento doloso o colposo nei limiti dell'esigibilità, non potendosi riconoscere nella disposizione dell'art. 192 D.Lgs. n. 152/2006 "un'ipotesi legale di responsabilità oggettiva o per fatto altrui, con conseguente esclusione della natura di obbligazione *propter rem* dell'obbligo di ripristino del fondo a carico del titolare di un diritto di godimento sul bene"<sup>7</sup>. In realtà, la stessa giurisprudenza ha previsto da tempo per esigenze di tutela ambientale che il riferimento a chi è titolare di diritti reali o personali di godimento vada inteso in senso lato, essendo destinato a comprendere qualunque soggetto si trovi con l'area interessata in un rapporto, anche di mero fatto, tale da consentirgli e imporgli di esercitare una funzione di protezione e custodia finalizzata ad evitare che l'area medesima possa essere adibita a discarica abusiva di rifiuti nocivi e in secondo luogo che il requisito della colpa possa consistere nell'omissione<sup>8</sup> degli accorgimenti e delle cautele che l'ordinaria diligenza suggerisce per realizzare un'efficace custodia e protezione dell'area, così impedendo che possano essere in essa indebitamente depositati rifiuti nocivi<sup>9</sup>. I giudici si sono così trovati ad enunciare correttamente i principi legislativi, salvo poi puntualmente discostarsene, identificando la fonte dell'obbligo di rimozione dei rifiuti non nella partecipazione/agevolazione al fatto

<sup>7</sup> *Ex multis*, T.A.R. Milano, 8 marzo 2018, n. 651, in *Leggi d'Italia*; T.A.R. Napoli, 6 febbraio 2018, n. 752, in *Leggi d'Italia*; T.A.R. Lecce, 4 ottobre 2017, n. 1569, in *Leggi d'Italia*; T.A.R. Palermo, 18 settembre 2017, n. 2190, in *Leggi d'Italia*.

<sup>8</sup> Sui diversi profili della colpa omissiva nella disciplina legislativa in esame, si rinvia a V. CINGANO, *La colpa omissiva in concreto nell'art. 192 del TUA*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2020, 6, p. 465.

<sup>9</sup> Cons. Stato, sez. II, 20 ottobre 2020, n. 6326, in *Leggi d'Italia*; Cons. Stato sez. V, 2 agosto 2018 n. 4781, in *Leggi d'Italia*.

dell'abbandono quanto nella detenzione/possesso del terreno o del sito immobiliare<sup>10</sup>.

Con riferimento al peculiare *status* del proprietario incolpevole in quanto acquirente di un'area in cui sono già stati abbandonati rifiuti da terzi, pare utile rammentare la decisione dell'Adunanza Plenaria del 2013<sup>11</sup>, la quale ha escluso che l'obbligo gravante sull'autore della violazione possa trasferirsi con la circolazione del diritto di proprietà, in conformità a quanto statuito dai giudici europei.<sup>12</sup> Nel solco di tale pronuncia, la giurisprudenza successiva<sup>13</sup> ha poi chiarito che solo il successore universale (es. fusione societaria) può subentrare negli obblighi discendenti da contaminazioni ambientali; di conseguenza, all'acquirente del sito abbandonato di rifiuti – il successore a titolo particolare – non si trasferisce l'obbligo di rimessa in pristino gravante sul precedente proprietario e autore della violazione. Tale impostazione è stata smussata a seguito della già citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 3/2021 in merito all'affermazione della responsabilità della curatela fallimentare *ex art.* 192 per il solo fatto della mera detenzione dei rifiuti; come si è già avuto modo di vedere nel paragrafo precedente, in quest'ultimo caso il curatore fallimentare (soggetto subentrante nella detenzione dei rifiuti abbandonati) è gravato dell'obbligo di rimuovere i rifiuti presenti sul fondo facente

<sup>10</sup> Si segnala a tal proposito di recente, T.A.R. Milano, 29 aprile 2022, n. 955, in questa *Rivista on line*, con nota di C. GALDENZI, F. BOEZIO, *Ancora sulla responsabilità e sugli obblighi del proprietario di un'area su cui insistono rifiuti abbandonati*, secondo cui "Pur condividendo le istanze di tutela ambientale e l'esigenza di allontanare dalla collettività le 'diseconomie esterne' generate dall'attività d'impresa, ci sembra che nel caso dell'abbandono dei rifiuti la trasformazione della responsabilità del proprietario in una responsabilità generalizzata travalichi la fattispecie di cui all'art. 192 D.Lgs. n. 152/2006".

<sup>11</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2013, n. 21, in *Giurisprudenza Italiana*, 2014, 4, pp. 947 e ss., con nota di V. PERPETUA, *La figura del proprietario di un sito inquinato non responsabile dell'inquinamento: la parola definitiva dell'Adunanza plenaria sull'interpretazione della normativa italiana*.

<sup>12</sup> Corte di Giustizia Unione Europea, 4 marzo 2013, n. C-534, in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, 6, pp. 1480 e ss., con nota di C. VIVANI, *Chi non inquina non paga? La Corte di Giustizia ancora sulla responsabilità ambientale*.

<sup>13</sup> Cons. Stato, sez. IV, 1 aprile 2020, n. 2195, in *Ambiente e sviluppo*, 2020, 5, p. 396, con nota di V. CAVANNA, *Con la cessione d'azienda non "passa" la responsabilità per l'inquinamento del sito*.

parte dell'attivo fallimentare, per il solo fatto di essere detentore dello stesso, a prescindere dunque dall'accertamento della sua colpevolezza. Sulla base dell'impronta tracciata dal Consiglio di Stato<sup>14</sup>, si sono susseguite diverse pronunce, che sembrano individuare la fonte di responsabilità nella consapevolezza dell'acquirente della situazione in cui versava l'area interessata<sup>15</sup>.

Nella sentenza in epigrafe, le argomentazioni circa la sussistenza o meno della colpa lasciano spazio ad un'interpretazione singolare dell'impianto normativo, sulla base della distinzione tra due differenti ipotesi di obbligazione che sorgerebbero a carico del titolare del diritto reale o personale di godimento. Da un lato, infatti, il giudice di prime cure configura una obbligazione solidale del predetto soggetto, insieme al responsabile del fatto, a condizione che si accerti un suo comportamento doloso o colposo; dall'altro lato, fa esplicito riferimento a un'obbligazione *propter rem*, che incombe in capo al proprietario del complesso immobiliare in via esclusiva, in quanto proprietario degli stessi rifiuti acquisiti congiuntamente al compendio aziendale. Ad avviso del giudice il proprietario del complesso immobiliare sarebbe da considerarsi responsabile *sic et simpliciter* per la sua qualità, in ragione della mera titolarità del suo diritto sul bene, che lo porta ad essere responsabile dell'ulteriore protrazione di tale abbandono.

#### 4. *Altri profili critici della disciplina*

Tale pronuncia offre l'occasione per tratteggiare altri profili di rilievo del contesto normativo, anche attraverso un breve raffronto tra la disciplina attuale e quella abrogata.

La materia in questione trova espressione, come si è già avuto modo

<sup>14</sup> L'Adunanza Plenaria giunge a tale conclusione in applicazione dell'art. 14, paragrafo 1, della direttiva 2008/98/CE, ai sensi del quale i costi della gestione dei rifiuti sono sostenuti, in base al principio del '*chi inquinava paga*', anche "dai detentori del momento".

<sup>15</sup> Cons. Stato, sez. II, 1 settembre 2021, n. 6179, in *Leggi d'Italia*; T.A.R. Milano, 8 ottobre 2021, n. 2191, in questa *Rivista on line*, con nota di E. FELICI, V. BROVEDANI, *Responsabilità ambientale dell'acquirente di un fondo: il ruolo del "detentore"*.

di vedere, nell'art. 192 del Codice dell'Ambiente<sup>16</sup>, disposizione che ha recepito quasi integralmente l'art. 14 del D.Lgs. n. 22/1997 (c.d. decreto Ronchi)<sup>17</sup>.

Ai primi due commi dell'art. 192 citato è fissato il generale divieto di abbandono e deposito incontrollato di rifiuti sul suolo e nel suolo, nonché di immissione di rifiuti nelle acque superficiali e sotterranee<sup>18</sup>, finalizzato ad assicurare un'elevata protezione dell'ambiente, in conformità ai principi di precauzione, prevenzione, proporzionalità, responsabilizzazione e cooperazione di tutti i soggetti coinvolti, nonché nel rispetto del principio comunitario 'chi inquina paga'. A tale divieto corrisponde un peculiare sistema sanzionatorio binario repressivo e propositivo<sup>19</sup>: il successivo comma 3, infatti, individua le sanzioni amministrative e penali previste dagli art. 255 e 256 del Codice dell'Ambiente<sup>20</sup>. Sempre al comma 3 dell'art. 192 è previsto, a completamento del sistema san-

<sup>16</sup> Alla gestione dei rifiuti e alla bonifica dei siti inquinati è dedicata l'intera parte IV del Codice dell'Ambiente (artt. 177-266).

<sup>17</sup> In generale, si veda V. CINGANO, *I presupposti applicativi per l'adozione dell'ordinanza sindacale di rimozione dei rifiuti abbandonati e per il ripristino dello stato dei luoghi, ai sensi dell'articolo 192 del decreto legislativo n. 152 del 2006*, in questa *Rivista*, 2010, 3-4, pp. 465 e ss.

<sup>18</sup> La nozione di abbandono, in quanto non espressamente definita dal legislatore, è frutto dell'interpretazione operata negli anni dalla giurisprudenza, che ha evidenziato la natura occasionale e discontinua di tale attività rispetto a quella, abituale o organizzata, di discarica. A tal proposito si vedano Cass. pen., sez. III, 10 novembre 2000, n. 133, in questa *Rivista*, 2002, p. 53 ss.; Cass. pen., sez. III, 15 aprile 2004, n. 25463, in *Ambiente e sicurezza*, 2005, 8, p. 104. Con il deposito incontrollato di rifiuti, invece, si realizza la condotta tipica individuabile nella collocazione non definitiva dei rifiuti in un determinato luogo in previsione di una successiva fase di gestione del rifiuto. Così si è espressa di recente Cass. pen., sez. III, 7 maggio 2021, n. 29578, in *Ambiente e sviluppo*, 2021, 11, pp. 796 e ss., con nota di V. PAONE, *Il deposito incontrollato di rifiuti al vaglio della Cassazione*. Per un approfondimento sulle nozioni di abbandono, deposito incontrollato e discarica di rifiuti si rinvia a G. AMENDOLA, *Abbandono-deposito incontrollato di rifiuti e Cassazione. Tutto chiaro?*, in *Diritto e Giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente online*, 2, 2022.

<sup>19</sup> Così M. BENOZZO, *Gestione dei rifiuti, Commento ai titoli I-IV Parte Quarta*, in *Commento al Codice dell'Ambiente*, Torino, 2008, pp. 441 e ss.

<sup>20</sup> Gli artt. 255-256 hanno sostituito i previgenti art. 50-51 del decreto Ronchi. Sulle conseguenze sanzionatorie, si rinvia a L. RAMACCI, *L'abbandono di rifiuti tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Lexambiente.it*, 2021, 3, pp. 55 e ss.

zionatorio, il conferimento al Sindaco del Comune<sup>21</sup>, ove si è verificato l'illecito, del potere di adottare un'ordinanza di rimozione, di avvio a recupero o smaltimento dei rifiuti e di ripristino dello stato dei luoghi nei confronti del responsabile delle violazioni, nonché del proprietario e dei titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, ai quali tale violazione sia imputabile a titolo doloso o colposo. L'attribuzione legislativa della competenza sindacale in materia, che collima con la disciplina previgente (art. 14 decreto Ronchi), non trova riscontro pacifico in giurisprudenza, che talvolta al dettato normativo fa prevalere il principio di separazione delle funzioni tra politica e amministrazione – sancita dapprima dall'art. 107 del D.Lgs. n. 267/2000 (Testo Unico Enti Locali)<sup>22</sup> e poi dall'art. 70, comma 6 del D.Lgs. n. 165/2001<sup>23</sup>, con conseguente attribuzione della competenza ai dirigenti. In quest'ottica, ad avallo di tale orientamento, si richiama una recente pronuncia del Consiglio di Stato, il quale richiamando le predette norme sottolinea che “il dirigente può adottare un'ordinanza di cui all'art. 192, comma 3, del D.Lgs. n. 152 del 2006, trattandosi di un atto di gestione ordinaria”<sup>24</sup>. A questa tesi – che risulta essere minoritaria – si oppone un corposo filone giurisprudenziale, che si attiene al puro profilo letterale,

<sup>21</sup> Il Sindaco è obbligato ad adottare l'ordinanza di sgombero, pena in caso contrario la configurazione del reato di omissione di atti d'ufficio di cui all'art. 328 c.p. Sul punto si veda Cass. pen., sez. VI, 10 giugno 2005, n. 33034, in *Rivista penale*, 2006, 7-8, p. 868, che afferma che “risponde del reato di cui all'art. 328 c. p., il Sindaco che non dispone l'immediato intervento per la eliminazione di rifiuti e per il ripristino dello stato dei luoghi, non avendo alcuna efficacia scriminante l'attesa dovuta alla preliminare individuazione da parte dell'ufficio tecnico dei nominativi dei proprietari dei terreni inquinati o il rispetto dei tempi necessari per la procedura d'appalto dei lavori di rimozione dei rifiuti”.

