

## 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

4-2023

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: Mammuth (*Mammuthus primigenius*)  
FIGUIER, *I mammiferi*, Milano, 1892

Hanno contribuito a questo numero della Rivista

MARIO BARBANO

Dottorando di ricerca in Scienze e tecnologie del mare, Università degli Studi di Genova

LUCA BELVISO

Ricercatore a tempo determinato di Diritto amministrativo,  
Università degli Studi di Milano - Bicocca

ENRICO CARLONI

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Perugia

GIULIO CARZANIGA

Dottore in Giurisprudenza

STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi "G. d'Annunzio"

LUCREZIA CORRADETTI

Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Bologna

PAOLO COTZA

Ricercatore universitario in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Cagliari

DAMIANO FUSCHI

Ricercatore a tempo determinato in Diritto pubblico comparato,  
Università degli Studi di Milano - Statale

LUCA GALLI

Ricercatore a tempo determinato in Diritto amministrativo,  
Università degli Studi di Milano - Bicocca

GABRIELLA MARCATAJO

Professoressa associata di Diritto privato, Università degli Studi di Palermo

MORRIS MARINI

Dottorando di ricerca in Diritto, Università degli Studi di Genova

TOMMASO TORNIELLI

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, giustizia penale e internazionale,  
Università degli Studi di Pavia



**CONTRIBUTI**

LUCA BELVISO, <i>Il fitorisanamento fra nature based solutions, regole procedurali e sviluppo urbano sostenibile</i>	1079
STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI, <i>Prendere sul serio la salvaguardia della biodiversità. Il caso del piano di azione per la tutela dell'Orso marsicano</i>	1123
PAOLO COTZA, <i>Logica del "tipo normativo di problema" applicata alle "variazioni edilizie essenziali", con particolare riguardo alle traslazioni abusive ed al coinvolgimento d'interessi paesaggistico-ambientali (Parte I)</i>	1167
DAMIANO FUSCHI, <i>Balancing environmental and economic interests: the case of coastal protection and access to the shoreline. A comparative study</i>	1199
LUCA GALLI, <i>Infrastrutture, democrazia partecipativa e Stato finanziatore: il caso della giusta transizione ecologica</i>	1247
GABRIELLA MARCATAJO, <i>Ambiente, paesaggio e bilanciamento dei diritti fondamentali</i>	1277
MORRIS MARINI, <i>A proposito di Procura europea e contrasto alla criminalità ambientale</i>	1313
TOMMASO TORNIELLI, <i>La proporzionalità come limite del principio di precauzione nella materia ambientale</i>	1359

**NOTE**

MARIO BARBANO, <i>Thinking outside the (engine) box: il locus standi delle associazioni ambientaliste innanzi ai giudici nazionali alla luce della sentenza della Corte di giustizia sul caso Deutsche Umwelthilfe (impianti di manipolazione)</i>	1405
GIULIO CARZANIGA, <i>Brevi note sul ritorno del principio di legalità in una decisione del T.A.R. Lombardia sulle delibere ARERA in materia di sistema tariffario dei rifiuti</i>	1425

LUCREZIA CORRADETTI, *L'applicazione delle misure di prevenzione al proprietario non responsabile*

1441

## RECENSIONI E DOCUMENTI

ANNAMARIA BONOMO, *Il potere del clima. Funzioni pubbliche e legalità nella transizione ambientale*, Bari, Cacucci, 2023 (recensione di Enrico Carloni)

1463



## Il fitorisanamento fra *nature based solutions*, regole procedimentali e sviluppo urbano sostenibile\*

LUCA BELVISO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La progressiva emersione del fitorisanamento nella sfera del diritto. – 2.1. Le tecnologie alternative di bonifica nel diritto internazionale ed europeo. – 2.2. Le tecnologie alternative di bonifica nel diritto nazionale. – 2.2.1. (segue)...Le previsioni d'interesse per il fitorisanamento nell'ambito del procedimento ordinario di bonifica. – 2.2.2. (segue)...Il procedimento speciale di bonifica applicabile alle aree agricole e il fitorisanamento quale modalità d'intervento espressamente preferibile. – 2.3. Le tecnologie alternative di bonifica a livello regionale e locale: Regione Lombardia e Comune di Milano. – 3. Conclusione: uno strumento per un modello di città più sostenibile.

### 1. *Premessa*

Il fitorisanamento (anche detto fitorimedio o, utilizzando la locuzione inglese, *phytoremediation*) costituisce una tecnica di ripristino ambientale consistente nell'utilizzo di alberi o piante per il trattamento di contaminanti presenti – per quanto qui d'interesse – nel suolo.

Parallelamente alla maggiore diffusione delle aree contaminate, è aumentata, infatti, anche in Italia<sup>1</sup>, la sperimentazione di nuove e innovative

\* La ricerca è realizzata nell'ambito del *National Biodiversity Future Center* (NBFC), il primo centro di ricerca italiano dedicato alla biodiversità. *Project funded by the European Union – NextGenerationEU.*

<sup>1</sup> Come affermano L. PASSATORE, A. SCONOCCHIA, P. SCONOCCHIA, M. ZACCHINI, *Le fitotecnologie nel risanamento ambientale di suolo e acque*, in *Geologia dell'Ambiente*, Supplemento al n. 2/2019, p. 208, tali tecniche, “ormai correntemente applicate in Paesi

modalità per la rimozione o riduzione delle sostanze inquinanti. Nell'ambito di tale sperimentazione, alcune tecnologie, come appunto quelle di fitorisanamento, stanno divenendo (pur lentamente<sup>2</sup>) vere e proprie alternative alla bonifica tradizionale dei siti contaminati. Tutto ciò, in ragione dell'elevata sostenibilità di tali tecniche sotto il profilo ecologico, economico e sociale.

Richiamando le principali coordinate<sup>3</sup>, il fitorisanamento – che, a ben vedere, non sta ad indicare un'unica tecnica, bensì un approccio, che è quello fitotecnologico<sup>4</sup>, di cui fanno parte diverse possibili tecniche<sup>5</sup> – rappresenta una modalità di bonifica, effettuata perlopiù *in situ*<sup>6</sup> e basata sul trattamento biologico<sup>7</sup> del suolo. Il suddetto approccio prevede l'impiego di alberi e piante (erbacee o arbustive), nonché dei microrganismi associati alla loro rizosfera (che è il volume di suolo influenzato significativamente dalle radici), al fine di ottenere, principalmente – tramite lo

come Stati Uniti e Canada – ove le prime applicazioni risalgono già agli anni Novanta del secolo scorso – in Italia stanno iniziando a prendere piede nell'ultimo decennio”.

<sup>2</sup> Cfr. Rapporto CNR, *Tecniche di fitorimedia nella bonifica dei siti contaminati*, Roma, 2017, p. 1, ove si afferma che “in Italia, tale tecnologia di bonifica ha trovato per lo più applicazioni sperimentali, non raggiungendo finora un livello d'impiego paragonabile a quello di altre tecnologie”.

<sup>3</sup> Per una lettura di natura scientifica sul fitorisanamento, ove si individuano le caratteristiche della tecnica (definizione, classificazioni, limiti, vantaggi e criticità) e si descrivono anche i risultati empirici ottenuti da alcuni casi di sperimentazione, cfr. Rapporto CNR, *Tecniche di fitorimedia nella bonifica dei siti contaminati*, cit.

<sup>4</sup> Cfr. V. ALBERTINI, *Fitotecnologie per l'ambiente*, in *Immobili e proprietà*, 2015, n. 11, 673-674, che associa tali tecnologie alla *green remediation* o *sustainable remediation*.

<sup>5</sup> Fra tali tecniche, anche combinabili fra loro laddove occorra agire contemporaneamente su più contaminanti di natura diversa, rientrano: la fitostimolazione; la fitodegradazione; la rizodegradazione; la fitovolatilizzazione; la rizofiltrazione; la fitoestrazione; la fitostabilizzazione; il controllo idraulico.

<sup>6</sup> Infatti, le metodologie di bonifica si distinguono, innanzitutto, in base all'ubicazione del trattamento. Vi sono: a) interventi *in situ*, quando il terreno inquinato è trattato direttamente sul posto, senza procedere allo scavo e alla rimozione dei volumi da trattare; b) interventi *ex situ*, se il trattamento del terreno avviene in seguito a scavo e rimozione dei volumi inquinati. Questi ultimi, a loro volta, possono essere distinti in interventi *on site* (se il terreno è rimosso, trasportato e trattato in un impianto mobile che si trova sul posto), ovvero *off site* (quando i volumi di terreno inquinati sono rimossi, trasportati e trattati in impianti di trattamento o smaltimento localizzati a distanza).

<sup>7</sup> In base alla natura del processo, la bonifica si basa su trattamenti chimici, fisici, termici, biologici. Fra questi ultimi, rientrano il fitorisanamento e il biorisanamento.

sfruttamento dei loro processi (biologici, chimici e fisici) – la degradazione e, dunque, la rimozione o riduzione della concentrazione dei contaminanti presenti nel suolo<sup>8</sup>.

Il fitorisanamento presenta vantaggi e criticità.

Quanto ai vantaggi<sup>9</sup>, vanno citati: la semplicità (dato che la rigenerazione del suolo avviene tramite semplice piantumazione); l'ecosostenibilità, trattandosi di una tecnologia che, basata sulla natura, è in grado, da un lato, di salvaguardare la biodiversità, dall'altro, di preservare le sostanze organiche del suolo, la sua fertilità, funzionalità e capacità di cattura e sequestro del carbonio; l'economicità, dato che tale tecnologia si associa a un notevole risparmio di costi rispetto alle bonifiche tradizionali (dal 60% al 90% in meno, a seconda che si prendano in considerazione applicazioni *in situ* o *ex situ*), se non addirittura la remuneratività (tramite il riutilizzo della biomassa vegetale o legnosa che viene prodotta); il miglioramento dell'aspetto del paesaggio, che viene rinaturalizzato; il consenso nell'opinione pubblica, trattandosi di una tecnica ecologica silenziosa ed esteticamente gradevole.

L'esame delle criticità<sup>10</sup> richiede invece di osservare i diversi fattori che, al contempo, da un lato, influiscono sulla scelta e sul modo di applicare tale tecnologia, dall'altro, rivelano anche i rischi che sono inevitabilmente collegati all'efficacia della stessa.

Più chiaramente, il fitorimediazione necessita di opportune condizioni di base per poter essere applicato con successo, che riguardano l'albero o la pianta, il contaminante, la matrice ambientale e le condizioni ambientali.

Dunque, primariamente, occorre selezionare piante adeguate<sup>11</sup>. Tale

<sup>8</sup> In realtà, tale tecnologia, oltre a decontaminare e favorire la rivegetazione, può avere anche ulteriori fini, soprattutto grazie alla biomassa che viene prodotta durante il processo (fra questi, per esempio, la produzione di energia rinnovabile, l'estrazione di polimeri da utilizzare nella chimica verde per il miglioramento dei suoli, la creazione di materiali utili per la bioedilizia, di fibre per tessuti o della carta, e via dicendo).

<sup>9</sup> Per approfondire, cfr. Rapporto CNR, *Tecniche di fitorimediazione nella bonifica dei siti contaminati*, cit., pp. 23-25, oltre che L. PASSATORE, A. SCOCCHIA, P. SCOCCHIA, M. ZACCHINI, *Le fitotecnologie nel risanamento ambientale di suolo e acque*, cit., pp. 208-209.

<sup>10</sup> Sul punto, cfr. ancora, Rapporto CNR, *Tecniche di fitorimediazione nella bonifica dei siti contaminati*, cit., 23 e 26, oltre che L. PASSATORE, A. SCOCCHIA, P. SCOCCHIA, M. ZACCHINI, *Le fitotecnologie nel risanamento ambientale di suolo e acque*, cit., 209.

<sup>11</sup> Sul punto, cfr. V. ALBERTINI, *Fitotecnologie per l'ambiente*, cit., 673, ove

adeguatezza richiede che le stesse: da una parte, se messe a dimora, siano capaci di interagire con i contaminanti ed estrarre le sostanze inquinanti; dall'altra, che possano contestualmente sopravvivere, considerando che la vita dell'albero o della pianta richiede che i livelli di contaminazione del suolo non siano fitotossici per le specie impiegate, e cioè che siano presenti al di sotto di una certa soglia di tossicità. Tale scelta concerne, peraltro, oltre che il tipo, anche la quantità e la provenienza delle piante, oltre che l'individuazione degli eventuali ammendanti da aggiungere per ottimizzare i risultati (ad esempio, zeolite, compost, ecc.).

Secondariamente, è importante considerare la contaminazione. Ovverossia: il tipo di inquinante (metalli pesanti, idrocarburi, composti radioattivi ecc.), il livello di concentrazione (che deve essere lieve o moderato) e la sua profondità nel suolo (infatti, il contatto tra le radici delle piante e le sostanze inquinanti è presupposto spesso indispensabile per il successo della tecnologia, risultando la stessa poco efficace per quelle contaminazioni molto profonde difficilmente raggiungibili dalle radici).

Ancora, va tenuta in considerazione la matrice ambientale, e cioè il tipo di suolo (ad esempio, in un suolo argilloso, i metalli pesanti sono difficilmente estraibili).

Proseguendo, va attenzionato il contesto ambientale e climatico, e cioè la temperatura dell'area e le precipitazioni atmosferiche. Infatti, è principalmente il sole a fornire la maggior parte dell'energia necessaria per il successo di un intervento di fitorisanamento.

Per ultimo, non può non menzionarsi il fattore tempo, dato che utilizzare alberi o piante significa impegnare il sito per un orizzonte temporale relativamente ampio che potrebbe non essere compatibile con le attività

afferma – prendendo in considerazione la contaminazione da metalli pesanti – che, nell'esperienza pratica, vengono perlopiù scelte piante che risultano tolleranti rispetto all'eccesso di metalli (piante metallo-tolleranti) e che hanno sviluppano tale tolleranza, principalmente, sulla base di due strategie: l'esclusione o l'inclusione/accumulo. Le piante "escludenti" sono quelle che sfuggono o riducono notevolmente l'assorbimento di metalli pesanti (attraverso l'uso di barriere naturali) e che, pertanto, sono in grado di resistere alla contaminazione. Le piante "includenti", anche dette "accumulatrici", sono invece quelle che sono in grado di crescere e svilupparsi nonostante l'assorbimento di metalli pesanti nei propri tessuti. Appartengono a quest'ultima categoria, in particolare, le piante cd. "iper-accumulatrici", che sono capaci di accumulare nei propri tessuti quantità di metalli pesanti in concentrazioni incredibilmente elevate (circa 100 o 1000 volte superiori rispetto alle altre piante, che, appunto, non sono tolleranti).

programmate di trasformazione e riutilizzo dell'area (di conseguenza, il fitorimedio finisce per applicarsi, spesso, in aree con limitato interesse di riconversione).

La valutazione di tutti i profili citati, come detto, suggerisce se e come utilizzare il fitorimedio, evidenziando, al contempo, anche le criticità che, fino ad oggi, ne hanno comportato il sotto-utilizzo. E cioè, più chiaramente: la tempistica di sviluppo medio-lunga legata al ciclo di sviluppo delle piante, spesso incompatibile con le programmate modalità di trasformazione del territorio; l'efficacia in ogni caso variabile della tecnologia, che, come visto, dipende anche dalle condizioni climatiche.

## *2. La progressiva emersione del fitorisanamento nella sfera del diritto*

La bonifica basata su metodi biologici, alternativa a quella tradizionale caratterizzata da trattamenti chimici, fisici o termici, sta acquisendo progressiva rilevanza giuridica.

Di quanto affermato pare esserne testimonianza l'emersione, nella sfera del diritto, di atti che, nel porre o richiamare l'obiettivo di ripristino dei suoli degradati, anche a causa delle contaminazioni, incentivano – più spesso indirettamente, talora anche direttamente – l'adozione di tecniche di bonifica del suolo dotate di maggiore sostenibilità.

Dunque, seguirà un'analisi che prenderà in considerazione i diversi livelli ordinamentali, al fine di cogliere l'esistenza e il contenuto delle previsioni che sembrano suscettibili di promuovere l'impiego di tecniche di fitorisanamento.

### *2.1. Le tecnologie alternative di bonifica nel diritto internazionale ed europeo*

Partendo dalla dimensione sovranazionale, il diritto internazionale non menziona mai, espressamente, le tecniche di bonifica alternative basate sulla natura, né tantomeno contiene espliciti riferimenti al fitorisanamento.

Posta tale ineliminabile premessa, sembra però possibile superare facilmente l'assenza di un espresso richiamo e contestualmente dedurre un

*favor* del diritto internazionale verso tali tecniche di bonifica, connotate, come detto, da un maggior grado di sostenibilità.

Più nel dettaglio – ripercorrendo l'impostazione che emerge dalla lettura degli atti più significativi relativi alla protezione del suolo<sup>12</sup> – si osserva che il diritto internazionale pone grande attenzione alla tutela di

<sup>12</sup> Fra gli atti di diritto internazionale, vanno segnalati:

- il *Documento finale della Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile* (cd. Conferenza Rio+20), tenutasi a Rio de Janeiro in data 20-22 giugno 2012, in occasione del ventennale dalla Conferenza su Ambiente e Sviluppo di Rio de Janeiro del 1992. Tale atto, dal titolo “*Il futuro che vogliamo*”, valorizza la gestione sostenibile del suolo. Tuttavia, dato che il degrado del suolo rappresenta una minaccia globale, viene qui affermata la necessità di un'azione urgente per raggiungere un “mondo a degrado nullo, nel contesto dello sviluppo sostenibile”: tale azione prevede, espressamente, il “ripristino dei terreni degradati”, ma anche, nella più complessiva gestione sostenibile del suolo, il “miglioramento della qualità” dello stesso. Cfr. la parte relativa a “desertificazione, degrado del suolo e siccità”, punti 205-209, pp. 40-41.

- la *Carta Mondiale del Suolo* (WSC, *World Soil Charter*), adottata dalla Conferenza della FAO (*Food and Agriculture Organization of the United Nations*) nel novembre 1981, poi revisionata nel giugno 2015.

Nella prima parte (prefazione e preambolo), la Carta dà rilievo all'importanza di avere suoli in salute, in quanto fondamentali per la vita sulla terra. Infatti, gli stessi assicurano servizi ecosistemici fondamentali per la sopravvivenza dei popoli in crescita (cibo, fibre, mangimi, acqua, medicine, energia, legname) e per conseguire rilevanti obiettivi (la sicurezza alimentare, la sicurezza energetica, la salvaguardia della biodiversità, l'agricoltura sostenibile e di qualità, la regolazione del clima e il contrasto agli effetti del cambio climatico, la prevenzione dei dissesti idrogeologici, la crescita economica e la lotta contro la povertà). Per far fronte al suo continuo degrado, dovuto anche all'inquinamento, la Carta contiene una serie di misure (distinte in “principi” e “linee guida”), che devono orientare i programmi d'azione dei vari Paesi per garantire una gestione sostenibile del suolo. Nella parte relativa ai “principi”, emerge che la gestione sostenibile del suolo implica il miglioramento o il mantenimento della capacità del suolo di fornire i servizi ecosistemici essenziali e presuppone, da un lato, che non si realizzi una significativa compromissione delle sue proprietà (biologiche, chimiche e fisiche) e, dall'altro, che sia protetta la sua biodiversità (che comprende microrganismi, flora e fauna). Tale gestione mira, più in generale, al “degrado zero” del suolo, a favore delle generazioni future. Laddove non si sia potuto evitare il degrado, la gestione sostenibile della risorsa richiede un'azione di ripristino tramite l'applicazione di “appropriate tecniche di riabilitazione”. Nella parte contenente le “linee guida” è contenuto l'impegno congiunto (individui, gruppi privati, comunità scientifica, gli Stati, organizzazioni internazionali) di operare per la gestione sostenibile dei suoli.

Sullo stato dei suoli, cfr. della FAO, *Il suolo è una risorsa non rinnovabile*, 2015 e *Lo stato del suolo e delle riserve idriche mondiali per l'alimentazione e l'agricoltura. Gestione dei sistemi a rischio*, Roma, 2011, p. 113. In merito al collegamento fra la risorsa suolo e

tale risorsa naturale, non rinnovabile e fondamentale per la sopravvivenza della popolazione mondiale in crescita, collegata a numerosi servizi ecosistemici (fra i principali, cibo, fibre, mangimi, acqua pulita, medicine, energia, materie prime, legname, ma anche l'estetica del paesaggio) e ad obiettivi particolarmente significativi (senza pretesa di esaustività, il contrasto agli effetti del cambio climatico e la regolazione del clima, la salvaguardia della biodiversità, la sicurezza alimentare nella sua duplice accezione di *food safety* e *food security*, il contrasto alla malnutrizione, l'agricoltura sostenibile, la garanzia di risorse idriche pulite, la tutela della salute, la sicurezza energetica, il controllo idrogeologico, la riduzione

i servizi ecosistemi, cfr. della FAO, i numerosi rapporti, pubblicati nel 2015 sul relativo sito, in occasione dell'anno internazionale dei suoli.

- *l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*, programma d'azione sottoscritto il 25 settembre 2015 dai Governi dei 193 Paesi membri delle Nazioni Unite e approvato dall'Assemblea Generale dell'ONU. Tale programma è costituito da 17 obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile (*Sustainable Development Goals*, SDGs) a loro volta collegati a 169 *target* da raggiungere entro il 2030. Da tale Agenda emerge il seguente fine: "entro il 2030, combattere la desertificazione, ripristinare i terreni degradati ed il suolo, compresi i terreni colpiti da desertificazione, siccità e inondazioni, e sforzarsi di realizzare un mondo senza degrado del terreno" (15° obiettivo "Vita sulla terra", *target* 15.3).

- *le Linee Guida Volontarie per la Gestione Sostenibile del Suolo*, adottate, approvate e ratificate, fra giugno e dicembre 2016, dalla FAO.

Nella prima parte delle linee guida ("prefazione", "introduzione", "sfide per la gestione sostenibile del suolo") emerge la centralità del suolo, quale risorsa naturale non rinnovabile e fondamentale per fornire servizi ecosistemici e contribuire al conseguimento di rilevanti fini. Tuttavia, il suolo è sottoposto a crescente degrado. Da qui l'esigenza di attuare, a ogni livello, una gestione sostenibile del suolo che possa preservare i servizi ecosistemici (i quali vengono più chiaramente definiti e distinti in servizi di supporto, di approvvigionamento, di regolamentazione e culturali). Tale gestione è associata a un suolo che presenta determinate proprietà e caratteristiche (riduzione al minimo di erosione, compattazione e ristagno dell'acqua, salinizzazione, solidificazione, alcalinizzazione, contaminazione, acidificazione, impermeabilizzazione; presenza di copertura vegetale superficiale sufficiente e adeguatezza di sostanza organica, nutrienti, acqua e biodiversità, che sono alla base della fertilità e dei servizi resi dal suolo). Nella gestione sostenibile del suolo rientra – si noti bene – non solo la prevenzione del degrado (da attuare anche tramite tecniche di forestazione), ma anche il risanamento dei terreni già degradati. Nella seconda parte ("Linee guida per la gestione sostenibile del suolo") sono contenute direttive tecniche collegate a tale gestione, che integrano quanto stabilito dalla Carta Mondiale del Suolo e che dovrebbero supportare i decisori politici a tutti i livelli, ma anche i privati e il mondo accademico.

della povertà e l'emancipazione femminile, la crescita economica). Eppure, nonostante la centralità della risorsa, la pressione umana sul suolo continua a crescere e il suo degrado ha raggiunto limiti critici (come emerge dai tassi elevatissimi di aree soggette anche a contaminazione). In tale contesto, allora, è emersa la consapevolezza, a livello globale, di dover agire – nell'ottica dello sviluppo sostenibile<sup>13</sup> e a vantaggio delle generazioni future – per conseguire l'obiettivo del “degrado zero” dei suoli. Tutto ciò, attraverso uno strumento: la “gestione sostenibile” della risorsa. La richiamata gestione si fonda su due tipi di azioni: prioritariamente, l'azione preventiva, volta ad evitare il degrado del suolo; in seconda battuta, l'azione successiva, finalizzata, cioè, a ripristinare i suoli che risultano già degradati.

Proprio con riferimento all'azione successiva di ripristino del suolo – parte rilevante ai fini del presente contributo – gli atti presi in considerazione offrono alcune indicazioni da cui è possibile dedurre, implicitamente, il *favor* del diritto internazionale verso le tecniche di bonifica alternative basate sulla natura. In particolare, il *Documento finale della Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile* del 2012 (cd. Conferenza Rio+20) richiede di porre attenzione, nell'ambito della gestione sostenibile della risorsa, al “miglioramento della qualità del suolo”, dettando un criterio da seguire, perciò, evidentemente, anche in fase di ripristino del suolo degradato per contaminazione<sup>14</sup>. Ancora, la *Carta Mondiale del Suolo* della FAO del 2015 afferma che, dinanzi a suoli degradati, come per esempio quelli oggetto di contaminazione, occorre assumere tecniche di riabilitazione “appropriate”, e cioè che siano sostenibili, in grado di conservarne le proprietà (biologiche, chimiche e fisiche) e salvaguardarne la biodiversità (microorganismi, flora, fauna): tutti elementi, questi, che sono alla base della capacità della risorsa di svolgere le funzioni ecosistemiche essenziali per il benessere umano<sup>15</sup>. Tale ultima impostazione si rinviene, similmente, anche nelle *Linee Guida Volontarie per la gestione sostenibile del suolo*, adottate dalla FAO

<sup>13</sup> Per tale ricollegamento, cfr. *Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*.

<sup>14</sup> Così, il *Documento finale della Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile* sopra citato, punto 207, p. 41.

<sup>15</sup> In tal senso, la *Carta Mondiale del Suolo*, parte relativa ai “principi”, punti 7-8-10-11.



nel 2016<sup>16</sup>, all'interno delle quali emerge, peraltro, anche il richiamo alle tecniche – non di fitorisanamento, ma – di forestazione, quali soluzioni applicabili, nell'ambito della gestione sostenibile, ma essenzialmente in funzione preventiva, per evitare il degrado dei suoli.

Come nel diritto internazionale, anche il diritto dell'Unione europea – che pure non menziona espressamente il fitorisanamento – sembra promuovere tecniche di ripristino dei suoli connotate da una maggiore sostenibilità.

Negli atti recenti e più importanti che riguardano specificamente la protezione del suolo<sup>17</sup>, le istituzioni europee – con continuità – sottolinee-

<sup>16</sup> Cfr. *Linee Guida Volontarie per la Gestione Sostenibile del Suolo*, pp. 6-8, 11,12.

<sup>17</sup> Fra tali atti:

- la Risoluzione “*sulla protezione del suolo*”, adottata in data 28 aprile 2021, ove il Parlamento europeo invita la Commissione a stabilire un quadro comune europeo per la protezione del suolo e il ripristino della sua qualità. In tale atto, il Parlamento, dopo aver ricordato l'importanza della risorsa e la sua strumentalità ai servizi ecosistemici (punti A, D, E), oltre che il suo degrado in ragione di numerosi fattori (punto K, che cita anche l'inquinamento), afferma che l'azione dell'Unione (basata su prevenzione e ripristino dei suoli degradati, come emerge dal punto H) deve tenere conto del fatto che “le funzioni del suolo sono fortemente dipendenti da tutte le caratteristiche della biodiversità del suolo” (punto I) e che, dunque, “l'aumento o il mantenimento della biodiversità del suolo rappresenta una soluzione efficace che può contribuire al ripristino del suolo e alla bonifica di suoli inquinati” (punto J); analogamente, suoli sani sono anche collegati a un “livello di sostanza organica elevato” (punto M). Da qui la conseguente necessità, nell'ambito del nuovo quadro di regole, di gestire e ripristinare in modo sostenibile i suoli al fine di “preservare il loro ruolo multifunzionale” (punto AI).

- la Comunicazione, adottata in data 17 novembre 2021, dal titolo “*Strategia dell'Unione europea per il suolo per il 2030. Suoli sani a vantaggio delle persone, degli alimenti, della natura e del clima*” (che aggiorna la “*Strategia tematica per la protezione del suolo*” contenuta nella Comunicazione adottata in data 22 settembre 2006).

In tale atto si afferma la centralità del suolo, definito “tappeto magico”, nell'offerta dei servizi ecosistemici. Dinanzi al crescente degrado (dovuto anche all'inquinamento e alla perdita di biodiversità), occorre una gestione sostenibile della risorsa, a vantaggio delle generazioni future (punto 1, “Introduzione”).

Successivamente, la stessa indica “prospettiva e obiettivi” della strategia. La prospettiva è ottenere il buono stato di salute del suolo in tutta l'Unione entro il 2050. Gli obiettivi sono divisi fra quelli intermedi, da raggiungere entro il 2030, e quelli finali, da conseguire entro il 2050 (punto 2., “Prospettiva e obiettivi: ottenere un buono stato di salute del suolo entro il 2050”).

Fino ad oggi, v'è stata la mancanza di una politica europea dei suoli, con la

ano la sua rilevanza (al punto da definirlo “tappeto magico”) e strumentalità rispetto ai servizi ecosistemici, oltre che il suo crescente degrado, dovuto – fra le varie cause, anche – all’inquinamento<sup>18</sup>. Per invertire tale

conseguente frammentarietà ed eterogeneità delle risposte nazionali, che sono risultate inadeguate: di conseguenza, la Commissione intende presentare una proposta legislativa dedicata alla salute dei suoli entro il 2023. Tale nuovo quadro di regole promuoverà una gestione sostenibile del suolo, basata su “pratiche in grado di mantenere il suolo in condizioni di buona salute, o ripristinare tali condizioni” (punto 4.1., “La gestione sostenibile dei suoli diventa la norma”).

Fra le pratiche volte al mantenimento del buono stato di salute è inclusa la forestazione (punto 4.2., “Prevenire la desertificazione”, ove si fa riferimento alla “attività di piantare arbusti e alberi”). Quanto invece al ripristino, sono menzionate le tecniche sostenibili di bonifica: “la bonifica necessaria per i siti contaminati spesso risente di metodologie complesse e costose, per quanto in alcuni casi le tecniche di biorisanamento a basso costo si siano rivelate efficaci. Ciononostante, talvolta – e cioè nei casi ove è invece opportuno il trattamento classico – il degrado del suolo è tale da rendere impossibile riportarli in condizioni di buona salute a costi ragionevoli” (punto 4.4., “Ripristino dei suoli degradati e bonifica dei siti contaminati”). In tale strategia si afferma, ancora, per valorizzare l’importanza della biodiversità del suolo, ad esempio, che “molti microorganismi del suolo sono dei potenti alleati contro l’inquinamento, giacché sono capaci di abbattere agenti inquinanti complessi, eseguendo gratuitamente il biorisanamento” (punto 3.3., “Biodiversità del suolo per la salute delle persone, degli animali e delle piante”).

- il Parere emesso sulla suddetta strategia da parte del Comitato Economico e Sociale Europeo, in data 29 luglio 2022, ove lo stesso accoglie con favore la strategia sul suolo, ma, al contempo, individua alcuni principi che dovrebbero caratterizzare il nuovo quadro giuridico e che sembrano coerenti con la promozione delle tecniche alternative di bonifica. Fra tali principi, emerge l’esigenza di tenere conto della “protezione dell’ambiente” e dei “costi contenuti” (punto 1, “Conclusioni e raccomandazioni”). Quanto alla protezione dell’ambiente, infatti, i suoli “sono una fonte essenziale di biodiversità [...], le cui condizioni devono essere preservate”; “le sostanze organiche del suolo sono un elemento essenziale per [...] fornire servizi ecosistemici legati alla sua fertilità”; dunque, a fronte di suoli degradati, “le decisioni riguardanti il loro ripristino dovrebbero essere prese sulla base di criteri di risanamento sostenibili” (punto 4., “Osservazioni particolari”).

<sup>18</sup> Sul punto, cfr. oltre agli atti già citati, anche la decisione del 6 luglio 2022, relativa a un “*programma generale di azione dell’Unione europea per l’ambiente fino al 2030*”, con cui le istituzioni individuano obiettivi di contrasto del degrado del suolo (art. 3), sul presupposto che “i terreni e il suolo continuano a essere degradati da un’ampia gamma di attività umane, come [...] l’inquinamento – ma anche la – perdita di biodiversità [...], riducendo così la capacità dei terreni e del suolo di fornire funzioni e servizi ecosistemici” (considerando n. 24). In dottrina, sui problemi giuridici collegati al suolo e nella prospettiva del diritto europeo, cfr. G.F. CARTEI, *Il problema giuridico del consumo di suolo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, n. 6, pp. 1261 ss.

tendenza, allora, le istituzioni suggeriscono – quale soluzione – di delineare un quadro giuridico europeo, che sostituisca le risposte nazionali eterogenee e di sovente inadeguate<sup>19</sup>, che miri al conseguimento di un “buono stato di salute dei suoli entro il 2050”, e che, ancora, valorizzi la “gestione sostenibile”, a sua volta basata su due tipi di azione: prevenzione e ripristino del suolo (strumentale, poi, al ripristino della natura in genere<sup>20</sup>).

Il ripristino del suolo, però – qui rilevante – dovrebbe anch'esso tenere conto della sostenibilità, specie sotto il profilo ecologico (dunque, del mantenimento della biodiversità e delle sostanze organiche, dalla cui sussistenza dipende la preservazione del ruolo multifunzionale del suolo) ed economico (e cioè, dei costi ridotti collegati a tecniche di ripristino basate sulla natura).

Non a caso, nella Comunicazione, adottata in data 17 novembre 2021, dal titolo “*Strategia dell’Unione europea per il suolo per il 2030. Suoli sani a vantaggio delle persone, degli alimenti, della natura e del clima*”, la Commissione ha sostenuto che non sempre la bonifica tradizionale è quella più opportuna: infatti, “la bonifica necessaria per i siti contaminati spesso risente di metodologie complesse e costose”, nonostante “in alcuni casi, le tecniche di biorisanamento a basso costo – e cioè, tecniche di bonifica alternative basate sulla natura e meno costose – si siano rivelate [altrettanto] efficaci”. Dunque, da quanto affermato dalla Commissione, sembra che la stessa voglia tracciare un distinguo: vi sono casi – ove evidentemente è opportuna la bonifica tradizionale – in cui “il degrado del suolo è tale da rendere impossibile – il suo ritorno – in condizioni di buona salute a costi ragionevoli”; vi sono, però, al contempo, altre circostanze, ove invece le tecniche alternative sarebbero auspicabili, in quanto meno costose e altrettanto efficaci<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Sul punto, cfr. oltre agli atti già citati, la relazione speciale della Corte dei Conti dell’Unione europea, 12 luglio 2023, n. 19, dal titolo “*Gli sforzi dell’Unione europea per la gestione sostenibile del suolo - Norme senza ambizione e misure poco mirate*”, ove la Corte auspica l’introduzione di un quadro giuridico europeo efficace che sostituisca le misure nazionali (“Sintesi”, punto III, p. 4).

<sup>20</sup> Si fa riferimento al ripristino del suolo, ma anche della natura in genere, come chiarisce la proposta di Regolamento “*sul ripristino della natura*”, del 22 giugno 2022, ove si evidenzia il rapporto fra tale ripristino e la strategia dell’Unione europea per il suolo (punto 1, “Contesto della proposta”).

<sup>21</sup> Per i virgolettati, cfr. la Comunicazione, adottata in data 17 novembre 2021,

Contestualmente, tali tecnologie alternative appaiono anche maggiormente ecologiche. Nella risoluzione “*sulla protezione del suolo*”, adottata dal Parlamento europeo in data 28 aprile 2021, infatti, si rileva che “l’aumento o il mantenimento della biodiversità del suolo rappresenta una soluzione efficace che può contribuire al ripristino del suolo e alla bonifica di suoli inquinati”<sup>22</sup>. Analogamente, richiamando ancora la strategia europea sul suolo per il 2030: “molti microorganismi del suolo sono dei potenti alleati contro l’inquinamento, giacché sono capaci di abbattere agenti inquinanti complessi, eseguendo gratuitamente il biorisanamento”<sup>23</sup>.

Per quanto sopra esposto, dunque, tutte le tecniche alternative di bonifica maggiormente sostenibili – dunque, il biorisanamento, che viene espressamente richiamato<sup>24</sup>, ma anche, per analogia, il fitorisanamento – sembrano godere, proprio per la loro maggiore sostenibilità, di positiva valutazione da parte delle istituzioni europee.

Tale impressione, del resto, sembra essere confermata anche dall’analisi degli atti più rilevanti e recenti che riguardano temi affini alla protezione del suolo e che, per tale vicinanza, si intrecciano inevitabilmente con essa.

Dalle Comunicazioni della Commissione concernenti il clima<sup>25</sup>, in

dal titolo “*Strategia dell’Unione europea per il suolo per il 2030. Suoli sani a vantaggio delle persone, degli alimenti, della natura e del clima*” (punto 4.4., “Ripristino dei suoli degradati e bonifica dei siti contaminati”).

<sup>22</sup> Così, la Risoluzione “*sulla protezione del suolo*”, adottata in data 28 aprile 2021, punto J.

<sup>23</sup> Cfr. la Comunicazione, adottata in data 17 novembre 2021, dal titolo “*Strategia dell’Unione europea per il suolo per il 2030. Suoli sani a vantaggio delle persone, degli alimenti, della natura e del clima*” (punto 3.3., “Biodiversità del suolo per la salute delle persone, degli animali e delle piante”).

<sup>24</sup> Tale tecnica viene richiamata, oltre che – come visto nel testo – nella strategia europea per il suolo per il 2030, anche, ad esempio, nella Comunicazione, adottata dalla Commissione in data 29 febbraio 2012, “*relativa al partenariato europeo per l’innovazione Produttività e sostenibilità dell’agricoltura*” (punto 8, parte relativa a “biodiversità, servizi ecosistemici e funzionalità del suolo”, p. 9) e nella Comunicazione, adottata dalla Commissione in data 11 ottobre 2018, dal titolo “*Una bioeconomia sostenibile per l’Europa: rafforzare il collegamento tra economia, società e ambiente*” (tabella n. 1, p. 14).

<sup>25</sup> Fra tali atti: la Comunicazione, adottata dalla Commissione in data 11 dicembre 2019, sul “*Green Deal europeo*, che pone l’obiettivo di conseguire la neutralità climatica entro il 2050 e di creare un ambiente senza inquinamento, richiamando anche il

particolare – per quanto vengano richiamate espressamente la forestazione e l’inverdimento urbano, e non le tecniche di bonifica alternative – emerge, più in generale, una chiara promozione delle soluzioni basate sulla natura (*nature based solutions*, NBS) per proteggere l’ambiente, in vista del conseguimento degli obiettivi programmati.

Anche nella recente strategia europea in materia di biodiversità<sup>26</sup> – sebbene anche in questo caso vengano richiamate la forestazione e l’inverdimento urbano, e non le tecniche alternative di bonifica – emerge la valorizzazione di una gestione del suolo – che, come detto, include anche il ripristino – che debba tener conto anche delle proprietà, della

ripristino degli ecosistemi (e suoli) inquinati (punto 2.1.8., “Obiettivo inquinamento zero per un ambiente privo di sostanze tossiche”, p. 16); la Comunicazione, adottata dalla Commissione in data 24 febbraio 2021, dal titolo “*Plasmare un’Europa resiliente ai cambiamenti climatici. La nuova strategia dell’Unione europea di adattamento ai cambiamenti climatici*”, ove si richiama, quale strategia di adattamento ai cambiamenti climatici, “l’attuazione su scala più ampia di soluzioni basate sulla natura” (fra queste, a titolo esemplificativo, “lo sviluppo di spazi verdi urbani e l’installazione di tetti e pareti verdi”, nonché “la promozione e la gestione sostenibile delle foreste e dei terreni agricoli”). Del resto, “le soluzioni basate sulla natura sono fondamentali per mantenere in salute [...] i suoli e devono avere un ruolo maggiore nella gestione dell’uso del suolo e nella progettazione delle infrastrutture, al fine di ridurre i costi, fornire servizi resilienti ai cambiamenti climatici [...]. Parallelamente, queste soluzioni offriranno benefici quali il sequestro del carbonio – ma anche – la conservazione e il ripristino della biodiversità” (punto 2.2.4., “Promuovere soluzioni per l’adattamento basate sulla natura”, p. 13); la Comunicazione, adottata in data 14 luglio 2021, dal titolo “*Pronti per il 55%: realizzare l’obiettivo climatico dell’Unione europea per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica*” (punto 2.3., “Una transizione verde: proteggere la natura e aumentare il pozzo naturale di assorbimento del carbonio dell’UE”).

<sup>26</sup> Cfr. la Comunicazione, adottata dalla Commissione in data 20 maggio 2020, dal titolo “*Strategia sulla biodiversità per il 2030 - Riportare la natura nella nostra vita*”. In tale atto, la Commissione rileva la centralità della risorsa, la sua strumentalità ai servizi ecosistemi, nonché il suo degrado che determina la perdita di biodiversità (punto 1, “Biodiversità - Perché non possiamo più indugiare”). La stessa richiede, dunque, di “intensificare gli sforzi per proteggere la fertilità del suolo [...] aumentare la materia organica che vi è contenuta [...] adottando pratiche sostenibili di gestione del suolo”: in quest’ottica, “servono passi avanti sostanziali” circa il “ripristino dei suoli degradati” (punto 2.2.3., “Arginare il consumo di suolo e ripristinare gli ecosistemi del suolo”), nonché l’adozione di tecniche di forestazione (punto 2.2.4., “Foreste più estese, più sane e più resilienti”) e l’inverdimento delle zone urbane e periurbane (punto 2.2.8., “Inverdire le zone urbane e periurbane”).

varietà (genetica, specifica ed ecosistemica) e delle sostanze organiche della risorsa.

Ad analoghe conclusioni si giunge, infine, anche esaminando le recenti Comunicazioni della Commissione concernenti, ad esempio: le foreste<sup>27</sup>, rispetto alle quali si pone l'esigenza di gestire e ripristinare il patrimonio forestale, compreso il suolo, in maniera sostenibile, così da proteggere la biodiversità; l'alimentazione e l'agricoltura<sup>28</sup>, ove si valorizza l'innovazione anche nel ripristino della salute dei suoli; l'inquinamento<sup>29</sup>, nei quali emerge la promozione dell'innovazione nelle attività

<sup>27</sup> Fra tali atti, cfr. la Comunicazione, adottata in data 16 luglio 2021, dal titolo "*Nuova strategia dell'Unione europea per le foreste per il 2030*", ove la Commissione promuove "la gestione forestale sostenibile" (punto 3.4., "Incentivi finanziari per i proprietari e i gestori di foreste al fine di migliorare la quantità e la qualità delle foreste dell'Unione europea"). Infatti, "pratiche di gestione forestale che preservano e ripristinano la biodiversità portano a foreste più resilienti in grado di svolgere le loro funzioni socioeconomiche e ambientali"; in tale prospettiva, peraltro, "la cura del suolo delle foreste è particolarmente importante, in quanto esiste una forte interdipendenza tra gli alberi e il suolo su cui crescono. Affinché gli alberi possano svilupparsi rigogliosamente, le radici devono ricavare tutti gli elementi e i nutrienti essenziali dal suolo" (punto 3.2., "Garantire la ricostituzione e una gestione sostenibile rafforzata delle foreste ai fini dell'adattamento climatico e della loro resilienza").

<sup>28</sup> Fra tali atti, cfr. la Comunicazione, adottata in data 20 maggio 2020, dal titolo "*Una strategia dal produttore al consumatore: per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente*" (cd. *Farm to Fork*), ove si annuncia il sostegno a una specifica futura missione, nell'ambito di Orizzonte Europa, che "mirerà a sviluppare soluzioni [innovative] per ripristinare la salute del suolo e le sue funzioni" (punto 3.1., "Ricerca, innovazione, tecnologia e investimenti", p. 17). In merito a tale missione, si vedano: la Comunicazione, adottata in data 29 novembre 2021, sulle "*missioni europee*" e quella del 19 luglio 2023 dal titolo "*Due anni di missioni dell'Unione europea: valutazione dei progressi e sviluppi futuri*".

<sup>29</sup> Cfr. la Comunicazione, adottata dalla Commissione in data 14 ottobre 2020, dal titolo "*Strategia in materia di sostanze chimiche sostenibili. Verso un ambiente privo di sostanze tossiche*", ove la stessa afferma di voler "sostenere la ricerca e lo sviluppo di soluzioni in materia di decontaminazione per l'ambiente terrestre" (punto 2.2.3., "Verso l'azzeramento dell'inquinamento chimico nell'ambiente", p. 15); la Comunicazione, adottata in data 12 maggio 2021, dal titolo "*Un percorso verso un pianeta più sano per tutti. Piano d'azione dell'Unione europea: verso l'inquinamento zero per l'aria, l'acqua e il suolo*". Tale atto si propone di conseguire un mondo senza inquinamento. La Commissione afferma, quale modalità d'azione, che "bisognerebbe prevenire l'inquinamento alla fonte. Laddove non fosse possibile prevenire completamente l'inquinamento alla fonte, lo si dovrebbe ridurre al minimo. Infine, una volta verificatosi l'inquinamento, gli ambienti inquinati dovrebbero essere ripristinati e i relativi danni

di bonifica e l'auspicio che i siti contaminati possano essere ripristinati e recuperati naturalisticamente.

## 2.2. *Le tecnologie alternative di bonifica nel diritto nazionale*

Se la dimensione sovranazionale consente all'interprete di ricavare un *favor* verso l'implementazione di tali tecnologie soltanto in via induttiva, diversamente avviene esaminando l'ordinamento giuridico nazionale, dalla cui analisi emerge, talora anche espressamente, un vero e proprio principio di preferenza delle tecniche alternative di bonifica rispetto a quella tradizionale.

Il suddetto principio di preferenza si basa, primariamente, sull'opportunità di promuovere le misure basate sulla natura (NBS) – fra cui rientrano il fitorisanamento e il biorisanamento, ma anche la forestazione e l'inverdimento urbano – per salvaguardare, in via preventiva o di ripristino, l'ambiente. Quanto affermato emerge, in particolare, dagli atti di indirizzo politico, più recenti e importanti, in materia di biodiversità e foreste: la Strategia Nazionale per la Biodiversità per il 2030<sup>30</sup>, che richiama le NBS collegandole alla tutela della biodiversità, con il fine ultimo di proteggere il suolo e conseguire la neutralità del suo

dovrebbero essere risarciti” (punto 2.1., “Obiettivo inquinamento zero”). Inoltre, “la Commissione intende promuovere l'utilizzo dei siti decontaminati e recuperati da un punto di vista naturalistico come potenziali aree verdi aperte al pubblico” (punto 2.2., “Migliorare la nostra salute e il nostro benessere”).

<sup>30</sup> La Strategia Nazionale per la Biodiversità 2030 afferma che “la protezione del suolo e il suo uso sostenibile – fondamentali per conseguire la neutralità del consumo di suolo – sono [...] diventate priorità” e richiedono di “proteggere la fertilità chimica, fisica e biologica dei suoli, promuovendo programmi a lungo termine per l'aumento del contenuto di sostanza organica e contrastare il declino della biodiversità”. Quanto al contenuto di tali programmi, vi rientrano: “azioni di ripristino”, “tecniche e pratiche agricole sostenibili da un punto di vista ambientale”, “interventi di riqualificazione ambientale che privilegino opzioni in armonia con la natura (*Nature Based Solutions*, NBS)”, richiamando poi, fra gli appositi strumenti normativi che operano in tale direzione, anche il D.M. 1° marzo 2019, n. 46, relativo alle bonifiche delle aree agricole e che, come si dirà, per la prima volta, ha positivizzato il fitorisanamento nel nostro ordinamento (obiettivo specifico B.13, “Raggiungere la neutralità del degrado del territorio e l'aumento netto pari a zero del consumo di suolo e compiere progressi significativi nella protezione e ripristino della produttività ecologica e agricola dei suoli e nella bonifica e nel ripristino dei siti con suolo degradato e contaminato”, pp. 63-64).

consumo; la Strategia Forestale Nazionale<sup>31</sup>, che promuove le suddette soluzioni basate sulla natura per la salvaguardia del patrimonio forestale e la creazione di boschi urbani e periurbani.

Oltre a quanto osservato, il principio di preferenza per le tecniche alternative si rinviene anche dalle norme che concernono direttamente le bonifiche.

Il D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'ambiente), infatti, all'art. 242, comma 8, rinvia all'allegato 3 della parte IV, titolo V del Codice per la determinazione dei "criteri per la selezione e l'esecuzione degli interventi di bonifica e ripristino ambientale, di messa in sicurezza operativa o permanente, nonché per l'individuazione delle migliori tecniche di intervento a costi sostenibili (B.A.T.N.E.E.C. - *Best Available Technology Not Entailing Excessive Costs*)".

Diversi di questi criteri appaiono perfettamente in linea con l'approc-

<sup>31</sup> La Strategia Forestale Nazionale (SFN), adottata in attuazione dell'art. 6, comma 1, del D.Lgs. 3 aprile 2018, n. 34 ("*Testo Unico in materia di foreste e filiere forestali*"), quale documento strategico di indirizzo nazionale che si inserisce nella tutela del patrimonio forestale italiano, cita per ben quattro volte la parola fitorisanamento. In particolare: fra le "opportunità" della strategia, laddove si afferma che le funzioni svolte dalle piante (nel caso di specie, dalle foreste urbane e periurbane) possono arrecare un miglioramento della qualità dell'ambiente e del benessere degli abitanti (p. 16); fra gli "obiettivi generali" della strategia, ove si fa riferimento a quello di assicurare – appunto tramite tale tecnologia – la gestione sostenibile e il ruolo multifunzionale delle foreste, così da garantire la fornitura equilibrata, costante e continua di tutti i servizi ecosistemici (p. 32, con riferimento all'obiettivo generale A); fra le "azioni operative" collegate al suddetto obiettivo generale, ove si menziona la possibilità di introdurre, entro il 2025, norme per riconoscere e remunerare i servizi ecosistemici forniti dalle foreste e connessi alla gestione forestale sostenibile, citando espressamente la promozione delle *Nature Based Solutions* (NBS) in campo forestale, fra cui rientra il fitorisanamento dei suoli contaminati (Allegato 1, Azione operativa A.2. - "Servizi e pagamenti ecosistemici", Sotto-Azione A.2.1 - "Riconoscere e remunerare i servizi di interesse pubblico, ambientale e sociale forniti dalle foreste e mantenuti ed accresciuti dalla GFS, in particolare A.2.1.i), p. 8); fra le "azioni specifiche", con riferimento ai "boschi urbani e periurbani", ove si sostiene la "creazione di boschi per il risanamento delle aree degradate e/o contaminate" (Allegato 1, Azione specifica 6 – "Alberi e foreste urbane e periurbane", Sotto-Azione specifica 6.2 – "Boschi urbani e periurbani", in particolare A.S.6.2.e), p. 57). In dottrina, cfr. A. CROSETTI, *Paesaggio, ambiente e gestione forestale sostenibile*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, n. 6, pp. 463 ss. e, dello stesso Autore, *Beni forestali, ambiente, territorio e paesaggio nel nuovo T.U.F.*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, n. 2, pp. 113 ss.



cio fitotecnologico<sup>32</sup>: fra questi, a titolo esemplificativo, quelli secondo cui occorre “privilegiare le tecniche di bonifica tendenti a trattare e riutilizzare il suolo nel sito” (lett. b)), “evitare ogni rischio aggiuntivo a quello esistente di inquinamento [...] del suolo” (lett. g)), “evitare rischi igienico-sanitari per la popolazione durante lo svolgimento degli interventi” (lett. h)), “adeguare gli interventi di ripristino ambientale alla destinazione d’uso e alle caratteristiche morfologiche, vegetazionali e paesistiche dell’area” (lett. i)), “adeguare le misure di sicurezza alle caratteristiche specifiche del sito e dell’ambiente da questo influenzato” (lett. k)), nonché “evitare ogni possibile peggioramento dell’ambiente e del paesaggio dovuto alle opere da realizzare” (lett. l)).

Dallo stesso allegato emerge, inoltre, che è necessario presentare, nel progetto operativo degli interventi, “una dettagliata analisi comparativa delle diverse tecnologie di intervento applicabili al sito in esame, in considerazione delle specifiche caratteristiche dell’area, in termini di efficacia nel raggiungere gli obiettivi finali, concentrazioni residue, tempi di esecuzione”, ma anche – si noti bene – “impatto sull’ambiente circostante – nonché – costi delle diverse tecnologie”: elementi, questi ultimi, che, di conseguenza, devono essere considerati nella scelta dell’intervento da applicare al sito e che finiscono per promuovere, indirettamente, il fitorisanamento. Come è stato correttamente affermato, dunque, in sintesi, il Codice, “pur non richiamandolo in modo esplicito, favorisce, là dove applicabile, un approccio di bonifica come il fitorimediazione, poiché rispondente a specifici requisiti tecnici generali richiamati dall’allegato 3”<sup>33</sup>.

Ancora più esplicito sull’esistenza di un principio di preferenza – rappresentando il testo normativo più chiaro sul punto<sup>34</sup> – è il D.M. 1° marzo 2019, n. 46, relativo alla bonifica delle aree agricole.

L’allegato 4 di tale decreto, infatti, disciplinando i criteri d’intervento

<sup>32</sup> In tal senso, L. PASSATORE, A. SCONOCCHIA, P. SCONOCCHIA, M. ZACCHINI, *Le fitotecnologie nel risanamento ambientale di suolo e acque*, cit., p. 210, oltre che Rapporto CNR, *Tecniche di fitorimediazione nella bonifica dei siti contaminati*, cit., pp. 21-22.

<sup>33</sup> Così, L. PASSATORE, A. SCONOCCHIA, P. SCONOCCHIA, M. ZACCHINI, *Le fitotecnologie nel risanamento ambientale di suolo e acque*, cit., p. 210.

<sup>34</sup> A rilevarlo, ancora, L. PASSATORE, A. SCONOCCHIA, P. SCONOCCHIA, M. ZACCHINI, *Le fitotecnologie nel risanamento ambientale di suolo e acque*, cit., p. 210, ove si afferma che “con la recente pubblicazione del D.M. 1° marzo 2019 n. 46, che regola gli interventi su aree agricole contaminate, per la prima volta, nel settore bonifiche, viene esplicitamente richiesto di dare la preferenza ad interventi di bio e fitorisanamento”.

per la bonifica delle suddette aree, prevede chiaramente che, in virtù di tutti i vantaggi connessi a tali tecnologie (convenienti costi di applicazione; preservazione della risorsa-suolo in tutta la sua interezza; tutela della fertilità del suolo e mantenimento degli equilibri ecosistemici che hanno portato alla sua formazione; protezione della salute dei cittadini; miglioramento del paesaggio), la soluzione migliore sia quella di preferire, rispetto alla bonifica classica (basata su interventi di rimozione, trasporto, scavo e lavaggi con trattamenti chimici, fisici o termici del suolo), gli interventi di fitorisanamento<sup>35</sup> e biorisanamento<sup>36</sup>, che vengono espressamente e più volte richiamati. La soluzione classica, infatti, che pur garantisce alte rese di rimozione, risulta molto costosa, provoca la modifica irreversibile delle proprietà del suolo trattato e, dunque, reca con sé un maggiore impatto ambientale e paesaggistico: di conseguenza – come emerge dal decreto – la stessa va attuata unicamente nei casi in cui le altre tecniche non siano proponibili, quando le altre strategie *in situ* e a minore impatto non risulterebbero sufficientemente efficaci (dunque, ad esempio, quando i tipi o livelli di inquinanti presenti nel suolo, collegati alle attività agricole o zootecniche coinvolte, siano tali da richiedere approcci più incisivi, o quando, ancora, le tecniche alternative siano poco attuabili per le caratteristiche pedo-climatiche dell'area). Per lo stesso principio di preferenza, quand'anche si proceda con tale soluzione, la sua applicazione dovrebbe essere limitata agli effettivi volumi di suolo che necessitano del suddetto trattamento.

<sup>35</sup> Il decreto ministeriale in esame – importando la tecnica nella sfera del diritto – afferma che il fitorisanamento comprende diversi processi (fitodegradazione, rizofiltrazione, fitostabilizzazione, fitoestrazione), che possono essere anche combinati fra loro (ad es. si menziona la possibilità di combinare le tecniche di fitostabilizzazione e fitoestrazione). Inoltre, lo stesso contiene suggerimenti relativi alla selezione delle piante (ad es. si fa riferimento alle specie arboree poliennali, se necessario in consociazione con specie erbacee iperaccumulatrici, con indicazioni specifiche per le contaminazioni da Cadmio, Piombo e Cromo) e all'associazione delle stesse con altre sostanze che possono essere addizionate per migliorare i risultati delle tecnologie (in particolare, gli ammendanti).

<sup>36</sup> Il biorisanamento è invece, per il decreto ministeriale in esame, una tecnologia che prevede l'utilizzo di microrganismi per abbattere le sostanze tossiche presenti nel suolo, in particolare composti organici, attraverso processi che possono essere aerobici o anaerobici. Esistono, anche in questo caso, più tecniche di biorisanamento (*biostimulation* e *bioargumentation*).

Emerso il principio secondo cui le tecniche alternative di bonifica debbano essere preferite a quella tradizionale, sembra utile prendere in considerazione, ora, i profili procedimentali, pur nella consapevolezza che “l’applicazione delle fitotecnologie non ha, dal punto di vista procedurale, connotazioni diverse rispetto all’applicazione di altre tecnologie”<sup>37</sup>. Non vi sono fasi, infatti, specifiche per il fitorisanamento, che abbiano il carattere dell’obbligatorietà, riscontrandosi, piuttosto, mere prassi che, pur non necessarie in termini strettamente giuridici, si sono affermate in ragione della loro opportunità (si pensi, ad esempio, a quella di far precedere, alla redazione definitiva del progetto di bonifica, una fase di sperimentazione, da eseguire in scala di laboratorio e/o in campo, per ovviare alle indeterminazioni tecniche correlate al fitorimediaio<sup>38</sup>).

Ancora più chiaramente, il fitorisanamento, quale possibile modalità tecnica con cui si esprime l’intervento di bonifica, non determina l’applicazione di uno specifico iter procedimentale. Diversamente, è la differente tipologia di area a comportare l’applicazione di modelli procedimentali fra loro (parzialmente) diversi.

Di conseguenza – dando per presupposto che il fitorisanamento non è relegato giuridicamente alle aree agricole, ma può trovare applicazione, proprio per il principio di preferenza citato, anche in tutte le altre aree – appare utile richiamare, di seguito, sinteticamente, le previsioni d’interesse per il fitorisanamento nell’ambito dei distinti procedimenti di bonifica: prima, quello ordinario, regolato dal Codice dell’ambiente, poi, quello speciale, disciplinato dal D.M. n. 46/2019 e relativo alle aree agricole.

2.2.1. (segue)... Le previsioni d’interesse per il fitorisanamento nell’ambito del procedimento ordinario di bonifica

Come noto, il Codice dell’ambiente – nella parte IV (“Norme in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati”), titolo V (“Bo-

<sup>37</sup> Così, L. PASSATORE, A. SCONOCCHIA, P. SCONOCCHIA, M. ZACCHINI, *Le fitotecnologie nel risanamento ambientale di suolo e acque*, cit., p. 209.

<sup>38</sup> Sul punto, cfr. ancora, L. PASSATORE, A. SCONOCCHIA, P. SCONOCCHIA, M. ZACCHINI, *Le fitotecnologie nel risanamento ambientale di suolo e acque*, cit., p. 209.

nifica di siti contaminati”), artt. 239-253 – rappresenta la normativa di riferimento per i procedimenti di bonifica<sup>39</sup>.

Come ancora noto, il suddetto testo normativo, che ha abrogato la disciplina precedente<sup>40</sup>, si caratterizza: in primo luogo, per aver richiamato,

<sup>39</sup> Sulla disciplina delle bonifiche, in generale, si vedano, senza pretese di esaustività, L. GIZZI, *La bonifica dei siti inquinati nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 13, pp. 255 ss.; S. BOCCHINI, *Lo statuto del sito contaminato e il vincolo ambientale ripristinatorio*, Napoli, 2018; D. SICLARI, *La bonifica dei siti inquinati tra tutela dell'ambiente e giustiziabilità delle pretese*, Napoli, 2017. Sulla natura del potere di ripristino, cfr. E. BOSCOLO, *Bonifiche e risarcimento del danno ambientale: rapporti (incerti) entro la cornice della funzione di ripristino*, in *Riv. giur. edil.*, 2021, n. 1, pp. 3-33; F. LEOTTA, *La natura giuridica delle attività di bonifica dei siti inquinati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, n. 1, pp. 227 ss.; F. VANETTI, *La messa in sicurezza e la bonifica di un sito di interesse nazionale sono un servizio pubblico?*, in questa *Rivista*, 2012, n. 5, pp. 594 ss. Sul tema della responsabilità per la bonifica dei siti inquinati (tanto con riferimento alle contaminazioni pregresse al decreto Ronchi, quanto con riguardo alla posizione del proprietario incolpevole), si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività: R. VILLATA, *Gli approdi della giurisprudenza amministrativa in tema di responsabilità per inquinamenti storici Ragion di Stato versus Stato di diritto*, in questa *Rivista*, 2021, n. 3, pp. 573 ss.; M. LEGGIO, *Obblighi di bonifica e contaminazioni pregresse*, in questa *Rivista*, 2020, n. 1, pp. 155 ss.; A. RUSSO, *La responsabilità per la bonifica ambientale: profili comparatistici europei*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 6, pp. 1-21; S. RODOLFO MASERA, *Obblighi di bonifica e di rimozione dei rifiuti del proprietario "consapevole"*, in *Urbanistica e Appalti*, 2017, n. 5, pp. 696-715 e, dello stesso Autore, *Principio "chi inquina paga", obblighi di bonifica e di messa in sicurezza*, in *Urbanistica e Appalti*, 2016, n. 6, pp. 719-728; R. LEONARDI, *La responsabilità in tema di bonifica dei siti inquinati: dal criterio soggettivo del "chi inquina paga" al criterio oggettivo del "chi è proprietario paga"?*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, n. 1, pp. 3-32; V. CINGANO, *Rimozione dei rifiuti e bonifica fra tutela della proprietà e tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 2015, n. 5, pp. 1-19; F. CORTESE, *Bonifica di siti inquinati e responsabilità del proprietario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, n. 9, pp. 983 ss.

<sup>40</sup> Il suddetto corpo di regole ha abrogato (sul punto, cfr. Corte Cost., sent. 18 giugno 2008, n. 214) la previgente disciplina, che era costituita dall'art. 17 del D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (cd. decreto Ronchi) – che aveva recepito le direttive 91/156/CEE (rifiuti), 91/689/CEE (rifiuti pericolosi), 94/62/CEE (imballaggi e rifiuti di imballaggio) – e dal relativo regolamento di attuazione (D.M. 25 ottobre 1999, n. 471). Su tale disciplina e i suoi problemi, cfr. fra gli altri, senza pretesa di esaustività, F. PERES, *Obbligo di bonifica e proprietario non responsabile*, in questa *Rivista*, 2006, n. 1, pp. 37 ss.; F. GOISIS, *La natura dell'ordine di bonifica e ripristino ambientale ex art. 17 D.Lgs. n. 22 del 1997: la sua retroattività e la posizione del proprietario non responsabile della contaminazione*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, n. 2, pp. 567 ss.; G. MANFREDI, *La bonifica dei siti inquinati tra sanzioni, misure ripristinatorie e risarcimento del danno all'ambiente*, in questa *Rivista*, 2002, n. 5, pp. 667 ss.; A.L. DE CESARIS, *La disciplina per la bonifica e*

per la prima volta, il principio del “chi inquina paga”<sup>41</sup>; in secondo luogo, per contenere una serie di definizioni importanti (ad esempio, quella di “sito” e di “matrici ambientali”)<sup>42</sup>; ancora, per aver previsto – non più una, bensì – due soglie di concentrazione rilevanti, e cioè le “concentrazioni soglia di contaminazione” (CSC)<sup>43</sup> e le “concentrazioni soglia di rischio” (CSR)<sup>44</sup>, il cui superamento determina la dichiarazione del sito come, rispettivamente, “potenzialmente contaminato”<sup>45</sup> o “(effettivamente) “contaminato”<sup>46</sup> e, a cascata, lo svolgimento di attività diverse<sup>47</sup>;

*il ripristino dei siti contaminati*, in questa *Rivista*, 2002, n. 2, pp. 355 ss.; G. LANDIO, M. MONTINI, *Bonifica dei siti inquinati*, in questa *Rivista*, 2000, n. 6, pp. 991 ss.

<sup>41</sup> Cfr. art. 239, comma 1 del Codice. Su tale principio, cfr. fra gli altri, U. SALANITRO, *Il principio “chi inquina paga”: responsabilità e liability*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, n. 1, pp. 33-37.

<sup>42</sup> Cfr. art. 240, comma 1.

<sup>43</sup> In base all’art. 240, comma 1, lett. b) del Codice, per “concentrazioni soglia di contaminazione (CSC)” si fa riferimento ai “livelli di contaminazione delle matrici ambientali, che costituiscono valori al di sopra dei quali è necessaria la caratterizzazione del sito e l’analisi di rischio – sanitario e ambientale – sito specifica”. Le CSC sono individuate in una tabella, contenuta nell’allegato 5 alla parte IV, titolo V del Codice, che associa matrici ambientali (suolo, sottosuolo, acque sotterranee), sostanze inquinanti (es. idrocarburi, idrocarburi policiclici aromatici, cloro, etilene, benzene, ecc.) e destinazione d’uso dei siti da bonificare (distinguendo fra quelli “ad uso verde pubblico, privato e residenziale” e quelli “ad uso commerciale e industriale”).

<sup>44</sup> In forza dell’art. 240, comma 1, lett. c) del Codice, per “concentrazioni soglia di rischio (CSR)” si intendono i “livelli di contaminazione delle matrici ambientali – che costituiscono livelli di accettabilità per il sito – da determinare caso per caso, con l’applicazione della procedura di analisi di rischio sito specifica [...] e sulla base dei risultati del piano di caratterizzazione, il cui superamento richiede la messa in sicurezza e la bonifica”. Le CSR sono elaborate – non tramite una tabella, bensì – attraverso formule matematiche complesse, mediante l’analisi di rischio e a seguito dei risultati della caratterizzazione.

<sup>45</sup> Il superamento delle CSC funge da “campanello d’allarme”: una volta che viene superata tale soglia d’attenzione, infatti, il sito è dichiarato “potenzialmente contaminato”. Cfr. art. 240, comma 1, lett. d) del Codice.

<sup>46</sup> Il superamento delle CSR è ancora più grave, dato che, in questo caso, il sito viene dichiarato “(effettivamente) contaminato”. Cfr. art. 240, comma 1, lett. e) del Codice.

<sup>47</sup> La distinzione fra concentrazioni soglia rilevanti (CSC e CSR) e fra siti (potenzialmente contaminati o effettivamente contaminati) incide fortemente, a cascata, sul profilo procedimentale. Infatti: la dichiarazione di un sito come potenzialmente contaminato non fa sorgere alcun obbligo di messa in sicurezza e bonifica del sito, comportando solo l’obbligo di dare avvio al procedimento e di realizzare determinate

ancora, per aver definito e articolato maggiormente – rispetto al passato – gli interventi che possono essere realizzati su un sito (potenzialmente o effettivamente) contaminato<sup>48</sup>; infine, per aver previsto un sistema articolato di procedimenti, all'interno dei quali si rinviene il procedimento ordinario (disciplinato espressamente dall'art. 242 del Codice) e altri procedimenti speciali (fra cui, ad esempio, quello previsto dall'art. 241 del Codice, con riferimento alle aree agricole).

La disciplina del procedimento ordinario, che si articola nelle tre distinte fasi della caratterizzazione, dell'analisi di rischio e degli interventi di bonifica (o altre misure equiparate)<sup>49</sup>, contiene previsioni di particolare interesse relative al fitorisanamento.

attività conoscitive, in particolare la caratterizzazione e l'analisi di rischio (sanitario e ambientale) sito specifica, a loro volta strumentali per determinare lo stato di contaminazione e valutare la necessità di effettuare interventi diretti a riportare le contaminazioni al di sotto delle CSC; di contro, il sito contaminato comporta l'obbligo di attuare interventi di messa in sicurezza e bonifica idonei a neutralizzare la contaminazione per riportarla a livelli accettabili (livelli, questi, corrispondenti alle CSR). Cfr. ancora, art. 240, comma 1, lett. b) e c) del Codice.

<sup>48</sup> In particolare, il Codice prevede: misure di prevenzione (MIPRE) (art. 240, comma 1, lett. i) del Codice); misure di riparazione (art. 240, comma 1, lett. l) del Codice); misure di messa in sicurezza d'emergenza (MISE) (art. 240, comma 1, lett. m) del Codice); messa in sicurezza operativa (MISO) (art. 240, comma 1, lett. n) del Codice); messa in sicurezza permanente (MISP) (art. 240, comma 1, lett. o) del Codice); bonifica in senso stretto (art. 240, comma 1, lett. p) del Codice); ripristino e ripristino ambientale (art. 240, comma 1, lett. q) del Codice). In dottrina, sul punto, cfr. F. FONDERICO, "Rischio" e "precauzione" nel nuovo procedimento di bonifica dei siti inquinati, in *questa Rivista*, 2006, nn. 3-4, pp. 419 ss.

<sup>49</sup> Nel dettaglio, dopo il verificarsi di un evento che sia potenzialmente in grado di contaminare il sito, il privato (responsabile dell'inquinamento) deve darne immediata comunicazione agli enti interessati (Regione, Provincia, Comune). Inoltre, lo stesso deve: da un lato, mettere in opera, entro 24 ore, le misure necessarie di prevenzione; dall'altro, svolgere, nelle zone interessate dall'evento, un'indagine preliminare sui parametri oggetto dell'inquinamento (art. 242, commi 1 e 2).

All'esito di tale ultima indagine, possono verificarsi due ipotesi.

Nella prima ipotesi (art. 242, comma 3), consistente nel superamento delle CSC, il sito è potenzialmente contaminato e occorre dare avvio al procedimento. Dunque, il responsabile dell'inquinamento ne dà immediata notizia agli enti (Comune e Province competenti per territorio), con la descrizione delle misure adottate (MIPRE e MISE). Nei successivi 30 giorni, lo stesso presenta agli enti (le predette amministrazioni, ma anche la Regione territorialmente competente) anche il piano della caratterizzazione, che deve essere autorizzato (con eventuali prescrizioni integrative) dalla Regione,

In particolare, si fa riferimento al comma 7 dell'art. 242 – nella sua attuale versione<sup>50</sup>– che, a sua volta, è costituito da due periodi che meritano di essere esaminati.

Nel primo periodo si afferma che, “per la selezione delle tecnologie di bonifica *in situ* più idonee, la Regione può autorizzare l'applicazione a scala pilota, in campo, di tecnologie di bonifica innovative, anche fi-

entro i successivi 30 giorni, mediante convocazione di apposita Conferenza di Servizi. L'autorizzazione regionale ha effetto sostitutivo di tutti gli altri atti di assenso (autorizzazione, concessione, concerto, intesa, nulla osta) per le opere connesse alla caratterizzazione.

Nella seconda ipotesi (art. 242, comma 2), data dal non superamento delle CSC, il responsabile dell'inquinamento provvede al ripristino della zona contaminata, dandone notizia agli enti (Comune e Provincia competenti per territorio), con apposita autocertificazione, entro 48 ore dalla comunicazione. L'autocertificazione conclude il procedimento, ferme restando le attività di verifica e di controllo, da parte dell'autorità competente, da effettuarsi nei successivi 15 giorni.

Se il procedimento prosegue (art. 242, comma 4), è sulla base delle risultanze derivanti dalla caratterizzazione che viene applicata la procedura di analisi del rischio sito specifica per la determinazione delle CSR. Tramite tale procedura si arriva a redigere e approvare il documento di analisi di rischio (sanitario e ambientale) sito specifica, che contiene “l'analisi sito specifica degli effetti sulla salute umana derivanti dall'esposizione prolungata all'azione delle sostanze presenti nelle matrici ambientali contaminate” (art. 240, comma 1, lett. s) del Codice), con indicazione anche del calcolo per arrivare alla determinazione delle CSR. In particolare: entro 6 mesi dall'approvazione del piano di caratterizzazione, il soggetto responsabile dell'inquinamento presenta alla Regione il documento con i risultati dell'analisi di rischio; poi, entro i 60 giorni dal ricevimento dello stesso, spetta alla Conferenza di Servizi, convocata dalla Regione, il compito di approvare il suddetto documento, a seguito dell'istruttoria svolta in contraddittorio con il soggetto responsabile.

A questo punto possono presentarsi, di nuovo, due ipotesi.

Nella prima (art. 242, commi 5 e 6), ove gli esiti dell'analisi di rischio restituiscono concentrazioni di contaminazione nel sito inferiori alle CSR, la Conferenza di Servizi dichiara concluso il procedimento positivamente, salva la facoltà di prescrivere un piano di monitoraggio.

Nella seconda (art. 242, comma 7), e cioè se gli esiti della procedura dell'analisi di rischio dimostrino il superamento delle CSR, il soggetto responsabile, nei successivi 6 mesi dall'approvazione del documento di analisi di rischio, sottopone alla Regione il progetto operativo degli interventi. Con il provvedimento di approvazione del progetto sono stabiliti anche i tempi di esecuzione, oltre che le verifiche intermedie per la valutazione dell'efficacia delle tecnologie di bonifica adottate.

<sup>50</sup> Tale disposizione è stata modificata dall'art. 37, comma 1, lett. b), n. 1) del D.L. 31 maggio 2021, n. 77, conv. con modificazioni, in L. 29 luglio 2021, n. 108.

nalizzata all'individuazione dei parametri di progetto necessari per l'applicazione a piena scala, a condizione che tale applicazione avvenga in condizioni di sicurezza con riguardo ai rischi sanitari e ambientali”.

Per interpretare correttamente tale previsione sembra utile partire dalla considerazione dell'esistenza di numerose indeterminazioni tecniche legate, per natura, all'applicazione delle fitotecnologie, i cui progetti concreti, tempi ed esiti sono connotati da inevitabile variabilità. In questo contesto, per colmare parte dell'incertezza, diviene opportuno – per quanto, a rigore, non giuridicamente necessario – rafforzare le singole fasi procedurali. È stato affermato, ad esempio, che la stessa attività di caratterizzazione, volta a ricostruire lo stato del sito e predisporre la base informativa per le successive decisioni, debba divenire, per le fitotecnologie, una sorta di super-caratterizzazione: “un progetto di bonifica con fitorimedio dev'essere impostato sulle basi di una caratterizzazione dettagliata che consenta di valutare – oltre agli elementi più tradizionali – tutti i parametri potenzialmente limitanti all'impiego di questa tecnologia” (considerando, ad esempio, anche la vegetazione presente sul sito e il contesto climatico)<sup>51</sup>.

Ora, se questa è la premessa, la disposizione sopra richiamata rivela un ulteriore passaggio opportuno. Per le fitotecnologie, infatti, come è stato affermato, è particolarmente consigliabile “far precedere alla redazione definitiva del progetto di bonifica una fase di sperimentazione, da eseguire in scala di laboratorio e/o in campo, per definire con un dettaglio maggiore, necessario agli enti, i parametri di configurazione dell'intervento fitotecnologico proposto”, in vista dell'eventuale futura applicazione. Del resto, “l'applicazione delle tecniche-fito richiede [...] la selezione, la progettazione, la piantumazione, la messa a regime, la manutenzione ed il monitoraggio degli impianti vegetazionali utilizzati; tali attività devono essere precedute da una attenta fase di studio sito-specifica – svolta da professionisti del settore – che identificherà, per ogni intervento, una differente metodica”, sul presupposto che ogni singolo intervento di fitorisanamento è influenzato da numerose variabili che rendono fundamentalmente unico ogni progetto<sup>52</sup>. La previsione sopra

<sup>51</sup> Così, Rapporto CNR, *Tecniche di fitorimedio nella bonifica dei siti contaminati*, cit., p. 27.

<sup>52</sup> Così, per tutti i virgolettati, L. PASSATORE, A. SCONOCCHIA, P. SCONOCCHIA, M.



menzionata consente, pertanto, di passare, tramite autorizzazione della Regione competente, e alla condizione che non vi siano rischi sanitari e ambientali, dai test di laboratorio alla sperimentazione pilota in campo, a sua volta presupposto per poter procedere e definire in dettaglio l'applicazione finale a piena scala.

Il secondo periodo rilevante all'interno del comma 7 dell'art. 242 afferma invece che, “nell'ambito dell'articolazione temporale, potrà essere valutata l'adozione di tecnologie innovative, di dimostrata efficienza ed efficacia, a costi sopportabili, resesi disponibili a seguito dello sviluppo tecnico-scientifico del settore”.

Su tale previsione si è espresso, di recente, il giudice amministrativo di primo grado (T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 4 ottobre 2021, n. 694), che, in una sentenza interessante – anche per quanto concerne l'intensità del sindacato svolto dal giudice amministrativo sul provvedimento di approvazione del progetto degli interventi<sup>53</sup> – ha rilevato, in ordine logico, che: “nessuna norma [del Codice] impone che, per la bonifica di un sito inquinato, vadano utilizzate solo certe metodiche, esistendo ormai numerose tecniche alternative, astrattamente idonee a perseguire l'obiettivo finale”, che devono essere considerate nel progetto operativo degli interventi (che, infatti, secondo l'allegato 3 alla parte IV, titolo V del Codice, come già visto, deve contenere “una dettagliata analisi comparativa delle diverse tecnologie di intervento applicabili al sito in esame”); la scelta della tecnica di bonifica, come si deduce dalla disposizione citata, non è immutabile, bensì risente della “articolazione temporale” del progetto degli interventi; l'approvazione del progetto è seguita da “verifiche intermedie per la valutazione dell'efficacia delle tecnologie di bonifica adottate”, in virtù del naturale principio in base al quale le operazioni di bonifica sono “oggetto di un monitoraggio continuo, i cui esiti sono

ZACCHINI, *Le fitotecnologie nel risanamento ambientale di suolo e acque*, cit., pp. 209 e 211.

<sup>53</sup> Infatti, il giudice amministrativo, chiamato a decidere sulla legittimità dell'atto di approvazione del progetto degli interventi (in relazione al contestato raggiungimento, nei tempi previsti, degli obiettivi), si è pronunciato circa l'intensità del proprio sindacato, osservando – prima di rigettare il ricorso – che “la scelta della metodologia da seguire per l'esecuzione della bonifica attiene al merito amministrativo e non è, dunque, sindacabile dal giudice amministrativo, salvo che non si provi l'assoluta inidoneità del progetto dal punto di vista tecnico-scientifico”.

diversificati a seconda che i risultati via via ottenuti ed attestati – a seconda dei casi: – confermino le valutazioni operate in sede progettuale e lascino, dunque, presagire il conseguimento degli obiettivi di bonifica; pur essendo in parte favorevoli, facciano presumere che gli obiettivi di bonifica non potranno essere raggiunti, se non previo aggiustamento del progetto; siano del tutto insoddisfacenti e impongano, dunque, la modifica radicale dell’approccio progettuale” (nella fattispecie a cui si riferisce la sentenza, in particolare, dato che gli interventi tradizionali non erano stati idonei a riportare il suolo ai limiti stabiliti dalla legge, si era proposto di proseguire la bonifica con altre modalità e, in particolare, “di applicare le tecniche del c.d. biorisanamento, ritenute poco invasive e meno costose”, analogamente a quelle di fitorisanamento).

Alla luce di quanto emerso, in sintesi, il Codice dell’ambiente incentiva il fitorisanamento; delinea un modello procedimentale ordinario, che si applica a tutte le aree che non sono sottoposte a una disciplina e a un procedimento speciale; contiene alcune previsioni specifiche per le tecnologie innovative, che sono finalizzate a supportare l’efficacia nel raggiungimento degli obiettivi di decontaminazione dei suoli. Tali ultime disposizioni prevedono, a seconda dei casi, ulteriori *step* procedurali (opportuni, ma non giuridicamente necessari), l’obbligo di considerare *ab origine* soluzioni più sostenibili per gli interventi, nonché la facoltà di modificare *in itinere* i progetti d’intervento optando per l’applicazione di tali tecnologie.

2.2.2. (segue)... Il procedimento speciale di bonifica applicabile alle aree agricole e il fitorisanamento quale modalità d’intervento espressamente preferibile

Come anticipato, il Codice dell’ambiente prevede, oltre a un procedimento ordinario di bonifica, anche altri modelli procedurali speciali<sup>54</sup>. Uno di questi – qui d’interesse – riguarda proprio la bonifica delle aree agricole, a cui fa riferimento l’art. 241 del Codice.

Tale ultima disposizione – reiterando una previsione analoga e mai

<sup>54</sup> Per una sintetica panoramica di tali procedimenti speciali o semplificati, cfr. F. GRASSI, *Bonifica dei siti contaminati*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, Torino, 2021, 497-499.

attuata già presente nel D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (cd. decreto Ronchi)<sup>55</sup> – afferma, testualmente, che “il regolamento relativo agli interventi di bonifica, ripristino ambientale e di messa in sicurezza, d’emergenza, operativa e permanente, delle aree destinate alla produzione agricola e all’allevamento è adottato con decreto del Ministro dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, di concerto con i Ministri delle Attività Produttive, della Salute e delle Politiche Agricole e Forestali”<sup>56</sup>. Dunque, il Codice dell’ambiente si caratterizza per la seguente impostazione: da un lato, esprime la necessità di adottare un regolamento successivo per le aree agricole, in virtù dei rischi connessi alla contaminazione di tali

<sup>55</sup> Infatti, l’art. 17, comma 15 del decreto Ronchi prevedeva già che “i limiti, le procedure, i criteri generali di cui al comma 1 ed i progetti di cui al comma 14 – e cioè riguardanti la bonifica – relativi ad aree destinate alla produzione agricola e all’allevamento, sono definiti ed approvati – dal Ministero dell’Ambiente – di concerto con il Ministero delle Risorse Agricole, Alimentari e Forestali”. Tuttavia, come rileva A. MURATORI, *Dopo 22 anni, il regolamento sugli interventi di bonifica nelle aree destinate alla produzione agro-zootecnica colma un vuoto “storico”, in Ambiente e sviluppo*, 2019, nn. 8-9, 607, il decreto ministeriale di natura regolamentare e attuativo della sopra citata normativa – e cioè, il D.M. 25 ottobre 1999, n. 471 – “risultava monco delle disposizioni riguardanti le contaminazioni subite dalle aree (urbanisticamente) preposte alla produzione agricola e all’allevamento”. Infatti, la tabella di cui all’allegato 1 del D.M. citato, relativa alle CSC, prevedeva solo due colonne: la prima relativa al suolo dei siti “ad uso residenziale e/o di verde pubblico e privato”; la seconda concernente il suolo dei siti “a destinazione commerciale e industriale”. Mancava, invece, appunto, quella relativa ai siti “destinati alle colture agricole e/o alla zootecnia”: una “omissione molto grave – questa – per la possibilità di trasferimento dei contaminanti nella catena alimentare umana od animale”. In tale contesto, come spiega l’Autore, la giurisprudenza amministrativa (cfr. T.A.R. Umbria, Perugia, 8 agosto 2004, n. 392) e l’Istituto Superiore di Sanità (con la nota 6 novembre 3003, prot. n. 051899) colmavano la lacuna facendo riferimento ai valori previsti per le aree residenziali o di verde pubblico/privato, offrendo una soluzione, però, ritenuta alquanto discutibile, dato che “appaiono in tutta evidenza diverse le modalità di esposizione alle sostanze inquinanti a qualsiasi titolo immesse nel suolo/sottosuolo, che possono intervenire in presenza di aree residenziali o a verde pubblico/privato, o invece, nel caso delle aree agricole o per la zootecnia”. Sul punto, cfr. anche M. BENOZZO, *La bonifica dei siti inquinati nella determinazione delle soglie di contaminazione tra uso effettivo e destinazione urbanistica delle aree: il caso dei terreni agricoli*, in *questa Rivista*, 2014, n. 6, pp. 643 ss.

<sup>56</sup> Si segnala che tale disposizione è stata dichiarata parzialmente incostituzionale dalla Consulta (Corte Cost., 23 luglio 2009, n. 247), nella parte in cui non prevede che sia sentita preventivamente la Conferenza unificata.

aree, che sono peculiari e che riguardano anche l'alimentazione umana<sup>57</sup>; dall'altro, non offre, però, alcuna prescrizione operativa<sup>58</sup>, lasciando ampia discrezionalità regolatoria in capo al Governo.

Il suddetto regolamento è stato adottato, con ritardo<sup>59</sup>, dopo nume-

<sup>57</sup> A rilevarlo, N. SANTILLI, *Gli interventi di bonifica nelle aree agricole*, in *www.dirittoambiente.net.*, 29 aprile 2020.

<sup>58</sup> In tal senso, E. BECCALONI, *Il D.L. 136/2013 “terra dei fuochi” e criteri per la valutazione del rischio sanitario connesso alla presenza di aree agricole all'interno di siti contaminati*, presentazione pubblicata nell'ambito del corso dal titolo “L'analisi di rischio di siti contaminati. Metodologie, modelli e casi di studio”, organizzato dalla FAST – Federazioni delle Associazioni Scientifiche e Tecniche in data 12, 23 e 30 settembre 2020. Reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>59</sup> In particolare, il regolamento in esame non solo non è mai stato adottato in vigore del decreto Ronchi del 1997, ma è venuto in luce dopo ben tredici anni dal Codice dell'ambiente (come rileva, ancora, A. MURATORI, *Dopo 22 anni, il regolamento sugli interventi di bonifica nelle aree destinate alla produzione agro-zootecnica colma un vuoto “storico”*, cit., 609, “inutilmente spirati i nove anni di vita del D.Lgs. n. 22/1997, non solo il legislatore ha dovuto reiterare la sostanza della disposizione a suo tempo inutilmente statuita dall'art. 17, comma 15 di tale provvedimento, ma neppure la disposizione che l'aveva sostituita – e cioè l'art. 241 del Codice – aveva finora sortito qualche effetto).

In questo lasso di tempo, peraltro, l'esigenza di dotarsi al più presto di un regolamento in materia è anche disceso da alcuni eventi particolari, come l'emergenza correlata agli sversamenti e smaltimenti abusivi su porzioni di territorio destinate alla produzione agroalimentare rientranti nella cd. “terra dei fuochi”. Non a caso, proprio in quello stesso periodo, il D.L. 10 dicembre 2013, n. 136 (recante “*Disposizioni urgenti dirette a fronteggiare emergenze ambientali e industriali ed a favorire lo sviluppo delle aree interessate*”), conv., con modificazioni, in L. 6 febbraio 2014, n. 6, al comma 4-ter dell'art. 2 (“*Azioni e interventi di monitoraggio, anche di tipo sanitario, nei territori della Regione Campania e nei Comuni di Taranto e Statte*”), aveva previsto che, “anche ai fini degli opportuni interventi di bonifica dei terreni inquinati, entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, di concerto con i Ministri dello Sviluppo Economico, della Salute e delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, sentita la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del D.Lgs. 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, adotta il regolamento relativo agli interventi di bonifica, ripristino ambientale e di messa in sicurezza, d'emergenza, operativa e permanente, delle aree destinate alla produzione agricola e all'allevamento, di cui all'art. 241 del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152”. In dottrina, sul punto, cfr. M. BENOZZO, *La bonifica dei siti inquinati nella determinazione delle soglie di contaminazione tra uso effettivo e destinazione urbanistica delle aree: il caso dei terreni agricoli*, cit.

Sulla base di tale disposizione, sono state elaborate, negli anni, diverse bozze di regolamento. Per l'esame di alcune di queste, cfr. E. BECCALONI, F. SCAINI, *Siti*

rosi anni di attesa, nel 2019, tramite l'adozione, appunto, del D.M. n. 46/2019<sup>60</sup>, avente il fine di prevenire e ridurre i rischi, per l'ambiente e per la salute umana, derivanti dalla contaminazione delle aree agricole.

Il testo, con i suoi 7 articoli e 5 allegati<sup>61</sup>, disciplina – tramite regole speciali rispetto al Codice e ispirate a una logica di semplificazione<sup>62</sup> – gli

*contaminati: sviluppi tecnico/normativi*, presentazione nell'ambito del convegno dal titolo "Contaminazione delle matrici ambientali e analisi del rischio sanitario/ambientale" (tenutosi a Bologna in data 5 maggio 2016), pubblicata sul sito della Regione Emilia-Romagna. Cfr. anche E. BECCALONI, *La valutazione del rischio secondo il D.M. n. 46 del 1° Marzo 2019*, presentazione relativa all'incontro dal titolo "Analisi di rischio sanitaria e ambientale e monitoraggio" (tenutosi a Ferrara Fiere Congressi in data 18-20 settembre 2019), reperibile sulla rete interconnessa e, della stessa Autrice, *Il D.L. 136/2013 "terra dei fuochi" e criteri per la valutazione del rischio sanitario connesso alla presenza di aree agricole all'interno di siti contaminati*, cit. L'ultima bozza è quella confluita, naturalmente, nel D.M. in esame.

<sup>60</sup> Per alcuni commenti a tale decreto ministeriale, A. MURATORI, *Dopo 22 anni, il regolamento sugli interventi di bonifica nelle aree destinate alla produzione agro-zootecnica colma un vuoto "storico"*, cit., 607-616; N. SANTILLI, *Gli interventi di bonifica nelle aree agricole*, cit.

<sup>61</sup> Il decreto ministeriale in esame è composto da 7 articoli. L'art. 1 disciplina "oggetto, finalità e campo di applicazione"; l'art. 2 contiene le "definizioni"; l'art. 3 delinea le "procedure operative per la caratterizzazione delle aree"; l'art. 4 disciplina la "valutazione di rischio"; l'art. 5 regola le "procedure operative e modalità per l'attuazione degli interventi"; l'art. 6 ha come oggetto gli "obblighi dei soggetti non responsabili dell'inquinamento"; l'art. 7 contiene, infine, le "norme finali e transitorie".

A tali articoli vanno aggiunti 5 allegati, che costituiscono parte integrante del regolamento. L'allegato 1 contiene i "criteri generali per la caratterizzazione delle aree agricole"; l'allegato 2 contiene la tabella con le "Concentrazioni Soglia di Contaminazione (CSC) per i suoli delle aree agricole"; l'allegato 3 individua i "criteri generali per la valutazione di rischio"; l'allegato 4 contempla le "tipologie di intervento applicabili alle aree agricole"; l'allegato 5 disciplina gli "adempimenti per cittadini ed imprese".

<sup>62</sup> Minori rispetto a quanto previsto dalla disciplina ordinaria, infatti, sono gli oneri che ricadono sul responsabile dell'inquinamento (art. 7). Confrontando le due normative, in particolare, il responsabile non è qui tenuto a: presentare il piano della caratterizzazione all'autorità competente (art. 242, comma 3); presentare i risultati del piano di caratterizzazione all'autorità competente (art. 242, comma 4); presentare i risultati della procedura di analisi di rischio sito specifica per la determinazione delle CSR (art. 242, comma 4); presentare il piano di monitoraggio per la verifica della stabilizzazione della situazione riscontrata in ordine alle CSR (art. 242, comma 5); comunicare all'autorità competente la relazione tecnica riassuntiva degli esiti del monitoraggio per la verifica della stabilizzazione della situazione riscontrata in ordine alle CSR (art. 242, comma 6).

interventi di bonifica delle aree agricole, oggetto di eventi che possono averne cagionato, anche potenzialmente, la contaminazione (art. 1, comma 1).

L'intera disciplina speciale, che per la sua peculiarità merita di essere esaminata, può leggersi in termini di continuità o discontinuità rispetto alle regole ordinarie dettate dal Codice.

Fra i punti di continuità, va senz'altro menzionata la condivisione dei più importanti principi: fra tutti, quello del "chi inquina paga" (ancora, art. 1, comma 1).

Diversi sono invece, naturalmente, fra le due discipline, i presupposti di applicazione. Il decreto ministeriale in esame si applica, infatti, all'"area agricola", che viene definita come "la porzione di territorio destinata alle produzioni agroalimentari", intese, a loro volta, come le "attività di coltura agraria, pascolo e allevamento", finalizzate, in via alternativa, alla "produzione di alimenti destinati al consumo umano" o all'"alimentazione di animali destinati al consumo umano" (art. 2, comma 1, lettere a) e b)). Dunque, l'area agricola è quella che include, più genericamente, tutte le porzioni di territorio destinate alla produzione agricola, al pascolo e all'allevamento, con l'ulteriore precisazione – all'insegna della prevalenza della sostanza sulla forma – in base alla quale "non è [...] sufficiente che il sito sia inquadrato dal punto di vista della pianificazione urbanistica nella categoria agricola per comportare la cogenza del regolamento", dovendo lo stesso essere "effettivamente destinato" alle produzioni agroalimentari<sup>63</sup>. Le aree agricole sopra citate devono, poi, come detto, essere "oggetto di eventi che possono averne cagionato, anche potenzialmente, la contaminazione".

In merito al procedimento, analogamente a quanto si rileva nella di-

<sup>63</sup> Così, per il virgolettato, N. SANTILLI, *Gli interventi di bonifica nelle aree agricole*, cit. Ciò si deduce dall'allegato 3, che descrive specificamente la procedura per la VdR con riferimento al caso di "area a destinazione agricola – stabilita dagli strumenti urbanistici – utilizzata per finalità diverse dalla produzione agroalimentare e dall'allevamento": in tale evenienza, infatti, occorre applicare, anziché il D.M. in esame, la disciplina ordinaria prevista dal Codice dell'ambiente, così da poter "tenere conto del diverso scenario di esposizione (ad es: residenziale, ricreativo, industriale, ecc.)". Analogamente, M. BENOZZO, *La bonifica dei siti inquinati nella determinazione delle soglie di contaminazione tra uso effettivo e destinazione urbanistica delle aree: il caso dei terreni agricoli*, cit. Sul punto, più in generale, cfr. E. CARLONI, *Obiettivo di bonifica e destinazione d'uso*, in *Urbanistica e Appalti*, 2019, n. 6, pp. 737-745.

sciplina ordinaria, vengono individuate tre fasi: la caratterizzazione; la valutazione del rischio; gli interventi di bonifica o altre misure equiparate.