<sup>22</sup> In breve, l'art. 107 T.U.E.L. attribuisce ai dirigenti il compito di adottare tutti i provvedimenti dell'ente locale salvo quelli attinenti alle funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo. Per un'analisi sulla posizione rivestita dal Sindaco nella materia oggetto del presente contributo, cfr. C. SABBATINI, *Il ruolo del Sindaco nella gestione dei rifiuti*, in *Ambiente e sviluppo*, 2014, 5, p. 359.

<sup>23</sup> Art. 70, comma 6 del D.Lgs. 165/2001: “A decorrere dal 23 aprile 1998, le disposizioni che conferiscono agli organi di governo l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi di cui all'articolo 4, comma 2, del presente decreto, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti”.

<sup>24</sup> Cons. Stato, sez. II, 27 ottobre 2021, n. 7189, in *Ambiente e Sviluppo*, 2021, 12, p. 902.

ritenendo viziata le ordinanze emesse impropriamente da altri organi della medesima amministrazione<sup>25</sup>.

Tornando ad analizzare la disciplina, si è detto che le disposizioni contenute nel decreto Ronchi e nel Testo Unico Ambientale coincidono pressoché totalmente presentando una struttura e una formulazione quasi del tutto identiche, ad eccezione di un'unica inserzione, in vero rilevante, in relazione alla corresponsabilità del proprietario. L'art. 192, comma 3 del Codice dell'Ambiente dopo aver riprodotto, in continuità con la normativa previgente, il principio della corresponsabilità del proprietario e del titolare di diritti reali o personali di godimento, ai quali la violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa, introduce una specificazione finale: "in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo". Appare dunque evidente l'intento del nuovo Testo Unico Ambientale di promuovere e rafforzare l'effettiva partecipazione al procedimento dei potenziali destinatari del provvedimento conclusivo. In tal senso, si è orientata anche la giurisprudenza, sottolineando la necessità di una congrua garanzia procedimentale attraverso la previa formale comunicazione dell'avvio del procedimento<sup>26</sup>, non potendosi, peraltro, applicare il temperamento che

<sup>25</sup> *Ex multis* Cons. Stato, sez. II, 19 ottobre 2020, n. 6294, in *Leggi d'Italia*, secondo cui "se, infatti: - il codice dell'Ambiente, alla Parte Quarta, riproduce nella sostanza, salvo adattamenti e integrazioni per coordinamento con normative sopraggiunte, il decreto Ronchi, di cui dispone conseguentemente l'abrogazione; - e, in particolare, l'art. 192 riproduce l'art. 14 del decreto Ronchi pressoché testualmente, ribadendo la competenza del Sindaco a emanare l'ordinanza per la rimozione dei rifiuti; deve ribadirsi [...]. che la volontà del legislatore vada ricostruita nel senso di affermare la competenza del Sindaco ad emanare le ordinanze in materia di rimozione di rifiuti, ex art. 14 del D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (decreto Ronchi), anche successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U.E.L.) e fino all'entrata in vigore del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (codice ambientale), che ha ribadito tale competenza"; di recente T.A.R. Pescara, 2 aprile 2022, n. 137, in questa *Rivista online*, con nota di A.L. DE CESARIS, M.G. MARRONE, *Sulla competenza del dirigente ad adottare l'ordinanza di rimozione dei rifiuti*.

<sup>26</sup> Da ultimo T.A.R. Napoli, 19 settembre 2022, n. 5818, disponibili sulla rete interconnessa secondo cui "sotto il profilo procedimentale, sussiste anche certamente la violazione del contraddittorio, imposto dall'art. 7 della L. 241/1990; difatti, l'ordinanza di rimozione dei rifiuti abbandonati ex art. 192 del Codice dell'Ambiente deve essere preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati, stante la rilevanza dell'eventuale apporto procedimentale che tali soggetti possono fornire, quanto meno in riferimento all'ineludibile accertamento delle effettive responsabilità



l'art. 21-*octies*, l. n. 241 del 1990 apporta alla regola generale dell'art. 7 della stessa legge<sup>27</sup>. L'accertamento del soggetto responsabile dell'abbandono incontrollato di rifiuti, attesa la gravità delle conseguenze, economiche ed anche penali, che da esso possono scaturire, deve fondarsi su un'attività istruttoria approfondita ed accurata che abbia fatto emergere o prove inconfutabili di tale responsabilità o, quanto meno, una serie di indizi gravi precisi e concordanti che possano consentire di presumerla con un grado elevato di attendibilità<sup>28</sup>.

Pur essendo prevista questa specifica tutela nel Codice dell'Ambiente, le ordinanze di rimozione, nella prassi applicativa in materia di rifiuti, vengono anche emanate nella veste di ordinanze contingibili e urgenti, sul presupposto dell'indifferibile esigenza di scongiurare effetti negativi per la salute e per l'ambiente. Il ricorso alle ordinanze *extra ordinem*, attribuite anch'esse alla competenza del Sindaco, deve avvenire se e nella misura in cui sussistano specifici pericoli per la salute pubblica e l'ambiente che richiedano interventi immediati.<sup>29</sup> Il confine tra le due modalità di ordinanze è costituito dall'urgenza qualificata di provvedere. Tale urgenza consente di derogare anche alle garanzie procedurali previste dalla legge, che risultano quindi recessive in ragione del valore del bene protetto. Pertanto, preme rilevare che, in termini generali, il potere di adottare un'ordinanza contingibile e urgente è circoscritto da stringenti presupposti, poiché per mezzo di esso si introducono delle deroghe al principio di legalità in ragione dell'esigenza di porre rimedio

per l'abusivo deposito di rifiuti"; nello stesso senso, di recente, T.A.R. Molise, 18 marzo 2022, n. 79, in *Leggi d'Italia*.

<sup>27</sup> *Ex multis*, T.A.R. Brescia, 7 gennaio 2020, n. 4, in *Leggi d'Italia*, che, sulla scorta di un filone giurisprudenziale corposo, ritiene che "il legislatore delegato ha inteso rafforzare e promuovere le esigenze di un'effettiva partecipazione allo specifico procedimento dei potenziali destinatari del provvedimento conclusivo; di conseguenza, la preventiva, formale comunicazione dell'avvio del procedimento per l'adozione dell'ordinanza sindacale volta a fronteggiare le situazioni di accertato abbandono o deposito incontrollato di rifiuti, costituisce un adempimento indispensabile al fine dell'effettiva instaurazione di un contraddittorio procedimentale con gli interessati".

<sup>28</sup> T.A.R. Brescia, 11 maggio 2021, n. 435, in *Leggi d'Italia*.

<sup>29</sup> Approfondimenti sul tema si possono rintracciare in V. CINGANO, *Il potere sindacale di ordinare la rimozione dei rifiuti abbandonati, a tutela dell'ambiente e della salute*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 3, pp. 599 e ss.; ID., *Poteri del sindaco e inquinamento ambientale*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2019, 10, p. 717.

ad impreviste situazioni di emergenza, rispetto alle quali l'ordinamento impone attività immediate e non predeterminate in provvedimenti o altri strumenti già tipizzati dal legislatore. Anche la giurisprudenza ha chiarito che il potere di ordinanza *extra ordinem* si articola su indefettibili e concomitanti presupposti, rappresentati: a) dall'impossibilità di differire l'intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di un danno incombente (urgenza); b) dall'impossibilità di far fronte alla situazione di pericolo incombente con gli ordinari mezzi offerti dall'ordinamento giuridico (contingibilità); c) dalla precisa indicazione del limite temporale di efficacia, in quanto solo in via temporanea può essere consentito l'uso di strumenti *extra ordinem* che permettono la compressione di diritti ed interessi privati con mezzi diversi da quelli tipici indicati dalle leggi, cosicché "solo in ragione di tali situazioni si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedimento"<sup>30</sup>.

##### 5. *Alcune osservazioni conclusive*

La pronuncia in commento consente una riflessione finale sul tema della responsabilità del proprietario incolpevole e del relativo obbligo di rimozione dei rifiuti a suo carico. Come si è avuto modo di evidenziare, la formulazione dell'art. 192 del Codice dell'Ambiente, soddisfa, in astratto, il principio-fondamento del diritto europeo del 'chi inquina paga'; tuttavia, in concreto, la giurisprudenza conduce ad un addebito di responsabilità in virtù dell'esistenza di un legame tra il soggetto proprietario del fondo e la *res*.

La decisione del T.A.R. Brescia consolida la tendenza all'ulteriore ampliamento del confine normativo, attribuendo in capo al proprietario dell'area interessata dall'abbandono di rifiuti una responsabilità che sia sostenuta dal solo subentro nella detenzione o nella proprietà dell'area o del sito in cui sono presenti. La fonte di tale responsabilità risiede nella

<sup>30</sup> Da ultimo T.A.R. Catanzaro, 22 luglio 2022, n. 1377, in *LexAmbiente.it*, che richiama due ulteriori pronunce: Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3369, in *Leggi d'Italia*; Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2016, n. 1189, in *Leggi d'Italia*.

consapevolezza da parte del nuovo soggetto compratore dell'attività di abbandono dei rifiuti, sebbene non direttamente responsabile della produzione del rifiuto stesso. In virtù di tale concezione, il T.A.R. Brescia ha dichiarato la legittimità dell'ordinanza con cui il Sindaco ha individuato la società ricorrente, acquirente del fondo già interessato da abbandono di rifiuti, quale soggetto obbligato a eseguire gli interventi di cui all'art. 192 del D.Lgs. n. 152/2006.

L'interpretazione proposta dai giudici amministrativi sembrerebbe assicurare alle amministrazioni interessate un potere, slegato da una qualsiasi valutazione di carattere soggettivo, di attuare misure efficaci a tutela dell'ambiente nei confronti di coloro che siano in possesso di un bene immobile su cui siano abbandonati rifiuti che necessitano di smaltimento. L'intento condivisibile è di limitare i casi in cui i costi della rimozione dei rifiuti, in mancanza di un responsabile, si riversino sulla collettività. Appare però evidente che tale orientamento non trova riscontro nella legislazione nazionale. Si deve dare atto alla giurisprudenza di aver evidenziato le lacune dell'assetto normativo, ma tale merito non può travalicare il proprio raggio d'azione. È imprescindibile garantire una corretta ripartizione dei poteri e salvaguardare l'insormontabile linea di confine che separa i compiti e le funzioni del legislatore da quelli attribuiti alla magistratura. Preme pertanto rilevare che spetta in via esclusiva al potere legislativo l'attività di ponderazione degli interessi sottesi e, conseguentemente, una valutazione sul come eventualmente modificare la disciplina per garantire una più efficace tutela dell'ambiente da possibili fenomeni di abbandono di rifiuti.

## ABSTRACT

*Environment – waste abandonment – strict liability*

*The paper analyzes the recent judgment of the Regional Administrative Court (Brescia) with regard to the ordinance of uncontrolled waste abandonment and the obligations of remediation and removal of waste, contemplated by the Environmental Code. The Court ruling establishes a principle of no-fault (strict) liability towards the property owner, in contrast to the legislative discipline.*

## Verso una regolamentazione delle emissioni odorigene. Le novità legislative e le relative questioni interpretative

FEDERICO VOTTA\*

T.A.R. UMBRIA, Sez. I – 4 maggio 2022, n. 262 – Pres. Potenza, Est. Carrarelli – F.A. S.p.A. (avv. Fiore) c. Comune di Assisi (avv. Marcucci), Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria 1 (avv. Bioli), ARPA Umbria (avv. Orlando).

### **Tutela dell'aria – Emissioni in atmosfera – Emissioni odorigene – Molestia olfattiva – Inquinamento olfattivo.**

*In base alla normativa nazionale vigente per le emissioni odorigene non è prevista la fissazione di limiti di emissione né di metodi o di parametri idonei a misurarne la portata, dal momento che il D.Lgs. 152/2006, all'art. 272-bis, prevede in questo ambito solo la possibilità di un intervento delle regioni o delle autorità competenti in sede di autorizzazione. In mancanza di tali interventi, nonché di situazioni di pericolo per l'ambiente, la salute o la pubblica incolumità, è illegittima l'adozione di un provvedimento contingibile e urgente ai sensi degli artt. 50, comma 5 e 54, comma 4 del D.Lgs. 267/2000 da parte del sindaco, non essendo a tal fine sufficiente aver evidenziato la percepibilità delle sostanze odorigene o l'aver riportato il verificarsi di fenomeni di malessere nella popolazione residente, imponendosi in capo alla P.A. un più stringente onere istruttorio e motivazionale basato su dati univoci circa la sussistenza di un pericolo attuale per la salute dell'uomo e per l'ambiente derivante dalle emissioni odorigene (nel caso di specie era stato effettuato un mero richiamo a soglie olfattive individuate nella letteratura scientifica).*

\* Dottorando di ricerca in diritto pubblico, internazionale ed europeo nell'Università di Milano-Bicocca.

SOMMARIO: 1. Una breve premessa. – 2. I fatti di causa e la decisione del giudice amministrativo. – 3. L'articolo 272-bis del Codice dell'ambiente. Una disposizione sulle emissioni odorigene. – 4. La molestia olfattiva. Un vuoto normativo forse colmato. – 5. Il caso in questione. Il mancato adeguamento da parte di una regione all'articolo 272-bis del D.Lgs. 152/2006. Quali strumenti di tutela? – 6. Il rapporto tra le emissioni odorigene e l'inquinamento olfattivo. – 7. Considerazioni conclusive.

### 1. *Una breve premessa*

La sentenza che ci si propone di commentare permette di approfondire alcuni aspetti di una tematica in crescente risalto, ossia quella delle emissioni odorigene, che ancora oggi, nonostante vi sia stato un recente, fondamentale intervento del Legislatore, si presenta lacunosa e disarmonica.

Tale materia, a ben vedere, sebbene in passato non sia mai stata fatta oggetto di una specifica e compiuta disciplina, ha sempre trovato un vago riferimento in numerose leggi. Così è stato, ad esempio, con il R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, recante “*Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie*”, che, agli articoli 216 e 217, ha dettato una precisa disciplina a tutela della salute dei cittadini per le manifatture e le fabbriche produttive di vapori, gas o altre esalazioni insalubri; con la Legge 13 luglio 1966, n. 615, relativa ai provvedimenti contro l'inquinamento atmosferico, regolante l'esercizio degli impianti termici, industriali e dei mezzi motorizzati, che danno luogo ad emissioni in atmosfera di fumi, polveri, gas e odori, idonei a pregiudicare la salute dei cittadini o a ledere i beni pubblici o privati<sup>1</sup>; con il D.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, relativo ai rifiuti, allo smaltimento dei policlorodifenili e dei policlorotrifenili, oltre che ai rifiuti tossici e nocivi, in cui, all'articolo 1, si prevede che nello svolgere le attività di smaltimento si deve evitare ogni rischio di inquinamento dell'aria, dell'acqua, del suolo e del sottosuolo, nonché ogni inconveniente scaturente da rumori e odori<sup>2</sup>; con il D.P.R. 24 maggio 1988, n. 203, avente ad oggetto la tutela della qualità dell'aria, nel cui ambito di applicazione sono stati fatti rientrare gli impianti che possono

<sup>1</sup> Tale legge è stata abrogata dall'articolo 289 del D.Lgs. 152/2006.

<sup>2</sup> Abrogato, poi, dall'articolo 264, comma 1, lettera b), del D.Lgs. 152/2006.

dar luogo ad emissioni in atmosfera<sup>3</sup>; con il D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, sui rifiuti pericolosi, gli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, che ha previsto l'obbligo nella raccolta e smaltimento dei medesimi di evitare, tra l'altro, di causare inconvenienti odori<sup>4</sup>; con il D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 372, sulla prevenzione e la riduzione dell'inquinamento derivante dalle emissioni nell'aria, nell'acqua e nel suolo prodotte da determinate attività industriali<sup>5</sup>; con il D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'ambiente), che all'articolo 29-*sexies*, comma 3, ha imposto che nell'autorizzazione integrata ambientale siano inclusi i valori limite di emissione fissati per le sostanze inquinanti, in particolare quelle previste dal decimo allegato alla Parte seconda del Codice, le quali interessano l'aria e l'acqua<sup>6</sup>; con il D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, anche noto come Testo Unico sulla salute e sicurezza sul lavoro, il cui allegato IV, punto 2.1.4-*bis*, ha imposto al datore di lavoro, per quei lavori da cui derivano odori o fumi di qualunque specie, di attivarsi al fine di impedirne o ridurne lo sviluppo e la diffusione;

<sup>3</sup> Il decreto citato, che recava "Attuazione delle direttive CEE numeri 80/779, 82/884, 84/360 e 85/203 concernenti norme in materia di qualità dell'aria, relativamente a specifici agenti inquinanti, e di inquinamento prodotto dagli impianti industriali, ai sensi dell'art. 15 della legge 16 aprile 1987, n. 183", è stato abrogato dall'articolo 280, comma 1, lettera *a*), del D.Lgs. 152/2006, salvo per le disposizioni di cui si è prevista l'ulteriore vigenza.

Giova, tuttavia, ricordare che, all'articolo 2, comma 4, del medesimo decreto si è fornita una prima definizione di emissione, secondo cui è tale "qualsiasi sostanza solida, liquida o gassosa introdotta nell'atmosfera, proveniente da un impianto, che possa produrre inquinamento atmosferico". Invece, per inquinamento atmosferico, ai sensi del precedente comma 1, si è intesa qualsiasi modificazione dell'aria atmosferica, causata da una o più sostanze alteranti le normali condizioni ambientali e di salubrità dell'aria, tali da costituire pericolo o pregiudizio per la salute dell'uomo, da compromettere gli usi legittimi dell'ambiente e da alterare le risorse biologiche e gli ecosistemi, oltre ai beni pubblici e privati.

<sup>4</sup> La cui abrogazione è stata sancita dall'articolo 264, comma 1, lettera *i*), del D.Lgs. 152/2006.

<sup>5</sup> Abrogato dall'articolo 19, comma 1, del D.Lgs. 18 febbraio 2005, n. 59, a sua volta poi abrogato dall'articolo 4, comma 1, lettera *a*), del D.Lgs. 29 giugno 2010, n. 128.

<sup>6</sup> Si ricorda che il Titolo III-*bis* della Parte seconda del Testo unico ambientale, disciplinante appunto l'autorizzazione integrata ambientale, è stato introdotto dall'articolo 2, comma 24, del D.Lgs. 29 giugno 2010, n. 128, recante "Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale, a norma dell'articolo 12 della legge 18 giugno 2009, n. 69".

oltre che con i Codici civile e penale, rispettivamente agli artt. 844 e 674, seppur nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza, di cui si dirà nel quarto paragrafo del presente scritto.

Negli ultimi anni, a seguito sia della continua espansione dei centri urbani, i quali spesso hanno raggiunto le zone industriali, sia dell'aumento della sensibilità dei cittadini con riguardo alle emissioni in atmosfera di odori, evincibile dalle sempre più numerose lamentele legate a tali fenomeni rivolte ai sindaci, il tema delle emissioni odorigene ha assunto un ruolo più centrale nella politica ambientale. Ciò, grazie anche alla spinta data dalla direttiva 2015/2193/UE, sulla limitazione delle emissioni nell'atmosfera di taluni inquinanti originati da impianti di combustione medi, recepita nel nostro ordinamento mediante il D.Lgs. 15 novembre 2017, n. 183, con cui il Legislatore ha modificato il Codice dell'ambiente, inserendovi dapprima l'articolo 272-*bis*, dedicato appunto alle emissioni odorigene, e dipoi, all'articolo 268, comma 1, la lettera *f-bis*, con cui è stata fornita una precisa definizione delle medesime<sup>7</sup>.

L'intervento normativo da ultimo citato, però, non è privo di criticità. Come si avrà modo di esporre nelle successive pagine, vi sono non indifferenti questioni e interrogativi che sorgono allorché si tratti di interpretare e di applicare tali disposizioni.

Nel presente lavoro, partendo dall'esame della sentenza n. 262/2022 del T.A.R. Umbria, si svolgeranno alcune considerazioni sulla disciplina delle emissioni odorigene, così come risultante a seguito dei recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali.

## 2. *I fatti di causa e la decisione del giudice amministrativo*

Il T.A.R. Umbria si è pronunciato in risposta a un ricorso proposto da una società specializzata nella fusione di materiale ferrosi avverso a una

<sup>7</sup> Più precisamente, la definizione di emissioni odorigene è stata introdotta per il tramite del D.Lgs. 30 luglio 2020, n. 102, il quale ha apportato integrazioni al citato D.Lgs. 183/2017. Secondo la menzionata lettera *f-bis* del primo comma dell'articolo 268 si tratta di quelle emissioni, convogliate o diffuse, aventi effetti di natura odorigena. Dove per convogliate si intendono le emissioni di un effluente gassoso effettuate attraverso uno o più appositi punti; mentre per diffuse quelle diverse da queste ultime (art. 268, comma 1, lett. *c*) e *d*), del Codice dell'ambiente).



ordinanza contingibile e urgente adottata dal Sindaco di Assisi, volta ad imporre alla prima l'abbattimento delle emissioni odorigene provenienti dalla propria fonderia.

La vicenda da cui è sorto il contenzioso, che ha visto coinvolti, oltre al comune di Assisi e alla menzionata società ricorrente, l'Azienda USL Umbria 1 e l'Agenzia Regionale per la Protezione Ambientale (ARPA) dell'Umbria, ha avuto origine da alcune segnalazioni di cittadini residenti nelle vicinanze dell'impianto di fusione rivolte al Sindaco di Assisi, con cui i medesimi hanno lamentato sgradevoli odori di combustione metallica provenienti dal predetto impianto.

A seguito di ciò, l'Azienda USL Umbria 1, sulla scorta di specifici parametri evincibili da un rapporto tecnico stilato dall'ARPA<sup>8</sup>, ha provveduto ad eseguire un sopralluogo presso la fonderia, constatando l'effettiva percezione dei lamentati odori<sup>9</sup>.

Il sindaco, reso edotto dalla AUSL circa lo stato dell'aria della zona interessata, ha dunque adottato una ordinanza nei confronti della menzionata società, imponendo la rimozione alla fonte delle emissioni odorigene fatte oggetto delle segnalazioni dei residenti, l'implementazione di sistemi di abbattimento o di aspirazione delle medesime, qualora la rimozione alla fonte si fosse rivelata tecnicamente impraticabile, oltre all'adozione di un sistema di monitoraggio esterno di siffatte sostanze.

Nelle proprie doglianze la ricorrente ha evidenziato, in primo luogo, la carenza dei presupposti previsti dalla legge per l'adozione dell'ordinanza contingibile e urgente gravata dal ricorso, consistenti sia nella presenza di un pericolo per la salute, per l'incolumità pubblica, ovvero

<sup>8</sup> Ci si riferisce al rapporto tecnico Settembre 2020 - Maggio 2021, dal titolo "Rilevamento qualità dell'aria in Località Santa Maria degli Angeli-Assisi", indicato nel provvedimento qui in commento.

Rilevandosi l'impossibilità di reperire il documento ufficiale sia sul sito istituzionale del Comune di Assisi sia su quello dell'ARPA, salvo una mera notizia di avvio delle operazioni relative al monitoraggio della qualità dell'aria della zona della fonderia in questione (reperibile sulla rete interconnessa), al fine di apprendere quanto in esso affermato, occorre riferirsi alle notizie diffuse sui giornali locali al termine del rilevamento, reperibili sulla rete interconnessa.

<sup>9</sup> La relazione della AUSL prosegue poi evidenziando come tale odore "si modificava in relazione alla direzione del vento e si attenuava progressivamente allontanandosi da tale area fino a scomparire a distanza di 100-150 metri", causando così un "fattore di sicura compromissione del benessere della popolazione interessata".

per l'ambiente, sia nella configurabilità di una situazione caratterizzata dall'urgenza e dalla contingenza. Infatti, quanto al requisito della pericolosità per la salute e per l'ambiente, parte attrice ha osservato che manca una evidenza di tali circostanze nel documento tecnico redatto dall'ARPA; mentre, con riferimento ai requisiti dell'urgenza e della contingenza, essa ha affermato che le misure adottate con lo strumento *extra ordinem* avrebbero dovuto essere impartite con quello ordinario della modifica dell'autorizzazione integrata ambientale, di cui al combinato disposto degli articoli 29-*quater*, comma 7, e 29-*octies* del D.Lgs. 152/2006<sup>10</sup>.

Con altri due motivi, la società ricorrente ha rilevato, da una parte, l'inadeguatezza dei tempi e del costo previsti per effettuare gli interventi riparatori prescritti dall'ordinanza, dall'altra, la carenza di una adeguata istruttoria, nonché, di conseguenza, di una congrua motivazione, essendosi il Sindaco di Assisi limitato a rilevare che “si è assistito ad un superamento delle soglie olfattive indicate da ARPA, a fini di tutela della salute collettiva”<sup>11</sup>.