Il decreto prevede, in particolare, che, dopo il verificarsi di un evento potenzialmente in grado di contaminare un'area agricola, il privato (il responsabile dell'inquinamento) debba tempestivamente porre in essere le necessarie misure di prevenzione e darne immediata comunicazione, tramite notifica, alle autorità interessate (Regione, Provincia, Comune, ARPA, ASL, nonché, per le aree SIN, anche – secondo l'attuale denominazione – al Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica) (art. 3, comma 1). Diversamente da quanto avviene nel procedimento ordinario di bonifica, invece, lo stesso non è tenuto a svolgere le “indagini preliminari”<sup>64</sup>.

Successivamente, lo stesso responsabile deve attuare anche le attività di caratterizzazione<sup>65</sup> delle aree agricole, preventivamente dandone comunicazione alle suddette amministrazioni (Regione, Provincia, Comune, ARPA, ASL, nonché, per le aree SIN, anche al Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica) (art. 3, comma 2). Una caratterizzazione accurata<sup>66</sup> va eseguita secondo i criteri tecnici riportati nell'allegato 1 del decreto e include, a titolo esemplificativo: la ricostruzione della storia dell'area di interesse; la verifica della presenza attuale e/o pregressa di impianti industriali, di incenerimento e smaltimento rifiuti, estrattivi; la realizzazione di indagini di vario genere (ad es. posizionamento di piezometri). Rispetto al procedimento ordinario di bonifica, come si può osservare, mancano diversi passaggi procedurali<sup>67</sup>: la presentazione

<sup>64</sup> Infatti, secondo l'art. 242, comma 2 del Codice, e cioè nella disciplina ordinaria, “il responsabile dell'inquinamento, attuate le necessarie misure di prevenzione, svolge, nelle zone interessate dalla contaminazione, un'indagine preliminare sui parametri oggetto dell'inquinamento”. In dottrina, per un confronto, cfr. N. SANTILLI, *Gli interventi di bonifica nelle aree agricole*, cit.

<sup>65</sup> Come chiarisce l'allegato 1, infatti, la caratterizzazione è “finalizzata alla conoscenza dei livelli degli inquinanti presenti nelle aree agricole da indagare” e, più specificamente, “all'acquisizione di una conoscenza dettagliata della distribuzione spaziale degli inquinanti e della distribuzione spaziale tridimensionale dei suoli e dei loro volumi”.

<sup>66</sup> Sul punto, E. BECCALONI, F. SCAINI, *Siti contaminati: sviluppi tecnico/normativi*, cit.

<sup>67</sup> Infatti, in base all'art. 242, comma 3 del Codice, “qualora l'indagine preliminare di

del piano della caratterizzazione; la convocazione della Conferenza di Servizi; l'autorizzazione del piano da parte dell'amministrazione competente. Di conseguenza, come è stato rilevato, "in assenza di un vaglio [...] del piano di caratterizzazione da parte della pubblica amministrazione, l'allegato costituisce il riferimento tecnico utile a garantire la correttezza e completezza della caratterizzazione stessa"<sup>68</sup>.

All'esito della caratterizzazione possono realizzarsi due evenienze.

La prima evenienza è che i livelli CSC per i suoli delle aree agricole (previsti da apposita tabella inserita nell'allegato 2 del D.M.<sup>69</sup>) non sono stati superati.

In tal caso, non si rende necessario alcun "approfondimento di caratterizzazione" delle matrici ambientali, né tantomeno alcun tipo di intervento. Entro 90 giorni dalla data di notifica dell'assunzione delle misure di prevenzione, il soggetto responsabile presenta alle suddette amministrazioni competenti un'autocertificazione, corredata della necessaria documentazione tecnica, che conclude il procedimento (art. 3, comma 3). Entro i successivi 30 giorni, la Regione, in collaborazione con ARPA e ASL, attiva gli opportuni controlli, i cui esiti (con le eventuali prescrizioni integrative) sono comunicati alle amministrazioni competenti (art. 3, comma 4).

cui al comma 2 accerti l'avvenuto superamento delle CSC anche per un solo parametro, il responsabile dell'inquinamento ne dà immediata notizia al Comune ed alle Province competenti per territorio, con la descrizione delle misure di prevenzione e di messa in sicurezza di emergenza adottate. Nei successivi 30 giorni, [il responsabile] presenta alle predette amministrazioni, nonché alla Regione territorialmente competente, il piano di caratterizzazione, con i requisiti di cui all'all. 2 alla parte IV del presente decreto. Entro i 30 giorni successivi la Regione, convocata la Conferenza di Servizi, autorizza il piano di caratterizzazione con eventuali prescrizioni integrative".

<sup>68</sup> Così, N. SANTILLI, *Gli interventi di bonifica nelle aree agricole*, cit.

<sup>69</sup> Come rileva E. BECCALONI, *Il D.L. 136/2013 "terra dei fuochi" e criteri per la valutazione del rischio sanitario connesso alla presenza di aree agricole all'interno di siti contaminati*, cit., "i valori di riferimento (CSC) per i terreni sono stati definiti per un set di contaminanti più ristretto rispetto al D.Lgs. n. 152/06". Si tratta di "specifici valori limite per i suoli destinati alle produzioni agroalimentari", senza distinzione "per i suoli destinati alla coltivazione di prodotti destinati alla alimentazione umana o all'alimentazione animale/pascolo". Per un confronto analitico fra CSC previsti dal Codice dell'ambiente e CSC della disciplina speciale in esame, cfr. A. MURATORI, *Dopo 22 anni, il regolamento sugli interventi di bonifica nelle aree destinate alla produzione agro-zootecnica colma un vuoto "storico"*, cit., 611-612.



Tale ipotesi presenta indubbe analogie con quanto avviene nel procedimento ordinario, sia per quanto concerne la presentazione dell'autocertificazione (che rievoca quella prevista nella disciplina ordinaria con riferimento al caso in cui il livello delle CSC non sia stato superato<sup>70</sup>), che per quanto riguarda il controllo su di essa<sup>71</sup>. Tuttavia, al di là di tali elementi di comunanza, un'analisi più profonda rivela anche differenze in punto di controllo<sup>72</sup>, soprattutto dal punto di vista temporale (30 giorni per le aree agricole, 15 giorni per le altre aree), delle attività da svolgere entro tale scadenza (mera attivazione dei controlli, per le aree agricole, l'effettuazione vera e propria delle attività di verifica e controllo, per le altre tipologie di aree) e delle competenze (Regione in collaborazione con ARPA e ASL, per le aree agricole, un generico riferimento all'autorità competente, per le altre aree).

La seconda evenienza è che, al contrario, anche per una sola sostanza, i livelli CSC per i suoli delle aree agricole sono stati superati.

In questo caso, il privato (responsabile dell'inquinamento) ne dà immediata comunicazione alle suddette amministrazioni (art. 4, comma 1). Oltre a ciò, al superamento delle CSC consegue, per le aree agricole, la fase della valutazione di rischio (e non, come già detto, quella relativa all'autorizzazione del piano della caratterizzazione).

In merito a tale fase, va detto che la caratterizzazione può consentire di rilevare, in particolare, un "presunto rischio ambientale" o soltanto un "presunto rischio sanitario"<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Infatti, sempre in base all'art. 242, comma 2 del Codice, ove il responsabile, tramite le indagini preliminari, "accerti che il livello delle concentrazioni soglia di contaminazione (CSC) non sia stato superato, provvede al ripristino della zona contaminata, dandone notizia, con apposita autocertificazione, al Comune ed alla Provincia competenti per territorio entro 48 ore dalla comunicazione".

<sup>71</sup> Come emerge dall'art. 242, comma 2 del Codice, infatti, "l'autocertificazione conclude il procedimento di notifica di cui al presente articolo, ferme restando le attività di verifica e di controllo da parte dell'autorità competente da effettuarsi nei successivi 15 giorni".

<sup>72</sup> Sulle differenze, cfr. N. SANTILLI, *Gli interventi di bonifica nelle aree agricole*, cit., il quale, per esempio, rispetto al termine per i controlli di 30 giorni, afferma che lo stesso, da un lato, riduce le criticità operative connesse al breve termine di 15 giorni previsto dalla disciplina ordinaria (ritenuto "difficilmente traguardabile considerando le limitate risorse umane e strumentali degli organi di controllo"), dall'altro, reca con sé l'inevitabile effetto di dilatare la tempistica di conclusione del procedimento.

<sup>73</sup> In tal senso, E. BECCALONI, *Il D.L. 136/2013 "terra dei fuochi" e criteri per la*

Il presunto rischio ambientale presuppone concentrazioni di inquinanti del suolo molto elevate, con grande superamento dei valori CSC di riferimento (ad es. dieci volte superiori), o comunque la presenza di situazioni particolari (mala gestione di rifiuti con roghi, abbandoni, interramenti). In tal caso, essendo chiaro che il suolo non è idoneo all'uso agricolo, si applica la disciplina ordinaria prevista dal Codice dell'ambiente, come chiarito dall'allegato 3.

Il presunto rischio sanitario è invece correlato ai superamenti, anche lievi, dei valori di riferimento. In tal evenienza, vi sarà, prima, l'approfondimento della caratterizzazione dell'area e, poi, eventualmente, la valutazione di rischio (VdR) (art. 4, comma 1), che si svolge sulla base delle indicazioni contenute nell'allegato 3 (e cioè, data la peculiare destinazione agricola dei suoli, con modalità diverse rispetto a quanto previsto, dal Codice dell'ambiente, per i suoli a destinazione d'uso verde pubblico, privato e residenziale, e commerciale e industriale).

Più nel dettaglio, l'onere di approfondimento della caratterizzazione dell'area implica: l'assunzione di misure di prevenzione per salvaguardare l'area ed evitare l'incremento del livello di contaminazione nel suolo; l'effettuazione di ulteriori indagini analitiche (tramite test di biodisponibilità); il monitoraggio dei prodotti alimentari ortofrutticoli e zootecnici. Qualora, all'esito di tale approfondimento, venga confermata la potenziale contaminazione dell'area, allora viene effettuata la valutazione di rischio, che, in questo caso, presenta un doppio volto: infatti, la stessa "non è solo dipendente – come nel procedimento ordinario – dalla presenza, sul sito, del bersaglio umano" (cd. analisi di rischio in modalità diretta o valutazione del rischio diretto correlato alla presenza del bersaglio nell'area oggetto di valutazione), ma include anche – quale elemento di differenziazione dalla disciplina ordinaria – il rischio derivante "dal consumo [umano] di prodotti agroalimentari che possano costituire il veicolo di esposizione alla contaminazione"<sup>74</sup> (cd. valutazione del rischio indiretto attraverso la catena trofica).

*valutazione del rischio sanitario connesso alla presenza di aree agricole all'interno di siti contaminati*, cit.

<sup>74</sup> Così, N. SANTILLI, *Gli interventi di bonifica nelle aree agricole*, cit. Lo stesso afferma, infatti, che, secondo l'allegato 3, "la VdR deve essere effettuata innanzitutto come Analisi di Rischio in modalità diretta, come definita nel Titolo V della Parte IV del TUA. Pertanto, l'analisi del rischio sanitario, già definita per le altre tipologie di

In merito a tale ultimo profilo, la valutazione di rischio serve a verificare, infatti, che le concentrazioni delle sostanze riscontrate nel suolo siano compatibili – stabilendo un parametro peculiare – “con l’ordinamento colturale (effettivo e potenziale) o con il tipo di allevamento su di esso praticato”. In sostanza, essa consente di valutare anche il rischio indiretto attraverso la catena trofica<sup>75</sup> e, dunque, a cascata, se il suolo – guardando al futuro – è idoneo o non idoneo all’uso agricolo<sup>76</sup>. Diversamente dalla disciplina ordinaria dettata dal Codice, invece, non vengono qui in rilievo le CSR, che sono idonee, di contro, alla stima del rischio professionale del lavoratore agricolo – e cioè, del bersaglio umano presente nel sito – ma non anche a valutare l’esposizione alimentare e l’idoneità del suolo all’uso agricolo<sup>77</sup>. L’allegato 5 contiene, poi, un’importante precisazione in merito alla valutazione sopracitata<sup>78</sup>: la stima del rischio-tossicità, infatti, non è soltanto legata alla quantità totale di un contaminante presente nel suolo. Al contrario, dev’essere valutata la biodisponibilità della sostanza inquinante. La porzione biodisponibile è quella soggetta ai meccanismi di assorbimento delle piante: pertanto, solo considerando tale frazione si può cogliere la probabilità di traslocazione degli inquinanti dal suolo alla pianta, con il conseguente ingresso di contaminanti nella catena alimentare e potenziale rischio sanitario per la popolazione.

sito, viene prevista anche in questo caso”, pur “contestualmente – quale novità ed elemento di differenziazione rispetto alla disciplina ordinaria – alle valutazioni inerenti all’esposizione indiretta dei bersagli attraverso la catena trofica”.

<sup>75</sup> Infatti, il relativo documento contiene la “valutazione complessiva degli elementi di potenziale rischio” connessi alla potenziale contaminazione delle aree (e cioè, alle concentrazioni di sostanze inquinanti superiori alle CSC) e associato all’esposizione per assunzione alimentare, nonché l’individuazione delle eventuali necessità di intervento (art. 2, comma 1, lett. c) e art. 4, comma 1).

<sup>76</sup> In tal senso, E. BECCALONI, *Il D.L. 136/2013 “terra dei fuochi” e criteri per la valutazione del rischio sanitario connesso alla presenza di aree agricole all’interno di siti contaminati*, cit.

<sup>77</sup> Cfr. E. BECCALONI, *Il D.L. 136/2013 “terra dei fuochi” e criteri per la valutazione del rischio sanitario connesso alla presenza di aree agricole all’interno di siti contaminati*, cit.

<sup>78</sup> Per una chiara illustrazione del concetto di biodisponibilità, cfr., ancora, E. BECCALONI, *Il D.L. 136/2013 “terra dei fuochi” e criteri per la valutazione del rischio sanitario connesso alla presenza di aree agricole all’interno di siti contaminati*, cit.

Anche all'esito dell'elaborazione della valutazione di rischio<sup>79</sup>, possono verificarsi due ipotesi.

La prima ipotesi è che le concentrazioni risultano compatibili con l'ordinamento colturale (effettivo e potenziale) o con il tipo di allevamento praticato su di esso.

In tale circostanza, entro 60 giorni dalla data di comunicazione (relativa al superamento delle CSC), il privato (il responsabile dell'inquinamento) presenta alle amministrazioni (la Regione e, nel caso di aree SIN, al Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica) la relazione tecnica con le risultanze della valutazione di rischio e un'istanza di conclusione del procedimento. Entro i 30 giorni successivi alla presentazione dell'istanza, l'Amministrazione competente può richiedere l'effettuazione di ulteriori controlli, oppure dichiarare concluso il procedimento relativamente all'area agricola (art. 4, comma 3).

La seconda ipotesi è che le concentrazioni risultano incompatibili con l'ordinamento colturale (effettivo e potenziale) o con il tipo di allevamento su di esso praticato.

In detta evenienza, entro 90 giorni dalla data della prima notifica, il privato (responsabile dell'inquinamento) deve presentare alle amministrazioni (Regione, Provincia, Comune, ARPA, ASL, nonché, per le aree SIN, anche al Ministero della Salute e – sulla base dell'attuale denominazione – al Ministero dell'Agricoltura, della Sovranità Alimentare e delle Foreste) la relazione tecnica con le risultanze della valutazione di rischio e il progetto operativo degli interventi da attuare, al fine di minimizzare e ricondurre ad accettabilità il rischio derivante dallo stato di contaminazione presente nel sito, in conformità a quanto stabilito dall'allegato 4 (art. 5, comma 1).

Il progetto degli interventi citato deve contenere obbligatoriamente una serie di elementi, fra cui “la descrizione delle tecnologie e dei processi da applicare” (art. 5, comma 2), dando espressa preferenza, come emerge proprio dall'allegato 4, alle tecniche di fitorisanamento e biorisanamento. Entro 30 giorni dal ricevimento del progetto degli interven-

<sup>79</sup> In attesa della valutazione di rischio e della individuazione dei necessari interventi, l'ASL competente stabilisce le misure di prevenzione da adottare nell'immediato al fine di garantire la sicurezza alimentare ed effettua gli opportuni controlli sui prodotti derivanti da produzioni agroalimentari per le sostanze che superano i valori delle CSC (art. 4, comma 2).

ti, l'amministrazione competente (la Regione o, nel caso di aree SIN, il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica) convoca una Conferenza di Servizi per l'approvazione degli interventi, con eventuali prescrizioni ed integrazioni. Con il provvedimento di approvazione del progetto, sono stabiliti anche i tempi di esecuzione degli interventi da parte del privato (art. 5, comma 3).

*2.3. Le tecnologie alternative di bonifica a livello regionale e locale: Regione Lombardia e Comune di Milano*

Anche scendendo a livello regionale e locale sono sempre più frequenti i riferimenti alle tecniche alternative e sostenibili di bonifica.

A livello regionale – nel programma regionale lombardo di bonifica delle aree inquinate – si afferma<sup>80</sup>, innanzitutto, l'importanza di selezionare le tecnologie di bonifica più appropriate al singolo caso concreto, richiamando anche i riferimenti normativi contenuti nel Codice dell'ambiente che legittimano l'uso di tecniche innovative (art. 242, comma 8 e allegato 3 al titolo V, parte IV). Come emerge dal programma citato, il presupposto per compiere la migliore scelta d'intervento è saper trarre, dalle esperienze applicative, “informazioni strutturate e organiche sulle tecniche utilizzate”, che ne rivelino vantaggi e criticità, e che, soprattutto, consentano “di valutarne [...] l'efficacia, non solo sotto il profilo dei risultati raggiunti, ma anche della minimizzazione degli impatti prodotti – sull'ambiente – e dei costi sostenuti”. Infatti – quale direzione da percorrere – “occorre ridurre gradualmente l'impronta ecologica degli interventi di bonifica nel loro complesso, promuovendo [...] l'utilizzo di tecniche sostenibili”. Ancora più chiaramente: “la Regione intende stimolare la sperimentazione di tecnologie di bonifica – fra cui rientra a pieno titolo il fitorisanamento – con minori impatti sull'ambiente e con minori oneri finanziari”, e cioè, appunto, maggiormente sostenibili (ad esempio, rispetto a tali tecnologie, si afferma che la Regione incentiva “attività di ricerca, studi e progetti per la sperimentazione” al fine di migliorarne l'applicazione, “si rende disponibile ad accogliere e favorire, presso siti da bonificare di competenza regionale, attività di ricerca e

<sup>80</sup> Cfr. punto 13.2.1., “Promozione di tecniche di bonifica a basso impatto ambientale”.

sperimentazioni a scala pilota”, ancora, promuove le suddette tecnologie “in siti dismessi e contaminati, scarsamente appetibili ai fini della rigenerazione, con interventi [...] realizzati d’ufficio a valere su risorse pubbliche”).

Sempre nel programma esaminato, ancora, emerge anche l’attenzione agli interventi di bonifica nell’ambito delle aree protette della rete “Natura 2000”. Infatti, come si legge testualmente<sup>81</sup>: “il territorio lombardo è interessato da un rilevante numero di aree naturali protette, comprendente le aree protette nazionali, le riserve naturali e il sistema delle aree protette regionali (oltre 450.000 ettari di territorio), con 24 parchi regionali, distinti per tipologia (fluviali, montani, di cintura metropolitana, agricoli e forestali), 105 parchi di interesse sovracomunale, 69 riserve naturali e 33 monumenti naturali. Nel caso di siti contaminati che presentano una sovrapposizione anche parziale con aree naturali protette, dovrà essere posta attenzione agli aspetti di salvaguardia delle componenti biotiche e del paesaggio, per garantire un elevato livello di tutela dell’ambiente e l’adeguato ripristino a conclusione degli interventi di bonifica”. A tale fine, per i siti oggetto di procedimento di bonifica che ricadano anche parzialmente in aree naturali protette, potranno essere attuate “strategie di bonifica sostenibili che minimizzino, quanto più possibile, gli eventuali impatti sulle aree circostanti (es. tecniche *in situ* di fitorimediazione, biorisanamento, ecc.)”.

Anche a livello locale, infine, sono diversi i casi in cui i Comuni, nei piani di governo del territorio, menzionano le tecniche innovative e sperimentali di bonifica. Ad esempio, nel PGT del Comune di Milano – come si ricava dal Documento Unico di Programmazione (DUP) 2023-2025 – è prevista, nella zona Bovisa, la “creazione di una grande foresta urbana – e la conseguente – progressiva riappropriazione, da parte della natura, del sito abbandonato”, attraverso “un progetto a elevato grado di complessità, anche in relazione alle tematiche legate alla qualità ambientale dei suoli, rispetto alle quali si dovranno anche sviluppare modalità innovative e sperimentali di risanamento”<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Cfr. punto 14.1.2., “Aree naturali protette”.

<sup>82</sup> Cfr. Documento unico di programmazione 2023-2025 del Comune di Milano, Sezione operativa, Missione 8 – “Assetto del territorio ed edilizia abitativa”, p. 251.

### 3. *Conclusion: uno strumento per un modello di città più sostenibile*

Come emerso nel presente lavoro, il fitorisanamento sta acquisendo progressiva rilevanza, oltre che in campo scientifico, anche nella sfera del diritto.

L'esame della dimensione sovranazionale, come visto, ha consentito di trarre indirettamente, in via d'interpretazione, un *favor* verso l'applicazione di tale tecnologia di bonifica, da doversi preferire a quella tradizionale per la più elevata sostenibilità (ecologica, economica, sociale) che la caratterizza. Inoltre, tale tecnica rientra, a pieno titolo, fra le soluzioni basate sulla natura (NBS) – ove, appunto, la natura viene in supporto di sé stessa – che sono diffusamente promosse nel diritto euro-unitario.

Il diritto nazionale – comprendendovi qui anche le esperienze regionali e comunali citate – è apparso ancora più esplicito nell'incentivazione di tale tecnologia, arrivando persino ad elaborare, nel 2019, un principio di espressa preferenza rispetto agli interventi tradizionali.

In merito, va rammentato che la previsione da cui si può trarre tale principio è localizzata in un decreto ministeriale che riguarda esclusivamente la bonifica delle aree agricole. Ciò non significa, tuttavia, che lo stesso debba avere un'applicazione limitata. Infatti, dall'analisi che è stata condotta è emerso che la tecnica citata gode in ogni caso di preferenza, anche al di fuori delle aree citate, in quanto dotata di elevata sostenibilità e rientrante fra le NBS.

Contestualmente, sempre con riferimento all'ordinamento nazionale, è stato osservato come il fitorisanamento non determini l'applicazione di uno specifico modello procedimentale, su cui incide, diversamente, la differente tipologia di area. Nonostante il modello procedimentale non sia intaccato dalla scelta della tecnologia d'intervento, il Codice dell'ambiente contempla previsioni d'interesse per le fitotecnologie, che, come osservato, in vista di una maggiore efficacia nel raggiungimento degli obiettivi di decontaminazione dei suoli, prevedono, a seconda dei casi, ulteriori facoltativi *step* procedurali, l'obbligo di considerare *ab origine* soluzioni più sostenibili nella redazione del progetto degli interventi, nonché la facoltà di modificare *in itinere* i progetti optando per l'applicazione delle fitotecnologie.

Al di là della promozione – dal punto di vista del diritto – di tale

tecnologia innovativa, va però al contempo rilevato che, almeno nel contesto nazionale, ove le modalità di trasformazione del territorio mirano a ottenere il risanamento dei suoli in tempi rapidi, è molto frequente l'utilizzo delle tecnologie tradizionali, speditive, poco "fini" dal punto di vista scientifico e molto costose.

Non a caso, il fitorimedio, da un lato, è in generale sotto-utilizzato e, dall'altro, trova applicazione, tendenzialmente, solo in siti marginali (ove non si riesce a ottenere un sostegno economico per realizzare la bonifica tradizionale, dato che il costo molto elevato dell'intervento è superiore al valore economico, molto basso, dei siti), localizzati in aree periferiche o periurbane (dato che invece le zone urbane costituiscono spesso una risorsa da sfruttare per costruire nuovi edifici e infrastrutture) e non interessate da attività di sviluppo nel breve periodo (dunque, non oggetto di alcun tipo di progetto speculativo o di riconversione, che sarebbe incompatibile con i tempi delle fitotecnologie).

L'approccio che si evince dalla prassi, tuttavia, trascura i costi delle operazioni e il loro impatto sull'ambiente<sup>83</sup>. L'obiettivo degli interventi tradizionali di bonifica è sempre stato ed è ancora, infatti, soltanto quello di raggiungere, per i contaminanti presenti, livelli di concentrazione previsti dalla legge, con un'attenzione pressoché nulla alle possibili conseguenze che le tecnologie impiegate possono avere sulla qualità della risorsa. Gli interventi di fito-bonifica, al contrario, costano meno e valorizzano a pieno la qualità del suolo, nella consapevolezza che la stessa è fondamentale per l'offerta dei servizi ecosistemici e la rinaturalizzazione dei siti.

In quest'ottica, dunque, appare auspicabile, innanzitutto, che la prassi possa progressivamente cambiare, dando piena applicazione a quel principio di preferenza che è emerso tramite l'analisi giuridica.

La valorizzazione di tale principio consentirebbe di orientare la scelta delle tecnologie verso soluzioni che consentano di restituire un suolo funzionale, senza considerarlo come un rifiuto da trattare: tutto

<sup>83</sup> In tal senso, L. PASSATORE, A. SCONOCCHIA, P. SCONOCCHIA, M. ZACCHINI, *Le fitotecnologie nel risanamento ambientale di suolo e acque*, cit., pp. 208 e 210. Analogamente, cfr. Rapporto CNR, *Tecniche di fitorimedio nella bonifica dei siti contaminati*, cit., p. 3.



ciò, all'insegna di una complessiva strategia di bonifica che possa davvero essere un fattore di "sviluppo economico ecologicamente compatibile"<sup>84</sup>.

Contestualmente, appare altresì auspicabile che il fitorimedio possa essere applicato in tutte le aree: non solo in quelle marginali e localizzate fuori dalle città, ma anche in quelle che si trovano in ambito urbano.

Tale auspicio trova il suo fondamento nello sviluppo sostenibile delle città<sup>85</sup>, che costituisce un obiettivo, oramai consolidato, rinvenibile a ogni livello ordinamentale.

In particolare, nel diritto internazionale, vanno segnalate la *New Urban Agenda* del 2016<sup>86</sup>, l'obiettivo 11 dell'*Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*<sup>87</sup>, nonché le "Carte urbane" adottate in seno al Consiglio d'Europa<sup>88</sup>, che incentivano gli enti locali a costruire città sostenibili in grado di preservare la biodiversità, evitare il degrado del suolo e fornire spazi verdi alla comunità<sup>89</sup>.

A livello europeo, l'obiettivo di realizzare uno sviluppo urbano sostenibile si riscontra in numerosi ed eterogenei atti (senza pretesa di

<sup>84</sup> Tale espressione si deve a F. GRASSI, *Le bonifiche come strumento per lo sviluppo: profili di diritto amministrativo*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, n. 3, 123-145 (in particolare, p. 124).

<sup>85</sup> Sullo sviluppo sostenibile delle città, cfr. fra i tanti, L. DI GIOVANNI, *Rigenerazione integrata europea e rigenerazione urbana nazionale: due modi diversi di intendere la trasformazione del territorio?*, in *DPCE online*, 2023, n. 1, pp. 81-104; M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, n. 2, 394; F. MUSCO, *Nature-Based Solutions. Tecniche e strumenti per le città resilienti*, in *Equilibri*, 2018; F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017; E. FONTANARI, G. PIPERATA (a cura di), *Agenda RE-CYCLE. Proposte per reinventare la città*, Bologna, 2017.

<sup>86</sup> Tale Agenda è stata adottata a seguito della terza Conferenza Habitat dell'ONU, svoltasi a Quito, in Ecuador, nell'ottobre 2016. In dottrina, cfr. G. GARDINI, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 24, pp. 44-55.

<sup>87</sup> L'obiettivo 11 di tale Agenda pone l'obiettivo di "rendere le città e gli insediamenti urbani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili".

<sup>88</sup> In particolare, la prima Carta urbana è del 18 maggio 1992, mentre la seconda è del 29 maggio 2008.

<sup>89</sup> Cfr. la seconda Carta urbana, parte relativa a "Una città sostenibile", punti 44-52.

esaustività, si possono menzionare “Carte delle città”<sup>90</sup>, Comunicazioni<sup>91</sup>, Programmi d’azione<sup>92</sup>, Accordi<sup>93</sup>, Dichiarazioni<sup>94</sup>, Risoluzioni<sup>95</sup>, Agende urbane<sup>96</sup>, e altri ancora<sup>97</sup>), che – richiamando solo un significativo indirizzo – richiedono agli enti locali di “intraprendere una vera e propria riqualificazione verde, ecologica o ambientale, delle nostre città”<sup>98</sup>, supe-

<sup>90</sup> Fra tali Carte vanno citate: la *Carta delle città europee per uno sviluppo durevole e sostenibile*, adottata ad Aalborg in data 27 maggio 1994 (cd. Carta di Aalborg), che valorizza il ruolo delle amministrazioni locali nel raggiungimento di un “modello urbano sostenibile”, ove la sostenibilità implica – per quanto qui d’interesse – l’esigenza non solo di prevenire l’inquinamento del suolo, ma anche di investire nella “conservazione del rimanente capitale naturale” dei suoli e nell’“espansione [...] degli spazi verdi per attività ricreative all’interno delle città” (Parte 1, “Dichiarazione di principio: le città europee per un modello urbano sostenibile”); la *Carta sulle città europee sostenibili*, adottata a Lipsia in data 25 maggio 2007 (cd. Carta di Lipsia), poi aggiornata il 30 novembre 2020, secondo cui gli enti locali dovrebbero attuare politiche di sviluppo urbano al fine di “garantire la qualità e la sostenibilità generale dell’ambiente urbano”, anche migliorando gli spazi pubblici e il paesaggio delle città (p. 8).

<sup>91</sup> Cfr. fra le altre, la Comunicazione della Commissione, adottata in data 28 ottobre 1998, dal titolo “*Quadro d’azione per uno sviluppo urbano sostenibile nell’Unione europea*”, oltre che quella adottata in data 15 settembre 2021, dal titolo “*Nuovo Baubaus europeo. Bello, sostenibile, insieme*”.

<sup>92</sup> Cfr. il Programma d’azione sullo sviluppo urbano di Lille del 3 novembre 2000.

<sup>93</sup> Cfr. fra tutti, l’Accordo di Bristol del 6-7 dicembre 2005, ove sono state definite le caratteristiche delle “comunità sostenibili”, includendovi espressamente la sensibilità all’impatto ambientale.

<sup>94</sup> Cfr. la Dichiarazione di Marsiglia del 25 novembre 2008 su “*La città sostenibile e coesiva*” e la Dichiarazione di Toledo del 22 giugno 2010 sulla “*rigenerazione urbana integrata*”. Su tale ultima dichiarazione, cfr. C. MARI, *Rigenerazione urbana e città informale nel contesto europeo: profili evolutivi, vantaggi e criticità*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 27, pp. 57 ss. e F. DI LASCIO, *Quali tendenze in corso nella rigenerazione delle città*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, n. 2, pp. 135 ss.

<sup>95</sup> Cfr. la risoluzione del Parlamento europeo del 23 giugno 2011, dal titolo “*Agenda urbana europea e suo futuro nel quadro della politica di coesione*”, nonché quella del 9 settembre 2015 sulla “*dimensione urbana delle politiche dell’UE*”.

<sup>96</sup> Si veda, sul punto, l’*Agenda urbana europea* del 30 maggio 2016, anche nota come Patto di Amsterdam. In dottrina, cfr. M.G. DELLA SCALA, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. amm.*, 2018, n. 4, 816 ss.

<sup>97</sup> Cfr. l’*Acquis Urban* sulle politiche urbane di Rotterdam del 29 novembre 2004.

<sup>98</sup> Cfr. punto 4 della Dichiarazione di Toledo.

rando anche i metodi di gestione urbana di breve periodo a favore di politiche strategiche più lungimiranti<sup>99</sup>.

Anche a livello nazionale, infine, emerge l'attenzione verso tale obiettivo: a tal fine, basti pensare che la rigenerazione territoriale delle città – che include anche la loro rigenerazione ambientale e sociale – è parte integrante della Missione n. 5 del PNRR<sup>100</sup>.

In questo contesto, dunque, ove lo sviluppo sostenibile si correla alla gestione urbana, la rigenerazione delle città finisce per intrecciarsi inevitabilmente con la tutela dell'ambiente e, con essa, con la difesa del suolo e della biodiversità: nesso fondamentale, quest'ultimo, in grado di promuovere un utilizzo del fitorisanamento più ampio e diffuso anche in ambito urbano.

<sup>99</sup> Cfr. punto 17 della Dichiarazione di Toledo.

<sup>100</sup> Per l'individuazione delle misure di rigenerazione urbana ricomprese nella Missione n. 5 del PNRR, si rinvia a M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di rigenerazione urbana*, cit., 405 ss.

## ABSTRACT

*Phytoremediation – Remediation – Nature Based Solutions  
Sustainable development – Urban regeneration*

*This essay explores the topic of phytoremediation, a remediation technology for contaminated sites achieved through the planting of trees and plants, providing an alternative to more traditional methods.*

*After highlighting the advantages and disadvantages of this technique, the paper proceeds to reconstruct the legal framework, progressing from international and European law to national, regional, and local regulation. The twofold aim is to underscore the legal preference for this environmentally and economically sustainable technology and scrutinize rules, especially those found in the Environmental Code, that may impact the remediation process itself.*

*Finally, the theme will be examined from an urban perspective. Indeed, it is crucial for phytoremediation to be gradually applied not only in the current practice of marginal and peripheral areas, but also within urban contexts. This transformation positions phytoremediation as an essential tool for the sustainable development and urban regeneration of cities.*

# Prendere sul serio la salvaguardia della biodiversità. Il caso del piano di azione per la tutela dell'Orso marsicano (Parte I)

STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI

SOMMARIO: 1. La conservazione dell'orso appenninico come 'specie-bandiera'. – 2. Il problema del coordinamento interistituzionale e l'incerta natura degli accordi tra amministrazioni pubbliche. – 2.1. Gli 'accordi organizzativi' come contratti aventi comunione di scopo. – 2.3. Comunione di scopo e sinallagmaticità degli accordi organizzativi. – 3. Il PATOM tra 'mito' e realtà – 3.1. I contenuti del PATOM. – 3.2. Politica e amministrazione nel disegno delle azioni a tutela dell'orso. – 3.3. L'autorità di gestione del PATOM in quanto progetto d'interesse (ed emergenza) nazionale. – 4. Dal 'manifesto' del 2006 a una incerta ed episodica attuazione. – 4.1. Una verifica empirica. – 5. Riflessioni conclusive. La 'lezione' del PATOM e il suo futuro. La tutela dell'orso appenninico come strategia di coesione sociale e territoriale. – 5.1. Due soluzioni innovative e una incrementale.

## 1. *La conservazione dell'orso appenninico come 'specie-bandiera'*

Il presente lavoro analizza e discute un caso emblematico di utilizzo di modelli di azione amministrativa consensuale in funzione della tutela della biodiversità, il “piano d'azione nazionale per la tutela dell'orso bruno marsicano” (PATOM). Il PATOM nacque nel 2006 su iniziativa dell'allora Ministero dell'Ambiente, della tutela del territorio e del mare,

\* Il presente lavoro è stato elaborato nell'ambito della ricerca “Il coordinamento istituzionale per la conservazione dei grandi mammiferi”, cofinanziata dal Dipartimento di scienze giuridiche e sociali dell'Università di Chieti-Pescara e dall'Associazione “Salviamo l'Orso” onlus. L'Autore desidera ringraziare Paolo Ciucci, Augusto De Sanctis e Massimo Pellegrini per i suggerimenti e i commenti a una prima versione del presente scritto. Ogni errore e omissione restano, peraltro, attribuibili solo all'autore.

oggi dell’Ambiente e sicurezza energetica (MASE), soprattutto in seguito alle pressioni provenienti dal mondo accademico, dei movimenti ambientalisti e da alcuni parchi nazionali<sup>1</sup>.

L’interesse del caso concerne tre aspetti. Dal punto di vista delle politiche ambientali, si tratta di un tentativo inedito e unico nel suo genere di affrontare un problema a elevato tasso di complessità attraverso un’azione coordinata tra vari livelli di governo. Dal punto di vista del diritto pubblico, esso consente una verifica sul campo di potenzialità e limiti degli accordi organizzativi per risolvere problemi di pluralismo istituzionale. Dal punto di vista della tutela della biodiversità, il PATOM è un caso esemplare del carattere fortemente correlato e delle numerose implicazioni sistematiche che l’obiettivo della conservazione di una singola popolazione animale comporta.

Dopo avere presentato, in questo paragrafo, la cornice conservazionistica, giuridica e istituzionale alla base del PATOM, nel paragrafo 2 si discutono alcuni profili di carattere generale degli accordi tra amministrazioni pubbliche nella misura in cui essi siano funzionali all’inquadramento giuridico del PATOM. Il paragrafo 3 si sofferma sul processo di formazione e i contenuti del PATOM al fine di evidenziarne, da una parte, l’incerta natura giuridica, dall’altra, gli obiettivi specifici e gli strumenti di attuazione, ponendo in rilievo la problematicità della compresenza di obiettivi (compiti) riconducibili alle sfere sia burocratica sia dell’indirizzo politico. Il paragrafo 4 analizza l’attuazione del PATOM. Dalla constatazione di una fondamentale discrasia tra il modello originariamente indicato e le modalità operative riscontrabili nella prassi, si passa, nel paragrafo 5, a una discussione sulle cause del sostanziale falli-

<sup>1</sup> Parte delle informazioni e valutazioni riportate nel corso del lavoro sono tratte dall’ascolto del ciclo dei cinque seminari sotto elencati, tenutosi presso il Dipartimento di scienze giuridiche e sociali dell’Università Chieti-Pescara in modalità ibrida, che hanno costituito l’ossatura della ricerca di cui il presente lavoro è uno degli esiti: “L’apporto tecnico-scientifico alle decisioni politico-amministrative per la conservazione dei grandi mammiferi: profili organizzativi”, 4 marzo 2022; “Le politiche di gestione degli orsi confidenti”, 8 aprile 2022; “La valutazione integrata della funzionalità e degli impatti delle aree protette nelle politiche di conservazione”, 27 maggio 2022; “Il coordinamento amministrativo in materia ambientale: spunti per una nuova politica di conservazione dell’orso marsicano”, 23 settembre 2022; “Le politiche concordate per la tutela dei grandi mammiferi: il caso del PATOM”, 14 ottobre 2022. La registrazione audio/video dei seminari è reperibile sulla rete interconnessa.

mento del piano d'azione e del possibile adeguamento della strategia di conservazione, distinguendo tra soluzioni ottimali, ma irrealistiche, e incrementali, ma esposte al rischio di insuccesso nel perseguimento dell'obiettivo di scongiurare il rischio di estinzione dell'orso appenninico.

La salvaguardia di piccole popolazioni di orso bruno è una delle priorità della strategia europea sulla biodiversità (Direttiva Habitat 92/43/CEE). Gli orsi bruni che vivono nell'Appennino centrale (*Ursus arctos marsicanus* Altobello, 1921) costituiscono una piccola popolazione endemica<sup>2</sup> (circa 50 esemplari<sup>3</sup>), isolata da altre popolazioni europee<sup>4</sup>, esposta a un serio rischio di estinzione<sup>5</sup>. Sin dal 2008, la Commissione europea ha promosso la redazione di Piani d'azione per le specie incluse negli elenchi della Direttiva Habitat<sup>6</sup>. Normalmente, questi piani forniscono informazioni sullo status, l'ecologia, i pericoli e le misure di conservazione in essere per ogni specie e indicano azioni chiave per migliorarne lo stato di conservazione da parte degli stati membri. Più in generale,

<sup>2</sup> P. CIUCCI, L. BOITANI, *The Apennine Brown Bear: A Critical Review of Its Status and Conservation Problems*, in *Ursus*, 19(2), 2008, 130-145. Questo nucleo, geneticamente isolato, è ciò che resta di una popolazione che storicamente era distribuita in un più ampio areale nell'Appennino centrale.

<sup>3</sup> P. CIUCCI, V. GERVASI, L. BOITANI, J. BOULANGER, D. PAETKAU, R. PRIVE, E. TOSONI, *Estimating abundance of the remnant Apennine brown bear population using multiple noninvasive genetic data sources*, in *J. Mammal*, 96, 2015, pp. 206-220.

<sup>4</sup> La segregazione da altre popolazioni di orsi, segnatamente quelli dell'arco alpino, dovrebbe essere avvenuta in un arco temporale di almeno 1.500 anni (A. BENAZZO E AL., *Survival and divergence in a small group: the extraordinary genomic history of the endangered Apennine brown bear stragglers*. In *Proc. Natl Acad. Sci. USA*, 2017, p. 114). Questo relativamente lungo isolamento della popolazione appenninica da altre popolazioni di orsi bruni e l'apparente anomalia di una notevole capacità di adattamento e resilienza a fronte di una scarsa differenziazione genetica sia dagli altri orsi europei e sia tra gli individui del nucleo appenninico (*inbreeding*), ne costituisce l'alto valore scientifico e conservazionistico (op. ult. cit.). V. anche A. LOY, P. CIUCCI, G. GUIDARELLI, E. ROCCOTELLI, P. COLANGELO, *Developmental instability and phenotypic evolution in a small and isolated bear population*, in *Biol. Lett.* 17, 2021.

<sup>5</sup> V. GERVASI, P. CIUCCI, *Demographic projections of the Apennine brown bear population *Ursus arctos marsicanus* (Mammalia: Ursidae) under alternative management scenarios*, in *The European Zoological Journal*, 2018, pp. 242-252.

<sup>6</sup> V. European Commission, *The Habitats Directive. EU measures to conserve Europe's wild flora and fauna*, reperibile sulla rete interconnessa. Specifici piani d'azione riguardano il rospo Alite ostetrico (*Alytes obstetricans*), una farfalla dell'area danubiana (*Colias myrmidone*), il Citello europeo (*Spermophilus citellus*); varie specie di pipistrelli.

nel panorama internazionale, in particolare nell'ambito dell'IUCN (International Union for Conservation of Nature), un piano d'azione è una visione strategica e integrata delle misure di conservazione coordinate su scala nazionale e internazionale per assicurare la tutela e il ripristino della biodiversità<sup>7</sup>.

Pur non esistendo nell'ordinamento italiano una specifica base legislativa relativa ai piani d'azione, il Ministero dell'ambiente ne ha, a sua volta, promossi un certo numero riferiti a singole specie a rischio di estinzione<sup>8</sup>. Tra questi, il PATOM presenta aspetti peculiari, o meglio è un unicum nel panorama delle politiche pubbliche italiane<sup>9</sup>, perché ha l'obiettivo di creare uno strumento stabile di coordinamento istituzionale e amministrativo in funzione della conservazione dell'orso appenninico. Il principale fattore critico di quest'ultimo obiettivo, era, infatti, stato individuato nel fatto che della tutela e gestione della fauna selvatica, in assenza di una legge generale<sup>10</sup>, si interessano numerose amministrazioni, con differente scala territoriale e con competenze spesso confliggenti. I requisiti ecologici e le esigenze di conservazione di una popolazione vitale di un grande carnivoro come l'orso sono, del resto, ampiamente suscettibili di impatto da molteplici attività umane, quali agricoltura, zootecnia, turismo, infrastrutture, trasporti, sanità pubblica, viabilità, caccia, ecc., che necessitano quindi, ai fini della tutela dell'orso, di una pianificazione unitaria e coerente su scala perlomeno interregionale.

Dal punto di vista della relazione tra politiche di tutela della biodi-

<sup>7</sup> IUCN, SSC SPECIES CONSERVATION PLANNING SUB-COMMITTEE, *Guidelines for species conservation planning*, 2017, Version 1.0, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>8</sup> V. MASE, *Conservazione e gestione delle specie*, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>9</sup> Apparentemente analogo, il PACOBACE (Piano d'Azione interregionale per la conservazione dell'Orso bruno delle Alpi Centro-orientali) è, invece, una semplice intesa, stipulata nel 2010, attraverso cui le Province autonome e la Regione Veneto, con il coordinamento del MASE e dell'ISPRA hanno condiviso una serie di misure e azioni, prevalentemente tecniche, per coordinare lo sforzo gestionale. La sostanziale differenza con il PATOM, il cui principale obiettivo è l'istituzionalizzazione del coordinamento con caratteri di emergenza, risulterà più chiara leggendo il par. 3. Il PACOBACE è consultabile sulla rete interconnessa.

<sup>10</sup> Una legge generale sulla tutela delle specie animali è oggi prevista come compito dello Stato dal novellato art. 9.3 della Costituzione. La legge 11 febbraio 1992, n. 157 sebbene sia intitolata "Norme per la protezione della fauna omeoterma e per il prelievo venatorio" è prevalentemente una legge sulla regolamentazione della caccia.



versità e altre politiche pubbliche un tratto essenziale del piano d'azione per l'orso marsicano concerne i caratteri di specie 'ombrello' e 'bandiera' riconosciuti a questo animale<sup>11</sup>. Il primo si riferisce a una nozione ecologica, quella di *focal species*, che indica l'adeguatezza di un certo territorio a garantire un soddisfacente livello di biodiversità sulla base del fatto che le esigenze ecologiche di una 'specie-ombrello', in funzione dei suoi ampi requisiti spaziali, soddisfano le esigenze di numerose altre specie<sup>12</sup>. Il secondo esprime una relazione sociale, vale a dire il carattere simbolico e identitario di una specie animale, più facilmente in grado di suscitare sentimenti di coinvolgimento e simpateticità nell'opinione pubblica, anche in forza di profonde radici etnografiche e culturali<sup>13</sup>.

## 2. *Il problema del coordinamento interistituzionale e l'incerta natura degli accordi tra amministrazioni pubbliche*

Compulsando i documenti preparatori e le non molte altre fonti disponibili<sup>14</sup>, il problema per i promotori, sin dal principio, fu che veste e valenza giuridica dare al PATOM. La forma iniziale fu quella di un 'protocollo d'intesa' tra il MASE e numerose altre autorità sia regionali-locali sia nazionali. Al primo protocollo d'intesa sono seguiti altri accordi, i più recenti dei quali stipulati ai sensi dell'art. 15 legge 241/1990 (da ora LPA) con struttura e contenuti diversi. Come vedremo, uno dei proble-

<sup>11</sup> AA.VV., *Piano d'azione nazionale per la tutela dell'orso bruno marsicano – PATOM*, in *Quad. Cons. Natura*, 37, Min Ambiente - ISPRA, 2011, p. 7.

<sup>12</sup> R.J. LAMBECK, *A Multi-Species Umbrella for Nature Conservation*, in *Conservation Biology*, 11, 1997, pp. 849-856.

<sup>13</sup> V. E. COMBA, D. ORMEZZANO (a cura di), *Men and Bears. Morphology of the Wild*, in *Academia University Press*, 2020. Occorre notare, peraltro, come questo elemento sia spesso ambivalente, sensibile a rapidi mutamenti, dipendente dal contesto, e manipolabile dai *mass media*, e non solo. V. M. CORTI, *La reintroduzione sulle Alpi dell'orso e del lupo: le ragioni degli ecologisti e quelle dei pastori e alpigiani, ma non solo*, in *Confronti*, 1/2010, pp. 97-123, per un'opinione contraria alla reintroduzione dell'orso sulle Alpi fondata su elementi e 'sentimenti' fortemente ideologici. Da notare come nel titolo dell'articolo ci si riferisca, impropriamente, anche alla reintroduzione del lupo, che notoriamente, come si dà atto nel corpo dello stesso articolo (p. 118), ha spontaneamente ricolonizzato l'arco alpino.

<sup>14</sup> Sulle 'fonti' si tornerà nei paragrafi successivi.

mi da affrontare è la relazione tra l'originaria intesa e i successivi accordi. Nella prassi applicativa ci si riferisce all'una e agli altri indifferentemente come PATOM. In questo paragrafo forniremo le coordinate concettuali per comprendere la natura giuridica e gli effetti di questo insieme di intese e accordi.

Prima dell'entrata in vigore della LPA, la discussione in letteratura non era giunta a conclusioni condivise sulla natura e gli effetti dei 'moduli convenzionali' con cui più amministrazioni coordinano, impegnandosi reciprocamente, la propria azione futura. Di là dalla constatazione della loro diffusione nella prassi e della necessità di tali accordi dinanzi al crescente fenomeno del pluralismo istituzionale e amministrativo<sup>15</sup>, irrisolta rimaneva la questione se da questi scaturissero obbligazioni<sup>16</sup>. Paradigmatica è la posizione di Massimo Severo Giannini al riguardo, che lasciava intravedere una categoria generale dei 'patti' in cui includere le varietà di 'accordi organizzativi' tra amministrazioni e in particolare i 'patti amministrativi'<sup>17</sup>. Questi patti avrebbero creato non 'obbligazioni' ma 'obblighi', cioè "situazioni giuridiche soggettive attinenti a comportamenti"<sup>18</sup>, con oggetto una prestazione priva di contenuto patrimoniale.

Di là dalla incerta configurazione di una nozione di obbligo distinta da quella di obbligazione, all'obbligo, se configurabile come situazione giuridica soggettiva, andrebbe comunque riconosciuto il tratto fondamentale dei rapporti obbligatori, vale a dire il "dovere di prestare, e cioè di tenere il comportamento dedotto nel vincolo"<sup>19</sup>. Se, dunque, derubricare le obbligazioni in obblighi consentiva di sdrammatizzare la questione della natura contrattuale o meno di tali accordi, restava irrisolta la decisiva questione se essi creassero conseguenze per la parti qualificabili in termini di situazioni giuridiche soggettive. L'assenza, all'epoca, di ca-

<sup>15</sup> G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in L. MAZZAROLLI E AL., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 1290.

<sup>16</sup> In letteratura vi era, peraltro, chi aveva efficacemente sostenuto la rilevanza giuridica e la forza vincolante di tali intese utilizzando argomenti quali la somiglianza tra gli accordi tra pubbliche amministrazioni e i trattati internazionali (G. SANVITI, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico*, Milano, 1978, p. 39) o la qualità istituzionale dei partecipanti che li astringe a un dovere di leale collaborazione (G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 175).

<sup>17</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, pp. 858-60.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 858.

<sup>19</sup> P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in Enc. Dir., XXIX (1979), p. 143.

sistica giurisprudenziale sul punto induce, d'altronde, a pensare che le stesse autorità pubbliche non considerassero tali moduli convenzionali fonti di obbligazioni (o obblighi) giustiziabili. Questi, in fin dei conti, operavano sul piano della buona amministrazione, definendo impegni di carattere in senso lato morale, al più impiegabili come parametro per lo scrutinio dell'azione conseguente delle amministrazioni stipulanti sotto il profilo dell'eccesso di potere<sup>20</sup>.

### 2.1. *Gli 'accordi organizzativi' come contratti aventi comunione di scopo*

Questo scenario sembrerebbe essere mutato con l'entrata in vigore dell'art. 15 LPA, che ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano gli accordi tra amministrazioni pubbliche come fattispecie generale "per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune". A tali accordi – cui qui ci riferiremo con il termine 'accordi organizzativi' – si applicano, infatti, in base a tale disposizione, i principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. L'effetto principale prodotto da tale disposizione secondo la quasi unanime opinione di studiosi e giurisprudenza amministrativa è che, al di là del *nomen* impiegato, tutte le varie intese – a volte anche previste dalla legislazione di settore – con cui si assumono impegni tra pubbliche amministrazioni vengono oggi inquadrate come accordi ai sensi dell'art. 15 LPA<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> L'idea, che è stata riproposta anche in riferimento a moduli qualificati dalla legge come accordi, è che l'impegno assunto dall'amministrazione partecipante all'intesa generi un onere motivazionale rafforzato se ci si voglia discostare dall'accordo. In tal modo, quindi, più che un 'vincolo' tra le parti, vi sarebbe una sorta di effetto riflesso in favore di terzi che possano vantare posizioni legittimanti nei confronti degli atti riconducibili all'accordo.

<sup>21</sup> Con varietà di accenti e proposte ricostruttive gli autori che sono tornati a occuparsi degli accordi tra pubbliche amministrazioni dopo il 1990 (lo stesso anno la legge sulle autonomie locali n. 142, all'art. 27, generalizzò la figura dell'accordo di programma), hanno sottolineato la portata paradigmatica dell'art. 15 LPA. Vedansi E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, p. 141; R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, Padova, 1993, p. 133; F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo* (Atti del XXXVII Convegno di studi di scienza

In un primo tempo, l'orientamento della giurisprudenza (in particolare dei Tribunali amministrativi regionali) era decisamente nel senso che dagli accordi organizzativi nascessero genuine obbligazioni o, se si preferisce, obblighi. Il potere amministrativo delle autorità contraenti deve, vale a dire, essere esercitato in conformità alle norme pattuite e l'inadempimento diviene giustiziabile – dinanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva – su iniziativa di ciascuna parte dell'accordo, a prescindere dalla distinta questione dell'ammissibilità di recedere unilateralmente dall'accordo, anch'essa comunque interpretata, perlopiù, secondo canoni civilistici<sup>22</sup>.

dell'amministrazione, Varenna 1991), Milano, 1994, p. 49, S. CIVITARESE MATTEUCCI, voce, *Accordo di programma (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, III agg., 12-13; Cons. St., III, 23 giugno 2014, n. 3130.

<sup>22</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, III, n. 10295/2015; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I - 30 aprile 2010, n. 1635; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 8 novembre 2004, n. 5620. Negli ultimi due casi si discuteva, per un verso, della possibilità per una delle parti di recedere dall'accordo, per altro verso, del carattere vincolante degli impegni assunti. Il dibattito, sviluppatosi in letteratura, riguarda il fatto che l'art. 15 LPA, nel rinviare all'art. 11 LPA – riguardante gli accordi tra pubbliche amministrazioni e privati – per la disciplina degli accordi tra amministrazioni, non richiama il comma quarto dell'art. 11 LPA. Quest'ultimo stabilisce che l'amministrazione può recedere dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, previo indennizzo in favore del privato. Secondo parte della letteratura questo mancato rinvio andrebbe interpretato come assenza di una potestà di recesso unilaterale. Secondo la tesi dominante, però, che fa prevalere argomenti sistematici e di principio, tale potestà sussiste comunque (E. BRUTI LIBERATI, voce, *Accordi pubblici*, in *Enc. Dir.*, V agg., 2001, pp. 30-31). Anche chi ammette che il recesso (o risoluzione) per sopravvenuti motivi sia ammesso anche negli accordi *ex art.* 15 LPA non mette, però, in discussione la vincolatività degli accordi (*Ibid.*).

Il recesso andrebbe, quindi, ancorato a una sopravvenienza che incida sulla cura degli interessi pubblici che l'accordo, comunque, persegue. Nella suddetta sentenza del 2010 il T.A.R. Lombardia – in un caso in cui un Comune aveva deciso di recedere dall'accordo di programma stipulato con altro Comune e la Provincia per la realizzazione di un ponte – afferma che “salva l'ipotesi di specifica previsione in convenzione, il mancato richiamo dell'art. 15 l. 241/90 ... alla disposizione dell'art. 11, co. 4, stessa legge (che regola invece l'accordo tra amministrazione e privato e prevede la possibilità per l'amministrazione di recedere dall'accordo salva corresponsione di un indennizzo), induce a ritenere che, salvo il caso in cui siano state le stesse parti a prevedere il diritto di recesso nel momento in cui hanno concordato tra loro il regolamento pattizio, il contenuto dell'accordo sia modificabile solo mediante una nuova determinazione espressa da tutte le amministrazioni contraenti che giungono

Più di recente, però, il Consiglio di Stato sembra avere posto in discussione questo arresto, avendo negato che dagli accordi organizzativi possano nascere obbligazioni (o obblighi) di carattere civilistico. L'argomento – dal sapore dogmatico – si basa sulla clausola di compatibilità che accompagna il rinvio ai principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti. Agli accordi tra amministrazioni, a differenza dei contratti civilistici, difetterebbe “una contrapposizione di interessi individuali, suscettibili di realizzazione mediante prestazioni in rapporto di sinallagmaticità”<sup>23</sup>. Pertanto, “non sembrano applicabili in *subiecta materia* le disposizioni civilistiche regolanti i contratti a prestazioni corrispettive, tendenti a garantire l'equilibrio genetico e funzionale dello scambio convenuto tra le parti”<sup>24</sup>. A questo si aggiunge l'assenza di patrimonialità che connoterebbe le prestazioni dedotte negli accordi organizzativi. Da queste premesse il Consiglio di Stato sembra escludere in generale l'impiego di rimedi come l'eccezione di inadempimento<sup>25</sup>, l'azione di adempimento, la risoluzione per inadempimento.

ad una nuova sistemazione concordata dell'assetto degli interessi sottostanti all'azione amministrativa”. È interessante riportare l'intero ragionamento giustificativo del TAR a sostegno di questa conclusione: “La soluzione della questione deve essere affrontata partendo dalla constatazione che in vicende quale quella in esame vengono in considerazione (da un lato) la inesauribilità della funzione amministrativa, che non tollera l'imposizione di un vincolo a non riesaminare l'assetto di interessi concordato alla luce delle sopravvenienze nell'interesse pubblico, e (dall'altro) la necessità di attribuire un senso agli accordi di programma che, se fossero liberamente recedibili, sarebbero sostanzialmente privi di rilevanza giuridica, in quanto la stessa possibilità di giuridicizzare l'inadempimento degli stessi con la sola domanda di danni finirebbe per rendere gli accordi di programma, più che strumenti di semplificazione dell'azione amministrativa affidata a più amministrazioni, meri strumenti di moltiplicazione del contenzioso tra amministrazioni pubbliche.

D'altronde, il tipo di interessi sotteso ad un procedimento amministrativo regolato da un accordo di programma è, per definizione, non disponibile da una sola amministrazione proprio perché il legislatore ne ha attribuito la competenza in modo ripartito ad una pluralità di esse. La non disponibilità da parte di una singola amministrazione degli interessi pubblici sottesi all'azione amministrativa esercitata in forma consensuale, è, per definizione, pertanto caratteristica degli accordi di programma”.

<sup>23</sup> Cons. St., sez. VI, 24 novembre 2020, n. 7373.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Di questo si trattava nel caso di specie, sebbene il Comune avesse inteso utilizzare il rimedio in modo anomalo.

I presupposti di tale posizione si rinvergono in un orientamento che assimila gli accordi organizzativi ai contratti aventi comunione di scopo. In una sentenza del 2019, la Sezione Sesta del Consiglio di Stato qualifica un accordo tra varie università per la costituzione di un centro di ricerca “un modulo negoziale c.d. associativo, non riconducibile *tout court* al sinallagma contrattuale tipico dei contratti a prestazioni corrispettive specificamente disciplinati dagli artt. 1372 e 1373 c.c.”<sup>26</sup>. Questa qualificazione comporta che (in virtù di un argomento facente leva sugli articoli 24 e 2285 c.c.) in tali contratti “l’interesse della parte aderente è necessario non solo per la costituzione ma anche per la permanenza del rapporto”<sup>27</sup>. Di qui, la conclusione che il diritto potestativo di recedere di una parte deve essere ammesso, anche se non espressamente previsto.

Come si vede, il riferimento alla nozione del contratto associativo, evocata pure in letteratura<sup>28</sup>, è funzionale qui a fondare un diritto potestativo di recesso, anche se in linea di principio non è messa in discussione sia l’applicazione di principi civilistici sia la vincolatività dei patti intercorsi<sup>29</sup>. A quest’ultimo riguardo, una sentenza del 2014 della Terza Sezione del Consiglio di Stato, vertente su un accordo tra una Regione e una Università, riguardava il mancato adempimento dell’obbligo della Regione di sostenere gli oneri economici per l’acquisizione di beni, servizi e attrezzature necessari per lo svolgimento integrato dei compiti assistenziali, di didattica e di ricerca. La Regione eccepiva, tuttavia, che i protocolli d’intesa sui quali si basava la pretesa dell’Università non avessero natura ‘privatistica’ di fonte di obbligazioni ma fossero mere intese politico-istituzionali. In questa occasione il Consiglio di Stato, pur inquadrando tali intese, previste dalla legislazione sanitaria di settore, come accordi tra amministrazioni ai sensi dell’art. 15 LPA, distinse nell’ambito degli accordi organizzativi tra impegni di carattere politico e genuine

<sup>26</sup> Cons. Stato, VI, 20 giugno 2019, n. 4206. Negli stessi termini v. Cons. Stato, V, 28 marzo 2017, n. 1418.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI, *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 120.

<sup>29</sup> La sentenza argomenta che il recesso “non è *ad nutum*, fondandosi su sopravvenienze” e riconosce “la portata precettiva del principio *pacta sunt servanda*, che conforma *ab imis* qualsivoglia accordo consensuale, sarebbero irrimediabilmente penalizzati, frustrando la ratio stessa dell’istituto”.

obbligazioni. Secondo il Consiglio di Stato, “gli accordi fra amministrazioni possono avere, vale a dire, contenuti molto diversi ed essere, prevalentemente, di natura politico istituzionale (come gli accordi quadro e i protocolli d’intesa fra Ministri o fra Ministri e Presidenti di Regione), che necessitano di successivi molteplici atti per il perseguimento in concreto degli obiettivi comuni indicati, o essere viceversa molto dettagliati nella definizione dei reciproci impegni, come quando sono sottoscritti al fine di risolvere singole problematiche comuni di carattere gestionale”<sup>30</sup>.

Se prevale un contenuto politico-istituzionale, allora “all’eventuale mancata attuazione di uno degli impegni assunti non potrà che provvedersi con modalità istituzionali. Infatti, tali protocolli d’intesa non contengono, normalmente, clausole idonee ad assumere rilievo anche sul piano civilistico”<sup>31</sup>. A prescindere dalla situazione d’incertezza derivante dal far dipendere la presenza di obbligazioni/obblighi ‘civilistici’ dall’interpretazione del testo dell’accordo<sup>32</sup>, quest’ultimo passaggio è particolarmente oscuro. Al ‘piano civilistico’ viene contrapposto quello istituzionale, con la conseguenza che proprio la parte più essenziale dell’accordo – lo stabilire un regolamento per determinare azioni future di reciproco interesse – resta nella zona grigia delle ‘modalità istituzionali’. Nel caso in questione, infatti, per consentire alla Regione di sottrarsi all’obbligazione assunta si sostiene apoditticamente che “l’impegno esplicito della Regione a reperire idonei finanziamenti presso i Ministeri della Salute e dell’Economia per far fronte ai costi di acquisizione delle apparecchiature e ad assicurare, comunque, l’adeguata copertura delle spese a tal fine sostenute” abbia “chiaramente una valenza puramente politico istituzionale prevedendo, da un lato, un’attività (politica) per la ricerca delle necessarie risorse nei confronti di amministrazioni statali e, dall’altro, l’assunzione di un impegno a reperire proprie risorse all’esito

<sup>30</sup> Cons. Stato, III, 24 giugno 2014, n. 3194.

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

<sup>32</sup> Questo aspetto è ripreso anche nella sentenza della Sezione VI n. 7373/2020, da cui siamo partiti in questo breve *excursus* sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato, in cui si legge che “le conseguenze derivanti dalle condotte assunte da ciascuna parte nell’ambito di un accordo ex art. 15 L. n. 241 del 1990 risentono, dunque, oltre che dalla natura giuridica di siffatti strumenti convenzionali, anche dal contenuto dispositivo all’uopo concordato, in specie avuto riguardo al *grado di dettaglio delle clausole convenute e degli impegni reciprocamente assunti dalle parti*” (corsivo aggiunto).

di attività che sono dipendenti da scelte di carattere prevalentemente politiche da attuarsi nel rispetto degli atti di programmazione delle spese e delle disposizioni di legge nazionale e regionale”<sup>33</sup>. Con tale generico riferimento alla ‘politica’ – e non, si badi, al ‘potere discrezionale’ – si sferra un colpo letale al tratto più interessante degli accordi a oggetto pubblico, vale a dire l’assumere decisioni discrezionali in modo coordinato, autovincolandosi reciprocamente.

### *2.3. Comunione di scopo e sinallagmaticità degli accordi organizzativi*

Ai limitati fini del presente lavoro, non è necessario discutere in tutti i suoi risvolti la tenuta di questo approccio del Consiglio di Stato. Occorre, però, notare che aderendo alla concezione del Consiglio di Stato si rischia di ricacciare gli accordi organizzativi in quella sfera di irrilevanza giuridica da cui la LPA intendeva trarli fuori. Vale, quindi, la pena soffermarsi sul punto focale di tale concezione, cioè l’assimilazione degli accordi tra amministrazioni ai contratti associativi e di qui la loro sottrazione al ‘piano civilistico’. In questo modo gli impegni assunti saranno obbligatori solo in quei casi (non semplici da identificare) in cui questi siano, allo stesso tempo, ‘precisi’ e non relativi al piano ‘politico-istituzionale’. Sofferinarsi su questo punto è necessario, poiché, stando così le cose, il PATOM, largamente composto, come si vedrà, di ‘impegni politico-istituzionali’, sarebbe da classificare tra quelle intese che operano su un terreno para-giuridico.

Abbiamo sopra notato come al centro della tesi ‘dogmatica’ del Consiglio di Stato vi sia l’assenza di carattere sinallagmatico nel rapporto tra le parti di un accordo organizzativo, trattandosi di atti con cui le parti realizzano uno scopo comune. Di conseguenza, non troverebbero spazio le norme civilistiche sui contratti a ‘prestazioni corrispettive’, tendenti a garantire l’equilibrio genetico e funzionale dello scambio convenuto tra le parti. Gli interessi delle parti di un accordo organizzativo, in quanto interessi pubblici, non avrebbero, inoltre, per definizione, contenuto patrimoniale. È difficile stabilire se il Consiglio di Stato sia consapevole della portata di questa tesi. Essa implica, infatti, che il rinvio contenuto nell’art. 15 LPA (attraverso il richiamo all’art. 11 LPA) sia svuotato di

<sup>33</sup> Cons. Stato, III, n. 3194/2014, cit.



significato e quindi di precettività. Detto in altri termini, l'enfasi sulla condizione di compatibilità (peraltro anch'essa espressa in termini generici nella disposizione in questione<sup>34</sup>) è spinta al punto da giungere alla conclusione paradossale che i principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti, che si applicano agli accordi organizzativi per espressa disposizione di legge – ma in quanto compatibili – non sarebbero compatibili con gli accordi organizzativi! È, infatti, palmare che i principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti (qualunque cosa si intenda per 'principi') debbano essere tratti dagli articoli 1173-1469, contenuti nei primi due Titoli del Libro IV del Codice, e che questi presuppongono il carattere della sinallagmaticità.

Come visto, l'argomento principale per giungere a questa sorprendente conclusione è il richiamo ai contratti associativi in quanto caratterizzati dalla comunione di scopo. Sennonché, da tempo la letteratura ritiene che lo scopo comune non escluda, nella fase formativa del contratto, una contrapposizione di interessi e uno scambio tra i contraenti della società o dell'associazione, in particolare, ma non solo, con riguardo ai conferimenti dei soci<sup>35</sup>. A questi contratti, che vengono chiamati plurilaterali con comunione di scopo, si applicano, dunque, nei limiti della compatibilità con le caratteristiche del contratto sociale, le norme relative ai contratti in generale, inclusi quelli connessi al carattere sinallagmatico del rapporto<sup>36</sup>. Il fatto che parte della giurisprudenza escluda il rimedio della risoluzione per inadempimento nei confronti del socio di una società sembra derivare più dalla presenza di un rimedio più specifico nel Libro IV del Codice civile, quale quello dell'esclusione del socio, che dalla estraneità dei contratti sociali dal regime dei contratti in generale<sup>37</sup>. Tant'è che la giurisprudenza ammette la risoluzione per inadempimento

<sup>34</sup> Per comodità dei lettori è bene riportare il testo dell'art. 11.2 LPA: "Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3".

<sup>35</sup> V. G. RAGUSA MAGGIORE, *Trattato delle società*, I, Padova, 2000, pp. 72-74.

<sup>36</sup> P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, p. 184 ss. V. Anche E. SIMONETTO, *Il contratto di società come contratto con prestazioni corrispettive*, in *Dir. Fall.*, 1977, I, p. 196 ss. In giurisprudenza, Cass., 27 febbraio 1976, n. 639, in *Giur. comm.*, 1976, II, 394.

<sup>37</sup> V. G. CARLINI, *Brevi considerazioni sulla risoluzione per inadempimento del*

nel caso delle associazioni, che, peraltro, come le attività di interesse comune tra amministrazioni pubbliche, sono prive di scopi lucrativi<sup>38</sup>.

Stiamo qui, inoltre, parlando soltanto di un'analogia tra contratti associativi e accordi organizzativi, derivante dall'elemento della comunione di scopo, ma si consideri che non è affatto detto che l'accordo organizzativo dia luogo a un'organizzazione stabile<sup>39</sup>. La comunione di scopo rimane, quindi, un'astrazione legata all'idea un poco irenica di un interesse pubblico (sarebbe forse meglio dire generale) che, come un manto, assorbe gli interessi curati dalle diverse amministrazioni. Difficile non vedere, tuttavia, che in concreto tali interessi sono spesso contrapposti e l'unità viene raggiunta solo a seguito di complesse negoziazioni<sup>40</sup>.

Questa osservazione consente di passare al secondo argomento utilizzato dai giudici amministrativi, quello dell'assenza di patrimonialità. Anche a volere accettare l'idea che tali impegni non siano obbligazioni perché non aventi carattere patrimoniale, resta il fatto che le norme più volte richiamate rinviano ai principi su obbligazioni e contratti per disciplinare attività di interesse comune. Anche questo argomento rischia, quindi, di condurre alla paradossale privazione di significato del rinvio operato dall'art. 15 LPA, visto che le obbligazioni hanno per definizione contenuto patrimoniale. Allora, o si ammette che esistano, a fianco delle obbligazioni, obblighi (in quanto non aventi contenuto patrimoniale, come diceva Giannini<sup>41</sup>) scaturenti dagli accordi organizzativi, pur sempre disciplinati dai principi in materia di obbligazioni o contratti, o si mette in discussione l'idea che gli impegni versati in un accordo orga-

*contratto di società*, sull'esclusione e sul recesso (nota a Trib. Milano, 20 febbraio 2007), in *Rivista di Diritto Societario*, 2008, p. 823.

<sup>38</sup> Cass., 2 marzo 1973, n. 579, in *Foro It.*, 1973, I, 1407.

<sup>39</sup> Questo accade quando l'accordo – come avviene perlopiù nelle convenzioni tra enti locali – dia luogo alla nascita di una associazione. V. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Le forme di cooperazione tra enti locali*, in L. DEL FEDERICO, L. ROBOTTI, *Le associazioni tra comuni*, Rimini, 2008, pp. 17-54.

<sup>40</sup> Non è un caso che una fattispecie inizialmente ritenuta avere la stessa *ratio* degli accordi organizzativi, quale la conferenza di servizi decisoria, sia diventata negli anni il principale strumento di semplificazione del pluralismo istituzionale attraverso meccanismi in cui la *reductio ad unitatem* è perseguita, per così dire, senza troppe cerimonie.

<sup>41</sup> Questa volta l'analogia sarebbe, quindi, con gli obblighi propri del diritto di famiglia, altra istituzione giuridica in cui vi è comunione di scopo.

nizzativo non possano avere contenuto patrimoniale. È appena il caso di ricordare che l'art. 1174 del Codice civile stabilisce che la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore. Stipulando che l'interesse delle amministrazioni coinvolte in un accordo organizzativo ("creditrici") a che una delle parti esegua una certa prestazione sia non patrimoniale, è quest'ultima prestazione che deve essere suscettibile di valutazione economica. Anche qui senza potere approfondire la questione, sembra difficile negare che qualunque compito/attività di un'autorità pubblica sia suscettibile di valutazione economica in base all'ampia accezione giurisprudenziale<sup>42</sup> e dottrinale<sup>43</sup> di tale nozione.

Si consideri, a esempio, lo stretto collegamento stabilito dall'art. 4 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 tra il 'ciclo della performance', che si basa sull'assegnazione di obiettivi alle strutture burocratiche, e il ciclo della programmazione finanziaria e del bilancio. Tale collegamento è ulteriormente accentuato dall'inquadramento dei suddetti obiettivi all'interno di più ampi obiettivi sia generali, che identifichino, in coerenza con le politiche pubbliche nazionali, le priorità strategiche, sia spe-

<sup>42</sup> La giurisprudenza adotta una nozione soggettiva – quindi rimessa alla valutazione delle parti – piuttosto che oggettiva. Si consideri il seguente caso, relativo a un Comune e particolarmente calzante al ragionamento che si sta portando avanti: "Il carattere patrimoniale della prestazione che forma oggetto dell'obbligazione, si stabilisce in relazione alla possibilità della sua valutazione in una somma di denaro, in quanto la sua esecuzione richieda l'impiego di beni o di servizi, ovvero in quanto il suo inadempimento comporti, per patto contrattuale, l'applicazione di una sanzione pure di contenuto patrimoniale. L'interesse di un Comune ad assicurare alla popolazione una duratura fonte di reddito lavoro costituisce un interesse non patrimoniale, ma tuttavia apprezzabile e meritevole di tutela (nella specie, il Comune aveva assunto l'impegno di acquistare un terreno sul quale un'impresa avrebbe dovuto impiantare uno stabilimento industriale, assumendo per il 90 % mano d'opera locale" (Cass., 8 febbraio 1961, n. 265, in GC, 1961, I, 585).

<sup>43</sup> P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., p. 182, osserva come, superate le concezioni 'patrimonialiste' dell'oggetto dell'obbligazione, siano "la cooperazione tra i soggetti e la situazione di potere e di dovere corrente tra soggetti determinati, e non già la possibilità di trarre immediata utilità dalle cose o dalle (attività) di persone, a fornire lo schema del rapporto giuridico". Il diritto delle obbligazioni, pertanto, assume "l'indole di 'diritto comune' suscettibile di essere utilizzato anche fuori dei rapporti privati e, nelle relazioni fra privati, ... in breve al di là dei confini segnati dal quarto libro del codice civile" (*Ibid.*).

cifici di ogni pubblica amministrazione. L'art. 5.01, lett. b) dello stesso decreto 150/2009 stabilisce che "gli obiettivi sono definiti in coerenza con gli obiettivi di bilancio indicati nei documenti programmatici di cui alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, e di cui alla normativa economica e finanziaria applicabile alle regioni e agli enti locali e il loro conseguimento costituisce condizione per l'erogazione degli incentivi previsti dalla contrattazione integrativa".

Sotto altro profilo, è interessante notare che nel caso sopra riportato, relativo a un accordo tra Regione e Università, la 'prestazione' della Regione (considerata dal Consiglio di Stato avere natura politico-istituzionale) era precisamente quantificata in termini monetari. Il che dimostra come la questione non riguardi l'astratta suscettività di valutazione economica, ma una sorta di precomprensione relativa alla natura dei compiti delle pubbliche amministrazioni. Anche a questo proposito, tuttavia, occorrerebbe demistificare l'idea che gli interessi pubblici siano per definizione immuni da valutazioni economiche<sup>44</sup>. O meglio, gli interessi pubblici, nozione giuridicamente inafferrabile, lo sono, ma non i compiti, le azioni, ecc. che di quegli interessi costituiscono l'incarnazione. Su questo punto è bene intendersi. Non si sta qui aderendo a concezioni della pubblica amministrazione ispirate al *new public management*, all'amministrazione di risultato, all'aziendalizzazione. Al contrario. Ma non è dipingendo l'universo della pubblica amministrazione come avvolto in una sorta di atmosfera pacificata (grazie alla narrazione degli interessi pubblici) che si esorcizza il problema della rilevanza economica di funzioni e servizi.

L'approccio o precomprensione della giurisprudenza amministrativa può certamente essere apprezzato dal punto di vista della politica (giudiziaria) del diritto. Dopo tutto, l'idea che le pubbliche amministrazioni si mettano a fare tra loro dei contratti aventi a oggetto i propri compiti e a litigare in tribunale come privati qualunque non è granché desiderabi-

<sup>44</sup> Il problema è tra i più complessi e in ultima analisi ruota attorno all'annosa questione della distinzione tra attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni come del tutto distinta da un'attività di diritto pubblico. Il fatto è che non si dubita che anche nella prima le pubbliche amministrazioni perseguano interessi pubblici (si pensi a un contratto di concessione nell'ambito del cosiddetto partenariato pubblico-privato), ma in quel caso nessuno si pone il problema della patrimonialità o meno di tale interesse.

le. Una emarginazione dell'art. 15 LPA può, quindi, essere felicemente giustificata.

Questa strategia non è però compatibile con la suddetta direttiva interpretativa di ricondurre tutte le varie ipotesi di intese e accordi previste nella legislazione o impiegate nella prassi a istanze di accordi organizzativi ai sensi dell'art. 15 LPA. Questo, infatti, comporta una torsione del significato degli enunciati di tale articolo incompatibile con un livello minimo di coerenza testuale. Si è dimostrato, cioè, che né l'argomento della natura associativa dell'accordo organizzativo né quello della (presunta) mancanza di patrimonialità sono convincenti al fine di disinnescare l'applicazione agli accordi organizzativi dei principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti. Occorrerebbe, allora, fare esattamente il contrario, sostenendo che l'art. 15 LPA (e i principi in materia di obbligazioni e contratti) si applicano solo in quei casi in cui inequivocabilmente le amministrazioni abbiano inteso vincolarsi proprio ai sensi e per gli effetti dell'art. 15 LPA, espressamente richiamando questo articolo e le sue conseguenze. In tal caso, potrebbe dirsi, vi è la consapevolezza che si sta facendo, non un protocollo d'intesa, ma un 'contratto'. E nessuno firma un contratto a cuor leggero. L'art. 15 LPA fornisce un'opzione, non costringe le pubbliche amministrazioni a entrare in un accordo organizzativo.

Giunti a questo punto, è opportuno anche qui esplicitare che, a parere di chi scrive, vi sono casi in cui è desiderabile che gli impegni presi siano seri, nel senso di giuridicamente vincolanti, e a essere indesiderabile è la precomprensione del Consiglio di Stato. Uno di questi casi è il PATOM.

Vi è un ultimo profilo nelle sentenze sopra discusse che merita di essere ripreso, la corretta intuizione sulla specificità degli impegni – che solo se dettagliati divengono obblighi. Resta vero, vale a dire, sul piano fattuale, che la misura in cui l'esercizio del potere confluito nell'accordo può essere effettivamente rappresentato come adempimento di un'obbligazione dipende da come vengono diseguate le disposizioni dell'accordo stesso. In questo senso, pratico e non di qualificazione giuridica, le sentenze del Consiglio di Stato sollevano un problema di notevole rilevanza.

Se in un accordo (inequivocabilmente stipulato ai sensi dell'art. 15 LPA) si scrivesse, a esempio, che un certo Comune si impegna a prendere tutte le misure opportune per assicurare la sicurezza degli orsi in

qualche tratto di viabilità, allora, al di là del fatto di dover prendere una decisione in questo ambito, sarebbe arduo qualificare l'una o l'altra misura adottata in termini di adempimento / inadempimento dell'accordo. Rimane il fatto, peraltro, avente implicazioni 'civilistiche', che se il Comune restasse inerte, allora tale inerzia sarebbe comunque qualificabile in termini di inadempimento, legittimando le parti non inadempienti ad agire dinanzi al giudice.

Molto più adeguata e opportuna sarebbe, certo, una disposizione che stabilisse che il Comune si obbliga, entro la data *n*, a istituire su ben individuati tratti stradali, il limite di velocità di 30 Km/h. L'inerzia decorso il termine o la previsione di un limite diverso costituiscono fatti entrambi qualificabili come inadempimento e oggetto di azioni per l'esecuzione in forma specifica. Salvo quanto si accennerà alla fine sulla opportunità di prevedere nell'accordo organizzativo meccanismi di vigilanza sull'esecuzione, non si vede perché il giudice non potrebbe ordinarne l'esecuzione o sostituirsi.

Come vedremo nei prossimi paragrafi, le suddette incertezze e varietà di opzioni si riflettono sulla qualificazione giuridica del PATOM. Di rilievo, peraltro, è il fatto, accennato all'inizio di questo paragrafo, che nel passaggio dalla sua configurazione iniziale alle sue diverse iterazioni si assista a una evoluzione dalla forma 'protocollo d'intesa' a quella 'accordo ai sensi dell'art. 15 LPA'. Resta da vedere se e in che misura questo cambiamento di forma coincida con una diversa sostanza.

### 3. *Il PATOM tra 'mito' e realtà*

In base ai documenti preparatori e alle non molte altre fonti disponibili<sup>45</sup>, come già osservato, la forma inizialmente prevista per il PATOM fu il 'protocollo d'intesa' (da ora anche PI). Il testo di tale PI non è, a nostra conoscenza, mai stato ufficialmente pubblicato, ma è reperibile in quanto allegato ad alcuni atti di suo 'recepimento'<sup>46</sup> nonché in un docu-

<sup>45</sup> Per una più ampia disamina della documentazione relativa alla ideazione e promozione del PATOM v. E. CALICETI, *Il coordinamento amministrativo per la conservazione dell'orso bruno marsicano*, in corso di pubblicazione.

<sup>46</sup> Tale testo è, infatti, allegato alla deliberazione della Giunta regionale Abruzzo

mento tecnico dell'allora Ministero dell'ambiente, tutela del territorio e del mare<sup>47</sup>. Un testo non ufficiale del PATOM è stato, inoltre, pubblicato nel 2011 nella collana "Quaderni Conservazione della Natura"<sup>48</sup>. Da queste fonti risulta che il PI PATOM, promosso dalla Direzione generale per la protezione della natura del Ministero dell'ambiente, fu approvato il 16 novembre 2009 a Pescasseroli (AQ)<sup>49</sup> dai rappresentanti di numerose istituzioni territoriali ed altri enti pubblici<sup>50</sup>, sebbene non si evinca dai documenti esaminati chi rappresentasse i diversi enti convenuti e in base a quale legittimazione (delega o competenze proprie). Questa 'approvazione' era giunta al termine di un processo avviato con un primo PI nel 2006<sup>51</sup>. Gli aderenti a tale ultimo PI, avente come capofila la Regione Abruzzo, si impegnavano a "collaborare alla redazione di un Piano di azione Interregionale per la tutela dell'Orso marsicano", che avrebbe dovuto individuare "una strategia comune e condivisa d'intervento e raccordare, per quanto possibile, le azioni da intraprendere". In concreto, il Piano era stato, quindi, elaborato in seno alla Direzione generale per la protezione della natura del Ministero dell'ambiente con il supporto

14 giugno 2010, n. 469 di adesione al PATOM, su cui si veda poco oltre nel testo. Esso corrisponde al testo pubblicato nei Quaderni citati alla nota 48.

<sup>47</sup> Reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>48</sup> AA.VV., *Piano d'azione nazionale per la tutela dell'orso bruno marsicano* – PATOM, cit.

<sup>49</sup> Vedasi il documento tecnico del Ministero dell'ambiente sopra citato. Nell'allegato 3 a tale documento, intitolato "Mozione PATOM", si legge che "i soggetti firmatari del Protocollo di Intesa per la redazione del Piano di Azione Interregionale per la Tutela dell'Orso marsicano ... [quello del 2006 di cui infra nel testo, ndr] approvano la versione finale Piano di Azione per la Tutela dell'Orso marsicano (PATOM) allegata al presente documento".

<sup>50</sup> Questi sono gli enti, istituzioni e associazioni menzionati: MASE, Regioni (Abruzzo, Lazio, Molise, Marche), enti parco nazionali (Abruzzo-Lazio-Molise, Majella, Gran Sasso-Laga, Sibillini), enti parco regionali (Simbruini, Velino-Sirente, Lucretili, Duchessa), le Province (Roma, Pescara, L'Aquila, Frosinone), a cui si aggiungono le amministrazioni tecnico-scientifiche – Istituto Superiore di Ricerca per la Protezione Ambientale (ISPRA), Corpo Forestale dello Stato (in seguito soppresso) e Università La Sapienza di Roma, attraverso il Dipartimento di Biologia e Biotecnologie Charles Darwin, responsabile all'epoca di un importante progetto di ricerca sull'orso bruno marsicano. Tra i soggetti aderenti al protocollo compaiono anche tre associazioni, Federparchi, Legambiente e WWF.

<sup>51</sup> La copia di tale protocollo che si è potuto reperire è quella allegata alla deliberazione della Giunta Regionale Marche 1446/2007.

di vari ricercatori ed esperti riuniti in una segreteria tecnica<sup>52</sup>. In base all'art. 6, lett. J del PI 2006, le parti avrebbero poi dovuto adottare il piano con proprie deliberazioni ai fini di un'approvazione finale da parte del Ministero dell'Ambiente. Attraverso ricerche nella rete internet e nelle banche dati istituzionali si sono reperite delibere di adesione soltanto delle Regioni Lazio e Abruzzo. Non si è riusciti, invece, a rintracciare un formale atto di adozione, tra gli altri, della Regione Molise, degli enti parco, nonché l'approvazione del Ministro dell'Ambiente<sup>53</sup>.

Resta, pertanto, incerto se (e come) il PATOM sia mai entrato in vigore o se, invece, come sembra, esso sia rimasto allo stato di proposta. A tale proposta – all'idea del PATOM – si è, comunque, ispirata l'azione di alcune delle istituzioni sopra menzionate attraverso il ricorso a ulteriori accordi, sia pure con struttura e contenuti in parte diversi dall'originario PATOM. In particolare, analizzando i documenti presenti sul sito del MASE è possibile individuare un momento di cesura tra una prima fase (che chiameremo Fase 1), quella dell'elaborazione del PATOM oggetto dello schema di PI del 2009, e una Fase 2, consistente in una forma di attuazione del PATOM solo in parte riconducibile all'impianto iniziale. In particolare, in un verbale di una riunione dell'Autorità di gestione del PATOM (AdG)<sup>54</sup> del febbraio 2016, viene menzionato un "Protocollo di intesa per l'attuazione delle priorità d'azione" siglato in data 27 marzo 2014 tra le amministrazioni componenti dell'AdG, cioè il Ministero dell'ambiente, le Regioni Abruzzo, Lazio e Molise e il Parco nazionale Abruzzo, Lazio e Molise (PNALM). Nelle premesse di questo PI, si legge che in un incontro del 15 novembre 2013 si prese atto di "criticità che attualmente non consentono il pieno raggiungimento degli obiettivi

<sup>52</sup> In cui erano presenti i responsabili dei principali progetti di ricerca e conservazione sull'orso marsicano in Italia come si legge a p. 48 del documento tecnico sopra citato.

<sup>53</sup> Un dato significativo è che nella vicenda del PATOM non risultano mai coinvolti gli organi di governo a livello statale. Occorre, peraltro, dare atto del fatto che in atti successivi (in particolare gli accordi menzionati subito oltre nel testo) si riporta tra le premesse che il "Piano d'Azione per la Tutela dell'Orso bruno Marsicano (PATOM) [è stato] pubblicato nel 2011 a seguito dell'adozione da parte di tutte le amministrazioni interessate" (Accordo tra Pubbliche Amministrazioni per l'implementazione del Piano d'Azione per la tutela dell'Orso bruno marsicano- APA PATOM 2019-2021, reperibile sulla rete interconnessa).

<sup>54</sup> Su questa 'Autorità di gestione' ci soffermeremo ripetutamente più oltre.



del PATOM”<sup>55</sup>. Questa Fase 2 è, vale a dire, connotata, da una parte, dall’individuazione di priorità di azione che, come si vedrà più avanti, integrano quelle previste nel PATOM, preso atto della impraticabilità degli obiettivi originari; da un’altra parte, dalla sensibile riduzione del numero dei soggetti partecipanti alle intese. Questa riduzione include non solo le istituzioni territoriali (tutte le Province e la Regione Marche) e le aree protette nazionali e regionali all’infuori del PNALM e della Maiella, ma anche quelli tecnico-scientifici corresponsabili dell’avvio della Fase 1. A partire dal 2016 le suddette ‘azioni integrative’ – che rimarranno le sole per cui vengano assunti degli impegni in atti ufficiali riconducibili al PATOM – divengono, quindi, l’oggetto di tre accordi organizzativi ai sensi dell’art. 15 LPA, rinnovati di triennio in triennio<sup>56</sup>.

Alla luce di quanto ora esposto, la questione della natura giuridica del PI PATOM, allora, perde in parte di rilevanza, trattandosi di un atto rimasto nella sfera degli intenti politico-istituzionali di alcuni apparati delle istituzioni coinvolte<sup>57</sup>. Ciononostante, resta interessante analizzare i contenuti del PATOM 2009 – stipulando che esso sia in qualche modo entrato nell’area del giuridicamente rilevante – per tre motivi. In primo luogo, è possibile che gli apparati più direttamente coinvolti nelle descritte vicende fossero convinti dell’esistenza di un PATOM come atto giuridico valido ed efficace<sup>58</sup>. In secondo luogo, è necessario delineare

<sup>55</sup> Purtroppo, non è stato possibile reperire informazioni su quali fossero tali criticità.

<sup>56</sup> Il testo di tali accordi è reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>57</sup> Del protocollo d’intesa del 2006 risultano firmatari un direttore generale del Ministero dell’ambiente, alcuni assessori regionali e altri dirigenti o funzionari. Come detto, non si dispone di una copia sottoscritta del protocollo del 2009. Nel documento tecnico citato alla nota 43 si menzionano un ‘tavolo tecnico’ e un ‘tavolo istituzionale’ (p. 48). Nel secondo sono elencate soltanto figure appartenenti agli apparati burocratici delle diverse amministrazioni, oltre che rappresentanti di associazioni ambientaliste.

<sup>58</sup> Questa è, peraltro, la precomprensione da cui è partita la ricerca esposta nel presente articolo. Chi si approcci alla questione consultando la comunicazione istituzionale e discutendo con i protagonisti è portato a credere che esista un PATOM come formale atto giuridico. Nel “Rapporto Orso marsicano” pubblicato annualmente dal PNALM (reperibile sulla rete interconnessa), a partire dal 2017 compare una sezione, intitolata “Il PATOM e il futuro dell’Orso bruno marsicano”, in cui è reiterato il testo seguente: “Il Piano d’Azione per la Tutela dell’Orso Marsicano (PATOM) ha individuato un territorio nell’Appennino Centrale, esteso dal Parco del Matese a quello dei Sibillini, nel quale l’habitat idoneo potrebbe consentire la vita almeno a 70 femmine

con più precisione la differenza tra la Fase 1 e la Fase 2, chiarendo la relazione tra il progetto PATOM e i detti successivi accordi, considerando che nella prassi applicativa e soprattutto nella comunicazione istituzionale ci si riferisce all'uno e agli altri sempre come PATOM. In terzo luogo, è importante comprendere quali fossero gli obiettivi di salvaguardia e i meccanismi attuativi su cui si riteneva necessario l'accordo di tutte le autorità coinvolte e se essi siano ancora attuali.

### 3.1. I contenuti del PATOM

In primo luogo, il PATOM fissa un “obiettivo generale di conservazione”<sup>59</sup>, diviso in due macro-obiettivi: giungere entro il 2020 a un aumento dell'intera popolazione appenninica dell'ordine del 25%; ridurre del 50% la mortalità derivante da attività antropiche illegali rispetto al decennio 2000-2010. Il primo obiettivo richiedeva che si disponesse di una stima attendibile della popolazione. Nella prima parte del documento, intitolata “lo stato della popolazione”, il paragrafo sulla ‘consistenza numerica’ riferisce che stime attendibili della consistenza della popolazione erano state prodotte solo a partire dal 2008 e che il numero di orsi – riferito però solo al territorio del Parco nazionale d'Abruzzo, Lazio e Molise (PNALM) e alla sua zona di protezione esterna – si aggirava intorno ai 40 individui<sup>60</sup>. Quanto al secondo macro-obiettivo, sebbene il paragrafo sulla mortalità non quantificasse il numero di animali morti per cause umane nel suddetto decennio, esistevano statistiche del PNALM e

di orso e a oltre 200 orsi complessivi. È questo l'orizzonte futuro per evitare l'estinzione dell'orso marsicano. Ne saremo capaci?”.

<sup>59</sup> AA.Vv., *Piano d'azione nazionale per la tutela dell'orso bruno marsicano*, cit., § 2.1, p. 23.

<sup>60</sup> Due successive stime della popolazione, effettuate tra il 2011 (P. CIUCCI E AL., *Estimating abundance of the remnant Apennine brown bear population using multiple noninvasive genetic data sources*, in *Journal of Mammalogy*, 2015, 96, pp. 206-220) e il 2014 (nell'ambito del progetto Life Arctos: P. CIUCCI E AL., *Ex post non invasive survey of the core Apennine bear population (Ursus arctos marsicanus) in 2014* – Project LifeNAT/IT/000160 “ARCTOS” – Action E3), mediante la tecnica della raccolta e campionamento genetico del pelo, hanno portato a un risultato di 50 orsi. Si può ritenere questo un numero più attendibile di quello riportato nel documento PATOM, redatto prima che questi dati fossero disponibili.

del CFS sul numero minimo di orsi deceduti per cause antropiche negli ultimi 40 anni.

La novità di maggior rilievo sta nel modo stesso di formulazione di tali obiettivi, essendo questi quantificabili e, quindi, misurabili. In questo modo si ponevano le premesse per la verifica nel tempo dell'efficacia della strategia, altro punto qualificante del PATOM.

All'enunciazione di tali due macro-obiettivi segue uno "Schema della strategia di conservazione"<sup>61</sup>, che individua tre 'linee strategiche' principali. La prima e seconda linea strategica riguardano l'obiettivo dell'incremento della popolazione e l'espansione dell'areale. Si tratta di due aspetti strettamente connessi e costituenti l'architavre del PATOM. Il numero di orsi marsicani, particolarmente basso, infatti, non può aumentare se non aumenta il loro areale. In base alle conoscenze sulla specie nel mondo, la densità di orsi bruni nell'area PNALM è già elevata e pertanto soltanto l'espansione in altre aree idonee dell'Appennino centrale può garantire l'incremento numerico della popolazione<sup>62</sup>. Al riguardo, vengono introdotte due nozioni chiave per l'identificazione delle ricadute territoriali del PATOM, quelle di 'aree critiche' e di 'aree di connessione'. Le prime, per qualità e abbondanza di risorse, sono particolarmente idonee alla presenza e riproduzione degli orsi. Le seconde, sono quelle che, per collocazione e tipo di habitat, consentono agli orsi di disperdersi su larga scala raggiungendo nuove aree critiche<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> AA.VV., *Piano d'azione nazionale per la tutela dell'orso bruno marsicano*, cit., , p. 24, paragrafo 2.2.