La ricorrente ha inoltre sottolineato la mancanza di una disciplina relativa alle soglie olfattive, tanto a livello regionale, quanto nelle autorizzazioni relative al proprio impianto<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Ciò appare condivisibile in virtù del consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui i “presupposti per l'adozione di un'ordinanza contingibile ed urgente sono la sussistenza di un pericolo irreparabile ed imminente per la pubblica incolumità, non altrimenti fronteggiabile con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento, e la provvisorietà e la temporaneità dei suoi effetti” (cfr. Cons. St., Sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774; Cons. St., Sez. V, 12 giugno 2017, n. 2799; Cons. St., Sez. II, 11 luglio 2020, n. 4474); ove per contingibilità si deve intendere la “impossibilità di fronteggiare l'emergenza con i rimedi ordinari in ragione dell'accidentalità, imprescindibilità ed eccezionalità della situazione verificatasi” (cfr. T.A.R. Lombardia, Sez. III, 7 ottobre 2020, n. 1810; T.A.R. Campania, Sez. V, 9 settembre 2022, n. 5672. V. anche Cons. St., Sez. V, 14 ottobre 2019, n. 6951).

Pertanto, l'adozione di una ordinanza contingibile e urgente, in presenza di una situazione fronteggiabile con gli ordinari strumenti previsti dalla disciplina in materia, se non debitamente motivata, non può essere giustificata (Cons. St., Sez. III, 29 maggio 2015, n. 2697).

<sup>11</sup> Così si legge al punto 2, IV, della sentenza qui presa in considerazione.

<sup>12</sup> Infatti, l'ARPA, nella propria memoria di costituzione, ha affermato di aver basato il proprio rilevamento sui valori espressi nelle tabelle (ci si riferisce in realtà alla sola tabella n. 2 “*Odor thresholds measured by the triangle odor bag method*”, illustrata in due pagine del documento) contenute nel *paper* di Y. NAGATA, *Measurement of Odor*

Il collegio giudicante, considerando fondate le ragioni manifestate dalla ricorrente, ha annullato l'impugnata ordinanza sindacale, rilevando l'assenza dei citati presupposti per l'esercizio dei poteri *extra ordinem* di cui agli artt. 50 e 54 del D.Lgs. 267/2000<sup>13</sup>.

L'unica disposizione che secondo il giudice amministrativo assume una certa rilevanza ai fini della decisione è contenuta nell'articolo 272-*bis* del D.Lgs. 152/2006, il quale dispone che "La normativa regionale o le autorizzazioni possono prevedere misure per la prevenzione e la limitazione delle emissioni odorigene degli stabilimenti di cui al presente titolo"<sup>14</sup>. Nel caso di specie, a ben vedere, l'organo giudicante ha posto in luce tanto il mancato intervento della Regione Umbria in punto di fissazione di valori limite, portate e concentrazioni massime relativamente alle sostanze odorigene<sup>15</sup>, quanto l'assenza nell'autorizzazione integrata ambientale adottata dalla Provincia di Perugia in favore della società ricorrente di misure di contenimento delle emissioni odorigene<sup>16</sup>.

*Threshold by Triangle Odor Bag Method*, in *Odor Measurement Review* – Ministry of the Environment – reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>13</sup> È curioso notare che nella più volte menzionata relazione dell'ARPA sono presenti affermazioni contrastanti con la situazione illustrata dall'AUSL Umbria 1 al Sindaco di Assisi al fine di sollecitarlo ad adottare l'ordinanza fatta oggetto del ricorso *de qua*. Ivi, infatti, si afferma che sussistono "valori di buona qualità dell'aria per i parametri ossidi di zolfo, ossidi di azoto, monossido di carbonio, ozono benzene i cui indici sono al di sotto delle soglie di valutazione inferiori [...] per quanto riguarda il parametro Particolato PM10 le medie da settembre 2020 a maggio 2021 sono comprese tra la soglia di valutazione superiore al soglia di valutazione inferiore [...] per quanto riguarda i microinquinanti non si evidenziano criticità nel periodo settembre-maggio 2020 nelle concentrazioni di metalli pesanti [...] per quanto riguarda le Diossine e PCB si registra nel periodo un valore di concentrazione di PCDD/Fs leggermente superiore ai valori che si rilevano nel resto della regione". Quanto poi agli Aldeidi, nel documento tecnico si osserva che nonostante dal 15 al 30 settembre si sia proceduti a campionare in modo passivo tali organismi, "I valori medi riscontrati [...] non hanno evidenziato valori significativi, per lo più prossimi o inferiori ai limiti di rilevabilità".

<sup>14</sup> Si intendono gli impianti che producono emissioni in atmosfera (articolo 267, comma 1, D.Lgs. 152/2006).

<sup>15</sup> Al momento in cui si scrive, risulta in discussione la proposta di legge regionale del consigliere Daniele Carissimi, dettante una "Disciplina in materia di emissioni odorigene".

<sup>16</sup> È bene aggiungere che il T.A.R. Umbria non ha mancato di pronunciarsi con riguardo alla opportunità di fare ricorso a strumenti *extra ordinem* in assenza di una normativa regionale o di specifiche autorizzazioni, affermando che in tali ipotesi

### 3. *L'articolo 272-bis del Codice dell'ambiente. Una disposizione sulle emissioni odorigene*

La sentenza del T.A.R. Umbria in esame riveste particolare importanza per la disciplina delle emissioni odorigene, dal momento che il collegio, richiamando la recente modifica al Codice dell'ambiente, lascia intendere l'opportunità di ricorrere ad interventi in via ordinaria, secondo quanto previsto dall'articolo 272-*bis*, piuttosto che mediante strumenti *extra ordinem*, per dettare una regolamentazione in materia.

Infatti, si deve rimarcare che l'aggiunta di una simile norma comporta il venire meno del requisito, per l'adozione di un atto *extra ordinem* in materia di emissioni odorigene, della non fronteggiabilità della situazione di pericolo concreto mediante strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento<sup>17</sup>.

Si capisce pertanto che si tratta di una svolta notevole, tanto che qualcuno ha sostenuto che "(c)on tale integrazione dell'articolato della Parte Quinta, si apre finalmente una "strada maestra" per l'approccio al tema della prevenzione, del controllo e della riduzione delle emissioni di sostanze odorigene"<sup>18</sup>.

La rilevanza del tema è tale da stimolare un approfondimento delle principali questioni, tanto formali quanto sostanziali, che interessano la nuova disposizione del Testo Unico ambientale.

Ebbene, l'articolo 272-*bis* del D.Lgs. 152/2006, introdotto dall'articolo 1, comma 1, lett. *f*), n. 8, del D.Lgs. 15 novembre 2017, n. 183<sup>19</sup>,

l'intervento delle amministrazioni competenti a tutela della salute e dell'incolumità pubblica non risulta precluso, sebbene si imponga alle stesse "un più stringente onere istruttorio e motivazionale basato su dati univoci circa la sussistenza di un pericolo attuale per la salute dell'uomo e per l'ambiente derivante dalle emissioni di aldeidi nelle concentrazioni rilevate" (punto 7.4. della sentenza).

<sup>17</sup> Cfr., tra le altre, T.A.R. Liguria, Sez. I, 8 luglio 2019, n. 603; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 5 novembre 2018, n. 339; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 26 luglio 2018, n. 903, citate nella sentenza. Da ultimo, cfr. anche Cons. St., Sez. V, 7 settembre 2022, n. 7790; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 25 agosto 2022, n. 718.

<sup>18</sup> A. MURATORI, *D.Lgs. 183/2017: i limiti per le emissioni degli impianti di combustione medi, e non solo*, in *Ambiente & sviluppo*, 5, 2018, p. 295.

<sup>19</sup> Il decreto legislativo citato, entrato in vigore il 19 dicembre 2017, reca "Attuazione della direttiva (UE) 2015/2193 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa alla limitazione delle emissioni nell'atmosfera di taluni

riserva alle Regioni, alle province autonome e alle autorità competenti a rilasciare le relative autorizzazioni la previsione di misure di prevenzione e di limitazione delle emissioni odorigene prodotte dagli stabilimenti di cui al Titolo primo della Parte quinta del Codice dell'ambiente. Tuttavia, allo stesso tempo, la norma, con riguardo a tali misure, sancisce, da una parte, la facoltà per il Coordinamento<sup>20</sup> istituito dall'articolo 20 del D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 155 di predisporre indirizzi, dall'altra, la possibilità di introdurre nell'allegato I alla Parte quinta del predetto codice valori limite, prescrizioni generali, metodi di monitoraggio e di determinazione degli impatti<sup>21</sup>.

Limitando per il momento l'esame del citato articolo di legge ai meri aspetti formali, non si può fare a meno di notare la poca precisione delle parole utilizzate da Legislatore nel primo comma, le quali determinano l'insorgenza di alcuni dubbi interpretativi<sup>22</sup>.

inquinanti da impianti di combustione medi, nonché per il riordino del quadro normativo degli stabilimenti che producono emissioni nell'atmosfera, ai sensi dell'articolo 17 della legge 12 agosto 2016, n. 170”.

<sup>20</sup> Si tratta del Coordinamento tra i rappresentanti del Ministero dell'ambiente, del Ministero della salute, di ogni regione e provincia autonoma, dell'Unione delle province italiane e dell'Associazione nazionale comuni italiani, cui partecipano anche rappresentanti dell'ISPRA, dell'ENEA e del Consiglio nazionale delle ricerche e di altre autorità competenti, oltre a quelli dell'Istituto superiore di sanità, su indicazione del Ministero della salute, e a quelli delle agenzie regionali e provinciali per la protezione dell'ambiente, su indicazione della regione o provincia autonoma di appartenenza.

Tra i compiti affidati a tale coordinamento rientra quello di elaborare indirizzi e linee guida relativi ad aspetti di comune interesse inerenti alla normativa sulle emissioni in atmosfera.

<sup>21</sup> Così, il secondo comma dell'articolo 272-*bis* del D.Lgs. 152/2006. Sul punto la Corte Costituzionale, con sentenza n. 178 del 16 luglio 2019, ha rilevato che “All'evidenza, dunque, il legislatore statale non ha inteso introdurre una disciplina organica e complessiva dei profili inquinanti correlati alle emissioni odorigene, lasciando alle Regioni il compito di regolamentare il settore, ma si è riservato la possibilità, con le modalità previste dal comma 2 del citato art. 272-bis, di introdurre valori limite e prescrizioni generali destinate a valere per l'intero territorio nazionale in modo uniforme” (punto 5.4.1). Si veda anche la nota di M. CERUTI, *L'inquinamento olfattivo dinanzi alla corte costituzionale: stabiliti i confini tra legislazione statale e regionale*, in questa *Rivista*, 16 Dicembre 2019, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>22</sup> Sotto il punto di vista sostanziale, invece, si veda V. PAMPANIN, *Verso una maggiore rilevanza dei profili sanitari nelle valutazioni dell'autorizzazione integrata ambientale*, in questa *Rivista*, 3, 2019. L'A. osserva che nonostante gli aspetti innovativi della nuova disposizione sulle emissioni odorigene, si deve rilevare la limitata portata della medesi-

Gli interrogativi riguardano fundamentalmente il primo periodo del primo comma dell'articolo 272-*bis*, secondo cui “La normativa regionale o le autorizzazioni possono prevedere misure per la prevenzione e la limitazione delle emissioni odorigene degli stabilimenti di cui al presente titolo”. Stante, infatti, la genericità della previsione, risulta ragionevole domandarsi innanzitutto quale fonte regionale debba introdurre simili misure preventive e limitative.

L'articolo, utilizzando la forma “normativa regionale”, induce ad ipotizzare che si possa trattare di una legge regionale, di un regolamento, ovvero addirittura di un atto generale. Ciononostante, come si avrà modo di osservare nel prossimo paragrafo, salvo la Regione Basilicata e la Regione Puglia, le quali hanno fatto uso della legge regionale, per ora le Regioni che hanno apprestato una specifica disciplina sulle emissioni odorigene si sono orientate verso linee guida, assunte con delibere di Giunta ovvero, nel caso della Regione Emilia Romagna, con determinazione dirigenziale, nonché, quanto alla Regione Sicilia, con decreto assessoriale.

Si delinea quindi una discrezionalità in capo alle singole Regioni non solo con riguardo alla possibilità di disciplinare, o meno, il fenomeno delle emissioni odorigene, ma anche in relazione alla scelta dello strumento più opportuno per la relativa regolamentazione<sup>23</sup>.

ma. Invero, considerato che per gli impianti di incenerimento, coincenerimento e altri trattamenti termici l'autorizzazione alle emissioni in atmosfera è sostituita dall'autorizzazione unica, di cui all'articolo 208 del Codice ambientale, e che per gli impianti che svolgono le attività elencate dall'allegato VIII alla parte seconda del predetto codice la citata autorizzazione è sostituita dall'autorizzazione integrata ambientale, così come disposto dall'articolo 29-*quater*, comma 11, del Testo Unico ambientale, la disciplina introdotta dall'articolo 272-*bis* risulta applicabile soltanto ad una ristretta tipologia di impianti.

<sup>23</sup> Tale allocazione di funzioni operata dal Legislatore statale in favore, in particolare, delle Regioni si giustifica in virtù del fatto che, come già ampiamente affermato dalla Corte Costituzionale, quella ambientale è una “materia naturalmente trasversale, idonea perciò a incidere sulle competenze regionali [...], nel senso che interseca materie di competenza concorrente o residuale delle Regioni e, in particolare, quelle del governo del territorio, della tutela della salute, della protezione civile e dell'agricoltura e foreste”. Ciò, nonostante la potestà legislativa riservata in via esclusiva allo Stato in tema di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, *ex art.* 117, comma 2, lett. *s*), della Costituzione. Sul punto, si vedano, tra le altre, Corte Cost., 7 ottobre 2021, n. 189, 23 dicembre 2019, n. 289, 13 novembre 2019, n. 231, 11 luglio 2018, n. 151.

Cercando di trovare un senso ad una tale generica formulazione normativa, e volendo escludere di associarsi alla tesi di chi ritiene si tratti solamente di una “norma del tutto anodina”<sup>24</sup>, si potrebbe avanzare l’ipotesi secondo cui la ragione di una siffatta scelta del Legislatore si collega nella opportunità di conservare l’efficacia dei diversi provvedimenti adottati precedentemente al 2017 in materia, così da incrementare una disciplina in parte già presente nel nostro ordinamento giuridico.

Altra questione attiene poi al rapporto che intercorre tra la normativa regionale e le autorizzazioni delle autorità competenti. Ci si chiede, infatti, se tali fonti possano considerarsi alternative tra loro, ovvero se, al contrario, esse debbano ritenersi essenziali l’una per l’altra, tanto da legittimare il rilascio di una autorizzazione solamente in presenza di una base normativa regionale.

Se la lettura del primo periodo del primo comma dell’articolo 272-*bis*, laddove si utilizza la disgiunzione “o”, sembra suggerire una interpretazione in senso di alternatività tra la normativa regionale e le autorizzazioni, questa soluzione non pare andare esente da dubbi. Non è mancato, infatti, chi ha sostenuto che tale disposizione “attribuisce alla normativa regionale e, in base a questa, alle singole autorizzazioni, di prevedere misure per la prevenzione e la limitazione delle emissioni odorigene degli stabilimenti assoggettati alla disciplina autorizzatoria di cui al Titolo I della Parte V”<sup>25</sup>.

Tuttavia, senza alcuna presunzione di giungere a risposte certe, è bene osservare che nonostante inizialmente lo schema di decreto legislativo sull’attuazione della Direttiva (UE) 2015/2193, oltre che sul riordino del quadro normativo degli stabilimenti produttivi di emissioni in atmosfera<sup>26</sup>, prevedesse la possibilità per le sole Regioni di disciplinare

<sup>24</sup> Ci si riferisce a A. MURATORI, *Idee per il rinnovo dell’art. 272-bis del D.Lgs. n. 152/2006 sulle Emissioni odorigene, in Ambiente & Sviluppo*, 5, 2022, p. 321, secondo cui tale disposizione “rappresenta uno dei più gravi punti di caduta dell’attività normativa svolta dal legislatore nazionale in questi ultimi anni, a documentare la perdita professionalità degli Uffici legislativi ministeriali che materialmente provvedono alla stesura dei testi”.

<sup>25</sup> Si veda il commento di E. MONACI al Titolo I della Parte V del Codice dell’ambiente, in D.A. RÖTTGEN, A. FARI, *Codice dell’Ambiente Commentato*, Gruppo 24 Ore, 2022, p. 265.

<sup>26</sup> Ci si riferisce allo “Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2015/2193 relativa alla limitazione delle emissioni nell’atmosfera di

le emissioni odorigene, e nonostante successivamente, in sede di parere della Conferenza Unificata *ex art.* 9, comma 1, del D.Lgs. 28 agosto 1997, n. 281<sup>27</sup>, tale testo sia stato integrato mediante l’inserimento della formula “e/o le autorizzazioni”, nella versione definitiva del D.Lgs. 183/2017 esso ha trovato attuazione con la sola disgiunzione “o”.

Pertanto, cercando di fornire una interpretazione il più conforme possibile all’articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, sembrerebbe che vi sia stato un intenzionale indirizzamento della formulazione della norma nel corso del suo *iter* legislativo verso il criterio dell’alternatività delle due fonti ivi prospettate<sup>28</sup>. In effetti, il riferimento a una simile separazione pare evincersi anche nella sentenza in commento, laddove il collegio giudicante rileva, da un lato, l’assenza di una specifica normativa con riguardo alla Regione Umbria, dall’altro, la mancanza nella autorizzazione integrata ambientale rilasciata dalla Provincia di Perugia di misure volte al contenimento delle emissioni odorigene<sup>29</sup>.

Del resto, una siffatta interpretazione trova sostegno anche in altre recenti pronunce del giudice amministrativo, in relazione a controversie sorte addirittura prima dell’emanazione del D.Lgs. 183/2017<sup>30</sup>.

taluni inquinanti originati da impianti di combustione medi nonché riordino del quadro normativo degli stabilimenti che producono emissioni in atmosfera” n. 435, trasmesso alla Presidenza il 2 agosto 2017.

<sup>27</sup> Si veda il “Parere, ai sensi dell’art. 2, comma 3, e dell’art. 9, comma 1, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Punto 12) O.d.g. Conferenza Unificata” del 5 ottobre 2017.

<sup>28</sup> Peraltro, è stato già sostenuto che “l’assenza di criteri sintattici netti circa l’utilizzo delle congiunzioni disgiuntive o ed ovvero genera dei casi dubbi”, sicché occorre “fare ricorso al criterio sussidiario della individuazione dell’intento del Legislatore al duplice fine di (a) ovviare all’equivocità del testo da interpretare e (b) di scongiurare effetti giuridici incompatibili con il sistema normativo” (recentemente, Cass. civ., Sez. I, Ord., 8 luglio 2022, n. 21753).

<sup>29</sup> Punto 7.2. della sentenza *de qua*.

<sup>30</sup> In tali casi, si è affermato che “se è vero che, per le emissioni odorigene, in base alla normativa nazionale, non è prevista la fissazione di limiti di emissione né di metodi o di parametri idonei a misurarne la portata, tuttavia ciò non significa che, in sede di rilascio delle autorizzazioni alle emissioni in atmosfera, non possano essere oggetto di considerazione i profili attinenti alle molestie olfattive, al fine di prevenire e contenere i pregiudizi dalle stesse causati. Invero, l’art. 268, comma 1, lett. a), D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 fa proprio un concetto ampio di inquinamento atmosferico e, pertanto, anche se non è rinvenibile un riferimento espresso alle emissioni odorigene, le stesse debbono ritenersi ricomprese nella definizione di “inquinamento atmosferico” e di “emissioni in



Se si segue il ragionamento fino a qui proposto, ammettendo quindi che possano trovare ingresso nel nostro ordinamento giuridico autorizzazioni al rilascio di emissioni odorigene anche senza una base normativa regionale, allora ci si deve interrogare sulla compatibilità di un simile sistema con il principio di legalità. Infatti, non si vede come, in assenza di una precisa regolamentazione di tali emissioni, possa permettersi l'adozione di provvedimenti autorizzatori da parte delle autorità competenti senza violare il principio di tipicità degli atti amministrativi<sup>31</sup>.

Dunque, si fa fatica a nascondere lo stupore per la scelta del Legislatore di consentire, con riguardo alle emissioni odorigene, l'eventuale adozione di provvedimenti autorizzatori privi di una base normativa, sempre che questa sia la interpretazione da attribuire alla norma. A maggior ragione se si considera che nello stesso titolo in cui è stato introdotto l'articolo 272-*bis* sono disciplinate altresì le più generiche autorizzazioni alle emissioni in atmosfera (articoli 269 e seguenti), e in tale caso il Legislatore ha stabilito che il relativo provvedimento debba fissare i valori limite di emissione e le prescrizioni "a seguito di un'istruttoria che si basa

atmosfera" (T.A.R. Lazio, Sez. I *quater*, 13 marzo 2018, n. 2870). Così anche T.A.R. Calabria, Sez. I, 21 marzo 2018, n. 682 e T.A.R. Veneto, Sez. III, 5 maggio 2014, n. 573.

<sup>31</sup> In L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, Monduzzi Editore, 2001, p. 305, con riguardo ai provvedimenti di tipo autorizzatorio, si afferma che essi "sono definiti come i provvedimenti i quali ugualmente incidono su preesistenti situazioni altrui di vantaggio. Ma che riguardano limiti i quali vengono imposti loro già dalla legge e, perciò, in via generale". Tra i più importanti studi sulle autorizzazioni si ricordano O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1954; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, UTET, 1954; F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Milano, Giuffrè, 1957; R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Giuffrè, Milano, 1974. Mentre, in relazione ai caratteri della tipicità e della nominatività del provvedimento amministrativo si fa rinvio a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, ove si afferma che "la ricostruzione più convincente sembra quella secondo cui la nominatività indica la preliminare esigenza che il provvedimento trovi un preciso fondamento normativo, mentre la tipicità 'comporta una connessione, fissata dalle norme, tra i vari elementi dell'atto, e una predeterminazione, sempre normativa, degli effetti che esso può produrre'".

[...] sui valori e sulle prescrizioni fissati nelle normative di cui al comma 3”, ossia quelle regionali e delle province autonome<sup>32</sup>.

È bene, infine, richiamare l’attenzione su di un altro aspetto che interessa la norma in questione; ossia, la concreta efficacia della stessa. Il secondo periodo del primo comma dispone che le misure volte a prevenire e a limitare le emissioni odorigene “possono anche includere, ove opportuno, [...]: a) valori limite di emissione espressi in concentrazione (mg/Nm<sup>3</sup>) per le sostanze odorigene; b) prescrizioni impiantistiche e gestionali e criteri localizzativi per impianti e per attività aventi un potenziale impatto odorigeno, incluso l’obbligo di attuazione di piani di contenimento; c) procedure volte a definire, nell’ambito del procedimento autorizzativo, criteri localizzativi in funzione della presenza di ricettori sensibili nell’intorno dello stabilimento; d) criteri e procedure volti a definire, nell’ambito del procedimento autorizzativo, portate massime o concentrazioni massime di emissione odorigena espresse in unità odorimetriche (ouE/m<sup>3</sup> o ouE/s) per le fonti di emissioni odorigene dello stabilimento; e) specifiche portate massime o concentrazioni massime di emissione odorigena espresse in unità odorimetriche (ouE/m<sup>3</sup> o ouE/s) per le fonti di emissioni odorigene dello stabilimento”. La previsione di una mera possibilità che siano fissati limiti, prescrizioni e criteri – peraltro subordinata ad un giudizio di opportunità rimesso all’ente stesso – rischia di rendere il provvedimento sulle emissioni odorigene estremamente generico, e di conseguenza poco efficace<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Art. 271, comma 5, del D.Lgs. 152/2006.

<sup>33</sup> Non a caso, con riferimento alle linee guida predisposte dalla Regione Lombardia con la Delibera di Giunta 15 febbraio 2012, n. IX/3018, il giudice amministrativo ha affermato che esse non stabiliscono dei limiti alle emissioni odorigene. Invero, “Si tratta, in particolare, di “determinazioni generali” con cui la Regione [...] fornisce indicazioni al “progettista”, ai fini della caratterizzazione delle emissioni, imponendogli, poi – sulla base dei “risultati della simulazione” – gli accorgimenti tali da far sì che l’odore provocato dall’attività non vada ad impattare in maniera significativa sulla zona interessata dalle emissioni odorigene e soprattutto che non ne pregiudichi l’utilizzo in accordo con lo strumento di programmazione territoriale”. Per tale ragione nel caso di specie il collegio ha ritenuto non potersi identificare una illegittimità derivante dalla violazione di limiti di cui alla DGR IX/3018, dal momento che in tale atto non si rinvenivano limiti alle emissioni odorigene (Cfr. T.A.R. Lombardia, Sez. III, 13 dicembre 2021, nn. 2790, 2791 e 2792).