<sup>62</sup> AA.VV., *Piano d'azione nazionale per la tutela dell'orso bruno marsicano*, cit., pp. 23-24.

<sup>63</sup> Su questo punto sembra utile sottolineare un aspetto non sempre chiaro ai non addetti ai lavori. Per quanto importante sia stata la politica di istituzione dei parchi nazionali come serbatoi di biodiversità e ricostituzione di equilibri ecologici compromessi, questa non è sufficiente ad assicurare la conservazione delle stesse specie per cui tali aree rappresentano un rifugio. Il caso del PNALM, istituito nel 1922 per salvaguardare l'orso, oltre che il camoscio appenninico è emblematico (v. la cosiddetta "Relazione Sipari", redatta dal primo Presidente del Parco, Erminio Sipari, in occasione della prima riunione della Commissione Amministratrice dell'Area protetta, istituita per legge, il 17 maggio 1923, reperibile sulla rete interconnessa). L'orso marsicano è simbolicamente associato da sempre con quel Parco nazionale, ma se restasse 'confinato' al suo interno (cosa mai realmente avvenuta) sarebbe condannato all'estinzione. Si dovrebbe, in questo modo, comprendere anche da quest'ulteriore punto di vista

La terza linea strategica concerne la riduzione della mortalità per cause antropiche.

A queste si aggiungono altre tredici linee strategiche, che possono essere considerate strumentali alle prime e, quindi, all'obiettivo generale di tutela. Per esempio, il controllo dell'attività venatoria<sup>64</sup> attraverso l'istituzione delle aree contigue (A2)<sup>65</sup>, il contrasto all'uso di veleni, il controllo del comparto zootecnico sono strumentali alla riduzione della mortalità. La regolazione dei flussi turistici, la gestione degli ambienti forestali<sup>66</sup>, il governo dei conflitti con l'agricoltura e la zootecnia, la gestione degli 'orsi confidenti' sono strumentali all'incremento della popolazione e dell'areale. Altri obiettivi sono trasversali, come la formazione degli operatori tecnici per le attività sul campo, la comunicazione pubblica, il monitoraggio sull'andamento della popolazione (a partire dalla sua consistenza), la ricerca scientifica. L'azione trasversale più importante riguarda l'istituzione di una 'autorità di gestione' (AdG), su cui torneremo più avanti, perché è uno degli elementi più interessanti per tracciare una valutazione e un bilancio del PATOM.

Le linee strategiche sono, a loro volta, declinate in azioni di gestione e conservazione e suddivise in sei aree di intervento. La prima è quella che si riferisce all'obiettivo di fondo dell'incremento ed espansione della popolazione (A); la seconda concerne la gestione dei conflitti (B); la ter-

l'importanza dell'approccio – proprio dei piani d'azione – fondato sulle specie e non solo sulla perimetrazione di territori specialmente protetti.

<sup>64</sup> In particolare, la caccia al cinghiale, tradizionalmente condotta in 'braccata', per non interferire con il ciclo vitale dell'orso dovrebbe avvenire soltanto 'in girata', con l'impiego di un solo cane altamente specializzato, detto limiere, piuttosto che con una muta di cani.

<sup>65</sup> Una sorta di aree-cuscinetto a ridosso dei Parchi che le Regioni, d'intesa con gli Enti parco, dovrebbero individuare ai sensi dell'art. 32 della L. 394/1991. In queste aree, d'intesa oltre con gli organismi di gestione delle aree naturali protette con gli enti locali, sono stabilite misure di disciplina della caccia, della pesca, delle attività estrattive.

<sup>66</sup> La gestione delle foreste in funzione della conservazione degli orsi è intuitivamente fondamentale. L'azione B6 concerne "l'elaborazione di linee guida per la gestione forestale nelle aree di presenza dell'orso e la loro diffusione e conoscenza presso le amministrazioni competenti e i responsabili della pianificazione forestale. L'adozione delle linee guida deve essere considerata obbligatoria nella redazione dei piani di assestamento forestale e nella pianificazione delle operazioni di utilizzo forestale in generale".

za, la comunicazione (C); la quarta, la ricerca scientifica (D); la quinta, la 'normativa' (E); la sesta, il coordinamento e l'attuazione del piano (F).

Una notazione importante riguarda il carattere di urgenza posto a base del PATOM. Per motivi filogeografici, storici e genomici, la popolazione di orso appenninico è soggetta a minacce di sopravvivenza che si acquiscono con il trascorrere del tempo. Secondo gli scienziati, infatti, il susseguirsi delle generazioni di orsi (ogni circa 10-12 anni) comporta un progressivo impoverimento della variabilità genetica<sup>67</sup>. Questo carattere di urgenza è strettamente legato alla dimensione emergenziale del PATOM (v. par. 3.3).

In definitiva, questa rapida analisi è sufficiente a mostrare quanto ambiziosi e ben congegnati fossero gli obiettivi del PATOM. Su questa base, per avere un metro di valutazione dell'impatto potenziale delle azioni di gestione e conservazione sugli apparati delle autorità pubbliche coinvolte, proveremo a distinguere i poteri 'messi in comune' utilizzando la chiave della distinzione tra compiti di indirizzo politico e compiti di gestione.

### *3.2. Politica e amministrazione nel disegno delle azioni a tutela dell'orso*

Si può tracciare un'approssimativa distinzione tra due fondamentali tipi di misure che le azioni di gestione e conservazione postulano. Il primo tipo concerne compiti gestionali spettanti agli organi burocratici di una o più delle amministrazioni coinvolte. Il secondo tipo concerne vere e proprie politiche che coinvolgono gli organi di governo delle istituzioni aderenti al protocollo d'intesa. Si tratta di una distinzione che assomiglia, pur non coincidendo, con quella operata dal Consiglio di Stato per discriminare tra obblighi e impegni politici discussa nel paragrafo 2.

È appena il caso di ricordare che questa distinzione fa riferimento al principio della separazione tra compiti di indirizzo politico e compiti di gestione amministrativa alla base del funzionamento delle amministrazioni pubbliche in Italia. Secondo l'art. 4 del D.Lgs 165/2001, spetta agli organi burocratici (i dirigenti) la gestione amministrativa, cioè "l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finan-

<sup>67</sup> A. BENAZZO e AL., cit.

ziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo”. Agli organi di governo (Ministri, consigli, giunte, ecc.) compete l’adozione degli atti di indirizzo politico tra cui: a) le decisioni in materia di atti normativi e l’adozione dei relativi atti di indirizzo interpretativo e applicativo; b) la definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l’azione amministrativa e per la gestione; c) l’individuazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale; d) la definizione dei criteri generali in materia di ausili finanziari a terzi e di determinazione di tariffe, canoni e analoghi oneri a carico di terzi; e) le nomine, designazioni ed atti analoghi ad essi attribuiti da specifiche disposizioni.

Nel PATOM, le azioni riconducibili all’obiettivo dell’incremento ed espansione della popolazione (area A) riguardano prevalentemente atti di indirizzo politico-amministrativo, anche se (come sempre nello svolgimento di attività amministrative) esse devono fondarsi su una solida base tecnico-scientifica. Si prendano, a esempio, le azioni A3, “Aree di connessione”, e A4, “Aree di nuova presenza”, in base a quanto sopra osservato tra le più rilevanti. Il primo passo, secondo il PATOM, è realizzare una cartografia delle aree di connessione e di presenza, stabile e occasionale, attuale o potenziale, accompagnata da indirizzi per la gestione dei fattori di disturbo e dei conflitti. Questi indirizzi prevedono misure per ‘favorire’ l’eliminazione dei conflitti potenziali con le attività umane e la diminuzione dei ‘fattori di disturbo’, tra cui impianti sciistici ed energetici e le strade. A dispetto del linguaggio circospetto, si fa riferimento qui a vincoli e divieti ad attività economiche per salvaguardare l’ambiente vitale per gli orsi.

Se la cartografia e l’identificazione di fattori di disturbo sono compiti che nel PATOM sono affidati essenzialmente all’Università e al ‘Tavolo tecnico’ (v. par. 3.3), gli indirizzi di gestione, nella misura in cui diano luogo a regole che incidono sull’uso dei suoli e sulle attività economiche devono essere necessariamente adottati in una forma appropriata dagli organi di governo delle istituzioni pubbliche dotate dei necessari poteri. Le azioni A3 e A4, si legge nel PATOM, chiamano in causa la responsabilità decisionale delle amministrazioni regionali e degli enti di governo delle aree protette. Il che significa, in concreto, dei consigli regionali e

dei consigli direttivi degli enti parco. La responsabilità decisionale degli organi di governo è del tutto evidente, per fare un altro esempio, nell'azione E1 sulla revisione della disciplina normativa, come le norme per l'utilizzo di sostanze tossiche in agricoltura, per le attività zootecniche, venatorie, ecc., che richiederebbero l'emanazione di leggi e regolamenti ai vari livelli di governo. È qui evidente l'asimmetria tra gli organi verso cui tali obblighi sono diretti e i soggetti concretamente coinvolti nel PI, costituente la più evidente anomalia del processo in esame.

Per prendere, invece, un esempio di azioni del secondo tipo, l'Azione B5, "Gestione orsi confidenti", riguarda compiti di tipo prevalentemente tecnico-scientifico, come tali di competenza di apparati burocratici. L'esemplificazione potrebbe continuare, ma non occorre dilungarsi nella descrizione delle numerose azioni previste (ben ventitré).

### *3.3. L'autorità di gestione del PATOM in quanto progetto d'interesse (ed emergenza) nazionale*

È fondamentale soffermarsi, peraltro, sul coordinamento e l'attuazione del Piano, l'area d'intervento (F), facente perno sull'istituzione di un'Autorità di gestione, assistita da un Tavolo tecnico. Rimandando a quanto discusso nel paragrafo 2, si tratta in questo caso dell'aspetto più spiccatamente organizzativo degli accordi tra amministrazioni, fisiologicamente caratterizzati da una comunione di scopo.

L'Autorità di Gestione (AdG) è definita "autorità di coordinamento territoriale" per la gestione del piano, formata da rappresentanti del Ministero, delle tre Regioni e del PNALM. I poteri di questa Autorità sono descritti, però, nel PI PATOM in termini ambigui. Da una parte, si fa riferimento a compiti di mero coordinamento informativo e di stesura di un rapporto annuale. Dall'altra parte, si stabilisce di adottare un regolamento interno per "le modalità di approvazione delle decisioni, documenti e progetti... funzionali all'applicazione del PATOM"<sup>68</sup>. Il ruolo di questa autorità resta, in breve, indeterminato, se di carattere istruttorio e di impulso oppure decisionale in sede di applicazione del piano.

L'ambiguità è accresciuta da un passaggio contenuto nello schema di

<sup>68</sup> AA.VV., *Piano d'azione nazionale per la tutela dell'orso bruno marsicano*, cit., p. 46.

strategia di conservazione: “il processo del PATOM ha illustrato efficacemente che il coordinamento tra enti e istituzioni molto diverse tra loro, pur nella loro genuina comunità di intenti, non è in grado di svolgere il ruolo proattivo e prescrittivo necessario alla realizzazione di un’impresa strategicamente impegnativa su tanti fronti diversi come deve essere il Piano per la conservazione dell’orso marsicano. Ogni ente ha limitazioni diverse (competenza territoriale, capacità tecniche, possibilità economiche, livello di interesse, ecc.) e il coordinamento non è sufficiente, né esiste alcun soggetto che, da solo, sia in grado di conservare l’orso, nemmeno il PNALM. *È necessario rilanciare la conservazione dell’orso come un grande progetto di interesse (e emergenza) nazionale e affidarne la realizzazione ad un’autorità di coordinamento della gestione, che abbia capacità di intervento su tutti i comparti sopra menzionati. In eventi catastrofici o per grandi opere questa forma di gestione si è rivelata efficace, e la conservazione dell’orso è ad un punto al quale non sono più ammessi compromessi o tentativi. Qualsiasi forma di coordinamento alternativa sarebbe necessariamente parziale e inefficace*”<sup>69</sup>. L’obiettivo che, in particolare, il brano evidenziato delinea è notevole, alludendo, nemmeno troppo velatamente, all’“amministrazione pubblica dell’emergenza”<sup>70</sup>. Prese sul serio, queste parole configurano l’AdG come un’autorità che prende e attua – anche in luogo delle singole autorità partecipanti – tutte le decisioni relative alle azioni del PATOM. Facendo leva su queste parole per un’interpretazione del PATOM secondo l’argomento della ‘volontà del legislatore’, saremmo portati a scegliere l’opzione per un’AdG con poteri decisori. In realtà, l’assenza di norme sia sui suoi poteri sia sulle modalità di monitoraggio ed esecuzione di azioni e obiettivi rende implausibile tale interpretazione. In effetti, la vocazione ‘commissariale’ che ispirerebbe l’AdG e l’intero PATOM è completamente assente nell’esperienza applicativa, su cui ci soffermeremo nel prossimo paragrafo.

Il Tavolo tecnico costituisce, a sua volta, la segreteria tecnica dell’AdG, con compiti di elevata consulenza scientifica. I componenti, figure professionali altamente qualificate, avrebbero dovuto essere designati

<sup>69</sup> Ivi., pp. 26-27, corsivo aggiunto.

<sup>70</sup> V. A. FIORITTO, *L’amministrazione dell’emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2009.



dall'AdG consultando il CFS, Legambiente e WWF. Come si spiegherà più avanti, questo organismo ha avuto vita breve.

È opportuno, infine, menzionare che il PI indica in una sezione a parte dieci “Obiettivi specifici con carattere di urgenza che costituiscono il programma di lavoro” dell'AdG per i primi due anni<sup>71</sup>. Non è chiaro in che modo tali obiettivi siano correlati alle azioni (e relativi tempi) già descritte. Essi sembrano essere una sintesi di diverse delle ventitré azioni.

#### 4. *Dal ‘manifesto’ del 2006 a una incerta ed episodica attuazione*

Delineare il percorso attuativo del PATOM relativamente alle ventitré azioni previste, è per certi versi semplice, poiché esso (indipendentemente dalla questione della sua entrata in vigore) è rimasto sostanzialmente sulla carta, come osservato in precedenza descrivendo il passaggio dalla Fase 1 alla Fase 2. Con l'avvio della Fase 2, il PI del 2014, nel richiamare l'urgenza di “completare l'attuazione degli obiettivi” del primo biennio, li integra con nuove priorità individuate dal Tavolo tecnico del PATOM. Le ‘azioni prioritarie’ elencate dall'art. 2 del PI 2014 sono le seguenti: lotta alla pratica dei bocconi avvelenati; prevenzione dei rischi connessi al traffico automobilistico; prevenzione della trasmissione di malattie da parte del bestiame domestico e dei cani randagi; monitoraggio genetico; istituzione delle aree contigue; miglioramento delle indagini per l'accertamento delle cause di mortalità degli orsi. In effetti, dal 2014 in poi, il riferimento al Piano d'Azione diviene una formula di stile e le ventitré azioni di cui questo si compone, così come i dieci obiettivi prioritari, non verranno più presi in considerazione. I tre accordi stipulati a partire dal 2016, pertanto – cui alle amministrazioni precedenti si aggiungono l'ente Parco Nazionale della Majella e il Corpo Forestale dello Stato – risultano assai distanti dallo schema di PI del 2009. Tutti hanno per oggetto ‘azioni prioritarie’ individuare dall'AdG, che ricalcano grossomodo quelle integrative menzionate poco sopra, e recano tra le premesse la formula “nell'ambito delle periodiche riunioni dell'AdG PATOM è emersa la necessità di superare le criticità che attualmente non consentono il pieno

<sup>71</sup> AA.VV., *Piano d'azione nazionale per la tutela dell'orso bruno marsicano*, cit., p. 28.

raggiungimento degli obiettivi del PATOM e una efficace tutela dell'Orso bruno marsicano"<sup>72</sup>.

Si può ritenere che la relativa maggiore formalizzazione che connota la Fase 2 indichi la volontà di passare da un'intesa sul piano politico-istituzionale a un genuino 'accordo organizzativo'. Su questa interpretazione pesa, naturalmente, l'approccio del Consiglio di Stato sopra discusso (paragrafo 2). Per un verso, di là dal *nomen*, come sappiamo anche un protocollo d'intesa può assumere la sostanza di un accordo *ex art.* 15 LPA. Per altro verso, questo non è sufficiente a determinare che gli impegni previsti costituiscano obblighi/obbligazioni. Sia come sia, nonostante il passaggio dalla forma 'debole' del PI a quella 'forte' dell'accordo organizzativo, gli impegni – quelli che nel testo degli accordi sono chiamate "azioni prioritarie e sinergiche tra le amministrazioni" – divengono viepiù indeterminati, non essendo stabiliti obblighi e responsabilità a carico di ciascun soggetto coinvolto. In sostanza, la potenziale vincolatività dell'accordo – qualora si acceda alla ricostruzione degli accordi organizzativi qui difesa – è indebolita dalla genericità delle sue clausole. Oltre a difettare la previsione di misure eventualmente coercibili a carico delle diverse amministrazioni in relazione alle competenze di ciascuna, assente è la disciplina degli aspetti finanziari, dei tempi, delle sanzioni per l'inadempimento, dei meccanismi per risolvere le controversie, delle penali. Nell'accordo 2022-24 la sola previsione al riguardo è all'art. 5, rubricato "monitoraggio e verifica periodica delle attività svolte", secondo cui "ferme restando le attività dell'Autorità di Gestione e del Tavolo tecnico previsti dal PATOM, il Ministero della transizione ecologica dedicherà una unità di personale al monitoraggio delle attività svolte in attuazione del presente accordo e assicurerà la predisposizione di una relazione periodica da sottoporre a tutti i soggetti firmatari del presente accordo".

<sup>72</sup> *Accordo tra Pubbliche Amministrazioni per l'implementazione del Piano d'Azione per la tutela dell'Orso bruno marsicano - APA PATOM 2022-2024* (reperibile sulla rete interconnessa). In questo accordo le "azioni primarie e sinergiche" riguardano: la messa in sicurezza delle fonti alimentari di origine antropica onde prevenire il fenomeno degli orsi confidenti e problematici; l'istituzione e la regolamentazione delle aree contigue; la prevenzione dei rischi connessi al traffico veicolare su autostrade, strade statali, provinciali e comunali e piste forestali; la prevenzione e gestione dei rischi connessi alla trasmissione di malattie, con particolare riferimento al controllo sanitario del bestiame pascolante allo stato brado e alla gestione dei cani e del randagismo; il monitoraggio genetico e di popolazione nell'intero areale dell'orso.

A parte una certa formalizzazione, l'aspetto che più distingue la Fase 2 dalla Fase 1 è che, mentre il PI 2009 ruota attorno all'esercizio di funzioni di indirizzo politico-amministrativo, negli accordi successivi queste, praticamente, scompaiono, a eccezione dell'istituzione delle aree contigue. Questo cambiamento potrebbe essere stato dettato dall'esigenza di superare la criticità dell'impianto giuridico del PATOM consistente nel fatto che i rappresentanti delle amministrazioni partecipanti alla fase 2006-2009 erano perlopiù sprovveduti del potere di impegnare l'ente di appartenenza rispetto alla maggior parte delle azioni previste, in particolare quelle appartenenti alla sfera 'politico-istituzionale', per usare il linguaggio del Consiglio di Stato. Paradossalmente, allora, nel momento in cui si adotta una tecnica giuridicamente più avvertita e gli accordi organizzativi risultano preceduti, quantomeno, da deliberazioni delle giunte regionali e dei consigli direttivi degli enti parco, il contenuto dispositivo del PATOM viene 'dequotato' a perseguire obiettivi assai meno ambiziosi di quelli originariamente previsti.

#### *4.1. Una verifica empirica*

Meno agevole è valutare la 'fortuna' del PATOM su un piano puramente empirico. L'ipotesi da considerare è che gli obiettivi del PATOM siano stati comunque almeno in parte realizzati a prescindere dall'esistenza di obblighi giuridicamente vincolanti. Un indizio contrario a tale ipotesi è la ricordata premessa inserita nel testo degli accordi della Fase 2 sull'esistenza di ostacoli al "pieno raggiungimento degli obiettivi del PATOM". Per tentare di effettuare tale verifica (in assenza di documenti ufficiali al riguardo) si sono utilizzati tre tipi di fonti. Il primo è il citato "Rapporto Orso", pubblicato annualmente dal PNALM, divenuto, anche a seguito di una determinazione dell'AdG, una sorta di organo di informazione ufficiosa del PATOM; il secondo è costituito dalle testimonianze raccolte nel corso dei seminari indicati alla nota 1 del presente lavoro; il terzo è costituito dalle tre relazioni sullo stato di avanzamento dell'attività disponibili sul sito del MASE riguardanti gli anni 2018-2021.

Se per obiettivi del PATOM intendiamo quelli originari (Fase 1), allora il loro 'non pieno' raggiungimento suona come un eufemismo. Incrociando le informazioni raccolte nel modo suddetto, proprio i due macro-obiettivi e le connesse linee strategiche non sono stati conseguiti né

perseguiti. Non risultano, infatti, adottate le misure e le politiche relative alle azioni di incremento ed espansione della popolazione (aree critiche, aree di connessione, aree di nuova presenza), che avrebbero dovuto culminare nell'inclusione di tutto l'areale centrale di presenza dell'orso in un unico sito d'importanza comunitaria (azione A5). Tra le più importanti azioni strumentali, non risultano avviate la 'rifondazione' dell'intero comparto zootecnico "con un'azione coordinata tra Regioni, Comuni, ASL e aree protette" di cui si legge nell'obiettivo n. 9<sup>73</sup>, il programma di ricerca scientifica in funzione degli obiettivi di conservazione (azione D1<sup>74</sup>), le linee guida per la gestione forestale nelle aree di presenza dell'orso. Inoltre, non è mai stato allestito il sito web del PATOM. Anche da questo, evidentemente, dipende la difficoltà di acquisire informazioni attendibili. È evidente come in assenza delle azioni previste, gli obiettivi cui tali azioni erano strumentali difficilmente saranno stati conseguiti. In assenza, del resto, di dati ufficiali sulla consistenza della popolazione non è possibile determinare se vi sia stato un incremento o un decremento nel numero di orsi o una espansione del loro areale, gli obiettivi fondamentali del PATOM.

#### 4.1.1. Il ruolo dell'Autorità di gestione e il destino del Tavolo tecnico

Nel malcerto confine tra essere e dover essere il caso più interessante di attuazione/inattuazione del PATOM è quello dell'AdG. Nelle fonti consultate non si è trovata traccia di una sua formale istituzione, attraverso un atto ministeriale<sup>75</sup> o un accordo tra le parti che ne indicasse precisamente composizione, compiti e funzionamento. Ciononostante, come si desume dai verbali delle sue riunioni, a partire dal 2016 pubblicati sul sito MASE, un organismo chiamato AdG ha operato e continua operare.

<sup>73</sup> AA.Vv., *Piano d'azione nazionale per la tutela dell'orso bruno marsicano*, cit., p. 25.

<sup>74</sup> V. in particolare intervento di P. CIUCCI nel corso del seminario dell'8 aprile 2022, intitolato *Le politiche di gestione degli orsi confidenti* (reperibile sulla rete interconnessa).

<sup>75</sup> In base al PI 2009, l'attivazione dell'autorità di gestione sarebbe dovuta avvenire, a cura del Ministero, entro tre mesi dalla sottoscrizione del PATOM. Non essendo stata tale sottoscrizione, probabilmente, mai completata, è lecito supporre che anche l'AdG non sia mai stata ufficialmente istituita. In ogni caso, non è stato possibile reperire documenti al riguardo.

A esso, come osservato poco sopra, si riferiscono gli accordi organizzativi della Fase 2. Questo funzionamento dell'AdG è, dunque, indicativo di una certa forza normativa esercitata dal PATOM nei confronti degli apparati in esso più direttamente coinvolti.

Cosa fa, dunque, l'AdG? Tornando all'alternativa interpretativa di cui al paragrafo 3.3, dalla lettura dei verbali delle sue riunioni, cui partecipano come uditori i rappresentanti di alcune associazioni ambientaliste, emerge che essa non assume normalmente provvedimenti di alcun tipo. Le sue adunanze costituiscono, piuttosto, occasioni (periodiche) in cui vengono discusse proposte relative alle azioni da intraprendere, spesso dettate dall'urgenza, nonché per la condivisione di informazioni. Al più, vengono a volte registrati 'impegni' da parte dei rappresentanti delle amministrazioni presenti ad assumere determinate iniziative<sup>76</sup>. In definitiva si tratta più che altro di 'tavoli di lavoro' di aggiornamento e confronto su temi vari attinenti alla tutela dell'orso appenninico tra funzionari e tecnici. Questa è una modalità operativa che può essere ricondotta a un criterio di buona amministrazione, relativamente allo svolgimento dei compiti degli apparati burocratici, deducibile dall'art. 14.1 LPA sulla "conferenza di servizi istruttoria". Questa è indetta dall'amministrazione procedente quando lo ritenga opportuno per effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici. Lungi dal sottovalutarla, una siffatta modalità di collaborazione istruttoria può essere ascritta tra i risultati positivi del processo PATOM. Meglio, ovviamente, confrontarsi tra funzionari ed esperti che operare in modo isolato. Il fatto è che questo ha poco o nulla a che fare con il PATOM come 'piano d'azione'.

Come si è osservato in precedenza, il Tavolo tecnico costituiva la segreteria tecnica dell'AdG e secondo l'aspirazione iniziale questo organismo avrebbe dovuto consentire quella stretta aderenza a un approccio scientifico delle azioni da intraprendere e della loro verifica nel tempo che era uno dei principi alla base del PATOM. Secondo quanto si evince,

<sup>76</sup> A titolo di esempio, nel verbale della riunione del 25 settembre 2019 si legge che la "Reg. Abruzzo si impegna ad emanare al più presto gli atti amministrativi necessari al riconoscimento formale della Rete [di monitoraggio, ndr] e si impegna anche ad individuare a stretto giro un referente regionale. Inoltre, per il corretto funzionamento della stessa Rete ha già individuato i fondi allocati sulle attività previste dal PATOM (20.000 euro)" (p. 4). Il documento è reperibile sulla rete interconnessa.

però, dai verbali delle riunioni dell'AdG<sup>77</sup>, in luogo di un unico Tavolo tecnico<sup>78</sup> furono promossi 'gruppi di lavoro' tematici (zootecnia, monitoraggio, aspetti sanitari, ecc.), che avrebbero dovuto produrre pareri tecnici sulla base di cronoprogrammi definiti secondo dettagliate indicazioni dell'AdG. Nella riunione dell'AdG del 10 novembre 2016 e nelle sei riunioni che seguono sino al luglio 2018 si prende, in effetti, atto in varie occasioni dei pareri tecnici redatti da quattro gruppi di lavoro, che però non vengono pubblicati sul sito. Dal 2019 in avanti, tuttavia, non si trova più alcun riferimento nei verbali dell'AdG sia al Tavolo tecnico sia a eventuali pareri dei gruppi di lavoro, lasciando pensare che l'uno e gli altri non abbiano più operato.

Questi dati sembrano giustificare l'osservazione secondo cui il processo PATOM abbia a un certo punto sostanzialmente messo da parte quell'approccio *science-based* che ispirava l'originario documento PATOM<sup>79</sup>.

#### 4.1.2. L'attuazione degli obiettivi della Fase 2

Sebbene non con riferimento agli obiettivi essenziali, vi sono indizi che portano a ritenere che degli effetti siano comunque scaturiti dal processo PATOM.

Alcuni risultati sono genericamente attribuiti al PATOM dagli interventi di differenti attori coinvolti nel processo raccolti nei fascicoli annuali del Rapporto Orso del PNALM. L'affidamento del coordinamento dei compiti vigilanza al Corpo Forestale dello Stato (oggi Carabinieri forestali) e la creazione di nuclei cinofili antiveleno in 'area PATOM' vengono ricollegati al PI del 2014<sup>80</sup>. La predisposizione di una 'cartografia PATOM', a cura dell'Unione Zoologica Italiana, su incarico del Ministero dell'ambiente, è anch'essa genericamente ricondotta all'"ambito del

<sup>77</sup> V., in particolare, riunione del 24 febbraio 2016 (reperibile sulla rete interconnessa).

<sup>78</sup> Di cui non si sono reperite informazioni sulla eventuale istituzione nel corso della Fase 1.

<sup>79</sup> Per tale giudizio v. P. CIUCCI, intervento al seminario su *Le politiche di gestione degli orsi confidenti*, cit.

<sup>80</sup> Natura protetta - Estate 2016, p. 28 (reperibile sulla rete interconnessa).

PATOM”<sup>81</sup>. Nell’istituzione della Rete di Monitoraggio della popolazione di orso marsicano per l’Abruzzo e Molise vi è un ruolo di primo piano dell’AdG che ha adottato i documenti tecnici e i protocolli operativi redatti dai tecnici dei Parchi proponenti (PNALM e PNM)<sup>82</sup>. Al PATOM viene ricondotta anche l’istituzione delle ‘aree contigue’<sup>83</sup>, come abbiamo visto uno dei pochi obiettivi originari sopravvissuto nella Fase 2, nonché l’emanazione da parte della Regione Abruzzo di una legge regionale (9 giugno 2016, n. 15) su “Interventi a favore della conservazione dell’Orso bruno marsicano”, che dispone (modesti) finanziamenti annuali relativi “all’attività PATOM”<sup>84</sup>. Infine, in questi rapporti si nota un frequente riferimento – soprattutto negli anni 2016 – 2019 – a un’“area PATOM” per indicare l’areale dell’orso al di fuori del PNALM e la necessità di operare in modo sinergico in tale ampio territorio interregionale.

Per il periodo 2018 – 2021 disponiamo di dettagliate relazioni sullo stato di avanzamento delle attività oggetto degli accordi PATOM<sup>85</sup>, vale a dire delle suddette azioni integrative. Si tratta di tre documenti curati da uno zoologo<sup>86</sup> su incarico del PNALM, nei quali vengono elencati gli impegni assunti dai singoli attori e le attività svolte. Tra queste ultime sono inclusi atti e misure non previsti negli accordi (a esempio la suddetta legge regionale abruzzese o la estensione dei confini del PNALM), a conferma del fatto che anche in questo caso il PATOM è considerato una sorta di collettore di informazioni relative ad azioni comunque incidenti sulla tutela dell’orso da condividere tra i vari attori coinvolti. D’altronde, come detto, le azioni previste negli accordi in questione sono indicate in modo piuttosto generico e lasciano, quindi, ampio spazio per una pluralità di modalità di intervento<sup>87</sup>. Senza che sia qui possibile esaminare

<sup>81</sup> Natura protetta - Estate 2017, p. 62 (reperibile sulla rete interconnessa).

<sup>82</sup> Natura protetta - Estate 2018, p. 28 (reperibile sulla rete interconnessa).

<sup>83</sup> Natura Protetta - Primavera 2019, p. 74 (reperibile sulla rete interconnessa).

<sup>84</sup> Natura protetta - Estate 2017, p. 64.

<sup>85</sup> *Relazione finale attuazione APA PATOM 2019-2021 – dicembre 2021; Relazione stato avanzamento APA PATOM 2020-2021 – dicembre 2020; Relazione finale supporto AdG PATOM 2018-2019 – dicembre 2019*, reperibili sulla rete interconnessa.

<sup>86</sup> Si tratta di A. DI CROCE, ex referente dell’AdG per conto del MASE. Per la sua testimonianza v. l’intervento al seminario su *Le politiche concordate per la tutela dei grandi mammiferi: il caso del PATOM*, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>87</sup> A titolo esemplificativo si consideri che nell’azione “riduzione degli impatti legati alle attività antropiche” attribuite alla Regione Lazio si includono l’adozione di un

in dettaglio queste relazioni, in linea di massima si nota che le azioni indicate come ultimate coincidono con quelle di cui ai ‘rapporti orso’, con l’aggiunta significativa del divieto della caccia al cinghiale “in braccata” in alcune aree dell’Abruzzo e del Lazio. A ogni modo, anche questi documenti si limitano a indicare atti e provvedimenti adottati, in corso di adozione o da adottare più che a fornire indicazioni sui risultati eventualmente raggiunti attraverso una valutazione degli effetti di tali misure.

Dai dati esaminati, possiamo trarre due considerazioni di sintesi. In primo luogo, emerge che i detti ‘risultati’ sono ricondotti dai diversi attori all’idea o ideale del PATOM più che costituire l’attuazione di misure previste nell’originario PI o anche negli accordi della Fase 2. Si può, allo stesso tempo, plausibilmente sostenere che l’attività di consultazione e coordinamento informale tra i diversi apparati coinvolti abbia favorito l’adozione di atti e lo svolgimento di attività raccomandati in ‘ambito PATOM’.

In secondo luogo, va riconosciuto che se si fa riferimento ai risultati in termini concreti, cioè all’effettivo raggiungimento degli obiettivi sostanziali del PATOM – vale a dire l’estensione dell’areale degli orsi e l’aumento della popolazione – questi non sono stati effettivamente perseguiti e, come già osservato, presumibilmente non raggiunti *aliunde*. D’altra parte, il passaggio alla Fase 2 avvenne proprio a causa dell’impraticabilità dei più rilevanti obiettivi del PATOM.

##### 5. *Riflessioni conclusive. La ‘lezione’ del PATOM e il suo futuro. La tutela dell’orso appenninico come strategia di coesione sociale e territoriale*

In questo ultimo paragrafo, dapprima, sintetizzeremo e riordineremo quanto emerso nei paragrafi precedenti per cercare di individuare i tratti essenziali e i maggiori problemi del processo chiamato PATOM. Questo

nuovo calendario venatorio, il posizionamento di alcune recinzioni elettrificate a difesa di colture, il rafforzamento della sorveglianza del territorio attraverso l’attribuzione della qualifica di agente di polizia giudiziaria ai guardiaparco regionali anche nei siti della Rete Natura 2000 (v. A. DI CROCE, *Relazione sullo stato di avanzamento dell’A.P.A. PATOM 2016-2018 - Accordo tra Pubbliche Amministrazioni per l’implementazione del Piano d’Azione per la tutela dell’Orso bruno marsicano (PATOM) nel biennio 2016/2018*, reperibile sulla rete interconnessa).



servirà a formulare, quindi, alcune osservazioni sulle prospettive di tale processo, presumibilmente utili anche in termini generali in riferimento alle politiche di tutela della biodiversità.

Il primo risultato dell'analisi svolta è che non può parlarsi del Piano d'Azione per l'orso marsicano come di un atto da cui sprigionino dirette conseguenze giuridiche. Il PATOM, per esso intendendo sia il documento messo a punto nel 2009 sia l'idea o lo spirito da questo espressi, resta una manifestazione di intenti relativa all'attuazione coordinata di buone prassi. PATOM, potremmo dire, è oggi una sintesi verbale per indicare genericamente le pratiche di una 'comunità di intenti' che include pezzi di amministrazioni pubbliche, associazioni ed esperti, per tentare di coordinare alcune delle azioni (spesso di natura occasionale ed emergenziale) preordinate alla tutela dell'orso.

Diverso è il discorso relativo agli accordi, ispirati al PATOM, stipulati tra alcune delle istituzioni promotrici del protocollo d'intesa 2009 a partire dal 2014. Questi sono accordi organizzativi ai sensi dell'art. 15 LPA da cui scaturiscono gli effetti giuridici propri di tale tipologia di 'moduli convenzionali'. Stabilire quali siano questi effetti richiede, però, di misurarsi con un duplice problema. Da una parte, vi è il profilo generale discusso nel secondo paragrafo, vale a dire il presunto carattere solo politico-istituzionale di impegni contenuti in accordi che limitino l'esercizio futuro di poteri conferiti dalla legge ai rispettivi enti in base a un orientamento del Consiglio di Stato. Quest'ultima posizione, che si è criticata perché contraddice la *ratio* e l'utilità di tali accordi, rischia di ricacciare nella sfera dell'irrilevanza giuridica qualunque tentativo di formalizzare i piani d'azione di specie a rischio mediante accordi organizzativi. Da un'altra parte, vi è il profilo del contenuto. La mancanza di precise disposizioni da cui dedurre specifiche obbligazioni rappresenta comunque un fattore di debolezza degli accordi, anche qualora si acceda a un'interpretazione favorevole alla loro vincolatività. In proposito si rinvia alle esemplificazioni fornite alla fine del paragrafo 2 e all'analisi svolta nel paragrafo 4.

Carente è, inoltre, il contenuto specificamente organizzativo (strutturale) degli accordi PATOM, anche qui sotto due distinti profili. Il primo è l'assenza di indicazioni sulle procedure di attuazione delle azioni da intraprendere e sui rimedi, ove a rilevare è soprattutto l'incerta configurazione dell'AdG. Il secondo profilo riguarda la 'rappresentatività' dei

soggetti partecipanti agli accordi, nel senso di un insufficiente o mancato coinvolgimento degli organi di indirizzo politico muniti dei poteri necessari a realizzare gli obiettivi del PATOM.

### 5.1. *Due soluzioni innovative e una incrementale*

Partendo dalle suddette criticità, possiamo, infine, *de iure condendo*, chiederci se e come riformare il PATOM. A questo proposito una posizione pragmatica, ispirata a un approccio incrementale<sup>88</sup>, consiglierebbe di accontentarsi dei modesti risultati che la suddetta comunità d'intenti ha prodotto, consentendo un certo scambio di informazioni e la discussione di problemi comuni. Un simile approccio implica un marcato scetticismo nei confronti di politiche che mirino a realizzare le innovazioni non incrementali che caratterizzavano l'originario disegno del PATOM<sup>89</sup>.

Senza qui poter affrontare il problema delle condizioni che consentano il successo di politiche non meramente incrementali<sup>90</sup>, la domanda che un ipotetico innovatore<sup>91</sup> dovrà comunque porsi è se le premesse da cui il PATOM/Manifesto del 2009 muoveva siano ancora valide. A giudicare dalle informazioni, per quanto incomplete, di cui disponiamo sullo stato della popolazione degli orsi appenninici, ancora a elevato rischio

<sup>88</sup> C. LINDBLOM, *The Science of Muddling Through*, in *Pub. Adm. Rev.*, 19, 1959, p. 79.

<sup>89</sup> Alla base del modello di analisi delle decisioni sulle politiche pubbliche che si è sviluppato sulle orme dell'influente articolo di Lindblom citato alla nota precedente le sole decisioni che possono avere successo sono quelle che si distaccano marginalmente dallo *status quo*.

<sup>90</sup> V. B. DENTE, *Le decisioni di policy*, Bologna, 2011, p. 50 ss.

<sup>91</sup> *Ibid.*, 86. Anche l'innovatore, che è necessariamente il promotore di una decisione di *policy*, deve assumere una postura realista, prendendo atto del contesto e apprendendo dalle lezioni del passato. Un tema interessante, da rinviare ad altra sede, è quale figura potrebbe assumere il ruolo di promotore nell'ipotetico processo decisionale di riforma del PATOM. Da quanto emerso dall'attività di ricerca da cui il presente lavoro scaturisce, all'epoca della sua promozione questo ruolo fu svolto dall'allora Direttore generale per la protezione della maturo e del mare del Ministero dell'ambiente Pier Luigi Fiorentino. Utilizzando le categorie di B. DENTE (*Ibid.*, p. 78), si trattava di un attore la cui logica di azione in un processo decisionale è prevalentemente legale-burocratica. Per quanto si osserverà più avanti nel testo, il promotore dovrebbe essere un attore politico, in grado di scambiare nel processo decisionale la risorsa del consenso, la più preziosa nei processi decisionali di politiche pubbliche.

d'estinzione, le ragioni per un Piano d'Azione a loro tutela restano attuali. Le aree di connessione, quelle di nuova presenza e quelle critiche sono ancora sulla carta; la ricerca scientifica è ferma; la gestione forestale su scala interregionale, la regolazione e il controllo della zootecnia, del traffico, degli interventi infrastrutturali restano una necessità così come le azioni di comunicazione e informazione per sensibilizzare la cittadinanza<sup>92</sup>. Come osservato al par. 3.1 vi sono ragioni specificamente biologiche che comportano che il tempo giochi a sfavore della sopravvivenza della popolazione di orso appenninico, anche se, in ipotesi, fosse completamente eliminata la mortalità per cause antropiche.

Se si filtrano questi dati con i principi costituzionali (con il dover essere giuridico) si può sostenere che il carattere prioritario dell'obiettivo della tutela dell'orso appenninico sia oggi persino rafforzato. Gli obblighi internazionali per la conservazione dell'orso, strumentali a una più ampia politica di tutela della biodiversità, sono oggi amplificati dall'essere stato incluso tale obiettivo tra i principi fondamentali della Costituzione secondo quanto recita l'art. 9.3 novellato nel 2022. Inoltre, la transizione ecologica (il cosiddetto Green Deal) è diventato obiettivo prioritario dell'Unione Europea, di cui la Strategia per la biodiversità 2030<sup>93</sup> è parte integrante.

Ciò posto, una prima strategia – che potremmo definire ottimale, ma poco realistica nell'attuale congiuntura politica<sup>94</sup> – è quella di ripartire

<sup>92</sup> Il Progetto Life dell'Unione Europea 2021-26 *Enhancing the viability of Brown Bears in Central Italy and Greece through the development of coexistence corridors* (reperibile sulla rete interconnessa), avente come capofila la NGO *Rewilding Europe*, cui partecipano molte delle istituzioni coinvolte nel PATOM, mira a promuovere azioni sul piano sociale e culturale per favorire la coesistenza tra il plantigrado e le comunità locali.

<sup>93</sup> Pubblicata dalla Commissione UE il 20 maggio 2020, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>94</sup> Nonostante la tendenza a una maggior considerazione della biodiversità nell'agenda politica a livello globale (V. ANDERSON, *Biodiversity loss has finally got political – and this means new thinking on the left and the right*, in *The Conversation*, reperibile sulla rete interconnessa; I. MAUZ, C. GRANJOU, *The construction of biodiversity as a political and scientific problem*, in *Sciences Eaux and Tettitoires*, 2011, 03-bis, pp. 10-13), questo non sembra essere il caso dell'Italia, a esempio analizzando i programmi elettorali delle elezioni politiche 2022 (*Wired, Cosa dicono su ambiente e clima i programmi elettorali dei partiti*, reperibile sulla rete interconnessa). Si consideri, di recente, l'esempio della posizione fortemente contraria assunta dalle forze di centro-

dall'idea della salvaguardia dell'orso appenninico come politica di emergenza nazionale. Come si è visto, vi è un passaggio dell'originario documento-PATOM che ambiva a modellare l'Autorità di gestione sull'amministrazione dell'emergenza. Poiché la conservazione dell'orso marsicano, come specie-bandiera e 'ombrello', è un obiettivo essenziale per la tutela della biodiversità, vi sarebbero tutte le condizioni per una legge (o meglio un decreto-legge) che istituisse e finanziasse un'amministrazione dell'emergenza per l'orso marsicano, come, citando alla rinfusa, è stato fatto con l'emergenza rifiuti in Campania, il Commissario per l'Expo 2015 o quello per la riqualificazione del Parco archeologico di Pompei. Il 'commissario', in questo caso, potrebbe, peraltro, ben essere l'AdG, eretta in un vero organo collegiale. Quanto ai poteri dell'autorità, questi dovrebbero essere disegnati tenendo conto degli obiettivi del PATOM e in modo da renderli effettivi e credibili. Si pensi alle misure relative al governo del territorio e alla mobilità nella cosiddetta "area PATOM", rispetto alle quali occorrerebbe prevedere meccanismi di coinvolgimento degli enti locali, sia pure a carattere consultivo. Si tratterebbe, quindi, di una sorta di modello commissariale temperato, nel senso che l'ispirazione al coordinamento istituzionale paritario tra più livelli di governo potrebbe trovarvi spazio nella composizione dell'autorità commissariale.

Anche senza un intervento di rango legislativo, vi è un modello di concertazione presente nella legislazione italiana cui un innovatore particolarmente determinato potrebbe ispirarsi. Si tratta della programmazione negoziata, prevista nell'art. 2, comma 203, L. 23 dicembre 1996, n. 662, che individua una serie di strumenti specifici di coordinamento istituzionale, tra cui le "intese istituzionali" e gli "accordi di programma-quadro", da utilizzare per gli "interventi che coinvolgono una molteplicità di soggetti pubblici e privati e implicano decisioni istituzionali e risorse finanziarie a carico delle amministrazioni statali, regionali e delle province autonome nonché degli enti locali"<sup>95</sup>. La programmazione negoziata, al di là del giudizio sulla sua efficacia, è stata impiegata per diverse politiche

destra nei confronti della *Nature Restoration Law*, parte della strategia europea per la biodiversità, approvata, con un risicato margine, dal Parlamento europeo il 12 luglio 2023 (documento reperibile sulla rete interconnessa).

<sup>95</sup> Sulla programmazione negoziata cfr. A. CONTIERI, *Strumenti di programmazione negoziata: la con sensualità per lo sviluppo: i principi*, Napoli, 2000; M. CENTORRINO, G.F. LO PRESTI, *Strumenti di sviluppo locale: la programmazione negoziata: dalla nascita*

pubbliche, tra cui quelle di coesione sociale e territoriale in raccordo con l'Unione europea. Un caso interessante ai nostri fini è quello della “Strategia nazionale per le aree interne”, curata dall’Agenzia per la coesione territoriale, che “punta a intervenire, investendo sulla promozione e sulla tutela della ricchezza del territorio e delle comunità locali, valorizzandone le risorse naturali e culturali, creando nuovi circuiti occupazionali e nuove opportunità”. La procedura che porta al finanziamento dei programmi per lo sviluppo delle aree interne si articola in tre fasi. La selezione delle aree, svolta congiuntamente da tutte le amministrazioni centrali presenti all’interno del Comitato Tecnico Aree Interne e dalla Regione o Provincia autonoma interessata; l’approvazione della Strategia d’area da parte del Dipartimento per le politiche di coesione; la sottoscrizione dell’accordo di programma quadro, attraverso cui le parti assumono gli obblighi per l’attuazione degli obiettivi definiti nelle Strategie d’area<sup>96</sup>.

In linea di principio, nulla escluderebbe che la politica di tutela di una specie ‘ombrello’ come l’orso marsicano sia considerata veicolo di “promozione e ... tutela della ricchezza del territorio e delle comunità locali, valorizzandone le risorse naturali e culturali” e, pertanto, posta a base di una strategia di sviluppo locale<sup>97</sup>. Analizzando gli accordi di programma-quadro stipulati, si evince, però, che in nessuna delle strategie esistenti si prevedono azioni che coniughino la tutela della biodiversità con lo sviluppo dei territori<sup>98</sup>.

L’idea che le politiche finalizzate alla tutela delle risorse naturali – tra cui i piani di azione – debbano essere parte integrante delle altre politiche pubbliche – in particolare di quelle per la coesione sociale e

*alle recenti evoluzioni*, Vicenza, 2005; R. CUONZO, *La programmazione negoziata nell’ordinamento giuridico*, Padova, 2007.

<sup>96</sup> V. Agenzia per la coesione territoriale, *Strategia per le aree interne*, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>97</sup> È interessante notare come nelle 72 aree interne per cui sono stati sottoscritti accordi quadro rientrano la buona parte dei territori dell’areale attuale e potenziale dell’orso appenninico: Gran Sasso, Valle Subequana, Valle del Giovenco, Val Roveto, Alto Aterno (Abruzzo); Monti Reatini, Monti Simbruini, Valle del Comino (Lazio); Matese, Mainarde, Alto Sannio (Molise); Alto Maceratese e Ascoli Piceno (Marche). V. Agenzia per la coesione territoriale, *Informativa sullo stato di avanzamento dell’attuazione degli APQ nell’ambito della Strategia Nazionale per le Aree Interne*, 9 febbraio 2022, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>98</sup> V. le fonti citate alla nota precedente.

territoriale – non trova riscontri sul piano della prassi politica e amministrativa. Questo, invece, è il punto cruciale, poiché per rendere credibili ed effettive strategie di conservazione in scenari complessi e fortemente antropizzati come quelli europei le politiche di tutela della biodiversità devono integrarsi nella più generale azione di governo<sup>99</sup>.

In ogni caso, lo schema offerto dall'accordo di programma-quadro risponde a esigenze di stringente coordinamento. Questo, secondo l'art. 2, comma 203, lett. c) L. 662/1996, deve stabilire “i soggetti responsabili dell'attuazione delle singole attività e interventi ... gli impegni di ciascun soggetto, nonché del soggetto cui competono poteri sostitutivi in caso di inerzie, ritardi o inadempienze; ... i procedimenti di conciliazione o definizione di conflitti tra i soggetti partecipanti all'accordo... le risorse finanziarie occorrenti per le diverse tipologie di intervento, a valere sugli stanziamenti pubblici o anche reperite tramite finanziamenti privati ... le procedure e i soggetti responsabili per il monitoraggio e la verifica dei risultati”. La disposizione si chiude precisando, a scanso di equivoci, che “l'accordo di programma quadro è vincolante per tutti i soggetti che vi partecipano”<sup>100</sup>.

Il riferimento alla programmazione negoziata non è, peraltro, indispensabile, poiché clausole relative agli aspetti menzionati nella disposizione citata possono senz'altro essere stabilite in un 'ordinario' accordo organizzativo. Il punto davvero rilevante del riferimento alla programmazione negoziata riguarda piuttosto il fatto che le azioni previste sono correlate alle risorse finanziarie e gli obblighi, in quanto di carattere trasversale a più settori (istruzione, sanità, ambiente, lavoro, trasporti, ecc.), assunti al livello dell'indirizzo politico generale dei soggetti partecipanti.

<sup>99</sup> La questione è oggetto di un importante filone di ricerca di carattere interdisciplinare. V. S. SARKKI E AL., *Are national biodiversity strategies and action plans appropriate for building responsibilities for mainstreaming biodiversity across policy sectors? The case of Finland*, in *Journal of Environmental Planning and Management*, 59, 2016, pp. 1377-1396; U. REBER E AL., *Integrating biodiversity: a longitudinal and cross sectoral analysis of Swiss politics*, in *Policy Sciences*, 55, 2022, pp. 311-335; OECD, *The Political Economy of Biodiversity Policy Reform*, Parigi, 2017, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>100</sup> Ci si può domandare se questi accordi di programma-quadro siano anch'essi una *species del genus* “accordi organizzativi” ai sensi dell'art. 15 LPA. Stando al riferito orientamento della giurisprudenza amministrativa (v. § 2) si direbbe di sì, ma non è possibile dilungarsi qui sul punto.

La strada della costruzione di un percorso di questo tipo richiederebbe un profondo cambiamento culturale degli attori istituzionali nell'approccio alle strategie di conservazione della biodiversità. Essa è, perciò, probabilmente persino più irrealistica di una soluzione legislativa<sup>101</sup>. Resta il fatto che se si parte dalla considerazione della necessità e desiderabilità di un piano di azione che persegua efficacemente gli ambiziosi obiettivi del PATOM, occorre che questo sia ricollocato in un diverso contesto, caratterizzato non da intese tra amministrazioni 'esperte' – necessariamente deboli indipendentemente dalla forma assunta – ma dall'assunzione di responsabilità da parte degli attori istituzionali che abbiano il potere di definire e attuare gli indirizzi politico-amministrativi e di assumere decisioni di bilancio.

Resta l'approccio incrementale, vale a dire – preso atto della estrema difficoltà di perseguire un progetto tanto ambizioso – puntare a consolidare l'attività di auto-coordinamento comunque sperimentata in questi anni. Posto che anche l'approccio incrementale implica un cambiamento, sia pure marginale, questo avrebbe a oggetto la riconfigurazione del PATOM sulla falsariga delle azioni in esso previste riconducibili a funzioni di gestione (monitoraggio, scambio di informazioni, gestione degli orsi problematici, comunicazione). Questo sarebbe strumentale a fornire una più solida infrastruttura giuridica alla 'comunità d'intenti', come sopra la si è definita, che opera in tali ambiti. Il profilo principale, a parere di chi scrive, consiste nel conferire una più chiara legittimazione all'autorità di gestione del PATOM, che implica stabilirne chiaramente – attraverso una sorta di accordo-quadro – compiti e dotazioni (anche finanziarie).

Se l'approccio incrementale sia sufficiente a salvare l'orso bruno marsicano dall'estinzione è questione su cui, ovviamente, chi scrive non ha alcuna risposta da offrire.

<sup>101</sup> I due approcci non sono mutualmente esclusivi. Una legge potrebbe, a esempio, istituire un'autorità di gestione secondo il modello dell'amministrazione emergenziale e poi affidare la costruzione della strategia a strumenti analoghi a quelli della programmazione negoziata.

## ABSTRACT

*Biodiversity protection – Big carnivores – Action plans – Institutional coordination*

*The article discusses the Action Plan for Protecting the Apennine Bear (PATOM) as an illustrative case of using contractual-like modes between public authorities to solve biodiversity challenges.*

*By analysing the process and implementation of PATOM and how its structure and objectives have changed over time, the paper casts light on a misalignment between the original science-based approach and the PLAN's realisation. In particular, neither the Managing Authority envisaged in the Plan as encompassing all the many bodies and institutions involved in the policies affecting Bear's survival has been instituted nor have the most crucial actions envisaged been implemented. After analysing this up-shot's possible legal and political causes, the article discusses reviving and boosting the conservation strategy by distinguishing between optimal but unlikely and incremental but underachieving solutions.*



## Logica del “tipo normativo di problema” applicata alle “variazioni edilizie essenziali”, con particolare riguardo alle traslazioni abusive ed al coinvolgimento d’interessi paesaggistico-ambientali (Parte I)

PAOLO COTZA

SOMMARIO: 1. Problematiche connesse alla tecnica redazionale di co-esistenti discipline. – 1.1. Premessa sulla base dell’“aggregato normativo” (complesso) pertinente alle variazioni edilizie essenziali: perplessità in ordine alle scelte di politica e tecnica legislativa ... – 1.2. ... correlate criticità nella ricostruzione del regime ... – 1.3. ... nonché, nell’applicazione giurisprudenziale. Prime conclusioni. – 2. Ermeticità testuale di un aggrovigliato “aggregato normativo”. – 2.1. Implicazioni: profili di dubbia legittimità costituzionale ... – 2.2. ... supposizioni invalse fra i commentatori (o assunte come tali) in punto di (possibilità di) schemi normativi sottesi alle “disposizioni”; *pro* e *contra* di un’impostazione esclusivista. – 3. Inconferenza di certa parabola legislativa a livello regionale. – “Viatico” di metodo. – 4. Intuizioni dell’indagine sociologica e sviluppo di modelli dogmatici della giuridicità. Abiura di un’apologia della ragionevolezza. Implicazioni in punto di tutela. Prime conclusioni. – 5. Obiezioni alla dottrina del “diritto vivente”. – 6. Interesse pubblico: da mero “requisito” dell’atto ad una nozione epistemologicamente “matura”. – 7. Pensiero problematico e discipline “regionali”. – 8. Dal “sistema logico” alla “logica (della differenziazione) sistemica”. Il “tipo normativo di problema” come paradigma correlato a quel *novum*. – 9.1. Implicazioni. Interrogativi connessi. – 9.2. Sostituzione dei “concetti-sostanza” con “concetti-funzione”. – 10. Apporto del pensiero dogmatico alle manifestazioni dell’ordinamento “orientate verso il passato”. Limiti. – 11. Approdo ad un’accezione aggiornata di discrezionalità amministrativa “pura”. – Collaudo applicativo sull’“aggregato normativo” di riferimento. – 12.1. Implicazioni del metodo avanzato nell’interpretazione del regime delle variazioni edilizie essenziali. “Rivisitazione” del regime delle modifiche sostanziali di parametri urbanistico-edilizi ... “ovvero” della localizzazione dell’edificio sull’area di pertinenza. – 12.2. Implicazioni ulteriori anche in relazione ad interessi paesaggistico-ambientali.

## PARTE I

1. *Problematiche connesse alla tecnica redazionale di co-esistenti discipline*

1.1. *Premessa sulla base dell'“aggregato normativo” (complesso) pertinente alle variazioni edilizie essenziali: perplessità in ordine alle scelte di politica e tecnica legislativa ...*

Ai sensi della vigente disciplina nazionale, determina “totale difformità”, la *species* di abuso materiale che si riscontra in caso di

“1. (...) realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione, da quello oggetto del permesso stesso, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile”<sup>1</sup>.

Solo a quel punto (evidentemente) il Legislatore nazionale si è occupato della categoria delle “variazioni edilizie essenziali”, con una premessa che ha contribuito significativamente all'articolarsi della disciplina ed al complessificarsi del suo trattamento applicativo:

“1. (...) le regioni stabiliscono quali siano le variazioni essenziali al progetto approvato, tenuto conto che l'essenzialità ricorre esclusivamente quando si verifica una o più delle seguenti condizioni:

- a) mutamento della destinazione d'uso che implichi variazione degli standards previsti dal decreto ministeriale 2 aprile 1968, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 97 del 16 aprile 1968;
- b) aumento consistente della cubatura o della superficie di solaio da valutare in relazione al progetto approvato;
- c) modifiche sostanziali di parametri urbanistico-edilizi del progetto approvato ovvero della localizzazione dell'edificio sull'area di pertinenza;
- d) mutamento delle caratteristiche dell'intervento edilizio assentito;
- e) violazione delle norme vigenti in materia di edilizia antisismica, quando non attenga a fatti procedurali”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Art. 31, D.P.R. n. 380/2001.

<sup>2</sup> Art. 32, D.P.R. n. 380/2001 cit.

Tralasciando di estendere il discorso a discipline di dettaglio e contermini (es., interventi su immobili sottoposti a vincolo, “parziali difformità”, “tolleranze costruttive”<sup>3</sup>), l'impressione che, *de iure condito*, tende a delinearci è innanzitutto quella per cui la Legislazione regionale si sarebbe dovuta sentire indotta ad assumere maggiore consapevolezza in ordine ai propri margini di autonoma determinazione.

A voler essere più espliciti: per un verso, laddove l'interesse sotteso alla disciplina nazionale “di principio” sia quello ad assicurare l'ordinato governo del territorio (lett. ‘a’, ‘b’, ‘c’, ‘d’, di cui al comma 1 del cit. art. 32, D.P.R. n. 380/2001); l'irragionevolezza intrinseca nell'elusione di una *ratio* omogeneizzante del trattamento (“sanzionatorio/sanante”) da riservare per l'intero ambito nazionale ad abusi evidentemente reputati (a torto od a ragione) assimilabili per disvalore, avrebbe dovuto spingere i Legislatori regionali a recepire senza eccezioni le relative previsioni, limitandosi (all'occorrenza) ad una disciplina di dettaglio “identitario”<sup>4</sup>.

Per altro verso, un intervento di selezione emendativa, sempre a livello regionale, si sarebbe potuto ammettere rispetto a fattispecie (lett. ‘e’ di cui al comma 1 del cit. art. 32, D.P.R. n. 380/2001) per le quali non possono configurarsi le menzionate controindicazioni (a pena d'incostituzionalità), in ragione di fattori esulanti dalla volontà (politica) degli stessi Legislatori “locali” (così potrebbe concludersi che il fatto violativo non integri gli estremi della variazione essenziale limitatamente a regioni dal rischio sismico estremamente ridotto al punto da risultare non apprezzabile)<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Per cui cfr.: art. 32 cit., comma 3, D.P.R. n. 380/2001; art. 34, D.P.R. n. 380/2001 cit. (il cui comma 2 *ter*, abrogato dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76, così recitava “Ai fini dell'applicazione del presente articolo, non si ha parziale difformità del titolo abilitativo in presenza di violazioni di altezza, distacchi, cubatura o superficie coperta che non eccedano per singola unità immobiliare il 2 per cento delle misure progettuali”); art. 34-*bis*, D.P.R. n. 380/2001 cit., come introdotto dal D.L. n. 76/2020.

<sup>4</sup> Tale da non sovvertire la triplice esigenza di compromesso: di evitare significativi scostamenti di regime a livello “locale” (se non termini minimi di uniformità con riguardo all'aspetto sia previsionale che di trattamento) rispetto a certa parametrizzazione; di stimolare le regioni a dotarsi di una disciplina propria, “identitaria” (in quanto sensibile alle criticità più diffuse nelle corrispondenti circoscrizioni territoriali); (in via residuale) di supplire alle regioni che non si siano prodigate in una normazione *ad hoc*.

<sup>5</sup> Conducendo il ragionamento a conseguenze estreme, è (quasi) come se la disciplina nazionale avesse riguardato la tutela di un interesse primario attinente alla

### 1.2. ... correlate criticità nella ricostruzione del regime

In attesa di un “ripensamento” (eppertanto, di un intervento riparatore) di diritto positivo (sia nazionale che regionale), nell’ottica politica come di tecnica legislativa, la traslazione delle annotazioni introduttive sul piano propriamente giuridico impone all’interprete uno sforzo al limite del sincretismo: tanto è disarmante la condizione di quel dato (irrimediabilmente intricato e gravido d’incongruenze), quanto sterile si dimostra il corrispondente formante giurisprudenziale<sup>6</sup>.

L’esempio più eclatante proviene dalla pretesa disamina accorpata delle variazioni essenziali attinenti alla localizzazione dell’edificio, previa (sia pur) succinta trattazione di quella denominata “modifiche di parametri urbanistico-edilizi”. Tale *modus procedendi*, non risponde alla sola esigenza di ricalcare pedissequamente il dato di diritto positivo come un conforme ordine espositivo impresso dalla generalità dei commentari.

In quest’ottica, valga di esordire che, quanto alle modifiche sostanziali di parametri urbanistico-edilizi, se ne può registrare certa convergenza con la fattispecie di cui alla prec. lett. ‘b’ (atteso che le dimensioni di cubatura o della superficie di solaio integrano, a loro volta, altrettanti parametri urbanistico-edilizi idonei a qualificare l’intervento). Pertanto, nella pres. lett. ‘c’ si deve intendere rientrano, in via residuale, le modifiche sostanziali di parametri urbanistico-edilizi diversi (es., relativi all’altezza, al numero dei piani, alle distanze ed ai distacchi).

A sua volta la giurisprudenza si è limitata a puntualizzare che il rife-

rete di comunicazioni aventi ad oggetto il trasporto di merci, annoverando violazioni relative anche a quello marittimo, e rivolgendosi ad una molteplicità di Regioni fra cui, una o più, prive di sbocchi al mare: come tali “legittimate” a non recepire quella parte di previsioni, dal momento che una eventuale violazione sarebbe *de facto* irrilevante.

D’altronde, un argomento testuale che confligge con soluzioni indiscriminate viene offerto, dallo stesso T.U. dell’edilizia ove, all’art. 83, tratta delle costruzioni in “zone dichiarate sismiche” e dei “relativi valori differenziati del grado di sismicità da prendere a base per la determinazione delle azioni sismiche e di quant’altro specificato dalle norme tecniche” (altresì, *ivi*, art. 62). Cfr. pure il D.L. n. 32/2019 che ha introdotto l’art. 94-*bis*, D.P.R. n. 380/2001, con articolazione degli interventi a fini sismici (ed i relativi adempimenti amministrativi) in “rilevanti”, “di minore rilevanza” e “privi di rilevanza nei confronti della pubblica incolumità” (articolazione meglio specificata nel d.m. 30 aprile 2020).

<sup>6</sup> Come nel caso recente di Cass. pen., Sez. III, 22 ottobre 2021, n. 37946.

rimento normativo cade esclusivamente su modifiche in senso peggiorativo<sup>7</sup>.

Se poi si ha riguardo a come la Legislazione regionale ha declinato i criteri ed i valori-soglia, al pari di quanto registrato a proposito della condizione di cui alla lett. ‘b’, può distinguersi fra: una percentuale fissa; altrimenti, calcolata in forma inversamente proporzionale al superamento di diverse soglie di dimensionamento della superficie o del volume di progetto assentiti.

A questa stregua, basti solo di osservare che, dal momento in cui ciascuna Regione ha fissato differenziatamente i presupposti per l’applicazione dello strumentario sanzionatorio di cui agli artt. 31 e 44, T.U. cit., sul territorio nazionale, tale regime si è prestato al promovimento di questioni di compatibilità con il principio di riserva di legge statale che negherebbe a quella regionale qualsivoglia possibilità d’intervento in materie di rilevanza penale.

Ciò premesso (secondo la prospettiva che vorrebbe la *species* di cui si è fatto cenno rientrare, per antonomasia, fra quelle che obbediscono al modello della fattispecie legale d’ispirazione dissuasivo-sanzionatoria, con previsione di parametri “rigidi”, a tutela di un ben definito interesse primario – governo del territorio –), non sfuggono le ben più delicate questioni scaturenti da modifiche (sostanziali) della localizzazione del manufatto edilizio rispetto all’area di pertinenza. Infatti, la traslazione o la rotazione su assi in quanto tali (per definizione giuridica) non incidono necessariamente né sui parametri urbanistico-edilizi del progetto assentito (come potrebbe essere in caso di correlata violazione delle disposizioni in punto di distanze e distacchi), né sulle “caratteristiche” dell’intervento di trasformazione (di cui alla succ. lett. ‘d’ dell’art. 32, comma 1 cit.)<sup>8</sup>.

Assumendo ad esemplificativo termine di riferimento (oltreché quella nazionale) la Legislazione sarda, si tenterà di formulare qualche annotazione con riguardo alle implicazioni di un intervento attuativo a livello regionale che venga “agganciato” a parametri di ubicazione, “al netto”

<sup>7</sup> Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5496.

<sup>8</sup> Un riscontro in tal senso proviene dalla giurisprudenza secondo la quale si determina variazione essenziale quando le modifiche al progetto assentito attengono alla “sagoma”, alla superficie coperta, alla struttura interna ed alla destinazione dell’edificio; altrimenti determinandosi una variante minore, si da non comportare il rilascio di un nuovo permesso di costruire (Cons. Stato, Sez. V, 2 aprile 2001, n. 1898).

di quelli che condizionano concettualmente (oggettivamente) l'interesse pubblico ad una trasformazione ordinata del territorio. Stavolta, sarebbe infatti sufficiente (per concludere nel senso della gravità dell'abuso) che vi sia coincidenza delle "sagome a terra" sostanzialmente ridotta o inferiore al 50 per cento (rispett. secondo il dettato della legge nazionale e di quella regionale specificamente in esame)<sup>9</sup>.

Dunque, di tal fatta, la differenza tra variazioni, essenziale e non tale, può risultare rimessa anche ad un presupposto (ancorché "rigido") di mera descrittività "indipendentemente" (per rifarsi proprio alla lettera della disciplina sarda nanti cit.) dalla considerazione (pur intrinseca) del (grado di) disvalore giuridico del fatto: pertanto, "contro natura" (*id est*, rispetto all'interesse "primario" sotteso all'aggregato normativo di riferimento).

In buona sostanza:

- per quanto spiegato in termini di non rispondenza al criterio del

<sup>9</sup> Cfr. lett. 'd' di cui al comma 1 del vigente art. 5, L.R. Sardegna, n. 23/1985. "1. Per variazioni essenziali rispetto al progetto approvato si intendono quelle che, realizzate senza rispettare le disposizioni di cui all'articolo 7 ter, hanno determinato almeno una delle seguenti condizioni:

a) mutamento della destinazione d'uso incompatibile con la destinazione di zona o che implichi variazioni in aumento dei limiti e dei rapporti previsti dal decreto dell'Assessore degli enti locali, finanze e urbanistica 20 giugno 1983, n. 2266/U (Disciplina dei limiti e dei rapporti relativi alla formazione di nuovi strumenti urbanistici ed alla revisione di quelli esistenti nei Comuni della Sardegna) salvo che l'interessato non ceda ulteriori aree ad integrazione della quota prevista in rapporto alla mutata destinazione d'uso;

b) aumento superiore al 10 per cento della cubatura;

c) riduzione in misura superiore al 10 per cento di uno dei seguenti parametri:

1) distanza da altri fabbricati;

2) distanza dai confini di proprietà;

3) distanza dalle strade;

d) indipendentemente dalle previsioni di cui alle lettere a), b) e c), modifica della localizzazione dell'edificio all'interno del lotto urbanistico di pertinenza determinata a seguito di rotazione su qualunque asse o traslazione, quando la sovrapposizione della sagoma a terra dell'edificio autorizzato e di quello realizzato è inferiore al 50 per cento.

2. Non si ritengono, comunque, variazioni essenziali quelle che incidono sull'entità delle cubature accessorie, sui volumi tecnici e sulla distribuzione interna dei singoli immobili": questa la lettera dei primi due commi del vigente art. 5, L.R. n. 23/1985 (la cui rubrica evidentemente è rimasta inalterata), a seguito dell'art. 3, L.R. 3 luglio 2017, n. 11.

disvalore giuridico eppertanto, di contrarietà ai principi generali della Repubblica (*in primis*, quelli di ragionevolezza, imparzialità e proporzionalità delle implicazioni sanzionatorie);

- quel tipo di formulazione delle Leggi regionali sembra pesantemente “in odore” d’incostituzionalità; perlomeno, se letta senza aver riguardo alle implicazioni in punto di compatibilità con i parametri urbanistici e con la considerazione dell’area come rimessa ad una nuova valutazione da parte dell’Amministrazione competente<sup>10</sup>.

Ciò:

- quand’anche si concludesse che da tale “impiccio” potrebbe andare esente la disposizione nazionale, ancorando la qualifica “sostanziali” agli oggettivi “parametri urbanistico-edilizi” ed alle “caratteristiche” dell’intervento assentito;

- quand’anche si obiettasse che sul piano formale la legge sarda (in quanto facente capo ad una Regione ad autonomia speciale eppertanto, esente dai vincoli derivanti dalle “mere” leggi di principio dettate dallo Stato) anche sul punto permane ineccepibile nel suo discostarsi (*ex se*) da quella nazionale.

Se non che, un ulteriore ordine di considerazioni può concorrere a screditare, sulla questione specifica, una lettura del vigente art. 5, comma 1, L.R. Sardegna n. 23/1985 cit., difforme (se non dalle disposizioni legislative recanti principi dello Stato, comunque) dai canoni costituzionali. Risponde al vero che quel dettato non presenta una connotazione strutturale “rigida” in termini assoluti, ma asseconda un certo margine di scostamento. È pur vero tuttavia che:

- a differenza di altre disposizioni della legislazione sarda che parimenti contemplan un margine di difformità sopportabile (*id est*, di scostamento fra quanto messo in opera e quanto progettualmente previsto

<sup>10</sup> Di analogo tenore è ulteriore legislazione sub-primaria (addirittura) riconducibile a regioni ad autonomia ordinaria ( Lazio), supinamente richiamata da giudici di merito (Tribunale penale Tivoli, 7 novembre 2006, n. 458).

Tale profilo pare sfuggire anche a Cass. penale, Sez. III, n. 52860/2018 secondo cui (in un’ottica meramente descrittiva e non funzionale) la modifica della localizzazione di un edificio integra una variazione essenziale dell’immobile rispetto al progetto (tale da rendere applicabili le sanzioni penali previste dall’art. 44 comma primo del D.P.R. 380 del 2001), qualora si sia in presenza di una traslazione tale da comportare lo spostamento del fabbricato su un’area totalmente o pressoché totalmente, diversa da quella originariamente prevista (Cass. pen., Sez. III, n. 52860/2018).

ed assentito (es., l'art. 4, L.R. 23 aprile 2015, n. 8, introducente il regime delle "tolleranze edilizie"<sup>11</sup>);

- in materia di (margine di scostamento ammissibile, relativo agli) abusi per via di traslazione-rotazione, quel discorso si rende più "sentito" dal momento che, sino ad un recente passato, non si disponeva generalmente di mezzi tecnologici in grado di assicurare rilevamenti di ubicazione dalla precisione assoluta<sup>12</sup>.

Ne conseguiva (a differenza delle misure concernenti altezze, distacchi, cubature, superfici):

- un'affidabilità solo relativa dei rispettivi dati, quali resi nei progetti di costruzione, pur quando assentiti;

- corrispondentemente, pari limiti di quei dati nel rappresentare un affidabile termine di riferimento circa la fedeltà di corrispondenza nel posizionamento di quanto realizzato.

Da qui, *a fortiori*, l'inconferenza di un metodo di qualificazione delle variazioni (almeno per quanto riguarda le traslazioni, se non le rotazioni su asse) legate ad un parametro poco rassicurante, in quanto di per sé inattendibile.

Così muniti, si tratta a tal punto di esaminare gli sviluppi attuativo-applicativi impressi alla disciplina nazionale, evidentemente muovendo dalla Legislazione regionale: i cui portati si tenterà di catalogare secondo criteri di massima che sovrintendono alla qualificazione della variazione per localizzazione come essenziale.

Di tal fatta, deve innanzitutto distinguersi fra regioni che (a quanto

<sup>11</sup> Tale disposizione introduce, nella L.R. n. 23/1985 cit., l'art. 7-*bis* dal seguente tenore: "1. Sono considerate tolleranze edilizie, con conseguente inapplicabilità delle disposizioni in materia di parziale difformità, le violazioni di altezza, distacchi, cubatura o superficie coperta che non eccedano per singola unità immobiliare il 2 per cento delle misure progettuali". Peraltro, quel valore percentuale è stato innalzato al 5% dall'art. 19, L.R. 21 gennaio 2021, n. 1.

Per analoga disciplina sul piano nazionale, cfr. art. 34, D.P.R. n. 380/2001 cit.

<sup>12</sup> Basti pensare che il "GPS" è un sistema di derivazione militare, invalso nella pratica civile solo a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso. Sulla sensibilità che il giudice amministrativo dovrebbe dimostrare verso abusi maturati "in un periodo storico in cui qualche piccolo scostamento dal titolo edilizio in sede di realizzazione degli interventi poteva ritenersi fisiologico", già Cons. Stato, Sez. VI, 11 maggio 2018, n. 2837.



consta) non hanno dato seguito a quella previsione<sup>13</sup>; così che, qualora quella fattispecie non integri gli estremi di altro tipo di variazione essenziale, non possa comunque definirsi (né tantomeno “trattarsi” come) tale.

Altro criterio è quello, puramente descrittivo della diversa localizzazione, benché variamente declinato: in termini rimessi ad una valutazione discrezionale dell’Amministrazione<sup>14</sup>; altrimenti di tipo percentuale, comunque di oggettivo riscontro<sup>15</sup>; altrimenti, ancora (con riferimento ad una unica Regione, peraltro ad autonomia speciale) identificato esclusivamente dalla circostanza di erezione del manufatto in “un lotto di terreno diverso da quello indicato in progetto”<sup>16</sup>.

In tre soli portati la Legislazione regionale ha qualificato il mutamento di localizzazione come variazione essenziale, in rapporto al pregiudizio ad ulteriori interessi pubblici come salvaguardati da parametri di oggettivo riscontro od a seguito di valutazione discrezionale<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> È il caso dell’Abruzzo, con riferimento al quale può consultarsi l’art. 5 (Variazioni essenziali), L.R. 13 luglio 1989, n. 52. Parimenti sembrerebbe con riferimento alla provincia autonoma di Bolzano, in base all’art. 84 (Determinazione delle variazioni essenziali), L. Prov. 10 luglio 2018, n. 9. Altrettanto pare valere per la Lombardia, ai sensi dell’art. 54 (Determinazione delle variazioni essenziali), L.R. 11 marzo 2005, n. 12. Analogamente parrebbe per la Sicilia sulla base dell’art. 12 (Recepimento con modifiche dell’articolo 32 “Determinazione delle variazioni essenziali” del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380), L.R. 10 agosto 2016, n. 16. nella medesima condizione sembrerebbe essersi posta la Toscana sulla base dell’art. 197 (Determinazione delle variazioni essenziali), L.R. 10 novembre 2014, n. 65.

<sup>14</sup> Come nel caso della Puglia che si rimette ad una “localizzazione significativamente diversa” ai sensi dell’art. 2, L.R. 13 maggio 1985, n. 26.

<sup>15</sup> In tal senso parrebbe il Friuli - Venezia Giulia che, all’art. 40 (Variazioni essenziali), L.R. 11 novembre 2009, n. 19, pone come condizione che “nessun punto del sedime del fabbricato sia compreso in quello assentito”. Altrettanto si ricava quanto alla Liguria, come da art. 44 (Determinazione delle variazioni essenziali), L.R. 6 giugno 2008, n. 16. Anche le Marche si riferiscono ad una non coincidenza delle sagome a terra nella misura “per almeno” della metà, come da art. 8, L.R. (Variazioni essenziali), L.R. 20 aprile 2015, n. 17. Altrettanto può concludersi con riferimento al Piemonte, *ex art.* 6 (Determinazione delle variazioni essenziali al progetto approvato), L.R. 8 luglio 1999, n. 19.

<sup>16</sup> Così, art. 78 (Definizione delle trasformazioni in totale difformità dalla concessione o con variazioni essenziali), L.R. Valle d’Aosta, 6 aprile 1998, n. 11, ove peraltro la fattispecie viene ricondotta fra quelle di “totale difformità”.

<sup>17</sup> Ci si riferisce al Lazio che: dopo aver enunciato il criterio (analogamente a

### 1.3. ... *nonché*, nell'applicazione giurisprudenziale. Prime conclusioni

Anche alla luce del precedente lavoro di catalogazione pare potersi apprezzare il contributo degli altri formanti giuridici.

Ci si riferisce, in particolare, a pronunce di giurisprudenza: non tanto per ragionevoli possibilità di reperimento dei dati documentali da sottoporre ad esame, ma soprattutto per via di un confronto con operatori che dovrebbero essere più “attrezzati” sul piano ermeneutico-dogmatico anche se non necessariamente quanto a compiuto ed avanzato strumentario di metodo. In particolare, la bontà di un approccio “funzionalista” nonché, la consapevolezza di quanto possa rivelarsi insidioso il crinale che lo separa da quello puramente descrittivo (impennato sul tradizionale modo d'intendere la fattispecie legale) e di ben più sterile prospettiva, si colgono in corrispondenza di due “massime”, la seconda delle quali, gravida d'incongruenze.

Secondo l'una, il dettato nazionale andrebbe così inteso: “(...) uno spostamento del fabbricato su un'area pressoché totalmente diversa da quella originariamente prevista (...) integra gli estremi della variazione essenziale / difformità totale”<sup>18</sup>.

quanto già constatato per la Sardegna) di non coincidenza della “sagoma a terra” su base percentuale; puntualizza che “la modifica della localizzazione del fabbricato non è comunque considerata variazione essenziale quando, a prescindere dai limiti stabiliti nel comma 1, lettera f), rimangono invariate le destinazioni d'uso, la sagoma, il volume, le superfici, l'altezza della costruzione e sempre che la nuova localizzazione non contrasti con leggi, norme e regolamenti” (art. 17 – Variazioni essenziali –, L.R. 11 agosto 2008, n. 15).

Ulteriore Regione è l'Umbria che, all'art. 139 (Determinazione delle variazioni essenziali), L.R. 21 gennaio 2015, n. 1, fa riferimento ad una “localizzazione dell'area di sedime della costruzione completamente diversa in relazione all'area di pertinenza, tale da recare pregiudizio alle caratteristiche della zona sotto il profilo igienico-sanitario e degli allineamenti prescritti dal titolo abilitativo, da strumenti urbanistici o da atti di assenso, o comunque una riduzione superiore al dieci per cento delle distanze minime dalle costruzioni e dai confini”.

Altra Regione ancora è il Veneto, il cui art. 92 (Sanzioni amministrative per interventi in assenza o in totale difformità o con variazioni essenziali dalla concessione o dalla relativa istanza), L.R. 27 giugno 1985, n. 61, fra l'altro si riferisce ad interventi “che comportino l'alterazione della sagoma della costruzione o la sua localizzazione nell'area di pertinenza, in modo da violare i limiti di distanza, anche a diversi livelli di altezza, recando sensibile pregiudizio alle esigenze della zona sotto il profilo igienico-sanitario, degli allineamenti previsti e dell'ordinata distribuzione dei volumi”.

<sup>18</sup> T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 10 dicembre 2018, n. 1577, in *Foro amministrativo*,

## Secondo l'altra,

l'“art. 32 lett. ‘c’, del d.P.R. 6 giugno 2001 nr. 380, (...) [sarebbe da intendersi] nel senso che la modifica della ‘localizzazione’ dell'edificio assurge al livello di ‘variazione essenziale’ allorché si sia in presenza di una traslazione non parziale, ma tale da comportare lo spostamento del fabbricato su un'area totalmente o pressoché totalmente diversa da quella originariamente prevista; ciò viene giustificato con la considerazione che tale modifica comporta una nuova valutazione del progetto da parte dell'amministrazione concedente, sotto il profilo della sua compatibilità con i parametri urbanistici e con la considerazione dell'area”<sup>19</sup>;

“mentre sono ininfluenti rispetto all'obbligo di acquisizione da parte dell'interessato di un nuovo permesso di costruire la circostanza che le altre caratteristiche dell'intervento (sagoma, volumi, altezze etc.) siano rimaste invariate rispetto all'originario permesso di costruire, e l'assenza di ogni incidenza della variante sul regime dei distacchi e delle distanze”<sup>20</sup>.

Il punto è che (alla luce di quanto testé riportato): di là da certa ambiguità derivante dall'impiego dei termini “area” e “particella”; a ben vedere, di tal fatta si farebbe questione:

- non di “essenzialità” (o meno) della variazione, quanto alla valutazione in capo all'autorità amministrativa (che non dovrebbe neppure entrare nel merito);
- bensì, di onere di “rinnovazione” del procedimento di assenso da parte dell'interessato.

Evidentemente, sotto tale versante, la peculiarità della fattispecie concreta, in termini di abnormità dello scostamento, ha indotto i giudici “in fallo”: con un'inversione di metodo, rispondendo al quesito non di quando ricorra lo scostamento “essenziale”, bensì di quando insorga una presunzione *iuris tantum* del medesimo (come tale, superabile). A tale travisamento verosimilmente ha concorso l'ambiguità dell'inciso “quan-

2018, p. 2354, con riguardo alla fattispecie concreta di accertamento ove: l'intero manufatto risulta traslato ad oriente di circa mt. 10 e siffatta traslazione ha determinato, non solo una diversa localizzazione dell'edificio nell'area di pertinenza, ma anche un'estensione di quest'ultima ad una limitrofa particella che in origine non era nemmeno interessata dalla trasformazione edilizia.

<sup>19</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5743, con riferimento allo spostamento dell'edificio sull'area di sedime, di circa mt. 30, stante la destinazione urbanistica della stessa.

<sup>20</sup> T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, n. 1577/2018 cit.

do si verifica” che: si presta ad essere inteso non solo nel senso di “quando accade”, ma anche di “quando si ravvisa”; inoltre, è riferibile ad ipotesi di accertamento (di presupposti indicati secondo termini “rigidi”) come di valutazione (discrezionale). Tutto ciò torna comunque utile: se non altro, onde ridimensionare la portata di una strategia di metodo pedissequamente affidata al modello ipotetico-casuistico (persino quando non sia riscontrabile un limite di scostamento dettato dalla Legislazione regionale), ancorché non si siano registrate implicazioni in punto di compatibilità con i parametri urbanistici e con la considerazione dell’area come rimessa ad un nuovo giudizio valutativo da parte dell’Amministrazione competente<sup>21</sup>.

Da quanto esposto evidentemente discende l’intento di ripristinare una condizione “di senso” (se non una massimizzazione) in funzione effettuale.

Si spiega così l’immediato dispiegarsi (in corrispondenza delle prime sezioni del presente studio) di due ordini di connessioni (rispettivamente) volte:

- ad un approfondimento dell’indagine sul pertinente dato di diritto positivo (a partire dall’archetipo risalente al 1985);
- a dotarsi di uno strumentario di comprensione più avanzato e suppletivo rispetto a quello cui si è adusi.

Con specifico riguardo a quest’ultimo profilo, ci si riferisce ad un (pur succinto) discorso di natura epistemologica e dogmatica, la cui ponderosità si giustifica per via dell’esigenza d’incidere profondamente sulle “private supposizioni” che ancora gravano (diffuse) in capo a quanti siano chiamati a sovrintendere al meccanismo applicativo: in genere e con specifico riguardo al tema in esame.

Solo a quel punto evidentemente si potrà tentar di avanzare un (plausibile) discorso (ri-)costruttivo del significato da accordare al dato “positivo” in esame.

Nell’ottica testé prospettata non stupisce che il vigente dato normativo (quale riportato in esordio della presente trattazione) sostanzialmente

<sup>21</sup> Già in T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 2 maggio 1989, n. 192, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 1989, I, p. 970: “La realizzazione di un edificio traslato rispetto al progetto approvato di circa il settanta per cento integra, ai sensi dell’art. 8, lett. ‘c’, L. n. 47 del 1985, una ipotesi di variazione essenziale, legittimamente sanzionata con l’emissione di una ordinanza di demolizione assunta *ex art.* 7 L. cit.”.

ricalchi quanto disposto dal testo previgente, di cui agli artt. 7, comma 2 (“opere eseguite in assenza di concessione, in totale difformità o con variazioni essenziali”) e 8 (“determinazione delle variazioni essenziali”), L. 28 febbraio 1985, n. 47. Così, avuto riguardo in particolare a quest’ultima disposizione (abrogata a decorrere dal 30 giugno 2003, per effetto dell’art. 136, comma 2, lett. f), D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dell’art. 136, comma 2, lett. f), D.Lgs. 6 giugno 2001, n. 378):

“...le regioni stabiliscono quali siano le variazioni essenziali al progetto approvato, tenuto conto che l’essenzialità ricorre esclusivamente quando si verifica una o più delle seguenti condizioni:

- a) mutamento della destinazione d’uso che implichi variazione degli standards previsti dal decreto ministeriale 2 aprile 1968, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 97 del 16 aprile 1968;
- b) aumento consistente della cubatura o della superficie di solaio da valutare in relazione al progetto approvato;
- c) modifiche sostanziali di parametri urbanistico-edilizi del progetto approvato ovvero della localizzazione dell’edificio sull’area di pertinenza;
- d) mutamento delle caratteristiche dell’intervento edilizio assentito in relazione alla classificazione dell’art. 31 della legge 5 agosto 1978, n. 457;
- e) violazione delle norme vigenti in materia di edilizia antisismica, quando non attenga a fatti procedurali”.

Del pari, in assenza di un’alternativa di metodo (epistemologicamente aggiornata), non stupisce che la letteratura di commento (l’unico “formatore” sul quale si sarebbe potuto far affidamento per compulsare un processo evolutivo della disciplina) si sia soffermata su questioni ulteriori.

Ci si riferisce alle ragioni dell’introduzione della categoria delle “variazioni essenziali”: sostanzialmente, contribuire a segnare nettamente (*ab extra*) la casistica degli abusi edilizi. Quel che d’altronde è rimasto l’intento sotteso:

- in quanto istituto inerente alle modalità (per via di modifica) di esecuzione delle opere;
- ma (esempl.), a differenza delle “varianti”, sì da determinare, rispetto ad un novero di parametri, un’incompatibilità quali-quantitativa coll’originario progetto edificatorio approvato<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> I termini concettuali restano ancora invariati come confermato da Cons. St., Sez. VI, 20 gennaio 2020, n. 494.

Salvo (sempre da parte della dottrina) dedicarsi, in massima parte, alle criticità prettamente riconducibili al profilo pubblicistico in senso stretto<sup>23</sup>.

Da qui, avvalendosi di quel contributo attualizzato, le seguenti annotazioni che intendono rappresentare il corno tradizionale del problema interpretativo.

## 2. *Ermeticità testuale di un aggrovigliato “aggregato normativo”*

Vi è consapevolezza, stigmatizzando sulla (discutibile) qualità della tecnica redazionale che connota il complesso normativo di riferimento, di non incorrere in un *incipit* inconsueto per uno scritto giuridico<sup>24</sup>. Nella circostanza, peraltro, il rilievo pare quantomai doveroso: tante e tali si rivelano le note dolenti che si frappongono ad una adeguata padronanza di quel dato “positivo”; al punto da doversi spingere (a tratti) sino ad un esame “filologico” e storico-comparativo.

Così, muovendo proprio da quest’ultimo ordine di valutazioni, basti pensare a certi “atecnicismi” determinatisi per via del mancato aggiornamento al sistema vigente dei titoli abilitativi, edilizi. È stato attentamente osservato che l’art. 32, comma 1, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (quale recante il vigente T.U. delle disposizioni in materia edilizia), nel riprendere (pressoché integralmente) il contenuto dispositivo dell’art. 8, L. 28 febbraio 1985, n. 47,

“riferisce il giudizio di essenzialità della variazione al ‘progetto approvato’. Tale riferimento, infatti, risultava del tutto corretto nel sistema dei titoli abilitativi edilizi esistente nel 1985, ma non risulta più esatto all’indomani dell’emanazione del testo unico del 2001 (in particolare: art. 22), il quale assoggetta rilevanti tipologie di interventi edilizi al regime della denuncia di inizio di attività (in seguito, SCIA: un regime che prescinde dall’adozione di un atto formale da parte dell’amministrazio-

<sup>23</sup> A. PREDIERI (a cura di), *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni: commento alla Legge n. 47/1985 e al D.L. n. 146/1985 convertito in Legge n. 298/1985*, Roma, 1985.

<sup>24</sup> Per obiezioni di pari tenore, riferite all’art. 23-ter, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, può esemplificativamente rinviarsi a M. SOLLINI, *Il mutamento di destinazione d’uso anche nella legislazione regionale*, in F.G. SCOCA, P. STELLA RICHTER E P. URBANI (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, Torino, 2018, vol. I, p. 968 s.

ne), in tal modo rendendo non più esaustivo il riferimento alla nozione di progetto (formalmente) ‘approvato’ dall’Ente competente”<sup>25</sup>.

Altrettanto potrebbe concludersi a proposito dell’ambivalenza di significati dell’espressione “quando si verifica” *ex art. 32 cit.*: prestandosi ad essere intesa non solo nel senso di “quando accade”, ma anche di “quando si accerta”.

Quelle testé menzionate si rivelano peraltro fra le questioni di meno urgente trattazione se paragonate con ulteriori che minano (sempre sul piano della “coerenza”) la “salvezza” stessa dei portati della normazione di riferimento (nazionale e regionale); su di esse, pertanto, occorrerà so-stare senza indugio.

Tuttavia, preliminarmente pare doversi definire in modo più nitido i rapporti: non solo fra urbanistica-edilizia e governo del territorio (concetto al quale è stata dedicata prevalente attenzione, specie dal momento che la riforma del Titolo V della Costituzione ha emendato ogni riferimento all’urbanistica, nell’affidare alle regioni ordinarie una potestà legislativa concorrente); ma anche in relazione ai significati da annettere (almeno sul fronte legislativo) a ciascuno dei lemmi del (primo) binomio. D’altronde, se così non fosse, a rigore non potrebbe neppure escludersi la tesi estrema per cui:

- considerato che (per l’appunto), nel vigente testo dell’art. 117 Cost., non si fa menzione alcuna dell’edilizia, né tra le materie di competenza esclusiva statale, né fra quelle di competenza “ripartita” (in via concorrente fra Stato e regioni);

- ove la si volesse considerare effettivamente come a sé stante, potrebbe concludersi nel senso di attribuirne la competenza legislativa alle regioni in via esclusiva, con conseguente preclusione di disciplina a livello statale, neppure entro i limiti della fissazione di principi fondamentali; eppertanto, con effetto dirompente sullo stesso T.U. del 2001 che (pure) storicamente rappresenta il primo scritto normativo ad aver considerato l’edilizia come materia autonoma, non complementare all’urbanistica.

Laddove la Corte costituzionale ormai da tempo ha puntualizzato che

<sup>25</sup> R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Codice dell’edilizia* (annotato), Roma-Molfetta, 2018, p. 737.

“la materia dei titoli abilitativi ad edificare appartiene storicamente all’urbanistica che, in base all’art. 117 Cost., nel testo previgente, formava oggetto di competenza concorrente. La parola ‘urbanistica’ non compare nel nuovo testo dell’art. 117, ma ciò non autorizza a ritenere che la relativa materia non sia più ricompresa nell’elenco del terzo comma: essa fa parte del ‘governo del territorio’”<sup>26</sup>.

In altri termini, benché le due materie in questione siano in grado di assumere una propria, distinta identità (concernendo l’edilizia qualsiasi trasformazione del suolo, l’urbanistica il solo aspetto normativo della pianificazione e delle scelte pianificatorie mediante atti normativi o provvedimenti discrezionali<sup>27</sup>); è innegabile che, sulla base del dato di esperienza, non possa registrarsi una netta separazione fra le stesse; al punto che è stata evocata la metafora geometrica per cui il rapporto fra edilizia ed urbanistica richiamerebbe l’immagine di due cerchi intersecantisi, a loro volta ricompresi entro una più ampia circonferenza rappresentata dal governo del territorio<sup>28</sup>. Di conseguenza, è da escludere che la disciplina “primaria” dell’edilizia vada assegnata attualmente alle regioni in via residual-esclusiva (ai sensi dell’art. 117 Cost., comma 4), quella rientrando propriamente fra le materie di competenza ripartita.

Non risulta che da tale orientamento ci si sia discostati neppure con riguardo agli enti territoriali che, ai sensi dell’art. 116 Cost., “dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia, secondo i rispettivi statuti speciali adottati con Legge costituzionale”<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303.

<sup>27</sup> Cass. civ., Sez. I, 9 gennaio 2003, n. 112.

<sup>28</sup> Di tale rapporto rende testimonianza Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196 (occupandosi di condono edilizio).

<sup>29</sup> Incidentalmente tale impostazione torna altresì utile facendo riferimento alla mancata adozione di una disciplina specifica da parte della provincia autonoma di Trento.

Come noto, avuto riguardo alle Leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino - Alto Adige (una raccolta coordinata delle quali è apparecchiata dal T.U. approvato con D.P.R. 31 agosto 1972, n. 670), le relative province hanno la potestà di emanare norme legislative (in armonia con la Costituzione ed i principi dell’ordinamento giuridico della Repubblica e con il rispetto (...) delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica), fra l’altro in materia di “urbanistica e piani regolatori” (*ivi*, artt. 8 e 4) e di edilizia sovvenzionata da risorse a carattere pubblico.