#### 4. *La molestia olfattiva. Un vuoto normativo forse colmato*

Dal punto di vista sostanziale, la ricorrente ha rilevato l'aspetto più critico in tema di emissioni odorigene, ossia la mancanza di una disciplina nazionale che fissi dei parametri valevoli uniformemente sul territorio italiano. Anche il nuovo articolo 272-*bis* del Codice dell'ambiente, esaminato poco più sopra, attualmente costituente l'unica disposizione nazionale specificamente dedicata al tema, sebbene relativa ai soli stabilimenti definiti all'articolo 268, comma 1, lettera *b*)<sup>34</sup>, come già evidenziato, rimette alla normativa regionale e alle autorizzazioni delle autorità competenti la previsione di misure di prevenzione e di limitazione di siffatte emissioni, il che comporta il rischio di formazione di una disciplina disomogenea, soprattutto se si considera che in alcune Regioni non sono stati ancora adottati gli specifici atti tecnico-normativi.

Si deve però riconoscere il pregio del recente approdo del Legislatore, che, avendo dedicato alle emissioni odorigene prodotte dagli stabilimenti sopra meglio definiti uno specifico articolo del Testo Unico ambientale, ha formalizzato in una norma nazionale una prassi regionale diffusasi fino ad allora. Infatti, in passato alcune Regioni, nonostante l'assenza di un esplicito riferimento normativo, non hanno evitato di dotarsi di una disciplina *ad hoc* per regolare tale fenomeno<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Secondo tale articolo gli stabilimenti interessati dalle disposizioni del titolo primo della parte quinta del Codice dell'ambiente sono quei complessi unitari e stabili "in cui sono presenti uno o più impianti o sono effettuate una o più attività che producono emissioni attraverso, per esempio, dispositivi mobili, operazioni manuali, deposizioni e movimentazioni".

<sup>35</sup> Sul punto, Corte Cost., Sent. 16 luglio 2019, n. 178, cit., al paragrafo 5.4.1., afferma che "Con l'obiettivo, reso esplicito dai relativi lavori preparatori, di razionalizzare "una serie di poteri già previsti dalle rispettive leggi regionali", il menzionato art. 272-*bis* dispone che la "normativa regionale o le autorizzazioni possono prevedere misure per la prevenzione e la limitazione delle emissioni odorigene degli stabilimenti di cui al presente titolo".

Tra le discipline regionali precedenti all'art. 272-*bis* si menzionano la Legge regionale 22 gennaio 1999, n. 7, della Regione Puglia, il Decreto Assessoriale 24 settembre 2008, della Regione Sicilia, la Deliberazione della Giunta Regionale 15 febbraio 2012, n. IX/3018, della Regione Lombardia, la Deliberazione della Giunta Provinciale 24 giugno 2016, n. 1087, della Provincia autonoma di Trento, e la Deliberazione della Giunta Regionale 9 gennaio 2017, n. 13-4554, della Regione Piemonte, citati anche poco più sotto.

Sembra possibile sostenere che gli effetti più significativi che sono derivati da tale novità legislativa si rinverano soprattutto in punto di tutela giurisdizionale. Prima della entrata in vigore della novella al predetto testo unico le uniche disposizioni nazionali presenti nel nostro ordinamento giuridico idonee a fondare una qualche tutela in ambito di emissioni erano fondamentalmente quelle previste dagli artt. 674 del Codice penale, relativo al getto pericoloso di cose, 844 del Codice civile, sulle immissioni<sup>36</sup>, 268 del Codice dell'ambiente, laddove fornisce le definizioni di inquinamento atmosferico e di emissioni in atmosfera<sup>37</sup>, oltre naturalmente a quella dettata dall'articolo 2043 del Codice civile, per l'illecito aquiliano.

In particolare, da una lettura combinata delle predette disposizioni ne era derivato l'orientamento per cui un'emissione avrebbe dovuto considerarsi illecita allorché consistente nella provocazione di suoni, fumi, odori, rumori o scuotimenti, determinanti una molestia oltre la normale

<sup>36</sup> In Cass. pen., Sez. III, 20 ottobre 2016, n. 54531, infatti, la suprema Corte di Cassazione ha ribadito come “la contravvenzione prevista dall'art. 674 c.p., sia configurabile anche nel caso di emissioni moleste “olfattive” che superino il limite della normale tollerabilità ex art. 844 c.c.”. Al riguardo si veda G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, 2021, pp. 407 e ss.

Giova ricordare che secondo A. RACCA, *Emissione di sostanze odorigene e diritto alla salubrità dell'aria. Riflessioni a seguito dell'introduzione del nuovo articolo 272-bis al Codice dell'Ambiente*, in *CamminoDiritto.it*, 2019, a seguito dell'accostamento del nuovo articolo 272-bis del D.Lgs. 152/2006 al già consolidato orientamento giurisprudenziale basato sul criterio della tollerabilità, oggi gli articoli 674 c.p. e 844 c.c. offrono una tutela solamente indiretta, idonea sostanzialmente a comminare una sanzione al soggetto cui l'emissione risulta imputabile e a far ottenere al danneggiato un risarcimento del danno.

<sup>37</sup> Infatti, a prescindere dalle modifiche apportate al Testo Unico sull'ambiente dal D.Lgs. 183/2017, in giurisprudenza si suole ricondurre le emissioni odorigene al più ampio *genus* dell'inquinamento atmosferico e delle emissioni in atmosfera, così come definiti dall'articolo 2, commi 1 e 4, del D.P.R. 203/1988 (“Attuazione delle direttive CEE numeri 80/779, 82/884, 84/360 e 85/203 concernenti norme in materia di qualità dell'aria, relativamente a specifici agenti inquinanti, e di inquinamento prodotto dagli impianti industriali, ai sensi dell'art. 15 della legge 16 aprile 1987, n. 183”) e dall'articolo 268, comma 1, lettere a) e b), del D.Lgs. 152/2006. Tra le altre, Corte Cost., 16 luglio 2019, n. 178, cit.; T.A.R. Lazio, Sez. II-ter, 6 luglio 2020, n. 7706; Cass., Sez. III, 21 maggio 2021, n. 20204.

tollerabilità<sup>38</sup>, e di conseguenza comportanti un pericolo per la salute umana o per la qualità dell'ambiente<sup>39</sup>.

Tale conclusione implicava inevitabilmente la necessità di demandare al giudice civile l'accertamento del superamento della soglia di tollerabilità, stante la variabilità, da luogo a luogo, della situazione ambientale<sup>40</sup>.

Il citato articolo 272-*bis* sembra pertanto aver posto fine – almeno in parte – alla necessità di forzare la lettura delle disposizioni sopra richiamate con riguardo alle emissioni odorigene, sebbene tale impostazione appaia ancora indispensabile laddove non vi siano riferimenti normativi regionali, sanciti valori limite di emissioni.

<sup>38</sup> Si veda, ad esempio, T.A.R. Veneto, Sez. II, 5 luglio 2021, n. 879, in cui si afferma che il pregiudizio derivante, tra gli altri, da emissioni odorigene deve superare un limite di tollerabilità ed essere dimostrato sulla base di circostanze del caso concreto.

Occorre segnalare che il canone della tollerabilità è stato utilizzato anche qualora, essendo stata rilasciata una autorizzazione alla emissione, la stessa si fosse attestata al di sotto dei relativi limiti ivi previsti. Di recente, Cass. Sez. III, 5 agosto 2020, n. 23582, che ha affermato doversi disporre in tal senso in ragione dell'inesistenza di una normativa statale che sancisca disposizioni specifiche e valori limite in materia di odori.

In realtà, la giurisprudenza ha avuto costantemente a precisare come in ambito di emissioni di odori si debba adottare quale parametro di valutazione della legittimità delle stesse il criterio della stretta tollerabilità, il quale, proprio per via della mancanza di indicatori obiettivi, consente di ricorrere a dichiarazioni di testimoni, così prediligendo un criterio soggettivo di rilevazione della molestia olfattiva. Recentemente, Cass., Sez. III, 18 gennaio 2017, n. 2240.

È bene, inoltre, aggiungere che la giurisprudenza penale ha interpretato in maniera estensiva il precetto dell'articolo 674 del Codice penale, sostenendo come lo stesso debba intendersi riferito altresì alle esalazioni di odore moleste, nauseanti e puzzolenti, purché le medesime a) presentino un carattere non momentaneo, b) siano intollerabili, c) ovvero, risultino quantomeno in grado di provocare un fastidio fisico apprezzabile, d) e impattino in modo negativo sull'esercizio delle normali attività quotidiane di lavoro e di relazione. In tal senso, tra le altre, Cass. pen., Sez. III, 3 luglio 2014, 45230.

<sup>39</sup> Cfr. T.A.R. veneto, Sez. III, 5 maggio 2014, n. 573; T.A.R. Lazio, Sez. I-*quater*, 13 marzo 2018, n. 2870; T.A.R. Calabria, Sez. I, 21 marzo 2018, n. 682.

<sup>40</sup> Sul punto si rinviene un consistente numero di pronunce del giudice di legittimità in materia di immissioni rumorose. Per tutte, Cass. civ., Sez. II, 12 febbraio 2010, n. 3438, secondo cui “non avendo il limite di tollerabilità delle immissioni rumorose carattere assoluto, ma essendo esso relativo alla situazione ambientale, variabile da luogo a luogo, secondo le caratteristiche della zona e le abitudini degli abitanti, spetta al giudice del merito accertare in concreto il superamento della normale tollerabilità e l'individuazione degli accorgimenti idonei a ricondurre le immissioni nell'ambito della normale tollerabilità”.

Si evidenzia dunque l'aspetto maggiormente positivo della succitata novella al Codice dell'ambiente, consistente nell'aver introdotto la possibilità, con riguardo alle sostanze odorigene, di determinare – mediante una normativa regionale o un'autorizzazione – valori limite di emissione, prescrizioni impiantistiche e gestionali, criteri localizzativi degli impianti per cui si evidenzia un potenziale impatto odorigeno, oltre a criteri e procedure per definire le portate o le concentrazioni massime di emissione odorigena<sup>41</sup>.

In tal modo, il Legislatore ha racchiuso tale disciplina in un preciso perimetro, all'interno del quale le Regioni, le province autonome e le competenti autorità possono prevedere specifici indicatori e parametri tecnici. Di conseguenza, teoricamente non risulta più necessario ricorrere al canone della tollerabilità, potendosi il giudice limitare ad accertare, in modo oggettivo, l'eventuale superamento dei valori soglia, sempre che essi siano stati fissati dalla singola Regione<sup>42</sup>.

Con riguardo a tale ultimo aspetto occorre rilevare che, come già evidenziato, una specifica disciplina, in linea con l'articolo 272-*bis* citato, è presente soltanto in alcune Regioni. Così, nella Regione Lombardia, che ha introdotto nel 2012 delle proprie linee guida per quelle attività assoggettate ad autorizzazione integrata ambientale, ad autorizzazione alla gestione dei rifiuti, ovvero a valutazione d'impatto ambientale o a verifica di assoggettabilità, le quali possano provocare emissioni odorigene<sup>43</sup>. Allo stesso modo hanno provveduto la Regione Piemonte, con riguardo agli impianti soggetti ad autorizzazione integrata ambientale dai quali possano derivare emissioni odorigene, ovvero alle attività soggette

<sup>41</sup> Così le lettere *a)*, *b)*, *c)*, *d)*, ed *e)* dell'art. 272-*bis*, primo comma, del D.Lgs. 152/2006.

<sup>42</sup> È solo il caso di notare che nella sentenza in esame, come già ricordato, il giudice di merito ha evidenziato per la Regione Umbria proprio una simile lacuna, osservando, al punto 7.2., che “non sono [...] rinvenibili a livello regionale né valori limite relativi alle sostanze odorigene, né specifiche portate massime o concentrazioni massime di emissione odorigena espresse in unità odorimetriche per le fonti di emissioni odorigene dello stabilimento”.

<sup>43</sup> Tali linee guida sono state adottate con Deliberazione della Giunta Regionale 15 febbraio 2012, n. IX/3018. È solo il caso di notare che esse hanno trovato attuazione ben prima del nuovo articolo 272-*bis* del Codice dell'ambiente. Ciò non stupisce, dato che, come si è detto in precedenza, la novella è intervenuta proprio per formalizzare una simile prassi conosciuta a livello regionale.

a valutazione di impatto ambientale o a verifica di assoggettabilità da cui possano scaturire siffatte emissioni<sup>44</sup>, la Provincia autonoma di Trento, le cui linee guida trovano applicazione a tutte le attività sottoposte ad autorizzazione integrata ambientale<sup>45</sup>, e la Regione Sicilia, relativamente a tutte quelle attività o impianti produttivi che potenzialmente possono essere causa di odori nell'ambiente<sup>46</sup>.

Più di recente, sulla spinta del chiaro intervento del Legislatore nazionale, si sono pronunciate anche altre Regioni. Tra queste, la Regione Emilia-Romagna, che, mediante la Determinazione dirigenziale 18 maggio 2018, n. 426, ha approvato la Linea Guida 35/DT "Indirizzo operativo sull'applicazione dell'art. 272Bis del D.Lgs. 152/2006 e ss.mm", applicabile "a tutti i nuovi impianti e le nuove attività che durante il loro esercizio, in ragione delle caratteristiche delle lavorazioni e del volume e tipologia di attività, possono ragionevolmente dare luogo ad emissioni odorigene". Così anche la Regione Puglia, che con Legge regionale 16 luglio 2018, n. 32<sup>47</sup>, ha disciplinato la materia delle emissioni odorigene, provvedendo innanzitutto a definire una tale emissione come quel "rilascio in atmosfera diretto o indiretto di odoranti da sorgenti puntiformi, diffuse o fuggitive dell'installazione, atto a generare un impatto olfattivo"<sup>48</sup>. Ancora, la Regione Basilicata ha emanato il 23 settembre

<sup>44</sup> Deliberazione della Giunta Regionale 9 gennaio 2017, n. 13-4554.

<sup>45</sup> Così la Deliberazione della Giunta Provinciale 24 giugno 2016, n. 1087.

<sup>46</sup> Si veda il Decreto Assessoriale (Assessorato del Territorio e dell'Ambiente) del 24 settembre 2008.

<sup>47</sup> Occorre, in realtà, ricordare che la Regione Puglia è stata tra le prime Regioni a dotarsi di un assetto normativo in tema di emissioni odorigene, sebbene poi abbia provveduto a disporre le opportune modifiche a seguito dell'aggiunta dell'articolo 272-*bis* al D.Lgs. 152/2006. Invero, la Legge regionale 22 gennaio 1999, n. 7, all'articolo 1-*quater*, sanciva che "Nel caso in cui sia accertato il superamento della concentrazione limite delle emissioni puntuali e/o diffuse delle emissioni odorigene, ovvero sia accertata la presenza di emissioni non autorizzate, l'autorità di controllo segnala tale circostanza all'autorità competente che richiede al gestore sistemi correttivi idonei a rimuovere la criticità rilevata, assegnando un termine congruo per l'adempimento. Perdurando l'inadempimento, l'autorità competente, su segnalazione dell'autorità di controllo, assume le iniziative del caso".

<sup>48</sup> Articolo 2, lettera f), della citata legge. È interessante notare come tale specifica normativa, a differenza delle linee guida stilate dalle altre Regioni e province autonome italiane, elenchi in modo più dettagliato (all'articolo 1, comma 2) le fattispecie rientranti nel relativo ambito di applicazione, tra cui si menzionano le installazioni per l'esercizio

2021 la Legge regionale n. 39, recante “Norme per la prevenzione e la limitazione delle emissioni odorigene”, applicabile sia agli impianti nuovi, soggetti ad autorizzazione per le emissioni in atmosfera o per la gestione dei rifiuti, nonché a valutazione d’impatto ambientale e ad autorizzazione integrata ambientale, sia a quelli già esistenti, nei casi di modifiche o estensioni dei medesimi, qualora sia richiesta la verifica di assoggettabilità o la valutazione di impatto ambientale, ovvero nell’ipotesi di ripetute segnalazioni di odori<sup>49</sup>.

5. *Il caso in questione. Il mancato adeguamento da parte di una regione all’articolo 272-bis del D.Lgs. 152/2006. Quali strumenti di tutela?*

Nel paragrafo che precede si è visto che dalla facoltà attribuita alle Regioni di individuare i valori limite ritenuti più idonei per regolare le emissioni odorigene sul proprio territorio deriva la possibilità di seguire un criterio prettamente oggettivo nel valutare l’illiceità o meno delle stesse.

In teoria, quindi, laddove una regione abbia adottato una specifica disciplina, conforme all’articolo 272-bis del D.Lgs. 152/2006, il giudice adito a seguito di una molestia olfattiva, connessa alle emissioni prodotte da uno stabilimento, altro non dovrebbe fare se non verificare l’eventuale superamento dei valori soglia predeterminati con un apposito atto.

Tuttavia, come si è già avuto modo di accennare, il fatto che il Legislatore abbia deciso di cristallizzare la regola secondo cui spetta alle Regioni o alle autorità l’individuazione dei valori limite, dei criteri procedurali, delle portate e delle concentrazioni massime di emissione odorigena, dà adito alla possibilità per una regione o per una autorità di nulla prevedere sul punto, causando di fatto una preoccupante situazione di vuoto normativo.

delle attività previste negli allegati VIII e XII del Testo Unico dell’ambiente, comprese le modifiche sostanziali alle medesime, i progetti assoggettati a valutazione di impatto ambientale o a verifica di assoggettabilità alla stessa, le installazioni sottoposte ad autorizzazione alla gestione dei rifiuti *ex* articoli 208 e seguenti del D.Lgs. 152/2006, nonché gli stabilimenti soggetti ad autorizzazione alle emissioni in atmosfera, questi ultimi qualora presentino emissioni odorigene significative.

<sup>49</sup> Si veda l’articolo 1 della citata Legge regionale.



In simili casi, stante l'assenza appunto di parametri oggettivi, qualora un cittadino fosse vittima di una molestia olfattiva e volesse agire in giudizio per ottenere una qualche tutela, si dovrebbe richiamare quell'indirizzo giurisprudenziale sorto in passato, combinando più norme di natura civilistica e penalistica, per il quale si rinvia a quanto sopra esposto. Ancora, sarebbe utile rievocare l'orientamento, già menzionato in questo scritto, teso a ricondurre le emissioni odorigene alle nozioni di inquinamento atmosferico e di emissione in atmosfera, di cui all'articolo 268, comma 1, lettere *a)* e *b)*, del D.Lgs. 152/2006, così consentendo di poter richiamare alcune disposizioni del Titolo primo della Parte quinta di tale testo unico, tra cui, in particolare, gli articoli 278, sulle misure repressive<sup>50</sup>, e 279, sulle sanzioni<sup>51</sup>.

Certamente l'eventuale inquinamento olfattivo causato da uno stabilimento produttivo di emissioni odorigene potrebbe legittimare il ricorso al potere *extra ordinem* di cui agli artt. 50, comma 5, e 54, comma 4, del D.Lgs. 267/2000, da parte del sindaco, laddove presenti univoche circostanze idonee ad evidenziare un pericolo per la salute e per l'ambiente<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> L'articolo 278 del Codice dell'ambiente attribuisce all'autorità competente, per il caso di inosservanza delle prescrizioni indicate nel titolo autorizzatorio, il potere di procedere, a seconda della gravità della violazione, "a) alla diffida, con l'assegnazione di un termine entro il quale le irregolarità devono essere eliminate; b) alla diffida ed alla contestuale temporanea sospensione dell'autorizzazione con riferimento agli impianti e alle attività per i quali vi è stata violazione delle prescrizioni autorizzative, ove si manifestino situazioni di pericolo per la salute o per l'ambiente; c) alla revoca dell'autorizzazione con riferimento agli impianti e alle attività per i quali vi è stata violazione delle prescrizioni autorizzative, in caso di mancato adeguamento alle prescrizioni imposte con la diffida o qualora la reiterata inosservanza delle prescrizioni contenute nell'autorizzazione determini situazioni di pericolo o di danno per la salute o per l'ambiente".

<sup>51</sup> Il successivo articolo 279, invece, prevede sanzioni che, a seconda della gravità dell'infrazione, contemplano la sanzione amministrativa pecuniaria, l'ammenda, ovvero l'arresto.

È solo il caso di menzionare nuovamente la sentenza della Corte Cost., 16 luglio 2019, n. 178, cit., la quale, al paragrafo 8.3.1., precisa che "le emissioni odorigene si inquadrano all'interno dei fenomeni di inquinamento atmosferico di cui alla Parte V cod. ambiente, come del resto oggi confermato dalla specifica collocazione dell'art. 272-bis. Di qui la correlazione alla disciplina sanzionatoria prevista da tale cornice normativa, identificata dal ricorrente nel disposto dell'art. 279 cod. ambiente".

<sup>52</sup> Sul punto T.A.R. Sicilia, Sez. II, 15 marzo 2021, n. 807, in cui si evidenzia l'importanza di dover ravvisare la pericolosità della emissione per la salute e per

Ebbene, l'ipotesi che qui si è rappresentata è di fatto molto simile a quella che ha portato il giudice amministrativo ad adottare la sentenza in commento. In quel caso, infatti, in mancanza di una normativa regionale volta a definire dei parametri per le emissioni odorigene, così come sancito dall'articolo 272-*bis* del Testo Unico ambientale, il sindaco di Assisi ha fondato la propria ordinanza sulle risultanze della relazione tecnica predisposta dall'ARPA dell'Umbria.

È giocoforza poi che sia stata messa in dubbio la legittimità dell'ordinanza stessa, essendosi rilevata la mancanza dei presupposti dalla legge richiesti per la relativa adozione. Invero, nessun elemento denotante una situazione di pericolo per la salute o per l'ambiente si è potuto evincere da tale rapporto, che al contrario ha mostrato dei buoni valori di qualità dell'aria nella zona presa in considerazione.

Presumibilmente, se la Regione Umbria avesse provveduto a regolare la materia con un apposito atto tecnico-normativo, e sempre che si fosse riscontrato un effettivo travalicamento dei limiti stabiliti, piuttosto che richiedere un intervento *extra ordinem* da parte del sindaco, si sarebbe potuta attribuire all'autorità competente una precisa legittimazione ad intervenire mediante un provvedimento restrittivo nei confronti della società, ai sensi dell'articolo 278 del Codice dell'ambiente<sup>53</sup>.

l'ambiente al fine di adottare una ordinanza contingibile e urgente, dato che “non tutte le emissioni – pur se superino la “normale tollerabilità” ai sensi dell'art. 844 c.c. ovvero siano sgradevoli, fastidiose e comunque “moleste” a sensi dell'art. 674 c.p. (sussistendo, peraltro, nelle predette ipotesi diverse forme di tutela per i soggetti passivi) – sono idonee a produrre effetti negativi e significativi sull'ambiente e a costituire pericolo per la salute dall'uomo e come tali possono giustificare e legittimare l'intervento dell'autorità pubblica (eventualmente anche sotto forma di ordinanza contingibile e urgente)”.

<sup>53</sup> Nella pronuncia da ultimo richiamata il giudice amministrativo ha chiarito che “ove vi sia un pericolo per la salute umana dipendente da violazione dalle prescrizioni autorizzative dell'impianto produttivo, il rimedio tipico è il potere di diffida e sospensione dell'attività ex art. 278 del D.lgs. 152/2006 da parte dell'Autorità competente, senza necessità di interventi *extra ordinem*”.

## 6. Il rapporto tra le emissioni odorigene e l'inquinamento olfattivo

Analizzate le questioni interpretative che ineriscono all'articolo 272-*bis*, evidenziati gli elementi innovativi introdotti a seguito dell'aggiunta al Codice dell'ambiente di tale disposizione, esaminato altresì il caso in cui una Regione non si adoperi al fine di regolamentare le emissioni odorigene, si impone ora una doverosa riflessione.

Si può affermare che il superamento dei valori limite, dei criteri procedurali, delle portate e delle concentrazioni massime di emissione odorigena, fissati da una Regione o da una autorità, possa indicare la presenza di un inquinamento atmosferico, ai sensi dell'articolo 268, comma 1, lettera *a*), del Codice dell'ambiente? In altre parole, quale rapporto intercorre tra le due disposizioni di legge?

La risposta a tale quesito appare di fondamentale importanza non soltanto allo scopo di chiarire il rapporto tra le due menzionate norme, ma anche per cogliere la plausibile ragione giustificatrice sottesa all'articolo 272-*bis*.

Ebbene, al citato articolo 268 si correla l'inquinamento atmosferico ad un criterio quantitativo e qualitativo, prevedendo che si possa considerare inquinante quella sostanza che modifica l'aria atmosferica, appunto, "in quantità e con caratteristiche tali da ledere o da costituire un pericolo per la salute umana o per la qualità dell'ambiente oppure tali da ledere i beni materiali o compromettere gli usi legittimi dell'ambiente".

Ora, se è vero che l'articolo 272-*bis*, come oramai più volte sottolineato, ha facoltizzato le Regioni, le province autonome e le autorità a stabilire dei parametri soglia relativamente alle emissioni odorigene, si potrebbe allora scorgere un collegamento tra tali due disposizioni. Si potrebbe, infatti, cautamente sostenere che ogniqualvolta vengano violati i valori limite, le portate o le concentrazioni massime prescritti si configuri *ex se* un inquinamento atmosferico, così come definito dal Codice ambientale.