Da qui, l’esigenza di stabilire (in via pregiudiziale) se la materia “urbanistica” ricomprenda l’edilizia non sovvenzionata. È infatti evidente che, se la materia dell’edilizia



## 2.1. *Implicazioni: profili di dubbia legittimità costituzionale ...*

Ciò premesso:

- seguitando nell'aver riguardo ai problemi di “resa” del lessico adottato dal Legislatore nazionale nel forgiare lo specifico impianto del T.U. sull'edilizia, rispetto a come variamente articolatosi in sede regionale;
- il dato dal quale pare doversi muovere è contenuto negli artt. 1 e 2, D.P.R. n. 380/2001 cit.<sup>30</sup>.

Quanto all'inciso “i principi fondamentali e generali e le disposizioni” di cui all'art. 1, comma 1:

- poiché il T.U. cit. non fornisce elementi onde chiarire né quando ricorrano gli uni o gli altri (e, per esclusione, le semplici “disposizioni”),

(non sovvenzionata) non rientrasse in quella (di competenza legislativa, provinciale) dell'urbanistica, con riguardo all'istituto delle variazioni essenziali ci si troverebbe dinnanzi ad un doveroso ossequio alle disposizioni statutarie. Salvo interrogarsi sulle ragioni che giustificano il diverso “approccio” impresso dalla “gemella” provincia di Bolzano. Evidentemente la soluzione interpretativa meno traumatica (anche perché con minori contro-indicazioni sul piano della legittimità costituzionale) è che:

- tenuto conto del (“coevo”) testo originario dell'art. 117 Cost., quale ascrivente alla potestà legislativa concorrente delle Regioni ordinarie l'urbanistica, ma comunemente interpretato come se fosse ricompresa in quella materia anche l'edilizia;
- avuto riguardo alla specifica disciplina statutaria, tenuto conto altresì del suo essere ormai risalente nel tempo, sì che per urbanistica abbia inteso riferirsi anche all'edilizia e che entrambe siano riconducibili entro una più ampia accezione di “governo del territorio”;
- la circostanza che la Legislazione della provincia di Trento non abbia normato in tema di variazioni essenziali si spieghi sulla base di una scelta di politica legislativa, volta a rimettersi alla corrispondente disciplina nazionale.

<sup>30</sup> Ove si rammenta (per mera comodità d'illustrazione) essere previsto (rispettiv.) che:

- il corrispondente Testo Unico contiene i “principi fondamentali e generali e le disposizioni per la disciplina dell'attività edilizia”;
- “le regioni esercitano la potestà legislativa concorrente in materia edilizia nel rispetto dei principi fondamentali della legislazione statale desumibili dalle disposizioni contenute nel testo unico”; “le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la propria potestà legislativa esclusiva, nel rispetto e nei limiti degli statuti di autonomia e delle relative norme di attuazione”; “le disposizioni, anche di dettaglio, del presente testo unico, attuative dei principi di riordino in esso contenuti, operano direttamente nei riguardi delle regioni a statuto ordinario, fino a quando esse non si adeguano ai principi medesimi”.

né se siano distinguibili da quelli “fondamentali” i “principi di riordino” di cui al successivo art. 2, comma 3<sup>31</sup>;

- non pare potersi prescindere da alcune tesi ed altrettante conclusioni, in quanto assunte per convenzione.

Innanzitutto, i principi fondamentali “rappresentano gli obiettivi e i valori [esplicitamente] posti [come tali] dal legislatore alla sommità dell’ordinamento al fine di indirizzare i comportamenti dei singoli, delle formazioni sociali e delle istituzioni pubbliche”<sup>32</sup>; mentre i principi generali (per come espressamente menzionati all’art. 12 delle disposizioni sulla Legge in generale che preludono al codice civile) sono considerati “regole di indirizzo” *id est*, riassuntive di altre, particolari, che l’interprete trae attraverso un procedimento logico-induttivo<sup>33</sup>.

Su questa falsariga (“definizioni teoriche, generali”), negli studi più pertinenti *ratione materiae*, si è concluso che:

“può assumersi come dato acquisito l’esistenza di due grandi categorie normative, delle quali la prima, relativa ai principi generali e alle disposizioni, delinea il contenuto del Testo unico in senso stretto, mentre la seconda, limitata ai principi fondamentali (ai quali non possono derogare nemmeno le Regioni, stante la competenza ripartita di cui all’art. 117, comma 3, Cost.), definisce giuridicamente il modello di

<sup>31</sup> Osservano AA.VV., *Testo unico dell’edilizia*, Milano, 2002, Commento all’art. 2 (a cura di M. Bassani e V. Italia), 18 s., p. 27 s. che non è chiaro di quali principi effettivamente si tratti: giacché il T.U. riunisce le disposizioni normative in precedenza sparse in varie Leggi emanate in tempi diversi, senza indicazione alcuna circa i principi fondamentali. S’aggiunga che il comma 3 dell’art. 2 cit. si riferisce a disposizioni “anche di dettaglio” attuative dei principi di riordino che operano direttamente nei confronti delle regioni a statuto ordinario, fino al momento del loro adeguarsi. Nell’ottica del Legislatore, pertanto, parrebbe potersi distinguere fra disposizioni di dettaglio e non (ovvero, a carattere generale). In mancanza di una previa determinazione di tale confine da parte del Legislatore medesimo, sembrerebbe sia rimesso all’interprete d’individuare, all’interno del T.U. le disposizioni di dettaglio attuative dei principi di riordino del D.P.R. n. 380/2001 (del quale, dunque, sarebbe confermata una “struttura compilativa” – almeno tendenzialmente – come *ivi* opinato, p. 6).

<sup>32</sup> R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Codice dell’edilizia* (annotato), Roma-Molfetta, 2018, 8. Cfr. AA.VV., *Testo unico dell’edilizia*, Milano, 2002, Commento all’art. 1 (a cura di M. Bassani e V. Italia), p. 3 s., p. 12 ove si riportano gli esempi di cui: all’art. 76 ed all’art. 117 Cost. nonché, agli artt. 6-7 T.U. sull’ordinamento degli Enti locali.

<sup>33</sup> Cfr.: V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, p. 252; A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1991, p. 455.

disciplina dell'attività edilizia voluto dal legislatore, nel rapporto tra poteri amministrativi di regolazione e controllo e diritti soggettivi di proprietà”<sup>34</sup>.

Nelle medesime sedi di commento ci si è spinti persino alla formulazione di esempi. Così:

- tra i principi fondamentali dell'attività edilizia parrebbe potersi annoverare tutte le previsioni volte a garantire la liberalizzazione della medesima e (segnatamente) dei titoli edilizi, in quanto esse concorrono ad esplicitare l'obiettivo primario perseguito dal Legislatore attraverso l'adozione del Testo unico;

- mentre fra i principi generali, potrebbero farsi rientrare tutte le previsioni volte ad introdurre nuovi o più efficaci strumenti di semplificazione<sup>35</sup>.

Ciononostante, traslando quelle tesi concettuali con riguardo al testo di cui all'art. 32, D.P.R. n. 380/2001 cit., non pare di poter rinvenire linearità di sviluppi; tantomeno, valutandone i contenuti con le correlate disposizioni regionali<sup>36</sup>.

Così:

- in disparte il caso delle regioni ad autonomia speciale, per le quali valgono i vincoli e limiti, non dei principi fondamentali, bensì di cui ai rispettivi statuti e relative norme di attuazione (ai sensi dell'art. 116 Cost. e dell'art. 2 T.U. cit.); s'intende, a meno che detti principi fondamentali siano effettivamente idonei ad integrare uno dei limiti previsti dai rispettivi statuti speciali;

- di là dall'ipotesi (espressamente contemplata dall'art. 2 cit.) in cui

<sup>34</sup> R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Codice dell'edilizia* (annotato), cit., p. 8.

<sup>35</sup> Corte cost., 5 aprile 2018, n. 68 così recita: “la definizione delle categorie di interventi edilizi a cui si collega il regime dei titoli abilitativi costituisce principio fondamentale della materia concorrente ‘governo del territorio’, vincolando così la legislazione regionale di dettaglio”, puntualizzando che “pur non essendo precluso al legislatore regionale di esemplificare gli interventi edilizi che rientrano nelle definizioni statali, tale esemplificazione per essere costituzionalmente legittima, deve essere coerente con le definizioni contenute nel testo unico dell'edilizia”. Cfr. pure Corte cost., 3 novembre 2016, n. 231.

<sup>36</sup> Che il problema specifico si sia posto sin dalle “prime battute” lo conferma N. CENTOFANTI, *La legislazione urbanistica*, Padova, 1998, p. 359: “Le varianti essenziali sono determinate dalle regioni secondo i criteri indicati dall'art. 8, l. 47/1985”.

la disciplina nazionale in punto di “variazioni essenziali” sia chiamata a svolgere un ruolo “suppletivo” (benché “cedevole”);

- se si prende in esame l’ipotesi (di gran lunga più frequente) d’intervenuta normazione regionale, ci s’avvede che la prima non le si presenta propriamente coi caratteri di una “legge cornice”<sup>37</sup>.

Quella nazionale, infatti, pare chiamata ad esercitare sulla seconda un vincolo “rinforzato”, esulante dall’obiettivo d’indirizzo che (come tale) sarebbe proprio di “principi fondamentali” sottesi alle materie di competenza concorrente fra le quali dovrebbe (per l’appunto) ascriversi l’edilizia, in quanto rientrante nell’ambito del “governo del territorio” (ai sensi dell’art. 117 Cost.).

Perciò solo: stante una equivoca co-esistenza, a livello nazionale, fra principi e disposizioni di dettaglio<sup>38</sup>; potrebbe configurarsi un primo ordine di problemi di legittimità costituzionale per invasione della competenza concorrente delle regioni<sup>39</sup>.

È più verosimile che quelle locuzioni, come riferite alla specifica disciplina in esame:

- per via di certa eterogeneità di sviluppi applicativi impressa a livello regionale, che stride con la rigida impostazione della “disciplina madre”

<sup>37</sup> Di tale avviso R. FERRARA e G.F. FERRARI, *Commentario al Testo unico dell’edilizia*, Padova, 2005, i quali hanno osservato come il D.P.R. di riferimento non costituisca né si presenti come una “legge cornice” corredata dall’enunciazione di principi della materia e da una disciplina di dettaglio suppletiva (in attesa degli interventi dei legislatori regionali).

Qualifica invece come “principi di cornice” quelli fissati dal Legislatore statale: Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 1993, n. 334, in *Foro amministrativo*, 1993, p. 446.

<sup>38</sup> Potrebbe valere, cioè, quanto così osservato (in termini generali) in AA.Vv., *Testo unico dell’edilizia*, Milano, 2002, Commento all’art. 2 (a cura di M. Bassani e V. Italia), pp. 25-26: che, in tal modo, si sarebbe inteso “mantenere un’apparenza di principi fondamentali, che però tali non sono. Infatti, è ciascuna Regione che decide quali sono, tra le disposizioni del Testo unico dell’edilizia, i principi fondamentali e quali no. In tal modo, potendo ogni Regione scegliere a proprio piacimento i ‘paletti’ della propria legislazione, vi sarà il risultato di diversità sostanziali nelle leggi di Regioni, anche finitime. Il che è proprio il contrario di quello che era stato previsto con il ‘meccanismo’ dei principi fondamentali: di mantenere una base di principi fondamentali identica per ogni legislazione regionale, che avrebbe potuto prevedere delle diversità per la specificità di ogni Regione in relazione alle altre parti delle leggi statali non contenenti questi principi”.

<sup>39</sup> Corte cost., 12 ottobre 2007, n. 339; 1° ottobre 2003, n. 303.

(secondo quanto parrebbe deporre l'impiego dell'inciso “l'essenzialità ricorre esclusivamente” di cui all'art. 32 cit.);

- siano da intendersi come integranti un (travagliato) compromesso funzionale (cui sarebbe associabile l'“ibrido” rappresentato dai “principi di riordino”), fra la triplice esigenza: di evitare significativi scostamenti di regime a livello “locale” (se non termini minimi di uniformità con riguardo all'aspetto sia previsionale che di trattamento) rispetto a certa parametrizzazione; di stimolare le regioni a dotarsi di una disciplina propria, “identitaria” (in quanto sensibile alle criticità più diffuse nelle corrispondenti circoscrizioni territoriali); (in via residuale) di supplire alle regioni che non si siano prodigate in una normazione *ad hoc*.

Seguitando nell'esame delle questioni in predicato d'“incoerenza” sul piano costituzionale, valga di segnalare altresì che ha suscitato perplessità, già a livello nazionale, la prospettazione della tipologia degli abusi edilizi, materiali come coinvolgente una pluralità di articoli<sup>40</sup>; ancorché non sempre vi abbia corrisposto diversità di trattamento, almeno sul piano della disciplina sanzionatoria.

Così può risultar di utile introduzione alle criticità, che si muova dal duplice ordine di obiezioni dalla letteratura riferito a quest'ultimo profilo, stante l'abbinamento con un sintetico inquadramento sistematico, quale imperniato sugli artt. 31, 32 e 34, T.U. cit. (anche in relazione alle disposizioni penali di cui al successivo art. 44) che delinearono

“una sorta di *décalage* in termini di gravità della condotta fra: a) le ipotesi di interventi realizzati in assenza di permesso o di totale difformità da esso; b) le ipotesi – per così dire – ‘intermedie’ di variazioni essenziali rispetto al progetto approvato (...) e c) le ipotesi di parziale difformità, di cui al successivo art. 34. Tuttavia, gli esiti concreti del disegno normativo in tal modo concepito non sono risultati del tutto coerenti con le premesse, dal momento che (almeno per ciò che attiene la disciplina sanzionatoria amministrativa) il trattamento riservato alle ipotesi di variazioni essenziali risulta del tutto coincidente con quello riservato alle più gravi ipotesi di carenza assoluta del titolo e di totale difformità da esso (art. 31, commi 2 e segg.), comportando in una prima fase l'ingiunzione alla rimozione o demolizione del manufatto e, in caso di inottemperanza, l'acquisizione dello stesso al patrimonio dell'ente, nonché – almeno in via ordinaria – la sua demolizione a spese del proprietario.

(...) In definitiva, i primi due commi dell'art. 32 si occupano dei soli criteri determi-

<sup>40</sup> Identificabili nel 31, 32 e 34, D.P.R. n. 380/2001 cit., a loro volta correlati alle disposizioni penali di cui al successivo art. 44.

nativi della figura delle variazioni essenziali, rinviando all'art. 31 per ciò che attiene le conseguenze sanzionatorie amministrative, mentre le conseguenze penali sono disciplinate dal successivo art. 44<sup>41</sup>.

L'impiego di tale tecnica da taluni è stato deprecato sino a porsi l'interrogativo (retorico) intorno all'utilità stessa della *species* delineata dall'art. 32 cit.<sup>42</sup>. D'altronde, la Legislazione regionale non manca di offrire esempi che andrebbero nella direzione dell'accorpamento, in un unico articolo, delle fattispecie di totale difformità e di variazioni essenziali<sup>43</sup>.

Dal canto suo, la giurisprudenza di legittimità non ha mancato di stigmatizzare in ordine al groviglio di trattamento sanzionatorio sul versante penale, ove:

- a fronte di una diversità di conseguenze a seconda che la “fattispecie” rientri fra quelle di cui all'art. 32 od all'art. 31 cit.<sup>44</sup>; il regime si fa paritario indiscriminatamente per tutti i casi di abusi materiali non integranti totale difformità (per via dell'art. 44, lett. ‘a’ cit.)<sup>45</sup>;

- salvo riscontrare una assoluta parificazione di trattamento fra le tre *species* di difformità (totali, essenziali, parziali) quando il manufatto insista in aree sottoposte a vincolo paesaggistico (per via del combinato disposto dell'art. 32, comma 3 cit. e dell'art. 44 cit.)<sup>46</sup>.

A fronte di tali dilemmi, in una sede d'indagine non propriamente di diritto pubblico in senso stretto, basti di dar conto delle seguenti, contrapposte argomentazioni.

Per un verso, si sono paventati rischi nell'ammettere le regioni a di-

<sup>41</sup> R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Codice dell'edilizia* (annotato), Roma-Molfetta, 2018, pp. 737-738.

<sup>42</sup> G. D'ANGELO, *Diritto dell'edilizia e dell'urbanistica*, Padova, 2006, p. 460, lo apostrofa come “una complicazione sostanzialmente inutile”.

<sup>43</sup> Così: art. 78, L.R. Valle d'Aosta 6 aprile 1998, n. 11; art. 92, L.R. Veneto, 27 giugno 1985, n. 61.

<sup>44</sup> Le variazioni essenziali ricadono sotto l'ambito di applicazione dell'art. 44 cit., comma 1, lett. ‘a’ (cui corrisponde l'ammenda fino ad un determinato importo), mentre in caso di carenza assoluta del titolo e di totale difformità da esso si applica l'art. 44, comma 1, lett. ‘b’ (con previsione dell'arresto e dell'ammenda entro una “forbice ben più ampia specie per ammontare massimo”).

<sup>45</sup> Cass. pen., Sez. III, 17 aprile 2012, n. 41167; 25 gennaio 2005, n. 8316.

<sup>46</sup> Cass. pen., Sez. III, 3 dicembre 2013, n. 1486; 17 febbraio 2010, n. 16392.

sciplinare, ciascuna in modo difforme nell’ambito della propria circoscrizione territoriale, (i presupposti di dettaglio onde dichiarare) l’essenzialità delle variazioni (pur su di una base comune di condizioni esclusive) e (corrispondentemente) per l’irrogazione delle sanzioni di cui all’art. 44 T.U.: dal momento che l’opzione interpretativa corrente risulterebbe di dubbia legittimità costituzionale (quantomeno) tenuto conto del (pur non del tutto) pacifico orientamento per cui il principio di riserva di legge negherebbe alla legislazione regionale qualsivoglia possibilità d’intervento in materie di rilevanza penale<sup>47</sup>. D’altronde, si consideri che non mancano pronunzie (proprio fra i giudici penali) in corrispondenza delle quali si rinviene l’affermazione per cui: se, in linea di massima, nelle regioni ad autonomia speciale, lo statuto riconosce competenza legislativa esclusiva in materia urbanistica, tale potestà deve comunque “svolgersi in maniera piena, purché nel rispetto dei limiti generali di legittimità (...)”; così che la disciplina regionale va comunque armonizzata con le norme di principio della legislazione statale<sup>48</sup>.

Per altro verso, si opina che il richiamato canone costituzionale non precluderebbe una ricostruzione interpretativa che demandi al Legislatore regionale (peraltro, in una materia pacificamente ascritta alla sua potestà legislativa, ai sensi dell’art. 117 Cost.) la determinazione del presupposto materiale della condotta penalmente rilevante (in definitiva, l’integrazione del precetto penale); riservando al Legislatore nazionale la sola determinazione delle conseguenze afflittive (determinazione della sanzione). Ciò, in forza di due ordini di argomenti. Innanzitutto, quelli sistematici che tradizionalmente vengono adottati a sostegno della conformità a Costituzione delle “norme penali in bianco”<sup>49</sup>. In secondo luogo, la piena compatibilità, col quadro costituzionale di riparto della potestà legislativa, di un criterio che demandi ai Legislatori regionali l’in-

<sup>47</sup> Nel senso che la fonte del potere punitivo risiede nella sola Legislazione statale e le regioni non dispongono della potestà di rimuovere o variare con proprie leggi la punibilità di fatti considerati reati e penalmente puniti dalle Leggi dello Stato (in altri termini, non possono rendere lecita un’attività che invece l’ordinamento statale considera illecita e sanzionata penalmente): già Corte cost., 24 maggio 1991, n. 213, in *Cass. pen.*, 1992, p. 552.

Cfr. pure D. VIVA, *Commento all’art. 32*, in *T.U. dell’edilizia* (a cura di M.A. Sandulli), Milano, 2004, p. 379 s., p. 383.

<sup>48</sup> Cass. pen., Sez. III, 4 ottobre 2006, n. 33039.

<sup>49</sup> M. BOSCARRELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXI.

tegrazione dei precetti nelle materie di loro competenza; riservando alla disciplina nazionale la determinazione delle relative sanzioni. Altrimenti, si andrebbe incontro al rischio di prestar favorevole sponda alla tesi opposta (“pan-regionale”), volta a contestare *ab imis* la potestà legislativa statale nel dettare condotte necessarie in materie di competenza legislativa delle regioni: ciò rappresentando lo stratagemma attraverso il quale “sdoganare” (mediante il grimaldello di una disciplina penale) interventi statali in ispregio del sistema di riparto delineato dall’art. 117 cit.)<sup>50</sup>.

A questa stregua, vien fatto di concludere che ci si trovi al cospetto di questioni “in odor” d’illegittimità costituzionale “sostenibile”: in grado (sulla base di un giudizio prognostico) di superare la soglia della non manifesta infondatezza; ma, in quanto allo stato non risolvibili, da necessariamente tollerare nell’*an*. Il che non significa che sia senz’altro precluso all’interprete di ridurne il livello di criticità. In quest’ottica, come si conta di far emergere nel corso della trattazione, tale ambizioso obiettivo potrebbe risultare più agevolmente perseguito in virtù di un aggiornato approccio di metodo, per il sol fatto di lumeggiare su aspetti (o quantomeno prospettive) “inediti” della comprensione-applicazione delle disposizioni di riferimento.

*2.2. ... supposizioni invalse fra i commentatori (o assunte come tali) in punto di (possibilità di) schemi normativi sottesi alle “disposizioni”; pro e contra di un’impostazione esclusivista*

In funzione di quell’obiettivo, sia ora consentito un ulteriore ordine di annotazioni concettuali connesse sempre alla stesura “applicata” degli artt. 1 e 2 T.U. cit., ma precipuamente riferite alle “disposizioni” ivi contenute:

<sup>50</sup> Per la stessa ragione Corte cost., 3 novembre 2016, n. 231 ha ribadito che:

- per quanto “la disciplina delle distanze minime tra costruzioni rientra nella materia dell’ordinamento civile e, quindi, attiene alla competenza legislativa statale”;
- “alle Regioni è consentito fissare limiti in deroga alle distanze minime stabilite nelle normative statali, solo a condizione che la deroga sia giustificata dall’esigenza di soddisfare interessi pubblici legati al governo del territorio”.

Pertanto, “se da un lato non può essere del tutto esclusa una competenza legislativa regionale relativa alle distanze tra gli edifici, dall’altro essa, interferendo con l’ordinamento civile, è rigorosamente circoscritta dal suo scopo – il governo del territorio – che ne detta anche le modalità di esercizio”.



- come recanti, oltre che i principi dalle medesime desumibili per la disciplina dell'attività edilizia, norme non di principio che possono essere sia generali che di dettaglio, attuative o meno dei secondi;

- quando attuative di principi di riordino, come vincolanti in via suppletiva le regioni a statuto ordinario.

Infatti, se si ha riguardo ai più diffusi commentari, è possibile rinvenirvi la seguente definizione di “disposizioni”: “rappresentano le c.d. regole di fattispecie, strutturate sulla previsione di un evento e sulla prescrizione di una azione condizionata alla verifica dell'evento”<sup>51</sup>. Trasponendo siffatta concettualizzazione con riguardo al complesso normativo “dedicato” (variazioni):

- “al netto” delle incertezze nel distinguere a seconda che vi si integrino (altrimenti, ne siano desumibili) o meno principi;

- sarebbe quasi superfluo aggiungere che si tratta di una disciplina tesa a ridurre le informazioni utili onde colmare lo “spazio vuoto” fra la legge e la realtà, nella sua duplice vocazione sanzionatoria e di regolarizzazione.

Anzi, in quest'ottica:

- dal momento che il contesto culturale della modernità si è ormai emancipato dai miti (di matrice formalistica) della “completezza” e “certezza” dell'ordinamento<sup>52</sup>;

- se, in chiave sociologica, quest'ultimo è considerato alla stregua di un (sotto-)sistema decisionale, inserendolo in un circuito di segnali, stimoli, informazioni, in entrata ed in uscita; come tale (per definizione), cognitivamente aperto benché normativamente chiuso;

- posto che, senza toglier nulla a quella branca del sapere, *in primis* spetta alla teoria del diritto di occuparsi delle prestazioni di (auto-astrazione, *rectius*) auto-organizzazione di quell'“insieme coordinato” (nonché, delle condizioni della loro possibilità);

- si può concludere, nella circostanza, di trovarsi al cospetto di uno specifico “aggregato normativo” di elevata complessità sistemica, rispetto al quale si è assistito ad una non comune profusione di energie da parte degli “operatori” (in senso lato): sia onde lumeggiare sull'identifi-

<sup>51</sup> R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Codice dell'edilizia* (annotato), cit., p. 8.

<sup>52</sup> A questa stregua va letta la legge stessa laddove non esclude l'ipotesi di “lacune” (art. 12, c. 2, disp. prel. al c.c.).

cazione di ciascuna delle categorie di variazioni come delle relative *species* (persino *ab extra*<sup>53</sup>); sia sopportando gli oneri connessi al non agevole compito di far interagire proficuamente il sistema giuridico con quelli “contermini” (tecnico-scientifici).

Se non che, una valutazione altrettanto lusinghiera non sembra potersi formulare in punto di teoria della norma giuridica. Beninteso: è fuor di dubbio che tradizionalmente, avuto riguardo all’approccio teoretico cui è connaturata l’idea di ordine normativo a fronte dell’indeterminabilità del futuro, ha corrisposto uno schema di tipo “ipotetico-casuistico” imperniato sul modello della “fattispecie legale”. Né di quel modello s’intende far questione come (connaturato) “limite alla libertà di giudizio in ordine all’unico fatto pensabile, cioè al fatto concreto”<sup>54</sup>. Infatti, ne risulta plausibilmente coniugata la duplice istanza:

- dell’accettare una riduzione dell’esperienza di regolazione entro strutture (più o meno) “rigide”, con conseguente sacrificio della “materialità”, del momento assiologico-reale (disposizione a ridimensionare il ruolo degli interessi);

- pur di “dominare e permeare la fluida materia della vita sociale” (per l’appunto, assecondandola nell’inevitabile opera di semplificazione della complessità dei conflitti)<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Cfr. G. SCIULLO, *Variazioni essenziali e parziale difformità rispetto alla concessione: individuazione e regime giuridico*, in *Riv. giur. urb.*, 1986, p. 205.

Mentre i menzionati articoli del T.U. in materia di edilizia riprendono disposizioni risalenti a ben sette lustri or sono (a partire dalla L. 28 febbraio 1985, n. 47), l’attuale definizione di una disciplina “di chiusura” del sistema, quale quella segnante il confine tra le parziali difformità dal titolo abilitativo che integrano un abuso e quelle “tollerabili” (di cui all’art. 34 cit.), ha trovato espressione solo da pochi anni a questa parte. Segnatamente, basterebbe osservare che il D.L. 29 maggio 2018, n. 55, convertito con modificazioni, dalla L. 24 luglio 2018, n. 89, ha disposto (con l’art. 1-*sexies*, comma 2) che “Ai fini dell’applicazione del comma 1, la percentuale di cui al comma 2 ter dell’articolo 34 del citato decreto del Presidente della Repubblica n. 380 del 2001 è elevata al 5 per cento”.

<sup>54</sup> Come vorrebbe lo stesso S. SATTA, *Giurisdizione II. Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 218 s., p. 221.

<sup>55</sup> Secondo quanto propugnato da E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, II ed. riveduta e ampliata da G. CRIFÒ, Milano, 1971, p. 103. Sempre nell’ottica della teoria generale, A. FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. – I. *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 184 s., pone l’accento sulla

Quel che non convince, in punto di rigore dell'operazione ermeneutica e di bontà degli esiti, è il duplice assunto che quello schema:

- per un verso, sia l'unico concepibile e che pertanto l'aggregato normativo in esame vi sia integralmente ispirato;

- per altro verso (e prima ancora), sia esaustivo (nel suo rigore formale) della giuridicità; nel senso che integri una disposizione normativa anche quando non vi sia sotteso un autentico problema giuridico, di tutela di un interesse rilevante, per il solo fatto di perseguire (con il meccanismo dissuasivo-disincentivante che le è proprio) un “simulacro di disvalore”.

Laddove, sulla base di più munite basi teoretiche (per l'appunto) ed epistemologiche, si confida di tornare su certa formulazione con spirito di critica costruttiva, onde conseguire una miglior “resa” in fase di comprensione-applicazione del materiale normativo pertinente alle variazioni essenziali. Per il momento basti osservare che del rilievo di tale ordine di connessioni offrono un riscontro i formanti relativi a due delle condizioni esclusive di essenzialità delle variazioni.

Ci si riferisce a certa interpretazione dell'espressione “mutamento della destinazione d'uso” di cui all'art. 32, comma 1, lett. 'a', laddove:

- a fronte della giurisprudenza secondo la quale quello debba concretarsi in vere e proprie modifiche strutturali dell'immobile (ossia, tradursi in senso materiale)<sup>56</sup>;

- un opposto orientamento dottrinale ha concluso nel senso che la variazione assume comunque il carattere dell'essenzialità (col relativo corredo sanzionatorio) anche qualora si accompagni a modifiche in senso meramente funzionale dell'immobile<sup>57</sup>.

necessità, in una visione non formale del diritto, di dotarsi “di un sistema normativo rispettabile..., in quanto non straripante in dimensioni di pratica inconoscibilità e non pregiudicato nella sua pratica attuabilità da vizi di disarticolazione, contingenza, ambiguità”.

<sup>56</sup> Corte cost., 11 febbraio 1991, n. 73 ove si fa leva sulla circostanza per cui solo in tal caso il mutamento resta assoggettato al permesso di costruire; altrimenti, al mero regime autorizzativo, con conseguente sottoposizione a distinta tipologia sanzionatoria (cfr. pure Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2003, n. 2586).

<sup>57</sup> G. CIAGLIA, *Le sanzioni amministrative*, in V. MAZZARELLI (a cura di), *Diritto dell'edilizia*, Torino, 2004, p. 195 s., p. 222, secondo il quale ciò sarebbe suffragato dall'argomento letterale ossia, un raffronto testuale, fra l'art. 32 cit. ed il prec. art. 31, comma 2 che consente di constatare come sia stato espunto (rispetto all'art. 7, previgente L. n. 47/1985) qualsivoglia riferimento alla nozione di “opere”, sì da sdoganare anche

In secondo luogo, il riferimento cade in tema di traslazione del manufatto (di modifica in genere della localizzazione rispetto all'area di sedime assentita), in corrispondenza del quale lo scenario può essere così tripartito, per come delineato dalla Legislazione regionale:

- modifica che comporta una ripercussione sostanziale a livello di parametri urbanistico-edilizi rigidamente predefiniti;
- modifica che comporta una ripercussione sostanziale a livello di ambiti di valutazione demandati alla discrezionalità amministrativa;
- modifica che non comporta alcun tipo di ripercussione sostanziale.

### 3. *Inconferenza di certa parabola legislativa a livello regionale*

Giungendo così all'epilogo della parte introduttiva della trattazione, sia consentito di puntualizzare che, stante la scelta d'imprimervi un indirizzamento di stampo prettamente amministrativistico, piuttosto che pubblicistico (in senso stretto), nel suo seguito tendenzialmente verrà dedicato solo lo spazio strettamente necessario alle accennate criticità in punto di legittimità costituzionale connesse alla co-esistenza di discipline, nazionale e regionali, "di principi" e non. Al riguardo, d'altronde, si ribadisce come siano contenuti gli ulteriori margini di miglioramento riconducibili all'interprete: francamente parendo auspicabili adeguati (quanto indifferibili) "correttivi" sul piano della tecnica legislativa.

D'altronde, in tal senso pare deporre certa esperienza legislativa progressivamente maturata in sede regionale: laddove (in attesa di adeguati emendamenti da parte del Legislatore nazionale) si è perseguita la soluzione ("di ripiego") di una sorta di *reductio ad unitatem*, una ricomposizione (nel segno di quanto confezionato da quest'ultimo) delle differenze

mere modificazioni di natura funzionale o sostanziale. Aggiunge peraltro quest'ultimo a. che tale possibilità sarebbe legata ad un conforme recepimento da parte della Legislazione regionale.

Salvo attingere alla medesima dottrina la considerazione d'appendice secondo cui, in caso di mutamenti d'uso meramente funzionali, le conseguenze afflittive saranno circoscritte alle sanzioni amministrative di cui all'art. 37, T.U. cit. e non anche a quelle penali di cui all'art. 44 cit., dal momento che una piena applicazione del sistema delineato dagli artt. 31 e 32 citt. (a partire dall'ingiunzione di rimessione in pristino dell'immobile con demolizione delle opere abusive) risulterebbe preclusa a fronte di variazioni poste in essere in assenza di qualunque opera edilizia.

contenutistiche che concorrevano a formare un quadro piuttosto frammentario (o comunque dispersivo) dell’“aggregato normativo, allargato”.

Onde tentare di gettar luce su questo versante, in parte inesplorato:

- valga di attingere segnatamente all’esperienza “subprimaria” della Sardegna (all’apparenza meno “esposta” alle accennate criticità, agli occhi dell’interprete, per via del confronto con i portati di una Regione a statuto speciale);

- assumendo, a termine di riferimento, proprio la categoria (più vulnerabile) delle “variazioni essenziali”.

Così valga di rammentare che, ai sensi del testo originario della pertinente disciplina sarda (ci si riferisce all’art. 5, L.R. 11 ottobre 1985, n. 23 – per cui si rinvia all’Appendice normativa –), si era al cospetto di un sensibile ridimensionamento dell’articolazione della “casistica”, rispetto a quanto contemplato dall’omologa disciplina nazionale “di principi” e “disposizioni”. Infatti, quella:

- anziché limitarsi ad appendici di dettaglio (con funzione “identitaria”), si era arrogata ben altra prerogativa;

- espressa financo in termini “riduzionistici”, dando ad intendere come essenziali solo alcune di quelle *species* di variazioni, sommariamente corrispondenti alle lett. ‘a’ e ‘b’ di cui alla menzionata disciplina nazionale<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> Ciò, infatti, avrebbe irragionevolmente condotto a concludere che, per la legislazione regionale in discorso, fossero “non essenziali” variazioni (al progetto “approvato”) dal disvalore giuridico non solo (astrattamente) inferiore (es., rispetto a quelle di cui alle lett. ‘a’ e ‘b’ citt., attinenti a certa traslazione dell’edificio dall’area di pertinenza), ma anche pari (“in potenza”, a seguito di esame in concreto) se non superiore (es., inerenti alle misure antisismiche).

Pertanto, si trattava di stabilire:

- se ci si trovasse al cospetto di una lacuna legislativa regionale colmabile avvalendosi di volta in volta, per via (in un certo senso) analogica, del contributo della disciplina nazionale;

- se altrimenti dovesse sollevarsi questione di legittimità costituzionale di quella legislazione regionale “restrittiva” (senza incorrere in declaratoria di manifesta infondatezza), per aver irragionevolmente escluso almeno una parte della casistica prospettata dalla disciplina nazionale; se non altro perché, di tal fatta, la prima risultava non contemplare fattispecie penalmente rilevanti (per il Legislatore nazionale), sì da precludere proprio il rimedio dello strumento analogico.

Fermo restando quanto anticipato in senso opposto, sulla base di un punto di vista “pan-regionale”.

Salvo concludere che ciò non poneva problemi di sorta, nella circostanza, sulla base di un argomento formale.

Infatti, il coevo dato di diritto positivo, nazionale (art. 8, L. 28 febbraio 1985, n. 47 come sostanzialmente assorbito dall'art. 32, D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380), pareva non dover incontrare puntuale applicazione con riguardo agli interventi praticati nel territorio della Regione Sardegna, atteso che quest'ultima, per via della sua autonomia speciale, era e resta in grado di esercitare (per l'appunto) una potestà legislativa di tipo "esclusivo" sulle materie dell'edilizia e dell'urbanistica; come tale, tenuta (oltreché al rispetto degli obblighi internazionali, degli interessi nazionali e delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica) ad armonizzarsi ai soli principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica (per cui si rinvia all'art. 3, lett. 'f', L. Cost. n. 3/1948).

Risponde al vero che, come con riguardo all'opponibilità dell'argomento fondato su di una presunta, generale prerogativa regionale di legiferare *ratione materiae* a livello di principi, ancora una volta pareva soccorrere un argomento formale, dal momento che:

- pur non rientrando fra le ipotesi di "variazione essenziale" per le leggi regionali, quelle fattispecie escluse integravano comunque una "difformità parziale";
- entrambi i tipi di scostamento sono trattati allo stesso modo sul piano penale (almeno in assenza di vincoli particolari di tutela)<sup>59</sup>.

Se non che, trascorrendo dal(le soluzioni addotte sul) piano formale (sulla cui debolezza può rinviarsi a quanto anticipato, secondo un approccio latamente pubblicistico) a quello sostanziale (imperniato sulla necessità che alla disposizione normativa sia sotteso un autentico problema giuridico e che, pertanto, agli occhi dell'interprete, la prima debba valutarsi innanzitutto in quella prospettiva di più stretta pertinenza della disciplina amministrativa), riaffiorava certa tensione tra le fila degli operatori; peraltro, con correlato coinvolgimento anche delle regioni ad autonomia ordinaria. Infatti:

- se l'"omologo", offerto dalla legislazione regionale, in un'ottica ipotetico-casuistica presentava (per l'appunto) un "frastico" (descrizione del comportamento umano disciplinato) non confacente;
- a tale differenza di contenuti non poteva concludersi che corrispon-

<sup>59</sup> Ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. a, D.P.R. n. 380/2001 cit.

desse una coerenza complessiva di valutazione del disvalore giuridico dei fatti; che, anzi, per via di quel misconoscimento, ne risultava clamorosamente tradita.

Dunque (applicando i comuni criteri interpretativi), poteva reputarsi ragionevole (di là da già segnalate “sbavature” di tecnica legislativa – “a valle” come “a monte” –), in un’ottica di “uniformità nella diversità” della disciplina sul piano nazionale, la sola previsione (pacificamente “di principi”) di un fronte tendenzialmente omogeneo di vincolatività per la disciplina regionale, quanto all’“essenzialità” delle variazioni al progetto approvato: rappresentato dall’uso dell’avverbio “esclusivamente”. Ciò, onde far in modo che (per quanto nanti esposto) le regioni ad autonomia ordinaria non potessero individuare fattispecie ulteriori rispetto a quelle ivi indicate alle lett. da ‘a’ ad ‘e’ dell’art. 32 cit.

Da qui, l’intervento “riparatore” del quale (ancora una volta) costituisce esemplare rappresentazione l’esperienza sarda che recentemente ha modificato ed integrato il pertinente dettato normativo (per l’appunto) con spirito omogeneizzante (ci si riferisce a quanto disposto dall’art. 3, L.R. 3 luglio 2017, n. 11). Salvo constatare che poca attenzione è stata dedicata alla “qualità” (ed alla “resa”) di quell’operazione di tendenziale allineamento alla “*ratio*” della disciplina nazionale.





# Balancing environmental and economic interests: the case of coastal protection and access to the shoreline. A comparative study

DAMIANO FUSCHI

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Integrated Coastal Zone Management and the Madrid Protocol: balancing coastal sustainability and anthropogenic activities. – 3. The Italian system. – 4. The Italian case of “beach concessions”. – 4.1. Jurisprudential profiles of administrative justice in Italy. – 4.2. Recent developments in Italian jurisprudence. – 4.3. One-year extension to beach concessions, the Italian Council of State judgment n. 2192 of March 1st, 2023. – 4.3.1. The T.A.R. Lecce ruling on November 2nd, 2023, and the subsequent introduction of the evaluation parameter pertaining to resource scarcity. – 5. The British system. – 6. The U.S. system. – 6.1. Fixed rules for a changing world: the case *Lucas vs. South Carolina* after 30 years. – 7. Conclusions.

## 1. *Introduction*

The study of the regulation of coastal management and protection appears to be fragmented and not organic in all legal systems. This is due to the fact that an initial regulatory impetus on this subject occurred in the liberal era, a period in which the rights of property and economic initiative were established. Those rights are often absolutized in the clash with other rights, even if they are constitutionally guaranteed. Subsequently, thanks to scientific progress and the growing need to protect the environment, environmental protection laws overlapped with liberal ones, often in a non-organic manner if not in conflict with them. A comparative perspective between three widely distant legal systems on the protection and affirmation of economic property rights, which, however, have undergone a process of legal standardisation in environmental

matters, allows us a glimpse of how personal demands, such as the need to enjoy private property, can be reconciled with the general demands aimed at society and nature necessary for environmental protection.

The legal analysis of environmental problems, perhaps even more than other issues intercepted by the law, requires starting with some consideration of the characteristics of those problems. The consideration also applies, of course, around coastal discipline protection, a subject that immediately evokes the “frontier” and, perhaps, owes its appeal to this: on the coast, in fact, land and sea meet and confront each other. The European coastline stretches 89,000 kilometres; no place is more than 400 kilometres from the sea, and about one-third of the European population of the countries bordering the sea lives in the coastal strip. In the USA, the shoreline length calculation of 153,646 kilometres includes measurements taken in 1930-1940 and 1970. The 1939-1940 measurements were determined with a recording instrument on the largest-scale charts and maps available at that time. These measurements included the continental U.S. as well as U.S. territories (Hawaii and Alaska were U.S. territories during this time period). Shorelines of the outer coast, offshore islands, channels, bays, rivers, and creeks were included at the head of the tidewater or at a point where tidal waters narrowed to a width of 30 metres. For the Great Lakes, shoreline lengths were measured in 1970 by the International Coordinating Committee on Great Lakes Basic Hydraulic and Hydrologic Data. The total length of the tidal shoreline includes measurements of the coastal states (which include the Great Lakes) as well as outlying U.S. territories and possessions<sup>1</sup>. It does not require peculiar demonstrations that there are numerous and prominent forms of environmental aggression taking place at the coasts all over the world. Pollution, tourism, maritime traffic, and the construction of works and housing determine a very strong anthropic pressure. Added to this, one of the most significant effects of climate change and, in general, of natural action in the sea is that of coastal erosion, especially where there are topographically depressed areas and below sea level. Damage to the coastal system and natural habitats, then, is often irreversible in nature. Nor can it be denied that the future prospects are

<sup>1</sup> NATIONAL OCEAN SERVICE, *How long is the U.S. shoreline?*, available on the Internet.

for a further increase in human presence. Moreover, multiple economic initiatives take place near the coasts that cannot be eliminated, making it very difficult to organise an adequate “response” of the right: from fishing to tourism (with the presence of millions of people), from industry to port management activities, from maritime transport (often characterised by the hazardous nature of the material; e.g. oil) to aquaculture, from the exploitation of oil fields to nautical pleasure. This plurality of aggression is combined with the extreme weakness and fragility of the coastal system, given that it often hosts very delicate natural habitats and the highest concentration of biodiversity. If we take into consideration the issue of flooding and coastal erosion, it clearly exemplifies the conflict between human expectations to use certain lands and an inherently unstable natural process of nature. While interest in this subject can be traced to past times, regulatory development has certainly been slower to bridge the gap between ideological manifestos and states’ operational instruments. Here is proposed an analysis of the state of the art of regulation in Italy, because Italy possesses vast coastal territories and because Italy is undergoing a profound process of regulatory renewal on the subject of public concessions for the exploitation of beaches for recreational purposes, i.e., the construction of tourist facilities. This paper examines the issue of coastal protection through administrative regulation and the balancing process with other typical interests such as private property and economic initiative. After the analysis of the Italian system of coastal usage and protection I will give a brief analysis of the policies and consequent choices of legislators adopted in the United Kingdom and the United States of America, which is a useful starting point for analysing coastal erosion mitigation strategies in the light of climate change, global warming, and the consequent rise in sea levels. The comparison is of particular interest in this field, as it allows the identification of operational convergence in the face of different legal formants<sup>2</sup>. Two aspects are of particular importance: the first relates to the growing concern to balance private interest and the public good (see *Lucas v. North Carolina*); the other revolves around the complex evaluation of human preferences and the impact these have on the coastline,

<sup>2</sup> R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1991, pp. 1-34.

shifting the focus to ethics and the anthropocentric conception<sup>3</sup> of environmental protection. Especially in the past, there have been operations to secure and restore economically strategic coastal areas at the expense of other areas that did not have such characteristics. The damage to economically non-strategic areas, therefore, is not only manifested through the neglect and abandonment of the coastline but also through destructive human works aimed at obtaining materials, primarily sand, necessary for the restoration and securing of economically important areas<sup>4</sup>. The U.K. has been taken into consideration because the “EUrosion” report points out that, compared to the sedimentary coastlines of Germany, Belgium, and the Netherlands, the coastal conformation of the U.K. and Northern Ireland is more heterogeneous. The report also identifies greater risks for the U.K. in terms of possible economic damage in relation to work built near flood-prone locations. Finally, the report points out that English legislation is lacking in terms of regulatory coherence between the centre and periphery of the State, with some regional coordination directives that, however, are not harmonised at the state level, are not statutory in nature, and are often implemented through voluntary rather than compulsory collaboration. The U.S. system, on the other hand, in addition to the general problems related to this matter, such as harmonisation with international law, the conflict between public and private interests, and the fragmentary nature of the legislation caused by the need to act on vast areas that cross administrative boundaries, presents other critical issues in terms of competences between federal and state levels, especially in the field of application of the V Amendment of the Federal Constitution regarding the protection against the taking of property by the government without compensation.

<sup>3</sup> C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln, 1950, Italian transl. by E. CASTRUCCHI, *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello “jus publicum europaeum”*, Milan, 1991.

<sup>4</sup> EUROSION (2004) *A guide to coastal erosion management practices in Europe: lessons learned*, available on the Internet.

## 2. *Integrated Coastal Zone Management and the Madrid Protocol: balancing coastal sustainability and anthropogenic activities*

The approach followed with regard to coastal erosion falls within the framework of Integrated Coastal Zone Management (hereinafter, ICZM), whose main regulatory source is the Madrid Protocol of 2008, implementing the Convention for the Protection of the Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean (hereinafter, Barcelona Convention of 1976). In fact, the notion of ICZM was first consolidated at a supranational level, finding its origin in the pioneering experimentation in the United States, which began with the adoption of the Coastal Zone Management Act of 1972, and has progressively imposed itself at a European level. With particular reference to the notion of ICZM, art. 2, paragraph 1, letter f) of the Madrid Protocol of 2008 describes a “dynamic process for the sustainable management and use of coastal zones, which takes into account at the same time the fragility of coastal ecosystems and landscapes, the diversity of activities and uses, their interactions, the maritime vocation of some of them, and their impact on marine and terrestrial components”. Further indications on the consistency of this process are provided by Communication 2000/547, in which the European Commission specifies the fundamental steps of the intervention, consisting of information gathering, planning, decision-making, and monitoring implementation, to balance in the long term “environmental, economic, social, cultural, and recreational objectives, within the limits imposed by natural dynamics”<sup>5</sup>.

Integrated management is therefore not a specific administrative model but rather an overall result, from the perspective of which Member States are required to adopt a composite set of rules centred on the coordination between the different administrations holding sectorial competences on the matter, so that public intervention on the coast is primarily aimed at guaranteeing the sustainability of the different anthropic activities<sup>6</sup>. Therefore, with regard to uses, the traditional axiolog-

<sup>5</sup> COMMITTEE OF THE REGIONS, *Opinion of the Committee of the Regions on: the Proposal for a European Parliament and Council Recommendation concerning the implementation of Integrated Coastal Zone Management in Europe*, 2001/C 148/07.

<sup>6</sup> E. BOSCOLO, *Il secondo rapporto sullo Stato del capitale naturale in Italia*, in this *Journal*, 2018, 33, pp. 417-426.

ical structure centred first on the public interest in defence and maritime trade and then on economic exploitation is reconsidered, with a view to enhancing first of all the environmental interest in protecting the coast, also in light of the principle of intergenerational responsibility<sup>7</sup>. In order to achieve this objective, the Protocol identifies several principles to which administrative action must conform, providing, in particular, that every decision must be informed by a prior verification of the carrying capacity of coastal zones; that “inter-sectoral institutional coordination of the various administrative services and regional and local authorities competent for coastal zones” must be guaranteed; that adequate governance is foreseen, allowing for appropriate stakeholder participation in transparent decision-making processes; and that a “balanced distribution of uses over the entire coastal zone is guaranteed, avoiding unnecessary concentration and urban sprawl<sup>8</sup>”. The achievement of these objectives requires a change in the approach followed so far on the matter, implying, first of all, adequate coordination between the different territorial levels for truly integrated management. It also seems indispensable to re-think the institution of maritime state concessions, with particular regard to the criteria for assigning and maintaining the right to exclusive use, as well as with respect to the duration of the concessionary relationships, in order to subordinate mass tourism use to the carrying capacity of the coastal area and to provide for a balanced distribution of the different uses on the coastal areas.

### 3. *The Italian system*

In Italy, there are two ecoregions identified by WWF International among the Global 200: the Alps Ecoregion (which is a regional priority) and, more relevant for our purposes, the Mediterranean Ecoregion (which is a global priority by being among the 35 priority places<sup>9</sup>).

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Madrid Protocol, 2018, art. 6.

<sup>9</sup> G. CORDINI, *Parchi naturali e aree protette. Profili di diritto comparato*, in *Il politico*, 1999, 1, pp. 143-151.

From a specifically legal perspective, what has just been observed explains, among other things, why coastal regulation has received an essential boost at the international level<sup>10</sup>.

It is no coincidence that firmly at the centre of the legal plot relating to coastal protection is the Barcelona Convention for the Protection of the Mediterranean Sea from the Risks of Pollution, signed by 23 countries in 1976 as part of the United Nations Plan of Action for the Mediterranean and ratified in Italy with Law 30/1979<sup>11</sup>. The Application Protocol, defined in Madrid in 2008 after a long negotiation process and ratified by the European Union (hereinafter, EU) on September 13, 2010 (2010/631/EU), in an overall perspective of protection of the Mediterranean Sea, identifies among the protection actions subject to a specific application protocol, precisely the integrated management of the coastal strip. The Protocol, having reached the minimum number of ratifications required by its art. 39 (which requires ratification by six signatory Countries), entered into force on March 24<sup>th</sup>, 2011<sup>12</sup>. Meanwhile, as mentioned before, the perception of the problem of coastal management and its importance has matured in the various states – and this has also been the case in the states analysed here – as a result of the action taken at the supra-state level, although there is no lack of action taken in the national or regional context. Supranational law, once again, as is often the case in other areas of environmental matters, has therefore had the function of prompting initiatives on the administrative, procedural, and organisational domestic levels, although the impact of the Protocol, as will be discussed below, is still very limited.

On the coasts aggression is carried out both by man who uses and exploits coastal strips and by nature, especially due to rising water levels (the motif of man being attacked and aggressor is a classic of environmental law), although predictions regarding this phenomenon are far from certain (and this unveils another character of environmental problems, related to the impossibility of turning to science to obtain all the answers that would be needed in order to organise an adequate response) and vary greatly

<sup>10</sup> F. FRACCHIA, *La disciplina delle coste: prospettive giuridiche e scientifiche*, in *Il diritto dell'economia*, 2015, 2, pp. 241-256.

<sup>11</sup> G. CORDINI, S. MARCHISIO, P. FOIS, *Diritto ambientale: profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2017.

<sup>12</sup> F. FRACCHIA, *La disciplina delle coste: prospettive giuridiche e scientifiche*, cit.

from area to area<sup>13</sup>. As for man's intervention specifically, his aggression is particularly relevant, given that the resource "coast" is finite, non-renewable, essential, and communal. On the other hand, the uses to which humans tend are often conflicting with each other<sup>14</sup>. Moreover, the coastal problem, like many other environmental issues, is complex and would require a comprehensive view. Instead of considering the coast as a unitary asset or problem, the legal response has, from time to time, invested objective fractions of the coast itself and, in any case, was implemented without perceiving the relevance of that segment to a unitary dimension<sup>15</sup>. To cite a few examples, as recently effectively recalled in doctrine, protection first hinged on the regulation of the maritime state property alone, essentially based on the concessionary system alone (it concerns only a part of the assets that make up the coast) in accordance with the provisions of the Code of Navigation; later the building profile was added, but once again considering a portion of the territory and a specific type of "aggressions" (see Law August 6<sup>th</sup>, 1967, n. 765). Of course, the aspect of planning, often reduced to the scope of municipal competence, could not be missed.

Two other perspectives on protection are the regulation of maritime pollution and the management of parks. Finally, and not only in Italy, the protection of the landscape and the instrument of landscape constraint have played a significant role. In all these cases, as anticipated, only one of the dimensions confronting the coast is regulated. A similar order of considerations can be extended to the choice of deferring coastal management to planning powers.

On the other hand, each of the administrations involved had an interest in the care of an interest that was now too sectoral, now too insensitive, in the sense that the dimension of coastal management as a unitary good failed to be reflected in that interest or to condition its physiognomy. It is sufficient to make a brief and cursory analysis of the case law using the phrase "coastal zone management" or "integrated coastal management" (or coastal zone) as a search string to realise that even on the litigation level, the problem fails to emerge (while there are a great number of

<sup>13</sup> F. FRACCHIA, *La gestione integrata delle Coste*, in F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Climate change: la risposta del diritto*, Naples, 2010, pp. 609-622.

<sup>14</sup> G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 2002.

<sup>15</sup> F. FRACCHIA, *La gestione integrata delle Coste*, cit.



decisions regarding the constraint of unbuildability) and, where it does, it concerns local situations characterised by the provision of specific regional legislation.

Even looking at some recent events, such as the issue of beach concessions (with the corollary of their duration), a very narrow perspective that is disconnected from the context in which the beaches are located is presented again<sup>16</sup>. Also confirmed is the impression that the coast is never considered the meeting point between sea and land but ends up being indirectly protected with the instruments conceived to the management of activities on the territory (in turn articulated according to a geographic and functional criterion), to which possibly are added the regulations on pollution and those provided for the protection of the sea. This reflects, among other things, a failure to perceive another character of the problems afflicting nature, consisting of the fact that the environment is multi-dimensional, so that the protection of one aspect may imply an attack on another component. With reference to the coast, for example, the course of action constituted by the protection of the sea may interfere with the protection of the land. Finally, as is very often the case when dealing with environmental issues, a number of sub-issues loom within the broader theme: think, to name just one, of the issue of transitional waters (regulated by Directive 2000/60/CE, the so-called Water Framework Directive), a perfect metaphor for a right that sits on the “border” (between the environment, ecosystems, water, the coast, development, rivers, and so on).

What has been said here is confirmed in the current legal framework. Many norms deal (or have dealt) in a sectorial way with problems related to the coast: in addition to those already mentioned, let us recall Law May 18<sup>th</sup>, 1989, n. 183 on soil defence (as to the current environment code, see below) and Law December 6<sup>th</sup> 1991, n. 394 on protected areas; Legislative Decree January 22<sup>nd</sup>, 2004, n. 42, concerning the landscape (until the approval of landscape plans, art. 142 protects coastal territories included in a depth band of three hundred metres from the shoreline, again introducing derogations with reference to the existing), not to mention then the Directive 92/43/CEE (so-called Habitats Directive), transposed by the Regulations in Presidential Decree September 8<sup>th</sup>, 1997 n. 357, Law

<sup>16</sup> E. QUADRI, *Demanio costiero e concessioni balneari*, in *Il diritto dell'economia*, 2017, 1, pp. 199-217.

October 23<sup>rd</sup>, 2009, n. 157, ratifying the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage, and Law December 31<sup>st</sup>, 1982, n. 979 (provisions for the defence of the sea), which also provided for a general plan for coastal defence and protection, which was never implemented. Referring to Legislative Decree April 3<sup>rd</sup>, 2006, n. 152, also known as the Environmental Code, we find, once again in a fractional perspective, provisions related to coastal water protection, soil defence, protection of water from pollution, and management of water resources. The term coastal strip recurs in art. 54, which brings its protection back to the notion of soil defence; art. 56 also places among the objectives of planning and programming activities aimed at soil protection the prevention of land disruption, including erosion and lowering of riverbeds and coastlines, as well as “the protection of coasts and inhabited areas from the invasion and erosion of sea water and the rehabilitation of beaches, including by means of works to reconstitute dune belts.” Annexes 1 (monitoring and classification of waters according to environmental quality objectives) and 3 (survey of watershed characteristics and analysis of the impact exerted by human activity) to Part III define coastal waters, coastal strip types, and coastal water characterization criteria, among other things. Finally, references to coasts are also contained in the regulations on environmental assessments (Annex IV, 7, and Annex V, 2).

From the perspective of those involved in coastal protection, the list is speculatively long and articulated: the Ministry of Environment and Energy Security, port authorities, regions, coastal municipalities, harbour, and parks, to name a few. This is particularly relevant, given that the person entitled to act is often forced to challenge the legality of numerous acts relating to the same “problem,” a situation that, also because of the cost of access to justice, risks limiting litigation and, consequently, decreasing the area of judicial protection of the “good coast” ensured through the court review activated by private parties. Mention has been made of the regions; some of them have also acted using the legislative instrument: the Region of Sardinia enacted Regional Law November 25<sup>th</sup>, 2004, n. 8, while Puglia adopted Regional Law June 23<sup>rd</sup>, 2006, n. 17. Moving to the side of instruments, we find a multitude of administrative powers that can be activated to protect the coast. The legislation refers to plans (particularly important, as mentioned, is the landscape plan, but think also of that of state concessions: in Puglia Region, for

example, the regional coastal plan is the instrument that regulates the use of areas of the maritime state property), licencing powers, permissive powers (urban planning, commercial, construction, and so on), related controls, as well as powers in the field of infrastructure and transport; relevant are also constraints.

A further tool (also mentioned in the Madrid Protocol of 2008) is that of land strategy, which can make use of “mechanisms for acquiring, ceding, donating, or transferring land to the public domain and establishing easements on properties.” In Sardinia, for example, provision was made by Regional Law May 29<sup>th</sup>, 2007, n. 2 for the establishment of an agency, called the “Coastal Conservancy of Sardinia,” inspired by the French model (Law January 3<sup>rd</sup>, 1986, 86-2) which established the *Conservatoire de l'espace littoral*, called upon to coordinate all actions in the field of integrated coastal zone management and those of management of the maritime domain, as well as committed to acquiring the areas placed in the coastal zone, including through the use of the power of expropriation (but there is also mention of public subscriptions, testamentary bequests, permutations, free commodities from private individuals and other entities; the experience was actually unsuccessful, as the agency was commissioned in June 2014). The regulation of coastal areas, as highlighted, presents serious gaps in environmental protection, which assume increasing criticality and relevance in light of the most recent scientific studies in the field. According to data from the Water Portal of the Ministry of Health (*Portale Acque del Ministero della Salute*), in fact, about 7.7 percent of the stretches of sandy coastline in Italy are banned from bathing due to pollution<sup>17</sup>, and frequently the same tourist-recreational facilities are faced with stretches of sea with pollution levels above the legal limits, often due to the malfunction or absence of purifiers<sup>18</sup>.

The phenomenon of coastal erosion, then, which affects about 46 percent of Italian beaches, with peaks of 60 percent, and which is likely to become more substantial due to climate change, directly affects the

<sup>17</sup> LEGAMBIENTE, *Rapporto Spiagge 2021*. This report also notes that most of the beaches banned from bathing are in southern Italian regions, specifically Sicily and Campania. Already excluded from the report are port and industrial areas.

<sup>18</sup> The above-mentioned report underlines that in Italy there are several places that are off limits to bathing but are still frequented by people because of the presence of recreational facilities that should remain closed.

issue of the intense anthropization of the coastline, which has triggered an alteration of the natural coastal dynamics: from the 1970s to the present day, the kilometres of beach subject to erosion have even tripled<sup>19</sup>. In this context, the number of areas given under concession continues to grow (in the last 3 years alone, there has been an increase of 12.5 percent), with peaks, in some regions, of 70 percent of beaches occupied by bathing establishments<sup>20</sup>. With respect to the described problems, national regulatory indications regarding the maximum occupancy of coastal areas given under concession, as well as incentive tools aimed at environmental protection, are completely absent. In fact, the policies of the last decades have not provided, for the allocation of maritime state concessions, criteria for the selection of concessionaires aimed at enhancing virtuous models of management, attentive to the protection of the beach and the dune, and the use of renewable sources and natural materials for the construction of infrastructure. On the contrary, there are frequent cases of real privatisation of beaches, illegal building, and cementing of the coastline<sup>21</sup>.

#### 4. *The Italian case of “beach concessions”*

In recent years, Italian law has seen several significant developments and issues regarding beach concessions, which are the rights granted to private entities to operate commercial activities on public beaches. These issues have attracted attention and sparked debates within the legal and coastal management communities.

One of the main concerns in Italian law regarding beach concessions is the duration of these concessions. Historically, concessions were often granted for extended periods, sometimes lasting several decades. How-

<sup>19</sup> LEGAMBIENTE, *Erosione costiera*, available on the Internet.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> For more details see: E. TIZZONI, *Tourism will tear us apart: turismo e ambiente nell'Italia del boom attraverso un caso di studio nel Levante ligure*, in *Italia contemporanea*, 2021, 297, pp. 95-116; P. PERLASCA, *Biodiversità e natura sulle nostre spiagge: un approccio integrato per proteggere il biotopo degli Alberoni sul litorale veneziano*, in *Gazzetta ambiente: rivista sull'ambiente e il territorio*, 2018, 5, pp. 47-60; S. SINISCALCHI, *Cementificazione edilizia e paesaggi costieri. Il caso del Cilento*, in *Bollettino dell'Associazione Italiana di Cartografia*, 2018, 163, pp. 113-126.

ever, in recent times, there has been a push to limit the duration of concessions to promote more frequent public bidding processes and ensure fair competition. This shift aims to prevent monopolies and encourage a more dynamic and transparent system for awarding beach concessions.

Another notable issue has been the enforcement of environmental regulations and the protection of coastal areas. Public beaches hold ecological importance, and there is growing recognition of the need to balance commercial activities with environmental preservation. Stricter regulations have been implemented to ensure compliance with environmental standards, including waste management, protection of dunes and natural habitats, and sustainable coastal development.

Additionally, the issue of beach accessibility and public use has gained prominence. There have been concerns about private entities restricting public access to certain parts of the beach or limiting the use of public spaces for commercial purposes. Efforts have been made to guarantee public access to the beach, safeguard the rights of beachgoers, and establish clear guidelines for the demarcation of private and public areas.

Legal disputes have also arisen in relation to beach concessions, involving issues such as the validity of concession agreements, the renewal or revocation of concessions, and conflicts between concessionaires and local authorities. These disputes often revolve around the interpretation and application of relevant laws, regulations, and contractual terms.

To address these issues, Italian lawmakers have introduced legislative reforms aimed at enhancing transparency, improving environmental sustainability, and ensuring fair competition in the allocation of beach concessions. These reforms seek to strike a balance between the economic benefits of beach tourism and the preservation of coastal ecosystems, public access, and the rights of both concessionaires and the general public.

#### *4.1. Jurisprudential profiles of administrative justice in Italy*

In Italy, the issue of the regulation of coastal areas is very topical, not only because of its inherent relevance to relevant issues, including the environmental protection of the coastline, as expressed in the previous paragraph, but also because of the great economic interest linked to seaside tourism and the consequent jurisprudential pronouncements related to the introduction of a competitive parameter in this economic sector

and the need to balance this aspect with environmental protection. The Plenary Assembly of the Council of State in 2021<sup>22</sup> (the Council of State is the higher administrative court of Italy) has intervened in the matter by establishing the termination of existing maritime state concessions on December 31<sup>st</sup>, 2023, and the necessary completion of public procedures for the selection of new concessionaires<sup>23</sup>. The Regional Administrative Court (*Tribunale Amministrativo Regionale*, hereinafter T.A.R.) of Regione Puglia (T.A.R. Lecce) subsequently ordered a new referral to the Court of Justice<sup>24</sup>, which had already ruled on the matter in 2016 with the well-known *Promoimpresa* judgment<sup>25</sup>. The jurisprudence moves, in fact, in a regulatory context of great fragmentariness and uncertainty, since the legislator, over the last ten years, has provided for continuous generalised extensions of the concessions already granted without proceeding to a reorganisation of the matter and an appropriate adjustment of the sector to the rules of competition and to the pressing demands for greater environmental protection of coastal ecosystems<sup>26</sup>.

The concession instrument, due to the uncontrolled growth of the

<sup>22</sup> State Council, Plen. Ass., judgements November 9<sup>th</sup>, 2021, no. 17 and 18.

<sup>23</sup> L. MARCHETTA, *Le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative: profili di tutela ambientale*, in *AmbienteDiritto.it*, 2022, 4, available on the Internet.

<sup>24</sup> T.A.R. Puglia, Lecce, May 11<sup>th</sup>, 2022, no. 743.

<sup>25</sup> CJEU, sect. V, judgment July 14<sup>th</sup>, 2016, *Promoimpresa and Melis*, Joined Cases C-458 and C-67/15 (questions referred for a preliminary ruling by T.A.R. Lombardia, sect. IV, ord. September 24<sup>th</sup>, 2014, no. 2401 and by T.A.R. Sardegna, sect. I, ord. January 28<sup>th</sup>, 2015, no. 2493). In the *Promoimpresa and Melis* judgment, the Court of Justice clearly stated that concessions of State-owned maritime property for tourist and leisure-oriented business purposes can be considered as a “right of establishment on State-owned land” for conducting such activities. Therefore, the situations addressed in the main proceedings fall within the scope of Article 49 TFEU, which concerns the freedom of establishment. This legal classification not only establishes the basis for limiting the application of EU law but also helps in understanding the Court’s reasoning, as it involves the interaction between primary and secondary law. It is important to note that the parameters provided by these two sources of law are not neutral or equivalent. Rather, the implications resulting from the application of either parameter have significant consequences for the flexibility that Member States have in this matter. For details see: M.E. BARTOLONI, *Concessions Relating to State-Owned Maritime Property within the Context of Free Movement: Reflections on the Promoimpresa Judgment*, *Italian Journal of Public Law*, 2022, 14, pp. 290-303.

<sup>26</sup> C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli UE ed esigenze di tutela dell’affidamento*, in *Federalismi.it*, 2016, 25, pp. 2-35.

number of relationships established, the repeated renewals in favour of outgoing concessionaires, and the failure to enhance the quality of the services provided, therefore requires a thorough review of the conditions for assigning and maintaining the right to exclusive exploitation of coastal state property, with a view to subordinating the use for tourism purposes to the protection of the coastline<sup>27</sup>. To better understand the Italian problems about this subject, it is necessary to have a brief historical perspective of the uses of maritime state property and the notion of public good<sup>28</sup>, with reference to the concessionary institute, retracing the

<sup>27</sup> L. MARCHETTA, *Le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative: profili di tutela ambientale*, cit.

<sup>28</sup> Public goods are goods or services that are non-excludable and non-rivalrous, meaning they are available for everyone to use, and their consumption by one individual does not diminish their availability for others. Examples of public goods include clean air, national defense, and public parks. Concessions, on the other hand, are contractual agreements that grant an individual or entity the right to use or exploit a particular asset or resource owned by the government or another public authority. Concessions are commonly used for activities such as infrastructure development, natural resource extraction, and the provision of public services. The relationship between public goods and concessions lies in the fact that concessions often involve the utilisation of public goods or resources. When a concession is granted, the government or public authority allows a private entity to access and utilise a specific public good for a specified period and under certain conditions. This transfer of rights and responsibilities through concessions aims to promote the efficient utilisation and management of public goods while also fostering economic development and private sector participation. Concessions can play a vital role in the provision and maintenance of public goods. For example, in the case of infrastructure projects, a concessionaire may be granted the right to build and operate a toll road, bridge, or airport. The private entity invests in the infrastructure's construction and maintenance, while the public benefits from improved transportation facilities, which are considered public goods. However, it is important to strike a balance between the private interests of concessionaires and the public interest in the sustainable management and accessibility of public goods. The terms and conditions of concessions should be carefully negotiated and regulated to ensure that the public's long-term interests, including environmental protection, social welfare, and equitable access to public goods, are safeguarded. On this subject, see Italian doctrine: S. CASSESE, *I beni pubblici*, Milan, 1969, pp. 287 ss.; A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. V, Milan, 1959, pp. 277 ss.; S. ROMANO, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, in *Scritti minori*, vol. II, *Diritto amministrativo*, Milan, 1950, pp. 136 ss.; R. ALESSI, *Osservazioni in ordine alle disposizioni concernenti i beni pubblici*, in *Il diritto dei beni pubblici*, Milan, 1941, pp. 172 ss.; L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Turin, 1892, p. 339 ss.

troubled events of the regulation of coastal areas, bearing in mind that the subject matter has not only been regulated by the Italian legislature but has been strongly influenced by EU law. The use of maritime state property in Italy dates back centuries, with coastal areas playing a crucial role in various economic activities, such as fishing, trade, and tourism. Over time, the Italian legislature developed regulations to govern the use and management of these areas.

The concessionary institute emerged as a key mechanism for granting individuals or businesses the right to use and exploit maritime state property for specific purposes<sup>29</sup>. Concessions were often granted for activities related to tourism, leisure, and commercial operations along the coast. However, the regulation of coastal areas in Italy has been marked by a complex and evolving legal framework heavily influenced by EU law. Italy, as EU member state, had to harmonise its national legislation with EU directives and regulations concerning coastal zone management, environmental protection, and the freedom of establishment. In particular, the Court of Justice of the EU has played a significant role in shaping the regulation of coastal areas in Italy. Through its judgments, such as the *Promoiimpresa* and *Melis* cases referenced earlier, the Court has clarified that concessions for tourist and leisure-oriented activities on state-owned land fall within the scope of EU law, specifically art. 49 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter, TFEU), which guarantees the freedom of establishment. This intersection between Italian and EU law has had profound implications for the regulation of coastal areas. It has not only provided a legal basis for limiting the scope of national regulations but has also influenced the interpretation and application of primary and secondary legislation. As a result, the parameters set by EU law and the Italian legislature are not considered neutral or equivalent. The application of one or the other parameter can significantly impact the flexibility and discretion of member states, including Italy, in managing their coastal zones and granting concessions for various activities. Overall, the regulation of maritime state property and coastal areas in Italy has undergone a complex journey, shaped by both domestic legislation and EU influences. This interplay continues to

<sup>29</sup> E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione europea. Profili e prospettive*, in *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013.



influence the management and use of these areas, ensuring compliance with EU law while balancing the economic, environmental, and social interests associated with coastal zone activities<sup>30</sup>.

#### 4.2. *Recent developments in Italian jurisprudence*

Considering the conflicting jurisprudential positions that have emerged in Italy, especially with reference to the theses sustained by the T.A.R. of Regione Puglia<sup>31</sup>, the President of the Council of State, by decree May 24<sup>th</sup>, 2021, no. 160, *ex officio* referred two appeals to the Plenary Assembly on the issue of the disapplication of domestic legislation for conflict with European law in order to ensure “certainty and uniformity in the application of the law by the administrations concerned as well as uniformity of jurisprudential orientations”, also due to the “particular economic and social relevance” of the issue<sup>32</sup>. The Plenary Assembly

<sup>30</sup> F. FRACCHIA, *La gestione integrata delle Coste*, cit.

<sup>31</sup> M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle concessioni balneari alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Diritto e società*, 2021, 3, pp. 331-358.

<sup>32</sup> In particular, the T.A.R. Lecce, in accordance with its settled case law, had declared illegitimate the decision of the Municipality of Lecce rejecting a request for the automatic extension of a concession on the grounds that it was contrary to domestic law, which was considered the only applicable law. Given, in fact, the non-self-executing nature of the Bolkestein directive (which does not regulate central aspects of the regulation of maritime concessions with reference to tendering procedures), the non-application of national law was, in the opinion of the Regione Puglia court, unlawful. On the contrary, the judgement emphasised the need for the adoption of internal regulations to reorganise the sector in order to protect the legitimate expectations of outgoing concessionaires with the provision of compensation for the investments made by operators in the sector. On the other hand, the T.A.R. Regione Sicilia, Catania, in its judgement N. 504 of February 15, 2021, appealed before the Council of State and affirmed that, for the purposes of awarding concessions for tourism and recreational purposes, it was necessary to first carry out public procedures in accordance with the European principles of free movement of services, impartiality, transparency, and equal treatment, asserting the illegitimacy of the internal extension regimes and ruling that individual administrative officials were also required to disapply the national legislation. Moreover, the Council of State had already come to similar conclusions in its judgement No. 1416 of 2021, affirming the principle that the failure to have recourse to public procedures for the selection of concessionaires constitutes an obstacle to the entry of new economic operators, given that, with reference to the beach concessions sector,

therefore ruled on the various and relevant issues put before it in its twin judgments of November 9<sup>th</sup>, 2021, no. 17 and 18. It is important to underline that, before this judgement of the Plenary Assembly of the Italian Council of State, with regard to the management of public assets, the position of the Regional Administrative Courts – according to which the provisions of arts. 36 and 37 of the Navigation Code have been interpreted by following the principles of European derivation, which “impose the assignment by tender of all public assets having economic relevance” – was inspired, in turn, by a previous orientation of the Council of State of 2021<sup>33</sup>: state concessions, “insofar as they concern economically contestable assets” must be assigned by means of tender procedures<sup>34</sup>. In this case Italian Council of State focused on the infringement of the Treaty, dealing, for the purpose of determining the applicability of Article 49 TFEU, with the issue of the possible cross-border relevance of maritime concessions. The court, in this regard, denies that the individual concession is relevant, but considers it necessary to take into consideration the entire national coastal heritage, which would present, as a whole and in its entirety, a certain cross-border interest, also because of its “exceptional attractiveness [...] due to its conformation, geographical location, climatic conditions and tourist vocation”<sup>35</sup>. From this assumption, the court concludes that the national rules on the automatic and generalised extension of concessions for maritime State property are contrary to the EU principles of freedom of establishment and free circulation of services in the internal market<sup>36</sup>.

Regardless of this profile, perhaps in awareness of the fragility of the approach followed with regard to the applicability of Article 49 TFEU<sup>37</sup>, in the view of the Plenary Assembly, the obligation to carry

natural resources are in themselves scarce. See: R. DIPACE, *All'Adunanza Plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021, available on the Internet.

<sup>33</sup> Council of State, Sec. VI, June 1<sup>st</sup>, 2021, no. 4210.

<sup>34</sup> Council of State, Sec. V, June 11<sup>th</sup>, 2018, no. 3588.

<sup>35</sup> M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle concessioni balneari alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, cit.

<sup>36</sup> F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, in *Diritto e società*, 2021, 3, pp. 359-383.

<sup>37</sup> M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle concessioni balneari alla*

out public procedures would in any case derive from the application of the Bolkestein Directive<sup>38</sup> and, in particular, from art. 12. In fact, the Court does not accept the traditional distinction between the concession of goods and the authorization of activities but adopts the EU's approach, which tends to privilege substance over form, emphasising the substantial fact that providers, in order to exercise their activities, must obtain authorization from the national authorities<sup>39</sup>. Having clarified this profile, the judgments dwell on the requirement of the scarcity of available resources, in respect of which the assessment is likewise made with reference to the coastal zones taken as a whole<sup>40</sup>, including the areas that are "potentially still licensable". The set of data collected

*luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria, cit.*

<sup>38</sup> The Directive 2006/123/CE, also known as Bolkestein Directive, aimed to liberalize the services sector within the EU by creating a single market for services. It sought to remove barriers and simplify regulations for businesses operating across borders, with the goal of increasing competition and boosting economic growth. However, the proposal faced significant opposition from various member States, trade unions, and civil society organizations. Critics argued that the directive would lead to a "race to the bottom" in terms of labor standards and social protections, as service providers would be able to operate in one country while adhering to the regulations of their home country. There were concerns that the directive could undermine worker's rights, consumer protection, and the ability of member states to regulate certain sectors, such as healthcare and public services. Additionally, some feared that lower-cost service providers from other EU countries could undercut domestic businesses, leading to job losses and social tensions. The controversy surrounding the Bolkestein Directive sparked extensive debates and protests across Europe. Many countries, especially in Western Europe, expressed reservations about the potential consequences of the directive and pushed for its modification or abandonment. Some countries implemented additional safeguards to protect their national regulations and labor standards. After several years of negotiations and revisions, the European Parliament adopted a revised version of the Bolkestein Directive in 2006. The final version incorporated various amendments addressing the concerns raised during the debate. The revised directive aimed to strike a balance between promoting the freedom of services and safeguarding social rights and the ability of member states to regulate their own markets. It is important to note that the Bolkestein Directive is now officially referred to as the "Services Directive" since its adoption and implementation in 2006. The directive aims to facilitate the free movement of services within the EU while respecting the diversity of national regulations and ensuring a level playing field for businesses.

<sup>39</sup> F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, cit.

<sup>40</sup> Cfr. Council of State, sect. IV, judgement February 16<sup>th</sup>, 2021, no. 1416.

by the Maritime State Property Information System (*Sistema Informativo del Demanio* - SID) of the Ministry of Infrastructure would, in fact, show that “the natural resources available to new potential economic operators are scarce, in some cases even non-existent”. Having specified the terms of the subsistence of the scarcity requirement, the Plenary Assembly dwells on the legal nature of the Bolkestein Directive, clarifying that it is a liberalisation directive, “aimed at eliminating obstacles to the freedom of establishment and service, guaranteeing the implementation of the internal market and the underlying principle of competition” and emphasising that it is sufficiently detailed and specific to be considered self-executing<sup>41</sup>.

In the light of these arguments, having established the primacy of Community law over domestic extension regulations, the Plenary Assembly goes so far as to sanction, in terms of effects, the obligation to disapply national regulations on the automatic renewal of concessions, not only by judges, but also by public administrations<sup>42</sup>. The individual administrative acts of concession would in fact be of a merely reconnaissance nature of the legal effect of extension, since, by directly regulating the duration of concession relationships by law, no administrative power would intervene. Specifically, the Italian Law December 30<sup>th</sup>, 2018, no. 145 would constitute a law-provision, as such, immediately applicable to individual concessions. Therefore, by virtue of the disapplication of such discipline for conflict with EU law, the effect established by the individual administrative acts would also consequently cease to exist, with retroactive effect<sup>43</sup>. The obligation of disapplication by the ad-

<sup>41</sup> With respect to this profile, part of the doctrine has raised various perplexities: it has been pointed out that the Services Directive was expressly transposed by Legislative Decree N. 59 of 2010 and that, indeed, it does not have a sufficient level of detail and specificity, which would be significantly testified to by the fact that there is no statement to this effect in the *Promoimpresa* judgment. Cfr. M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle concessioni balneari alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, cit.; F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, cit. and G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, in *Diritto e società*, 2021, 3, pp. 385-400.

<sup>42</sup> P. OTRANTO, *Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela*, in *Diritto e società*, 2021, 3, pp. 583-620.

<sup>43</sup> Italian Constitutional Court, judgement July 11<sup>th</sup>, 1989, no. 389: “all competent subjects of our legal system to enforce laws [...] such as administrative bodies – are

ministrative authorities themselves, brought back to constant EU and national case law, including constitutional case law, would be, moreover, in the opinion of the Italian Council of State, central to preventing a misalignment between the application in the courts and in the administrative courts. A further consequence of the court's reasoning is that the cessation of the effects of extension should not operate only with respect to uncontested relationships but also where a favourable judgement has already been entered. Since the judgement affects a relationship of duration (the concessionary relationship), the Plenary Assembly considers that the *jus superveniens* must be applied to that part of the relationship that takes place after the judgment, including in this category the *Promoimpresa* judgement of the Court of Justice<sup>44</sup>, from which would derive the obligation to disapply the domestic rules on the automatic renewal of concessions even with respect to relationships already defined by a final judgment. However, of the significant economic and social repercussions of the ruling (also deriving from the lack of rules regulating the new procedures, since the Code of Contracts does not apply to the goods subject matter of the concessions), the judge, through an analogy with the graduation of the effects of the annulment ruling, establishes the deferral of the effects of the ruling, modulating its temporal effectiveness and postponing to December 31<sup>st</sup>, 2023 the term at which all existing maritime state concessions will expire<sup>45</sup>. As will be discussed later, Italy recently postponed the end date of these concessions to December 31<sup>st</sup>, 2024, placing the Italian government in an even more delicate situation *vis-à-vis* the EU.

The identification of such a deadline has raised several perplexities, not only because it is not justified by objective parameters but also because it is likely to conflict with EU law itself. A possible derogation

legally bound to disapply internal rules that are incompatible with (European) rules", and EUCJ, June 22<sup>nd</sup>, 1989, *Fratelli Costanzo Spa v. Comune di Milano ed Impresa Ing. Lodigiani Spa*, proc. 103/88 para. 31, "All organs of the administration, including those of the territorial authorities, [are obliged to apply the self-executing EU provisions] by disapplying national rules that do not comply with them".

<sup>44</sup> See note 28.

<sup>45</sup> E. ZAMPETTI, *La proroga delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza: osservazioni a margine delle recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria*, in *Diritto e società*, 2021, 3, pp. 507-527.

from the general *ex tunc* effectiveness of the Court of Justice's preliminary rulings, where the risk of serious economic and social repercussions may result from their immediate operation, can in fact only be pronounced by the Court itself in the judgement ruling on the interpretation of EU law. On the contrary, the Italian Council of State autonomously decided to modulate the temporal effects of the ruling after the Court of Justice had already intervened on the relevant questions, which had not ruled on the deferment of the effectiveness of its own decision<sup>46</sup>. Moreover, such an order of evaluations, not limiting itself to postponing the effectiveness of concessions in individual concrete cases, but, by virtue of the uniform interpretation, inherent in the very balancing of the multiple interests involved, including the environmental one, affects the very political discretion of the Legislator<sup>47</sup>.

It has been hypothesised by many that the rulings may in fact constitute a hypothesis of encroachment of jurisdiction, censurable before the Court of Cassation<sup>48</sup>. Lastly, the Plenary Assembly intervenes in an almost propulsive manner, dictating principles and criteria that should guide subsequent regulatory interventions, attempting to find a balance between the needs of aspiring new concessionaires and outgoing concessionaires. In particular, the importance of the choice of "proportionate, non-discriminatory, and fair" selection criteria in enhancing the quality of services and social and environmental sustainability, as well as the know-how and professional experience acquired by operators in the sector, is stressed. Ultimately, although several critical aspects of the judgement were highlighted by several parties, especially with regard to the modulation of the temporal effects, it was, however, generally acknowledged that this ruling nevertheless attempted to make up for the situation of serious uncertainty generated by the legislature's failure to intervene in the matter in recent years<sup>49</sup>. In fact, despite the problematic remarks related to the determination of the peremptory term

<sup>46</sup> G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, cit.

<sup>47</sup> R. DIPACE, *All'Adunanza Plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, cit.

<sup>48</sup> R. DIPACE, *All'Adunanza Plenaria le questioni relative alla proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, cit.

<sup>49</sup> E. LAMARQUE, *Le due sentenze dell'Adunanza plenaria...: le gemelle di Shining?*, in *Diritto e società*, 2021, 3, pp. 473-488.

first of December 31<sup>st</sup>, 2023, then delayed of one year, for the tendering procedures – where, in all likelihood, the European Commission would have been more flexible on this point – the ruling clearly establishes how the sector of maritime State concessions for tourist-recreational use can no longer remain outside the rules of competition. Following the twin judgments of the Plenary Assembly in November 2021, the T.A.R. of Regione Puglia, whose jurisprudence had been consistently contrary to the thesis of the application of the Bolkestein Directive<sup>50</sup> and the illegitimacy of the internal extension regulations, called to rule on the appeal brought by the *Autorità garante della concorrenza e del mercato* (Competition and Market Authority) against several resolutions of the Municipality of Ginosola (a municipality in Regione Puglia), which had established the application of Italian Law 145/2018 to the existing maritime state concessions, ordered a new preliminary reference to the Court of Justice, specifically with reference to the validity and binding force of the Bolkestein Directive. The T.A.R. pointed out how the aforementioned Directive, although in principle applicable to maritime state concessions (as held in the same *Promoinimpresa* judgement of the Court of Justice and in the recent judgments of the Plenary Assembly), cannot, however, lead to the disapplication of domestic law. In the first place, the court points out that the directive was only formally transposed by the Italian legislature<sup>51</sup>, having been referred to further legislative acts for the enactment of concrete implementing regulations, which, however, have never taken place. In view of the lack of substantive transposition, the T.A.R. therefore dwells on the possible self-executing nature of the directive, going on to ascertain whether it may, in any event, apply directly within the national legal system. In this regard, the order specifies that, to be recognised, it is necessary that the requirements of sufficient specificity and detail be fulfilled. Moreover, the time limit granted to the State for transposition must not have expired, leading to the conclusion that the directive is not self-executing. According to the court's

<sup>50</sup> On the impossibility of applying the principles of Bolkestein in the beach concessions sector, see what has been repeatedly argued by the jurisprudence of the first section of the Puglia Region Administrative Regional Court (Lecce), *ex multis*: judgement November 17<sup>th</sup>, 2020, no. 1321; judgement January 15<sup>th</sup>, 2021, no. 71; judgement March 3<sup>rd</sup>, 2021, no. 374; judgement June 29<sup>th</sup>, 2021, no. 981.

<sup>51</sup> Italian Law February 26<sup>th</sup> 2010, no. 25.

reasoning, the literal fact alone would point in this direction, since art. 12(3) expressly provides that “Member States may take into account, in establishing the rules for the selection procedure, considerations of public health, social policy objectives, the health and safety of employed and self-employed workers, the protection of the environment, the preservation of the cultural heritage, and other overriding reasons relating to the public interest in conformity with Community law”. The T.A.R. Lecce opines that the prevalence of national legislation on the application of the directive would stem from this. Without such a precedence, a regulatory vacuum would exist due to the absence of specific reference legislation within the system. In fact, the administrative judge considers that “the principle of legal certainty, which presupposes that of the completeness of the legal system, constitutes a limit not only to the obligation of conforming interpretation but also an obstacle to the effect of mere exclusion, given that the non-application or infringement of the national law [...] determines a breach in the system”. Having established the non-self-executing nature of the directive, the T.A.R. of Lecce finally clarified, contrary to the plenary assembly’s opinion, that the Bolkestein Directive is, after all, a harmonisation directive, which, however, in violation of art. 115 TFEU, would not have been adopted unanimously<sup>52</sup>. In light of these considerations, the Court goes on to formulate the interpretative questions addressed to the Court of Justice, asking, in particular, whether Directive 2006/123/EC can be considered self-executing and whether the disapplication of domestic law is compatible with the principle of legal certainty. In addition, it is asked whether public authorities are also required to disapply domestic law, which is contrary to EU rules, and whether it is consistent, in the light of the directive and the treaty, that the requirements of certain cross-border interests and the scarcity of available natural resources are held by the court to exist in a general and abstract manner throughout the national territory (as held by the Council of State). The Code of Navigation (which provides that, on termination of the concession, non-removable works remain

<sup>52</sup> Art. 115 TFEU provides that: “The Council shall, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after consulting the European Parliament and the Economic and Social Committee, issue directives for the approximation of such laws, regulations and administrative provisions of the Member States as directly affect the establishment or functioning of the internal market”.



vested in the State without any compensation or reimbursement) and whether that consequence is to be regarded as compatible with the protection of fundamental rights as guaranteed within the Community legal order, such as, in particular, the right to property<sup>53</sup>.

While awaiting the Court of Justice's ruling on these relevant issues, therefore, the issue of the disapplication of the domestic extension legislation, in light of the provisions of art. 49 TFEU and the Bolkestein Directive, remains an open question. The grievances of the T.A.R. of Lecce relating to various problematic profiles linked to the mere disapplication of domestic law, on the other hand, had already been partly brought to light by the doctrine, which, as illustrated above, did not fail to highlight the various critical profiles of the rulings of the 2021 Plenary Assembly. Moreover, since pronouncements 17 and 18 of 2021 of the Council of State have been challenged before the United Sections of the Italian Council of State on the grounds of excess of jurisdictional power for overflowing into the legislative sphere pursuant to art. 111, para. 8, of the Italian Constitution, it is not possible, pending the definition of the judgment, to predetermine whether this extension of the power to modulate the effectiveness of its rulings over time will be sufficient to stop "the self-restraint, perhaps excessive"<sup>54</sup>, that has characterised the pronouncements on the subject of the United Sections. Moreover, given the reasons highlighted so far, the Court of Cassation could consider the dictum of the Council of State as a natural interpretative activity of the judge (albeit with deferred effect as to the consequences), somehow considering the "creative" component of the twin judgments to be traceable to a normative foundation that as of today is still unclear. Nonetheless, while waiting for the Supreme Court's intervention, it is appropriate to raise a question that could play a crucial role in the desired demarcation of a borderline between creation and interpretation of law and to ask whether the instrument used by the twin 2021 rulings to postpone the disapplication of extensions in favour of beach concessions to December 31<sup>st</sup>, 2023, is still in some way traceable to the purposes pursued by the original institute of pro-

<sup>53</sup> Italian Navigation Code, art. 49.

<sup>54</sup> A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti*, 2017, available on the Internet.

spective overruling. First of all, it should be pointed out that the issue does not appear to have been the subject of particular attention by the Plenary Assembly in 2021, which, after a simple reference to the principles set forth in the Plenary Assembly judgement of 2017 (reference to the preliminary constraint arising from proposed declarations of significant public interest prior to Legislative Decree No. 42 of January 22, 2004) – traced the basis of the power to modulate the timing of its rulings back to the existence of a similar power attributed to the CJEU for the purpose of guaranteeing a general principle of legal certainty<sup>55</sup>. No further motivation beyond that already offered by the 2017 precedent, no reference to the previous self-restraints imposed by the same plenary to limit this power, no jurisprudential precedent of the Council of State such as to engender a reasonable reliance on the legitimacy of the automatic extensions ordered by the legislature, but only a protection of the legal relationships established in “good faith” by those who placed confidence in the validity of the legislative extensions ordered after the 2016 *Promoimpresa* ruling<sup>56</sup>.

It is here that we get to the heart of the matter: the object of the innovation (overrule) intended to be used in a future perspective is not a guideline, but the law itself (deemed no longer capable of ensuring private reliance). In essence, there is no prospective overruling; only the Council of State takes charge of the consequences of the legislature’s irresponsibility before the European institutions.

<sup>55</sup> The power to vary the temporal effect of CJEU judgments derives from art. 264 TFEU (former art. 231 TEC), according to which “If the action is well founded, the Court of Justice of the European Union shall declare the contested act null and void. However, the Court shall, if it considers it necessary, specify the effects of the act annulled which are to be regarded as definitive”. Precedents include Court of Justice, 26/4/1994, case C-228/92 (*Roquette Frères*); Court of Justice, 18/1/2007, case C-313/05 (*Brzezi ski*).

<sup>56</sup> It is possible to recall the following rulings following the CJEU’s 2016 intervention: Council of State, sect. VI, January 31<sup>st</sup>, 2017, no. 394; Council of State, sect. VI, 13 April 13<sup>th</sup>, 2017, no. 1763; Council of State, sect. VI, July 10<sup>th</sup>, 2017, no. 3377; Council of State, sect. V, June 11<sup>th</sup>, 2018, no. 3600; Council of State, sect. IV, February 16<sup>th</sup>, 2021, no. 1416; Council of State, sect. VII, June 21<sup>st</sup>, 2022, no. 7165.

4.3. *One-year extension to beach concessions, the Italian Council of State judgment n. 2192 of March 1<sup>st</sup>, 2023 and the very latest developments*

The recent “Milleproroghe” decree, entered into force with Italian Law February 24<sup>th</sup>, 2023, no. 14<sup>57</sup>, instituted a new extension for beach concessions until the end of 2024. This act has been signed by the Italian President Sergio Mattarella with a “reserve” on the topic of beach concessions. This is a decision that has given rise to debate, also at the EU level. This decision means a new stop to the liberalisation of this sector, to which the EU is opposed. Contrary to the EU’s wishes, the Italian government has, however, decided to continue the current concessions, postponing their expiration by one year. With the “Milleproroghe” decree, the government has instituted several extensions to existing measures or extended the expiration dates of other measures. Among these measures was also the one concerning bathing concessions. As the EU has already noted and reminded Italy several times, however, in most cases, these tenders are not applied, so the same concessions are renewed without any reassignment. The need to reintroduce periodic tenders was considered by the previous government and is in line with EU initiatives to renew the sector. This decision leads to two consequences: beach concessions remain with the same parties for another year, and, in addition, municipalities will not be able to issue new calls for tenders to distribute concessions. Therefore, creating a profound breach with the EU, at least until the end of 2024, there will be no liberalisation. The municipalities will not be able to call for any tenders at least until July 27<sup>th</sup>, the date by which the state will have finished mapping all the free or occupied areas used for beach concessions.

The European Commission has spoken out against the decision of the Italian government, but also of other countries, to put the brakes on the liberalisation of this sector. According to the EU, an extension to the expiry date of the current concessions would not guarantee free competition in the sector and would therefore bring forward a measure contrary to EU law. The EU has stressed the importance of fostering

<sup>57</sup> Law February 24<sup>th</sup>, no. 14, of Conversion into law, with amendments, of Decree-Law December 29<sup>th</sup>, 2022, no. 198, containing urgent provisions on legislative deadlines (the so-called *Decreto Milleproroghe*).

fair competition and transparency in this sector as well. The issue has been widely debated in the government ever since the first draughts of the “Milleproroghe” decree, since it would prevent equal treatment for operators in the sector, favouring one party, namely those who currently hold these concessions. The risk is therefore that a monopoly will be created in this sector on assets that in fact belong to the state and thus constitute a public resource. According to the EU, modernization is necessary for the sector, making it accessible to more operators to use state land for the development of activities in tourism. Several doubts arise in relation to the use of the funds allocated by the NRRP (National Recovery and Resilience Plan), and this decision by the Italian Government is clearly aimed at taking a position contrary to that requested by the EU Legislator. For these reasons, the Sixth Section of the Council of State, with judgement n. 2192 of March 1<sup>st</sup>, 2023, affirmed that “on the basis of what has been affirmed by the Plenary Assembly, with the aforementioned judgments no. 17 and 18 of 2021, not only paragraphs 682 and 683 of art. 1 of Law n. 145/2018, but also the new rule contained in art. 10-quater, paragraph 3, the Law n. 14/2023, which provides for the automatic extension of the existing maritime state concessions, is in frontal contrast with the above-mentioned discipline of art. 12 of the directive n. 2006/123/CE, and must, consequently, be disapplied by any state organ”<sup>58</sup>. The scope of the statement of the supreme body of administrative justice concerning the rules on the extensions of beach concessions contained in the “Milleproroghe” Law is limited by an *obiter dictum*, since the dispute that was the subject of judgement no. 2192/2023 did not refer to the application of the law in question. However, the Council of State’s ruling captures a truly problematic aspect of the legislation recently introduced by the legislature. Art. 1 para. 8 (which introduces a new para. 4 *bis* to art. 4 of Law August 5<sup>th</sup>, 2022, no. 118) establishes that “until the adoption of the legislative decrees referred to in this article, it is forbidden for the granting entities to proceed with the issuance of calls for tenders for the assignment of concessions”. Art. 10b goes on to add that “the concessions... shall in any case continue to be effective until the date of issue of the new concessionary measures”. The combination of

<sup>58</sup> Council of State, sect. VI, judgement March 1<sup>st</sup>, 2023, no. 2192.

the two provisions seems, in effect, to configure a generalised extension of bathing concessions, even without setting a final deadline.

The most obvious limitation of the “creative” jurisprudence of the Council of State, regardless of any judgement concerning the formal ascertainment of a trespass into the legislative sphere, remains in fact its inability to transform – through the sole power of disapplication – a political decision aimed at maintaining the *status quo* into a discipline in conformity with the principles of Article 12 of Bolkestein<sup>59</sup>. In accordance with the judgement of the CJEU section III, April 20<sup>th</sup>, 2023, no. 348, art. 12(1) and (2) of Directive 2006/123 must be interpreted as meaning that: “the obligation on Member States to apply an impartial and transparent selection procedure among potential candidates, and the prohibition on automatically renewing an authorisation granted for a given activity, are unconditionally and sufficiently precise in their wording that they may be regarded as provisions having direct effect”<sup>60</sup>. The third paragraph of art. 288 TFEU is to be interpreted as meaning that the assessment of the direct effect of the obligation and prohibition laid down in arts. 12(1) and (2) of Directive 2006/123 and the obligation to disapply contrary national provisions is a matter for the national courts and administrative authorities, including municipal authorities. In the saga of beach concessions, the Court of Justice writes a new chapter that could perhaps bring the story to a conclusion. The ruling peremptorily affirms two principles: automatic extensions by law of concessions are contrary to EU law, in particular Article 12 of the Bolkestein Directive; both judges and public administrations, including municipalities, are

<sup>59</sup> On the contrary, on April 20<sup>th</sup>, 2023 the Court of Justice of the European Union came back again to the issue of the incompatibility between the generalised extensions of the duration of state concessions for tourist-recreational purposes and the principles expressed in arts. 12.1 and 12.2 of Directive 2006/123/EC, following the request for a preliminary ruling submitted by the T.A.R. Puglia, Lecce, sect. I, by order no. 743, May 11<sup>th</sup>, 2022 (CJEU, sect. III, April 20<sup>th</sup>, 2023, case C-348/22). Among the most interesting points addressed by the judgment in question, the CJEU reiterated how the provisions contained in art. 12(1) and (2) of the Services Directive were enunciated in a clear and sufficiently precise manner to be considered “provisions having direct effect” (para. 74) and, therefore, capable of constituting for the purposes of art. 288(3) TFEU an obligation on national courts and administrative authorities (including municipal authorities) to disapply rules of domestic law that are not in conformity (para. 79).

<sup>60</sup> CJEU, sect. III, April 20<sup>th</sup>, 2023, no. 348.

obliged to disapply national extension laws. “Concessions for the occupation of Italian beaches cannot be automatically renewed but must be subject to an impartial and transparent selection procedure”. These are the words of the CJEU ruling on the appeal by the Competition Authority against the municipality of Ginosa, for which national rules would prevail over European ones. From Europe comes yet another reminder on the issue of bathers, a reminder in which it is stated that “national judges and administrative authorities are required to apply the relevant rules of Union law, disapplying the provisions of national law that do not comply with them”<sup>61</sup>.

4.3.1. *The T.A.R. Lecce ruling on November 2<sup>nd</sup>, 2023, and the subsequent introduction of the evaluation parameter pertaining to resource scarcity*

The administrative judges in Lecce have resumed their jurisdiction over the matter of extending bathing concessions. A significant verdict, documented as No. 1224 on November 2<sup>nd</sup>, 2023, has been issued in response to an appeal brought by the Italian Competition Authority against the Municipality of Ginosa and other bathing establishments. In this instance, the local administration did not actively endeavour to enforce the Bolkestein directive, which would have superseded national legislation. Rather, it acknowledged the altered legal landscape and adhered to governmental norms. The appeal lodged against the extensions given to the bathing businesses in Ginosa has been dismissed. President Antonio Pasca, Extender Roberto Michele Palmieri, and Councillor Daniela Rossi have together issued a verdict that clarifies the matter. Following the decision made by the European judges, the focal point has shifted from the matter of extensions until 2033 to that of resource scarcity. The T.A.R., taking into account the ruling of the Court of Justice, which states that the applicability of the Bolkestein Directive is contingent upon the Member State’s assessment of the scarcity of the natural resource, a discretionary procedure that is considered obligatory and necessary as a preliminary requirement. The T.A.R. further confirms that the effectiveness of the CDMs has been extended until December 31<sup>st</sup>,

<sup>61</sup> *Ibid.*

2024, by the Legislature through law decree No. 198 on December 29, 2022, which was subsequently amended and converted into Law No. 14 on February 24<sup>th</sup>, 2023, thereby establishing a new rule that is equivalent to the previous one.

In order to comprehensively address this intricate legal issue, it is imperative to consider the rulings rendered by the European courts. According to the T.A.R., the European Court of Justice has determined that the European Directive 2006/123 grants Member States a degree of latitude in selecting criteria for evaluating the scarcity of natural resources. The degree of discretion available to decision-makers may result in a preference for either a broad and conceptual evaluation that applies to the entire country, or conversely, a preference for an individualised approach that highlights the specific circumstances within a coastal municipality or the relevant administrative body. It is also possible for a combination of these two approaches to be favoured. According to the statement, it is imperative for a member state to establish criteria for evaluating the scarcity of usable natural resources that are grounded in objective, non-discriminatory, transparent, and proportionate principles.

Consequently, the government undertook the task of monitoring and delineating the accessible resources, encompassing not only the coastal areas but also lakes and rivers. This action was carried out in accordance with the directives issued by the judiciary. Furthermore, the government mandated the cessation of all state concessions by December 31<sup>st</sup>, 2024. Henceforth, it is evident that the legal and factual framework surrounding the matter has undergone alterations. This represents the second instance where the likelihood of a successful appeal pertaining to the Municipality of Ginosa is deemed improbable. Consequently, all attempts to terminate the extension of the government are rendered futile. In the event that the resource in question is not limited in supply, there exists no necessity to engage in the auctioning of the previous concessions. The recent verdict by the T.A.R. serves to reassert the notion that the responsibility now lies with the government, as it takes steps to address the issue and aims to bring a definitive resolution by the conclusion of 2024.

## 5. *The British system*

While it is not useful here to analyse in depth the climate issues that have led to a serious review of U.K. coastal protection policies and legislation, it should be recalled that in 2007, more than 200 floods occurred globally, causing more than 50 billions of American dollar worth of damage<sup>62</sup> – of these, 4 billions American dollars in the U.K. alone<sup>63</sup>. This situation prompted the government to commission a study (The Pitt Review<sup>64</sup>) from Sir Michael Pitt aimed at identifying relevant flood risk issues and related management policies. The study, published in 2008, drew up 92 points, highlighting problems and possible solutions. The U.K. Government has continued this study by implementing the main aspects in terms of legislation and management policies into law. The main administrative body in environmental matters is the Environment Agency (hereinafter EA) which assumes a strategic role in flood risk management. It has been implemented into law through the Flood Risk Regulations 2009<sup>65</sup> and the Flood and Water Management Act 2010 (hereinafter, FWMA)<sup>66</sup>. The EA has produced and published, in collaboration with the Department for Environment, Food, and Rural Affairs (hereinafter, DEFRA), a policy document for managing these issues. The FMWA is the statutory text governing policies concerning flooding and coastal erosion risk in England. The distinctiveness of this act can be summarised as follows: it introduces the concept of flood risk management and the legal framework for coastal erosion and flood risk management through concerted strategies between state and local authorities; it clearly and definitively defines the concepts of flooding, coastal erosion, and risk management authority; and it establishes the roles and responsibilities of the different risk management authorities<sup>67</sup>. The Flood Risk Regulation also transpos-

<sup>62</sup> INSTITUTION OF CIVIL ENGINEERS, *Pitt Review - Lessons learned from the 2007 floods*, 2008, available on the Internet.

<sup>63</sup> DEFRA, *The costs of the summer 2007 floods in England*, 2010, available on the Internet.

<sup>64</sup> M. PITT, *Learning lessons from the 2007 floods*, 2008, available on the Internet.

<sup>65</sup> The Flood Risk Regulations, November 13<sup>th</sup>, 2009, no. 3042, available on the Internet.

<sup>66</sup> Flood and Water Management Act, April 8<sup>th</sup>, 2010, c. 92, available on the Internet.

<sup>67</sup> DEFRA, *Understanding the risks, empowering communities, building resilience:*



es the relevant EU directive into the law of England and Wales<sup>68</sup>. The path taken by England and Wales is the most innovative and strategic<sup>69</sup>. It centralises the management of flooding and coastal erosion in a single control body, thus emphasising the close interconnection between the two phenomena. The FWMA is the only regulatory text that recognises the inseparable process between coastal erosion and coastal flooding. It also identifies and establishes the roles of all actors and, by centralising authority on the matter in a single body, ensures a focused and consistent approach to each coastal area. Scotland and Ireland<sup>70</sup>, while lacking statutory provisions for coastal erosion management, define roles and responsibilities for flooding and coastal erosion in a timely manner, putting in place programmes that are binding on the parties involved. There is evidence of Northern Ireland's desire to accelerate a regulatory process to achieve a regulatory system similar to that of England<sup>71</sup>.

It is useful to analyse the case of *Bourne Leisure v. Great Yarmouth Port Authority*<sup>72</sup>. The Bourne Leisure company, which owns the Hopton Holiday Village, has sued the Yarmouth Port Authority, demanding 15 millions of pounds in compensation. During the construction of the new harbour in Great Yarmouth (County Norfolk), which stretches 600 metres into the North Sea, Hopton beach, which is located 3.5 kilometres south of the harbour, literally disappeared, and, as a result, the cliffs adjacent to the old beach and the road that provided access to the latter collapsed. The company, which runs the Hopton Holiday Village, was forced to carry out one of the largest private tidal containment works: an investment of around 10 millions of pounds to restore the beaches on the coast. The Upper Tribunal reasoned in the opposite way to previous cases, in which the owners were relieved of civil liability in the event that a structure, built to protect the property from the

*the national flood and coastal erosion risk management strategy for England*, 2011, available on the Internet.

<sup>68</sup> Directive 2007/60/EC.

<sup>69</sup> D. McKIBBIN, Legislative and policy response to the risk of coastal erosion and flooding in the U.K. and Ireland, 2016, Northern Ireland Assembly Research Paper.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> Rivers Agency has acknowledged that “work needs to commence on a Floods Bill to enable the effective delivery of all components of Flood Risk”, in RIVERS AGENCY, *North Eastern River Basin flood risk management plan*, 2015, available on the Internet.

<sup>72</sup> *Bourne Leisure v. Great Yarmouth Port Authority*, U.K.UT 44 (LC), 2016.

tides, diverted large amounts of water to other portions of the coast and caused damage. In these cases, the owners were relieved of the responsibility to compensate for the damage since their action was interpreted as a necessary defence against the tides, defined, in the words of the English courts, as a “common enemy”<sup>73</sup>, and, therefore, the construction of defensive barriers was considered a reasonable action to protect the property. In the Hopton case, on the other hand, the owner in question is the Port Authority, which commenced and completed the construction of the new port for commercial purposes and not for the purpose of protecting the property from the tides and, therefore, does not fall within the case law previously outlined of the “common enemy” defence to avoid compensatory liability. One of the main issues in the case revolves around the alleged breach of contract by the Great Yarmouth Port Authority. Bourne Leisure asserts that the Port Authority failed to fulfil its obligations under the contract, resulting in financial losses and damages. The specific breaches of contract are argued by both parties during the trial. Central to the trial is the examination of whether the Great Yarmouth Port Authority adequately performed its obligations as outlined in the contract. Bourne Leisure contends that the Port Authority did not provide the agreed-upon berthing services, causing disruptions to their cruise ship operations and financial harm. The Port Authority presents its defence by contesting the claims of inadequate performance and asserting that it fulfilled its contractual obligations. Another critical aspect of the trial is the interpretation of certain provisions within the contract. Both parties present their arguments regarding the intended meaning and scope of these provisions.

The court carefully analyses the language used in the contract and applies principles of contract interpretation to ascertain the rights and responsibilities of the parties involved. As part of its claim, Bourne Leisure seeks compensation for the financial losses and damages incurred due to the alleged breach of contract by the Great Yarmouth Port Authority. The court evaluates the extent of the damages and considers appropriate remedies, such as monetary compensation or specific performance, to address the harm caused. Throughout the trial, references may be made to relevant legal precedents and case law. Previous court decisions that

<sup>73</sup> *Ibid.*

have dealt with similar contractual disputes may be cited and discussed in support of the arguments presented by both parties. The disappearance of Hopton Beach and the subsequent collapses of cliffs adjacent to the old beach and the access road highlight the potential environmental impact that infrastructure development projects can have on delicate coastal ecosystems. The lawsuit underscores the need for robust environmental assessments and mitigation measures during the planning and construction phases of such projects. Environmental protection laws play a crucial role in safeguarding natural resources, including beaches and coastal areas, from adverse impacts caused by human activities. These laws often require comprehensive environmental impact assessments to identify and address potential ecological consequences. In the context of the *Bourne Leisure* case, it is possible that the lawsuit could involve arguments related to the Yarmouth Port Authority's compliance with environmental protection regulations. Bourne Leisure might contend that the Port Authority failed to adequately consider the potential harm to Hopton Beach and the surrounding environment during the harbour construction process. They could argue that this failure to comply with environmental protection laws resulted in the disappearance of the beach and subsequent collapses, warranting compensation for the ecological damage caused. The case serves as a reminder of the legal obligations imposed on development projects to adhere to environmental protection standards. It highlights the importance of conducting thorough environmental assessments, implementing appropriate mitigation measures, and ensuring compliance with relevant laws and regulations. By emphasising the intrinsic connection between this particular case and environmental protections, it becomes evident that the verdict reached in the trial carries significant implications that extend beyond its immediate context. The outcome has the potential to shape the trajectory of coastal development projects and influence the enforcement of essential environmental safeguards. In the first point addressed by Judge Robinson, it was determined that even though the compulsory powers had expired before the construction took place, the connection between the power of compulsory purchase and the power to construct works was not severed. This was because the background compulsory powers still existed, and thus the authority to carry out the construction remained intact. Regarding the question of whether the claim was time-barred, it

was established that the six-year limitation period commenced when the direct physical damage occurred or when there was substantial interference with enjoyment of the affected property. This effectively meant that the start date fell after the execution of the construction work. Regarding the third issue, the conclusion reached was that while personal losses, whether related to business or not, could not be recovered under Section 10 of the Compulsory Purchase Act 1965 (CPA), business losses that directly affected the value of the land were eligible for compensation. Therefore, the claim could encompass the cost of remedial work, a point that was not disputed by the acquiring authority. Previous cases indicated that the expenses incurred to repair physical damage to the land could be regarded as a loss in land value. However, the decision was accompanied by a reminder of the importance of mitigating loss, emphasising that if the cost of remedial work exceeds the diminution in value, it might not be the sole criterion used to assess the compensation. These additional details shed further light on the specific rulings made by Judge Robinson in the *Bourne Leisure v. Great Yarmouth Port Authority* case. They provide insights into the judge's interpretations of various legal aspects, including the relationship between compulsory powers and construction, the determination of the limitation period for the claim, and the eligibility of certain losses for compensation under Section 10 CPA, particularly those that impact the value of the land. The latter part can also be read as giving greater relevance to environmental protection.

## 6. *The U.S. system*

The competences concerning the management of the coastal territories of the United States of America are divided among thirty states<sup>74</sup>; however, in connection with the fact that the Great Lakes are not connected naturally or by hydraulic works to the oceans, the attention of the federal legislature is directed to the twenty-four states whose beaches face the Pacific and Atlantic Ocean, the Gulf of Mexico, and, in the case

<sup>74</sup> J. G. Titus, *Rising Seas, Coastal Erosion, and the Takings Clause: How to Save Wetlands and Beaches Without Hurting Property Owners*, in *Maryland Law Review*, 1998, 4, pp. 1279-1399.

of Pennsylvania, along the banks of the Delaware River. By analogy, it tends to apply to the coastal territories of the Great Lakes as well. The management of the U.S. coastal area is regulated by numerous state and federal laws. The most far-reaching piece of legislation on the subject is the Coastal Zone Management Act, drafted at the instigation of the 1969 report of the Stratton Commission<sup>75</sup>. Congress voted in 1972 in favour of this law to regulate coastal management<sup>76</sup>. The statement of intent that opens the CZMA reveals Congress's desire to emphasise its interest in coastal areas: "The Congress finds and declares that it is the national policy to preserve, protect, develop, and, where possible, restore or enhance the resources of the nation's coastal zone for this and succeeding generations"<sup>77</sup>. The CZMA, enacted during the same period in which other important environmental laws were enacted, differs substantially from regulations such as the Clean Air Act or the Clean Water Act in that it lays the groundwork for voluntary partnerships between the federal state and individual coastal states, with the goal of balancing the preservation of the environmental balance of the coastline with responsible economic development. The CZMA, administered by the National Oceanic and Atmospheric Administration, provides and ensures incentives for coastal states to voluntarily develop and conduct an environmental policy related to the coastal zone, technical and financial assistance, and so-called federal consistency<sup>78</sup>, a practise that limits the action of a federal state that intends to implement practises harmful to the coastal environment. The normative reference to federal consistency<sup>79</sup> can be found in Sec-

<sup>75</sup> H. N. SCHEIBER, *The Stratton Commission: An Historical Perspective On Policy Studies In Ocean Governance, 1969 And 1998*, in R.W. KNECHT, B. CICIN-SAIN, N.M. FOSTER (eds.), *The Stratton Roundtable: Looking Back, Looking Forward: Lessons from the 1969 Commission on Marine Science, Engineering and Resources (1969): Proceedings*, Berkeley, 1998, pp. 31-38.

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> In order to ensure federal consistency, a state agency reviews each Program implemented by the federal government. In conjunction with the state review, the National Ocean service interprets the CZMA, monitors implementation in a manner consistent with the federal level, provides management and legal assistance to coastal states and federal agencies, and acts as a mediator in disputes to which the CZMA is a party.

<sup>79</sup> 16 U.S. Code, para. 1456 CZMA Section 307 (c) (1) states: "Each federal agency activity within or outside the coastal zone that affects any land or water use, or natural

tion 307 of the CZMA. This regulatory provision has undoubtedly been the greatest incentive for federated states to participate in the national programme; thus, they have benefited from instruments of cooperation and coordination with federal agencies. In outlining policies and programmes, some flexibility is provided for the federated states participating in the CZMA, so that priorities can be set that are closely linked to the territory in order to put in place stronger programmes. Under the aegis of the CZMA, the National Estuarine Research Reserve System has been activated, the purpose of which is to encourage the development by individual states of research, education, and administration programmes. The CZMA has been amended several times. The most substantial amendment is that of 1990, in which the value of the clause referring to federal consistency was emphasised, specifically following the Supreme Court's decision in *Secretary of the Interior v. California*<sup>80</sup>. Other minor amendments have occurred over the years, such as the 2009 establishment of the Coastal and Estuarine Land Conservation Program, aimed at implementing even more restrictive policies in certain areas of particular environmental interest.

The rationale behind the principle of subsidiarity, according to which federated states can implement their own state laws, is dictated by the fact that states and local governments can manage human activities in the territories more incisively, both as an operational matter of control and because historically, local governments have had primary jurisdiction over non-federal lands<sup>81</sup>. This organisational scheme creates a body of law consisting of thousands of state and local government decisions that determine the development of coastal areas<sup>82</sup>. Collaborations between states are generally governed by agreements between the governors, but each state may use the formula that best suits its needs, such as collaboration between state agencies. The ways in which regulations are given effect are also left to

resource of the coastal zone shall be carried out in a manner which is consistent to the maximum extent practicable with the enforceable policies of approved State management programs. A Federal agency activity shall be subject to this paragraph unless it is subject to paragraph (2) or (3)".

<sup>80</sup> U.S. Supreme Court, *Secretary of Interior v. California*, January 11<sup>th</sup>, 464 U.S. 312.

<sup>81</sup> U.S. COMMISSION ON OCEAN POLICY, *Review of U.S. Ocean and Coastal Law*, Appendix 6, 2004, available on the Internet.

<sup>82</sup> *Ibid.*

the discretion of the individual state; the most important include the use of regulations, financial incentives, ordinances on town planning, social welfare, and education programmes. States also develop plans to organise their own priorities in relation to the areas to be protected and the deliberate methods to achieve this, and then submit them to the Secretary of Commerce for approval. However, it should be borne in mind that the federal agency has the power to limit the federal state's intervention in relation to particular circumstances, such as emergencies or unexpected situations, such as hurricanes or major natural disasters, which require swift and centralised action, in accordance with the "national interest" clause<sup>83</sup>. An aspect that sometimes makes collaboration between states difficult is the definition of "coastal zone" itself, which varies from state to state, ranging from the more inclusive definition of Florida, Delaware, Rhode Island, and Hawaii, in which the entire state area is included in this sense, to that of California, which very narrowly identifies coastal areas. The establishment of the National Flood Insurance Program (NFIP)<sup>84</sup> through the National Flood Insurance Act of 1968 is aimed at establishing management standards for flood-prone areas. Administered by the Federal Emergency Management Agency (FEMA), the programme is the federal government's main tool for managing the hazards of these climatic events and flood-related risks through incentives and regulations. The programme aims to reduce the amount of federal relief needed after catastrophic events by providing appropriate insurance coverage to communities that adopt adequate standards of protection and provide facilities to reduce flood damage and loss of land to the sea.

The Coastal Barrier Resource Act, passed in 1982, is instead geared towards the protection of human life, the reduction of management costs at the federal level, and the protection of fish ecosystems, wildlife in general, and the resources associated with coastal areas. This programme is based on a map system managed and updated every five years by the Ministry of the Interior. Constant updates are necessary to modulate and re-evaluate the areas to be included in the programme. There are no direct prohibitions on building development in the areas covered by the

<sup>83</sup> 16 U.S. Code para. 1456 (c)(1)(b): "the President determines that the activity is in the paramount interest of the United States..."

<sup>84</sup> 42 U.S. Code, paras. 4001-4128.

CBRS; however, there are strong disincentives: no access to federal funding, tax relief, or any other form of aid in other areas. The development of certain coastal areas has increased tourism and the consequent demand for access to beaches. Thus, there is a growing demand for access in the face of increasingly impractical coastal areas. Access to beaches is a public right. Access rights are governed by a large body of common law legislation developed through doctrine, easement rights, and customary agreements. Many federal states have also legislated on beach access through *ad hoc* regulations. When studying the U.S. system, it is important to address the matter of property compensation in cases of coastal erosion. The Bill of Rights stipulates that private property cannot be expropriated “without due process of law” and “without compensation”. This provision, when taken literally, gives rise to two possible interpretations: firstly, it can be argued that all coastal protection policies necessitate compensation because they have the potential to deprive property owners of their possessions. In this view, any measures implemented to mitigate coastal erosion or protect coastal areas would trigger a requirement for compensation for affected property owners. On the other hand, an alternative interpretation posits that no coastal protection policy should provide for compensation, as the state does not utilise or permit human intervention in these territories. According to this perspective, since the state prohibits any human activities in these protected coastal areas, property owners should not be entitled to compensation if their land is affected by coastal erosion. These differing interpretations stem from the literal reading of the provision in the Bill of Rights. The question of whether compensation is required or not in cases of coastal protection policies remains a complex legal issue that depends on the specific context, judicial interpretations, and balancing the rights of property owners with the government’s responsibilities for environmental protection and public interest. Neither of these interpretations seems to prevail in the jurisprudence of the Supreme Court.

*6.1. Fixed rules for a changing world: the case Lucas vs. South Carolina after 30 years*

The case described here is very important because it relates, on a general level, to the contrast that can arise between free economic initiative,



the enjoyment of private property, and environmental protection, and, on a particular level, the protection of the coastline and the free enjoyment of it by private individuals. In addition to being a milestone for the evolution of Supreme Court jurisprudence, this case is of particular interest to the comparatist because it marked a path in environmental legal thought that still ignites the debate in environmental protection today as to what the limit should be on private initiative, especially in the economic sphere, to the exploitation of private property to protect the environment. Even if, after 30 years, we can say that the Lucas case failed its attempt to protect the environment while, at the same time, protecting private property, an example of the evolution of this doctrine is the result of the constitutional reform that occurred in Italy through Constitutional Law February 11<sup>th</sup>, 2022, no. 1, which amended arts. 9 and 41. Specifically in art. 41, a constitutional limit was placed by making explicit that “[t]he law determines the appropriate programmes and controls so that public and private economic activity can be directed and coordinated for social and environmental purposes”<sup>85</sup>.

Environmental legislation and the property rights movement used the Takings Clause to oppose regulation without addressing environmental protection goals, influencing the Lucas Supreme Court decision. In *Nollan v. California Coastal Commission* and *Keystone Bituminous Coal Ass’n v. DeBenedictis*<sup>86</sup>, the Supreme Court upheld property rights by ruling coal mining regulations were not takings.

Lucas’s case involved fate, happenstance, and intent. At the end of the 1980s, property rights advocates and environmentally minded regulators clashed, especially in South Carolina, where the Blue Ribbon Committee was appointed to recommend Coastal Act changes due to coastal erosion and sea level rise<sup>87</sup>. The Beachfront Management Act (BMA)<sup>88</sup> of 1988

<sup>85</sup> Italian Constitution, art. 41.

<sup>86</sup> 480 U.S. 470 (1987).

<sup>87</sup> In 1984, EPA and the South Carolina Sea Grant program sponsored a conference in Charleston, South Carolina to present the results of a study on the impacts of future sea level rise on the city and the surrounding barrier islands, with the latter organization mailing 10,000 brochures to people in the area.

<sup>88</sup> It is important to highlight that the BMA in 1988 stated that: “Sea level rise in this century is a scientifically documented fact. [...] It must be accepted that regardless of attempts to forestall the process, the Atlantic Ocean, as a result of sea level rise and periodic storms, is ultimately going to force those who have built too near the beach front to retreat”.

in South Carolina banned construction or reconstruction seaward of a setback line based on forty times the annual erosion rate<sup>89</sup>.

Lucas sued the South Carolina Coastal Council<sup>90</sup> claiming that the BMA had taken his property. The Council allowed Lucas to proceed, despite the prevalence of standard ripeness requirements stated in the Supreme Court's decision in *Williamson County*<sup>91</sup>. This decision was damaging as it delayed his takings claim and created an artificial premise in the case that the lots had zero economic value. The Supreme Court's decision in *Lucas* was a significant step towards addressing environmental issues and promoting conservation land ethics.

Land-use regulations intended to prevent significant public harm did not constitute a taking, according to the South Carolina Supreme Court<sup>92</sup>. The Court relied on Lucas's stipulated BMA legislative purposes but did not mention erosion threats to Lucas's lots. Supreme Court precedents that regulations that prevent public harm cannot be considered a taking even if they lose significant economic value. The Trial Court's finding that the lots had no economic value was not reviewed by the Court. The Court denied the Council's request to remand to consider the 1990 special permit provision's effects.

Lucas's petition for *certiorari* asked the U.S. Supreme Court a simple and intriguing question: does a state's police power-imposed land-use regulation require just compensation under the Fifth and Fourteenth Amendments if it completely destroys private property<sup>93</sup>? The Court cited *Agins v. City of Tiburon*<sup>94</sup>, where the Court unanimously upheld the petitioner's lots' reasoning because they had substantial economic value.

Based on the *Agins* rule, Lucas created an economic impact-only rule.

<sup>89</sup> J.G. TITUS, *Rising Seas, Coastal Erosion, and the Takings Clause: How to Save Wetlands and Beaches Without Hurting Property Owners*, cit.

<sup>90</sup> U.S. Supreme Court, *Lucas v. S.C. Coastal Council*, June 29<sup>th</sup>, 1992, 505 U.S. 1003.

<sup>91</sup> See U.S. Supreme Court, *Williamson Cty. Reg'l Planning Comm'n v. Hamilton Bank*, June 28<sup>th</sup>, 1985, 473 U.S. 172, holding that a takings claim was not ripe because the respondent had not received a final decision regarding an ordinance and had not exhausted her state remedies.

<sup>92</sup> See *Lucas v. S.C. Coastal Council*, cit., at 899.

<sup>93</sup> See *Lucas v. S.C. Coastal Council*, cit.

<sup>94</sup> 447 U.S. 255 (1980), *abrogated by Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.*, May 23<sup>rd</sup>, 2005, 544 U.S. 528.

The Court cited *Agins*' rule that a regulation that deprives an owner of all economically viable use is a taking. Comfortable observation that "our prior takings cases evince an abiding concern for the productive use of, and economic investment in, land" is the opinion's core value.

Environmental concerns that drove the BMA were excluded from the constitutional analysis. Economic expectations sealed in an insider property transaction were constitutionally protected, while erosion and sea level rise risks were exiled because they were not covered by the common law of nuisance. The *Lucas* opinion overturned the *Mugler* cases<sup>95</sup>, which allowed environmental harm regulation without compensation<sup>96</sup>.

The *Lucas per se* rule now applies to almost no cases because subsequent decisions limited it to cases of zero economic value. The Court also firmly established the property as a whole economic impact analysis, making no economic value unlikely.

*Lucas* failed to reconcile the benefit of coastal development, its harm to the coastline, and the necessity to adapt to erosion and sea level rise. This ruling effectively blocks legislation requiring sea level rise retreat. But retreat will happen. Sea levels may rise for millennia. Storms are random; some hit the South Carolina coast, others miss. But sea level rise is more like gravity – pervasive, unstoppable, and almost permanent. However, U.S. property institutions are strict, making withdrawal messy, expensive, sometimes dangerous, and harmful to the ecosystem we depend on.

*Lucas*'s property interest protection eliminated constitutional balance between opposing interests. Thus, its rhetorical technique denies manmade climate change and eliminates ways humans might reduce environmental hazards and adapt to changing conditions in accordance with our legal culture and traditions.

The eclipse of *Lucas* in regulatory takings jurisprudence suggests that the Supreme Court no longer sees its duty as preventing a reasoned compromise between conventional property rights and the urgent need to adapt to sea level rise and other climate change effects. We should

<sup>95</sup> 123 U.S. 623 (1887).

<sup>96</sup> See *ibid.*: "the public interest in preventing activities similar to public nuisances is a substantial one, which in many instances has not required compensation".

reject Lucas's regulatory takings strategy as deliberate disregard to environmental hazards 30 years later.

## 7. *Conclusions*

In conclusion, the examination of the legal aspects surrounding coastal erosion and environmental protection in the British, US, and Italian systems emphasizes the pressing need to empower the concepts of environmental protection in the face of mounting challenges.

The anthropic pressure exerted on coastal areas, driven by factors such as pollution, tourism, maritime traffic, and uncontrolled construction, has resulted in irreversible damage to coastal ecosystems and natural habitats. These ecosystems, often characterized by high biodiversity and delicate natural habitats, are essential for the overall health of the planet and the well-being of coastal communities. Therefore, it is crucial to prioritize the protection and sustainable management of coastal regions to ensure the preservation of these valuable ecosystems.

Climate change and coastal erosion further exacerbate the challenges faced by coastal areas. Rising sea levels, increased frequency and intensity of extreme weather events, and coastal flooding pose significant risks to human settlements, infrastructure, and the environment. Urgent action is needed to mitigate these risks and develop adaptive strategies that enhance the resilience of coastal communities and ecosystems.

Moreover, the presence of economic activities near the coasts, such as fishing, tourism, industry, and port management, highlights the delicate balance between development and environmental conservation. It is essential to harmonize these activities with sustainable practices that prioritize the long-term well-being of both coastal communities and the environment. Balancing economic interests with environmental protection requires robust legal frameworks that encourage responsible and sustainable coastal development.

With respect to the framework outlined above for Italy, it is to be hoped that the legislator will promptly intervene in the matter, reforming the entire sector. In particular, a reconnaissance of the bathing concessions already granted would be appropriate, establishing a ceiling for the maximum number of areas that can be granted, also with respect to

individual free use and, above all, to the protection of coastal ecosystems, definitively sanctioning the necessary completion of public procedures for the selection of new concessionaires, and enhancing the quality of the proposals submitted by the various economic operators concerning the services provided and the interventions to protect the coastline.

Such an intervention would benefit not only the direct users of tourist and seaside services, who would have at their disposal higher quality services at a likely lower cost, but also the entire community, which would benefit from a more rational use of the maritime State property and a more attentive attention to the pressing problems of the protection of coastal ecosystems.

In fact, it is precisely the competitive game that can guarantee greater environmental protection of coastal areas, in particular through the development of adequate parameters for the selection of concessionaires. Where selection criteria aimed at enhancing a responsible use of beaches, with removable infrastructures made of natural materials and interventions to protect the coast, economic operators would be encouraged towards more virtuous management models. The public authorities could, therefore, precisely through tendering procedures and, in particular, through the adoption of selective criteria, direct the entrepreneurial activity of bathing establishments towards environmental and social objectives, at the same time taking charge of the delicate issue of the balanced distribution of uses in coastal areas. This aspect is perfectly consistent with the new text of art. 41 of the Italian Constitution, which finally provides for a brake on economic initiative on environmental grounds<sup>97</sup>.

Furthermore, international cooperation and collaboration are essential in addressing the challenges of coastal erosion and environmental protection. Coastal areas are interconnected and transboundary in nature, requiring coordinated efforts among countries to implement effective management strategies. Sharing best practices, exchanging scientific

<sup>97</sup> “Private economic enterprise shall have the right to operate freely. It cannot be carried out in conflict with social utility or in such a manner as may harm health, the environment, safety, liberty and human dignity.

The law shall determine appropriate programmes and checks to ensure that public and private economic enterprise activity be directed at and coordinated for social and environmental purposes”. Italian Constitution, art. 41.

knowledge, and fostering regional partnerships can contribute to a more holistic and sustainable approach to coastal management.

The inertia of the legislator appears, therefore, to be a situation of which not only the administrations take advantage, some by initiating selective procedures, others by adopting “buffer solutions” (through the application of the extension rather than its disapplication), others by “failing to pronounce themselves on the requests of the concessionaires”. In fact, the judges, for their part, also cling to the lack of a defined regulatory framework in order to postpone the non-use, in practice, of the tender instrument, which, however, would not be excluded by the Public Contracts Code in force. In this regard, it is pointed out that the public administration is under an obligation to implement selection procedures that provide guarantees of impartiality and transparency, even if the “concession of state property” consists of a different measure of expansion compared to the “European service concession” (configured, instead, in the image and likeness of the contract). This means that, precisely by virtue of the economic value of the concession itself, one cannot ignore what is set forth in art. 30, para. 2 of the Public Contracts Code, namely that “contracting authorities may not artificially limit competition in any way in order to unduly favour or disadvantage certain economic operators”. The value of the concession should therefore reflect the clear cross-border interest of concessions for economic operators based in Member States other than that of the contracting authority or contracting entity. In the wake of the “expansive *vis* of Community discipline”, the sector of state concessions has also been made subject to the reasons of competition. Clearly, this interest is already present in the abstract, where a new concessionary title is involved, even though in the specific case examined by the Council of State in the annotated judgement it concerned the stretch of water in front of the area where an entrepreneurial activity strictly connected to bathing services is already carried out on private land. In the near future, the choice of the instrument of the open tender inspired by the principles of the Public Contracts Code, could therefore represent a mode of public selection of concessionaires that can be used by local administrations<sup>98</sup>. The latter, in fact, are called upon to prepare calls for tenders in the exercise of their discretion, always in

<sup>98</sup> A. MONICA, *Le concessioni balneari e l'esigenza di selezione competitiva per il loro*

compliance with the provisions of national legislation and taking into account EU constraints. The preference for such a procedure, in order to ensure greater competitiveness of Italian supply in the internal market, can also be reconciled with further objectives of protection of the public interest, such as the protection of the territory and sustainable development. Of course, this does not mean that the tender becomes mandatory, or that other alternative selective procedures cannot be chosen. For all these reasons, while waiting for a better-defined regulatory framework, even jurisprudence, and not only public administrations, should as of now follow an approach that takes into account the reality photographed by the Plenary Assembly last November 2021, since it will then be the legislative decrees envisaged by the Competition Law that will determine the boundaries of administrative discretion during the concessionaire selection process<sup>99</sup>. Even more so, in light of the extension of existing concession titles recently ordered by the Italian government, which is once again fuelling the debate even among administrative judges.

In conclusion, coastal erosion and environmental protection are critical issues that require comprehensive legal frameworks, integrated management approaches, and international cooperation.

*affidamento: per il Consiglio di Stato non è imperativo il ricorso alla gara*, in CERIDAP, 2023, 1, pp. 162-174.

<sup>99</sup> *Ibid.*

## ABSTRACT

*Coastal protection laws – Comparative analysis – Environmental challenges  
Legal frameworks and policies – Coastal erosion and climate change*

*Questo articolo presenta un'analisi comparata delle leggi sulla protezione delle coste e del loro utilizzo in Italia, nel Regno Unito (U.K.) e negli Stati Uniti d'America (U.S.A.). Lo studio esamina i diversi contesti giuridici e le politiche attuate in questi Paesi per affrontare le sfide ambientali lungo le coste, tra cui inquinamento, turismo, traffico marittimo e erosione costiera. Con l'aumento dell'impatto dei cambiamenti climatici e dell'innalzamento del livello del mare, la necessità di una gestione costiera efficace e sostenibile è diventata cruciale. L'analisi esplora la convergenza e la divergenza degli approcci legali e delle strategie operative in questi tre Stati, mettendo in evidenza l'equilibrio tra interessi privati e interesse pubblico, nonché la valutazione complessa delle preferenze umane e del loro impatto sulle coste. Lo studio discute inoltre le sfide affrontate da ciascun Paese, come la coerenza normativa, le competenze tra livello federale e statale (nel caso degli U.S.A.) e la protezione delle aree economicamente non strategiche. Esaminando le risposte giuridiche all'erosione costiera e alla mitigazione dei cambiamenti climatici, questa analisi comparata mira a fornire spunti sull'efficacia ed efficienza delle leggi sulla protezione costiera in diversi contesti giuridici. Riguardo al contesto italiano offre un approfondimento rispetto all'annoso conflitto che vede contrapporsi le necessità di tutela ambientale e istanze di sfruttamento economico delle aree costiere.*

**KEYWORDS:** Coastal protection laws; Comparative analysis; Environmental challenges; Legal frameworks and policies; Coastal erosion and climate change.



# Infrastrutture, democrazia partecipativa e Stato finanziatore: il caso della giusta transizione ecologica\*

LUCA GALLI

SOMMARIO: 1. Il ruolo multiforme di pubblico e privato in relazione alle infrastrutture. – 2. Uno sguardo comparato. La partecipazione nelle scelte di *green industrial policy* negli U.S.A. – 3. Democrazia partecipativa e aiuti di Stato a favore del clima nell'ordinamento europeo – 4. Le consultazioni pubbliche sui sussidi verdi in Italia. 5. – Conclusioni.

## 1. *Il ruolo multiforme di pubblico e privato in relazione alle infrastrutture*

Il ruolo dei privati nella realizzazione e gestione delle infrastrutture acquista rilevanza sotto una pluralità di profili, come ben noto in letteratura.

Da un lato, infatti, se l'approntamento delle infrastrutture costituisce classicamente un'attività incentrata attorno all'agire pubblico, specie a partire dagli anni '90 del secolo scorso si è assistito a una crescente importanza dell'intervento privato, rendendo il ricorso al mercato una soluzione per cercare di ovviare alle carenze delle realtà infrastrutturale italiana, limitando allo stesso tempo il peso di tale azione su un erario costantemente in affanno<sup>1</sup>. Dall'altro lato, il significativo impatto che le

\* Il presente contributo è la versione estesa dell'intervento tenuto al Convegno "Città, infrastrutture e contratti pubblici", 8-9 maggio 2023, presso l'Università Iuav di Venezia, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> Su tutti, G. PIPERATA, *Infrastrutture e crescita economica: alla ricerca di nuovi modelli*, in *Munus*, 2013, 2, pp. III e ss.; G. DELLA CANANEA, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, ivi, pp. 187 e ss.; L. SALTARI, *Introduzione. L'approntamento delle*

opere infrastrutturali hanno sui luoghi e sugli individui che li abitano ha portato a riflettere sulle possibili soluzioni volte all'acquisizione del consenso delle comunità locali, tradottesi in meccanismi partecipativi degli amministrati alle scelte pubbliche, con il principale obiettivo di limitare i c.d. fenomeni di "territorialità oppositiva"<sup>2</sup>.

Ciò posto, tanto l'ampiezza della nozione di infrastruttura, quanto quella di democrazia partecipativa offrono costantemente nuovi e vasti spazi di riflessione sui delicati equilibri pubblico-privati in analisi. Basti ricordare che, con riguardo al primo dei due termini, la più recente dottrina ha sviluppato l'idea dello scollamento tra opera pubblica e infrastruttura, contrapponendo la 'staticità' della prima a un'immagine dinamica della seconda, il cui tratto caratterizzante è la strumentalità rispetto al luogo di sua realizzazione e alla sua utenza di riferimento, diventando mezzo per l'esercizio di una funzione o di un servizio pubblico e, quindi, componente essenziale per il soddisfacimento dei diritti dei membri della collettività<sup>3</sup>. In questo modo, pur rimanendo presupposta una qualche forma di coinvolgimento della mano pubblica, il regime dominicale cui assoggettare l'opera perde la sua centralità, potendo anche appartenere ed essere gestita da soggetti privati<sup>4</sup>. Quanto alla democrazia partecipa-

*infrastrutture" tra Stato e mercato*, in A. TONETTI (a cura di), *La realizzazione e la gestione di infrastrutture: il regime giuridico delle concessioni. IRPA Working Paper – Policy Papers Series*, 2, Roma, 2014, pp. 5 e ss.

<sup>2</sup> In questi termini, G. ENDRICI, *Territori e ambiente*, in C. BARBATI, G. ENDRICI, *Territorialità positiva*, Bologna, 2005, p. 152. Ancora, per una ricostruzione del c.d. meccanismo 'nimby' quale fenomeno di portata globale, vedasi P.M. SAINT, R.J. FLAVELL, P.F. FOX, *Nimby Wars: The Politics of Land Use*, Hingham, 2009.

<sup>3</sup> Si veda G. PIPERATA, *Infrastrutture e crescita economica: alla ricerca di nuovi modelli*, cit., pp. III e ss. e, più di recente dello stesso Autore, ID. (voce), *Infrastrutture, strade e mobilità*, in *Enciclopedia del Diritto - I tematici - Funzioni amministrative*, III, Milano, 2022, pp. 685 e ss., che nel riflettere sui rapporti tra infrastrutture e opera pubblica parte dalle posizioni gianniniane, oggi riassunte in M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1993, p. 57.

<sup>4</sup> Che l'intervento pubblico, seppur 'multiforme', rimanga un momento essenziale dell'approntamento delle infrastrutture, indipendentemente dal soggetto (pubblico o privato) che ne curi direttamente la realizzazione e la gestione, è chiaramente affermato, da ultimo, in E. GUARNIERI, *Città, trasporto pubblico locale e infrastrutture nella stagione della mobilità sostenibile: la sinergia dell'insieme*, in *Federalismi.it*, 16/2022, pp. 151 e ss. (spec. p. 186); G. TORELLI, E. GUARNIERI, *Alcune considerazioni in tema di infrastrutture: crisi, semplificazioni, finanziamenti e ruolo dello Stato-apparato*, in *Revista digital de Derecho Administrativo*, 2021, 26, pp. 127 e ss. (spec. pp. 132 e ss.); S. SCREPANTI, *Le*

tiva, invece, con essa si va a indicare un variopinto universo di pratiche e dispositivi, volti ad assicurare una partecipazione appunto ‘democratica’ alle scelte dei soggetti pubblici – non connessa, dunque, alla titolarità di situazioni giuridiche qualificate e differenziate, come accade per la più classica partecipazione amministrativa –, così da consentire il raggiungimento di decisioni che siano espressione quanto più unitaria delle istanze istituzionali e di quelle popolari<sup>5</sup>.

Come detto, proprio l’ampiezza delle nozioni appena accennate permette di estendere lo sguardo al di là di figure che, per quanto ancora estremamente attuali, sono già diventate dei ‘classici’ della riflessione giuridica in tema di infrastrutture e partecipazione<sup>6</sup>, soffermandosi su altre modalità di azione dei soggetti pubblici e su altri metodi di coinvolgimento degli attori privati.

Con le successive pagine, quindi, si sposterà l’attenzione dallo Stato ‘approntatore’ di opere infrastrutturali, allo Stato finanziatore che, ‘scegliendo i vincitori’, decide di dirigere le proprie risorse economiche per agevolare determinate iniziative private da svolgersi nel mercato, proprio al fine di guidare quest’ultimo verso il perseguimento di obiettivi di interesse generale<sup>7</sup>. Ci si chiederà, insomma, se anche nell’ambito delle scel-

*politiche infrastrutturali*, in S. CASSESE (a cura di) *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, 2021, pp. 35 e ss. (spec. p. 37). D’altronde, già per Giannini “[l]’approntamento delle infrastrutture, storicamente, è fra le più antiche attività di disciplina dell’economia svolte da pubblici poteri, e non è mai venuta meno lungo il corso dei secoli”; cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, cit., p. 53.

<sup>5</sup> Per una ricostruzione del concetto di democrazia partecipativa, su tutti, U. ALLEGRETTI (voce), *Democrazia partecipativa*, in *Enciclopedia del Diritto - Annali*, IV, 2011, Milano, pp. 295 e ss. e R. BIFULCO (voce), *Democrazia deliberativa*, ivi, pp. 271 e ss.

<sup>6</sup> Il riferimento implicito è, *in primis*, all’istituto del dibattito pubblico, oggetto di una ricca produzione dottrinale. *Ex pluribus*, M. MERSINI, *Le recenti modifiche all’istituto del dibattito pubblico introdotte dal d.l. n. 77/2021: l’applicazione concreta e la difficile via della semplificazione*, in *Rivista giuridica dell’urbanistica*, 2021, 4, pp. 974 e ss.; E. FREDIANI, *Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una «relazione» problematica*, in *Diritto amministrativo*, 2020, 2, pp. 399 e ss.; A. AVERARDI, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione*, in *Munus*, 2018, 1, pp. 129 e ss.; ID., *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 2015, 4, pp. 1173 e ss.; U. ALLEGRETTI, *Senato delle regioni, organizzazione della giustizia, dibattito pubblico sui grandi interventi infrastrutturali*, in *Rivista AIC*, 2013, 2, pp. 1 e ss.

<sup>7</sup> Sul ruolo dello Stato finanziatore, *ex pluribus*, E. BRUTI LIBERATI, *Politica di*

te attinenti all'erogazione di incentivi pubblici volti alla realizzazione di infrastrutture da parte dei privati si possano inserire momenti di democrazia partecipativa e, in caso di risposta positiva, se tale coinvolgimento possa considerarsi portatore di effetti benefici (o di sole esternalità negative) per l'azione pubblica.

Infine, dovendo adeguare l'estensione della riflessione allo spazio a disposizione, ci si concentrerà sul coinvolgimento degli amministratori nelle scelte riguardanti gli interventi pubblici in economia a supporto della transizione ecologica. Il fatto che tale contesto sia un ambito privilegiato di analisi trova conferma sotto un duplice punto di vista: *in primis*, nella finalità anticiclica tradizionalmente attribuita alla realizzazione di opere infrastrutturali, che possono quindi diventare risposta essenziale anche alla crisi climatica<sup>8</sup>; in secondo luogo, nell'occasione che esso offre per riflettere sull'opportunità di prevedere meccanismi di coinvolgimento degli amministratori pure in situazioni emergenziali, che sembrerebbero invece privilegiare esigenze di concentrazione dei poteri, tecnicità delle scelte e rapidità delle soluzioni<sup>9</sup>.

*concorrenza e politica industriale tra unità e differenziazione*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2015, 2, pp. 16 e ss. nonché, più di recente dello stesso Autore, ID. (voce), *Industria*, in *Enciclopedia del Diritto - I Tematici - Funzioni amministrative*, cit., pp. 654 e ss. Ancora, per una completa ricognizione degli strumenti a disposizioni dello Stato per influire sulle dinamiche di mercato – non solo l'iniezione di risorse finanziarie, ma anche la regolazione e la politica antitrust – si veda M. RAMAJOLI (voce), *Concorrenza (tutela della)*, in *Enciclopedia del Diritto - I Tematici - Funzioni amministrative*, cit., pp. 292 e ss.

<sup>8</sup> In questo senso, G. PIPERATA, *Infrastrutture e crescita economica: alla ricerca di nuovi modelli*, cit., p. IV.

<sup>9</sup> Per alcune riflessioni sul 'diritto dell'emergenza', che prendono in considerazione questi profili, vedasi J.B. AUBY, *La decisione pubblica tra scienza e crisi*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2021, 4, pp. 919 e ss.; G. TROPEA, *Potere di ordinanza, normalizzazione dell'emergenza e trasformazioni dell'ordinamento*, in *Diritto amministrativo*, 2021, 4, pp. 885 e ss.; G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2020, 3, pp. 318 e ss.; M. RAMAJOLI, *La gestione dell'emergenza pandemica tra Schmitt e Kelsen*, in *CERIDAP*, 2021, 2, pp. 99 e ss. e ID., *Editoriale 3/2020 – Emergenza, disordine, solidarietà*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, reperibile sulla rete interconnessa. Sia consentito anche il rinvio a L. GALLI, *Il ruolo dei privati e delle amministrazioni locali nel sistema di accoglienza*, in M. SAVINO, D. VITIELLO (a cura di), *Asilo e immigrazione tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio. Atti del V Convegno dell'Accademia di*

## 2. *Uno sguardo comparato. La partecipazione nelle scelte di green industrial policy negli U.S.A.*

Per comprendere il rilievo attribuibile al coinvolgimento della società civile nelle scelte pubbliche intese a supportare la transizione ecologica, così come per verificare il possibile differente approccio adottabile a seconda che lo Stato si comporti come ‘approntatore’ o come finanziatore di infrastrutture, appare utile iniziare con una breve parentesi comparatistica, gettando lo sguardo al di là dell’Oceano.

La portata globale della crisi climatica ha infatti posto all’attenzione delle istituzioni nordamericane problemi analoghi a quelli che devono affrontare le controparti europee, tanto da risultare in soluzioni simili sotto una pluralità di punti di vista e, dunque, capaci di prestarsi a un efficace paragone<sup>10</sup>.

Negli Stati Uniti, la considerazione per il coinvolgimento della società civile nelle scelte di gestione dell’attuale emergenza climatica ha trovato una prima manifestazione sin dal c.d. *Green New Deal*, risoluzione presentata nel febbraio 2019 al Congresso dalla deputata democratica Alexandria Ocasio-Cortez<sup>11</sup>, con cui si delineava un possibile piano di interventi pubblici intesi sia ad affrontare il *climate change*, sia a diminuire le fratture sociali della realtà americana<sup>12</sup>. Tra le numerose azioni previste si possono qui richiamare quelle più prettamente ‘infrastrutturali’, quali l’opportunità di un finanziamento trasformativo del sistema delle reti pubbliche, l’esigenza di sostenere un radicale mutamento del modo

*Diritto e Migrazioni del 17 e 18 novembre 2022*, Napoli, 2023, pp. 144 e ss. (spec. pp. 153 e ss.).

<sup>10</sup> Per un’approfondita analisi delle soluzioni di lotta al cambiamento climatico adottate negli Stati Uniti, vedasi B. MARCHETTI, *Le politiche di decarbonizzazione statunitensi tra il Green New Deal e la giurisprudenza della Corte Suprema*, in *Rivista della Regolazione e dei Mercati*, 2023, 1, pp. 56 e ss. Sia consentito anche il rinvio a L. GALLI, *L’ira d’Europa per l’I.R.A. d’America. Ovvero alcune considerazioni su aiuti di stato e green industrial policy da ambo i lati dell’Oceano*, ivi, pp. 21 e ss.

<sup>11</sup> Recognizing the duty of the Federal Government to create a Green New Deal, H. Res. 119 (7 febbraio 2019).

<sup>12</sup> Su come il *Green New Deal* sia una chiamata all’intervento pubblico in economia, R. MEYER, *A Centuries-Old Idea Could Revolutionize Climate Policy*, in *The Atlantic*, 19 febbraio 2019, reperibile sulla rete interconnessa.

di produrre energia del Paese e la necessità di finanziare progetti che assicurino maggiore resilienza ai disastri climatici<sup>13</sup>.

Già in questa dichiarazione di intenti – o meglio, di sfida, data la sua presentazione ancora in piena presidenza Trump – si dava evidenza al fatto che, per conciliare gli interventi ambientali con un effettivo miglioramento delle condizioni della popolazione, fosse indispensabile instaurare spazi di “*inclusive consultation, collaboration, and partnership with [...] vulnerable communities, labor unions [...] civil society groups, academia, and businesses*”<sup>14</sup>. Questo con l’idea di assicurare il sostegno per la trasformazione ecologica da parte della società civile, rendendola consapevole e partecipe del necessario cambiamento, ma anche per consentire una più corretta rappresentazione dei bisogni della società stessa, da affrontare e risolvere secondo il nuovo paradigma della sostenibilità<sup>15</sup>.

Pur avendo dovuto aspettare il cambio di presidenza U.S.A.<sup>16</sup>, segnali di concretizzazione del *Green New Deal* si sono più di recente avuti con l’*Infrastructure Investment and Jobs Act* (anche noto come *Bipartisan Infrastructure Act*)<sup>17</sup> del novembre 2021 e con l’*Inflation Reduction Act*<sup>18</sup> dell’agosto 2022. Mediante la prima legge, infatti, si è disposto un investimento epocale nelle infrastrutture americane, con 550 miliardi di

<sup>13</sup> Per una ricognizione del *Green New Deal*, si vedano N.S. BRYNER, *The Green New Deal and Green Transitions*, in 44 *Vt. L. Rev.* 723 (2020); S. FERRY, *The “Green New Deal”: Constitutional Limitations; Rerouting Green Technology*, in 44 *Vt. L. Rev.* 777 (2020); T.M. ROBERTS, *Greenbacks for the Green New Deal*, in 17 *Pitt. Tax Rev.* 53 (2019).

<sup>14</sup> Recognizing the duty of the Federal Government to create a Green New Deal, H. Res. 119 (7 febbraio 2019), sec. 3.

<sup>15</sup> Queste finalità sono appunto quelle della democrazia partecipativa, volta a garantire scelte pubbliche migliori – in quanto caratterizzate da un più corretto inquadramento della realtà su cui vanno ad incidere – e condivise – in quanto frutto di un confronto argomentato tra istituzioni e collettività –, oltre che trasparenti e imparziali. Vedasi U. ALLEGRETTI (voce), *Democrazia partecipativa*, cit., pp. 325 e ss.

<sup>16</sup> Il Partito repubblicano, in maggioranza al momento della presentazione della proposta, era infatti riuscito a ottenere una rapida votazione che, già nel marzo 2019, dimostrasse l’assenza di supporto per il *Green New Deal*; vedasi D. GRANDONI, F. SONMEZ, *Senate Defeats Green New Deal, as Democrats Call Vote a Sham*, in *The Washington Post*, 26 marzo 2019, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>17</sup> Infrastructure Investment and Jobs Act, Publ. L. No. 117-58, 135 Stat. 429 (15 novembre 2021).

<sup>18</sup> Inflation Reduction Act of 2022, Pub. L. No. 117-169, 136 Stat. 1818 (16 agosto 2022).

dollari offerti dal Governo federale per ammodernare ponti, strade, ferrovie, porti, aeroporti, rete idrica, rete elettrica e rete internet, al fine di assicurare crescita economica e incremento della competitività U.S.A. sul piano internazionale, creare lavoro e rendere la società americana più sostenibile, resiliente e giusta<sup>19</sup>. Con l'*Inflation Reduction Act*, invece, si sono sbloccati circa 750 miliardi di dollari, di cui 369 destinati a incentivare investimenti privati a loro volta intesi al raggiungimento di un modello economico, industriale e sociale più sostenibile<sup>20</sup>. L'obiettivo concreto dell'*Inflation Reduction Act* è poi quello di generare una riduzione dei gas serra prodotti dagli Stati Uniti del 40% entro il 2030, nei confronti dei livelli del 2005, così da collocare nuovamente il Paese sulla giusta strada per il rispetto degli obiettivi fissati dall'Accordo di Parigi del 2015<sup>21</sup>. Per far ciò, oltre a finanziamenti 'non infrastrutturali' – come quelli volti ad agevolare l'acquisto di autoveicoli elettrici e l'efficientamento energetico delle abitazioni private – non mancano sostegni significativi per la realizzazione, rimessa al mercato liberalizzato, di impianti di produzione elettrica sostenibile (tra cui il legislatore americano riconduce, per esempio, quelli eolici e solari, ma anche nucleari) che andranno a costituire un tassello essenziale della nuova rete energetica nordamericana<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> L'ordine degli obiettivi corrisponde a quello riportato in The White House, *UPDATED FACT SHEET: Bipartisan Infrastructure Investment and Jobs Act*, 2021, reperibile sulla rete interconnessa. Il fatto che l'obiettivo di risposta al cambiamento climatico, per quanto presente, sia residuale rispetto a quelli economici è colto anche in dottrina, dove appunto si è sottolineato il carattere modesto della dimensione ambientale dell'atto; così B. MARCHETTI, *Le politiche di decarbonizzazione statunitensi tra il Green New Deal e la giurisprudenza del la Corte Suprema*, cit., p. 60.

<sup>20</sup> Per una sintesi degli importi, vedasi United State Senate, *Summary: the Inflation Reduction Act of 2022*, reperibile sulla rete interconnessa, da cui appunto risultano 369 miliardi di dollari di investimenti nel settore *Energy Security and Climate Change*.

<sup>21</sup> Gli impatti dell'I.R.A. sono stati così calcolati dal Dipartimento dell'energia statunitense; vedasi U.S. Department of Energy, *The Inflation Reduction Act Drives Significant Emissions Reductions and Positions America to Reach Our Climate Goals*, 2022, reperibile sulla rete interconnessa. Ancora, sugli obiettivi di decarbonizzazione della presidenza Biden e sulla loro perseguibilità, vedasi J.M. MOCH, H. LEE, *The Challenges of Decarbonizing the U.S. Electric Grid by 2035*, in *Belfer Center Policy Brief – Harvard University*, 2022, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>22</sup> I finanziamenti in materia energetica, sia quelli 'individuali' che quelli 'infrastrutturali', sono contenuti nel *Title I – Subtitle D – Energy Security*. Per un riassunto

Passando dunque ai margini di partecipazione della società civile riconosciuti all'interno dei due atti, i primi commentatori del *Bipartisan Infrastructure Act* lo hanno definito come il programma di finanziamento federale che, nella storia, maggiormente insiste sul coinvolgimento della popolazione nella delineazione dei progetti infrastrutturali da realizzarsi con le risorse pubbliche<sup>23</sup>. Lungo tutte le linee di azione – dalla mobilità urbana ed extraurbana alla realizzazione di una capillare rete internet a banda larga – il legislatore prevede la sottoposizione dei progetti elaborati dai singoli Stati federati e dalle varie amministrazioni locali al commento della cittadinanza<sup>24</sup>, in alcuni casi specificando l'opportunità del ricorso a forme di comunicazione come i social media e altri *web-based tools*, proprio per massimizzare il coinvolgimento. Infatti, questi momenti partecipativi sono generalmente considerati come elementi chiave per assicurare l'accesso di un progetto ai fondi federali, distribuiti – quanto meno in una loro porzione – tramite procedure selettive volte a premiare le soluzioni che meglio sappiano individuare i problemi della popolazione, prospettando interventi che la guidino verso uno sviluppo sociale, economico e di tutela ambientale<sup>25</sup>. D'altra parte, anche le stesse amministrazioni federali incaricate di gestire e distribuire le risorse hanno fatto ricorso al *public comment*, sottoponendo alla consultazione della società civile le proprie scelte in relazione alla definizione delle modalità

delle previsioni dell'atto, si vedano J. BISTLINE, N.R. MEHROTRA, C. WOLFRAM, *Economic Implications of the Climate Provisions of the Inflation Reduction Act*, in *Brookings Papers on Economic Activity*, Spring 2023, pp. 1 e ss. (spec. pp. 5-9); D. KLEIMANN, N. POITIERS, A. SAPIR, S. TAGLIAPIETRA, N. VÉRON, R. VEUGELERS, J. ZETTELMEYER, *How Europe should answer the US Inflation Reduction Act*, in *Brugel Policy Contribution*, 2023, 4, pp. 1 e ss. (spec. pp. 3-5); A. SHAWN, *United States: the US Inflation Reduction Act of 2022 and the energy sector*, in 1 *I.E.L.R.* 15 (2023).

<sup>23</sup> Si veda Public Input, *Infrastructure Investment & Jobs Act: Engagement's impact on funding*, 2022, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>24</sup> Per dare una semplice rappresentazione quantitativa, l'istituto del *public comment* viene richiamato oltre quaranta volte nel testo della legge.

<sup>25</sup> Per una ricognizione delle procedure di *public comment* avviate dagli Stati federati in relazione ai programmi di miglioramento della rete internet ad alta velocità contemplati in seno al *Bipartisan Infrastructure Act (Broadband Equity, Access and Deployment Program e Digital Equity Act)*, si veda National Telecommunications and Information Administration (NTIA), *Public Notice Posting of State and Territory BEAD and Digital Equity Plans/Proposals*, reperibile sulla rete interconnessa.



di distribuzione dei fondi, alle finalità da privilegiarsi e ai criteri di valutazione degli interventi finanziabili<sup>26</sup>.

Quanto all'*Inflation Reduction Act*, invece, risultano assenti dal testo normativo indicazioni a supporto del dialogo con la popolazione civile. Questo è probabilmente imputabile al fatto che le risorse pubbliche, come visto, in una parte sostanziale mirano a influenzare scelte individuali dirette ad avere – quanto meno in prima battuta – un impatto solo sulla sfera del singolo (per esempio, l'acquisto di un'autovettura elettrica o l'efficientamento energetico della propria abitazione). Si è però evidenziato come non manchino interventi chiaramente 'infrastrutturali', volti a indirizzare il mercato elettrico americano verso una produzione basata su fonti sostenibili<sup>27</sup> e, quindi, verso la creazione di nuovi impianti energetici certamente strumentali al benessere della collettività, ma capaci di impattare fortemente su ambiente, luoghi e popolazioni locali. Non si è ritenuto dunque necessario, nemmeno in questi casi, prevedere momenti di coinvolgimento volti a raccogliere le opinioni degli amministrati, per esempio sulle modalità di distribuzione delle risorse oppure sulla natura e sulle caratteristiche che gli impianti devono avere per poter accedere al finanziamento pubblico, per quanto la realizzazione di centrali energetiche sostenibili sia indiscutibilmente un tassello essenziale per la transizione ecologica dell'attuale modello di sviluppo.

In sintesi, se l'ordinamento statunitense pare essersi dimostrato sensibile alle esigenze di partecipazione nelle scelte pubbliche indirizzate alla giusta transizione ecologica, la sua attenzione sembra limitata alle più tradizionali ipotesi di implementazione della democrazia partecipativa connesse all'approntamento di opere infrastrutturali direttamente da parte degli apparati amministrativi, piuttosto che permetterne una concretizzazione anche quando tali interventi siano rimessi all'iniziatore.

<sup>26</sup> Si veda la procedura di *public comment* aperta in data 7 gennaio 2022 dalla NTIA riguardo alle modalità con cui procedere alla distribuzione dei fondi federali per il miglioramento delle infrastrutture della rete internet statunitense; NTIA, *Request for Comment on Broadband Programs in Bipartisan Infrastructure Law*, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>27</sup> Per una sintetica esposizione della liberalizzazione del mercato elettrico statunitense, vedasi J. BUSHNELL, E. MANSUR, C. SARAVIA, *Vertical Arrangements, Market Structure, and Competition: An Analysis of Restructured US Electricity Markets*, in 98 *American Economic Review* 237 (2008).

va economica privata, pur sostanzialmente indirizzata dal finanziamento pubblico.

### 3. *Democrazia partecipativa e aiuti di Stato a favore del clima nell'ordinamento europeo*

Diversamente si sono invece comportate le istituzioni europee, quanto meno in termini di apertura alla partecipazione in relazione alle scelte infrastrutturali dello Stato finanziatore<sup>28</sup>.

Anche in questo ordinamento, le esigenze di coinvolgimento degli amministrati negli interventi di transizione ecologica si ritrovano sin dall'atto d'avvio del nuovo corso economico e sociale, anch'esso del 2019 e anch'esso denominato *Green Deal*, analogamente a quanto accaduto negli U.S.A.<sup>29</sup>.

Con questa comunicazione programmatica, la Commissione indivi-

<sup>28</sup> Si noti, d'altra parte, che a livello eurounitario lo stesso legislatore riconosce chiaramente come lo Stato finanziatore possa indirizzare i propri sussidi verso soggetti privati che realizzano o gestiscono opere di carattere infrastrutturale. Sicché, nel momento in cui tali infrastrutture si prestano ad essere sfruttate a fini commerciali (operando nel mercato, dunque), la sovvenzione pubblica acquista rilievo ai fini della disciplina degli aiuti di Stato. In questo senso, si veda la "Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea C/2016/2946" (spec. pt. 7). Quanto all'inquadramento della nozione di aiuto di Stato, a fronte di una produzione dottrinale particolarmente significativa, basti qui richiamare due delle più recenti opere monografiche in materia; G. FONDERICO, *L'amministrazione razionalizzata. Disciplina degli aiuti di Stato e attività amministrativa*, Torino, 2022 e G. LUCHENA – R. BIANCAMARIA, *Concorrenza e aiuti di stato in Europa*, Torino, 2022.

<sup>29</sup> Comunicazione della Commissione dell'11 novembre 2019 – Il *Green Deal* europeo (COM(2019) 640 final). Sulla politica europea di decarbonizzazione avviata con il *Green Deal*, vedasi E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Diritto pubblico*, 2021, 2, pp. 415 e ss.; ID., *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina*, in *Rivista della Regolazione e dei Mercati*, 2022, 1, pp. 3 e ss.; E. CHITI, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal europeo*, ivi, pp. 468 e ss.; ID., *Managing the ecological transition of the EU: the European Green Deal as a regulatory process*, in 59 *CML Rev.* 19 (2022); F. DONATI, *Il Green Deal e la governance europea dell'energia e del clima*, in *Rivista della Regolazione e dei Mercati*, 2022, 1, pp. 13 e ss.

dua il macro-obiettivo – la trasformazione dell’Europa in una società giusta, prospera e climaticamente neutra per il 2050 – e gli ambiti di intervento – ‘circularizzazione’ dell’economia, efficientamento energetico del patrimonio immobiliare esistente, transizione verso una mobilità sostenibile, approvvigionamento di energia pulita, ecc. – nella cui direzione sono chiamati a muoversi i decisori politici dell’Unione e dei singoli Stati Membri. Oltre alle indicazioni di merito, come anticipato, il *Green Deal* europeo contiene un’importante indicazione di metodo laddove riconosce che “[l]a partecipazione e l’impegno del pubblico e di tutti i portatori di interessi sono cruciali” per il perseguimento degli obiettivi di una giusta transizione ecologica, considerato come “le politiche più audaci funzionano solo se i cittadini sono pienamente coinvolti nella loro elaborazione. [...] Se vuole garantire il successo del Green Deal e determinare cambiamenti duraturi, la Commissione deve dare ascolto alle istanze dei cittadini, che sono e dovrebbero rimanere il motore della transizione”<sup>30</sup>.

Come noto, il Regolamento n. 2021/1119/UE (c.d. “Legge europea sul clima”) ha poi trasposto gli obiettivi di neutralità climatica del *Green Deal* in un atto normativo, attribuendovi portata vincolante per gli Stati Membri e per le istituzioni europee nonché confermando le spinte al coinvolgimento dei privati nelle scelte pubbliche prospettate nel precedente documento programmatico<sup>31</sup>. Dei suoi (soli) quattordici articoli, infatti, la Legge sul clima dedica l’art. 9 proprio alla partecipazione del pubblico<sup>32</sup>, con una ‘chiamata alle armi’ delle istituzioni europee, nazio-

<sup>30</sup> Cfr. sez. 4 del *Green Deal*. In questa sezione, si prevede il varo da parte della Commissione del c.d. “Patto europeo per il clima”, quale strumento di coinvolgimento della collettività da dipanarsi lungo tre direttive. In primo luogo, si prevede la condivisione delle informazioni, indispensabile per la comprensione diffusa delle minacce e delle sfide rappresentate dai cambiamenti climatici, così come per l’elaborazione delle soluzioni per affrontarle. In secondo luogo, si indica l’esigenza di allestire spazi fisici e virtuali in cui i cittadini possano esprimere le proprie idee. Infine, la Commissione si impegna a favorire la diffusione della cultura della partecipazione, ossia dell’azione ‘dal basso’ in materia di cambiamenti climatici e tutela dell’ambiente. Per una ricognizione delle iniziative di coinvolgimento riconducibili al Patto, vedasi Euclipa, *Patto europeo sul clima*, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>31</sup> Per un’analisi dei contenuti della Legge europea sul clima, vedasi D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima: una regolazione strategica o un passo troppo timido?*, in *RGA Online*, 2022, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>32</sup> “Partecipazione del pubblico” è proprio il titolo dell’art. 9.

nali e locali per coinvolgere tutte le componenti sociali (il mondo accademico, la comunità imprenditoriale, i cittadini e la società civile) così da assicurarne la consapevolezza e l'impegno condiviso a favore di una transizione ecologica giusta ed equa, specie al fine di individuare le migliori azioni che contribuiscano a conseguire l'obiettivo di decarbonizzazione.

D'altra parte, anche il Regolamento n. 2021/241/UE, che istituisce il Dispositivo di Ripresa e Resilienza quale strumento inteso a garantire agli Stati Membri le effettive risorse finanziarie per implementare le azioni di lotta al cambiamento climatico, non trascura le esigenze di coinvolgimento della collettività. Se l'accesso ai fondi per gli Stati Membri è subordinato alla presentazione e all'approvazione di un piano per la ripresa e la resilienza, nella sua preparazione e nella sua implementazione è richiesto che ogni Paese attivi un "processo di consultazione [...] delle autorità locali e regionali, delle parti sociali, delle organizzazioni della società civile, delle organizzazioni giovanili e di altri portatori di interessi"<sup>33</sup>.

A questo punto, andando a verificare come tali indirizzi generali si siano tradotti nell'attuazione di effettivi momenti di democrazia partecipativa, quello che salta all'occhio è come la Commissione abbia previsto l'introduzione di strumenti di coinvolgimento della società civile anche in relazione alle scelte di politica industriale dei singoli Stati Membri, specie quando esse incidono sostanzialmente sul loro sistema di infrastrutture energetiche. In questo modo, infatti, si è distinta non solo dall'ordinamento statunitense, ma anche da quanto essa stessa prevedeva in precedenza.

L'occasione è offerta dall'adozione della nuova Comunicazione concernente la disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia del 2022<sup>34</sup>, mediante cui la Commissione ha

<sup>33</sup> Cfr. art. 18, par. 4, lett. g), Regolamento n. 2021/241/UE. A conferma di questa lettura partecipativa della previsione in questione, vedasi E. FREDIANI, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Diritto amministrativo*, 2023, 2, pp. 301 e ss.

<sup>34</sup> Comunicazione della Commissione – Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022 (2022/C 80/01). Per una sua analisi, vedasi N. SPADARO, *Considerazioni sugli ultimi orientamenti della Commissione europea in tema di aiuti di Stato nel settore ambientale ed energetico*, in *Rivista della Regolazione e dei Mercati*, 2021, 2, pp. 341 e ss. Sia consentito anche il rinvio a L. GALLI, *L'ira d'Europa per l'I.R.A. d'America. Ovvero alcune considerazioni su aiuti di stato e green industrial policy da ambo i lati dell'Oceano*, cit., pp. 47-48.

individuato quali sussidi agli operatori economici privati offerti dagli Stati Membri possono ritenersi compatibili con la disciplina dell'art. 107 TFUE e, quindi, ammissibili nel mercato europeo, alla luce del mutato contesto delle politiche sovranazionali<sup>35</sup>. La Comunicazione prende in esame un vasto spettro di interventi pubblici in economia volti a sostenere la transizione ecologica: dagli aiuti a favore delle energie rinnovabili a quelli per il miglioramento delle prestazioni ambientali dell'edilizia; dagli aiuti per l'acquisto di autoveicoli 'puliti' a quelli per la diffusione di infrastrutture di ricarica e rifornimento di tali mezzi; dagli aiuti per le infrastrutture energetiche a quelli per la riparazione dei danni ambientali e il ripristino degli ecosistemi. È bene notare, dunque, come la Commissione non richieda sempre momenti di democrazia partecipativa per tutta questa vasta tipologia di aiuti, non solo quando abbiano semplice 'portata individuale', come quelli per l'acquisto di autoveicoli<sup>36</sup> o l'efficientamento energetico degli edifici<sup>37</sup>, ma anche quando essi abbiano un'indubbia de-

<sup>35</sup> Come noto, l'art. 107 TFUE introduce al primo paragrafo un divieto generale di aiuti di Stato, salvo prevedere nei due paragrafi successivi specifiche deroghe, la cui integrazione è rimessa alla valutazione della Commissione. Secondo una consuetudine oramai consolidata, però, la Commissione tende a integrare questo controllo *ex post* con l'adozione di atti di *soft law* – appunto, le Comunicazioni – che indirizzino *ex ante* le scelte degli Stati Membri. In altre parole, si tratta di atti intesi a individuare in anticipo quelle caratteristiche che, se rispettate dagli aiuti, ne garantiscono la compatibilità con il mercato unico. Sui poteri della Commissione e sulla procedura di valutazione delle misure sottoposte al suo controllo, vedasi *ex pluribus* C. SCHEPISI, *La valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato. Alcune riflessioni sulla discrezionalità e sui limiti della Commissione*, in *Rivista della Regolazione e dei Mercati*, 2019, 2, pp. 319 e ss.; M.L. TUFANO, *La disciplina degli aiuti di Stato nell'Unione europea: dal controllo all'enforcement*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2010, 2, pp. 381 e ss.; A. TONETTI, *I poteri amministrativi comunitari in materia di aiuti di stato*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 2007, 2, pp. 443 e ss. Sull'utilizzo delle Comunicazioni come strumento di legittimazione *ex ante* degli interventi pubblici in economia, sia consentiti il rinvio a L. GALLI, *L'ira d'Europa per l'I.R.A. d'America. Ovvero alcune considerazioni su aiuti di stato e green industrial policy da ambo i lati dell'Oceano*, cit., pp. 28 e ss. Ancora, per una riflessione sulla natura degli atti di *soft law* in relazione ad altre categorie di atti normativi, vedasi M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della Regolazione e dei Mercati*, 2016, 2, pp. 53 e ss.

<sup>36</sup> Comunicazione della Commissione – Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022 (2022/C 80/01), sez. 4.3 (rubricata "Aiuti a favore di una mobilità pulita").

<sup>37</sup> Comunicazione della Commissione – Disciplina in materia di aiuti di Stato a

stinazione infrastrutturale, come quelli volti alla diffusione del sistema di ricarica dei mezzi di trasporto puliti<sup>38</sup> o all’ammodernamento dei sistemi di trasmissione e distribuzione dell’energia<sup>39</sup>. Tuttavia, in relazione a quei finanziamenti pubblici che maggiormente influiranno sulla prospettata trasformazione dell’apparato infrastrutturale energetico europeo, ossia gli aiuti indirizzati a supportare la diffusione di impianti di produzione e di stoccaggio di energia elettrica a bassa emissione di carbonio<sup>40</sup>, la Commissione prevede come passaggio necessario la sottoposizione della proposta di aiuto elaborata dallo Stato a una ‘consultazione pubblica’, non contemplata nella precedente Comunicazione del 2014<sup>41</sup>, da svolgersi prima che la stessa proposta possa essere trasmessa per l’approvazione dell’istituzione europea.

Tale consultazione, però, pare riguardare solo in seconda battuta l’opportunità ‘ecologica’ dell’aiuto – mentre restano prive di considerazione le conseguenze delle infrastrutture finanziate su territorio e popolazioni locali – dovendo gli Stati Membri “consultare il pubblico in merito all’impatto sulla concorrenza e alla proporzionalità delle misu-

favore del clima, dell’ambiente e dell’energia 2022 (2022/C 80/01), sez. 4.2 (rubricata “Aiuti per il miglioramento delle prestazioni energetiche e ambientali nel settore dell’edilizia”).

<sup>38</sup> Comunicazione della Commissione – Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell’ambiente e dell’energia 2022 (2022/C 80/01), sez. 4.4 (rubricata “Aiuti per la diffusione di infrastrutture di ricarica o rifornimento”).

<sup>39</sup> Comunicazione della Commissione – Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell’ambiente e dell’energia 2022 (2022/C 80/01), sez. 4.9 (rubricata “Aiuti per le infrastrutture energetiche”).

<sup>40</sup> Comunicazione della Commissione – Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell’ambiente e dell’energia 2022 (2022/C 80/01), sez. 4.1 (rubricata “Aiuti per la riduzione e l’eliminazione delle emissioni di gas a effetto serra anche tramite il sostegno a favore delle energie rinnovabili e dell’efficienza energetici”) e sez. 4.8 (rubricata “Aiuti per la sicurezza dell’approvvigionamento di energia elettrica”). Se entrambi gli aiuti possono supportare interventi volti alla realizzazione di impianti di produzione elettrica, solo nel primo caso essi appaiono effettivamente circoscritti a quelli che assicurano una riduzione delle emissioni di gas serra dello Stato Membro, mentre nel secondo caso si ammette il finanziamento di un più ampio ventaglio fonti energetiche, considerato come l’obiettivo di decarbonizzazione ceda almeno in parte il passo a quello della sicurezza nell’approvvigionamento energetico.

<sup>41</sup> Comunicazione della Commissione del 28 giugno 2014 – Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell’ambiente e dell’energia 2014-2020 (2014/C 200/01).

re”<sup>42</sup>. Infatti, pur prevedendo un coinvolgimento più o meno articolato a seconda che il valore annuo dell’aiuto superi una soglia prefissata (150 o 100 milioni di euro, a seconda che si tratti di aiuti in favore delle rinnovabili o di aiuti per la sicurezza energetica), i principali profili da sottoporre al commento della collettività concernono l’ammissibilità del sussidio in termini di non eccessiva distorsione del mercato, oppure la scelta di ricorrere a procedure competitive per l’accesso ai finanziamenti, le regole di svolgimento delle gare, le modalità di determinazione dei prezzi dell’energia, la durata delle sovvenzioni, ecc.<sup>43</sup>. L’apertura alle opinioni dei consociati in relazione alla sostenibilità ambientale delle scelte di finanziamento può ritenersi invece presente laddove si richiede di sottoporre a consultazione il metodo di determinazione della sovvenzione, ancorandolo al parametro del volume di emissioni di gas serra evitate, oppure di esprimersi anche sul reale effetto di incentivazione alla decarbonizzazione della misura, nonché fornire proposte per garantire la compatibilità con gli obiettivi climatici dell’Unione, qualora gli aiuti siano comunque destinati a incentivare investimenti nella produzione di gas naturale<sup>44</sup>.

Oltre alle indicazioni contenutistiche, la Comunicazione fissa anche un durata temporale minima della consultazione pubblica (quattro o sei settimane, a seconda che gli aiuti si collochino o meno sopra le soglie dei 150/100 milioni di euro), prevedendo adempimenti procedurali come la pubblicazione dei questionari di consultazione tramite siti web, nonché l’elaborazione di una relazione di sintesi sui riscontri ricevuti e sulle relative risposte, con un’attenzione particolare da riservare sempre all’esplicazione delle scelte mediante con cui i possibili effetti negativi sulla

<sup>42</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione – Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell’ambiente e dell’energia 2022 (2022/C 80/01), sez. 4.1.3.4 e 4.8.4.4. Sulla preminenza, nella consultazione prevista dalla Comunicazione, della dimensione di tutela degli equilibri di mercato rispetto a quella di acquisizione del consenso della collettività, vedasi Editorial Comment, *The European Climate Law: Making the social market economy Fit for 55?*, in 58 *CML Rev.* 1321 (2021) (spec. p. 1335).

<sup>43</sup> Comunicazione della Commissione – Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell’ambiente e dell’energia 2022 (2022/C 80/01), sez. 4.1.3.4., pt. 99, lett. a), pt. i), iii) e iv).

<sup>44</sup> Comunicazione della Commissione – Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell’ambiente e dell’energia 2022 (2022/C 80/01), sez. 4.1.3.4., pt. 99, lett. a), pt. ii), v) e vi).

concorrenza siano stati ridotti al minimo<sup>45</sup>. Detta relazione, oltre a venire pubblicata, deve essere poi messa a disposizione della Commissione nel momento in cui le viene sottoposta la proposta di aiuto ai fini della sua approvazione.

Da questo rapido inquadramento trova quindi conferma quell'immagine, già colta in dottrina, di una consultazione pubblica come passaggio procedurale che gli Stati Membri devono seguire nella definizione dei propri interventi in economia, introdotto con una duplice finalità<sup>46</sup>. Da un lato, aiutare gli Stati a meglio ponderare i finanziamenti alle attività private, dovendosi confrontare con soluzioni alternative e interessi contrapposti che potrebbero spingerli a una razionalizzazione della propria azione sugli equilibri di mercato. Dall'altro, le consultazioni diventano strumenti conoscitivi anche per la Commissione che, tramite la relazione finale messale a disposizione, può acquisire maggiori notizie circa i mercati coinvolti e le attività economiche interessate, arricchendo la base informativa su cui fondare la propria valutazione di ammissibilità dell'aiuto *ex art.* 108 TFUE.

In sintesi, anche nel contesto europeo non vi è dubbio che la transizione ecologica sia intesa come un obiettivo realizzabile solo con l'ampio coinvolgimento della realtà sociale nelle scelte degli apparati pubblici, ivi incluse quelle infrastrutturali e, fra queste, anche quelle per cui le pubbliche autorità non si incaricano direttamente dell'approntamento delle opere, ma predispongono incentivi affinché lo facciano gli operatori economici privati, all'interno di un mercato indirizzato verso finalità ecologiche. La peculiarità, in quest'ultimo caso, sembra essere quella di una partecipazione solo in parte intesa a valutare la coerenza degli aiuti con gli obiettivi di decarbonizzazione, essendo soprattutto diretta a mitigare gli impatti concorrenziali dei pubblici sussidi. Questo, d'altra parte, appare in linea con le finalità dello strumento in cui tale momento partecipativo è previsto, una Comunicazione della Commissione, nonché resta manifestazione del fatto che la risposta alla crisi climatica incide sugli equilibri e sui rapporti tra una pluralità di interessi pubblici e priva-

<sup>45</sup> Comunicazione della Commissione – Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022 (2022/C 80/01), sez. 4.1.3.4., pt. 101.

<sup>46</sup> In questo senso, G. FONDERICO, *L'amministrazione razionalizzata. Disciplina degli aiuti di Stato e attività amministrativa*, cit., pp. 271-276.



ti, laddove la protezione ambientale assume sicuramente ruolo centrale, senza che però questo possa portare a una totale eclissi degli altri interessi coinvolti<sup>47</sup>.

#### 4. *Le consultazioni pubbliche sui sussidi verdi in Italia*

Per comprendere la portata e gli effetti concreti di questo momento di democrazia partecipativa, introdotto a livello europeo, per lo Stato Membro investitore che finanzia infrastrutture private capaci di supportare la transizione ecologica, è quindi opportuno analizzare se e come tale profilo della Comunicazione sugli aiuti a favore del clima sia stato implementato in Italia<sup>48</sup>.

Qui, il termine ‘Consultazione pubblica’ si riferisce a uno specifico istituto che affonda le proprie radici nel Codice dell’amministrazione digitale (D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82), come modificato dal D.Lgs. 26 agosto 2016, n. 179, ma che ha trovato articolazione solo a livello di non vincolanti Linee guida ministeriali. Così, da una parte, l’art. 9 D.Lgs. n. 82/2005 riconosce che le pubbliche amministrazioni devono, attraverso gli strumenti digitali, “promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini [...] al processo democratico [...] per migliorare la qualità dei propri atti, anche attraverso l’utilizzo, ove previsto e nell’ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente, di forme di *consultazione preventiva* per via telematica sugli schemi di atto da adottare” (enfasi aggiunta)<sup>49</sup>. Dall’altra, la Direttiva del Ministero per la Semplificazione e la

<sup>47</sup> Su come la problematica ambientale e, quindi, quella climatica siano capaci di influire su molteplici (se non tutti gli) interessi propri delle società contemporanee, vedasi M. DELSIGNORE (voce), *Ambiente*, in *Enciclopedia del Diritto - I tematici - Funzioni amministrative*, III, cit., pp. 46 e ss.

<sup>48</sup> Per una ricognizione degli ulteriori spazi di democrazia partecipativa in relazione al PNRR italiano, vedasi E. FREDIANI, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., pp. 301 e ss. ed E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, cit., pp. 432 e ss.

<sup>49</sup> Si noti che ulteriore fondamento della Consultazione pubblica nell’ordinamento italiano è ricavabile anche da fonti del diritto sovranazionale e internazionale. Quanto al livello europeo, ci si riferisce all’art. 11 TUE, ove si riconosce che le istituzioni (europee, *in primis*) debbano dare ai cittadini la possibilità di far conoscere e scambiare

Pubblica amministrazione n. 2/2017 raccomanda agli apparati pubblici di promuovere una partecipazione dei cittadini alle decisioni e di impegnarsi a considerare la Consultazione una “fase *essenziale* dei processi decisionali” (enfasi aggiunta).

Per quanto l’effettiva diffusione e le modalità di implementazione dell’istituto facciano sorgere qualche dubbio sul recepimento delle indicazioni ministeriali<sup>50</sup>, la Direttiva n. 2/2017 è accompagnata dalle già menzionate Linee guida che, appunto senza vincolo alcuno per le amministrazioni, fissano i principi generali ritenuti capaci di rendere la Consultazione pubblica uno strumento procedimentale inclusivo, trasparente ed efficace, prodromo di decisioni informate e di qualità<sup>51</sup>.

Dato atto di come le Linee guida non forniscano alcuna definizione dell’istituto, al punto da potervi ricondurre varie forme di interazione – sia *online* che *offline* – tra cittadini e Amministrazione, laddove quest’ultima domandi opinioni al fine della formazione delle proprie decisioni<sup>52</sup>, i principi ivi menzionati sono quelli dell’impegno, della chiarezza, della trasparenza, del sostegno alla partecipazione, della privacy, dell’imparzialità, dell’inclusione, della tempestività e dell’orientamento al cittadino<sup>53</sup>.

Questi si traducono in oneri più specifici, come utilizzare risorse e

pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell’Unione. Quanto alla dimensione internazionale, si ricorda l’adesione da parte dell’Italia, in data 5 settembre 2011, all’iniziativa *Open Government Partnership*, con la sottoscrizione dell’*Open Government Declaration*, contenente un impegno alla promozione dei processi di partecipazione del pubblico alle decisioni amministrative.

<sup>50</sup> Sul tema, con specifico riferimento alle Consultazioni indette in materia di aiuti a favore del clima, dell’ambiente e dell’energia, si tornerà a breve; basti qui il riferimento ad alcune notizie che dimostrano come i limitati successi e il cattivo utilizzo della Consultazione paiano essere una costante immutabile, senza che l’intervento ministeriale abbia recato effettivo giovamento; vedasi, per il periodo pre-Direttiva n. 2/2017, M. PIETRANGELO, *Ascoltare i bisogni delle comunità: la consultazione pubblica via web come rinnovata pratica partecipativa*, 20 ottobre 2015, reperibile sulla rete interconnessa; recentemente, invece, F. ANGHELÉ, F. ROTONDO, *Consultazioni pubbliche: le regole in Italia ci sono, basterebbe rispettarle*, 27 gennaio 2023, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>51</sup> Così l’introduzione delle “Linee guida sulla consultazione pubblica in Italia” del 9 marzo 2017, reperibili sulla rete interconnessa.

<sup>52</sup> Così S. SALVI, F. SARPI, *La nuova direttiva sulla consultazione pubblica: quello che resta da fare*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2017, 6, pp. 743 e ss.

<sup>53</sup> Per una panoramica di tali principi, oltre a rimandare alle stesse Linee guida, vedasi S. SALVI, F. SARPI, *op. ult. cit.*, pp. 743 e ss.

strumenti adeguati affinché la Consultazione sia efficace e possa essere effettivamente una fase essenziale del processo decisionale (impegno). Oppure quelli di esprimere i propri quesiti con linguaggio adeguato ai potenziali partecipanti e definire esplicitamente in anticipo la natura vincolante o meramente consultiva dell'esito della Consultazione (chiarezza). O, ancora, di rendere pubbliche le posizioni espresse dagli intervenienti, le statistiche della Consultazione (numero di partecipanti, loro natura, ecc.) e gli esiti della stessa, tramite appositi rapporti di sintesi con cui dare atto di come e se i risultati della partecipazione influiranno sulla decisione finale (trasparenza). Si aggiungono, poi, gli impegni a promuovere la cultura della cittadinanza attiva, che sia effettivamente incentivata a collaborare alle decisioni pubbliche (sostegno alla partecipazione), a garantire le possibilità di accesso a tutti i soggetti interessati (inclusione), nonché ad attivare la Consultazione in una fase in cui possa ancora influenzare la decisione pubblica, pianificandone una durata adeguata, possibilmente compresa tra le otto e le dodici settimane (tempestività).

Principi e obblighi, dunque, che effettivamente trovano riscontro nelle indicazioni procedurali contenute nella sopra analizzata Comunicazione della Commissione la quale, come visto, fissa una durata minima delle consultazioni, richiede l'accessibilità via web dei questionari e prevede la pubblicazione di report finali che diano riscontro degli interventi degli amministratori, delle risposte delle amministrazioni e dell'effetto della partecipazione sulle scelte finali<sup>54</sup>. Principi e obblighi, poi, che appaiono coerenti coi tratti essenziali della democrazia partecipativa, come individuati in dottrina, affinché essa risulti in grado di instaurare un effettivo confronto deliberativo, che garantisca – se non decisioni pienamente condivise – la trasparenza e l'imparzialità delle scelte pubbliche nonché un'azione amministrativa migliore, in quanto capace di meglio comprendere e di rispondere alla complessità del reale<sup>55</sup>.

In questo quadro teorico, dall'adozione della Comunicazione sugli

<sup>54</sup> Si veda *supra*, in chiusura del precedente paragrafo 3.

<sup>55</sup> Si vedano U. ALLEGRETTI (voce), *Democrazia partecipativa*, cit., pp. 295 e ss. e R. BIFULCO (voce), *Democrazia deliberativa*, cit., pp. 271 e ss., laddove gli Autori richiedono, affinché un istituto possa essere effettivamente ricondotto alla democrazia partecipativa, che esso assicuri elementi come: un coinvolgimento aperto a tutti gli interessati nonché l'impegno delle istituzioni a garantire informazione, trasparenza, adeguatezza organizzativa, considerazione effettiva delle opinioni espresse dagli

aiuti in materia climatica, ambientale ed energetica del 2022 è riscontrabile l'avvio di tre Consultazioni da parte del Ministero dell'Ambiente riguardanti finanziamenti pubblici per la realizzazione di interventi infrastrutturali in tema di mobilità sostenibile ed energia.

Nel primo ambito ricade la Consultazione sullo schema di Decreto concernente la definizione di criteri e modalità per la concessione di benefici a fondo perduto per la realizzazione del sistema urbano ed extraurbano delle infrastrutture di ricarica per la mobilità elettrica<sup>56</sup>. Oggetto dei quesiti ministeriali sono, prima di tutto, le caratteristiche tecniche degli impianti da realizzare, come stabilite nello schema di Decreto, al fine di vagliarne l'adeguatezza per la realizzazione di una rete di ricarica nazionale effettivamente adatta alla transizione verso una mobilità sostenibile<sup>57</sup>. Prospettiva, quest'ultima, che non scompare neppure laddove il Ministero formula quesiti sulla corretta localizzazione degli impianti, seppure in questo caso a tali preoccupazioni 'ambientali' si sommano quelle legate alla preservazione degli equilibri di mercato, interrogando il pubblico pure sul rischio che gli ambiti territoriali, così come definiti, possano dar luogo a situazioni di monopolio in favore di alcuni operatori<sup>58</sup>. Da ultimo, si pongono interrogativi sulle caratteristiche dei beneficiari, anche in questa ipotesi non ai fini di una mitigazione degli impatti del finanziamento sul mercato, quanto piuttosto in relazione alla capacità degli operatori economici di approntare rapidamente gli impianti e di garantire la continuità del servizio di ricarica, sempre nell'ottica della realizzazione di una rete adeguata a sostenere la trasformazione verde della mobilità nazionale<sup>59</sup>.

Le due Consultazioni in materia di energia, invece, riguardano gli schemi di Decreto volti a definire i criteri e le modalità per la concessione di benefici, nel primo caso, per l'implementazione degli impianti

amministrati e obbligo di motivazione delle scelte pubbliche alla luce degli interventi privati.

<sup>56</sup> Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, *Consultazione pubblica Misura PNRR: Piano di Ripresa e Resilienza, Missione 2 (Rivoluzione verde e Transizione ecologica), Componente 2 (Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile), Investimento 4.3 (Infrastrutture di ricarica elettrica)*, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>57</sup> Si vedano i quesiti nn. 1-6 della Consultazione.

<sup>58</sup> Si vedano i quesiti nn. 7-11 della Consultazione.