Tuttavia, allo stesso tempo non ci si può esimere dal notare che dalla lettura degli articoli 267, comma 1, 268, comma 1, lettera *f-bis*) e 272-*bis*, comma 1, del Codice dell'ambiente, sembrerebbe evincersi un intento del Legislatore di mantenere separate le emissioni odorigene da quelle inquinanti. Il che porterebbe a pensare che un collegamento

tra le medesime vi possa essere solamente in termini di potenzialità, tale per cui le prime potrebbero, sussistendo gli elementi di pericolosità per la salute umana o per l'ambiente, rientrare nell'alveo delle seconde<sup>54</sup>.

Infatti, da una parte, l'articolo 267 identifica, quale finalità del Titolo primo della Parte quinta del Codice, quella di prevenire e limitare l'inquinamento atmosferico, mentre l'articolo 272-*bis* si indirizza specificamente a prevenire e limitare le emissioni odorigene; dall'altra, l'articolo 268 distingue l'emissione in atmosfera, indicata come "qualsiasi sostanza solida, liquida o gassosa introdotta nell'atmosfera che possa causare inquinamento atmosferico", dall'emissione odorigena, consistente, invece, in una "emission(e) convogliat(a) o diffus(a) avent(e) effetti di natura odorigena"<sup>55</sup>.

D'altronde, una interpretazione sistematica di tali norme suggerirebbe di riconoscere tra le stesse un nesso idoneo a ricondurre le emissioni odorigene alle emissioni in atmosfera, confermando così la tesi per cui anche le prime possono causare un inquinamento atmosferico, naturalmente sempre che sussistano le condizioni di pericolosità sopra ricordate.

Tuttavia, si potrebbe obiettare che seguendo tale seconda impostazione interpretativa la *ratio* sottesa all'articolo 272-*bis*, nei casi in cui non si evinca una situazione di pericolo per la salute umana o per l'ambiente, sfuma inevitabilmente. Infatti, ipotizzando il caso in cui le emissioni

<sup>54</sup> In effetti in alcune pronunce del giudice amministrativo si è evidenziata la connessione che può sussistere tra la molestia olfattiva intollerabile e il pericolo per la salute umana o per l'ambiente, e si è dato rilievo al fatto che la prima sia un possibile fattore del secondo. Ci si riferisce, ad esempio, a T.A.R. Veneto, Sez. III, 5 maggio 2014, n. 573; a T.A.R. Lazio, Sez. I-*quater*, 13 marzo 2018, n. 2870 e a T.A.R. Calabria, Sez. I, 21 marzo 2018, n. 682, già citate in questo scritto, ove si è affermato che "la molestia olfattiva intollerabile è al contempo sia un possibile fattore di 'pericolo per la salute umana o per la qualità dell'ambiente', che di compromissione degli 'altri usi legittimi dell'ambiente'". Si veda anche T.A.R. Lazio, Sez. II-*ter*, 6 luglio 2020, n. 7706, in cui si afferma che "la definizione contenuta nell'art. 268 del Codice dell'Ambiente di cui al del D.Lgs. n. 152 del 2006, rende a tutti gli effetti le molestie/disturbi da emissioni odorigene una forma di inquinamento atmosferico".

<sup>55</sup> La prima definizione si rinviene alla lettera *b*) dell'articolo 268, comma 1, del D.Lgs. 152/2006, mentre la seconda è fissata dalla lettera *f-bis*) della medesima disposizione di legge. Quest'ultima è stata introdotta dall'articolo 1, comma 1, lettera *a*), n. 1, del D.Lgs. 102/2020.

odorigene di un impianto superino i valori fissati dalla regione o dalla competente autorità, senza tuttavia che sussista alcuna ricaduta sulla salute umana o sull'ambiente, si dovrebbe sostenere che lo scopo della disposizione sia quello di rendere possibile per le Regioni e le autorità la determinazione dei criteri oggettivi non soltanto con riguardo alla emissione pericolosa ma anche per quella meramente fastidiosa.

Invece, sembrerebbe più convincente sostenere che il fine ultimo dell'articolo 272-*bis*, anche in considerazione del fatto che il Legislatore ha provveduto ad inserire una simile disposizione nel titolo dedicato alla prevenzione e alla limitazione dell'inquinamento atmosferico, sia quello di indicare – attraverso la normativa regionale o le autorizzazioni – i valori, le prescrizioni e i criteri idonei ad individuare, appunto in modo oggettivo, una emissione odorigena lesiva o costituente pericolo per la salute umana o per la qualità dell'ambiente<sup>56</sup>.

## 7. Considerazioni conclusive

In questo lavoro, approfittando di una recente pronuncia del T.A.R. Umbria, si è tentato di rappresentare le questioni interpretative che interessano il nuovo articolo 272-*bis* del Testo Unico sull'ambiente. Si sono pertanto poste in luce le principali criticità formali e sostanziali che con riguardo a tale disposizione ancora oggi risultano irrisolte.

Non si è potuto fare a meno di constatare come tale articolo abbia avuto un notevole effetto positivo in punto di regolamentazione, stante la frammentarietà che da sempre caratterizza l'istituto delle emissioni odo-

<sup>56</sup> Tale ultima interpretazione appare infatti idonea a radicare il convincimento che la determinazione di limiti, prescrizioni e criteri oggettivi possa portare al superamento delle difficoltà sottese alla rilevazione degli elementi di pericolosità per la salute e per l'ambiente di una emissione. Una siffatta problematicità emerge chiaramente in T.A.R. Campania, Sez. V, 9 settembre 2022, n. 5672, ove si rimarca l'importanza di procedere all'accertamento della sussistenza di dati univoci circa la pericolosità per la salute e per l'ambiente di una emissione. Ciò, perché “*non tutte le emissioni – pur se superino la “normale tollerabilità” ai sensi dell’art. 844 c.c. ovvero siano sgradevoli, fastidiose e comunque “moleste” a sensi dell’art. 674 c.p. (...) – sono idonee a produrre effetti negativi e significativi sull’ambiente, così da costituire pericolo per la salute dell’uomo, tale da giustificare e legittimare l’intervento dell’autorità pubblica (eventualmente anche sotto forma di ordinanza contingibile e urgente)*”.

rigene. Giova qui soltanto rammentare che fino al 2017 non si era mai provveduto a valorizzare adeguatamente le emissioni odorigene, il che aveva indotto la dottrina e la giurisprudenza, alimentate dal crescente numero di contenziosi, a cercare riferimenti altrove, al punto da invadere il terreno del diritto penale e del diritto civile.

Allo stesso tempo, però, sono state rilevate alcune problematiche relativamente alla portata e alla efficacia della norma. Si è, infatti, posto in luce il rischio di disorganicità che deriva dall'attribuzione alle Regioni, alle province autonome e alle competenti autorità della facoltà di introdurre propri valori e parametri limite, e si sono evidenziati gli interrogativi che nascono allorché si tenti di trovare una relazione tra le emissioni odorigene e quelle inquinanti.

Come già si è detto in precedenza, gli aspetti negativi che si evincono leggendo la recente disposizione di legge ingenerano un certo stupore nei confronti del Legislatore. Se con tale novella l'intento era quello di disciplinare e di razionalizzare una materia manchevole, sembrerebbe che il risultato sia stato l'esatto opposto. Di fatto, sono molteplici le domande che oggi si pongono allorché si tenti di analizzare la norma in punto di forma, portata e *ratio*.

Sarebbe stato opportuno pensare ad un più convincente inserimento del precetto normativo nella parte dedicata alla tutela dell'aria e alla riduzione delle emissioni in atmosfera, prevedendo per le emissioni odorigene un chiaro riferimento, da *species* a *genus*, alle emissioni in atmosfera, così da consentire un agevole rinvio alla disciplina dettata dagli articoli 269 e seguenti, ancorché integrata dalle disposizioni specifiche dell'articolo 272-*bis*. In tal modo, infatti, si sarebbero evitati alcuni dei problemi su cui ci si è soffermati nei paragrafi precedenti. Primo fra tutti, quello legato alla possibilità che siano rilasciate dalle competenti autorità autorizzazioni alle emissioni odorigene non coperte da una normativa regionale di riferimento. Il rinvio alla disciplina generale sulle emissioni in atmosfera avrebbe indicato, con il combinato disposto degli articoli 269, comma 4, e 271, comma 5, la necessità di adeguare i valori limite, i criteri e le prescrizioni delle autorizzazioni a quelli dettati dalle Regioni e dalle province autonome.

Anche il rapporto tra le emissioni odorigene e l'inquinamento atmosferico, esaminato nel precedente paragrafo, sarebbe risultato chiaro, essendo le emissioni in atmosfera legate a tale fenomeno dall'articolo 268 (lettere *a*) e *b*)).

Dunque, il lavoro di allineamento alla nuova disposizione sulle emissioni odorigene spettante alle Regioni, alle province autonome e alle autorità competenti a rilasciare autorizzazioni, se da una parte pone le basi per una diffusa – ancorché disomogenea – regolamentazione della materia, dall'altra non fa che alimentare i dubbi interpretativi segnalati in questo scritto. Occorrerebbe, infatti, un intervento correttivo da parte del Legislatore nazionale delle norme interessanti tali emissioni nel senso che testé si è prospettato.

Qualcosa, però, si è già mosso: l'11 dicembre 2018 è stata presentata da alcuni deputati una proposta di legge intitolata “Modifiche al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, concernenti il controllo delle emissioni di sostanze emananti odore”, con cui sono state avanzate alcune modifiche della disciplina sulle emissioni odorigene attualmente presente nel Testo Unico ambientale<sup>57</sup>.

Tra gli interventi più significativi, in considerazione di quanto si è detto poco sopra, si segnala quello di modificare l'articolo 5, comma 1, lettere *i-ter*) e *i-septies*), prevedendo di inserire l'elemento “odore” sia nella definizione di inquinamento, che in quella di emissione. Modifica che, in realtà, non interessa anche le definizioni di inquinamento atmosferico e di emissione in atmosfera presenti nell'articolo 268, sicché il rinvio a quanto evidenziato in precedenza sul punto risulta doveroso.

Ancora, con riguardo all'articolo 272-*bis*, la proposta di legge suggerisce di sostituire l'alinea del primo comma con il seguente: “Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, la normativa regionale prevede misure per la prevenzione e la limitazione delle emissioni odorigene degli stabilimenti di cui al presente titolo, nonché i relativi piani di monitoraggio e la pubblicazione con cadenza regolare delle informazioni ambientali relative ai controlli effettuati e agli impatti misurati al recettore. Tali misure comprendono anche, in base alle caratteristiche degli impianti e alle attività presenti nello stabilimento nonché alle caratteristiche della zona interessata”. In questo caso, tre sono le

<sup>57</sup> Si tratta della Proposta di legge C. 1440, presentata dai deputati Ilaria Fontana, Giovanni Vianello, Federica Daga, Paola Deiana, Giuseppe D'Ippolito, Antonio Federico, Caterina Licatini, Alberto Manca, Generoso Maraia, Riccardo Ricciardi, Gianluca Rospì, Patrizia Terzoni, Roberto Traversi, Adriana Varrica, Stefano Vignaroli, Alberto Zolezzi, Nicola Acunzo, Anna Bilotti e Virginia Villani, assegnata alla VIII Commissione Ambiente in sede Referente l'11 aprile 2019.

modifiche che più rilevano, e che sembrerebbero idonee a risolvere alcune delle criticità analizzate nei paragrafi 3, 4 e 5 del presente lavoro: il riferimento alla sola normativa regionale per regolamentare le emissioni odorigene, la previsione di un obbligo – e non di una mera facoltà – per le Regioni di dettare una specifica disciplina, e la necessità per le misure di prevenzione e di limitazione di siffatte emissioni di comprendere anche i valori limite, le prescrizioni e i criteri indicati dalle lettere *a)*, *b)*, *c)*, *d)* ed *e)* del primo comma dell'articolo 272-*bis*.



## ABSTRACT

*Air protection – Emissions into the atmosphere – Odour emissions  
Olfactory harassment – Odour pollution*

*By virtue of the implementation of Directive 2015/2193/EU, relating to the limitation of emissions into the atmosphere of certain pollutants originating from medium combustion plants, which took place with Legislative Decree no. 183 of 15 November 2017, the article 272-bis was included in our Environmental Code, which dictates a more specific regulation of the odour emissions. Although such provision lays the foundations for a serious approach to the prevention, control and reduction of emissions of odorous substances, it presents considerable criticalities, both in terms of form and substance. With the contribution provided herein, therefore, starting from the analysis of the sentence of the Umbria Regional Administrative Court (TAR) n. 262 of 4 May 2022, an attempt is made, on the one hand, to provide a general picture of the institution in question, also carrying out an interpretation activity of the law, on the other, to investigate the multiple problematic aspects that may be highlighted with regard to its scope and effectiveness.*

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 marzo 2023  
dalla Vulcanica srl - Nola (NA)