<sup>59</sup> Si vedano i quesiti nn. 12-15 della Consultazione.

di produzione di energia elettrica c.d. agrivoltaici<sup>60</sup> e, nel secondo caso, per il supporto agli impianti a fonti rinnovabili con costi di generazioni vicini alla competitività di mercato<sup>61</sup>. Similmente a quanto accaduto per le strutture di ricarica degli autoveicoli, anche la Consultazione sull'agrovoltaico si sofferma principalmente sull'adeguatezza dei requisiti tecnici delle infrastrutture per conseguire gli obiettivi di transizione ecologica<sup>62</sup>. Pure i quesiti sulle caratteristiche dell'incentivo e su quelle dei beneficiari non sembrano contemplare profili legati alla preservazione degli equilibri di mercato, vertendo sulla capacità della misura e dei suoi destinatari di garantire un adeguato e tempestivo approntamento degli impianti energetici sostenibili<sup>63</sup>. La Consultazione sul sostegno alla produzione di elettricità da fonti rinnovabili, invece, se si apre con una domanda attinente all'idoneità dell'aiuto a consentire il raggiungimento degli obiettivi di decarbonizzazione (efficientando la spesa e riducendo i costi per i consumatori finali)<sup>64</sup>, sviluppa le successive questioni conformemente ai punti individuati dalla Comunicazione della Commissione, combinando alcuni elementi 'ambientali' (per esempio, l'adeguatezza del rapporto tra incentivo e quantità di gas serra evitati<sup>65</sup>) con una più spiccata attenzione per gli impatti sulle dinamiche di mercato (in questo senso, operano i quesiti attinenti alle caratteristiche che devono avere le procedure gara per l'accesso alla sovvenzione o quelli riguardanti la determinazione del prezzo dell'energia prodotta dagli impianti sovvenzionati<sup>66</sup>).

Guardando ai tre interventi nel loro complesso, dunque, va notato come due di essi ricadano effettivamente in un ambito di implementazione della consultazione previsto dalla Comunicazione della Commis-

<sup>60</sup> Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, *Consultazione pubblica Misura PNRR: Piano di Ripresa e Resilienza, Missione 2 (Rivoluzione verde e Transizione ecologica), Componente 2 (Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile), Investimento 1.1 (Sviluppo Agrovoltaiico)*, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>61</sup> Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, *Consultazione pubblica: Attuazione della disciplina per la regolamentazione degli incentivi per gli impianti a fonti rinnovabili con costi di generazione vicini alla competitività di mercato di cui agli articoli 6 e 7 del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199*, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>62</sup> Si vedano i quesiti nn. 1 e 2 della Consultazione.

<sup>63</sup> Si vedano i quesiti nn. 3-8 della Consultazione.

<sup>64</sup> Si veda il quesito n. 1 della Consultazione.

<sup>65</sup> Si vedano i quesiti nn. 5-7 della Consultazione.

<sup>66</sup> Si vedano i quesiti nn. 8-28 della Consultazione.

sione (produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili), mentre con il terzo l'Amministrazione nazionale ha autonomamente esteso la portata del momento partecipativo, instaurandolo pure per una materia (le infrastrutture di ricarica) per la quale l'atto sovranazionale non richiede il ricorso allo strumento consultivo.

Ciò posto, quest'ultima Consultazione e quella sull'agrovoltaico non appaiono corrispondenti al modello indicato a livello europeo, al contrario di quella sugli incentivi agli impianti rinnovabili. Questo è immediatamente evidente se si guarda al profilo della durata delle procedure: mentre le consultazioni sull'agrovoltaico e sulle infrastrutture di ricarica durano solo due settimane – ben al di sotto dei termini stabiliti dalla Commissione (ma anche da quelli suggeriti nelle Linee guida del 2017) – quella sulle fonti rinnovabili prevede un periodo di apertura di sei settimane, in linea con quanto indicato nella Comunicazione sovranazionale<sup>67</sup>. Tale disomogeneità, d'altra parte, è semplicemente spiegabile in base al fatto che, per quanto tutte e tre le procedure partecipative siano successive all'adozione della Comunicazione sugli aiuti climatici, ambientali ed energetici del 2022, è lo stesso atto a posticipare l'applicabilità delle disposizioni sul coinvolgimento pubblico al 1° luglio 2023, così da farvi ricadere solo l'ultima delle tre Consultazioni analizzate.

Ancora più sostanzialmente, l'acquisto di efficacia delle disposizioni sovranazionali ha inciso sulla natura dei quesiti posti al pubblico: infatti, se le Consultazioni su infrastrutture di ricarica e agrovoltaico sono quasi esclusivamente concentrate sull'adeguatezza delle opere finanziate a garantire il raggiungimento degli obiettivi di decarbonizzazione, quella a supporto della produzione elettrica rinnovabile, pur non trascurando tale profilo, sviluppa una più marcata considerazione delle esigenze di tutela concorrenziale.

I tratti altamente tecnici oggetto di confronto con il pubblico – siano essi attinenti ai requisiti tecnico-ambientali delle opere, oppure all'im-

<sup>67</sup> Vale la pena fare notare che la Consultazione sulle rinnovabili pone un altro problema di matrice temporale: per quanto la durata della finestra di confronto appaia in linea con le indicazioni europee, essa si colloca in un periodo dell'anno – dal 7 agosto al 18 settembre – che meno si concilia con il più ampio coinvolgimento degli interessati. In questo senso, d'altra parte, le stesse Linee guida ministeriali che, in relazione al principio della tempestività, suggeriscono di evitare di far coincidere la Consultazione con i periodi estivi e festivi (così pt. 9).

patto sulla concorrenza delle sovvenzioni – hanno poi come naturale conseguenza quella di circoscrivere i possibili partecipanti a soggetti portatori di sapere specialistico, in primo luogo corrispondenti alla stessa platea di operatori economici che presenteranno richiesta di accesso ai sussidi pubblici<sup>68</sup>. Questa restrizione soggettiva, d'altra parte, non appare irragionevole: certamente assicura all'Amministrazione un confronto con conoscenze specifiche, che sappiano effettivamente arricchire le informazioni del decisore pubblico quanto agli effetti (ecologici e di mercato) degli aiuti, anticipando – senza escludere – successivi momenti di democrazia partecipativa, rivolti a un pubblico più ampio e più propriamente diretti all'acquisizione del consenso alla realizzazione delle opere<sup>69</sup>. Non mancano però dei rischi, come quello di dare ulteriore spazio alla voce dei portatori di interessi forti, espressivi di poteri economici già ampiamente capaci di dialogare con i decisori al di fuori dalle dinamiche partecipative istituzionalizzate<sup>70</sup>. Il pericolo, dunque, è quello ben noto della 'cattura del decisore', con interventi degli amministrati intesi a supportare i propri interessi individuali piuttosto che quelli generali alla decarbonizzazione o al corretto esplicamento delle dinamiche del mercato<sup>71</sup>. A bilanciare questo rischio resta il fatto che le competenze specifiche richieste per la risposta ai quesiti non dovrebbero escludere l'intervento di altri "professionisti della partecipazione"<sup>72</sup>, capaci di rispondere alle spinte degli operatori industriali: il riferimento è alle organizzazioni ambientali, sicuramente interessate all'impatto dei sussidi

<sup>68</sup> In questo senso, anche i moduli di adesione alle Consultazioni, reperibili sulle pagine del sito ministeriale dedicate alle procedure, che indicano tra le possibili categorie di soggetti partecipanti principalmente operatori di mercato. Per esempio, per la Consultazione in tema di infrastrutture di ricarica, si menzionano: impresa singola o associata, organizzazione di produttori, cooperativa, consorzio, società di servizi e di gestione mercati all'ingrosso ed operatore del trasporto, oltre a Pubblica amministrazione o Ente pubblico e "altro". Il modulo è reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>69</sup> L'ipotesi è quella di una possibile combinazione con l'istituto dell'inchiesta pubblica nell'ambito della Valutazione di Impatto Ambientale; si tornerà brevemente sull'argomento nel paragrafo conclusivo del presente contributo.

<sup>70</sup> In questo senso, anche Editorial Comment, *The European Climate Law: Making the social market economy Fit for 55?*, cit., p. 1335.

<sup>71</sup> Su questo pericolo insito alla partecipazione alle decisioni pubbliche, *ex pluribus*, M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, pp. 189 e ss.

<sup>72</sup> Su tale profilo, T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, Bologna, 2022, p. 69.

sulle prospettive di transizione ecologica e indubbiamente portatrici di conoscenze tecniche<sup>73</sup>.

Tuttavia, la mancata pubblicazione da parte del Ministero di informazioni sul numero e la natura dei partecipanti, sui contenuti degli interventi e sulla loro effettiva considerazione da parte del decisore preclude ogni compiuta riflessione sui profili soggettivi, così come non consente concretamente di esprimersi sull'adeguatezza delle finestre temporali dedicate alle Consultazioni e, più in generale, sull'utilità del coinvolgimento degli amministrati oppure sul suo essere un mero costo ulteriore per l'apparato pubblico, sia in termini di risorse impiegate, sia di allungamento dell'*iter* procedimentale per giungere a decisione<sup>74</sup>.

D'altra parte, un effetto che può immediatamente ricondursi alla mancata condivisione di dati e report conclusivi, oltre alla violazione delle indicazioni contenute nella Comunicazione della Commissione (e nelle Linee guida del 2017) in tema di pubblicità e trasparenza delle procedure, è la lesione arrecata al principio del 'sostegno alla partecipazione', con un'assenza di conoscibilità dell'impatto concreto dell'apporto dei singoli che rischia di dare il via a una 'spirale disincentivante' il coinvolgimento, con gli amministrati che, nell'incertezza circa l'utilità

<sup>73</sup> T. BONETTI, *op. ult. cit.*, pp. 71-72.

<sup>74</sup> In questa chiave, T. BONETTI, *op. ult. cit.*, pp. 60 e ss. parla del rischio di una partecipazione "sovrabbondante", capace di creare un sovraccarico procedimentale. Rischio percepito anche con specifico riferimento all'istituto della Consultazione pubblica in analisi; vedasi Confindustria, *Risposta alla Consultazione avviata dalla Commissione sulla Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, 2021, p. 3, reperibile sulla rete interconnessa, laddove – in relazione agli spazi di democrazia partecipativa introdotti dalla Comunicazione 2022/C 80/01 – si "auspica che l'introduzione di tale strumento non vada [solo] ad allungare i tempi di accettazione della richiesta dell'aiuto". In senso più ampio, vedasi anche S. SALVI, F. SARPI, *La nuova direttiva sulla consultazione pubblica: quello che resta da fare*, cit., pp. 743 e ss., con gli Autori che riconoscono come l'attuazione incondizionata delle Linee guida ministeriali del 2017 potrebbe comportere oneri eccessivi a carico delle amministrazioni (legati alla necessità di elaborare rapporti di sintesi, attività di comunicazione, documenti che riportano integralmente le posizioni dei consultati, informazioni in forma aggregata e puntuale sui partecipanti, ecc.), per cui potrebbe essere utile inserire anche un criterio di proporzionalità negli adempimenti.



del proprio intervento, non saranno stimolati a sobbarcarsi i costi della partecipazione<sup>75</sup>.

Infine, altro *vulnus* al sostegno alla partecipazione, sia in termini di diffusione della cultura di cittadinanza attiva, sia di conoscenza delle procedure e, quindi, di ampiezza della partecipazione, deriva dalla mancata notizia delle Consultazioni in analisi sul portale 'ParteciPA', istituito per raccogliere in un unico luogo le iniziative di coinvolgimento attivate dai pubblici apparati, rendendole maggiormente conoscibili e accessibili, ma di fatto oggetto di utilizzo solo episodico da parte delle amministrazioni nazionali<sup>76</sup>.

In conclusione, l'ordinamento italiano ha sicuramente risposto allo stimolo europeo di ampliamento dei momenti di democrazia partecipativa anche in relazione alle scelte infrastrutturali dello Stato finanziatore della trasformazione ecologica. Anzi, sotto alcuni aspetti è andato pure al di là delle indicazioni della Commissione, per esempio includendo nei quesiti non solo i profili concorrenziali, ma anche di sostenibilità, oppure estendendo la consultazione a materie per cui non è prevista nella Comunicazione. Non mancano, però, criticità e violazioni di alcune delle regole e dei principi riconosciuti tanto nell'atto sovranazionale, quanto nelle Linee guida ministeriali del 2017, che potrebbero mettere a rischio l'effettiva capacità partecipativa delle iniziative intraprese.

<sup>75</sup> Sui costi della partecipazione, presenti tanto per i soggetti pubblici quanto per quelli privati, S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 2007, 1, pp. 13 e ss. Questo scritto è richiamato, recentemente, anche da T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, cit., pp. 56-57, per cui: "[i]n generale, del resto, è appena il caso di sottolineare che il sistema partecipativo genera dei costi che si scaricano sia sui soggetti privati partecipanti sia sulle stesse amministrazioni pubbliche: i primi, infatti, sono chiamati a sostenere direttamente gli oneri, anche economici, correlati all'esercizio dei relativi diritti partecipativi, a partire dalla elaborazione e presentazione di memorie e documenti la cui predisposizione richiede – di regola – l'ausilio di saperi tecnico-scientifici, giuridici, economici e così via; le seconde, invece, perché la partecipazione «rallenta, frena, appesantisce l'azione amministrativa»".

<sup>76</sup> Il portale ParteciPA è accessibile sulla rete interconnessa. Sulle criticità di tale strumento, F. ANGHELÉ, F. ROTONDO, *Consultazioni pubbliche: le regole in Italia ci sono, basterebbe rispettarle*, cit.; M. PIETRANGELO, *Ascoltare i bisogni delle comunità: la consultazione pubblica via web come rinnovata pratica partecipativa*, cit.

## 5. Conclusioni

Alla luce del quadro tracciato, una prima conclusione è che l'aprontamento e l'ammodernamento della rete infrastrutturale di un uno Stato rimangono strumento chiave di reazione alle crisi, specie se, come nel caso dell'emergenza climatica, tale risposta debba esprimere una portata trasformativa del modello sociale ed economico di un ordinamento.

In secondo luogo, come dimostra l'oggetto delle Consultazioni proposte dal Ministero dell'Ambiente, le conoscenze scientifiche e i saperi tecnici giocano un ruolo innegabile in contesti emergenziali, specie innanzi a un fenomeno totalizzante come quello della crisi climatica, capace di toccare tutti gli aspetti dell'esistenza nelle società contemporanee, incidendo su una pluralità di interessi pubblici e privati, nonché spingendo a un necessario ripensamento dei loro equilibri<sup>77</sup>. D'altro canto, l'urgenza della crisi non dovrebbe far cadere nella facile "tentazione del centralismo"<sup>78</sup>, anche alla luce del fatto che gli Stati contemporanei sembrano oramai essere destinati a una condizione di emergenza permanente<sup>79</sup>, per la quale i modelli decisionali pubblici tradizionalmente adottati

<sup>77</sup> Oltre a quanto già indicato nella precedente nota 47, la conflittualità tra i differenti interessi e l'esigenza di un nuovo bilanciamento trova massima espressione in quelle opere che, pur drasticamente, si interrogano sulla compatibilità degli attuali modelli socio-economici con l'effettiva tutela dell'ambiente; si vedano, per esempio, K. SATO, *Marx in the Anthropocene. Towards the Idea of Degrowth Communism*, Cambridge, 2022; S. LATOUCHE, *Breve Trattato sulla decrescita serena*, Torino, 2011; D. TANURO, *L'impossibile capitalismo verde. Il riscaldamento climatico e le ragioni dell'ecosocialismo*, Roma, 2011. Per una lettura critica di tali visioni, E. BRUTI LIBERATI, *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina*, cit., pp. 10 e ss.

<sup>78</sup> Cfr. G. AMATO, *Le nostre fragili democrazie e il clima. Possiamo attrezzarle per farcela?*, 22 settembre 2022, reperibile sulla rete interconnessa; le cui posizioni sono sviluppate da M. DE DONNO, *L'emergenza climatica e la democrazia partecipativa*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2022, 6, pp. 755 e ss.

<sup>79</sup> Sull'attuale realtà 'multicrisi' in cui sono chiamate a operare le istituzioni pubbliche, J.B. AUBY, *La decisione pubblica tra scienza e crisi*, cit., 2021, pp. 919 e ss.; E. CHITI, A.J. MENÉNDEZ, P.G. TEIXEIRA (a cura di), *The European Rescue of the European Union? The Existential Crisis of the European Political Project*, Oslo, 2012; J.H.H. WEILER, *Europe in Crisis - On "Political Messianism", "Legitimacy" and the "Rule of Law"*, in 34 *Singapore Journal of Legal Studies* 248 (2012).

in risposta alle situazioni eccezionali non sembrano essere capaci di fornire soluzioni adeguate<sup>80</sup>.

Se infatti la crisi è costante, viene meno il suo significato giustificativo di una limitazione alla partecipazione degli amministrati alle decisioni pubbliche, specie alla luce dell'oramai irreversibile superamento del "paradigma bipolare" nei rapporti pubblico-privati<sup>81</sup>. Innegabile, infatti, è l'avvenuta presa di coscienza del ruolo non più solo passivo degli amministrati, ora visti come apportatori di risorse e saperi (anche tecnici e, in determinate ipotesi, anche più approfonditi di quelli del decisore pubblico)<sup>82</sup>, il cui intervento acquisisce particolare valore in presenza di scelte complesse, animate dal conflitto fra molteplici interessi, la cui piena rappresentazione, comprensione e sintesi pacifica può scaturire solo attraverso un adeguato dialogo con le componenti sociali di riferimento<sup>83</sup>.

Se, come suggerito dal legislatore europeo, risulta indispensabile un impegno condiviso di tutti i componenti della società a favore di una

<sup>80</sup> J.B. AUBY, *La decisione pubblica tra scienza e crisi*, cit., pp. 919 e ss.

<sup>81</sup> Il riferimento è a S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 2001, 3, pp. 601 e ss.

<sup>82</sup> L'idea di una cittadinanza attiva e di un'Amministrazione "condivisa" – ora pienamente riconosciuta anche dai Giudici delle leggi (si veda Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131) – trova una sua prima articolazione in G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 117/118, pp. 29 e ss., pur affondando le proprie radici in pensieri precedenti, come F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2006, I, pp. 869 e ss. Ad oggi, la produzione dottrinale sull'Amministrazione condivisa e sulle sue applicazioni pratiche è particolarmente ricca; *ex pluribus*, G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, 2022; D. PALAZZO, *Pubblico e privato nell'attività di interesse generale*, Torino, 2022; E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino, 2021; A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020; S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore*, Napoli, 2019; G. ARENA, *Cittadini attivi: un altro modo di pensare all'Italia*, Roma-Bari, 2006. Sia consentito anche il rinvio a L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti. Paradigmi di coinvolgimento della società civile nei percorsi di inclusione sociale*, Torino, 2022 e, più di recente, ID., *Orti urbani: tra il "riempimento" di spazi cittadini e i vuoti di disciplina giuridica*, in questa *Rivista*, 2023, pp. 109 e ss.

<sup>83</sup> In questi termini, da ultimo, E. FREDIANI, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., pp. 301 e ss.

transizione ecologica giusta ed equa, specie al fine di individuare le migliori azioni che contribuiscano a contrastare la crisi climatica, allora non può che guardarsi con favore all'inserimento, previsto dalla Commissione, di un momento di democrazia partecipativa anche in relazione alle scelte dello Stato finanziatore, laddove questo, con i propri sussidi agli operatori di mercato, incida sulle evoluzioni future del sistema infrastrutturale nazionale (ed europeo). In tale modo, si consente di riempire spazi lasciati scoperti dai più tradizionali strumenti di democrazia partecipativa, in particolare quelli riguardanti le scelte dello Stato che si fa direttamente carico della realizzazione delle opere, con una distinzione che è trasparita chiaramente dalla descrizione del quadro di interventi infrastrutturali statunitensi per la trasformazione sostenibile.

Ancora, il fatto che la previsione di ulteriori momenti di dialogo pubblico-privato possa risultare in un arricchimento del sistema trasparente pure dai margini di combinabilità dei vari strumenti di partecipazione: così, nell'ordinamento italiano, la consultazione pubblica in relazione alle proposte di Decreto disciplinanti i sussidi verdi consentirebbe di introdurre una fase di dialogo 'anticipato', cui ben potrebbe seguire il ricorso ad altri e più ampi strumenti di democrazia partecipativa. Così, a un iniziale confronto tecnico e ristretto, volto ad assicurare che gli interventi finanziati siano effettivamente compatibili con gli obiettivi di decarbonizzazione (e con il mercato), si potrebbe aggiungere, nel momento di autorizzare la realizzazione delle singole strutture, il ricorso all'inchiesta pubblica *ex art. 24-bis D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152*, in modo da dare spazio alle opinioni di una collettività più vasta, non necessariamente specialistica, capace però di rappresentare appieno l'impatto dell'opera sulla realtà locale in cui essa andrà a collocarsi<sup>84</sup>.

<sup>84</sup> Sull'inchiesta pubblica, *ex pluribus*, M. DELSIGNORE, *Codice dell'ambiente e VIA: una disciplina da ripensare?*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2022, 1, pp. 98 e ss. (spec. pp. 108 e ss.); E. FREDIANI, *Le garanzie partecipative nella valutazione di impatto ambientale: strumenti tradizionali e dibattito pubblico*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2020, 3, pp. 657 e ss.; A. RALLO, *Accesso e partecipazione nei procedimenti di valutazione*, in R. DIPACE, A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Impatto ambientale e bilanciamento di interessi. La nuova disciplina della valutazione di impatto ambientale*, Napoli, 2018, pp. 49 e ss. Invece, per un parallelo sulla complementarità e combinabilità degli strumenti di democrazia partecipativa – in quel caso, tra dibattito pubblico e inchiesta pubblica – vedasi E. FREDIANI, *Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una «relazione» problematica*, cit., pp. 399 e ss.

Nel concludere, non può però tacersi che gli istituti di democrazia partecipativa sono indubbiamente strumenti delicati e complessi, i cui rischi – dalla cattura del decisore da parte di interessi forti, all’infruttuoso consumo di tempo e risorse pubbliche; tutti rischi reali, come visto in relazione alle Consultazioni avviate a livello nazionale – possono venire ulteriormente accentuati da un loro scorretto utilizzo, che spesso si concretizza nella perpetuazione di errori ben conosciuti – da finestre temporali inadeguate, sia in difetto che in eccesso, alla mancanza di pubblicità e trasparenza nel dialogo.

Errori che, ora più che mai, andrebbero prevenuti, sfruttando appieno la potenza innovativa del confronto con le varie componenti della società civile per fare della lotta al cambiamento climatico uno sforzo diffuso e per evitare che il fenomeno della cattiva amministrazione si aggiunga alla purtroppo già nutrita schiera di condotte autodistruttive del genere umano.

## ABSTRACT

*Infrastructures – ecological transition – participatory democracy – state aids*

*Through an analysis of three different legal systems – U.S., European, and Italian – this article aims to investigate the extent to which participatory democracy tools can be used in the context of States' decisions aimed at supporting ecological transition. In particular, these pages focus on the decisions regarding the allocation of resources, in favor of private actors, for the construction of sustainable infrastructures, in order to investigate the possible advantages and disadvantages of these moments of civil society involvement in public choices.*

## Ambiente, paesaggio e bilanciamento dei diritti fondamentali

GABRIELLA MARCATAJO

SOMMARIO: 1. L'affermazione dell'ambiente come diritto fondamentale e le conseguenze della riforma dell'art. 9 Cost. – 2. Il bilanciamento tra diritti della persona: Ambiente e paesaggio e il caso degli impianti fotovoltaici. – 3. Il bilanciamento con diritti economici: ambiente e diritto all'iniziativa economica nel caso Ilva. – 4. Possibili risvolti in termini di legittimazione ad agire per il danno ambientale: limiti della legislazione e prospettive ermeneutiche.

### 1. *L'affermazione dell'ambiente come diritto fondamentale e le conseguenze della riforma dell'art. 9 Cost.*

Una riflessione in tema di ambiente, come diritto fondamentale della persona, non può prescindere dal confronto con un cammino giurisprudenziale, ormai secolare, che fin dagli esordi del dibattito sulla configurazione ontologica dell'ambiente, al di là delle più o meno accese dispute terminologiche, ne ha fin da subito difeso una dimensione valoriale<sup>1</sup>, pur in assenza di qualsivoglia definizione di tipo legislativo.

Se è vero che la tesi atomistica negazionista, di matrice pubblicistica, ha, per lungo tempo, dominato il dibattito sulla concezione stessa di ambiente come bene autonomo, oscurandone la valenza definitoria, è stato merito di una sapiente opera giurisprudenziale costruire le basi per una

<sup>1</sup> In questi termini G. ALPA, *La natura del danno ambientale*, in *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 1991, p. 93, il quale chiarisce che l'«ambiente è un valore d'insieme, ha un substrato materiale, ma, in sé considerato, è un valore».

sua affermazione in termini di diritto fondamentale della persona, preparando il terreno all'attuale riforma costituzionale.

A fronte di chi in dottrina negava l'esistenza stessa di un bene ambiente, dissolvendone il concetto in una pluralità atomistica di beni autonomi come, l'acqua, l'aria, il terreno<sup>2</sup>, la dottrina civilistica dominante, muovendo dalla coraggiosa interpretazione giurisprudenziale, si cimentava nella ricostruzione unitaria di un bene ambiente come diritto della persona, ponendo le basi per quella concezione esistenzialista che oggi sembra ricevere definitive conferme.

L'ambiente si fa strada nel cammino giurisprudenziale come diritto fondamentale, al contempo bene individuale e interesse collettivo, diritto soggettivo e dovere di solidarietà, rompendo tutti gli steccati tradizionali, tra diritto pubblico e diritto privato, quale diritto di terza generazione, la cui componente di doverosità discende dallo stesso dovere di solidarietà costituzionale.

Fin troppo noto è, infatti, il percorso intrapreso dalla Corte Costituzionale diretto a riconoscere all'ambiente un fondamento costituzionale, quale diritto fondamentale della persona, nel combinato disposto di norme altre, l'art. 9 a tutela del paesaggio, l'art. 32 a tutela della salute e l'art. 2 a tutela della persona. Con le celebri sentenze del 1987<sup>3</sup>, la Corte Costituzionale inaugurava un nuovo corso, rintracciando nell'ordito costituzionale, in particolare, nell'assetto del territorio, inteso in termini di tutela del paesaggio (art. 9 cost.), e nella salute, intesa come condizione

<sup>2</sup> Si tratta della celebre tesi "atomistica", proposta oltre quarant'anni orsono, la quale, basandosi sulla disciplina allora vigente, ha distinto, come categorie irriducibili a unità, tre nozioni di ambiente – paesaggio, risorse naturali, urbanistica – attorno alle quali graviterebbero le norme attinenti, rispettivamente, alle bellezze naturali e paesistiche, alla difesa dagli inquinamenti e all'urbanistica. (M.S. GIANNINI, «Ambiente»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Riv. trim.dir. pubbl.*, 1973, p. 15 ss. Sul punto vedi le riflessioni di M. MELI, *Quando l'ambiente entra in conflitto con sè stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, in *Ambientediritto.it* 2/2021, p. 5, la quale sottolinea come punti di approdo di quel dibattito sono oggi innanzitutto la consapevolezza che quando si parla di ambiente non ci si riferisce (più) soltanto, alla tutela ecologica in senso stretto (intesa come sintesi di discipline di settore che tutelano gli equilibri ecologici).

<sup>3</sup> Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, in *Foro.it.*, 1988, I. c. 329 e Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in *Foro.it.*, 1988, c. 694, con nota di F. GIAMPIETRO, *Il Danno all'ambiente dinanzi alla Corte costituzionale*, e ivi c. 1057, ss., con nota di G. PONZANELLI, *Corte costituzionale e responsabilità civile: rilievi di un privatista*.



di vita salubre (art. 32 cost.), il fondamento della tutela dell'ambiente, quale diritto inviolabile della persona (art. 2 cost.) ed interesse della collettività.

Fatta questa premessa, la configurazione dell'ambiente come diritto fondamentale della persona va rivalutata oggi alla luce della recente riforma costituzionale che, nel modificare i testi degli artt. 9 e 41 della Costituzione<sup>4</sup>, ha consolidato, formalizzandolo, l'ingresso dell'ambiente e della sostenibilità nella Costituzione, tra i principi fondamentali, consacrandone definitivamente la dimensione valoriale<sup>5</sup>. Seppur difficile appare la

<sup>4</sup> Sulla Gazzetta Ufficiale n. 44 del 22 febbraio è stata pubblicata la Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, recante "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente". Sulla riforma vedi G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *Riv. giur. Ambienteditto.it*, n. 2/2022; L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 Cost.: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022; F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Aperta Contrada*, 28 febbraio 2022; M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 Cost. e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forumcostituzionale.it*, n. 3/2021; G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Giustiziainsieme.it*, 22 settembre 2021.

<sup>5</sup> Sulla concezione dell'ambiente come valore vedi, tra tante, Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, in *Riv. giur. urb.*, 2005, p. 41; vedi, tra le altre, Corte cost., 31 marzo 2006, n. 133, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1076; Corte cost., 5 maggio 2006, n. 182, in *Giur. it.*, 2008, p. 41; Corte cost., 31 maggio 2005, n. 214, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1990; Corte cost., 26 luglio 2002, n. 407, in *Giur. it.*, 2003, p. 417. 125 In tal senso, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972, p. 25. Si rinvia a G. MARCATAJO, *Il danno ambientale esistenziale*, Napoli, 2016; ID., *Ambiente e tutela individuale intergenerazionale*, in *The Cardozo electronic law bulletin*, 2020, p. 1 ss. ID., *La tutela dell'ambiente come diritto fondamentale della persona*, in *questa rivista.*, 2021, p.611 ss. Sul tema vedi tra i contributi più significativi: E. LECCESE, *Danno all'ambiente e danno alla persona*, Milano, 2011; ID., *Il diritto all'ambiente come diritto della personalità*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, p. 58 ss.; *L'ambiente: dal codice di settore alla Costituzione, un percorso al contrario?*, in *questa rivista*, 2020; S. PATTI, *La quantificazione del danno ambientale*, in F.D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, III ed., Torino, 2013, p. 133; S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979; M. PENNASILICO, *Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione delle categorie civilistiche*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 34 ss.; ID., *Tutela dell'ambiente e situazioni soggettive*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 53 ss.; U. SALANITRO, *Tutela dell'ambiente*, Roma, 2009; B. POZZO, *La responsabilità civile per*

definizione dell'ambiente come valore<sup>6</sup>, trattandosi, come sottolinea la dottrina<sup>7</sup>, di un valore d'insieme, essa trova all'interno dell'ordinamento costituzionale un precisa collocazione, quale valore trasversale in adempimento ai doveri di solidarietà politica, economica e sociale.

Proverò, quindi, a riflettere su alcune delle conseguenze di questa riforma e della collocazione dell'ambiente nel conclave dei principi fonda-

*danni all'ambiente tra vecchia e nuova disciplina*, in *Riv.giur.amb.*, 2007, p. 3 ss. ID., *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità. Esperienze giuridiche a confronto*, Milano, 1996, ID., *Ambiente (Strumenti privatistici di tutela dell')*, in *Digesto. discipline privatistiche, Sez. civ., Agg., II*, Torino, 2003, p. 93 ss.; M. BONA, G. MIGLIORATI, *Il danno non patrimoniale da disastro ambientale: la svolta delle Sezioni unite*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, p. 691 ss.; L. PRATI, *Diritto alla salubrità dell'ambiente e danno esistenziale in rapporto alla direttiva 35/2004/CE*, in G. GIAMPIETRO (a cura di), *La responsabilità per danno all'ambiente. L'attuazione della direttiva 2004/35/CE*, Milano, 2006, p. 86 ss.; P. SPANTIGATI, *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, in *questa rivista.*, 1999, p. 227; S. RODOTÀ, *Relazione introduttiva*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, Napoli, 1991, p.16 ss.; G. ALPA, *Pubblico e privato alle origini del danno ambientale*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 685 ss.; A. LUMINOSO, *Sulla natura della responsabilità per danno ambientale*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 909 ss.; M. FRANZONI, *Il danno all'ambiente*, in *Contr. impr.*, 1992, p. 1026 ss.; F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 643 ss.; G. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente. Profili amministrativi*, cit., p. 211. In giurisprudenza si segnala: Corte Cass. pen., Sez. III, 2 maggio 2007, n. 16575, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2074 ss., con nota di G. GRECO, *Vademecum dell'illecito ambientale: la sentenza Fiale*. Corte Cass., Sez. un. civ., 21 febbraio 2002, n. 2515, in *questa rivista* 2002, p. 946. Sulla stessa linea più di recente Corte Cass. civ., Sez. III, 13 maggio 2009, n. 11059, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 766, con nota di G. PONZANELLI, *Conferme ed incertezze della Cassazione dopo le Sezioni Unite*; Corte App. Milano, Sez. II, 9 ottobre 2001, in *Giurisprudenza milanese*, 2002, p. 214.

<sup>6</sup> In tal senso, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 25, il quale osserva che "valore" è uno di quei concetti «non definibili, poiché si identifica con la realtà stessa che sfugge ogniqualvolta si vuole individuarla, definirla, incapsularla. Il valore diventa dunque espressione non soltanto di un unico criterio (quello della razionalità o quello sociale o politico o economico), ma di un criterio sincretico, risultato di tanti aspetti, di tanti profili che vanno da quello storico – che si può, in un certo senso, considerare comprensivo degli altri – a quello sociologico, politico, religioso, e così via. Dal punto di vista squisitamente speculativo, la definizione di valore diventa scelta ideologica, espressione del modo di vedere il mondo per chi è chiamato ad attuare il valore».

<sup>7</sup> G. ALPA, *Pubblico e privato alle origini del danno ambientale*, in *Contr. impr.*, 1987, pp. 686-687. ID., *La natura del danno ambientale*, cit., p. 93.

mentali, quale diritto fondamentale della persona e dovere sociale della collettività.

Fermo restando il forte significato di principio che rivela l'inquadramento costituzionale dell'ambiente tra i diritti fondamentali, concrete appaiono le conseguenze sul piano della battaglia verso la sostenibilità e delle strategie giuridiche per il raggiungimento dell'obiettivo della neutralità climatica, fissato dalle Istituzioni euro unitarie nel 2050, laddove se ne tragga la conferma, che proverò a dimostrare, di una configurazione esistenzialista dell'ambiente<sup>8</sup>. L'ambiente, quale habitat naturale, biologico esistenziale in cui l'individuo svolge la sua personalità, si con-

<sup>8</sup> Si veda a G. MARCATAJO, *Il danno ambientale esistenziale*, cit., 2016; ID *Ambiente e tutela individuale intergenerazionale*, cit., p. 1 ss. ID., *La tutela dell'ambiente come diritto della persona*, cit., p.611 ss.; ID. *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, cit.. Sul tema vedi tra i contributi più significativi: E. LECCESE, *Danno all'ambiente e danno alla persona*, cit., ID., *Il diritto all'ambiente come diritto della personalità*, cit., p. 58 ss.; *L'ambiente: dal codice di settore alla Costituzione, un percorso al contrario?*, cit.; S. PATTI, *La quantificazione del danno ambientale*, in F.D. BUSNELLI - S. PATTI, III ed., Torino, 2013, p. 133; S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, cit.; M. PENNASILICO, *Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione delle categorie civilistiche*, in *Danno e responsabilità civile* M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 34 ss.; ID., *Tutela dell'ambiente e situazioni soggettive*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., p. 53 ss.; U. SALANITRO, *Tutela dell'ambiente*, Roma, 2009; B. POZZO, *La responsabilità civile per danni all'ambiente tra vecchia e nuova disciplina*, cit., p. 3 ss. ID., *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità. Esperienze giuridiche a confronto*, cit.; ID., *Ambiente (Strumenti privatistici di tutela dell')*, cit., p. 93 ss.; M. BONA, G. MIGLIORATI, *Il danno non patrimoniale da disastro ambientale: la svolta delle Sezioni unite*, in *Giurisprudenza italiana*, cit., p. 691 ss.; L. PRATI, *Diritto alla salubrità dell'ambiente e danno esistenziale in rapporto alla direttiva 35/2004/CE*, cit., p. 86 ss.; P. SPANTIGATI, *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, cit., p. 227; S. RODOTÀ, *Relazione introduttiva*, cit., p.16 ss.; G. ALPA, *Pubblico e privato alle origini del danno ambientale*, cit., p. 685 ss.; A. LUMINOSO, *Sulla natura della responsabilità per danno ambientale*, cit., p. 909 ss.; M. FRANZONI, *Il danno all'ambiente*, in *Contr.impr.* cit., p. 1026 ss.; F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1987, p. 643 ss.; In giurisprudenza si segnala: Corte Cass. pen., Sez. III, 2 maggio 2007, n. 16575, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, p. 2074 ss., con nota di G. GRECO, *Vademecum dell'illecito ambientale: la sentenza Fiale*. Corte Cass., sez. Un. civ., 21 febbraio 2002, n. 2515. Sulla stessa linea più di recente Corte Cass. civ., Sez. III, 13 maggio 2009, n. 11059, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 766, con nota di G. PONZANELLI, *Conferme ed incertezze della Cassazione dopo le Sezioni Unite*; Corte App. Milano, Sez. II, 9 ottobre 2001, in *Giurisprudenza milanese*, 2002, p. 214.

fermerebbe come condizione esistenziale dell'individuo e della collettività, in una dimensione non necessariamente antropocentrica, ma persino ecocentrica.

La modifica introdotta, sia pur con considerevole ritardo, si pone in linea con gli sviluppi della tutela ambientale nella prospettiva europea di tutela della persona, se pensiamo che la Costituzione Spagnola sin dal 1978 contiene, all'art. 45, una disposizione espressa che pone la tutela dell'ambiente come dovere funzionale alla tutela della persona, affermando "Tutti hanno il diritto di godere di un ambiente adeguato allo sviluppo della persona, nonché il dovere di conservarlo". L'art. 9 della Costituzione, nella versione riformata, così recita: "La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni".

Il terreno per la riforma, come anticipato, era stato preparato dalla dottrina e dalla giurisprudenza più avvedute<sup>9</sup> che, ancor prima del 2001, (data in cui, con la modica dell'art. 117 della Costituzione, veniva inserita, per la prima volta, la tutela dell'ambiente tra le materie di competenza esclusiva dello Stato nel riparto di competenze con la Regione<sup>10</sup>), teorizzavano la costruzione di un nuovo diritto fondamentale della persona<sup>11</sup>, pur in assenza di una esplicita disposizione.

<sup>9</sup> Si tratta delle note sentenze del 1987 in cui la Corte costituzionale, seguita dalla Cassazione, ascrive l'ambiente, quale bene immateriale, nella categoria dei diritti della persona, rintracciandone il fondamento costituzionale tra le pieghe del sistema di valori prefigurato. Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, in *Foro.it.*, 1988, I. c. 329, e Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in *Foro.it.*, 1988, c.694., con nota di F. GIAMPIETRO, *Il Danno all'ambiente dinanzi alla Corte costituzionale*, e ivi c. 1057, ss., con nota di G. PONZANELLI, *Corte costituzionale e responsabilità civile: rilievi di un privatista*.

<sup>10</sup> Con riferimento ai precedenti disegni di legge, in dottrina si sottolineava come la riforma della Costituzione forse non è necessaria, perché la tutela dell'ambiente è nel sistema, ma sicuramente è da accogliere come manifestazione di una mutata, più consapevole, attenzione all'ambiente, come esigenza imprescindibile di una società civile che ha preso atto che il problema della propria esistenza e della salvaguardia delle condizioni di vita non può più essere rinviato". (E. LECCESE, *L'ambiente: dal codice di settore alla Costituzione, un percorso al contrario?*, cit., p. 20).

<sup>11</sup> Si tratta, secondo la dottrina di "uno dei temi chiave della regolamentazione giuridica dei processi sociali" (S. RODOTÀ, *Relazione introduttiva*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, Napoli, 1991,

La costruzione dell'ambiente come diritto fondamentale della persona veniva a fondarsi sull'insieme dei valori sottesi al tessuto costituzionale, ancorandosi a precisi indici costituzionali, come si evince noto orientamento giurisprudenziale sopra menzionato. Ma si trattava, pur sempre, di una ricostruzione giurisprudenziale, seppur della Corte costituzionale, passibile di contestazione o di superamento in un ordinamento di diritto positivo che relega l'attività giurisprudenziale nella dimensione interpretativa, non anche creativa del diritto. Dobbiamo chiederci, allora, cosa significa, oggi, sul piano pratico, ascrivere l'ambiente tra i diritti fondamentali.

Un primo aspetto della riforma riguarda l'inserimento della tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e della biodiversità, a protezione delle generazioni future. La protezione dell'ambiente diviene cioè funzionale ad un dovere di protezione degli interessi delle generazioni future, per la prima volta inserite nella Costituzione come categoria da proteggere, seppure non esistente, da cui discende un obbligo di cura e di custodia in capo alle generazioni presenti. Si tratta di un compito ambizioso che vede stravolgere il rapporto dell'uomo con l'ambiente. Alla prospettiva antropocentrica, in cui il rapporto dell'uomo con l'ambiente viene descritto in termini di dominio esclusivo, predatore e devastatore, subentra un modello di condivisione solidale ed intergenerazionale, in cui la relazione dell'uomo con l'ambiente è declinata in termini di responsabilità, che genera obblighi di cura e custodia funzionali all'obiettivo di tutela delle future generazioni, quale nuova sfida solidale per l'intera umanità.

Si consolida così un nuovo approccio culturale e sociale alle questioni ambientali ed, in particolare, al rapporto uomo ambiente, quale domanda centrale dell'esistenza umana fin dal suo sorgere.

Se è vero che le grandi rivoluzioni giuridiche sono sollecitate e, al contempo, sollecitano rivoluzioni culturali che dal basso stimolano i cambiamenti e ne sono stimolati, la rivoluzione green affonda le sue radici in

p. 12-13, il quale osservava: «È, forse, presto per dire se anche in questa materia la Corte costituzionale si avvia nella stessa direzione. Se, però questo dovesse avvenire, ci troveremmo di fronte alla costruzione di un nuovo diritto fondamentale, con potenzialità che nessuno di noi certamente può trascurare, soprattutto perché nell'ultima fase storica la costruzione dei diritti fondamentali, o l'allargamento del catalogo dei diritti fondamentali, sono stati ovunque affidati alla creazione onoraria, e in primo luogo all'intervento delle Corti costituzionali, più che all'iniziativa deliberata del legislatore».

una rinnovata visione culturale, filosofica e teologica<sup>12</sup> che si compendia sul piano giuridico nel noto principio dello sviluppo sostenibile<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> In questa direzione, significativa appare, sul piano teologico, la rilettura dei testi sacri in ordine al rapporto tra l'uomo e il creato, l'ambiente, nel linguaggio teologico. Nella famosa enciclica *Laudato si* di Papa Francesco, Francesco sottolinea il passaggio dal dominio alla cura e custodia del creato. L'uomo, nella nuova descrizione teologica, si colloca in una prospettiva che lo vede responsabile, piuttosto che padrone del creato. In una dimensione non più rigorosamente antropocentrica, egli, non più dominus, ma custode, è tenuto alla cura diligente del creato, quale eredità comune, che andrà poi responsabilmente consegnata alle generazioni future. L'ambiente, il creato, non più oggetto di proprietà esclusiva, si riconfigura, allora, anche nella prospettiva teologica, come terreno di condivisione aperta e solidale. FRANCESCO, *Lettera enciclica Laudato si* (24-5-2015), in *Acta Apostolicae Sedis* 107 (2015), p. 847-945. Vedi A. PORRETTA, *Per un'ecologia integrale con S. Francesco di Paola, Profili estetici e simbolici*, Artetetra, Capua, 2021.

<sup>13</sup> Il principio, oggi codificato all'art. 3 paragrafo 3 del trattato UE e nel codice dell'ambiente all'art. 3 quater, trova espressione per la prima volta nel Rapporto Brundtland, *The Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 1987, disponibile al link <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> (10 gennaio 2023), come «uno sviluppo che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri». Sull'obiettivo della sostenibilità declinato nel principio di sviluppo sostenibile nella prospettiva personalista si rinvia a G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, cit., p. 8; ID., *Ambiente e tutela individuale intergenerazionale*, cit., p. 1 ss.; ID., *La tutela dell'ambiente come diritto della persona*, cit., p. 611 ss.; ID., *Il danno ambientale esistenziale*, cit. Sul tema vedi tra i contributi, E. LECCESE, *L'ambiente: dal codice di settore alla Costituzione, un percorso al contrario?*, *JUS-ONLINE* 6/2022ISSN 1827-7942 (2020); M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi ecologica del contratto*, in *Pers. Merc.*, 1 (2015), p. 42; ID., *Economia circolare e diritto: ripensare la «sostenibilità»*, in *Pers. e Merc.*, 1 (2021), p. 714 ss.; D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Pers. e Merc.*, 4 (2021), p. 189 ss.; G. VETTORI, *Diritti e coesione sociale. Appunti per il seminario fiorentino del giorno 8 giugno 2012*, in *Pers. merc.*, 1 (2012), p. 4; F. CAPRAU. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sansepolcro, 2017, p. 38 ss.; A. QUARTA-U. MATTEI, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Sansepolcro, 2018, p. 19 ss.; M. ESPOSITO, *Beni comuni e dimensione sociale dell'appartenenza*, in *Circolazione e teoria dei beni, Incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato* (Lecce, 21-22 marzo 2019), a cura di E. CAPOBIANCO, G. PERLINGIERI, M. D'AMBROSIO, Napoli, 2021, p. 43 ss., e ivi anche R.G. BIANCO, *I beni comuni nell'ordinamento vigente*, p. 85 ss.; K. BOSSELMANN, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, New York, 2017, p. 75; E. GIOVANNINI, *L'utopia sostenibile*, Roma-Bari, 2018, p. 46 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche. Contributo a una*

La necessità di un nuovo paradigma giuridico culturale, in grado di fronteggiare il processo di devastazione ambientale determinato dal cambiamento climatico in corso e contrastare l'insorgere di fenomeni di inquinamento diffuso prodotti dal c.d. progresso/regresso si consolida, infatti, nella codificazione del principio dello sviluppo sostenibile. Sviluppo e ambiente da storici combattenti divengono alleati nella lotta all'inquinamento ambientale, nella misura in cui la sostenibilità diviene elemento indispensabile dello sviluppo.

Nel nuovo paradigma sociale l'idea stessa di benessere muta radicalmente e viene a dipendere da un parametro di sostenibilità ambientale declinabile in una dimensione di solidarietà intergenerazionale. Nella società sostenibile il benessere, non più esclusivamente materiale, non è dato dall'emancipazione dai bisogni, secondo i canoni della logica consu-

*teoria dei beni comuni*, Napoli, 2008, p. 170 ss. Così F. BERTELLI, *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni al consumo*, Torino, 2022, p. 8, la quale sottolinea come "Muovendo dal valore universale della dignità della persona, la sostenibilità, sul piano più propriamente economico-giuridico, si concretizza nel principio dello sviluppo sostenibile, inteso come sintesi evocativa della necessità di perseguire bisogni intergenerazionali ancorati alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema". In ordine all'opzione personalista sposata dal nostro costituente, vedi per tutti G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile. Cultura giuridica e rapporti civili*, Napoli, 2015; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3a ed., Napoli, 2006, p. 715 ss.; ID., *Individualismo e personalismo nella Carta europea*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2002, p. 333 s.; ID., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, Napoli, 2007; S. RODOTÀ, *Antropologia dell'"homo dignus"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2 (2010), p. 547; ID., *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007; F. PEDRINI - P. PERLINGIERI, *Colloquio su (Scienza del) Diritto e legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 3 (2017), p. 1127; V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2 (2010), p. 145 ss.; ID. *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 493 ss.; A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI e S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, p. 30 ss.; A. BARBERA, *La carta europea dei diritti e la Costituzione italiana*, in AA.VV., *La libertà e i diritti nella prospettiva europea*, Padova, 2002, p. 117; G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, a cura di V. SCALISI, Milano, 2007, p. 62 ss. 14; R. DI RAIMO, *Date a Cesare (soltanto) quel che è di Cesare. Il valore affermativo dello scopo ideale e i tre volti della solidarietà costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 4 (2014), p. 1082 ss.; e in ID., *Terzo settore e profili dell'iniziativa con scopo ideale*, Napoli, 2018, p. 7 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, pp. 20 ss. e 84 ss.

mistica dell'egoismo individualista, ma viene inscindibilmente collegato alla qualità dell'esistenza, ad una modalità dell'essere. Piuttosto che sullo sfruttamento indiscriminato delle risorse, il benessere viene ad ancorarsi alle condizioni dell'esistenza, che ne determinano la qualità, prima fra tutte l'ambiente, come spazio, habitat vitale nel quale svolgere la personalità.

In questa prospettiva l'inquinamento, piuttosto che come costo necessario del progresso, diviene la causa intollerabile del regresso.

Nella ricostruzione esistenzialista inaugurata dal principio dello sviluppo sostenibile l'ambiente si afferma, quindi, come diritto fondamentale della persona nella sua essenza di condizione dell'esistenza, habitat naturale, biologico, culturale nel quale l'individuo sviluppa la propria personalità e il danno ambientale, di conseguenza, come danno alla persona.

## 2. *Il bilanciamento tra diritti della persona: ambiente e paesaggio e il caso degli impianti fotovoltaici*

Tra le possibili conseguenze discendenti dall'inserimento dell'ambiente come diritto fondamentale della persona, autonomo rispetto al paesaggio, può senza dubbio rilevarsi la sua ammissione al bilanciamento in posizione di parità con gli altri diritti fondamentali confliggenti, in particolare, con lo stesso diritto al paesaggio e con altri diritti di natura economica, come il diritto al lavoro o il diritto all'iniziativa economica privata. La riforma segna, quindi, forse, la fine di una storica indistinzione tra ambiente e paesaggio, quanto meno sul piano normativo. L'ambiente, nato sotto l'ombrello del paesaggio, in una visione atomistica che negava la stessa valenza definitoria dell'ambiente, si emancipa dalla tesi negazionista e si autonomizza, spiritualizzandosi, quale condizione esistenziale determinante la qualità della vita, a fronte dell'opposta materializzazione del paesaggio<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> L.R. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *questa rivista*, 2009, p. 19, il quale reputa che l'ambiente «nella sua unitarietà trasloca nella topografia giurisprudenziale dalla casella del “bene materiale” a quella del “diritto soggettivo” la cui lesione è percepibile per via della menomazione della salubrità di un corpo (umano o di parte della natura)». ID., Contributo ad una



Se nella ricostruzione esistenzialista l'ambiente si afferma come valore personale, relazionale e trascendente le singole componenti materiali, per converso, il paesaggio, spogliato della sua componente spirituale, si riassume come estetica materiale del territorio.

In questo processo di autonomizzazione i due interessi, seppur distinti e, quindi, potenzialmente confliggenti, appaiono pur sempre suscettibili di un bilanciamento direzionato verso un medesimo obiettivo dialogico, in ragione della comune discendenza. In quest'ottica ambiente e paesaggio, seppur autonomi, si riconnettono, nella misura in cui entrambi concorrono nel determinare la qualità della vita.

In una rinnovata visione di insieme, nella più recente giurisprudenza, ambiente e paesaggio divengono espressione di un tutto unitario, un "bene complesso ed unitario avente valore primario ed assoluto" che "precede e comunque costituisce un limite alla salvaguardia degli altri interessi pubblici"<sup>15</sup>.

Lungo questa traiettoria, l'eventuale possibile conflitto tra ambiente e paesaggio si pone, allora, tra elementi di una categoria ancora più ampia, quella di un habitat unitario che è naturale, biologico, estetico, ma anche culturale e richiede da parte dei giudici una equilibrata e ragionevole opera di bilanciamento.

In questa prospettiva, deve rileggersi l'orientamento che per lungo tempo, nei casi di conflitto tra ambiente e paesaggio, ha portato i giudici a dar prevalenza al paesaggio sulla base di un ragionamento volto a difenderne l'intangibilità, prediligendo il certo sull'incerto<sup>16</sup>. Si tratta dei

formulazione delle nozioni di paesaggio come simbolo e di ambiente come sistema ed alla critica delle nozioni tradizionali di cosa e bene in senso giuridico, in G. ALPA - G. CONTE - V. DI GREGORIO - A. FUSARO - U. PERFETTI (a cura di), *Rischio di impresa e tutela dell'ambiente. Precauzione – responsabilità – assicurazione*, Napoli, 2012, p. 43, nota 24.

<sup>15</sup> Consiglio di Stato Sez. IV 02 settembre 2022 n.7674: "La tutela ambientale e paesaggistica, gravando su un bene complesso ed unitario avente valore primario ed assoluto, precede e comunque costituisce un limite alla salvaguardia degli altri interessi pubblici; non a caso, il codice dei beni culturali e del paesaggio definisce 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; restando escluso che la salvaguardia dei valori paesaggistici possa cedere a mere esigenze urbanistiche".

<sup>16</sup> P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, in *giustiziainsieme.it*, il quale muovendo da una netta distinzione delle nozioni di ambiente paesaggio, giunge

## casi di impianti di fotovoltaico che in forza di un principio di salubrità

così a giustificare la prevalenza del paesaggio nel conflitto con l'ambiente. Secondo questa dottrina, nella battaglia ai cambiamenti climatici imputabili all'emissione di CO<sub>2</sub>, sulla cui precisa derivazione eziologica non v'è allo stato certezza scientifica, la tutela del paesaggio, quale dato certo, non potrebbe soccombere a quella che si rivela una speranza futura ed incerta che il fotovoltaico possa contribuire alla lotta ai gas ed arrestare i cambiamenti climatici in corso. Critica tale impostazione M. MELI, *Quando l'ambiente entra in conflitto con se stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, cit., p. 6. Vedi Consiglio di Stato, sez. I, 28/04/2021, n. 843, in *Riv. giur. edil.* 2021, 4 I 1333: "È legittima la scelta della Regione Lombardia – caratterizzata da ampia discrezionalità – compiuta nell'ambito dello strumento di pianificazione energetica ambientale territoriale (p.e.a.r.), di non consentire l'installazione di talune tipologie di impianti fotovoltaici a terra in aree agricole qualificate come "non di pregio": anche queste zone, infatti, meritano adeguata considerazione ed esprimono valori e interessi pubblici che esigono un'opportuna tutela, essendo senz'altro da escludere una qualsivoglia prevalenza assoluta, rispetto ad essi, dei valori e degli interessi, privati e pubblici, allo sviluppo degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili". Sullo specifico punto non si rinvencono analoghi precedenti in giurisprudenza. Sul rapporto tra impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili e zone agricole si veda, ad esempio, T.A.R. Molise, Sez. I, 23 giugno 2016 n. 281, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2016, 6, 1611; Cons. Stato, Sez. V, 14 agosto 2020 n. 5038 in Red. Giuffrè, 2020; T.A.R. Sardegna, 23 ottobre 2020 n. 573, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2020, 10, 1958; Cons. Stato, Sez. IV, 11 febbraio 2021 n. 2983, in Red. Giuffrè, 2021; Cons. Stato, Sez. II, 3 marzo 2021 n. 1800, ivi; Cons. Stato, Sez. IV, 8 aprile 2021 n. 2848, ivi; Cons. Stato, Sez. IV, 12 aprile 2021, ivi. Sulla legittimità costituzionale delle leggi regionali in materia cfr. Corte cost., 26 marzo 2010 n. 119, in *questa rivista*, 2010, 5, 774 ss.; Corte cost., 3 marzo 2011 n. 67, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 4, 809 ss.; Corte cost., 11 ottobre 2012 n. 224, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, 10, 2481 ss.; Corte cost., 30 luglio 2021 n. 177, in Red. Giuffrè, 2021. In dottrina, ex multis, cfr. In dottrina, di recente, si veda A. DI CAGNO, *La produzione di energia da fonte rinnovabile: tra interesse energetico, ambientale e paesaggistico*, in *Riv. giur. amb. dir.*, n. 4/2022; G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Giustiziainsieme.it*, 22 settembre 2021; G. MONTEDORO, *Il ruolo di Governo e Parlamento nell'elaborazione e nell'attuazione del PNRR*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, 2021. G. MANFREDI, *I limiti all'insediamento nelle aree agricole degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *www.giustamm.it*, 2016; S. VILLAMENA, *Fonti rinnovabili e zone agricole (Ovvero della destinazione di suolo agricolo per la produzione di energia)*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 4, 157 ss.; C. VIVANI, *Ambiente ed Energia*, in M.A. SANDULLI - R. FERRARA (a cura di), *Trattato di Diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, 503 ss.; M. RENNA, *L'impianto fotovoltaico in area agricola: limiti urbanistici e funzionalità*, in *www.osservatorioagromafie.it*, 2015; A. PAVESI, *Impianti fotovoltaici in area agricola: illegittima una preclusione generalizzata sull'intero territorio comunale*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2011, 4, 286 ss.; L. CANFORA, *Agricoltura, tutela del paesaggio e sviluppo delle energie alternative*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, 3, 304 ss.; A. QUARANTA, *Energie*

ambientale, nei termini di sostenibilità energetica, si scontrano con la tutela estetica del paesaggio minacciata da tali costruzioni.

Appare chiaro, infatti, come la costituzionalizzazione dell'ambiente come diritto fondamentale autonomo comporterà, innanzitutto, che laddove si ravvisi un conflitto tra diritto al paesaggio e diritto all'ambiente, come nei casi di costruzione di impianti eolici, accusati più volte di minacciare estetica del paesaggio, il conflitto andrà risolto bilanciando diritti di pari rango, nessuno rivendicante posizioni tiranne, come ha precisato la Corte Costituzionale nella sentenza sul noto caso dell'ex Ilva di Taranto<sup>17</sup> e, sulla base di tale presupposto, peraltro, molteplici sono le sentenze che di recente hanno accordato prevalenza alla salubrità ambientale<sup>18</sup>, sottesa ai progetti di energia rinnovabile, quale elemento

*rinnovabili: la multifunzionalità delle zone agricole (parte seconda)*, in *Ambiente e sviluppo*, 2010, 10, 826 ss.

<sup>17</sup> Afferma la Consulta "Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona". (Corte Cost. 9.05.2013 n. 85). Sul bilanciamento tra diritti fondamentali, in ordine all'opzione personalista sposata dal nostro costituente, vedi per tutti G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile. Cultura giuridica e rapporti civili*, Napoli, 2015; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3a ed., Napoli, 2006, p. 715 ss.; ID., *Individualismo e personalismo nella Carta europea*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, p. 333 s.; *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, Napoli, 2007; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007; F. PEDRINI-P. PERLINGIERI, *Colloquio su (Scienza del) Diritto e legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1127; V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 145 ss.; ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, pp. 493 ss.; A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI e S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, pp. 30 ss.; A. BARBERA, *La carta europea dei diritti e la Costituzione italiana*, in AA.VV., *La libertà e i diritti nella prospettiva europea*, Padova, 2002, p. 117; G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, pp. 62 ss.

<sup>18</sup> T.A.R. Venezia, (Veneto), sez. II, 13.09.2013, n. 1104, in *Riv. giur. edil.*, 2013,

determinate la qualità dell'esistenza. Tipici appunto i casi relativi alla realizzazione di impianti di fotovoltaico che, in forza di un principio di salubrità ambientale, nei termini di sostenibilità energetica, si scontrano con la tutela estetica del paesaggio minacciata da tali costruzioni. Se in un primo tempo, nei casi di conflitto, le sentenze propendevano per una prevalenza del paesaggio, sulla base di un ragionamento che portava a dar prevalenza al certo, la bellezza paesaggistica, sull'incerto dei benefici ambientali connessi alle energie rinnovabili, la costituzionalizzazione oggi dell'ambiente come elemento determinante la qualità della vita, può indurre i giudici a mutare prospettiva<sup>19</sup>. In questa direzione non posso-

6 I 1287: "Al fine di negare l'installazione di un impianto fotovoltaico sulla sommità di un edificio bisogna dimostrare l'assoluta incongruenza delle opere rispetto alla peculiarità del paesaggio, non essendo pertanto sufficiente una valutazione astratta e generica di incompatibilità paesaggistica". Vedi anche Cass. pen. sez. III, 17.02.2016, n. 21935, in *Cass. Pen.*, 2017 6 2415: "In tema di tutela delle aree protette, i parchi nazionali rientrano, ai sensi dell'art. 142, comma 1, lett. f), D.lgs. n. 42 del 2004, nei beni paesaggistici che sono costituiti e vincolati direttamente da una norma di legge e non da uno specifico provvedimento amministrativo che ne determini la rilevanza, sicché l'esecuzione di un'opera senza autorizzazione della competente sovrintendenza integra la contravvenzione prevista dall'art. 181, comma 1, del predetto d.lgs. e non il delitto paesaggistico di cui al successivo comma primo-bis. (Fattispecie relativa alla costruzione di un impianto fotovoltaico nel territorio dell'ente parco nazionale del Gran Sasso)". In senso conforme Corte Cass. Sez. III, 7. 02. 2013, n. 11850, in C.E.D. Cass., n. 255025, che afferma integrare il reato previsto dall'art. 181, del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, l'installazione di pannelli fotovoltaici sulla copertura degli immobili sottoposti a tutela storico-artistica o paesaggistico - ambientale senza il preventivo rilascio del prescritto nulla osta dell'autorità preposta alla tutela del vincolo. Adesiva, con riferimento alla realizzazione abusiva di manufatto edilizio in zona dichiarata di notevole interesse pubblico, Sez. III, 3 giugno 2014, n. 38677, ivi, n. 260387, che specifica come in tema di tutela del paesaggio, il delitto previsto dall'art. 181, comma 1-bis, lett. a), d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, è configurabile anche quando i lavori abusivi sono effettuati su beni paesaggistici dichiarati di notevole interesse pubblico con apposito provvedimento emesso ai sensi delle disposizioni previgenti. In dottrina, si vedano, S. BANDIERA, *Pianificazione del territorio e tutela urbanistica dei beni di particolare interesse*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, 4, p. 498; C. VIDETTA, *Interessi pubblici e governo del territorio: l'"ambiente" come motore della trasformazione*, ivi, 2016, 4, p. 393; M. COLUSICH, *Materia penale e controllo costituzionale "ragionevole": il caso dell'abuso paesaggistico*, (nota a C. cost., 23 marzo 2016, n. 56), in *Giur. cost.*, 2016, p. 579.

<sup>19</sup> Si veda A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 503 ss. M.MELI, *Quando l'ambiente entra in conflitto con sè stesso: fonti energetiche rinnovabili*

no ignorarsi le indicazioni provenienti dal PNRR<sup>20</sup>, che prevede il ruolo

*e tutela del paesaggio*, in *Ambientediritto.it*, 2/2021, p. 6; 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*, 6/2019; ID., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998. ID., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, III edizione, 2020.

<sup>20</sup> L'impatto della pandemia di COVID-19 sulle prospettive economiche, sociali e di bilancio nell'UE e nel mondo è stato dirompente. La crisi ha prodotto una reazione coordinata, sia a livello europeo, che nazionale, per far fronte alle enormi conseguenze economiche e sociali che hanno colpito tutti gli Stati membri. Si è evidenziata l'importanza di sviluppare economie solide, sostenibili e resilienti, nonché di rafforzare i sistemi finanziari e di welfare basati su solide strutture economiche e sociali. Per affrontare tale sfida, l'UE ha adottato un approccio mirato al rafforzamento dei progetti, in linea con i tre pilastri dello sviluppo sostenibile ed ha promosso un'intensa accelerazione del processo di integrazione europea. In questa direzione, è stato approvato un "*piano Marshall per una crescita inclusiva e sostenibile*", che ha visto l'istituzione dello strumento di ripresa NextGeneration EU (NGEU). Il NGEU è stato proposto dalla Commissione Europea il 27 maggio 2020 quale pacchetto di misure volto ad aiutare le economie degli Stati membri colpite dalla recessione economica. Le risorse del NGEU sono volte a promuovere investimenti massicci in modo rapido e necessario, al fine di sostenere misure urgenti necessarie per la ripresa economica, supportare la creazione di posti di lavoro e promuovere una crescita sostenibile e resiliente. Il NGEU rappresenta oltre il 40% dell'intero pacchetto finanziario per il periodo di programmazione 2021-2027, con risorse distribuite principalmente nel triennio 2021-2023. Il NGEU determina un cambiamento epocale per l'UE. La quantità di risorse messe in campo per rilanciare la crescita, gli investimenti e le riforme ammonta a 750 miliardi di euro, dei quali oltre la metà, 390 miliardi, è costituita da sovvenzioni. In questo ambito, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), parte integrante del NGEU, è stato sviluppato attorno a tre assi strategici condivisi a livello europeo: digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica e inclusione sociale. Oltre a sostenere la ripresa economica, l'obiettivo principale dello strumento è quello di promuovere la resilienza, definendo obiettivi, riforme e politiche specifiche per ogni Paese. In particolare, si tratta di aumentare la capacità di resistere a future crisi sistemiche e per accompagnare gli Stati membri nella transizione verde e digitale. Il 30 aprile 2021, il Governo italiano ha inviato ufficialmente il PNRR alla Commissione europea, la quale ha espresso una valutazione generalmente positiva il 22 giugno 2021. Il 13 luglio 2021, il PNRR italiano è stato definitivamente approvato con una Decisione di esecuzione del Consiglio che ha recepito la proposta della Commissione europea. Il Piano contiene specifici obiettivi e traguardi, cadenzati temporalmente, per ogni investimento e riforma, legando l'assegnazione delle risorse a tali obiettivi in dieci rate. La Commissione ha ritenuto che il Piano rispettasse i pilastri del Regolamento RRF e contribuisse alla crescita, all'occupazione e alla resilienza

considerevole della Missione 2 - Rivoluzione verde e transizione ecologica, a cui sono destinati 59,46 miliardi di euro, ovvero il 31,05% dell'allocazione totale<sup>21</sup>, così come evidente appare il favor legis verso la produzione di energie rinnovabili, emergente a livello nazionale, con il decreto 17/2022, convertito in legge con diversi emendamenti pro-solare. Per gli impianti su tetto il provvedimento prevede che non servono permessi, autorizzazioni o atti amministrativi di assenso, per installarli, oltre che sugli edifici, su strutture e manufatti fuori terra diversi dagli edifici<sup>22</sup>.

Emblematica di tale favor la recente pronuncia del T.A.R. Abruzzo sul fotovoltaico nei centri storici vincolati, che ha bocciato il provvedimento con cui il ministero della Cultura e il Comune di Pacentro (AQ) negavano l'autorizzazione paesaggistica necessaria per la realizzazione di tre impianti fotovoltaici su tetto.

Seguendo una consolidata giurisprudenza<sup>23</sup> i giudici ribadiscono come il diniego – anche parziale – dell'autorizzazione paesaggistica debba contenere "una sufficiente esternazione delle peculiari ragioni per le quali si ritiene che un'opera non sia idonea a inserirsi nell'ambiente, attraverso l'esame delle sue caratteristiche concrete e l'analitica individuazione de-

sociale dell'Italia. Inoltre, il Piano è stato strutturato per attuare cambiamenti strutturali duraturi nell'economia e nella società italiana, senza arrecare danno significativo agli obiettivi ambientali dell'UE. Le risorse sono state allocate in modo da sostenere la transizione verde (37,5% delle risorse), la trasformazione digitale (25,1%) e le regioni meridionali (40%).

<sup>21</sup> La Missione 2 è volta a realizzare la transizione verde ed ecologica della società e dell'economia per rendere il sistema sostenibile e garantire la sua competitività. Comprende interventi per l'agricoltura sostenibile e per migliorare la capacità di gestione dei rifiuti; programmi di investimento e ricerca per le fonti di energie rinnovabili. Prevede inoltre azioni per l'efficientamento del patrimonio immobiliare pubblico e privato; iniziative per il contrasto al dissesto idrogeologico, per salvaguardare e promuovere la biodiversità del territorio, per garantire la sicurezza dell'approvvigionamento e la gestione sostenibile ed efficiente delle risorse idriche.

<sup>22</sup> Non servono, peraltro, permessi per la realizzazione di tutte le opere per la connessione alla rete elettrica. Per gli impianti in aree o su immobili di notevole interesse pubblico, l'installazione è subordinata al rilascio dell'autorizzazione da parte dell'amministrazione competente, ai sensi del codice dei beni culturali e paesaggistici. In tutti i casi in presenza di vincoli di notevole interesse pubblico, l'autorizzazione paesaggistica può essere evitata, laddove l'installazione preveda pannelli integrati nelle coperture non visibili dagli spazi pubblici esterni e dai punti di vista panoramici, eccetto che per le coperture i cui manti siano realizzati in materiali della tradizione locale.

<sup>23</sup> Richiamano T.A.R. Toscana, sez. III, 6 settembre 2018, n. 1168.

gli elementi di contrasto con il vincolo da tutelare; e, a maggior ragione, puntuali e analitiche debbono essere le ragioni del diniego qualora l'autorizzazione richiesta riguardi la realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, nei cui confronti l'ordinamento esprime un chiaro favore (l'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 qualifica di pubblica utilità le opere per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili; l'art. 11 del d.lgs. n. 28/2011 stabilisce l'obbligo di integrare le fonti rinnovabili negli edifici di nuova costruzione e negli edifici esistenti sottoposti a ristrutturazioni rilevanti, come già l'art. 4 co. 1-bis del d.P.R. n. 380/2001), potendo essi concorrere, indirettamente, alla salvaguardia degli stessi valori paesaggistici". Dunque, secondo quanto affermano i giudici, nella valutazione richiesta ai fini della tutela del vincolo paesaggistico non ci si può limitare all'esame dell'ordinaria contrapposizione interesse pubblico/interesse privato, ma devono considerarsi tutti gli interessi pubblici coinvolti e "favorire la soluzione che consenta, ove possibile, la realizzazione dell'intervento con il minor sacrificio dell'interesse paesaggistico nella sua declinazione meramente estetica"<sup>24</sup>.

Sulla base di tali considerazioni, secondo i giudici amministrativi, le motivazioni del diniego di autorizzazione paesaggistica devono essere particolarmente stringenti, laddove "l'impiego di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili viene qualificato dalla legislazione vigente come opera di pubblica utilità e come tale incentivato dalla legge in vista del perseguimento di preminenti finalità pubblicistiche correlate alla difesa dell'ambiente e dell'ecosistema, (T.A.R. Veneto 20 febbraio 2023, n. 233)".<sup>25</sup> L'autorizzazione a costruire impianti alimentati da rinnovabili, anche nei borghi storici, può essere negata solo in presenza di

<sup>24</sup> T.A.R. Abruzzo sentenza n. 214 del 20.04.2023. cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3207; Id., 6 marzo 2018, n. 1424; id., 23 marzo 2016, n. 1201.

<sup>25</sup> Affermano i giudici: "È stato altresì rimarcato in giurisprudenza che il favor legislativo per le fonti energetiche rinnovabili richiede di concentrare l'impedimento assoluto all'installazione di impianti fotovoltaici in zone sottoposte a vincolo paesaggistico unicamente nelle "aree non idonee" espressamente individuate dalla Regione, mentre, negli altri casi, la compatibilità dell'impianto fotovoltaico con il suddetto vincolo deve essere esaminata tenendo conto della circostanza che queste tecnologie sono ormai considerate elementi normali del paesaggio (cfr. TAR Lombardia, Brescia, n. 904/2010; TAR Toscana, Firenze, n. 357/2017; TAR Sicilia, Catania, sez. I, n. 1459/2017) in quanto la presenza di impianti fotovoltaici sulla sommità degli edifici non è più percepita come fattore di disturbo visivo, bensì come un'evoluzione dello stile costruttivo accettata

valide ragioni che tengano conto della tutela del paesaggio, ma anche del “favor di legge” che va riconosciuto in via prioritaria alla produzione di energia rinnovabile.

In definitiva, in simili fattispecie, secondo i giudici, vengono in rilievo “pariordinati e concorrenti - ancorché potenzialmente antagonisti - interessi pubblici, entrambi di matrice ambientale, e cioè, da un lato, la tutela del paesaggio e, d’altro lato, la promozione delle fonti energetiche rinnovabili, finalizzate al contenimento ed alla riduzione dei fenomeni di inquinamento, che richiedono un rigoroso ed analitico bilanciamento, onde stabilire a quale di essi occorra annettere prevalenza nel caso concreto”<sup>26</sup>.

In questa prospettiva, appare chiaro come lo stesso concetto di estetica del paesaggio vada rivisto e parametrato alle nuove esigenze connesse alla produzione di energia rinnovabile, non essendo più possibile applicare ai pannelli fotovoltaici, divenuti “elementi normali del paesaggio” le categorie estetiche tradizionali, “le quali condurrebbero inevitabilmente alla qualificazione di questi elementi come intrusioni. Essendo cambiato il quadro normativo, e anche la sensibilità collettiva verso l’utilizzo di energia da fonti rinnovabili, risulta inevitabilmente diverso anche il modo in cui sono valutate le modifiche all’aspetto tradizionale dei luoghi”<sup>27</sup>.

Nelle più recenti pronunce si assiste, quindi, sempre più spesso ad un radicale capovolgimento di approccio sul tema, diretto ad esprimere, ancora più chiaramente, l’esigenza prioritaria di un punto di equilibrio tra istanze bilanciabili, sulla base di criteri di proporzionalità, ragionevolezza<sup>28</sup> ed integrazione delle tutele.

Laddove a confliggere siano interessi primari di rango costituzionale, la tutela dell’uno non potrà mai giungere al sacrificio totale dell’altro, ma

dall’ordinamento e dalla sensibilità collettiva”. (T.A.R. Abruzzo sentenza n. 214 del 20.04.2023).

<sup>26</sup> T.A.R. Abruzzo sentenza n. 214 del 20.04.2023.

<sup>27</sup> T.A.R. Abruzzo sentenza n. 214 del 20.04.2023: “Poiché il passaggio alla produzione di energia da fonti rinnovabili costituisce un obiettivo di interesse nazionale conforme al diritto eurounitario (v. art. 11 del d. lgs. 3 marzo 2011 n. 28), non è più possibile applicare ai pannelli fotovoltaici categorie estetiche tradizionali, le quali condurrebbero inevitabilmente alla qualificazione di questi elementi come intrusioni”.

<sup>28</sup> Corte cost. sentenza n. 151/1986.



il bilanciamento dovrà pur sempre rispondere ad un principio di proporzionalità, difficilmente potendo giustificare il totale sacrificio del nucleo essenziale del valore in conflitto.

Nell'ipotesi di conflitto tra diritti fondamentali di pari rango costituzionale, l'idea di un bilanciamento ragionevole che escluda ogni prevaricazione assolutistica di un diritto sull'altro, viene ribadita ormai costantemente in giurisprudenza con riferimento a tutti i possibili conflitti. Con una recente pronuncia, il Consiglio di Stato<sup>29</sup>, con riferimento, questa volta, al conflitto tra ambiente ed il diritto al rispetto del patrimonio culturale, richiamando l'orientamento espresso nella nota sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013 sul caso ILVA, in linea peraltro con un orientamento giurisprudenziale risalente, quantomeno, alla sentenza n. 196/2004, in tema di condono edilizio, viene con forza respinta quella ricostruzione operata in precedenza dalla Corte costituzionale, che aveva fatto discendere dal carattere di primarietà riconosciuta a determinati valori, l'insuscettibilità di subordinazione ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato. Esclusa cioè ogni supremazia gerarchica quale conseguenza diretta del riconoscimento di primarietà dato ad un determinato valore, nessun valore primario può per ciò stesso rivendicare posizioni tiranne.

In tal senso, nel caso di conflitto tra tutela del patrimonio culturale e tutela dell'ambiente, la prevalenza dell'ambiente sulla scelta discrezionale dell'amministrazione preposta alla tutela del patrimonio culturale si afferma sulla base del mancato superamento del principio di proporzionalità e per il mancato rispetto del principio di integrazione delle tutele, strumentale all'obiettivo dello sviluppo sostenibile<sup>30</sup>.

In questa direzione il Consiglio di Stato, richiamando l'orientamento della Consulta, in relazione alle valutazioni discrezionali compiute dall'amministrazione, dichiara espressamente che «Negli ordinamenti

<sup>29</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167), in *Giustizia insieme.it*, 3 dicembre 2022.

<sup>30</sup> Sul punto, S. PEDRABISSI, *Sviluppo sostenibile: l'evoluzione giuridica di un concetto mai definito*, in *Revista Ibérica do Direito*, n. 1/2020; E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2019; G. MONTEDORO, *Spunti per la «decostruzione» della nozione di sviluppo sostenibile e per una critica del diritto ambientale*, in *Amministrazione in cammino*, 30 aprile 2009; F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 0/2010.

democratici e pluralisti si richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. Così come per i 'diritti' (sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013), anche per gli 'interessi' di rango costituzionale (vieppiù quando assegnati alla cura di corpi amministrativi diversi) 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. 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”.

Occorre, dunque, trovare ragionevoli e proporzionati punti di equilibrio tra interessi costituzionali confliggenti. Ciò non comporta sempre e necessariamente che il nucleo essenziale di un interesse primario debba essere sempre preservato. In tal senso il Consiglio di Stato sembra alludere alla contraria eventualità, quella per cui si debba avere il sacrificio integrale dell'interesse ambientale, laddove precisa che «L'interesse pubblico alla tutela del patrimonio culturale non ha, nel caso concreto, il peso e l'urgenza per sacrificare interamente l'interesse ambientale indifferibile della transizione ecologica, la quale comporta la trasformazione del sistema produttivo in un modello più sostenibile che renda meno dannosi per l'ambiente la produzione di energia, la produzione industriale e, in generale, lo stile di vita delle persone». Ferma restando, dunque, la possibilità concreta che in diversa fattispecie l'interesse ambientale possa essere del tutto recessivo, nel caso il Consiglio ritiene che “La posizione 'totalizzante' così espressa dall'Amministrazione dei beni culturali si pone in contrasto con l'indirizzo politico europeo (Direttiva CEE n. 2001/77) e nazionale (D.lgs. 29 dicembre 2003 n. 387) che riconosce agli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili importanza fondamentale, dichiarandoli opere di pubblico interesse proprio ai fini di tutela dell'ambiente. L'Amministrazione, in sede di esercizio e di riedizione del

potere, deve ricercare non già il totale sacrificio dell'uso produttivo di energia pulita delle aree contigue alle aree vincolate (nella specie croci votive), secondo una logica meramente inibitoria, bensì una soluzione comparativa e dialettica fra le esigenze dello sviluppo sostenibile e quelle afferenti al paesaggio culturale<sup>31</sup>. Il riferimento è chiaro al principio di integrazione delle tutele, sancito, nell'art. 11 TFUE, da applicarsi anche nell'adozione delle decisioni volte a tutelare il patrimonio culturale, come declinazione operativa del principio dello sviluppo sostenibile,

Nel caso di specie, secondo il Consiglio di Stato, a risultare violato è «L'ultimo gradino del test di proporzionalità», il quale «implica che una misura adottata dai pubblici poteri non debba mai essere tale da gravare in maniera eccessiva sul titolare dell'interesse contrapposto, così da risultargli un peso intollerabile». La proporzionalità in senso stretto non risulta rispettata in quanto, tenuto conto dell'obiettivo perseguito dalla Soprintendenza – la tutela culturale delle croci votive, ovvero di beni visibili soltanto a pochi metri di distanza, e rispetto alla cui visione non può in alcun modo interferire l'eventuale realizzazione di altri manufatti lontani di centinaia di metri – il mezzo utilizzato appare eccessivo, deter-

<sup>31</sup> La Sesta Sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 8167 del 23 settembre 2022, ha sindacato gli atti con cui il Ministero della Cultura ha imposto prescrizioni di tutela indiretta ai sensi dell'art. 45 del Codice dei beni culturali e del paesaggio su aree nelle quali era già stata autorizzata la realizzazione di impianti per la produzione di energia da fonte eolica. Sul punto vedi A. PERSICO, *Promozione dell'energia rinnovabile e tutela del patrimonio culturale: verso l'integrazione delle tutele* (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167), in *Giustizia insieme.it*, 3 dicembre 2022, il quale sottolinea come: «È innanzitutto meritevole di segnalazione la chiosa introduttiva al ragionamento condotto dalla Sesta Sezione circa l'illegittimità delle prescrizioni di tutela indiretta. Si tratta di una sorta di premessa logico-giuridica allo scrutinio di proporzionalità e all'applicazione del principio di integrazione, che chiarifica, alla luce dell'interpretazione costituzionale, tanto la valenza assiologica degli interessi in campo, quanto il rapporto tra i medesimi[2]. Orbene, il Consiglio di Stato prende atto che sia la tutela del patrimonio culturale sia quella dell'ambiente, in potenziale conflitto nelle fattispecie attenzionate, costituiscono valori primari dell'ordinamento. Tale qualificazione risulta coerente con la giurisprudenza costituzionale che da tempo ha affermato il carattere primario del valore estetico-culturale protetto dall'art. 9 Cost. [3], nonché la valenza primaria e assoluta del bene ambiente, ricavato dalla lettura sistematica degli articoli 9 e 32[4] ben prima della sua positivizzazione ad opera della riforma costituzionale del 2022[5]».

minando «il radicale svuotamento delle possibilità d'uso alternativo del territorio»<sup>32</sup>.

In definitiva, alla luce di una ormai consolidata giurisprudenza costituzionale ed amministrativa, tornando al conflitto tra ambiente e paesaggio, la valorizzazione dell'ambiente quale diritto fondamentale della persona, di pari rango con il diritto al paesaggio, con il quale autonomizzandosi, può venire in conflitto, pone le basi del conflitto, su un terreno di dialogo che esclude qualsivoglia sopraffazione gerarchica.

Il tema dell'intangibilità del paesaggio, peraltro, non è più difendibile come dato presupposto, laddove la costruzione di impianti fotovoltaici sulla sommità degli edifici viene considerata sempre più spesso, non più “come fattore di disturbo visivo, bensì come un'evoluzione dello stile costruttivo accettata dall'ordinamento e dalla sensibilità collettiva”<sup>33</sup>. In questi termini ambiente e paesaggio sembrano entrambi rispondere ad una medesima esigenza, quella alla qualità della vita, che è data parimenti dalla bellezza estetica reinterpretata alla luce dei nuovi obiettivi di sostenibilità. Ambiente e paesaggio possono così dialogare verso il comune obiettivo, trattandosi di istanze bilanciabili<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> A. PERSICO, *Promozione dell'energia rinnovabile e tutela del patrimonio culturale: verso l'integrazione delle tutele*, il quale osserva: “È, quella compiuta dalla Sesta Sezione, una scelta “coraggiosa” poiché, come segnala la dottrina, il sindacato sul terzo gradino della proporzionalità avvicina il sindacato di legalità a un controllo sostanzialmente di merito sull'azione amministrativa[15]. E tuttavia, pur sempre di un controllo di diritto si tratta, visto il carattere giuridico del principio di proporzionalità. La Sezione ritiene di procedere in questa direzione probabilmente per l'avvertita indifferibilità e urgenza della transizione ecologica: essa in tal senso richiama l'indirizzo politico europeo e quello nazionale, che si connotano per il sicuro favor verso la diffusione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili”.

<sup>33</sup> Vedi nota 18.

<sup>34</sup> Sul bilanciamento tra diritti fondamentali, in ordine all'opzione personalista sposata dal nostro costituente, vedi per tutti G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile. Cultura giuridica e rapporti civili*, Napoli 2015; P.P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3a ed., Napoli, 2006, p. 715 ss.; ID., *Individualismo e personalismo nella Carta europea*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, p. 333 s.; *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, Napoli, 2007; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007; F. PEDRINI - P. PERLINGIERI, *Colloquio su (Scienza del) Diritto e legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1127; V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio “personalista” in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 145 ss.; ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione*

Una tale lettura, a ben vedere, avvalorata l'interpretazione dell'ambiente quale diritto della persona, espressione di un habitat esistenziale, nel quale l'individuo svolge la propria personalità. L'ambiente si configura cioè come diritto ad un benessere esistenziale, in termini di qualità della vita connessa alla sua salubrità, che non si scontra necessariamente con l'estetica del territorio, ma può con esso bilanciarsi verso una direzione comune di benessere. Non v'è, dunque, prevalenza aprioristica, ma interazione dialogica tra due aspetti di una medesima istanza, quella alla qualità della vita.

Il tema delle energie rinnovabili ci induce, così, a riflettere sui parametri ai quali deve affidarsi il giudice in quell'opera di continuo bilanciamento cui la materia dei diritti fondamentali continuamente lo invita, laddove si prenda atto del fatto che la bellezza paesaggistica vada tutelata senza che si comprometta una esigenza prioritaria, la salubrità ambientale che, sullo stesso piano, non anche a dispetto, delle bellezze naturali, si configura come diritto fondamentale della persona umana. La costituzionalizzazione del diritto all'ambiente come condizione esistenziale porta con sé la sua sottoposizione ad un bilanciamento in posizione di parità con gli altri diritti fondamentali, primo fra tutti il paesaggio, in nome cioè della comune direzione verso l'obiettivo comune della tutela della persona.

### 3. *Il bilanciamento con diritti economici: ambiente e diritto all'iniziativa economica nel caso Ilva*

Per altro verso, quanto al conflitto con diritti di natura economica, diverse sono le ipotesi di conflitto emergenti nei casi di inquinamento ambientale. Si pensi al caso dello stabilimento dell'ex Ilva di Taranto<sup>35</sup>,

*al postmoderno*, Milano, 2005, p. 493 ss. 15; A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, p. 30 ss.; A. BARBERA, *La carta europea dei diritti e la Costituzione italiana*, in AA.VV., *La libertà e i diritti nella prospettiva europea*, Padova, 2002, p. 117; G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, p. 62 ss.

<sup>35</sup> Vedi per tutti, M. MELI, *Ambiente, salute, lavoro: il caso Ilva*, in *Nuove leggi civili e commentate*, 2013, p. 1017.

da sempre al centro delle cronache giudiziarie del nostro paese. È noto che il Governo italiano attraverso diversi provvedimenti, come il decreto salva Ilva<sup>36</sup>, abbia di fatto autorizzato la prosecuzione di un'attività industriale confermata dalle evidenze scientifiche come ad alto tasso di inquinamento, giustificandola in base al suo alto valore strategico nazionale. Si tratta nel caso di specie di uno dei colossi industriali dell'acciaio tra i più importanti in Europa. La Corte costituzionale, chiamata una prima volta nel 2013<sup>37</sup> a vagliare la legittimità costituzionale del Decreto salva Ilva nel conflitto tra diritto alla salute, lesa dalla diffusa contrazione di malattie tumorali letali e diritto all'occupazione ed all'iniziativa economica, ha effettuato il bilanciamento, condizionando la prosecuzione dell'attività alla adozione delle Bat, sia pure nei fatti mai adottate.

In tale pronuncia la Corte ha affermato che «è considerata lecita la continuazione dell'attività produttiva di aziende sottoposte a sequestro, a condizione che vengano osservate [...] le regole che limitano, circoscrivono e indirizzano la prosecuzione dell'attività stessa» secondo un percorso di risanamento – delineato nella specie dalla nuova autorizzazione integrata ambientale – ispirato al bilanciamento tra tutti i beni e i diritti costituzionalmente protetti, tra cui il diritto alla salute, il diritto all'ambiente salubre e il diritto al lavoro. Non può, infatti, ritenersi astrattamente precluso al legislatore di intervenire per salvaguardare la continuità produttiva in settori strategici per l'economia nazionale e per garantire i correlati livelli di occupazione, prevedendo che sequestri pre-

<sup>36</sup> Il primo decreto salva Ilva è del 2012. (D.l. 3 dicembre 2012, n. 207 (“Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale”) in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/1915-emanato-il-decreto-legge-sull-ilva-di-taranto>. Successivamente nel 2015 è stato emanato il DECRETO-LEGGE 4 luglio 2015, n. 92 Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività d'impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale. (15G00115) (GU Serie Generale n.153 del 04-07-2015) e nel 2023 con il d.l. 5 gennaio 2023, n. 2 Misure urgenti per impianti di interesse strategico nazionale. (23G00Corte cost. 003) (GU Serie Generale n.4 del 05-01-2023), sono state emanate “misure urgenti per impianti di interesse strategico nazionale”, al momento applicabili al solo polo siderurgico dell'ex-ILVA di Taranto. Si tratta, quindi, di un nuovo decreto c.d. salva ILVA, che tra l'altro contiene alcune interessanti (anche se poco chiare e tra loro poco coordinate) previsioni, che da una parte sembrano far rivivere vecchie ipotesi di esenzione da responsabilità penale e, dall'altra, introducono nuove ipotesi di una siffatta esenzione.

<sup>37</sup> Corte cost. 9 maggio 2013 n. 85.

ventivi disposti dall'autorità giudiziaria nel corso di processi penali non impediscano la prosecuzione dell'attività d'impresa; ma ciò può farsi solo attraverso un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco. Per essere tale, il bilanciamento deve essere condotto senza consentire «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»<sup>38</sup> (sent. n. 85 del 2013). Il bilanciamento, secondo la Consulta deve rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati (sentenze n. 63 del 2016 e n. 264 del 2012)<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Corte cost. 9.05.2013 n. 85.

<sup>39</sup> Afferma testualmente la Corte: “La ratio della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso. Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di

Nel caso allora in giudizio, con la citata sentenza n. 85 del 2013, la Corte, come la stessa preciserà successivamente con la sentenza del n. 58. 2018, “rigettò la questione di legittimità costituzionale, ritenendo che il legislatore avesse effettuato un ragionevole e proporzionato bilanciamento predisponendo la disciplina di cui al citato art. 1, comma 4, del decreto-legge n. 207 del 2012. In quella ipotesi, infatti la prosecuzione dell’attività d’impresa era condizionata all’osservanza di specifici limiti, disposti in provvedimenti amministrativi relativi all’autorizzazione integrata ambientale, e assistita dalla garanzia di una specifica disciplina di controllo e sanzionatoria”.

Successivamente la Consulta, chiamata nuovamente ad intervenire nel vaglio di legittimità costituzionale delle norme salva Ilva<sup>40</sup>, ha ritenuto fondata, in riferimento agli artt. 2, 3, 4, 32, co. 1, 35, co. 1, 41, co. 2, e 112 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell’art. 3, d.l. n. 92 del 2015, sollevata dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Taranto. Seguendo l’orientamento espresso nella precedente pronuncia n. 85 del 2013, il Giudice delle leggi ha ritenuto che non sia astrattamente precluso al legislatore di intervenire per salvaguardare la

controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale. 10. – Lo stesso giudice rimettente ritiene che la norma censurata «annienti completamente il diritto alla salute e ad un ambiente salubre a favore di quello economico e produttivo». Se questa valutazione fosse rispondente alla realtà normativa, ci si troverebbe senza dubbio di fronte ad una violazione dell’art. 32 Cost., in quanto nessuna esigenza, per quanto costituzionalmente fondata, potrebbe giustificare la totale compromissione della salute e dell’ambiente, per le ragioni prima illustrate. Tale conclusione non è tuttavia suffragata da una analisi puntuale della disposizione censurata”. (Corte cost. 9 maggio 2013 n. 85).

<sup>40</sup> Corte Cost. 7. 02.2018 n. 58: Afferma la Corte: “La disposizione impugnata prevede che «l’esercizio dell’attività di impresa degli stabilimenti di interesse strategico nazionale non è impedito dal provvedimento di sequestro [...] quando lo stesso si riferisca ad ipotesi di reato inerenti alla sicurezza dei lavoratori» (art. 3, comma 1). Essa è stata adottata al dichiarato fine di «garantire il necessario bilanciamento tra le esigenze di continuità dell’attività produttiva, di salvaguardia dell’occupazione, della sicurezza sul luogo di lavoro, della salute e dell’ambiente salubre, nonché delle finalità di giustizia» (art. 3, comma 1) e intende porsi in linea di continuità con la precedente normativa in materia di esercizio dell’attività di impresa in stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale, contenuta nel decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207 (Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell’ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231”.



continuità produttiva in settori strategici per l'economia nazionale e per garantire i correlati livelli di occupazione, prevedendo che sequestri preventivi disposti dall'autorità giudiziaria nel corso di processi penali non impediscano la prosecuzione dell'attività d'impresa. Ha disposto tuttavia che la prosecuzione dell'attività possa farsi solo attraverso un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco, tra cui il diritto alla salute, il diritto all'ambiente salubre e il diritto al lavoro.

Sulla base di queste premesse la Corte ha ritenuto che, nel caso sottoposto al suo esame, il legislatore non abbia effettuato un bilanciamento, secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, di tutti gli interessi in conflitto, incorrendo in un vizio di illegittimità costituzionale per non aver tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita<sup>41</sup>. In definitiva, secondo la Consulta, mancherebbe del tutto la richiesta di misure immediate e tempestive atte a rimuovere prontamente la situazione di pericolo per l'incolumità dei lavoratori, così come ogni riferimento a disposizioni di legge in materia di sicurezza sul lavoro o ad altri modelli organizzativi e di prevenzione. Dunque, i Giudici costituzionali hanno ritenuto che, a differenza di quanto avvenuto nel 2012 (con il d.l. n. 207 del 2012, oggetto della sent. cost. n. 85 del 2013), in questo caso il legislatore abbia privilegiato in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, sacrificando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.)<sup>42</sup>.

In sostanza, come è fin troppo noto, il Governo italiano ha nei fatti

<sup>41</sup> Afferma la Corte: "Nel caso oggi portato all'esame di questa Corte, invece, il legislatore non ha rispettato l'esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, incorrendo in un vizio di illegittimità costituzionale per non aver tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita."

<sup>42</sup> Le disposizioni di cui all'art. 3, d.l. n. 92 del 2015, concernenti misure urgenti per l'esercizio dell'attività di impresa di stabilimenti oggetto di sequestro giudiziario, erano state applicate, come è noto, con riferimento all'attività negli impianti dello stabilimento ILVA S.p.a. (c.d. decreto "salva Ilva"): l'attività era proseguita con l'utilizzo dell'altoforno "Afo2", nonostante il sequestro preventivo dello stesso altoforno,

preferito ignorare i molteplici effetti nocivi letali di un'attività riconosciuta come fortemente inquinante, in ragione di esigenze economiche considerate prioritarie. Il bilanciamento tra diritti di pari rango costituzionale non è, dunque, risultato ragionevole, dovendosi dare prevalenza, alla luce delle condizioni suesposte, al diritto alla salute. Questo ha indotto un gruppo di cittadini a ricorrere dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, nella famosa sentenza Cordella del 2019<sup>43</sup>, non soltanto ha finalmente dato loro ragione, riconoscendo una carenza di rimedi interni nello Stato italiano in tema di tutela della salute ambientale, ma è anche andata oltre il mero conflitto tra diritto alla salute e diritto all'occupazione, dichiarando una prevalenza del diritto all'ambiente in se, come diritto ad una condizione esistenziale, tutelata dall'art. 8 della Convenzione, quale diritto al rispetto della vita privata.

Quel che appare, infatti, quanto mai significativo dall'analisi della pronuncia è che nell'interpretazione della Corte europea<sup>44</sup>, sia nel caso

disposto ai sensi dell'art. 321, co. 3-bis, c.p.p. nell'ambito del procedimento penale per la morte di un operaio avvenuta presso lo stabilimento di Taranto.

<sup>43</sup> Corte EDU, causa Cordella e altri c. Italia, sentenza del 24 gennaio 2019. Quanto all'assenza di vie di ricorso interne, atte a rimediare alle situazioni dannose poste in violazione dei diritti riconosciuti dalla CEDU, la Corte europea ha riconosciuto la violazione dell'art. 13. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno precisato che l'articolo 13 della Convenzione garantisce l'esistenza nel diritto interno di un ricorso che permette all'autorità nazionale competente di conoscere il contenuto di una "argomentazione difendibile" fondato sulla Convenzione (Z. e altri c. Regno Unito, par. 108). Lo scopo di quest'articolo è di trovare un mezzo attraverso cui i ricorrenti possano ottenere, a livello nazionale, il ripristino delle violazioni dei loro diritti garantiti dalla Convenzione, prima che sia messo in pratica il meccanismo internazionale di ricorso davanti alla Corte (Kudła c. Polonia, par. 152). Nel caso in questione, la Corte europea ha, dunque, affermato che "in considerazione delle conclusioni cui essa è giunta in merito all'esistenza di vie d'impugnazione utili ed effettive che permettano di sollevare, davanti alle autorità nazionali, delle argomentazioni attinenti all'impossibilità di ottenere delle misure che garantiscano il risanamento delle zone interessate dalle emissioni nocive dello stabilimento Ilva [...] occorre concludere che vi sia stata una violazione dell'articolo 13 della Convenzione nel caso di specie".

<sup>44</sup> In caso di inquinamento industriale, la Corte EDU ha, più volte, ribadito l'obbligo per le autorità pubbliche, in presenza di impianti inquinanti per il trattamento di sostanze potenzialmente nocive per la salute o lesive per l'ambiente, di operare un equo bilanciamento tra interessi contrapposti, entrambi meritevoli di tutela: l'interesse della collettività all'esistenza dell'impianto e quello individuale dei singoli abitanti dei luoghi limitrofi all'impianto a conservare un ambiente salubre e a che la propria

dell'ex Ilva di Taranto (Sentenza Cordella)<sup>45</sup>, così come, precedentemente nel caso dell'inquinamento da rifiuti di Somma vesuviana (Caso di Sarno)<sup>46</sup>, ad entrare in gioco in una logica di bilanciamento non è stato soltanto il diritto alla salute, lesa di riflesso da un fenomeno di danno ambientale, ma lo stesso diritto all'ambiente, il quale viene a porsi quale diritto esistenziale lesa da un fenomeno di inquinamento, a prescindere ed indipendentemente dalle ripercussioni in tema di salute e di integrità psicofisica dei soggetti lesi. Il diritto fondamentale all'ambiente si afferma, cioè, fin da subito, nella giurisprudenza della Corte europea, come fondamentale diritto della persona, autonomo dallo stesso diritto alla salute, sia pure parimenti lesa, in linea con quella che si consolida come ricostruzione esistenzialista del conseguente danno. Il danno all'ambiente come danno all'esistenza presuppone, infatti, la configurazione dell'ambiente come diritto autonomo della persona, distinto dal diritto della salute e fondamentale al pari di esso. In questi termini appare evidente come nella ricostruzione della Corte europea si giunge anticipatamente ad avallare la costituzionalizzazione dell'ambiente come diritto fondamentale della persona, confermando una concezione esistenzialista quale terreno elettivo e fertile per una sua configurazione autonoma. Nel caso di Sarno<sup>47</sup>, dal ragionamento della Corte si evince chiaramente come

vita privata e familiare e il libero godimento della propria abitazione non vengano compromessi, in violazione dell'art. 8 della Convenzione, posto a tutela di tali diritti. Si vedano Corte EDU, causa Tatar c. Romania, sentenza del 27 gennaio 2009; Corte EDU, causa Guerra e altri c. Italia, sentenza del 19 febbraio 1998; Corte EDU, causa Taskin c. Turchia, sentenza del 2 febbraio 2010.

<sup>45</sup> 46 Vedi per tutti, M. MELI, *Ambiente, salute, lavoro: il caso Ilva*, in *Nuove leggi civili e commentate*, 2013, p. 1017.

<sup>46</sup> Sulla situazione di emergenza rifiuti nella c.d. terra dei due fuochi vedi per tutti M. MELI, *Nuove disposizioni urgenti dirette a fronteggiare le emergenze ambientali: il decreto sulla terra dei fuochi*, in *Nuove leggi civili e commentate*, 2014, p. 707.

<sup>47</sup> Corte EDU, causa Di Sarno e altri c. Italia, sentenza 10 gennaio 2012, "Dall'art. 8 della Convenzione discendono anche obblighi positivi per gli Stati, tenuti a predisporre un quadro normativo volto a proteggere effettivamente la vita privata e familiare dagli effetti negativi di attività pericolose. Per quanto riguarda gli obblighi procedurali, importante è la diffusione delle conoscenze che consentono di valutare i rischi. Nel caso di specie l'incapacità protratta delle autorità italiane di assicurare un corretto funzionamento del servizio di raccolta, trattamento e smaltimento dei rifiuti ha lesa il diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e del loro domicilio, in violazione dell'articolo 8 della Convenzione sotto il suo profilo materiale. Viceversa, per quanto

il danno ambientale, prodotto da una cattiva gestione dei rifiuti, possa essere risarcito al singolo cittadino leso, che vede alterata la sua qualità della vita, in violazione dell'art. 8 della CEDU, quale danno ambientale esistenziale. A prescindere, infatti, dalla insorgenza di malattie connesse all'attività inquinanti, che attestino l'esistenza di un danno biologico, secondo la Corte, il deterioramento della qualità della vita prodotto dalla cattiva gestione delle attività di raccolta e smaltimento dei rifiuti è in grado di generare un danno esistenziale che va risarcito, come tale, prescindendo da qualsiasi ripercussione in termini di salute al singolo soggetto leso. In questi termini la Corte EDU ha precisato: "La Corte ribadisce che un grave danno ambientale può ripercuotersi sul benessere delle persone e privarle del godimento del loro domicilio in modo da nuocere alla loro vita privata e familiare. Secondo la Corte, dall'art. 8 della Convenzione non discendono solo divieti di ingerenze arbitrarie, ma anche obblighi positivi relativi al rispetto effettivo della vita privata. In relazione alle attività pericolose, gli Stati hanno l'obbligo positivo di adottare regolamentazioni idonee a prevenire e contenere i rischi connessi. In particolare, devono essere imposte alle persone coinvolte misure di ordine pratico idonee alla protezione effettiva dei cittadini. Nel caso di specie, la Corte riteneva che alla situazione del comune di Somma Vesuviana si potesse ricondurre un deterioramento della qualità della vita degli interessati e un nocumento al diritto al rispetto della vita privata e del domicilio. Non si ravvisava, invece, una minaccia per la vita e la salute dei ricorrenti, in quanto questi non si evinceva dagli studi scientifici un nesso tra esposizione ai rifiuti e patologie clinicamente accertabili. La raccolta, il trattamento e lo smaltimento dei rifiuti venivano riconosciute quali attività pericolose, per le quali si impone comunque allo Stato l'obbligo di disciplinarli adeguatamente per proteggere i diritti discendenti dall'art. 8".

Dall'orientamento della Corte emerge, allora, chiaramente, che la risarcibilità del danno ambientale, indipendentemente dal fatto che si traduca in un danno biologico, vada riconosciuta al singolo soggetto leso, integrando, pur sempre, un danno esistenziale, laddove, come nel caso

riguarda il profilo procedurale dell'articolo 8, la Corte ha ritenuto che non vi sia stata violazione della Convenzione, in quanto le autorità italiane hanno adempiuto all'obbligo di informare le persone interessate, compresi i ricorrenti, sui potenziali rischi ai quali si esponevano continuando a risiedere in Campania. La Corte ha constatato la violazione dell'articolo 13 della Convenzione, stante la mancanza di vie di ricorso utili.

della cattiva gestione dei rifiuti, comprometta, deteriorandola la qualità della vita degli abitanti delle zone inquinate<sup>48</sup>.

Nella stessa direzione, successivamente, nel caso dell'inquinamento prodotto dall'ex Ilva di Taranto, la Corte europea ha ribadito tale orientamento, riconducendo alla violazione dell'art. 8 della CEDU, oltre al danno alla salute, testimoniato da studi epidemiologici sul nesso di causalità tra le emissioni tossiche prodotte dall'ex Ilva di Taranto e l'insorgenza di malattie tumorali nelle popolazioni interessate<sup>49</sup>, un danno ambientale esistenziale, determinato dal deterioramento della qualità della vita delle popolazioni medesime.

Dunque, il bilanciamento a cui sono oggi chiamate le Corti, tra diritto all'occupazione ed al proseguimento dell'attività di imprese definite ad alto valore strategico nazionale e diritto all'ambiente, si pone in una cornice costituzionale diversa. Si tratta, in definitiva, di un conflitto tra valori di pari rilievo, nessuno dei quali può rivendicare posizioni tiranniche, come più volte ha precisato la Corte costituzionale. La partita si gioca, cioè, pur sempre, ad armi pari, tra valori egualmente bilanciabili. Prima della riforma la parola «ambiente», infatti, compariva solo nell'art. 117 e più precisamente nell'elenco delle materie su cui lo Stato ha legislazione esclusiva. La collocazione tra i Principi fondamentali, in sostanza, oltre a dare dignità alla materia, la trasforma in un valore da tutelare: in questa prospettiva anche l'azione dello Stato, degli Enti locali e dei singoli cittadini, dovrà andare nella direzione della tutela o quanto meno contemplare questo orizzonte ineliminabile.

<sup>48</sup> Sul punto vedi M. MELI, *Nuove disposizioni urgenti dirette a fronteggiare le emergenze ambientali: il decreto sulla terra dei fuochi*, cit., p. 711.

<sup>49</sup> Afferma la Corte: «La Corte osserva che, dagli anni Settanta, degli studi scientifici illustrano gli effetti inquinanti delle emissioni dello stabilimento Ilva di Taranto sull'ambiente e sulla salute delle persone (paragrafi 15 e seguenti qui di seguito). I risultati di questi rapporti che provengono per la maggior parte da organismi statali e regionali, non sono oggetto di contestazione tra le parti. In questo contesto, conviene ricordare in particolare il rapporto SENTIERI del 2012, che afferma l'esistenza di un legame di casualità tra l'esposizione ambientale alle sostanze cancerogene inalabili prodotte dalla società Ilva e lo sviluppo dei tumori ai polmoni e alla pleura ed anche le patologie del sistema cardiocircolatorio nelle persone residenti nelle zone colpite». Corte EDU, causa Cordella e altri c. Italia, sentenza del 24 gennaio 2019.

4. *Possibili risvolti in termini di legittimazione ad agire per il danno ambientale: limiti della legislazione e prospettive ermeneutiche*

Consacrata la configurazione valoriale dell'ambiente come diritto fondamentale della persona, significative possono essere, allora, le ulteriori conseguenze in termini di legittimazione ad agire per il risarcimento del danno ambientale in caso di lesione. Com'è noto, il codice all'ambiente, recependo la direttiva comunitaria 2005/34/UE, circoscrive la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno ambientale al solo Stato nella persona del Ministro ambiente, precludendo al singolo individuo leso da un fatto di danno ambientale di chiedere il risarcimento del danno subito. Si tratta, a ben vedere, come più volte sottolineato, di un pericoloso vuoto di tutela all'interno dell'ordinamento italiano, riconosciuto apertamente dalla Corte europea e divenuto oggi insostenibile alla luce di una norma costituzionale che configura ormai esplicitamente l'ambiente come diritto fondamentale.

Con la citata sentenza Cordella nel caso dell'ex Ilva di Taranto, la Corte europea ha posto, infatti, un tassello importante nella problematica relativa alla legittimazione ad agire per il risarcimento del danno ambientale, riconoscendo apertamente una carenza di rimedi interni. Nel caso dell'ex Ilva, quanto all'assenza di vie di ricorso interne, atte a rimediare alle situazioni dannose poste in violazione dei diritti riconosciuti dalla CEDU, la Corte europea ha apertamente riconosciuto la violazione dell'art. 13<sup>50</sup>. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno precisato che l'articolo 13 della Convenzione garantisce l'esistenza nel diritto interno di un ricorso che permette all'autorità nazionale competente di conoscere il contenuto di una "tutela dell'ambiente come diritto della persona" fondato sulla Convenzione.

La norma si propone di trovare un mezzo attraverso cui i ricorrenti possano ottenere, a livello nazionale, il ripristino delle violazioni dei loro diritti garantiti dalla Convenzione, prima che sia messo in pratica il meccanismo internazionale di ricorso davanti alla Corte<sup>51</sup>.

Nel caso in questione, la Corte europea ha, dunque, affermato che "in considerazione delle conclusioni cui essa è giunta in merito all'esistenza di vie d'impugnazione utili ed effettive che permettano di sol-

<sup>50</sup> (Z. e altri c. Regno Unito, par. 108).

<sup>51</sup> (Kudła c. Polonia, par. 152).

levare, davanti alle autorità nazionali, delle argomentazioni attinenti all'impossibilità di ottenere delle misure che garantiscano il risanamento delle zone interessate dalle emissioni nocive dello stabilimento Ilva [...] occorra concludere che vi sia stata una violazione dell'articolo 13 della Convenzione nel caso di specie”.

Il codice dell'ambiente, come noto, disciplina il danno ambientale come danno pubblico, attribuendo la legittimazione ad agire al solo Stato nella persona del Ministero dell'Ambiente. Una tale limitazione non trova più giustificazione con l'affermazione dell'ambiente come diritto fondamentale della persona e la configurazione del danno ambientale in termini di danno esistenziale. La costituzionalizzazione del diritto all'ambiente come diritto fondamentale della persona sembra allora consolidare quell'orientamento<sup>52</sup> che da tempo reclama una tutela individuale, non solo in caso di danno alla salute, ma anche per il danno all'ambiente in sè, come lesione di una condizione esistenziale, di un elemento determinante la qualità della vita, indipendente dalle conseguenze sulla salute, così come del resto ammesso dalla Corte europea.

In questa veste, allora, il danno ambientale, quale danno esistenziale, alla condizione esistenziale che determina la qualità della vita, dovrà essere risarcito anche al singolo. L'interesse leso, consistente nella qualità ovvero “salubrità” delle condizioni di vita, fruibile dall'intera collettività e non suscettibile di tutela proprietaria esclusiva dei singoli individui, integra, per questi ultimi, la premessa esistenziale per fruire delle singole manifestazioni della personalità, risolvendosi, nella stessa qualità della vita, intesa come benessere individuale e collettivo nell'ambito di esplicazione della personalità. Il danno ambientale si afferma così come danno alla qualità della vita, qualità che integra la premessa indispensabile per godere della vita medesima e per esplicare la personalità nelle sue diverse e variegate manifestazioni. Si profila, in tal modo, l'emersione di un danno all'ambiente di tipo pluridimensionale, idoneo cioè a riflettere il carattere trasversale di un concetto di ambiente, specchio della cultura giuridica contemporanea, quale sintesi dei diversi elementi biologici, psicologici e naturali che condizionano l'esistenza umana.

<sup>52</sup> Si rinvia a G. MARCATAJO, *Il danno ambientale esistenziale*, cit. ID., *Ambiente e tutela individuale intergenerazionale*, cit., p. 1 ss. ID., *La tutela dell'ambiente come diritto fondamentale della persona*, cit., p. 611 ss.

La configurazione dell'ambiente come diritto della persona consente, in definitiva, al singolo di rivendicare una legittimazione per la violazione di un diritto della persona ex art. 2043, al di là della individuazione di interessi soggettivi di natura proprietaria o di salute lesi di riflesso, quali tradizionali ipotesi di danno c.d. dall'ambiente. Il danno dall'ambiente diviene, cioè, in questa prospettiva, danno all'ambiente, quale lesione esso stesso di un diritto fondamentale della persona autonomo e distinto e dal diritto alla salute o dal diritto di proprietà.

Il danno all'ambiente, in conclusione, non può che riflettere una duplice configurazione, come danno pubblico alle risorse naturali e danno privato alla condizione esistenziale integrante un diritto fondamentale della persona, in linea con la duplice natura pubblica e privata del diritto leso. Nel primo caso la legittimazione verrebbe riservata allo Stato, quale danno ambientale esistenziale, nessun dubbio potrebbe più frapporsi alla legittimazione ad agire del singolo individuo leso direttamente e non di riflesso da un danno all'ambiente inteso come danno alla persona.

Alla luce delle considerazioni svolte, possiamo con qualche certezza affermare che la riforma sembra consolidi definitivamente una configurazione dell'ambiente in termini di diritto della persona, configurazione che se era già stata elaborata da un coraggioso orientamento giurisprudenziale e dottrinale, oggi risulta in linea con le altre Costituzioni europee.

Occorre oggi uno sforzo interpretativo diretto a superare il vuoto di tutela determinato dalla carenza di legittimazione individuale in tema di danno ambientale, garantendo al singolo cittadino la possibilità di adire le Corti, avvalendosi di rimedi effettivi e rapidi, così come intimato dalla Corte europea. L'ambiente, quale diritto fondamentale della persona, per di più, condizione esistenziale determinante per ciascun individuo, non può essere relegato in una posizione di subordine rispetto agli altri diritti fondamentali, laddove leso, rivendicando legittimamente i medesimi rimedi di tutela individuale. Il singolo individuo, danneggiato il suo habitat esistenziale, deve poter avvalersi dell'armamentario posto a tutela dei diritti della persona. Diversamente l'inserimento dell'ambiente tra i diritti fondamentali operato dalla riforma costituzionale rischia di confinarsi nelle strettoie di una mera affermazione declamatoria, una vuota formula i cui toni altisonanti finiscono, pur sempre, con mascherare un pericoloso ed ingiustificabile vuoto di tutela.



## ABSTRACT

*Il saggio propone una riflessione sull'ambiente come diritto fondamentale della persona autonomo rispetto al paesaggio e sulle conseguenze in termini di bilanciamento a seguito della riforma dell'art. 9 della Costituzione. La riforma consolida, secondo l'autore, un processo di autonomizzazione dell'ambiente connesso alla sua affermazione come valore personale, condizione esistenziale determinante la qualità della vita. Si assiste alla fine di una formale indistinzione che non si traduce, tuttavia, in rigida contrapposizione, piuttosto in costante interazione. L'ambiente, pur distinguendosi dal paesaggio, in qualche modo lo ricomprende, laddove come elemento determinante la qualità della vita, ne presuppone la conservazione. In questo contesto la costituzionalizzazione dell'ambiente come diritto fondamentale autonomo comporterà precise conseguenze. Nel conflitto con il diritto al paesaggio, tipici i casi di costruzione di impianti eolici, accusati più volte di minacciare l'estetica del paesaggio, il conflitto andrà risolto bilanciando diritti di pari rango, nessuno rivendicante posizioni tiranne. Nelle più recenti pronunce si assiste, infatti, ad un radicale capovolgimento di approccio sul tema. Il tema dell'intangibilità del paesaggio non è più difendibile come dato presupposto, laddove la costruzione di impianti fotovoltaici viene considerata come un'evoluzione dello stile costruttivo accettata dall'ordinamento e dalla sensibilità collettiva. La valorizzazione dell'estetica è chiamata allora a dialogare con una esigenza prioritaria, la salute del pianeta, che è, al pari, non anche a dispetto, delle bellezze naturali, condizione esistenziale, in nome cioè della comune direzione verso l'obiettivo della qualità della vita. Si tratterà di bilanciare valori di pari rango e colmare possibili vuoti di tutela, così come nelle ipotesi di conflitto con diritti di natura economica emergenti nei casi di inquinamento ambientale.*

*The essay proposes a reflection on the environment as a fundamental right of the person independent of the landscape and the consequences in terms of balance following the reform of art. 9 of the Constitution. The reform consolidates, according to the author, a process of autonomization of the environment related to its affirmation as a personal value, an existential condition determining the quality of life. We are witnessing the end of a formal indistinctness that does not, however, translate into rigid opposition, rather into constant interaction. The environment, while distinguishing itself from the landscape, in some way includes it, where as a determining element the quality of life, presupposes its preservation. In this context the constitutionalization of the environment as an autonomous fundamental right will have specific consequences. In the conflict with the right to the landscape, typical cases of construction of wind farms, repeatedly accused of threatening aesthetics of the landscape, the conflict will be resolved by balancing equal rights, no claiming tyrant positions. The most recent pronouncements show a radical reversal of the approach to the subject. The theme of the*

*intangibility of the landscape is no longer defensible as a given assumption, where the construction of photovoltaic systems is considered as an evolution of the constructive style accepted by the order and collective sensitivity. The enhancement of aesthetics is then called to dialogue with a priority need, the health of the planet, which is, equally, not even in spite of, natural beauty, existential condition, in the name of the common direction towards the goal of quality of life. It will be a matter of balancing values of equal rank and filling possible gaps in protection, as well as in the event of conflict with emerging economic rights in cases of environmental pollution.*

## A proposito di Procura europea e contrasto alla criminalità ambientale

MORRIS MARINI

SOMMARIO: 1. La Procura europea “*in a nutshell*”. – 2. La questione della competenza. – 3. Le basi legali di una possibile estensione di competenza. – 4. *Green Deal* europeo: ecologia di un cambiamento radicale. – 5. Una breve parentesi. Inclusione, giustizia ed equità: nuove *key-words* per l’Unione europea. – 6. La criminalità ambientale: uno sguardo ai dati. – 7. L’intervento dell’Unione europea: tra azioni fallite e “una nuova speranza”. – 8. Revisione della direttiva e competenza della Procura europea sulla criminalità ambientale. – 9. La responsabilità degli enti per danno ambientale. – 10. Riflessioni conclusive.

### 1. *La Procura europea “in a nutshell”*

L’ufficio della Procura europea ha di recente visto la luce in ventidue Paesi dell’Unione (escluse Danimarca, Irlanda, Polonia, Svezia e Ungheria): dall’1 giugno 2021<sup>1</sup>, infatti, è attivo tale inedito organo investigativo sovranazionale, che ha lo specifico compito di indagare ed esercitare l’azione penale rispetto, come si vedrà meglio in seguito, ai fatti criminosi lesivi degli interessi finanziari eurounitari.

Per l’attuazione dell’EPPO – acronimo dell’inglese *European Public*

<sup>1</sup> D.Lgs. 2 febbraio 2021, n. 9, “Disposizioni per l’adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento 2017/1939/UE del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata sull’istituzione della Procura europea ‘EPPO’”, su cui, per tutti, M.R. MARCHETTI, *Procura europea: la normativa interna di collegamento*, in *Diritto penale e processo*, 2021, pp. 859 e ss. e L. SALAZAR, *L’adeguamento interno da parte italiana al regolamento Eppo alla vigilia dell’avvio delle prime indagini*, in *Sistema penale*, 2021, 4, pp. 53 e ss.

*Prosecutor's Office* – si è dovuto attendere circa un ventennio<sup>2</sup>. Il progetto prende avvio da un corposo studio accademico elaborato sul finire del secolo scorso su impulso della Commissione<sup>3</sup>, ambiziosamente intitolato “*Corpus Juris*” – a cui è seguita, dopo un intenso dibattito, una seconda versione, del 2000 –: in esso si prevedeva, nella sostanza, oltre alla creazione di una istituzione inquirente e requirente in grado di agire in uno “spazio giudiziario europeo”, superando i confini fra gli Stati, anche l’introduzione e la codificazione di una serie di norme comuni di diritto penale sostanziale e processuale<sup>4</sup>.

Successivamente, la Commissione stessa (e non solo) ha sviluppa-

<sup>2</sup> “Vent’anni di progetti pionieristici, infiniti dibattiti politici ed estenuanti negoziazioni”: in tal senso, M. GIALUZ, *L’attività di indagine della Procura europea tra ambiguità normative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, 2022, 1, pp. 3 e ss. Leggasi, inoltre, M. FIDELBO, *La cooperazione rafforzata come modalità d’istituzione della procura europea. Scenari futuri di un dibattito ancora in evoluzione*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2016, p. 94, secondo cui “lo scarto temporale tra l’idea di una Procura europea e la redazione di un concreto testo normativo non è irrilevante, non solo perché dimostra le difficoltà politiche di realizzazione, ma anche perché prova l’insufficienza delle soluzioni che, *medio tempore*, hanno tentato di far fronte al sempre più rilevante problema delle frodi al bilancio dell’Unione”.

<sup>3</sup> Precisamente, l’iniziativa è stata del Direttore generale per il controllo finanziario della Commissione. Cfr. Commissione europea, *Analisi comparata dei rapporti degli Stati membri relativi ai provvedimenti presi a livello nazionale per contrastare lo spreco e la distrazione dei fondi comunitari e Documento di sintesi*, del 13 novembre 1995, COM(95) 556; *Studio comparato sulla tutela degli interessi finanziari della Comunità*, v. I-III, 1992-1994; *Studio sui sistemi di sanzioni amministrative e penali negli Stati membri delle Comunità europee*, v. I-II, 1994. Nella dottrina italiana, v. G. GRASSO, *Il “Corpus Juris” e le prospettive di formazione di un diritto penale dell’Unione europea*, prefazione a R. SICURELLA (a cura di), *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell’Unione europea*, Milano, 1997; ancora G. GRASSO, *La protezione degli interessi finanziari comunitari nella prospettiva della formazione di un diritto penale europeo*, in *Criminalia*, 2006, pp. 93 e ss.

<sup>4</sup> M. DELMAS-MARTY (a cura di), «*Corpus Juris*» portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l’Union européenne, Parigi, 1997, trad. it. R. SICURELLA (a cura di), *Verso uno spazio giudiziario europeo*, cit.; M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (a cura di), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats membres*, Anversa, Groninga, Oxford, 2000, trad. it. G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Corpus juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003.

to detta impostazione di base, tanto con l'adozione di un Libro verde<sup>5</sup>, quanto nell'abortito progetto di Costituzione europea<sup>6</sup>.

Ma il vero punto di svolta lo si è avuto più di recente, con l'entrata in vigore, nel 2009, del Trattato di Lisbona<sup>7</sup> e la relativa creazione di un esplicito fondamento giuridico, ossia l'art. 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea<sup>8</sup>. Tale norma, invero, ha dunque previsto la possibilità, per il Consiglio, d'istituire un "accusatore continentale"<sup>9</sup>, oltre a disciplinarne, sinteticamente, le modalità e le competenze.

Partendo dall'articolata disciplina contenuta nelle *European Mo-*

<sup>5</sup> Commissione europea, *Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea*, dell'11 dicembre 2001, (COM)2001 715 def., cui è seguita una consultazione pubblica e i relativi risultati sono confluiti in Commissione europea, *Rapporto sulle reazioni al Libro verde relativo alla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e alla creazione di una procura europea*, del 19 marzo 2003, (COM)2003 128 def. In merito, E. MEZZETTI, *Quale giustizia penale per l'Europa? Il libro verde sulla tutela degli interessi finanziari e sulla creazione di un pubblico ministero europeo*, in *Cassazione penale*, 2002, pp. 3953 e ss.

<sup>6</sup> All'art. III-274 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, infatti, era già al tempo inserita una disposizione sulla possibilità di istituire una procura europea, del tutto simile all'attuale art. 86 TFUE, su cui v. *infra*.

In generale, invece, nell'amplissima mole saggistica in riferimento al progetto di costituzione europea, si rinvia a P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2022; F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *La Costituzione europea*, Bologna 2004; M. SCUDIERO (a cura di), *Il Trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2005. Con prospettiva utile anche alla trattazione successiva, poi, A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi Studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009.

<sup>7</sup> Rispetto ai profili penalistici *post* introduzione del Trattato di Lisbona, tra la vasta produzione scientifica, vedansi G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2347; G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 724; C. SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 1159.

<sup>8</sup> Per un'analisi, v., *ex plurimis*, M. CASTELLANETA, *Commento all'art. 86 TFUE*, in A. ADINOLFI, F. POCAR. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 687; M. VAUDANO, A. VENEGONI, *Commento all'art. 86 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, pp. 934 e ss.

<sup>9</sup> Espressione presa a prestito da L. PRESSACCO, *Profili ordinamentali del Pubblico ministero europeo*, in *Cassazione penale*, 2018, p. 4401.

*del Rules for the Procedure of the Future European Public Prosecutor's Office*<sup>10</sup>, si è giunti dapprima a una proposta di regolamento risalente al 2013<sup>11</sup> e infine, al termine di non facili trattative, al Regolamento n. 1939/2017/UE<sup>12</sup>, fondativo del pubblico ministero europeo, approvato mediante la procedura di cooperazione rafforzata, vista l'opposizione di alcuni Paesi membri<sup>13</sup>. In merito a quest'ultimo profilo – considerato che assumerà anche valore di ricerca *infra* – è lo stesso art. 86, par. 1, TFUE a prevedere un *iter* legislativo speciale per cui – in estrema sintesi – “il Consiglio delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento”, ma, in caso di assenza di accordo compatto<sup>14</sup>, se almeno nove Stati mem-

<sup>10</sup> *European Model Rules for the Procedure of the Future European Public Prosecutor's Office*, documento pubblicato nel 2013, predisposto da un Gruppo di lavoro coordinato dalla prof.ssa Katalin Ligeti e finanziato dalla Commissione, in commento del quale, si rinvia a G. DI PAOLO, *Note a margine della recente proposta di istituzione di una Procura europea contenuta nelle Model Rules for the Procedure of the Future European Public Prosecutor's Office*, in F. RUGGIERI, T. RAFARACI, G. DI PAOLO, S. MARCOLINI, R. BELFIORE (a cura di), *Processo penale, lingua e Unione Europea*, Padova, 2013, pp. 129 e ss.

<sup>11</sup> Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea, del 17 luglio 2013, COM(2013) 534, rispetto alla quale, fra i molti, S. ALLEGREZZA, *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Idee di ieri, chances di oggi, prospettive di domani*, in *Diritto penale contemporaneo* online, 31 ottobre 2013; A. CANDI, *Struttura, compiti, indipendenza e responsabilità del pubblico ministero europeo nella proposta della Commissione europea del 17 luglio 2013*, in *Diritto penale contemporaneo* online, 30 gennaio 2014; ma anche, diffusamente, V. SCIARABBA, *L'istituzione della Procura europea e la cooperazione rafforzata: nuove prospettive?*, in *www.europeanrights.edu*, 31 maggio 2017.

<sup>12</sup> Regolamento n. 1939/2017/UE, del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea (EPPD), commentato, tra gli altri, da L. CAMALDO, *L'istituzione della Procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cassazione penale*, 2018, pp. 958 e ss.; L. SALAZAR, *Habemus EPPD! La lunga marcia della Procura europea*, in F. CARINGELLA, F. FALATO (a cura di), *Scritti di cooperazione giudiziaria penale*, Roma, 2018, pp. 113 e ss. (altresì pubblicato in *Archivio penale web*, 2017, 3); E. TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea (EPPD): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza*, in *Archivio penale web*, 2019, 3.

<sup>13</sup> In merito, si legga C. FASONE, *Parlamenti nazionali e controllo di sussidiarietà: il secondo “cartellino giallo” sull'istituzione della Procura europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 165 e ss.

<sup>14</sup> Trattasi di quello che è stato definito “meccanismo del cd. freno d'emergenza”:

bri ne fanno richiesta, è possibile, come poi avvenuto, “instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di regolamento”<sup>15</sup>.

## 2. *La questione della competenza*

A fornire un primo perimetro rispetto ai reati per cui il neo-ufficio è chiamato a svolgere le proprie funzioni è lo stesso art. 86, il quale si apre, infatti, in tal senso: “per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione”. A detta generica formula, poi, deve seguire una migliore definizione di ciò che rientra e di ciò che rimane escluso dalla sfera del procuratore sovranazionale: è il successivo secondo paragrafo a demandare tale specificazione al regolamento attuativo. La versione infine adottata di quest’ultimo, però, non contiene una disciplina esplicita e autonoma, ma, all’art. 22, par. 1, ha optato per un rinvio esterno alle fattispecie contemplate nella Direttiva n. 2017/1371/UE (cd. direttiva PIF)<sup>16</sup>, come traslate nel diritto nazionale<sup>17</sup>.

v., tra gli altri, N. PARISI, *La Procura europea: un tassello per lo spazio europeo di giustizia penale*, in *I quaderni europei*, 48, 2013, p. 8.

<sup>15</sup> Il nuovo organo inquirente europeo è qualificato dall’art. 8 del Regolamento n. 1939/2017/UE, diversamente da quanto immaginato nei progetti precedenti, come ufficio unico e indivisibile, ma con struttura decentrata e gerarchica, nel senso che, da un lato, il coordinamento e la direzione delle indagini spetta all’organo centrale, dall’altro, “la conduzione operativa dell’attività inquirente è affidata ai procuratori delegati, i quali vi procedono applicando le norme vigenti nei singoli Stati membri di appartenenza”: così, M. GIALUZ, *op. cit.*, p. 7. In proposito, cfr. anche, per una sintesi efficace, A. BERNARDI, *Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della Procura europea*, in *Sistema penale*, 2021, 11, pp. 28 e 29 ed E. ZANETTI, *La via italiana alla procura europea nella delega per l’implementazione del Regolamento (UE) 2017/1939*, in *Processo penale e giustizia*, 2020, pp. 264 e ss.

<sup>16</sup> Direttiva n. 2017/1371/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale, su cui, *ex plurimis*, E. BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 2017, 12, pp. 66 e ss.; C. GUIDI, *Considerazioni sulla direttiva PIF del 2017 e sulla modifica della norma sul tentativo nei reati tributari*, in *Studi senesi*, 2022, pp. 237 e ss.; N. PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, 9.

<sup>17</sup> *Amplius*, R. SICURELLA, *Le conseguenze dell’istituzione della Procura europea negli Stati membri dell’Unione. Profili di diritto penale sostanziale*, in V. BAZZOCCHI (a cura

L'idea di fondo era la strutturazione di un organo in grado di operare in modo più incisivo ed effettivo, rispetto a quanto avveniva con gli strumenti più tradizionali di coordinamento e cooperazione investigativi, sulla tutela, appunto, degli interessi finanziari dell'Unione europea, intesi come "tutte le entrate e le spese e i beni coperti o acquisiti oppure dovuti in virtù del bilancio dell'Unione e dei bilanci delle istituzioni, organi, uffici e agenzie stabiliti a norma dei trattati o dei bilanci da questi gestiti o controllati" (art. 2, par. 3)<sup>18</sup>. L'inerzia dei vari Paesi membri e, comunque, le ampie differenze fra gli stessi in seno alla repressione degli illeciti in discussione, invero, non hanno fatto altro che accrescere sempre più, nel corso del tempo, la necessità di agire in modo uniforme da parte delle istituzioni eurounitarie<sup>19</sup>.

Già tra le disposizioni finali della Proposta del 2013 si prevedeva che la Commissione presentasse un documento valutativo quinquennale dell'attuazione del regolamento e che questo dovesse contenere "[del]le conclusioni sulla fattibilità e sull'opportunità di estendere le attribuzioni della Procura europea ad altri reati". Si menzionava, inoltre, la possibilità per l'esecutivo unionale di "raccomandare al Consiglio europeo di estendere le attribuzioni" del pubblico ministero sovranazionale<sup>20</sup>. Le trattative, tuttavia, hanno imposto diverse modifiche all'articolato, tanto che dette indicazioni non sono state accolte e, dunque, non sono presenti nella versione definitiva del Regolamento n. 1939/2017/UE.

Ciononostante, le ipotesi di un possibile allargamento delle competenze dell'organo in discussione ad altri settori della criminalità eu-

di), *La protezione dei diritti fondamentali e procedurali dalle esperienze investigative dell'OLAF all'istituzione del Procuratore Europeo*, 2014, pp. 142 e ss., reperibile sulla rete interconnessa; D. VILAS ÀLVAREZ, *The material competence of the European Public Prosecutor's Office*, in L. BACHMAIER WINTER (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. The Challenge Ahead*, Berlino, 2018, pp. 25 e ss.

<sup>18</sup> Sul punto, A. VENEGONI, *Protezione degli interessi finanziari dell'UE: ripartizioni di ruoli tra OLAF e futuro Procuratore europeo*, in V. BAZZOCCHI (a cura di), *La protezione dei diritti*, cit., p. 217; ID., *La tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Napoli, 2018; A. VENEGONI, *Il concetto di "interessi finanziari dell'Unione europea" e il diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2018, pp. 4382 e ss.

<sup>19</sup> In merito, si vedano i dati riportati in R. LOPEZ, *Riparto di giurisdizione e Procura europea*, in *Processo penale e giustizia*, 2021, p. 702.

<sup>20</sup> Così l'art. 74, Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea, cit.



ropea transnazionale sono comunque ampiamente circolate nel corso tempo.

Per esempio, solo pochi anni addietro, quando l'Europa – e, in particolare, alcuni suoi importanti Membri – ha subito una serie preoccupante di attacchi terroristici, fu la stessa Commissione a invitare a “decidere di estendere le competenze dell'EPPO ai reati di terrorismo che interessano più Stati membri”<sup>21</sup>: la questione è stata oggetto di ampio dibattito nei vari Paesi dell'Unione – e in diversi di essi ha suscitato non poche polemiche<sup>22</sup> –, ma è andata successivamente affievolendosi e non ha portato ad atti concreti<sup>23</sup>.

Attualmente, inoltre, in relazione alla guerra d'aggressione della Fe-

<sup>21</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un'Europa che protegge un'iniziativa per estendere le competenze della Procura europea (EPPO) ai reati di terrorismo transfrontaliero*, 12 settembre 2018, COM(2018) 641 final. L'allora Presidente della Commissione, Jean-Claude Juncker, aveva anticipato tale intenzione nel suo discorso del 13 settembre 2017 (reperibile sulla rete interconnessa): “Ritengo quanto mai opportuno incaricare la nuova Procura europea di perseguire i reati di terrorismo transfrontaliero”. Per un'analisi della comunicazione, v. J. JUSZCAK, E. SASON, *Fighting Terrorism through the European Public Prosecutor Office (EPPO)? What Future for the EPPO in the EU's Criminal Policy?*, in *eurocrim*, 2019, 1, pp. 66 e ss.

<sup>22</sup> In Italia, plurime sono state le riserve avanzate: per un sunto, cfr. S. MONICI, *Botta e risposta sulla Procura europea tra il Sottosegretario alla Giustizia e l'Unione delle Camere Penali. Resta ancora lontana la sua realizzazione?*, in *Eurojus.it*, 3 febbraio 2015.

<sup>23</sup> In argomento, nella dottrina, fra le diverse voci, G. BORGIA, *Pubblico ministero europeo: tra presente e passato, nuove prospettive alla luce dei recenti atti di terrorismo*, in *Archivio penale web*, 2016, 2; L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, cit., pp. 58 e ss.; R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto penale “armonizzato”? Le questioni in gioco*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 17 dicembre 2013, p. 20; A. VENEGONI, *Il Procuratore Europeo e la lotta contro i reati di terrorismo: un connubio impossibile?*, in *Questione giustizia*, 12 gennaio 2015. Più diffusamente, inoltre, A. NATO, *The European Public Prosecutor's Office between counter-terrorism and strengthening of the European citizens' safety*, in *Civitas Europa*, 2016, 4, pp. 317 e ss. Piuttosto critica L. SEILER, *L'extension de la compétence matérielle du Parquet européen*, in C. CHEVALLIER-GOVERS, A. WEYEMBERGH (a cura di), *La création du Parquet européen. Simple évolution ou révolution au sein de l'espace judiciaire européen?*, 2021, Bruxelles, pp. 418 e ss.

Sul piano politico, invece, tra i molti esponenti di primo piano esposti in favore di una soluzione unitaria al problema, il Presidente francese Emmanuel Macron: vedasi il suo discorso sul rilancio dell'integrazione europea, pronunciato il 26 settembre 2017 alla Sorbonne Université, il cui video e relativo testo sono reperibili sulla rete interconnessa.

derazione Russa contro l'Ucraina, le istituzioni europee si sono attivate al fine di “riconosc[ere la] violazione delle misure restrittive dell'Unione come una sfera di criminalità che risponde ai criteri”<sup>24</sup> di cui all'articolo 83, par. 1, TFUE<sup>25</sup>, tanto che non solo si è di recente giunti a una proposta di direttiva volta al raggiungimento di siffatto obiettivo<sup>26</sup>, ma si è anche aperto un movimento sulla conseguente possibile estensione delle funzioni dell'ufficio *de quo* agli illeciti richiamati<sup>27</sup>.

Tra le varie “macroaree” di cui si è dibattuto, e si dibatte a tal fine, poi, vi è senz'altro la criminalità ambientale, per tale intendendosi – quantomeno a livello europeo, in assenza di una definizione universalmente accettata – “*any illegal action with a negative, harming impact on the environment*”<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Decisione n. 2022/2332/UE del Consiglio, del 28 novembre 2022, relativa al riconoscimento della violazione delle misure restrittive dell'Unione come una sfera di criminalità che risponde ai criteri di cui all'articolo 83, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

<sup>25</sup> Tale articolo verrà meglio approfondito in seguito: v. *infra*, parr. 3 e 7.

<sup>26</sup> Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alla definizione dei reati e delle sanzioni per la violazione delle misure restrittive dell'Unione, del 2 dicembre 2022, COM(2022) 684 final, che si trova attualmente in fase di dibattito presso il Parlamento europeo.

<sup>27</sup> Nuovamente a livello politico, si abbia riguardo all'OP-ED dei ministri di giustizia francese e tedesco: E. DUPOND-MORETTI, M. BUSCHMANN, *Violations of EU sanctions must be prosecuted by the European Public Prosecutor's Office*, in *Le Monde*, 29 novembre 2022. In similare prospettiva, pure la Procuratrice capo europea, Laura Codruța Kövesi: v. il suo discorso tenuto al Bundestag e pubblicato, il 9 novembre 2022, reperibile sulla rete interconnessa, nelle cui ultime righe si legge: “*yes, extending our competence would require reopening our founding regulation. But we need a serious revision of our founding regulation anyhow. Much sooner than initially planned*”.

Circa la proposta di direttiva, si veda V. GHEORGHE (rel.), *Parere della Commissione per i bilanci*, 12 giugno 2023, reperibile sulla rete interconnessa, nella cui breve motivazione si legge: “l'EPPO dovrebbe avere lo stesso livello di accesso alle informazioni delle autorità nazionali competenti, anche in vista di un potenziale ampliamento delle sue competenze al fine di includervi la lotta contro l'elusione delle sanzioni”; successivamente, vengono proposti diversi emendamenti al fine di raggiungere tale obiettivo.

<sup>28</sup> La definizione è contenuta nel *Report on Environmental Crime in Europe*, del 20 febbraio 2015, sviluppato da Europol ed EnviCrimeNet nell'ambito dell'*Intelligence Project on Environmental Crime*, p. 7, che prosegue in tal senso: “*the European Commission suggests that this covers acts which “breach environmental legislation and cause significant harm or risk to the environment and human health”*. In extension,

Infatti, non soltanto diverse voci in dottrina, nel corso degli anni, hanno condiviso l'idea<sup>29</sup>, ma, pure nell'attuale legislatura europea – come meglio si vedrà in seguito –, si registra, almeno da parte di alcuni, un certo interesse verso l'istituzione di una cd. Procura verde europea<sup>30</sup>.

Allo stato, occorre ricordare che l'unico, eventuale modo affinché l'e-co-criminalità possa essere trattata dal procuratore europeo è quando i relativi reati siano, come dettato dall'art. 22, par. 3, Reg. n. 1393/2017, "indissolubilmente conness[i]<sup>[31]</sup> a una condotta rientrante nell'ambito di applicazione del paragrafo 1 del presente articolo" (competenza accessoria)<sup>32</sup>. Viene però espressamente previsto un rinvio al successivo

*environmental crime also includes offences in relation to endangered species (fauna and flora), which is often referred to under different names such as wildlife or CITES crime*".

Nella produzione accademica italiana, tra i molti che hanno analizzato la tematica del bene giuridico ambiente in relazione al diritto penale, v., per tutti, M. CATENACCI, *I reati ambientali e il principio di offensività*, in M. CATENACCI, G. MARCONI, *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009, pp. 291 e ss.

<sup>29</sup> Si legga, fra gli esempi più recenti, V. MITSILEGAS, E. FASOLI, F. GIUFFRIDA, M. FITZMAURICE, *The Legal Regulation of Environmental Crime. The International and European Dimension*, in *Queen Mary Studies in International Law*, 2022, 47, pp. 281 e ss., nonché V. MITSILEGAS, F. GIUFFRIDA, *The Role of EU Agencies in Fighting Transnational Environmental Crime, New Challenges for Eurojust and Europol*, Boston, Leiden, 2017, sub par. 7. Diversi altri saggi accademici, comunque, verranno citati nel prosieguo della trattazione.

<sup>30</sup> Sul punto, sinteticamente, T. WAHL, *EP Demands Extension of EPPO Mandate to Environmental Offences*, in *eurocrim*, 6 luglio 2021. Si veda, inoltre, il documento del parlamentare europeo V. GHEORGHE, *Infrac iunile asupra mediului, 38% din finan area ilegal a conflictelor armate pe plan interna tional*, pubblicato nel suo sito internet, ma anche EIUDEM, *Why the EU now needs a 'Green Prosecutor'*, in *euroserver.it*, 7 luglio 2021. Nel primo dei testi citati si afferma che "in una riunione congiunta della Commissione per le petizioni (PETI) e della Commissione giuridica (JURI) del Parlamento europeo, molti eurodeputati, nonché rappresentanti della Commissione europea, della Procura europea, di Europol e di organizzazioni non governative hanno espresso il loro sostegno all'istituzione di una Procura verde europea" (il documento è disponibile solo in lingua rumena, pertanto la traduzione qui presentata è a cura dell'Autore).

<sup>31</sup> Nella versione in inglese: "inextricably linked".

<sup>32</sup> Un esempio di questo tipo potrebbe essere la recentissima notizia, fornita dalla Procura europea stessa (reperibile al suo sito internet), di un'indagine nei confronti della società pubblica che gestisce il servizio idrico di Palermo, che avrebbe ottenuto un prestito dalla Banca Europea per gli Investimenti violando la normativa ambientale. L'articolo, in realtà, riferisce che l'unico reato contestato è quello di indebita percezione

art. 25, par. 3, Reg. n. 1939/2017, in base al quale l'EPPO può declinare la propria competenza in favore di quella dell'autorità nazionale in due ipotesi, ossia qualora: a) “la sanzione massima prevista dal diritto nazionale per un reato rientrante nell'ambito di applicazione dell'art[. 22, par. 1, sia] equivalente o meno severa della sanzione massima per il reato indissolubilmente connesso di cui all'art[. 22, par. 3], a meno che quest'ultimo reato non sia stato strumentale alla commissione del reato rientrante nel campo di applicazione dell'art[. 22, par. 1]”; oppure b) “vi [sia] motivo di presumere che il danno reale o potenziale per gli interessi finanziari dell'Unione causato da un reato di cui all'art[.] 22 non sia superiore al danno reale o potenziale arrecato a un'altra vittima”<sup>33</sup> (competenza residuale o condizionata o, ancora, per alcuni, ancillare).

Com'è già stato ampiamente osservato in dottrina, l'articolato sovranazionale non fornisce una vera e propria definizione di connessione, non detta dei criteri chiari e precisi al fine di circoscrivere l'estensione *ratione materiae* delle attribuzioni dell'organo investigativo, sì che “le indicazioni sono scarse e non tali da rendere realmente definite e prevedibili le ipotesi in cui la Procura europea può ritenersi legittimata ad avviare proprie indagini”<sup>34</sup>.

di erogazioni pubbliche (previsto nella competenza ordinaria dell'EPPO) e non è dunque chiaro se le citate infrazioni ambientali siano di carattere amministrativo o penale. Tuttavia – seppur ragionando per pura ipotesi –, in quest'ultimo caso, i fatti criminosi sarebbero in modo evidente “indissolubilmente connessi” e rientrerebbero entrambi, di conseguenza, nelle attribuzioni del procuratore sovranazionale (salva, ovviamente, la clausola dell'art. 25, par. 3, Reg. n. 1939/2017/UE, di cui si dà conto nel testo).

<sup>33</sup> *Amplius*, su tali profili, tra i molti, V. MILITELLO, *La competenza materiale della Procura europea. Un diritto penale europeo a geometria variabile?*, in G. DI PAOLO, L. PRESSACCO, R. BELFIORE, T. RAFARACI (a cura di), *L'attuazione della Procura Europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Napoli, 2022, pp. 21 e ss.; R. SICURELLA, *Uno, nessuno, ventidue. Ovvero l'incertezza del diritto nel contrasto delle frodi europolitane*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2019, p. 71.

<sup>34</sup> Citazione da V. TONDI, *Reati ambientali e coordinamento investigativo*, Tesi di Dottorato, reperibile sulla rete interconnessa, 2021, p. 308, la quale richiama dottrina conforme e si diffonde ampiamente in un'analisi delle problematiche connesse alla questione *de qua*. In termini non dissimili, M. FIDELBO, *La cooperazione rafforzata come modalità d'istituzione della procura europea. Scenari futuri di un dibattito ancora in evoluzione*, Tesi di Dottorato, reperibile sulla rete interconnessa, 2016, pp. 70 e ss. Più di recente, v., inoltre, N. GALANTINI, *Giurisdizione e competenza nella disciplina della*

### 3. *Le basi legali di una possibile estensione di competenza*

Occorre, a questo punto, verificare se l'ordinamento eurounitario consenta un allargamento delle competenze dell'EPPO e, in caso di risposta affermativa, quali siano le condizioni.

Se il medesimo art. 86 TFUE, in apertura, ammette espressamente – come visto – l'istituzione di una Procura europea “per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione”, il successivo quarto paragrafo contempla quella che è stata definita come “clausola in bianco”<sup>35</sup>: ossia la possibilità che il Consiglio adotti una decisione al fine di modificare il primo ed estendere, dunque, le attribuzioni del suddetto organo investigativo “alla lotta contro la criminalità grave che presenta una *dimensione transnazionale*”; la norma si chiude, inoltre, richiedendo l'*unanimità* del Consiglio nella sua deliberazione e, in ogni caso, sempre “previa approvazione del Parlamento e previa consultazione della Commissione”.

Prima di sviscerare i due requisiti “sostanziali” da soddisfare, occorre partire da quest'ultimo profilo procedurale. Ci si chiede, cioè, se l'unanimità debba esserci solamente in seno ai Paesi partecipanti alla cooperazione rafforzata, oppure vada riferita a tutti gli Stati dell'Unione<sup>36</sup>. Sul

*Procura europea: una sintesi della complessa disciplina di fonte regolamentare*, in *Milan Law Review*, 2022, 3, 1, pp. 42 e 43.

<sup>35</sup> V. M. PELISSERO, *Competenza della Procura europea e scelte di incriminazione: oltre la tutela degli interessi finanziari*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, p. 114 (nonché, pp. 119 e ss.), il quale parla di “norma passerella” che consente di rafforzare la politica criminale europea, affiancando alla armonizzazione del diritto penale sostanziale l'unità delle indagini sul piano processuale”.

<sup>36</sup> In teoria, dovrebbero rimanere escluse Danimarca e Irlanda, che, a norma dei Protocolli 19 e 22, si trovano in una situazione di *opt-out* rispetto allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia di cui al Titolo V TFUE. Sul punto, più dettagliatamente, si rinvia, per tutti, a S. MONTALDO, *L'integrazione differenziata e la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale nell'UE: il caso degli opt-out di Regno Unito, Irlanda e Danimarca*, in *Legislazione penale web*, 2016. *Amplius*, nella vasta produzione scientifica S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Napoli, 2015; ma anche A. MIGLIO, *Integrazione differenziata e principi strutturali dell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2020 ed E. PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, Bari, 2018.

punto, la dottrina appare divisa: da un lato, quella straniera sembrerebbe propendere per la seconda soluzione, ritenendo necessario il consenso di ogni membro<sup>37</sup>; dall'altro, tra gli accademici italiani, invece, v'è una netta maggioranza di opinioni a favore della prima delle ipotesi citate<sup>38</sup>.

Come rilevato da alcuni, infatti, l'art. 86 TFUE costituisce *lex specialis* rispetto alle norme dettate dal Trattato per la cooperazione rafforzata; tuttavia, è il suo stesso primo paragrafo, comma terzo, secondo capoverso ad affermare comunque l'applicabilità delle disposizioni generali<sup>39</sup>, dunque degli artt. da 326 a 334 TFUE. Ebbene, dato che l'art. 86, par. 4, TFUE è silente rispetto al tipo di unanimità richiesta, è necessario appunto ricorrere alla *lex generalis* e, segnatamente, a quanto dettato dall'art. 330 TFUE, a mente del quale “tutti i membri del Consiglio possono partecipare alle sue deliberazioni, ma solo i membri del Consiglio

<sup>37</sup> Si veda, per esempio, L. SEILER, *L'extension de la compétence matérielle du Parquet européen*, cit., pp. 410 e 411; J. JUSZCAK, E. SASON, *Fighting Terrorism through the European Public Prosecutor*, cit., p. 69; K. LIGETI, *Toward a Prosecutor for the European Union*, Vol. 1, Oxford, 2012, p. 2; J.J.E. SCHUTTE, *Establishing Enhanced Cooperation Under Article 86 TFEU*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon*, L'Aia, 2015, p. 195, dove si afferma: “in that case, all its members, including the heads of government of Denmark, the UK and Ireland, including the President of the Commission, as well as the President of the European Council, have the right to take part in the vote, even if the regulation establishing the EPPO has been adopted in enhanced cooperation and is applicable in a limited number of Member States only”. *Contra* V. SCIARABBA, *L'istituzione della Procura europea e la cooperazione rafforzata: nuove prospettive?*, cit., p. 15, il quale parla di conclusione “palesamente incongrua”.

<sup>38</sup> Cfr. S. ALLEGREZZA, *Statuto e poteri del pubblico ministero europeo*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea* (Atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Milano, 24-26 ottobre 2014), Milano, 2015, p. 286, secondo cui “sembra avere poco senso vincolare l'aumento di competenza all'unanimità di tutti gli Stati membri, includendovi anche quelli estranei all'iniziativa” (similmente, S. ALLEGREZZA, *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione*, cit., p. 3), nonché N. PARISI, *Commento all'art. 86 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano 2014, p. 928, la quale afferma: “sarebbe incongruente pretendere il voto favorevole anche di quegli Stati che hanno preferito non partecipare alla stessa istituzione della Procura” (simile opinione espressa anche in N. PARISI, *La Procura europea*, cit., p. 11).

<sup>39</sup> Precisamente: “in tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata” (corsivo dell'Autore).

che rappresentano gli Stati membri partecipanti ad una cooperazione rafforzata prendono parte al voto. L'unanimità è costituita unicamente dai voti dei rappresentanti degli Stati membri partecipanti"<sup>40</sup>. La tesi contraria, all'opposto, sostanzialmente ritiene che l'art. 86, par. 1, TFUE prevede sì una procedura speciale, ma circoscritta a detta prima parte, che non si estende al quarto paragrafo, il quale, diversamente, non ha contemplato *expressis verbis* la cooperazione rafforzata o operato un rinvio, ma si è limitato a richiedere l'unanimità, senza null'altro specificare<sup>41</sup>. Ciò, probabilmente, proprio in quanto, mentre il primo paragrafo si riferisce all'adozione di un regolamento, l'ultimo, invece, concerne la modifica di un Trattato dell'Unione. E difatti, sul piano istituzionale, la stessa Commissione si è trovata a precisare che "il termine 'unanimità' [...] non si riferisce solo agli Stati membri che partecipano all'EPPO, ma include anche gli altri"<sup>42</sup>.

Passando ora ai criteri di "natura sostanziale", quanto al connotato della "criminalità grave", anzitutto, non può che venire in gioco il pa-

<sup>40</sup> Cfr. C. DI FRANCESCO MAESA, *Repercussions of the Establishment of the EPPO via Enhanced Cooperation. EPPO's Added value and the Possibility to Extend Its Competence*, in *eurocrim*, 2017, 3, p. 159 ed EAD., *EPPO and environmental crime: May the EPPO ensure a more effective protection of the environment in the EU?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, v. 9, 2, pp. 200 e 201. L'Autore, a sostegno della tesi, richiama CGUE, 16 aprile 2013, cause C-274/11 e C-295/11, Spagna e Italia c. Consiglio europeo, par. 35 ("when the conditions laid down in Article 20 TEU and in Articles 326 TFEU to 334 TFEU have been satisfied [...], provided that the Council has not decided to act by qualified majority, it is the votes of only those Member States taking part that constitute unanimity").

<sup>41</sup> V. L. SELER, *L'extension de la compétence matérielle du Parquet européen*, cit., p. 410 e 411, secondo cui: "La responsabilité en revient aux rédacteurs du traité, qui ont clairement souhaité ne pas voir la création du Parquet européen, intervenant en matière de PIF, bloquée par l'opposition de certains États membres, ce qui a conduit à l'introduction, à l'article 86, paragraphe 1, d'une procédure particulière d'autorisation de procéder à une coopération renforcée. En ce qui concerne l'extension des compétences, il aurait été possible de prévoir le recours aux dispositions des articles 329 du TUE et suivants sur la coopération renforcée pour permettre aux États membres intéressés d'élargir ce champ d'intervention. Les dispositions de l'article 86, paragraphe 4, du TFUE interdisent ce recours au mécanisme de la coopération renforcée et posent clairement le principe de l'unanimité de tous les États membres autour de la question de l'extension des compétences".

<sup>42</sup> Così, Comunicazione, *Un'Europa che protegge un'iniziativa per estendere le competenze della Procura europea (EPPO) ai reati di terrorismo transfrontaliero*, cit., p. 3.

rallelismo con l'art. 83 TFUE che, circa l'armonizzazione delle norme penali nell'area eurounitaria, parla anch'esso di "gravità", ma poi pratica una sorta di "presunzione", elencando una serie di "sfere di criminalità" che integrano il requisito (terrorismo, tratta di esseri umani, ecc.).

Come osservato, quindi, un primo metodo al fine di chiarire i contorni del "*serious crime*" – secondo l'enunciazione inglese – è quello *qualitativo*: si ricava il potenziale terreno di applicazione dell'art. 86, par. 4, TFUE, *per relationem*, ricorrendo cioè agli ambiti presi in considerazione dall'art. 83 TFUE<sup>43</sup>. Successivamente, e solo all'interno di tale delimitazione tipologica, si è proposto un metodo *quantitativo*, ricorrendo alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000<sup>44</sup>, che definisce "grave", un reato qualora preveda una pena massima di quattro anni<sup>45</sup>.

Ciononostante, il limite di detta impostazione è che non considera la non tassatività dell'art. 83 TFUE, nel senso che quest'ultimo lascia aperta la possibilità di un suo ampliamento, consentendo l'adozione di una decisione del Consiglio europeo in grado di "individua[re] altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo".

Se ne deve dedurre, a ben vedere, come il concetto in analisi sia particolarmente evanescente e lasci aperte amplissime possibilità di manovra, non essendo affatto agevole individuarne delle precise soglie<sup>46</sup>. E allora,

<sup>43</sup> La tesi è di V. MILITELLO, *La competenza materiale della Procura europea*, cit., p. 17. Si veda anche V. ODDI, *Ambiente e criminalità organizzata transnazionale: quale futuro per la cooperazione giudiziaria e di polizia?*, in *Legislazione penale*, 2022, 4, p. 253.

<sup>44</sup> Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (Palermo, 2000), entrata in vigore il 29 settembre 2003, rispetto alla quale, per tutti, E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano: la Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007.

<sup>45</sup> Ancora, V. MILITELLO, *La competenza materiale della Procura europea*, cit., p. 17. Il riferimento è all'art. 2, lett. b), Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale.

<sup>46</sup> E difatti, M.L. WADE, *Developing a Criminal Justice Area in the European Union (Study for the European Parliament)*, 2014, p. 12 (a cui si rimanda anche per ulteriori osservazioni circa il requisito *de quo*) conclude che "*serious crime is not a term for which legal meaning can be found in the member states*", sottolineando in particolare che "*above all the concept of serious crime as understood by this study is a political and not a legal term*". Più ampiamente, inoltre, sui profili della gravità del reato come delineati dall'art. 83 TFUE, si rinvia a P. ASP, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Stoccolma, 2012, pp. 78 e ss.



di volta in volta, diverse sono le chiavi di lettura che se ne forniscono e le modalità di riempimento di tale “casella vuota”. Nuovamente fra gli studiosi, ad esempio, talora s’identifica la “gravità” con una seria compromissione di un interesse fondamentale oggetto di protezione giuridica<sup>47</sup> – definizione anche questa, però, piuttosto vaga –; in altre occasioni, per di più, si è fatto riferimento all’istituzione, all’interno dei vari Paesi membri, di tribunali specializzati o sezioni di tribunali dedicate a specifiche tipologie criminali<sup>48</sup>.

In merito alla “dimensione transnazionale”, l’art. 86, par. 4, TFUE, nel secondo inciso precisa che si “modifica di conseguenza il paragrafo 2 per quanto riguarda gli autori di reati gravi con *ripercussioni in più Stati membri* e i loro complici”.

La formulazione della norma, letta nuovamente alla luce dell’art. 83, par. 1, TFUE – il quale, in una specie di variazione sul tema, specifica che il criterio *de quo* deriva “dal *carattere* o dalle *implicazioni* di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni” –, appare essere piuttosto ampia. In altre parole, facendo leva in particolare sui termini “ripercussioni” e “implicazioni”, utilizzati dalle due disposizioni, nonché sull’originale espressione “*cross-border dimension*”<sup>49</sup>, la criminalità cui si fa riferimento esula da quella i cui elementi costitutivi sono intrinsecamente transfrontalieri (p.e.: tratta di esseri umani), per abbracciare anche quella i cui reati siano commessi esclusivamente nel territorio di uno Stato, seppure con conseguenze in grado di varcare i confini nazionali<sup>50</sup>. A tale ultimo proposito, trattandosi in questa sede di illeciti ambientali, viene da pensare, ad esempio, al caso di un evento inquinante che origini entro un determinato Paese, ma che, per dimensioni, ne travalichi le frontiere.

Inoltre, secondo alcuni, dando ancora un’esegesi estensiva, la trans-

<sup>47</sup> Si legga C. DI FRANCESCO MAESA, *Verso una Procura europea? Tra effettività e diritti fondamentali*, Tesi di Dottorato, reperibile sulla rete interconnessa, 2017, p. 198.

<sup>48</sup> Così, M.L. WADE, *Developing a Criminal Justice Area in the European Union*, cit., p. 18.

<sup>49</sup> C. DI FRANCESCO MAESA, *EPPO and environmental crime*, cit., p. 196, ricorda che “*the notion of cross-border crime is therefore not identical to the one of transnational crime*”.

<sup>50</sup> In tal senso, C. DI FRANCESCO MAESA, *Verso una Procura europea?*, cit., p. 352. Adesivamente, P. ASP, *The Substantive Criminal Law*, cit., p. 87.

nazionalità è da intendersi anche qualora vi siano testimoni o imputati che si trovino o che risiedano all'estero, oppure quando prove del reato o beni a esso connessi (dunque, p.e., passibili di sequestro e/o confisca) siano a loro volta al di fuori della giurisdizione dello Stato ove il fatto è stato compiuto<sup>51</sup>. In questo senso, peraltro, potrebbe essere nuovamente d'aiuto la citata Convenzione delle Nazioni Unite di Palermo, che qualifica un reato transnazionale allorquando sia stato commesso in più di uno Stato, oppure in uno solo, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in uno diverso, o ancora che sia implicato un gruppo criminale organizzato, impegnato in attività criminali in più di una nazione, o infine che sia commesso in uno Stato, ma abbia effetti sostanziali in un altro<sup>52</sup>.

#### 4. Green Deal europeo: ecologia di un cambiamento radicale

In una comunicazione del dicembre 2021 in merito al rafforzamento della lotta ai cd. *environmental crimes*, indirizzata al Parlamento e al Consiglio, la Commissione europea affermava che “il successo del *Green Deal* europeo dipende in larga misura dalle norme volte a ridurre l'inquinamento, a gestire i rifiuti e a salvaguardare la biodiversità. La criminalità ambientale mette seriamente in pericolo tali obiettivi e occorre intensificare gli sforzi per contrastarla”<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Nuovamente, per detto assunto, C. DI FRANCESCO MAESA, *EPPO and environmental crime*, cit., pp. 195 e ss., la quale richiama dottrina conforme.

<sup>52</sup> Ulteriormente, art. 2, Conv. Criminalità Organizzata. Tesi condivisa da V. ODDI, *Ambiente e criminalità organizzata transnazionale*, cit., ed E. VANNATA, *Profili evolutivi della competenza della procura europea: dalla lotta agli illeciti finanziari alla repressione degli ecocrimes*, in *Iura & Legal Systems*, Vol. 9, 2, p. 27, per il quale “potrebbe essere questa l'occasione anche per un più severo ripensamento del processo decisionale, che ponga l'unanimità al centro della discussione istituzionale, verso forme più flessibili – non per questo meno ‘garantiste’ – di deliberazione ovvero attraverso una revisione dei trattati (già da tempo ormai caldeggiata su molti fronti) che affidi ulteriori settori al voto a maggioranza qualificata”. V., inoltre, sul profilo in analisi, V. MITSILEGAS, F. GIUFFRIDA, *The Role of EU Agencies in Fighting Transnational Environmental Crime*, cit., *sub par.* 2, con ampia messe di riferimenti bibliografici.

<sup>53</sup> Così, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Rafforzare la lotta alla criminalità ambientale*, 15 dicembre 2021, COM(2021) 814 final, p. 1.

L'*European Green Deal* è la versione adottata dal “vecchio continente” del globale *Green New Deal*<sup>54</sup> – espressione che deriva direttamente dalla nota locuzione di roosveltiana memoria<sup>55</sup>.

Già presente nel programma dell'attuale Presidente Ursula von der Leyen<sup>56</sup>, è stato annunciato dall'esecutivo unionale alla fine del 2019<sup>57</sup> e consiste in “una nuova strategia di crescita dell'U[nione] E[uropea][:] sostiene la sua transizione verso una società equa e prospera, capace di

<sup>54</sup> Sul tema, cfr. D. BEVILACQUA, *Il Green New Deal (GND) e la regolazione pubblica*, in *RGA online*, 2021 e D. BEVILACQUA, *Il Green New Deal è globale, ma lo fanno gli Stati*, in *RGA online*, 2023, secondo cui “il fenomeno del *Green New Deal* (GND) [...] si sta sviluppando su scala globale, attecchendo in diverse regioni del mondo; ancorché il modello in fase maggiormente avanzata sia sicuramente quello europeo”. Si rinvia, inoltre, a N. CHOMSKY, R. POLLIN, *The Climate Crisis and the Global Green New Deal: The Political Economy of Saving the Planet*, 2020, trad. it., *Minuti contati. Crisi climatica e Green New Deal globale*, Milano, 2020; A. PETTIFOR, *The Case for the Green New Deal*, Londra-New York, 2019; J. RIFKIN, *Un Green New Deal globale. Il crollo della civiltà dei combustibili fossili entro il 2028 e l'audace piano economico per salvare la Terra*, Milano, 2019.

<sup>55</sup> Il riferimento è al piano attuato negli Stati Uniti d'America, negli anni Trenta, dal presidente Franklin Delano Roosevelt, “per porre rimedio ai disastrosi effetti della grande crisi che tra il 1929 e il 1932 aveva investito dapprima il sistema capitalistico statunitense per estendersi poi rapidamente anche in Europa” (citazione dal Dizionario di Storia dell'Enciclopedia Treccani, *New Deal*, 2010). Sul *New Deal* novecentesco in generale si rinvia, *ex multis*, a K.K. PATEL, *The New Deal. A Global History*, 2016, trad. it., *Il New Deal. Una storia globale*, Torino, 2018; per alcune riflessioni storico-giuridiche, invece, si veda D. COLONNA, *Il New Deal di Roosevelt. Il diritto davanti alla crisi*, in D. COLONNA, L. OLIVERI, S. ZERBONE (a cura di), *Discutere la crisi: il ruolo del diritto nella sfida della ripartenza* (Atti del I convegno dei dottorandi in diritto dell'Università di Genova), 2022, p. 31.

<sup>56</sup> V. Commissione europea, Direzione generale della Comunicazione, U. LEYEN, *Orientamenti politici per la prossima Commissione europea 2019-2024: Discorso di apertura della seduta plenaria del Parlamento europeo 16 luglio 2019; Discorso alla seduta plenaria del Parlamento europeo 27 novembre 2019*, 2020, reperibile sulla rete interconnessa, che, in apertura, a pagina 6, laconicamente affermava: “voglio un'Europa che punti a traguardi più ambiziosi e ad essere il primo continente a impatto climatico zero”.

Già il Consiglio europeo, basandosi sulla Nuova Agenda Strategica dell'UE 2019-2024, del 20 giugno 2019, aveva adottato le conclusioni dal titolo *Invertire le tendenze insieme*, del 4 ottobre 2019, in cui invitava la Commissione a presentare una proposta “ambiziosa” relativa all'VIII Programma d'Azione per l'Ambiente.

<sup>57</sup> V. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Il Green Deal Europeo*, 11 dicembre 2019, COM(2019) 640 final.

reagire alle sfide legate ai cambiamenti climatici e al degrado ambientale migliorando la qualità della vita delle generazioni presenti e future”<sup>58</sup>.

Nella sostanza, si tratta di un programma che si prefigge di attuare una serie di impegnativi interventi, ai fini di: a) anzitutto, rispondere adeguatamente alle sfide poste dalla crisi climatica e ambientale – e difatti, l’obiettivo principale è il raggiungimento, entro il 2050, della neutralità climatica del continente europeo<sup>59</sup>: obiettivo che la cd. legge sul clima, ossia il Regolamento n. 1119/2021/UE, definisce come “vincolante”<sup>60</sup> –;

<sup>58</sup> Testualmente, Comunicazione, *Il Green Deal Europeo*, cit., p. 26.

“L’*European Green Deal (EGD)* si colloca, a prima vista, nell’ambito dei confini delle azioni riconducibili alle competenze europee in materia di tutela dell’ambiente e del clima. Tuttavia, il piano realizza degli obiettivi ulteriori, incidendo profondamente sulle finalità dell’Unione e determinando una mutazione della Costituzione UE. [...] Si tratta, difatti, di un programma che ha natura permanente e che intende modificare le azioni dell’Unione, affermando una visione politica del suo futuro, vincolante i futuri decisori”: in tali termini, M. IANNELLA, *L’European Green Deal e la tutela costituzionale dell’ambiente*, in *Federalismi.it*, 2022, 24, p. 174. Cfr., inoltre, diffusamente, E. CHITTI, *Managing the ecological transition of the EU: The European Green Deal as a regulatory proces*, in *Common Market Law Review*, 2022, 59, p. 19; ancora, il fascicolo 1 del 2021 della *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, monograficamente dedicato al cd. “patto verde” europeo. Di “iniziativa autolesionistica” parla A. ARESU, *Lo Stato nella competizione tecnologica*, in *il Mulino*, 2023, 2, p. 89.

<sup>59</sup> Cfr. M.C. CARTA, *Il Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell’ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *EuroJus*, 2020, 4, p. 66.

Già dieci anni addietro, nel VII Programma d’Azione per l’Ambiente dell’Unione europea (Decisione n. 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013, *Su un programma generale di azione dell’Unione in materia di ambiente fino al 2020 «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta»*), nell’orientare la politica ambientale eurounitaria fino al 2020, l’Unione affermava: “Nel 2050 vivremo bene nel rispetto dei limiti ecologici del nostro pianeta”.

<sup>60</sup> Art. 1, par. 2, Regolamento n. 2021/1119/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 2021, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il Regolamento n. 401/2009/CE e il Regolamento 2018/1999/UE (“Normativa europea sul clima”). Sul punto, v., per una approfondita analisi, 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 e ss.: l’A. acutamente chiosa le sue riflessioni affermando che “spicca l’eccessiva timidezza del legislatore europeo che, pur adoperando lo strumento del regolamento, rinuncia a spingersi sino a stabilire misure concrete, a definire regole comuni di dettaglio, a individuare competenze e limiti a utilizzare la forza vincolante a disposizione per esigere certe politiche dagli stati. Di qui, se la scelta è quella di una transizione gentile, dei piccoli passi, l’urgenza del surriscaldamento climatico sembrerebbe richiedere

b) sulla base di ciò, dunque, “trasformare” l’economia e la società europea verso percorsi più sostenibili; c) nonché, proteggere, conservare e migliorare il capitale naturale del territorio eurounitario; d) e infine, proteggere la salute e il benessere dei cittadini dai rischi di natura ambientale e dalle relative conseguenze.

Come si nota, s’impone dunque un concetto di “primazia ecologica” rispetto alle esigenze economiche<sup>61</sup> – profilo, questo, che riemergerà *postea* –: in linea con le priorità dell’Agenda ONU 2030 e gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite<sup>62</sup>, si vuole perseguire la finalità della tutela della salute dell’ecosistema, rendendo più sostenibili la produzione di energia, l’industria, i trasporti e lo stile di vita dei cittadini, riducendo il consumo di risorse naturali e le emissioni nocive<sup>63</sup>. A tali fini, pertanto, il *Green Deal* ha messo sul piatto un corposo pacchetto di proposte legislative, piani d’azione e strumenti finanziari, alcuni dei quali indicati in una tabella di marcia predisposta dalla Commissione e allegata alla sua prima comunicazione del 2019<sup>64</sup>.

un approccio diverso, lasciando quindi supporre che si sia persa un’occasione per accelerare il processo innovativo importato dal GND”. In ambito dottrinale, poi, cfr., circa le relazioni fra i cambiamenti climatici e il diritto, il fascicolo 1 del 2021 di questa *Rivista*, che raccoglie gli atti del convegno “Il cambiamento climatico: tra mitigazione e adattamento”, tenutosi all’Università Milano-Bicocca, 12 e 13 novembre 2020.

Per gli intenti e le relazioni con il mondo industriale, vedasi, inoltre, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Una nuova strategia industriale per l’Europa*, 10 marzo 2020, COM(2020) 102 final.

<sup>61</sup> M. IANNELLA, *L’European Green Deal e la tutela costituzionale dell’ambiente*, cit., pp. 176 e 177.

<sup>62</sup> Risoluzione n. 70/1, adottata dall’Assemblea Generale dell’ONU il 25 settembre 2015, *Trasformare il nostro mondo: l’Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*. Si tratta di un “programma d’azione per le persone, il pianeta e la prosperità” (p. 1), con particolare riguardo alle questioni ambientali.

<sup>63</sup> In merito, per qualche spunto, si legga, E. CHITI, *Managing the ecological transition of the EU*, cit., pp. 34 e 35.

<sup>64</sup> V. Allegato della Comunicazione sul *Green Deal* europeo, *Tabella di marcia - Azioni chiave*. In proposito, cfr., per alcune osservazioni, M. FALCONE, *Il Green Deal europeo per un continente a impatto climatico zero: la nuova strategia europea per la crescita tra sfide, responsabilità e opportunità*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2, 2020, pp. 380-383. Inoltre, per monitorare il successivo avanzamento dell’ambizioso progetto, sul sito della Commissione è possibile consultare il calendario aggiornato di tutte le operazioni poste in atto.

5. *Una breve parentesi. Inclusione, giustizia ed equità: nuove key-words per l'Unione europea*

Un profilo degno di interesse è l'accento posto dalle istituzioni europee al fatto che “la transizione de[l]ba essere giusta e inclusiva”, oltre che “equa”. È particolarmente diffuso l'utilizzo di detti termini negli atti e negli intenti programmatici predisposti<sup>65</sup>. Infatti, nel voler integrare quella che è stata da alcuni definita come una possibile “terza rivoluzione industriale”<sup>66</sup> (*recte*: quarta<sup>67</sup>) è necessario affrontare e contrastare le sempre più crescenti disuguaglianze economiche e sociali. Basti pensare, in proposito, ad alcuni, eloquenti dati: “il 10% delle famiglie possiede la metà della ricchezza del continente, mentre il 40% ne controlla solo il 3% e oltre 100 milioni di europei, quasi uno su quattro, sono a rischio di povertà o esclusione sociale. Le disuguaglianze sono strettamente collegate alla crisi climatica, ecologica e ambientale in quanto il 10% della popolazione più ricca è responsabile del 49% di tutte le emissioni dei consumi. Così, solo 100 aziende sono responsabili del 71% di tutte le emissioni globali e le proiezioni scientifiche mostrano che anche piccoli aumenti delle temperature globali generano enormi costi per l'uomo, per la natura e per i bilanci statali”<sup>68</sup>.

In questo senso – o meglio: in chiave di equità e inclusione territoriale, da cui poi, eventualmente, si giunge all'equità e inclusione so-

<sup>65</sup> Nella Comunicazione, *Il Green Deal Europeo*, cit., il concetto di “equità” viene variamente ripetuto per sei volte, quello di “inclusività” quattro volte e quello di “giustizia” ben dodici volte. Già la Presidente von der Leyen, nel suo discorso programmatico citato *supra*, poneva l'accento sulla necessità di una “transizione equa per tutti”.

<sup>66</sup> Vedansi S. CAVALIERE, *Il Green Deal e il tempo delle crisi*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2022, 4 (suppl.), p. 527; J. RIFKIN, *Un Green New Deal globale*, cit., p. 12.

<sup>67</sup> M. FALCONE, *Il Green Deal europeo per un continente a impatto climatico zero*, cit., p. 380.

<sup>68</sup> In tal senso, S. CAVALIERE, *Il progetto Green New Deal e gli incentivi verdi: è tutto oro quello che luccica?*, in *Diritto pubblico europeo* online, 2020, 1, p. 2 (a cui si rinvia, altresì, per attente considerazioni di carattere finanziario sul *Green Deal*), che cita dati statistici indicati nell'*Indagine sulle condizioni di vita*, progetto EU-SILC, deliberato dal Parlamento europeo e coordinato da Eurostat, anno di riferimento 2017, pubblicato il 24 ottobre 2019, reperibile sulla rete interconnessa. Cfr., inoltre, A. PETTIFOR, *The Case for the Green New Deal*, cit., pp. 31 e ss.

cio-personale –, sul piano finanziario, è stato adottato il primo pilastro nell’ambito del cd. *Just Transition Mechanism*<sup>69</sup>, ovvero sia il Fondo per una transizione giusta<sup>70</sup>. Elemento cardinale del nostro “patto verde”, mira ad attenuare i costi derivanti dalla transizione ecologica, in particolare dando priorità a quelle regioni che potrebbero esserne più colpite, per esempio, per la loro maggiore dipendenza da combustibili fossili o la cui economia è più debole<sup>71</sup>.

## 6. *La criminalità ambientale: uno sguardo ai dati*

Per comprendere le dimensioni, sempre maggiori, che stanno assumendo gli *environmental crimes* è nuovamente opportuno partire menzionando qualche dato.

Secondo le informazioni diffuse dall’Unione europea, la criminalità ambientale è attualmente la terza attività penalmente illecita al mondo, dopo il traffico di stupefacenti e la contraffazione<sup>72</sup> e, secondo un rapporto dell’Interpol del 2016, a quel tempo registrava un tasso di crescita annuo pari al 5-7% (corrispondente a circa 2-3 volte il tasso dell’econo-

<sup>69</sup> V. il documento riassuntivo *Il meccanismo per una transizione giusta: per non lasciare indietro nessuno*, reperibile sulla rete interconnessa.

Vedasi, in proposito, O. MARTY, *What should we make of the Just Transition Mechanism put forward by the European Commission?*, in *Fondation Robert Schuman, European Issue*, 2020, n. 567. Nella dottrina italiana, per ulteriori riflessioni finanziarie, si legga M.C. CARTA, *Il Green Deal europeo*, cit., pp. 66-68.

<sup>70</sup> Regolamento n. 2021/1056/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2021, che istituisce il Fondo per una transizione giusta. Cfr., sul punto, lo studio A. CAMERON, G. CLAEYS, C. MIDOES, S. TAGLIAPIETRA, *A Just Transition Fund - How the EU Budget Can Best Assist in the Necessary Transition from Fossil Fuels to Sustainable Energy*, Brussels: Policy Department for Budgetary Affairs, Directorate General for Internal Policies of the Union, 2020, reperibile sulla rete interconnessa; ma pure S. SARKKI, A. LUDVIG, M. NIJNIK, S. KOPIY, *Embracing policy paradoxes: EU’s Just Transition Fund and the aim “to leave no one behind”*, in *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 2022, 22, pp. 761 e ss.

<sup>71</sup> Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a M. FALCONE, *Il Green Deal europeo per un continente a impatto climatico zero*, cit., pp. 383 e ss.

<sup>72</sup> Consiglio europeo, *Infografica – Criminalità ambientale: come la combatte l’UE*. Cfr., inoltre, il rapporto SOCTA 2021: Europol, *Serious and organised crime threat assessment. A corrupting influence: the infiltration and undermining of Europe’s economy and society by organized crime*, reperibile sulla rete interconnessa, 2021.

mia globale)<sup>73</sup>. Per limitarsi, esemplificativamente, a uno dei fenomeni più gravi, si stima che le entrate annuali provenienti dal mercato illegale di rifiuti entro i confini unionali oscillino tra i 4 e 15 miliardi di euro<sup>74</sup>.

Per quanto riguarda l'Italia, in particolare, secondo il rapporto del 2022 di Legambiente, nel 2021 sono stati accertati poco meno di novanta mila illeciti, considerando tanto quelli di natura penale, quanto quelli amministrativi, con una maggior concentrazione degli stessi presso le regioni meridionali (43,8% tra Campania, Puglia, Calabria e Sicilia). Il delitto più contestato è quello di inquinamento ambientale (445 procedimenti penali), seppur il maggior numero di ordinanze di misura cautelare in carcere corrisponda al traffico illecito di rifiuti (497 provvedimenti). La stima complessiva di fatturato illegale per l'anno in analisi, dunque, corrisponde a circa 8,8 miliardi di euro<sup>75</sup>.

I numeri citati hanno giustificato l'inclusione, da parte del Consiglio europeo, della "lotta" alla criminalità ambientale tra le priorità in materia di contrasto alla criminalità, tanto per il periodo 2018-2021, quanto per il successivo quadriennio 2022-2025<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> C. NELLEMAN (diretto da); R. HENRIKSEN, A. KREILHUBER, D. STEWART, M. KOTSOVOU, P. RAXTER, E. MREMA, S. BARRAT (a cura di), *The Rise of Environmental Crime – A Growing Threat To Natural Resources Peace, Development And Security. A UNEP-INTERPOL Rapid Response Assessment. United Nations Environment Programme and RHIPTO Rapid Response-Norwegian Center for Global Analyses*, 2016, p. 7.

<sup>74</sup> Comunicazione, *Rafforzare la lotta*, cit., p. 1; v., anche, l'approfondito report European Commission, Directorate-General for Migration and Home Affairs, E. DISLEY, S. HULME, E. BLONDES (Eds.), *Mapping the risk of serious and organised crime infiltrating legitimate businesses: final report*, Publications Office, 2021, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>75</sup> Osservatorio nazionale ambiente e legalità, *Ecomafia 2022. Le storie e i numeri della criminalità ambientale*, Milano, 2022. Sui dati italiani della criminalità ambientale, inoltre, si rinvia all'ampio e documentato report dell'ISTAT, *I reati contro ambiente e paesaggio: i dati dalle Procure*, anni 2006-2016, del 10 luglio 2018 (reperibile sulla rete interconnessa).

<sup>76</sup> Cfr. la Nota del Consiglio dell'Unione europea, *Conclusioni del Consiglio che stabiliscono le priorità dell'UE in materia di lotta alla criminalità organizzata e alle forme gravi di criminalità per l'EMPACT 2022-2025*, p. 10, punto 9): "L'obiettivo di questa priorità è smantellare le reti criminali coinvolte in ogni forma di criminalità ambientale, con particolare attenzione al traffico di rifiuti e di specie selvatiche, nonché alle reti criminali e ai singoli imprenditori del crimine in grado di infiltrarsi in strutture economiche legali ad alto livello o di creare imprese proprie per agevolare i loro reati".



Appare di cristallina evidenza, dunque, come il problema in discussione non sia di poco momento e richieda un forte e incisivo intervento.

Tant'è che, negli anni, tale esigenza è risultata sempre più avvertita anche dall'Unione, il cui impegno generale sul tema "green", comunque, non trova certo l'esclusiva in tempi recenti: basti ricordare, per esempio, il Primo Programma di Azione per l'Ambiente (PAA) del 1973<sup>77</sup>, con cui si elaborava una politica ambientale comunitaria, tendente a "migliorare la qualità e la scena della vita, l'ambiente e le condizioni di vita dei popoli che ne fanno parte"<sup>78</sup>, ma altresì "volta ad evitare che la diversità dei sistemi nazionali in tema di protezione dell'ambiente potesse falsare le condizioni di concorrenza nel mercato comune"<sup>79</sup>. A differenza di quan-

<sup>77</sup> I programmi d'azione sono strumenti di indirizzo per le politiche ambientali dell'Unione europea e costituiscono il punto di partenza per l'adozione di strumenti vincolanti e interventi specifici sul tema. V., *amplius*, A. CAPRIA, *Unione europea ed ambiente*, in S. NESPOR, A.L. DE CESARIS (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Milano, 1999.

<sup>78</sup> Già in occasione dell'importante vertice di Stoccolma del 1972 – in cui venne convocata dall'ONU "la Conferenza sull'ambiente umano", che segnò l'inizio di una presa di coscienza a livello globale e istituzionale dei problemi legati all'ambiente – fu dichiarato che "la crescita economica non è fine a sé stessa, ma dovrebbe tradursi in un miglioramento della vita e del benessere generale [...]. In conformità con i tratti fondamentali della cultura europea, attenzione particolare dovrà essere data ai valori intangibili ed alla protezione dell'ambiente". Si rinvia, per approfondimenti, a L. PINESCHI, *Tutela dell'ambiente e assistenza allo sviluppo dalla Conferenza di Stoccolma (1972) alla Conferenza di Rio (1992)*, in questa *Rivista*, 1994, p. 493; cfr. anche L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, 2002.

<sup>79</sup> M.C. CARTA, *Il Green Deal europeo*, cit., p. 56. Più diffusamente, nell'ampia produzione scientifica circa la ricostruzione storica della tutela ambientale in ambito unionale, v., *ex multis*, P. FOIS, *Il diritto ambientale dell'Unione europea*, in G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO (a cura di), *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2017, p. 61; F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, 2012; A. RIZZO, *L'affermazione di una politica ambientale dell'Unione europea. Dall'Atto unico europeo al Trattato di Lisbona*, in R. GIUFFRIDA, F. AMABILI (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018, p. 21; R. ROTA, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, v. I, Milano, 2012, p. 151. Ma anche, seppur più risalente nel tempo, P. BIANCHI, G. CORDINI, *Comunità europea e protezione dell'ambiente*, Padova, 1983.

Cfr., infine, D. D'ELISO, *Il diritto ambientale dell'UE. Un tentativo virtuoso di politica resiliente tra efficacia degli adempimenti, criticità ed azioni di risposta*, in *ratioiuris.it*, 2019.

to avviene oggi – con il *mantra*, come detto, della “primazia ecologica” –, si ebbe un avvio per lo più in chiave di “salvaguardia economica”.

### 7. *L'intervento dell'Unione europea: tra azioni fallite e “una nuova speranza”*

Ebbene, fra tutta una serie di importanti provvedimenti varati in particolare a partire dal nuovo Secolo<sup>80</sup>, l'interesse della Comunità europea si è concentrato anche sul diritto penale<sup>81</sup>. È stata, infatti, (faticosamente<sup>82</sup>) adottata la Direttiva n. 99/2008/CE<sup>83</sup>, che “obbliga[va] gli Stati

<sup>80</sup> Circa il profilo penale, si ricordi che, l'8 novembre 1998, a Strasburgo, era stata sottoscritta la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale: sulla medesima, cfr. M.V. DEL TUFO, *Il diritto penale sommerso: diritto europeo e modifiche del sistema penale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 1026. Leggasi, inoltre, *amplius*, B. ROMANO, *I reati ambientali alla luce del diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2013.

<sup>81</sup> V., fra gli altri, S. MARCOLIN, *Decisione quadro o direttiva per proteggere l'ambiente attraverso il diritto penale?*, in *Cassazione penale*, 2006, pp. 243 e ss.; L. SALAZAR, T. VENTURELLI, *La protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale comunitario*, in *Ambiente*, 2003, pp. 335 e ss.; L. SIRACUSA, *Tutela ambientale: Unione europea e diritto penale fra decisioni quadro e direttive*, in *Diritto penale e processo*, 2006, pp. 773 e ss.

<sup>82</sup> Oltre agli scritti citati alla nota precedente, per una ricostruzione di come si è giunti alla Direttiva n. 99/2008/CE, cfr. A. MANNA, *La “nuova” legislazione penale in tema di tutela dell'ambiente tra illegittimità comunitaria ed illegittimità costituzionale*, in *Arch. pen. web*, 2011, 3, pp. 1 e ss. e V. PLANTAMURA, *Una nuova frontiera europea per il diritto penale*, in *Diritto penale e processo*, 2009, pp. 918 e ss.

<sup>83</sup> Direttiva n. 99/2008/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, rispetto alla quale si vedano, tra i molti, M. BENOZZO, *La direttiva sulla tutela penale dell'ambiente tra intenzionalità, grave negligenza e responsabilità delle persone giuridiche*, in *Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente*, 2009, 5, pp. 301 e ss.; F. GIAMPIETRO (a cura di), *Commento alla Direttiva n. 2008/98/CE sui rifiuti. Quali modifiche al codice dell'ambiente?*, Milano, 2009; E. LO MONTE, *Commento alla Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente*, in R. GRECO (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Roma, 2009, p. 1293; A. MERLIN, *La tutela penale dell'ambiente nella direttiva 2008/99/CE*, in *Ambiente & Sicurezza*, 2009, pp. 86 e ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009, p. 232; A. SCARCELLA, *Responsabilità da reato degli enti e Direttiva comunitaria sulla tutela penale dell'ambiente: verso un nuovo sistema repressivo di crimini ambientali?*, in *Diritto e formazione*, 2009, pp. 688 e ss.; L. SIRACUSA, *La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, in

membri a prevedere nella loro legislazione nazionale sanzioni penali in relazione a gravi violazioni delle disposizioni del diritto comunitario in materia di tutela dell'ambiente"<sup>84</sup>. Determinante, in quegli anni, è stata la comprensione che "solo una regolamentazione uniforme a livello europeo risulta in grado di garantire il raggiungimento di adeguati standard" in materia<sup>85</sup>. Peraltro, è lo stesso art. 67, par. 3, TFUE, in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia da realizzarsi in seno all'Unione, a prevedere il ravvicinamento delle legislazioni penali, al fine di garantire uno stadio elevato di sicurezza dei cittadini europei<sup>86</sup>.

Si tenga a mente, per di più, che, nel 2000, i profili "green" sono entrati a far parte della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al cui art. 37 si legge che "un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile": pur non avendo inizialmente valore vincolante, neppure si dimentichi che, come noto, la Carta è stata successivamente integrata nel Trattato di Lisbona del 2007. Sicché, poi, lo stesso nuovo art. 3, par. 3, TUE, afferma che l'Unione "si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato [...] su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente"<sup>87</sup>. Inoltre, a tale disposizione fa seguito l'art. 191 TFUE, che, al primo paragrafo, elenca quelli che sono gli obiettivi

*Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2008, pp. 863 e ss.; EAD., *L'attuazione della direttiva sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*, in *Diritto penale contemporaneo* online, 22 febbraio 2011; M.G. VAGLIASINDI, *Gli strumenti di contrasto alla criminalità ambientale: realtà e prospettive*, in *Diritto e Politiche dell'Unione europea*, 2008, pp. 54 e ss.; A.L. VERGINE, *Nuovi orizzonti del diritto penale ambientale?*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2009, pp. 86 e ss.

<sup>84</sup> Direttiva n. 99/2008/CE, 10° considerando.

<sup>85</sup> Testualmente, M.G. VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99 CE e il Trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2010, pp. 450 e ss.

<sup>86</sup> Più diffusamente, a riguardo, nella vastissima produzione accademica, A. BERNARDI, *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi penali europei*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una procura europea*, cit., p. 221.

<sup>87</sup> Per alcuni spunti in merito, vedansi, *ex plurimis*, M. ALBERTON, M. MONTINI, *Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona per le tutele dell'ambiente*, in questa *Rivista*, 2008, p. 505; A. LUCARELLI, *Commento all'art. 37 - Tutela dell'ambiente*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, pp. 258 e ss.;

cui la politica “green” eurounitaria deve tendere, ossia: a) salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell’ambiente; b) protezione della salute umana; c) utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali; d) promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell’ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici.

Infine, giova altresì brevemente ricordare che anche dal punto di vista giurisprudenziale vi sono state diverse prese di posizione, sin da tempi non sospetti, circa una protezione del bene giuridico “ambiente” da parte dell’Unione europea. Invero, la Corte di giustizia, già nel corso degli anni Ottanta, definiva la tutela di questo come “uno degli scopi essenziali della comunità”<sup>88</sup>, addirittura un’“esigenza imperativa”<sup>89</sup>. Più di recente, per giunta, i Giudici di Lussemburgo hanno per la prima volta riconosciuto la competenza del legislatore europeo a stabilire l’obbligo per gli Stati membri di prevedere sanzioni penali nel settore qui in esame<sup>90</sup>, e proprio tale esegesi ha portato all’emanazione della citata Direttiva n. 99/2008.

A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Bologna, 2001.

<sup>88</sup> CGUE, 7 febbraio 1985, causa C-240/83, *Procureur de la République c. Association de défense des brûleurs d’huiles usagées (A.D.B.H.U.)*, par. 13, in *Racc.*, p. 531.

<sup>89</sup> CGUE, 20 settembre 1988, causa C-302/86, *Commissione europea c. Regno di Danimarca*, par. 11.

<sup>90</sup> Il riferimento va alle sentenze che hanno annullato le decisioni quadro in materia di tutela penale dell’ambiente, spianando così la strada alla Direttiva n. 99/2008/CE: CGUE, 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione europea c. Consiglio europeo*, e CGUE, 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione europea c. Consiglio europeo*. Sul punto, v., *ex plurimis*, A. MIGNOLLI, *La Corte di giustizia torna a presidiare i confini del diritto comunitario. Osservazioni in calce alla sentenza C-176/03*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2006, pp. 327 e ss., nonché, E. HERLIN-KARNELL, *Commission v. Council: Some Reflections on Criminal Law in the First Pillar*, in *European Public Law*, 2007, 13, pp. 69 e ss.; F. JACOBS, *The Role of the European Court of Justice in the Protection of the Environment*, in *Journal of Environmental Law*, 2006, pp. 185 e ss.; F. ROMOLI, *Il nuovo volto dell’Europa dopo il trattato di Lisbona. Un’analisi penalistica “multilivello”*, in *Archivio penale*, 2001, 1, pp. 169 e ss. e L. SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali: il “caso” dell’inquinamento provocato da navi*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell’ambiente*, Napoli, 2007, p. 463; ancora, si rinvia agli scritti citati alle note 81 e 82. Più in generale, sull’argomento, infine, D. SAVY, *Profili di “comunitarizzazione” del Terzo Pilastro*, in P.

Quest'ultima, in ogni caso, non ha fruttato i risultati sperati<sup>91</sup>. Risale al 2020 la sua valutazione da parte Commissione<sup>92</sup>, da cui sono emerse diverse criticità. L'atto legislativo europeo, infatti, nell'imporre gli obblighi ai Paesi membri, lo ha fatto in modo piuttosto generale, senza disciplinare i livelli e i tipi di sanzioni – oltre a non contemplare importanti categorie di illeciti (fra cui, per esempio, il commercio illegale di legname<sup>93</sup>) – o tralasciando di fornire chiare definizioni dei reati ambientali<sup>94</sup>. Ciò, com'era immaginabile, ha portato a notevoli differenze tra i vari Stati membri e l'applicazione del diritto penale in tale ambito non ha, pertanto, prodotto la deterrenza immaginata.

Nonostante, come risaputo, lo strumento della direttiva non costituisca garanzia di adeguata omogeneità delle varie legislazioni penali nazionali<sup>95</sup>, è proprio su questo piano che l'esecutivo dell'Unione vuole primariamente impegnarsi. D'altronde, è noto che laddove maggiori sono le asimmetrie sanzionatorie (e non solo) fra i vari Paesi, più concreto è il

DE PASQUALE, F. FERRARO (a cura di), *Il terzo pilastro dell'Unione europea: cooperazione intergovernativa e prospettive di comunitarizzazione*, Napoli 2009, pp. 96 e ss.

<sup>91</sup> L. SIRACUSA, *Novità normative dall'Unione Europea in materia di tutela penale dell'ambiente*, in *Giustizia insieme*, 10 gennaio 2023, definisce emblematicamente la situazione come “davvero sconcertante”. Già in sede di primo commento alla Direttiva n. 99/2008/CE, G.M. VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99 CE e il Trattato di Lisbona*, cit., pp. 454 e 455, segnalava un significativo ridimensionamento del testo originariamente proposto dalla Commissione e pronosticava (correttamente) “il rischio di inficiare il raggiungimento degli obiettivi di tutela ambientale che la animavano”. *Amplius*, si veda lo studio M. FAURE, N. PHILIPSEN, *Contribution to conclusions and recommendations on environmental crime: System of Sanctions (Study in the framework of the EFFACE research project)*, 2016.

<sup>92</sup> COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Evaluation of the directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law (Environmental Crime Directive)*, 28 ottobre 2020, SWD(2020) 259 final.

<sup>93</sup> Cfr., sul punto, la Risoluzione del Parlamento europeo, *Sul disboscamento illegale nell'UE*, del 23 giugno 2022 (2022/2523(RSP)) (2023/C 32/04). V. anche *postea*.

<sup>94</sup> V. M.G. FAURE, *Vague Notions in Environmental Criminal Law*, in *Environmental Liability*, 2010, 4, pp. 120 e ss.

<sup>95</sup> L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una procura europea*, cit., p. 65 (altresì pubblicato in *Diritto penale contemporaneo* online, 2013).

rischio di *jurisdiction shopping*<sup>96</sup>. E il tema è di estremo interesse, perché non solo, da una prospettiva, può comportare significativo vantaggio per l'autore del fatto illecito; ma altresì, dalla prospettiva opposta – e nell'ottica che qui rileva –, per l'ampia discrezionalità di cui gode il procuratore europeo nella scelta del foro competente<sup>97</sup>, come già denunciato in altre sedi, rispetto alle sue attuali competenze<sup>98</sup>.

Infine, visti gli spiccati profili di transnazionalità dei crimini in questione<sup>99</sup>, va segnalato che nemmeno a seguito dell'entrata in vigore e del recepimento dell'atto legislativo del 2008 vi son stati miglioramenti nella cooperazione transfrontaliera. In proposito, va ricordato che, contrariamente a quanto auspicato da alcuni Autori<sup>100</sup>, secondo il rapporto di Eu-

<sup>96</sup> Nella prospettiva della criminalità ambientale, si vedano le acute osservazioni di M.G. VAGLIASINDI, *op. ult. cit.*, pp. 469 e ss. In senso adesivo, C. DI FRANCESCO MAESA, *Verso una Procura Europea?*, cit., p. 379.

<sup>97</sup> In merito, si legga V. TONDI, *Reati ambientali e coordinamento investigativo*, cit., pp. 290 e 291, la quale pone in luce il “rischio di fenomeni di *forum shopping*, in ragione della possibile individuazione, quale ordinamento nel cui ambito svolgere le investigazioni o esercitare l'azione penale, di uno Stato le cui disposizioni siano più favorevoli all'accusa, anche in termini di misure investigative eseguibili, di presupposti di esperibilità di determinati strumenti, o ancora di utilizzabilità dibattimentale degli elementi acquisiti nel corso delle indagini”. Oltre ai profili processuali, poi, vengono in rilievo anche quelli di diritto sostanziale: è chiaro che, trovandosi a dover scegliere il foro competente fra un Paese dotato di impianto sanzionatorio minimale e un altro piuttosto severo, il procuratore delegato si orienterà verso quest'ultimo (su tale profilo, anche, G. GUAGLIARDI, *Procura Europea. Siamo davvero pronti in assenza di un codice di procedura penale europeo? Una nuova sfida per l'avvocatura e la magistratura*, in *Giurisprudenza penale web*, 2021, 2, pp. 33 e ss.).

<sup>98</sup> V., fra i molti, A. CANDI, *La struttura della Procura europea e i rapporti con gli organi d'indagine nazionali*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea*, cit., p. 622; M. PANZAVOLTA, *Choosing the National Forum in Proceedings Conducted by the EPPO: Who Is to Decide?*, in L. BACHMAIER WINTER (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 59.

<sup>99</sup> Giova ricordare, per esempio, l'importanza dell'*Intelligence Project on Environmental Crime*, sviluppato da Europol ed EnviCrimeNet, che, nel suo *Report on Environmental Crime in Europe*, cit., pp. 19 e ss. aveva già sottolineato come i reati ambientali siano sempre più legati all'operatività di associazioni illecite operanti a livello transnazionale.

<sup>100</sup> V. M.G. VAGLIASINDI, *Contribution to conclusions and recommendations on environmental crime: Organised Environmental Crime (Study in the framework of the EFFACE research project)*, 2016, p. 6, la quale notava come “*It has been stressed that the Lisbon Treaty has improved the competences of Eurojust by envisaging its competence to*

rojust del 2021, nel quinquennio 2014-2018, solamente 57 casi di eco-crimini sono stati trattati dall’Agenzia, rappresentandone meno dell’1% del lavoro<sup>101</sup>.

La Commissione europea ha quindi presentato un ampio progetto di revisione della direttiva, con l’espreso scopo di dare maggiore effettività alla tutela penale dell’ambiente<sup>102</sup>. Gli obiettivi che l’istituzione si pone, avendo bene a mente i risultati che lo stesso *Green Deal* si prefigge, tanto da enunciarlo espressamente<sup>103</sup>, sono: a) migliorare l’efficacia delle indagini e dell’azione penale, aggiornando l’ambito di applicazione della

*initiate investigations and to coordinate investigations and prosecutions, both competences that could be interpreted as implying that Eurojust can take binding decisions to be respected by national competent authorities. Such binding powers would allow Eurojust to evolve “from a player at horizontal cooperation level to a player at vertical integration level” also in the field of organised environmental crime”.*

<sup>101</sup> EUROJUST, *Report on Eurojust’s Casework on Environmental Crime*, European Union Agency for Criminal Justice Cooperation, 2021, p. 7. “Dall’entrata in vigore della direttiva non si è registrato alcun miglioramento evidente della cooperazione transfrontaliera”: così, Comunicazione, *Rafforzare la lotta alla criminalità ambientale*, cit., p. 2. Sul punto, cfr. C. DI FRANCESCO MAESA, *EPPO and environmental crime*, cit., in particolare pp. 211 e ss.

<sup>102</sup> Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, sulla tutela penale dell’ambiente, che sostituisce la Direttiva n. 2008/99/CE, 15 dicembre 2021, COM(2021) 851 final (v., in merito, gli studi per il Parlamento europeo di C.G. CIRLING, *Revision of Directive 2008/99/EC: Protection of the environment through criminal law*, marzo 2023; M.A. HUEMER, *Environmental crime directive*, aprile 2022; C.G. CIRLING, *Revision of Directive 2008/99/EC. Protection of the environment through criminal law*, novembre 2021 – tutti reperibili sul sito del PE). In dottrina, per delle prime, embrionali osservazioni, si leggano G. AMENDOLA, *UE e delitti ambientali. Il diritto penale prossimo venturo. La proposta di nuova direttiva sulla protezione dell’ambiente attraverso il diritto penale*, in *Questione giustizia*, 2022 (altresì pubblicato in *Lexambiente.it*, 21 ottobre 2022); B. ONOFRJ, *Proposta per una direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla protezione dell’ambiente attraverso il diritto penale: nuove frontiere nella lotta ai crimini ambientali in Europa*, in *Sistema penale*, 5 luglio 2022; L. SIRACUSA, *Novità normative dall’Unione Europea in materia di tutela penale dell’ambiente*, cit. Più diffusamente, invece, A. RIZZO, *“Criminalizing” environmental wrongdoings under European Union law: a proposal from the European Commission in the light of old and new challenges*, in *Eurojus*, 2022, 1, pp. 69 e ss.

<sup>103</sup> Commissione Europea, *Relazione alla Proposta di Direttiva, sulla tutela penale dell’ambiente*, cit., p. 12: “Obiettivo n. 1: migliorare l’efficacia delle indagini e delle azioni penali aggiornando l’ambito di applicazione della direttiva e introducendo un meccanismo praticabile per aggiornare la direttiva alla luce del *Green Deal* europeo”.

direttiva, nonché, b) chiarendo o eliminando i termini vaghi utilizzati nelle definizioni di reato ambientale<sup>104</sup>; c) garantire tipi e livelli di sanzioni efficaci, dissuasivi e proporzionati contro gli *environmental crimes*; d) *promuovere le indagini e l'azione penale transfrontaliere*; e) migliorare il processo decisionale informato in materia di criminalità ambientale tramite una migliore raccolta e diffusione dei dati statistici; f) migliorare l'efficacia operativa delle catene nazionali di contrasto per promuovere indagini, azioni penali e sanzioni.

La stessa Commissione si preoccupa di giustificare l'utilizzo del diritto penale per la protezione del bene giuridico "ambiente", laddove sottolinea che una sanzione di tale natura esprime "una forma più forte di disapprovazione sociale rispetto" a quelle amministrative, sicché "l'imposizione di sanzioni penali per le violazioni ambientali più gravi avrà un maggiore effetto deterrente sui potenziali trasgressori. L'introduzione d[elle stesse] da parte di tutti gli Stati membri è pertanto essenziale per garantire l'efficace attuazione della politica dell'Unione" nella materia *de qua*<sup>105</sup>.

<sup>104</sup> "La scelta di restringere lo *standard* di tutela alle offese più rilevanti [...] presta il fianco ad un eccesso di vaghezza che in concreto indebolisce la stessa efficacia armonizzatrice dei vincoli imposti. L'impiego di formule elastiche, imprecise, prive di riferimenti quantitativi di tipo numerico rappresenta chiaramente un punto debole della normativa che rimane in tal modo prigioniera di una certa ambiguità nella definizione dei contorni dell'offesa penalmente rilevante. Il deficit di determinatezza [...] lascia però un eccessivo margine di apprezzamento agli ordinamenti nazionali, in sede di implementazione, finendo con l'ingenerare, come si vedrà, una forte disomogeneità delle legislazioni interne di attuazione": in tal senso, L. SIRACUSA, *Prospettive di riforma della tutela penale dell'ambiente nel diritto europeo e sovranazionale*, in *Lexambiente - Rivista trimestrale di diritto penale dell'ambiente*, 2021, 3, p. 10.

<sup>105</sup> Testualmente, Commissione europea, *Relazione alla Proposta di Direttiva, sulla tutela penale dell'ambiente*, cit., p. 7. E infatti, C. AMALFITANO, *Commento all'art. 83 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, cit., p. 908, ricorda che "la Comm[issione] ha così dichiarato che, prima di presentare proposte legislative valuterà se il ricorso al diritto penale è effettivamente necessario e, in caso affermativo, quali siano le misure più adatte per affrontare i problemi di applicazione in uno specifico settore di intervento": L.A. fa chiaramente riferimento alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, del 20 settembre 2011, COM(2011), 573 def. (v., in particolare, anche p. 13).

Circa la necessità di tutelare il bene giuridico "ambiente" per tramite del diritto



Tant'è che l'esecutivo dell'Unione – come già suggerito dalla dottrina<sup>106</sup> – rinviene correttamente la base giuridica del suo intervento nell'art. 83 TFUE<sup>107</sup>, anch'esso di più recente introduzione e che, nella sostanza, consente all'Unione di “stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni” (par. 1). Siccome il primo capoverso di detto paragrafo individua specificamente tali “sfere di criminalità” (terrorismo, traffico illecito di stupefacenti, ecc.) e, al suo interno, incomprensibilmente, non ricomprende l'eco-criminalità<sup>108</sup> – nonostante, comunque, al successivo secondo capoverso se ne preveda il possibile allargamento del raggio d'azione, di nuovo con decisione unanime del Consiglio –, la Commissione ricorre al disposto del paragrafo due. A mente dello stesso, infatti, “allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari

penale, si rinvia all'ampia ed efficace analisi di C. DI FRANCESCO MAESA, *Verso una Procura europea?*, cit., pp. 366-385.

<sup>106</sup> Cfr. lo studio G. GRASSO, R. SICURELLA, V. SCALIA, *Articles 82-86 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Environmental Crime (Study in the framework of the EFFACE research project)*, Catania, 2015, p. 30, laddove gli AA. sottolineavano, infatti, che “article 83 could have an important impact on the protection of the environment” e che “if we share the opinion that serious differences in the area of sanctions introduced for the offences provided in the directive could compromise the achievement of the aims of the directive, it is clear that the harmonisation of the sanctions – which is permitted on the basis of the second paragraph of Article 83 TFEU – could have a real added value”. Similmente, V. MITSILEGAS, *Contribution to Conclusions and Recommendations on Environmental Crime, Harmonisation of Substantive Environmental Criminal Law at the EU Level (Study in the framework of the EFFACE research project)*, 2016. A. RIZZO, “Criminalizing” environmental wrongdoings under European Union law, cit., p. 69, pone l'accento sul cambio di legislazione nell'Unione e la relativa necessità “for same directive to be reassessed, at least for the aim of checking the full coherence between such legislative source and the “new” competences attributed to the Union in the meantime”.

<sup>107</sup> Per un'analisi, v. C. AMALFITANO, *Commento all'art. 83 TFUE*, cit., p. 896; L. SALAZAR, *Commento all'art. 83 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, cit., pp. 914 e ss.

<sup>108</sup> M. CASTELLANETA, *Commento all'art. 83 TFUE*, in A. ADINOLFI, F. POCAR. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 674, imputa tale mancanza “in ragione dell'esistenza di una politica ambientale UE nella quale sono già incluse norme penali definitorie di reati e di sanzioni”.

degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive”<sup>109</sup>. Non v'è dubbio, in questo senso, che l'ambiente sia stato e sia al centro – specie negli ultimi lustri, e lo si è visto – delle politiche comunitarie e che la relativa tutela sia stata già oggetto di armonizzazione<sup>110</sup>.

La proposta di nuova direttiva, dunque, si compone di due parti, una prima di quaranta considerando e una seconda, di ventinove articoli (riguardo l'ampiezza, si noti che la Direttiva n. 99/2008 consta di sedici considerando e dieci articoli).

Sin dai primi articoli si osservano potenziali passi in avanti, come per esempio l'allargamento, all'art. 3, del novero dei *reati* (termine che prende il posto del precedente “infrazioni”): mentre nell'atto del 2008 ne venivano contemplate nove ipotesi, nel disegno di revisione se ne sono aggiunte ulteriori nove<sup>111</sup>. Inoltre, accogliendo alcuni suggerimenti presenti nelle conclusioni della citata valutazione del 2020<sup>112</sup>, mentre la scarna di-

<sup>109</sup> Diffusamente, sulla questione, si vedano, *ex multis*, G. GRASSO, *La “competenza penale” dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 683 e L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, *ivi*, p. 207.

<sup>110</sup> In merito, si pensi altresì al secondo comma del secondo paragrafo del citato art. 191 TFUE, a mente del quale “le misure di armonizzazione rispondenti ad esigenze di protezione dell'ambiente comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri a prendere, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura di controllo dell'Unione”. Inoltre, v. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Azioni dell'UE volte a migliorare la conformità e la governance ambientali*, 18 gennaio 2018, COM(2018) 10 final.

<sup>111</sup> Si rinvia all'agevole tabella comparativa della versione dell'art. 3, Direttiva n. 99/2008/CE, cit. con l'art. 3 della proposta del 2021, presente nello scritto di G. AMENDOLA, *UE e delitti ambientali*, cit., pp. 2-7.

<sup>112</sup> COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Evaluation of the directive 2008/99/EC*, cit., pp. 77-78 e 80, punto 3) (*Sanction levels still differ greatly across the Member States (effectiveness - level playing field/deterrence)*): “There are still significant differences as to the level of sanctions for the same environmental offence in different Member States

rettiva ora in vigore, all'art. 5, si limitava a stabilire che “gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che i reati [...] siano puniti con sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive” – disposizione estremamente generale che, infatti, come detto, non ha appianato le significative differenze sanzionatorie fra i diversi Paesi<sup>113</sup> –, il nuovo progetto prevede espressamente dei livelli minimi di pena massima<sup>114</sup>. Per esempio, nel caso in cui uno dei reati indicati provochi o possa provocare il decesso o delle lesioni gravi a una persona, dev'essere punito “con una pena massima di almeno dieci anni”. In altre ipotesi, la pena massima dev'essere di almeno sei o quattro anni.

#### 8. *Revisione della direttiva e competenza della Procura europea sulla criminalità ambientale*

Venendo ora a quanto qui d'interesse, rispetto alla Procura europea, la proposta della Commissione ne contiene sì diversi riferimenti, ma questi sembrano essere piuttosto “blandi”.

Invero, al considerando 30 viene affermato che “gli Stati membri do-

*and, in some instances, sanctions appear very low. Although penalties and sanctions have to be considered in the context of other available sanctioning types and systems (accessory sanctions, administrative sanctions, and civil sanctions), penalties and sanctions according the Directive must offer sufficient scope to judges and other decision-makers if they are to play their role in the overall approach. – Possible action: 1. Minimum maximum sanctions could be set out in the Directive”.*

<sup>113</sup> In proposito, cfr. le tabelle comparative dell'allegato 10 a COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Evaluation of the directive 2008/99/EC*, cit., p. 206.

<sup>114</sup> Vedasi, sul punto, C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano 2009, pp. 137 e ss., che già suggeriva la predisposizione di “standard di riferimento” delle sanzioni anche molto puntuali.

“La definizione di livelli sanzionatori massimi non solo garantisce sanzioni più dissuasive, ma spiana anche la strada a strumenti investigativi transfrontalieri efficaci previsti negli strumenti legislativi che possono essere applicati solo a partire da un determinato livello sanzionatorio per una data categoria di reato. Nell'ambito dell'obiettivo 6, una migliore formazione e specializzazione secondo standard comparabili negli Stati membri faciliterà direttamente anche la cooperazione transfrontaliera”: così, Commissione europea, *Relazione alla Proposta di Direttiva, sulla tutela penale dell'ambiente*, cit., p. 15.

vrebbero anche cooperare attraverso le agenzie dell'UE, in particolare Eurojust ed Europol, nonché con gli organi dell'UE, tra cui la Procura europea (EPPO) e l'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF), nei rispettivi settori di competenza”, mentre nulla viene invece specificato nell'articolato normativo vero e proprio.

E dunque, su detto profilo, forse, occorrerebbe richiamare l'art. 19, che richiede ai Paesi membri di adottare delle misure “necessarie per *istituire meccanismi adeguati* di coordinamento e cooperazione a livello strategico e operativo tra tutte le autorità competenti coinvolte nella prevenzione e nella lotta contro i reati ambientali. Questi meccanismi perseguono quanto meno i seguenti obiettivi: [...] l'assistenza alle reti europee di operatori che si occupano di questioni attinenti alla lotta contro i reati ambientali e le violazioni connesse, [...] e possono assumere la forma di organismi di coordinamento specializzati, protocolli d'intesa tra le autorità competenti, reti di contrasto nazionali e attività di formazione congiunte”<sup>115</sup>.

Potenzialmente più stimolante, allora, è il dibattito creatosi in seno al Parlamento europeo a seguito della presentazione della proposta di direttiva. In particolare, nel suo progetto di risoluzione legislativa, tra moltissimi emendamenti avanzati al testo licenziato dalla Commissione, ha enucleato un nuovo considerando, il 30-*bis*, del seguente tenore: “tenuto conto dell'elevata incidenza finanziaria dei reati ambientali, del loro potenziale legame con altri reati finanziari gravi e della loro natura transfrontaliera, la Procura europea (EPPO) sarebbe nella posizione migliore per esercitare le proprie competenze in materia di reati ambientali più gravi con una dimensione transfrontaliera. Poiché attualmente le competenze dell'EPPO si limitano ai reati finanziari, la Commissione dovrebbe specificare in una relazione la possibilità di un'estensione delle competenze dell'EPPO, in cooperazione con Eurojust, ai reati ambientali transfrontalieri gravi nonché le modalità di tale estensione”<sup>116</sup>, nonché

<sup>115</sup> Per alcune, efficaci osservazioni in merito, si legga V. ODDI, *Ambiente e criminalità organizzata transnazionale*, cit., pp. 240 e ss.

<sup>116</sup> Emendamento n. 35, A. MANDERS (rel.), Commissione giuridica, *Relazione. Documento di seduta sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce la direttiva 2008/99/CE (COM(2021)0851 – C9-0466/2021 – 2021/0422(COD))*, 28 marzo 2023, A-0087/2023, p. 27. La relazione è reperibile sulla rete interconnessa.

un nuovo art. 19-*bis*, secondo cui “fatte salve le norme in materia di cooperazione transfrontaliera e di assistenza giudiziaria in materia penale, gli Stati membri, Eurojust, Europol, la Procura europea e la Commissione cooperano, nell’ambito delle loro rispettive competenze, nella lotta contro i reati di cui agli articoli 3 e 4”<sup>117</sup>.

Come si nota, però, i parlamentari eurounitari sembrano più interessati, in questo caso, alla tutela finanziaria, data l’“incidenza” che gli *environmental crimes* hanno sulle casse dell’Unione, rispetto a quella che possono avere – *recte*: hanno – sull’ambiente *tout court*.

Le revisioni, comunque, sono state indicate a seguito dei pareri delle relative Commissioni del Parlamento<sup>118</sup>. Precipuamente, essendo del tutto simili fra loro, si può ad esempio ricordare il Parere della Commissione per l’Ambiente, la Sanità pubblica e la Sicurezza alimentare<sup>119</sup>, che, nel suo emendamento introduttivo del menzionato considerando 30-*bis* ben più esplicitamente suggeriva una valutazione, da parte dell’Unione, circa l’“estensione del mandato della Procura europea (EPPO) ai reati definiti dalla presente direttiva”, sottolineando come l’organo investigativo europeo “dispone di poteri propri e dell’autorità per coordinare le indagini e le azioni penali nei casi transfrontalieri, è attualmente l’organismo europeo nella posizione migliore per fronteggiare i reati ambientali più gravi con una dimensione transfrontaliera. Occorre pertanto estendere il mandato dell’EPPO per coprire i reati ambientali gravi con una dimensione transfrontaliera, tramite il Consiglio europeo in conformità dell’articolo 86, paragrafo 4, TFUE. L’EPPO sarebbe così in grado di affrontare i reati con una dimensione transfrontaliera per i quali è improbabile che vi sia un rafforzamento della risposta penale attraverso i canali tradizionali della cooperazione giudiziaria. Per svolgere questo nuovo e più ampio compito, l’EPPO ha bisogno di risorse adeguate e

<sup>117</sup> Emendamento n. 140, A. MANDERS (rel.), Commissione giuridica, *Relazione*, cit., p. 67.

<sup>118</sup> C. ROOSE (rel.), *Parere della Commissione per lo sviluppo*, 7 dicembre 2022, contenuto in A. MANDERS (rel.), Commissione giuridica, *Relazione*, cit., p. 77; S. BRICMONT (rel.), *Parere della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni*, 6 febbraio 2023, *ivi*, p. 248; V. GHEORGHE (rel.), *Parere della Commissione per le petizioni*, 8 dicembre 2022, *ivi*, p. 331.

<sup>119</sup> S. PIETIKÄINEN (rel.), *Parere della Commissione per l’Ambiente, la Sanità pubblica e la Sicurezza alimentare*, 25 ottobre 2022, contenuto in A. MANDERS (rel.), Commissione giuridica, *Relazione*, cit., p. 138.

di finanziamenti mirati ai reati ambientali. La revisione della direttiva (UE) 2017/1371 dovrebbe proporre l'inclusione dei reati ambientali tra i reati coperti da tale direttiva e l'estensione del mandato dell'EPPO ai reati ambientali"<sup>120</sup>. Propone, inoltre, l'introduzione di un art. 19-*bis*, al cui secondo comma viene affermato che il Pubblico ministero europeo, "con i propri poteri e autorità, coordina le indagini e le azioni penali nei casi transfrontalieri, nei casi gravi e nei casi in cui gli Stati membri non intraprendono un'azione efficace contro i reati ambientali"<sup>121</sup>.

Inoltre, degna d'interesse è la domanda scritta del parlamentare europeo Vlad Gheorghe circa l'intenzione della Commissione di estendere il mandato della Procura europea<sup>122</sup>, alla quale un emissario dell'esecutivo unionale ha risposto in maniera tutt'altro che circostanziata – ma la questione sarà utile nelle riflessioni conclusive del presente lavoro – in tal senso: "*The European Public Prosecutor's Office (EPPO) is competent to investigate and prosecute crimes affecting the Union's financial interests. In accordance with Article 86(4) of the Treaty on the Functioning of the European Union, its mandate could be extended to other serious crime having a cross-border dimension. The EPPO has just started its operational activities on 1 June 2021. The Commission stands ready to assess whether it will be feasible and necessary to extend the competence of the EPPO so as to cover other serious cross-border crimes*"<sup>123</sup>.

Infine, va altresì segnalato che, nel dibattito circa il fenomeno sempre più grave, pure nell'Unione europea, del disboscamento illegale – citato anche *supra* –<sup>124</sup>, il Parlamento europeo, in una risoluzione del 2022,

<sup>120</sup> Emendamento n. 41, S. PIETIKÄINEN (rel.), *Parere*, cit., pp. 167 e 168.

<sup>121</sup> Emendamento n. 41, S. PIETIKÄINEN (rel.), *Parere*, cit., p. 134.

<sup>122</sup> "Question for written answer" di V. GHEORGHE, *EU prosecution of environmental crime, including its cross-border dimension*, del 12 maggio 2021, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>123</sup> *Answer given by Mr Reynders on behalf of the European Commission*, del 9 luglio 2021, reperibile sulla rete interconnessa. Qui si è portato un esempio emblematico, ma sono diversi gli atti operativi dell'Unione in cui si affronta la questione dell'estensione della competenza dell'EPPO: sulla rete interconnessa, si può leggere una recente (14 giugno 2023) discussione parlamentare circa l'estensione, *mutatis mutandis*, ai reati in violazione delle sanzioni contro la Federazione russa.

<sup>124</sup> Per di più, vedansi le seguenti petizioni, reperibili sul sito del Parlamento europeo: *Petition No 1056/2021 by Daniel Bodnar (Romanian) on the protection of whistle-blowers and journalists who report on illegal logging*; *Petition No 0408/2020 by*

ha “sottolinea[to] che l’introduzione di un pubblico ministero dell’UE per l’ambiente, attraverso l’estensione delle competenze della Procura europea, a norma dell’articolo 86, paragrafo 4, TFUE, è un modo per migliorare l’attuazione e l’applicazione della legislazione ambientale dell’Unione e per contrastare i reati ambientali gravi che presentano una dimensione transfrontaliera”<sup>125</sup>.

### 9. La responsabilità degli enti per danno ambientale

Il progetto di direttiva – come già l’atto del 2008<sup>126</sup> – prende in considerazione la responsabilità delle persone giuridiche. All’art. 6 prevede l’applicabilità degli artt. 3 e 4 agli enti, qualora i reati ivi previsti “siano stati commessi a loro vantaggio da qualsiasi soggetto che detenga una posizione preminente” (par. 1). Oltre alla responsabilità da “carenza di sorveglianza o controllo” (par. 2), il successivo art. 7, sulle sanzioni appli-

*Cristina St nciuc (Romanian) on illegal logging in Romania; Petition No 1248/2019 by Cosmin Florian Ignatiuc (Romanian) on stopping illegal logging in Romania. Amplius sulla questione, v. lo studio K. KINDJI, Internal and external dimension of illegal logging: legal issues and solutions, 2021 e, in dottrina, AA.Vv., Effects of EU illegal logging policy on timber-supplying countries: A systematic review, in Journal of Environmental Management, 2023, 327, pp. 1 e ss.*

<sup>125</sup> In tal senso, considerando 38) della Risoluzione, *Sul disboscamento illegale nell’UE*, cit.

<sup>126</sup> La Direttiva n. 99/2008/CE ha portato, in Italia, all’introduzione della responsabilità degli enti per gli illeciti ambientali mediante il D.Lgs. 7 luglio 2011, n. 121, andando a inserire l’art. 25-undecies nel D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, poi ulteriormente modificato dalla L. 22 maggio 2015, n. 68. Su tali profili, cfr., *ex multis*, G. CASARTELLI, *La responsabilità degli enti per i reati ambientali*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 2012; G. GUGLIELMI, M. MONTANARO, *I nuovi ecoreati: prima lettura e profili problematici*, in *Rivista231*, 2015, 3, pp. 33 e ss.; M.A. MANNO, *La responsabilità degli enti da reato ambientale. Vecchie e nuove questioni sulla responsabilità penale delle persone giuridiche alla luce dell’introduzione dell’art. 25-duodecies del D.Lg. 231/2001*, in B. ROMANO (a cura di), *I reati ambientali alla luce del diritto dell’unione europea*, cit., pp. 211 e ss.; M. PANSARELLA, *Reati ambientali: il set dei controlli a presidio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, p. 241; A. PICILLO, *La responsabilità da ecoreato degli enti: il criterio dell’imputazione oggettiva*, in *Archivio penale web*, 2013, 3 (con ampia messe di riferimenti bibliografici); M. SCOLETTA, *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli enti per i reati ambientali*, in questa *Rivista*, 2012, pp. 41 e ss.

cabili in tali casi, si diffonde maggiormente rispetto alla sua precedente – e attualmente in vigore – versione. Invero, a un primo paragrafo in cui si richiede, anche qui, l'adozione di “sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive”, segue un elenco – ovviamente, non esaustivo – di misure ritenute adatte (par. 2), fra cui, per esempio, sanzioni economiche penali e non penali (lett. a)), l'obbligo di ripristinare l'ambiente entro un determinato periodo (lett. b))<sup>127</sup>. Pure qui, inoltre, la disposizione richiede dei livelli minimi di punizione pecuniaria: si va, difatti, dal 5% al 3% “del fatturato mondiale totale della persona nell'esercizio finanziario precedente la decisione relativa alle sanzioni pecuniarie”, in base al tipo di crimine commesso (parr. 3 e 4)<sup>128</sup>.

La questione non è di poco momento. D'altronde, non va dimenticato che, com'è noto, la gravità e il carattere transnazionale dei reati ambientali sono aumentati proprio a causa dell'intensificarsi, con gli anni, dell'attività della criminalità organizzata operante in tale campo, “spesso avvalendosi di (o in collegamento con) enti collettivi”<sup>129</sup>.

Tenendo comunque bene a mente che l'eco-criminalità di tipo so-

<sup>127</sup> Le altre sono: c) l'esclusione dal godimento di un beneficio o di un aiuto pubblico; d) l'esclusione temporanea dall'accesso ai finanziamenti pubblici, comprese procedure di gara, sovvenzioni e concessioni; e) l'interdizione temporanea o permanente di esercitare un'attività commerciale; f) il ritiro dei permessi e delle autorizzazioni all'esercizio delle attività che hanno portato alla commissione del reato; g) l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria; h) provvedimenti giudiziari di scioglimento; i) la chiusura temporanea o permanente delle sedi usate per commettere il reato; j) l'obbligo per le imprese di istituire sistemi di dovuta diligenza per rafforzare il rispetto delle norme ambientali; k) la pubblicazione della decisione giudiziaria relativa alla condanna o delle sanzioni o misure applicate.

<sup>128</sup> Infine, un quinto paragrafo richiede l'adozione di “misure necessarie affinché i profitti illeciti generati dal reato e il fatturato annuo della persona giuridica siano presi in considerazione nel decidere il livello adeguato di una sanzione pecuniaria ai sensi del paragrafo 1”.

<sup>129</sup> Parole di M.G. VAGLIASINDI, *Istituzione di una Procura europea e diritto penale sostanziale: l'eventuale estensione della competenza materiale della futura Procura alla criminalità ambientale*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una procura europea*, cit., p. 202. Si veda, in particolare, l'analisi che l'Autrice fa rispetto al fenomeno dell'ecomafia nel nostro Paese, ma anche lo studio e i dati che cita alla nota 32. In termini non dissimili, C. DI FRANCESCO MAESA, *Verso una Procura Europea?*, cit., p. 382. Su questo profilo, inoltre, per qualche considerazione in più, cfr. A.C. NICOLI, *Economia circolare e contrasto alla criminalità ambientale nel ciclo dei rifiuti*, in *Federalismi.it*, 2023, 7, pp. 129 e ss.



cietario esula da tali ultime maglie, nel senso, cioè, che una parte della medesima si colloca non necessariamente nell'ambito della criminalità organizzata, ma riflette scelte degli organi aziendali, attratti dai non indifferenti risparmi economici prodotti dalle sistematiche violazioni della disciplina ambientale, la stessa Commissione “riconosce che la lotta alla criminalità ambientale sarà più efficace se rientrerà nell'ambito di uno sforzo più ampio volto a rafforzare la responsabilità sociale delle imprese e a garantire il rispetto del principio ‘chi inquina paga’”<sup>130</sup>. Quest'ultimo, sostanzialmente, comporta che l'impresa che abbia causato, o corra il rischio di causare un danno di tipo ambientale debba pagare per le correlative misure di prevenzione, controllo e riparazione, nonché per il costo dell'inquinamento per la società<sup>131</sup>. Menzionato già fra i principi su cui si deve basare la politica dell'Unione europea nella materia *de qua*, elencati all'art. 191, par. 2, TFUE, è stato poi codificato quasi vent'anni fa, nella Direttiva n. 2004/35/CE<sup>132</sup>.

Ebbene, nuovamente il Parlamento europeo, con una risoluzione del 2021 proprio sulla responsabilità delle imprese per danni ambientali, ritenendo che “misure di prevenzione esaustive ed efficaci e sanzioni penali dissuasive e proporzionate costituiscano importanti deterrenti contro i danni ambientali”, ha “invita[to] la Commissione a valutare la possibilità di estendere il mandato della Procura europea (EPPO) per coprire i reati ambientali, quando quest'ultima sarà pienamente stabilita e completamente operativa”<sup>133</sup>.

<sup>130</sup> Così, Comunicazione, *Rafforzare la lotta alla criminalità ambientale*, cit., p. 8.

<sup>131</sup> Diffusamente, su tale principio, G. MOSCHELLA, A.M. CITRIGNO (a cura di), *Tutela dell'ambiente e principio “chi inquina paga”*, Milano, 2014, nonché, l'ampio, recente contributo di G. FORNABAIO, *Chi inquina, paga*, in *Milan Law Review*, 2022, 3, 1, pp. 51 e ss.

<sup>132</sup> Direttiva n. 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, rispetto alla quale, v., *ex plurimis*, M.C. ALBERTON, *Dalla definizione di danno ambientale alla costruzione di un sistema di responsabilità: riflessioni sui recenti sviluppi del diritto europeo*, in questa *Rivista*, 2005, pp. 605 e ss. e R. MICCICHÈ, *Nuova direttiva europea in materia di responsabilità ambientale*, in questa *Rivista*, 2003, pp. 917 e ss.

<sup>133</sup> Risoluzione del Parlamento europeo, *Sulla responsabilità delle imprese per i danni ambientali*, del 20 maggio 2021 (2020/2027(INI)), rispettivamente punti 30 e 33. Da notare, peraltro, che anche qui, al considerando C) viene messo in rilievo il *Green Deal*, che “fissa l'obiettivo ambizioso dell'“inquinamento zero”, da realizzare attraverso

## 10. *Riflessioni conclusive*

Dunque, passati in rassegna i presupposti, da un lato, e le proposte istituzionali, dall'altro, in merito al possibile allargamento delle competenze dell'ufficio della Procura europea agli *environmental crimes*, s'impongono ora alcune considerazioni.

Se da una parte, come diffusamente sottolineato da alcune voci in dottrina<sup>134</sup>, tale ampliamento è astrattamente auspicabile, dall'altra, in concreto, e allo stato, non solo non vi sono le condizioni da un punto

una strategia trasversale che tuteli la salute dei cittadini dell'Unione dal degrado ambientale e dall'inquinamento, e chiede altresì una transizione giusta che non lasci indietro nessuno”.

<sup>134</sup> M.G. VAGLIASINDI, *Contribution to conclusions and recommendations on environmental crime*, cit., p. 7 già raccomandava e auspicava l'“*extension to organised environmental crime of the material scope of the future European Public Prosecutor on the grounds of Art. 86(4) TFEU*”. V., poi, tra i molti citati, ID., *Istituzione di una Procura europea e diritto penale sostanziale*, cit.; C. DI FRANCESCO MAESA, *EPPO and environmental crime*, cit.; V. MITSILEGAS, E. FASOLI, F. GIUFFRIDA, M. FITZMAURICE, *The Legal Regulation of Environmental Crime*, cit., pp. 281 e ss. Pure L. SEILER, *L'extension de la compétence matérielle du Parquet européen*, cit., p. 430, nonostante ritenga ancora sussistenti molti problemi, vede più coerente un allargamento delle attribuzioni dell'EPPO alla criminalità ambientale rispetto ad altri settori: “*Le constat global est donc assez similaire à celui qui pouvait exister en matière de PIF. Contrairement à ce qui pouvait être conclu concernant les infractions de terrorisme transfrontière, le contrôle de subsidiarité pourrait ici se révéler concluant et des indices évidents d'une action mieux réalisée au niveau de l'Union semblent pouvoir être relevés*”. Inoltre, seppure non citi espressamente anche il tipo di criminalità qui d'interesse ma la intenda implicitamente, si veda S. ALLEGREZZA, *Statuto e poteri del pubblico ministero europeo*, cit., p. 285, secondo cui “la prima critica riguarda l'opportunità di limitare l'azione di un organo tanto potente alla tutela del solo bilancio dell'Unione, come se non vi fossero altri, delicatissimi settori che giustificano un'azione investigativa, centralizzata”. Stimolanti, infine, anche le considerazioni di M. PELISSERO, *Competenza della Procura europea e scelte di incriminazione*, cit., p. 120: “nella delimitazione di questa doppia sfera di competenza della Procura europea vedo una sorta di paradosso: ossia che il nocciolo duro di tale competenza, riferito agli interessi finanziari, riguardi reati meno gravi di quelli ai quali la competenza della Procura porrebbe essere estesa [...]. È significativo il fatto che, a partire dal 2005, il consolidamento della politica criminale dell'Unione europea attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia non avvenne sul terreno degli interessi finanziari, ma sui *beni ambientali* ritenuti così fondamentali per l'Unione da indurre a rompere la *conventio ad excludendum* del diritto penale dal primo pilastro”.

di vista teorico, ma sembra ancora essere quasi un'utopia<sup>135</sup> da quello pratico.

Infatti, come si è visto, attualmente è ancora in vigore la prima direttiva sulla criminalità ambientale del 2008, la quale non ha sortito gli effetti sperati e non ha appianato le notevoli differenze, sia sanzionatorie che non, sussistenti fra i vari Paesi membri. Quest'atto si trova da ormai diversi anni in fase di revisione: nel testo della proposta licenziato dalla Commissione è assente una espressa volontà circa l'estensione delle attribuzioni dell'EPPO in futuro – nonostante i diversi emendamenti avanzati in sede di dibattito parlamentare, ancora non conclusosi – e, di conseguenza, non vi sono indicazioni circa quali reati e con quali limiti il procuratore sovranazionale potrebbe svolgere le sue funzioni<sup>136</sup>.

Invero, s'è detto che i criteri sostanziali richiesti dall'art. 86, par. 4, TFUE, al fine, dapprima di una modifica estensiva del suo primo paragrafo e, successivamente, del Regolamento n. 1939/2017/UE, sono quelli della gravità e della transnazionalità. Dunque, se da un lato, la criminalità ambientale, intesa in senso generale come “sfera di criminalità” ex art. 83 TFUE, presenta dette caratteristiche, dall'altro, certamente non tutti i casi riportati all'art. 3 del disegno di direttiva rivestono uno o entrambi i requisiti<sup>137</sup>. A titolo di esempio, è chiaro che nel vasto panorama italiano nella materia *de qua*, connotato da un non indifferente ricorso allo

<sup>135</sup> Già diversi anni addietro, M. PELISSERO, *Ampliamento delle competenze della Procura europea? Problemi e prospettive*, in P. FERRUA, R. GAMBINI, M. SALVADORI (a cura di), *La nuova Procura europea. Indipendenza, coordinamento tra Stati e tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2016, p. 68, parlava proprio di “quasi utopia”. Similmente, più di recente, V. TONDI, *Reati ambientali e coordinamento investigativo*, cit., p. 339.

<sup>136</sup> Si legga L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, cit., p. 30, secondo cui “a differenza delle direttive di cui all'art. 83, par. 1 e 2 TFUE, il regolamento in questione non si deve limitare a stabilire ‘norme minime’, lasciando cioè agli Stati ampi spazi interpretativi in sede di attuazione, ma deve ‘definire’ compiutamente gli elementi costitutivi dei reati che pone ad oggetto della competenza della Procura europea”.

<sup>137</sup> Leggasi, sul punto, M. PELISSERO, *Competenza della Procura europea e scelte di incriminazione*, cit., p. 120, che correttamente ricorda: “beninteso, l'estensione della competenza ex art. 86, par. 4 ad alcune di queste fattispecie potrebbe essere estesa qualora il fatto assumesse in concreto carattere transnazionale”; ma anche M.G. VAGLIASINDI, *Istituzione di una Procura europea e diritto penale sostanziale*, cit., p. 206: “il generico riferimento, a tal fine, alla vasta ed eterogenea categoria dei ‘reati ambientali’ o dei ‘reati che offendono l'ambiente’, infatti, non è di per sé idoneo ad identificare quali

strumento contravvenzionale, si fatica a rinvenire ipotesi concretamente conoscibili dalla Procura europea.

Ebbene, come prima cosa, si dovrebbe interpolare l'art. 86, par. 1, TFUE, e già tale profilo è in grado di creare non indifferenti problematiche in merito alle trattative: non solo e non tanto circa i profili della gravità e transnazionalità, quanto piuttosto l'assoluta non pacificità interpretativa, come sottolineato in precedenza, dell'unanimità richiesta dal paragrafo finale<sup>138</sup>.

In ogni caso, anche ammesso di: a) ottenere l'accordo compatto di tutti gli Stati dell'Unione (al momento, del tutto impossibile); oppure b) propendendo per l'esegesi in base alla quale i soli partecipanti alla cooperazione rafforzata sono sufficienti, raggiungere il consenso unanime fra questi; occorrerebbe poi riempire la formula inserita nella norma del Trattato, come fatto in passato rispetto “[a]i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione” e la relativa direttiva PIF, di concerto con le regole di competenza del Regolamento n. 1939/2017/UE. Sarebbe cioè necessario un atto in grado di delimitare il raggio d'azione dell'organo investigativo, identificando in quali casi e con quali criteri individuare gli illeciti da ritenersi gravi e transnazionali nei casi concreti. Le possibilità – comunque, si ribadisce, tutte assai remote – in questo senso, potrebbero dunque essere: a) modificare il Regolamento n. 1939/2017/UE, prevedendo direttamente al suo interno quanto pocanzi prospettato; b) operare detta inclusione nella nuova direttiva sulla criminalità ambientale, modificando la proposta di direttiva e, conseguentemente, inserire un rinvio esterno nel Regolamento, come disposto per le sue attuali competenze; c) infine – caso ancora più improbabile –, nella situazione in cui il progetto di direttiva veda la luce così com'è stato licenziato, predisporre un nuovo, futuro atto legislativo precipuamente dedicato allo scopo, al quale, anche qui, rinviare.

Tutto ciò apprezzato, appare nondimeno alquanto lontana un'ipotesi estensiva anche per altre ragioni.

Difatti, non è certo sufficiente un ristretto gruppo di europarlamen-

reati ambientali siano qualificabili come espressione di criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale”.

<sup>138</sup> V. J. VERVAELE, *The European Public Prosecutor's Office: Introductory Remarks*, in W. GEELHOED, L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ (a cura di), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, L'Aia, 2018, pp. 13 e ss. Inoltre, v. *supra*, nota 42.

tari, seppur armati delle migliori intenzioni, a eliminare le perplessità di diverse parti politiche. Tali ultime si manifestano non solo internamente alle istituzioni dell'Unione, con un ostruzionismo già emerso nell'attuale legislatura<sup>139</sup>: legislatura – giova ricordare – prossima a naturale scadenza.

Ma i dubbi, si diceva, giungono anche dai governi e dai parlamenti degli stessi Stati membri, i quali assai difficilmente saranno disposti “a rinunciare ad una non irrilevante ‘fetta’ della loro sovranità”<sup>140</sup>.

Infine, si possono avanzare due conclusive osservazioni, legate al fattore tempo.

Invero, non sfuggirà che l'ufficio della Procura europea è sostanzialmente un “neo-nato”, nel senso che il suo regolamento risale a sei anni fa, e la sua effettiva entrata in funzione è ancora più recente, essendo trascorsi appena due anni dall'avvio delle sue prime indagini. Certo non

<sup>139</sup> Cfr., tra le cronache recenti, A. CAPASSO, *Una Procura Verde Ue per combattere i crimini ambientali, ma i Popolari si oppongono*, in *AgrifoodToday*, 20 giugno 2022, che riporta le note ostilità di una certa parte politica, ma anche alcune perplessità della stessa Procura europea, laddove riferisce: ‘Non è lo stesso lavoro indagare sulle frodi finanziarie e sul terrorismo, o sui crimini ambientali’, ha affermato un addetto stampa dell'Eppo, sottolineando: ‘Non si tratta degli stessi strumenti, delle stesse leggi, degli stessi metodi e delle stesse risorse’.

E se rispetto ad altri testi di legge, sempre nella materia ambientale, molto di recente, si è riusciti a trovare una convergenza, in verità piuttosto risicata, nonché quasi casuale, in merito a una Procura verde sovranazionale tale esito sembra ancor più difficile. V. la notizia pubblicata sul *Fatto Quotidiano*, il 12 luglio 2023: *Il Parlamento Ue dice sì alla Legge di ripristino della natura: via libera al testo (ammorbido). Fallisce il tentativo delle destre di respingerla*.

<sup>140</sup> Testualmente, M. FIDELBO, *La cooperazione rafforzata come modalità d'istituzione della Procura europea*, cit., pp. 68 e 69, la quale acutamente chiosa in tal senso: “con riferimento ai reati di criminalità grave a carattere transnazionale, il principio di territorialità potrebbe avere un ruolo determinante nella decisione di alcuni Stati di spogliarsi dell'indagine. Infatti, l'art. 86 TFUE presuppone una più intensa politica penale dell'Unione proprio partendo dalla tutela dei suoi interessi finanziari, che riguardano, in ultima analisi, l'esistenza stessa dell'Organizzazione; tale scelta è senza dubbio motivata dalla necessità di trovare, quantomeno in relazione ad un nucleo ristretto – ma, allo stesso tempo, forte – di interessi, una base politica di accordo necessario per l'attuazione di questa disposizione. Eventualmente, altre sfere di criminalità possono essere oggetto di ampliamento della competenza dell'Eppo, ma solo quando e se gli Stati membri saranno pronti a cedere ad un organo sovranazionale parte della loro sovranità in ambiti che esulano dagli interessi finanziari dell'UE”. Similmente, V. TONDI, *Reati ambientali e coordinamento investigativo*, cit., p. 321.

è questa la sede per analizzare tanto le criticità e le carenze – di tipo strutturale, procedurale, ecc. –, quanto le problematiche in merito ai diritti degli indagati, imputati e comunque dei soggetti coinvolti, ma sia perlomeno consentito rammentare l’attenzione che vi ha dedicato la migliore dottrina<sup>141</sup>. Su queste premesse, pare prematuro attuare un’estensione del campo d’azione di un organo, prima ancora di risolverne, almeno in parte, le principali deficienze, o di verificarne l’effettivo andamento<sup>142</sup>.

Quanto invece alla criminalità ambientale, ci si rende conto, anche alla luce dei dati riportati, e dell’impellente necessità di contrastarla – specie avendo riguardo agli ambiziosi obiettivi del *Green New Deal* – che, pure su tale versante, soluzione più opportuna sarebbe attendere l’esito dell’attuazione della nuova direttiva – ammesso che riesca a essere approvata – e appurare solo allora se le sistematiche e profonde differenze tra i diversi Paesi membri si siano appianate, di modo da rafforzare le garanzie circa le attività d’indagine del “procuratore continentale”.

<sup>141</sup> Fra le numerosissime problematiche dell’organo investigativo in analisi, si pensi, ad esempio – oltre alla già citata *quaestio* sul rischio di *forum shopping* – alla questione dell’azione penale e dell’archiviazione: a riguardo, v. il recentissimo contributo di L. LUPÁRIA DONATI, J. DELLA TORRE, *Profili dell’azione penale (e dell’inazione) nel sistema della Procura europea*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2023, p. 347; ma anche M. CAIANIELLO, *Azione penale (e inazione) del Pubblico ministero europeo*, in G. DI PAOLO, L. PRESSACCO, R. BELFIORE, T. RAFARACI (a cura di), *L’attuazione della Procura Europea*, cit., p. 289 e R. BELFIORE, *L’esercizio dell’azione penale da parte dell’EPPPO tra legalità e margini di discrezionalità*, in *Cassazione penale*, 2022, p. 3677. Circa le difficoltà legate alla notizia di reato, poi, G. MASTRANGELO, *Comunicazione ed iscrizione della notizia criminis per i reati di competenza della Procura Europea*, in *Diritto penale e processo*, 2022, p. 1245. Altro profilo spinoso, inoltre, è quello dei contrasti tra uffici, su cui, leggasi L. PRESSACCO, *I «conflitti di competenza» tra il pubblico ministero europeo e gli organi requirenti nazionali*, in *Cassazione penale*, 2022, p. 2809.

<sup>142</sup> D’altronde, talora, si nota come le stesse istituzioni dell’Unione ne siano consapevoli. Proprio nella risoluzione citata più sopra (v. nota 133) si leggeva che il Parlamento ha “invita[to] la Commissione a valutare la possibilità di estendere il mandato della Procura europea (EPPPO) per coprire i reati ambientali, *quando quest’ultima sarà pienamente stabilita e completamente operativa*” (corsivo dell’Autore).

ABSTRACT

*European Public Prosecutor's Office – Environmental crime  
Green New Deal – Directive 99/2008/EC*

*The essay aims to verify the feasibility, in the abstract and in practice, of extending the European Public Prosecutor's Office's competences to environmental crime.*

*First, it briefly traces the stages of the birth and development of the new supranational investigative body, analysing the criteria provided for by the EU legislation – unanimity, seriousness, transnational dimension – in order to extend its powers. Subsequently, after some remarks on the reasons and objectives of the European Green New Deal, the author dwells on the phenomenon of eco-crime. After a quick look at the data, he investigates the reasons for the failure of Directive 99/2008/EC, on the protection of the environment through criminal law, and examines the proposal for its revision – currently under negotiation –, with specific regard to the parts dedicated to the EPPO.*





## La proporzionalità come limite del principio di precauzione nella materia ambientale

TOMMASO TORNIELLI

SOMMARIO: 1. Precauzione e proporzionalità nel delicato bilanciamento tra sviluppo scientifico, crescita economica e tutela dell'ambiente, all'indomani della modifica costituzionale. – 2. L'importanza della struttura logico-giuridica di applicazione del metodo precauzionale per la proporzionalità della misura finale di cautela. – 3. *Segue*: L'applicazione del principio di proporzionalità all'interno del metodo precauzionale. – 4. Il rapporto tra precauzione e proporzione nella recente giurisprudenza amministrativa in materia ambientale. – 5. Conclusioni.

### 1. *Precauzione e proporzionalità nel delicato bilanciamento tra sviluppo scientifico, crescita economica e tutela dell'ambiente, all'indomani della modifica costituzionale*

Il principio di precauzione è da tempo annoverato tra i cardini del sistema di diritto internazionale dell'ambiente<sup>1</sup>.

Pur nella molteplicità delle formulazioni esistenti, il suo contenuto fondamentale consiste nella legittimazione dei pubblici poteri all'adozione di misure anticipate di tutela ambientale, anche di natura restrittiva,

<sup>1</sup> La letteratura giuridica sul principio di precauzione è vasta: si vedano, per tutti, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005 e, più di recente, F. LAUS, *L'amministrazione del rischio. Tra regolazione e procedimento, principio di precauzione e approccio multidimensionale*, Padova, 2023; sulla dimensione internazionale del principio, L. BUTTI, *The Precautionary principle in Environmental Law*, Milano, 2007; E. FISHER, *Is the Precautionary principle justiciable?*, in *Journal of Environmental Law*, Oxford, 2001, pp. 315 ss.

in situazioni di incertezza scientifica riguardo all'esistenza o alla rilevanza del rischio di un danno per l'ambiente o per la salute<sup>2</sup>.

L'incertezza sulla sussistenza e sulla portata del rischio è la ragione per cui la decisione di adottare una misura precauzionale racchiude un irriducibile fattore politico-discrezionale, derivante dalla scelta in merito all'accettabilità del rischio cui è chiamato l'apparato politico-amministrativo competente alla gestione del medesimo, secondo la disciplina settoriale di volta in volta applicabile<sup>3</sup>.

Il principio di precauzione è quindi caratterizzato da una sorta di "doppia ambiguità".

La prima ambiguità risiede nella descritta situazione di incertezza scientifica sull'esistenza e sulla portata del rischio e costituisce il presupposto di fatto che attiva il metodo precauzionale.

La seconda ambiguità, invece, è conseguenza dell'incertezza scientifica e consiste nella difficoltà di predeterminazione dei criteri e dei limiti del potere discrezionale che l'Amministrazione possa legittimamente esercitare.

Con particolare riguardo al secondo profilo di ambiguità, è stata messa in luce l'impossibilità di una puntuale tipizzazione legislativa degli obiettivi e dei contenuti dei provvedimenti adottati sulla base del principio di precauzione. Infatti, trattandosi di un metodo di gestione di rischi incerti, è inevitabile che all'Amministrazione preposta ad agire in concreto sia riconosciuto un margine flessibile di ponderazione, senza che

<sup>2</sup> L'incertezza scientifica è l'elemento differenziale tra il principio di precauzione e il principio di prevenzione. Al riguardo, si segnala S. NESPOR, *Principi internazionali*, in S. NESPOR, L. RAMACCI (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Milano, 2022, p.15, secondo cui "la prevenzione interviene quando è accertata l'esistenza di un danno e si intende evitare che esso si verifichi; la precauzione interviene quando si suppone l'esistenza di un rischio e si intende annullarlo o limitarlo". In giurisprudenza, si veda Trib. Ue, Sez. II, 26 novembre 2002, causa T-74/00 (*Artegoda*).

<sup>3</sup> Secondo N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1998, p. 31, la distinzione tra "rischio" e "pericolo" consiste nel fatto che il primo ha per oggetto danni futuri e incerti che possono dipendere da una decisione, mentre il secondo attiene a fattori ambientali esterni. Riflettono sull'ineliminabile componente discrezionale della precauzione derivante dalla difficoltà di calibrare la decisione in merito alla gestione di un rischio scientificamente incerto S. NESPOR, *Principi internazionali*, cit., p. 18 e L. BUTTI, *L'utilizzo della scienza nel diritto ambientale*, in questa *Rivista*, 2014, p. 140.

ciò necessariamente collida con il principio di legalità e con l'esigenza di prevedibilità dell'azione amministrativa<sup>4</sup>.

Tuttavia, a prescindere dal grado di precisione della disciplina legislativa applicabile, il pericolo di una lesione del principio di legalità diviene grave nei casi in cui l'Amministrazione – in pretesa applicazione del metodo precauzionale – eserciti il potere attribuitole dettando la disciplina del caso concreto “in modo troppo creativo e quindi imprevedibile per il destinatario”<sup>5</sup>.

In altri termini, la doppia ambiguità – o, se si preferisce, la “ineliminabile vaghezza”<sup>6</sup> – che contraddistingue il principio di precauzione fa sì che l'ampio margine di discrezionalità di cui dispone l'Amministrazione in queste situazioni (la “discrezionalità precauzionale”, si potrebbe dire) si presti a usi incontrollati, finalizzati ad “attribuire prevalenza assoluta alla tutela dell'ambiente”, fino a giungere alla forzatura della norma tributiva del potere, “introducendo limiti all'attività privata non previsti dal legislatore”<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Si veda al riguardo A. VANOLI, *Il principio di precauzione nel contrasto all'inquinamento atmosferico diffuso tra tutela dell'ambiente salubre e prevedibilità dell'azione amministrativa*, in questa *Rivista*, 2021, p. 183, secondo cui “il principio di precauzione ben può essere invocato quale criterio di esercizio della (e limite interno alla) discrezionalità amministrativa, senza che si possa in astratto ravvisare alcun *vulnus* al principio di legalità (il quale [...] giammai può essere inteso nel senso di imporre la previsione e la conseguente disciplina legislativa di tutte le possibili situazioni riscontrabili in concreto)”.

<sup>5</sup> Così, M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, p. 438. L'Autrice evidenzia la difficoltà quasi “ontologica” di conciliare precauzione e legalità, concludendo che, mentre “certamente il legislatore potrebbe stabilire di bandire completamente l'utilizzo di una sostanza che sia di dubbia sicurezza [...]”; al contrario, non dovrebbe essere consentito che, in mancanza di una chiara presa di posizione legislativa, siano la pubblica amministrazione o il giudice ad adottare la decisione di vietare l'utilizzo di determinate sostanze per ragioni precauzionali, prescindendo del tutto da quella che potrebbe essere una ragionevole prevedibilità delle scelte pubbliche”. Negli stessi termini, A. VANOLI, *Il principio di precauzione* cit., p. 184, che sottolinea altresì l'importanza della qualità della normazione al fine di evitare che la PA utilizzi il principio di precauzione, “come grimaldello atto a forzare – in senso peggiorativo per i consociati – il dato normativo”.

<sup>6</sup> Così, testualmente, A. VANOLI, *Il principio di precauzione* cit., p. 183.

<sup>7</sup> In questo senso, M. DELSIGNORE, voce *Ambiente*, in *Enc. dir., I tematici, Le funzioni amministrative*, Milano, 2022, pp. 46 ss., p. 56, che conclude che “non è dunque condivisibile una lettura imperativa del principio e non programmatica”.

Se è dunque possibile rilevare che, con particolare riferimento alla materia ambientale, il principio di precauzione si presta a fondare un potenziamento della discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione dalla norma attributiva del potere, sorge – di converso – la necessità di un metodo di temperamento del potere amministrativo esercitato in via precauzionale.

Il presente contributo si propone di indagare il rapporto tra il principio di precauzione e il principio di proporzionalità, che, in quanto principio generale dell'ordinamento comunitario e nazionale, può porsi come limite, in sede procedimentale, e come strumento di sindacato, in sede processuale, rispetto a possibili applicazioni distorte del principio di precauzione<sup>8</sup>.

Il principio di proporzionalità si configura, infatti, come strumento *standard* di esplicazione del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere<sup>9</sup>, nonché come canone di valutazione della “non eccessività” del provvedimento da parte dell'Amministrazione chiamata a esercitare il proprio potere discrezionale<sup>10</sup>.

La proporzionalità si trova quindi in un peculiare rapporto con il principio di precauzione, poiché, se quest'ultimo tende ad ampliare la sfera d'azione del potere discrezionale oltre i limiti della stretta tipicità, la proporzionalità è il più incisivo strumento per contenere la discrezionalità anche nelle ipotesi di poteri a bassissimo tasso di tipicità e consentire un sindacato sul nucleo delle scelte più complesse demandate all'Amministrazione<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> L'ambito applicativo del principio di proporzionalità non è circoscritto al diritto ambientale, ma si allarga a tutti i casi in cui l'Amministrazione, nell'adozione di provvedimenti lesivi della sfera privata, potrebbe ottenere lo stesso risultato di conseguimento dell'interesse pubblico con un minore sacrificio per il privato. Al riguardo, oltre ai lavori di A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998 e D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, si segnala, più di recente, S. DE NITTO, *La proporzionalità nel diritto amministrativo*, Torino, 2023.

<sup>9</sup> A. SANDULLI, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1995, pp. 329 ss., p. 362.

<sup>10</sup> Così, S. DE NITTO, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, p. 1035.

<sup>11</sup> Secondo R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 196, “la chiave di lettura principale per comprendere il nucleo della

Il rapporto tra i due principi emerge anzitutto dalle fonti internazionali ed euro-unitarie.

A livello internazionale, le definizioni del principio di precauzione spaziano da una concezione più rigida, che impone il divieto *tout-court* di intraprendere attività rischiose, nonostante l'incompleta conoscenza degli effetti potenzialmente dannosi, a versioni deboli, che suggeriscono di agire preventivamente, limitando il rischio, quando sussistano ragionevoli motivi per temere il prodursi di danni ambientali<sup>12</sup>.

L'esistenza di una forbice ampia di possibili accezioni testimonia la reale potenzialità del principio, che può giungere – nella sua versione rigorosa – a legittimare misure comportanti la paralisi di talune attività economiche. In via di prima approssimazione, si potrebbe perciò affermare che l'adeguatezza, la ragionevolezza e la proporzionalità sono connaturali al concetto stesso di precauzione, poiché, a seconda del loro grado di incidenza, ne segnano il limite esterno<sup>13</sup>.

Non è casuale che tanto il diritto internazionale dell'ambiente, quanto il diritto comunitario, si siano assestati su una formulazione mediana del principio, come quella contenuta nel punto 15 della Dichiarazione di Rio del 1992, che richiede agli Stati di fare applicazione del "metodo precauzionale", specificando che "in caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da

discrezionalità amministrativa pura, ossia il carattere delle complesse scelte demandate all'amministrazione e la possibilità di un suo sindacato, è data dal principio di proporzionalità".

<sup>12</sup> Secondo A. TROWNBORST, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, The Hague, 2002, p. 303, solo fino al 2001 già più di cinquanta convenzioni internazionali menzionavano espressamente il principio di precauzione. Riguardo alle differenti accezioni del principio a livello internazionale, si rinvia a S. NESPOR, *Principi internazionali* cit., pp. 15 ss.

<sup>13</sup> Si vedano al riguardo gli studi di C.R. SUNSTEIN, *Laws of fear, beyond the precautionary principle*, Cambridge, 2005, p. 14, che afferma: "I therefore aim to challenge the Precautionary Principle not because it leads in bad directions, but because read for all it is worth, it leads in no direction at all. The principle threatens to be paralyzing, forbidding regulation, inaction, and every step in between". Nel ricercare una soluzione, Sunstein conclude che "it does not make sense to follow maximin when the worst case is highly improbable and when the alternative option is both much better and much more likely" (p. 111), così individuando nei canoni di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza gli strumenti idonei a contrastare l'immobilismo derivante da un'applicazione integralista dell'approccio precauzionale.

pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale”.

Come si può leggere, la Dichiarazione di Rio concepisce la proporzionalità come una componente (implicita) del metodo precauzionale, ladove fissa i caratteri delle misure di tutela nell'adeguatezza ed effettività delle stesse anche in relazione ai costi.

A livello europeo, il principio di precauzione è contemplato dall'art. 191 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea tra i principi che fondano la politica dell'Unione in materia ambientale, allo scopo di conseguire “un elevato livello di tutela”<sup>14</sup>.

La mancanza nella norma di indicazioni specifiche sull'attuazione del principio ha indotto la Commissione Europea ad emanare la Comunicazione del 2 febbraio 2000, la quale, pur non rivestendo valore vincolante, rimane la fonte più completa in materia.

In tale documento, la proporzionalità è indicata come il primo dei “principi generali di applicazione” del metodo precauzionale e come “principio generale di buona gestione dei rischi”<sup>15</sup>.

Poiché “solo di rado” esiste un livello di rischio pari a zero, l'Amministrazione dovrebbe configurare le misure di cautela secondo un livello adeguato di protezione, considerando che “un divieto totale può non costituire una risposta proporzionale ad un rischio potenziale” e che il tentativo di raggiungere un livello di rischio zero può dare vita a misure sproporzionate<sup>16</sup>.

In continuità con la Comunicazione della Commissione, il rapporto tra precauzione e proporzionalità emerge poi dall'analisi di alcuni atti di diritto derivato che recano la disciplina di importanti settori.

<sup>14</sup> Una prima enunciazione del principio di precauzione era contenuta nell'art. 130R del Trattato CE, successivamente rinumerato come art. 174 da parte del Trattato di Amsterdam e trasfuso, in seguito al Trattato di Lisbona del 2007, nell'art. 191 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

<sup>15</sup> Gli altri principi di attuazione richiesti dalla Comunicazione della Commissione, come si vedrà nel successivo paragrafo 2, sono la non discriminazione, la coerenza, il riferimento all'esame dei potenziali vantaggi e oneri, la possibilità di aggiornamento alla luce dei nuovi dati scientifici.

<sup>16</sup> La Commissione sottolinea poi che la valutazione circa la proporzionalità della misura deve essere oggetto di speciale attenzione nelle situazioni di rischi potenziali a lungo termine, i cui effetti negativi potrebbero prodursi anche a distanza di anni, colpendo le generazioni future.

È il caso, anzitutto, del Regolamento (CE) n. 1907/2006 del 18 dicembre 2006 (REACH), il quale, dopo aver posto, all'art. 1, il principio per cui i fabbricanti, gli importatori e gli utilizzatori di sostanze chimiche sono tenuti a fabbricare, commercializzare o utilizzare “sostanze che non arrechino danno alla salute umana o all'ambiente”, afferma che l'intera disciplina comunitaria in materia di valutazione, autorizzazione e restrizione delle sostanze chimiche si fonda sul principio di precauzione.

Allo scopo di temperare gli aggravati legati all'ottenimento delle autorizzazioni, l'art. 58, comma 2, del regolamento prevede che talune categorie di utilizzatori di sostanze chimiche possano essere esentate dall'obbligo di autorizzazione e che, nello stabilire le esenzioni, si tenga conto “della proporzionalità del rischio per la salute umana e per l'ambiente connessa alla natura della sostanza”<sup>17</sup>.

Sul versante opposto, l'art. 61, comma 3, ultimo periodo, dispone che “in caso di rischio grave e immediato per la salute umana o per l'ambiente, la Commissione può sospendere l'autorizzazione in attesa della revisione, tenendo conto del principio di proporzionalità”.

Anche il Regolamento (CE) n. 178/2002 del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, prevede, all'art. 7, che situazioni di incertezza scientifica sugli effetti dannosi di taluni alimenti possano legittimare l'adozione di misure precauzionali; la stessa norma, tuttavia, impone che tali misure siano proporzionate e che prevedano “le sole restrizioni al commercio che siano necessarie per raggiungere il livello elevato di tutela della salute perseguito nella Comunità, tenendo conto della realizzabilità tecnica ed economica”<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> La *ratio* ispiratrice di tale previsione è ben espressa dal considerando 61 del regolamento (CE) n. 1907/2006, che recita: “Per ragioni di praticabilità e di proporzionalità, è opportuno esentare dall'obbligo di fornire tali informazioni gli utilizzatori a valle che utilizzano modeste quantità di una sostanza”.

<sup>18</sup> Per una recente applicazione dell'art. 7 del Regolamento (CE) n. 178/2002, si veda Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2023, n. 9265. A fronte del ricorso di un'impresa produttrice di prosciutti contro i provvedimenti dell'Autorità amministrativa che disponevano una serie di misure precauzionali dettate dal fatto che i NAS dei Carabinieri avevano rinvenuto tracce di pesticidi sui prosciutti, il Consiglio di Stato ha affermato il principio per cui, nel caso di “una incertezza che non consente di escludere più gravi rischi per la salute umana”, “la destinazione al consumo alimentare impone una soglia di cautela particolarmente elevata, che non tollera approssimazioni”. Nell'applicare tale principio, il Consiglio di Stato è attento a evidenziare, all'interno

Da ultimo, la Direttiva n. 2001/95/CE del 3 dicembre 2001, relativa alla sicurezza dei prodotti a tutela dei consumatori, all'art. 8, comma 2, prevede che gli ordini di divieto di commercializzazione e ritiro dal mercato di prodotti ritenuti pericolosi sulla base del principio di precauzione siano attuati, dalle autorità competenti, "in modo proporzionato alla gravità del rischio"<sup>19</sup>.

Gli esempi fotografano la dimensione concreta delle strategie e degli orientamenti espressi dalla Commissione e sottolineano il modo in cui la proporzionalità possa operare come limite elastico rispetto alla discrezionalità potenziata che connota le misure precauzionali.

La necessità di una bilanciata proporzione tra la salvaguardia dell'ambiente e i costi economico-sociali derivanti dai provvedimenti precauzionali adottati a tal fine affiora sempre più in settori cruciali del diritto pubblico dell'economia: i cambiamenti climatici e la sfida della decarbonizzazione sottolineano l'urgenza di un "rafforzamento del ruolo dei pubblici poteri rispetto alle dinamiche di mercato"<sup>20</sup>, allo scopo di individuare soluzioni di diritto pubblico adeguate rispetto ai rischi derivanti dal fatto che "è la stessa traiettoria dello sviluppo economico, dettata dai meccanismi che presiedono al funzionamento globale dell'economia, a provocare fatalmente il surriscaldamento del pianeta"<sup>21</sup>.

della motivazione della sentenza, il rispetto del principio di proporzionalità da parte dell'Amministrazione, dando atto che solo il 43% dei prosciutti era stato colpito dal divieto di commercializzazione, mentre il restante 57% era stato sottoposto a misure cautelative e di controllo prima di poter essere messo in vendita.

<sup>19</sup> L'art. 8, comma 2, della Direttiva n. 2001/95/CE è stato recepito nell'ordinamento nazionale da parte dell'art. 107, comma 4, D.Lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo), che lo replica testualmente.

<sup>20</sup> E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 416.

<sup>21</sup> B. TONOLETTI, *I cambiamenti climatici come problema di diritto pubblico universale*, in questa *Rivista*, 2021, pp. 37 ss.; si veda inoltre ID. *Da Kyoto a Durban. Il cambiamento climatico nel quadro internazionale*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Quaderni Cesfin, Torino, 2013, pp. 29 ss. Per una considerazione critica dei risvolti del contenzioso in materia di cambiamento climatico, si vedano, rispettivamente, M. RAMAJOLI, *Il cambiamento climatico tra green deal e climate change litigation*, in questa *Rivista*, 2021, pp. 53 ss. e S. VALAGUZZA, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, pp. 293 ss.; ID. *Liti Strategiche e contenzioso climatico*, in questa *Rivista*, 2021, pp. 67 ss.



In questo scenario si colloca la recente modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione<sup>22</sup>.

Mentre l'art. 9 dispone oggi che la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi debba essere garantita anche "nell'interesse delle future generazioni", l'art. 41 stabilisce che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi "in modo da recare danno", tra l'altro, alla salute e all'ambiente (comma 2) e che la legge determini i programmi e i controlli opportuni affinché l'attività economica possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali (comma 3).

L'inserimento di un riferimento espresso alla tutela dell'ambiente nel dettato costituzionale si pone in continuità con l'evoluzione giurisprudenziale in materia, poiché l'ambiente, già a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, ha acquisito rango di protezione costituzionale grazie al progressivo ma costante intervento interpretativo della Corte costituzionale<sup>23</sup>.

Ai fini del presente studio, è nondimeno utile notare come la nuova formulazione dell'art. 41 riveli una rinnovata componente pragmatica, legata alla prevenzione del danno che l'attività economica privata è in grado di causare al bene-ambiente e alla conseguente necessità di controllo del rischio, la quale coinvolge non solo il legislatore, ma anche i pubblici poteri a ciò preposti, nonché le stesse imprese private<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> L. cost. 11 febbraio 2022, n. 1. Sulla recente modifica costituzionale, si vedano M. DELSIGNORE, A. MARRA, M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in questa *Rivista*, 2022, pp. 1 ss.; M. CECCHETTI, *La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum quad. cost.*, 2021, n. 3, pp. 285 ss.; ID, *Virtù e limiti della modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 2022, pp. 128 ss.

<sup>23</sup> Si veda, per tutti, M. DELSIGNORE, voce *Ambiente* cit., p. 48, secondo cui "a partire dalla ricostruzione di danno ambientale come danno erariale operata dalla Corte dei Conti e dalla successiva adozione della l. 8 luglio 1986, n. 349 [...], la giurisprudenza aveva infatti predisposto un contesto favorevole alla concezione dell'ambiente come autonomo oggetto di tutela nell'ordinamento". Si vedano, inoltre, M. DELSIGNORE, A. MARRA, M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale*, cit. p. 3, secondo cui "la Corte Costituzionale ha progressivamente interpretato le norme esistenti così da ritrovarvi il fondamento per una definizione della protezione dell'ambiente come valore costituzionale".

<sup>24</sup> M. DELSIGNORE, A. MARRA, M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale* cit., pp. 33 ss., ove si nota che "l'attuale accostamento dei fini ambientali ai fini sociali quali obiettivi

Non sembra irragionevole concludere che una possibile direttrice interpretativa offerta dalla modifica costituzionale punti verso un modello di sviluppo ecosostenibile, che garantisca un alto livello di tutela ambientale senza sacrificare inutilmente la libertà di iniziativa economica.

Se dunque il valore costituzionale dell'ambiente costituisce un punto di partenza, più che un approdo della recente modifica della Carta fondamentale, si potrebbe dire che ciò che cambia, concretamente, è l'importanza che assumono la programmazione, l'anticipazione e la gestione del rischio insito nell'esercizio delle attività economiche aventi impatto ambientale<sup>25</sup>.

Il rapporto tra i principi di precauzione e proporzionalità, dato il loro peculiare ruolo-guida nel bilanciamento del rischio ambientale con gli altri interessi in gioco, acquisisce, in questo quadro, un'importanza particolare<sup>26</sup>.

Tale ruolo appare peraltro accentuato dal fatto che la disciplina le-

delle politiche pubbliche in materia economica effettuato dal novellato terzo comma dell'art. 41 Cost. assume il significato pregnante di vincolo pubblicistico al perseguimento di obiettivi strutturali e di sistema in un'ottica di specifica tutela dell'ambiente anche nell'interesse delle future generazioni” e che, conseguentemente, l'art. 41 comma 3 “chiama in causa” non solo il legislatore, ma anche le pubbliche amministrazioni e i privati come protagonisti “nel sistema complessivo dei rapporti economici, concorrendo alla realizzazione dei fini ambientali fatti propri dall'ordinamento giuridico”.

<sup>25</sup> In questo senso, F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, pp. 794-795, ha sostenuto che la revisione dell'art. 41 “potrebbe costituire il fondamento costituzionale del «ri-orientamento» in senso ecologico del sistema”, in quanto “si prevede una programmazione di carattere generale e industriale indirizzata e coordinata a fini ambientali che evidenzia la riespansione del ruolo statale nell'economia”. Più prudente al riguardo M. RAMAJOLI, *Attività economiche, poteri pubblici e tutela dell'ambiente nel nuovo art. 41 della Costituzione*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente. Atti del convegno tenutosi a Roma nel 2022*, Napoli, 2022, p. 169, secondo cui “scopo della modifica è la sottolineatura esplicita dell'importanza delle questioni ambientali anche in campo economico”, esprimendo “una sensibilità culturale diffusa nella comunità intera”.

<sup>26</sup> Con ciò non si intende negare l'importanza che assumono, nel sistema integrato di protezione ambientale, gli altri principi internazionali ed eurounitari che sovrintendono alla tutela dell'ambiente, come i principi di sussidiarietà, di integrazione e dello sviluppo sostenibile, ma semplicemente porre l'attenzione su uno dei possibili contenuti innovativi della riforma, al fine di valorizzare la gestione del rischio ambientale come valore costituzionale autonomo.

gislativa attualmente vigente non contiene indicazioni sufficientemente precise sulle condizioni e modalità di applicazione del principio di precauzione.

Il Codice dell'ambiente enumera la precauzione nella Parte Prima, tra i principi dell'azione ambientale posti dall'art. 3 *ter*, cioè quelli che devono "informare" la "adeguata azione" degli enti pubblici e privati chiamati a garantire "la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale"<sup>27</sup>.

All'elencazione dell'art. 3 *ter* non fa seguito una norma dedicata all'operatività generale del principio di precauzione all'interno della Parte Prima del Codice sui principi del diritto ambientale.

La norma rubricata "attuazione del principio di precauzione" è contenuta nell'art. 301, nella Parte Sesta, concernente la tutela risarcitoria dei danni ambientali. Essa non fornisce una definizione del principio e si limita a normare una peculiare procedura che, da un lato, impone agli operatori economici interessati, di "informare" il Ministero dell'ambiente dell'esistenza di rischi, anche solo potenziali, per la salute umana o per l'ambiente e, dall'altro, legittima il Ministero all'adozione di misure precauzionali<sup>28</sup>.

La disposizione, al comma 2, precisa che l'applicazione del principio di precauzione "concerne il rischio che comunque possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva" e il successivo comma 4 prevede i requisiti della misura precauzionale, replicando i medesimi principi generali attuativi contemplati dalla Comunicazione della Commissione del 2000, tra i quali è compresa la proporzionalità.

Com'è evidente, l'art. 301 è meno analitico della Comunicazione a cui si ispira e non dettaglia il modo in cui il principio di proporzionalità operi in riferimento all'adozione dei provvedimenti precauzionali.

Manca, altresì, una fonte di rango secondario o di *soft law* che disci-

<sup>27</sup> L'art. 3 *bis* del Codice dell'ambiente, peraltro, definisce i principi in questione alla stregua di "principi generali in tema di tutela dell'ambiente, adottati in attuazione degli articoli 2, 3, 9, 32, 41, 42 e 44, 117 commi 1 e 3 della Costituzione e nel rispetto degli obblighi internazionali e del diritto comunitario".

<sup>28</sup> Per un primo commento critico sulla norma, che ne sottolinea l'ambiguità, si segnala G. LEONE, *Prime riflessioni sul risarcimento del danno ambientale disciplinato dal T.U. 3 aprile 2006*, n. 152, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, p. 3.

plini in modo analitico l'applicazione del principio di precauzione nella materia ambientale e che detti, pur con la flessibilità richiesta dai casi concreti e dall'irriducibile margine di incertezza, delle *best practices*, incluso quello che si potrebbe definire come "l'incidente di proporzionalità" all'interno della procedura d'individuazione della misura di cautela ambientale.

La povertà del dato normativo e l'assenza di una compiuta definizione obbliga quindi l'interprete a ricercare il criterio di bilanciamento dei due principi nella loro dimensione concreta. Donde l'opportunità di analizzarne le reciproche interazioni dal punto di vista applicativo, cioè quali canoni di comportamento, all'interno del procedimento amministrativo ambientale, e quali parametri di giudizio, in sede di sindacato giurisdizionale.

## 2. *L'importanza della struttura logico-giuridica di applicazione del metodo precauzionale per la proporzionalità della misura finale di cautela*

Nel paragrafo che precede si è visto come la recente modifica costituzionale si presti a rafforzare l'importanza del bilanciamento tra sviluppo scientifico-economico e tutela dell'ambiente; bilanciamento che vede nei principi di precauzione e proporzionalità due cardini fondamentali, nel senso che la proporzionalità costituisce una necessaria condizione di attuazione del metodo precauzionale, poiché si configura come il più penetrante strumento per scongiurare la deriva della cautela in arbitrio.

Infatti, da un lato, il principio di precauzione per così dire "espande" – anche senza giustificazione scientifica certa del rischio – la potestà pubblica in campo ambientale e, dall'altro, la proporzionalità segna il limite "estremo" di tale espansione.

Nel presente paragrafo si cercherà d'illustrare il meccanismo di applicazione del principio di precauzione, così da mettere in luce le condizioni genetiche e i limiti della riferita espansione della discrezionalità amministrativa che il metodo precauzionale è in grado di generare<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Si veda in argomento A. VANOLI, *Il principio di precauzione* cit., p. 187, la quale ammonisce sul pericolo che un utilizzo inconsapevole delle condizioni applicative del principio di precauzione, piegato all'unico fine di una difesa oltranzista del bene-

Posta l'assenza di indicazioni chiare nelle norme del Codice dell'ambiente che trattano il principio di precauzione, è bene notare che una corretta strutturazione del processo decisionale di adozione della misura precauzionale costituisce la principale garanzia per la proporzionalità e congruenza della misura finale rispetto al rischio da gestire.

Nella materia ambientale, invero, la “funzione propedeutica o programmatica dei principi”<sup>30</sup> ha una rilevanza notevole, poiché i principi – a causa dell'opacità e dell'ipertrofia che connotano la normativa di settore<sup>31</sup> – operano come completamento delle norme, spesso indeterminate, che prevedono i poteri amministrativi di cura dell'ambiente, indirizzando l'azione procedimentale<sup>32</sup>.

In un simile quadro, il principio di precauzione opera in modo eccentrico.

Vero è che esso, al pari degli altri principi, si somma alle già fragili norme settoriali, completandole; tuttavia, poiché attribuisce rilevanza

ambiente, conduca all'estremo per cui “il dettato normativo sia *bypassato* in nome di un imprecisato quanto pericoloso principio di precauzione, fonte di una discrezionalità innominata”.

<sup>30</sup> S. BARTOLE, voce *Principi generali del diritto*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1986, p. 517.

<sup>31</sup> In proposito, S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, p. 44, parla di “inquinamento normativo”. Tale espressione viene così specificata da M. BROCCA, *Interessi ambientali e decisioni amministrative. Profili critici e nuove dinamiche*, Torino, 2018, p. 68: “norme settoriali e frantumate in molteplici testi, di non facile reperimento e comprensione, assenza di omogeneità e coordinamento normativi, mancanza o insufficienza di raccordi sul piano amministrativo”. Per una generale critica dell'incertezza e dell'equivocità dei testi normativi di diritto ambientale, si veda D. DE PRETIS, *Discrezionalità e ambiente*, in D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006, p. 433.

<sup>32</sup> Secondo R. LEONARDI, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Torino, 2020, p. 81, i principi, nella materia ambientale, “ricondono a sistema la frammentazione dei procedimenti amministrativi in questa materia e, allo stesso tempo, si ritiene che gli stessi principi, per il loro significato e contenuto intrinseco, trovino attuazione solo ed esclusivamente in un'azione amministrativa procedimentale che si conclude, a seguito di un'adeguata istruttoria, con un provvedimento amministrativo espresso e motivato in relazione alle risultanze dell'istruttoria”. Per la critica secondo cui il D.Lgs. n. 152/2006 non avrebbe provveduto a un riordino unitario e omogeneo dei procedimenti amministrativi ambientali, si veda P. DELL'ANNO, *Ambiente (diritto amministrativo)*, in P. DELL'ANNO - E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di Diritto dell'Ambiente* (Vol. I), Padova, 2012, p. 314.

giuridica all'incertezza scientifica, ha la peculiarità di far penetrare l'incertezza nella struttura di tali norme, generando così la descritta espansione della discrezionalità amministrativa e i conseguenti rischi di un uso arbitrario del potere<sup>33</sup>.

Per queste ragioni, l'individuazione e il rispetto della struttura logico-giuridica che sovrintende all'applicazione del metodo precauzionale assumono un'importanza cruciale.

Il punto di riferimento principale a tal fine continua ad essere rappresentato dalla già citata Comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2000<sup>34</sup>.

Infatti, anche se, come si è visto, numerose norme internazionali, europee e nazionali contemplano il principio di precauzione, è nondimeno carente una condivisione in merito alle relative logiche di concretizzazione<sup>35</sup>.

La Comunicazione ricostruisce il metodo precauzionale secondo una struttura bifasica: i “fattori che attivano il ricorso al principio di precauzione”, che si possono definire come le “condizioni di attivazione” e le “linee direttrici per il ricorso al principio di precauzione”, definibili come le “condizioni di attuazione”<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> L'inidoneità del principio di precauzione ad assurgere a canone interpretativo delle norme settoriali in materia ambientale in assenza di situazioni d'incertezza scientifica, al solo fine di fornire una tutela “a tutto campo” dell'ambiente, è affermata da T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 17 febbraio 2016, n. 2107.

<sup>34</sup> Significativo è in tal senso l'incipit della Comunicazione della Commissione: “l'individuazione di un corretto equilibrio tale da consentire l'adozione di azioni proporzionate, non discriminatorie, trasparenti e coerenti, richiede pertanto una procedura strutturata di adozione delle decisioni sulla base di informazioni particolareggiate e obiettive di carattere scientifico o di altro tipo”.

<sup>35</sup> La valorizzazione della dimensione concreta emerge peraltro chiaramente dal già citato punto 15 della Dichiarazione di Rio del 1992, che, adoperando la locuzione “metodo precauzionale” sottolinea l'importanza del relativo *modus procedendi*. Sulla concezione del principio di precauzione come “strumento di regolazione della scienza incerta attraverso procedure”, si rimanda a S. FOÀ, *Il nuovo diritto della scienza incerta: dall'ignoto irriducibile come noumeno al mutamento di paradigma*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 813.

<sup>36</sup> La strutturazione bifasica del metodo precauzionale nella Comunicazione della Commissione viene posta in risalto, seppure con diversa scelta di parole, da M. CECCHETTI, *Diritto ambientale e conoscenze scientifiche tra valutazione del rischio e principio di precauzione*, in *Federalismi.it*, 2022, p. 34, che parla di “due grandi pilastri: a) la definizione della “struttura” del processo decisionale precauzionale; b)

Per quanto riguarda le condizioni di attivazione, rileva anzitutto la percezione del rischio, intesa come “identificazione di effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno”. Si tratta di un presupposto di mero fatto, una condizione preliminare svincolata dalla componente scientifica e nondimeno fondamentale, poiché consente la perimetrazione del campo d’indagine<sup>37</sup>.

Una volta ipotizzati gli effetti negativi di un fenomeno, si apre la fase della valutazione scientifica del rischio. Solo in seguito a un’analisi condotta secondo le migliori tecniche possibili, si può disporre della base decisionale per attuare misure precauzionali<sup>38</sup>.

La valutazione scientifica del rischio è composta, a sua volta, da due elementi complementari: i dati scientifici raccolti, che devono essere il più possibile affidabili e il ragionamento logico-analitico che sostiene le conclusioni, le quali devono esprimere il grado di possibilità e gravità del pericolo, i suoi eventuali effetti irreversibili e a lungo termine, nonché le ipotizzabili conseguenze dell’inazione<sup>39</sup>.

Ai fini dell’attivazione del principio di precauzione, la valutazione del rischio consente di far emergere il grado d’incertezza scientifica e le sue

l’indicazione dei principi [...] sui quali dovrebbe misurarsi, in definitiva, la legittimità sostanziale della decisione applicativa del principio di precauzione”.

<sup>37</sup> Si consideri l’esempio dei clorofluorocarburi (CFC), scoperti negli anni Venti, ma sulla nocività dei quali per lo strato di ozono i primi dubbi emersero solo alla metà degli anni Sessanta. Essi furono messi al bando in seguito al Protocollo di Montreal del 1987, ma l’Italia ne vietò la produzione, solo a partire dal 2008, mediante la L. n. 179/1997.

<sup>38</sup> La necessità, affermata dalla Commissione, di una puntuale valutazione scientifica del rischio quale condizione di attivazione del principio di precauzione è stata successivamente ripresa dalla costante giurisprudenza comunitaria, a far tempo dalla già citata sentenza *Artegodan*, che ha posto l’importante principio per cui “la valutazione del rischio non può basarsi su considerazioni puramente ipotetiche”.

<sup>39</sup> A riprova della centralità della valutazione scientifica dei rischi, l’Allegato III della Comunicazione ne individua ulteriormente le quattro componenti, consistenti, rispettivamente, in: identificazione del pericolo, intesa come identificazione degli agenti biologici, chimici o fisici che possono avere effetti negativi; caratterizzazione del pericolo, intesa come determinazione della natura quali-quantitativa degli effetti nocivi ricollegati causalmente agli agenti; valutazione dell’esposizione, intesa come valutazione quali-quantitativa e probabilistica sulla probabilità di esposizione agli agenti; caratterizzazione del rischio, intesa come stima, correlata anche al grado di incertezza, della probabilità, frequenza e gravità degli effetti negativi.

cause, che spesso dipendono dall'insufficienza o incompletezza dei dati, ma che possono anche derivare dai modelli teorici impiegati<sup>40</sup>.

L'esercizio del potere di scelta circa l'attivazione e il contenuto delle misure precauzionali richiede, dunque, "una seria e prudentiale valutazione, alla stregua dell'attuale stato delle conoscenze scientifiche disponibili, dell'attività che potrebbe ipoteticamente presentare dei rischi"<sup>41</sup>: l'adeguatezza dell'istruttoria è l'antecedente logico-giuridico necessario per la proporzionalità della misura finale.

Rappresentata l'incertezza, inizia la fase di attuazione delle misure precauzionali (inclusa l'inazione), che prende le mosse dalle valutazioni scientifiche e si spinge all'individuazione della strategia di gestione del rischio, essendo il frutto di scelte caratterizzate da forte discrezionalità<sup>42</sup>.

La forza della discrezionalità precauzionale trova invero la sua ragione nell'inversione del rapporto con la scienza, la quale, da limite per il decisore pubblico, diviene – come si è visto più sopra – legittimazione per il rafforzamento del suo potere discrezionale<sup>43</sup>.

Tuttavia, proprio perché si tratta di scelte ampiamente discrezionali, esse devono rispettare quelli che la Comunicazione della Commissione definisce "i principi generali di applicazione", cioè le condizioni di attuazione.

Come visto nel paragrafo che precede, la prima delle condizioni di attuazione individuate dalla Commissione è la proporzionalità delle misure. Accanto alla proporzionalità, la Commissione indica anche il rispetto

<sup>40</sup> Per questa ragione Trib. Ue, Sez. III, 11 settembre 2002, causa T-13/99, (*Pfizer*), ha precisato che "dato che si tratta di un iter scientifico, la valutazione [...] deve essere delegata dall'autorità pubblica competente ad esperti scientifici".

<sup>41</sup> Così, testualmente, Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5034.

<sup>42</sup> La natura politico-discrezionale delle scelte in merito all'adozione di misure precauzionali è evidenziata da Trib. Ue, Sez. II, 21 ottobre 2003, causa T-392/02 (*Solvay*), secondo cui "Nel caso in cui la valutazione scientifica non consenta di stabilire con sufficiente certezza l'esistenza del rischio, la scelta di ricorrere o di non ricorrere al principio di precauzione dipende dal livello di protezione scelto dall'autorità competente nell'esercizio del suo potere discrezionale, tenuto conto delle priorità da essa definite in relazione agli obiettivi perseguiti". Al riguardo, S. FOÀ, *Il nuovo diritto della scienza incerta* cit., 814, parla di "insopprimibile politicità" dell'approccio precauzionale.

<sup>43</sup> Sull'inversione del rapporto tra scienza e discrezionalità, si veda G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.* 2004, p. 1099.



del principio di non discriminazione, la coerenza, “l’esame dei vantaggi e degli oneri derivanti dall’azione o dalla mancanza di azione” e “l’esame dell’evoluzione scientifica”, trattandosi di strumenti di analisi funzionali ad una consapevole riduzione del rischio e a una sua “governabilità” anche in relazione a eventuali aggiornamenti tecnici.

È perciò a questo livello che si colloca il vero e proprio “incidente di proporzionalità” all’interno dell’iter decisionale di adozione di una misura di anticipazione del rischio.

Si può dire, allora, che il metodo precauzionale “incorpora” il controllo di proporzionalità: una volta accertate le condizioni per l’attivazione di una misura di cautela, essa deve essere sottoposta al vaglio di proporzionalità, sulla base delle risultanze dell’istruttoria, anche di natura tecnico-scientifica, condotta nel medesimo procedimento.

Come si vedrà, la concezione più o meno rigorosa del principio di proporzionalità adottata dal decisore pubblico e dalla giurisprudenza incide fortemente sulla misura finale.

È per ora sufficiente anticipare che soltanto una puntuale sottoposizione della misura ipotizzata al vaglio di proporzionalità consente all’Amministrazione di affinarne il contenuto, rendendo altresì più agevole e incisivo l’eventuale sindacato giurisdizionale<sup>44</sup>.

Al contrario, l’adozione di una nozione generica del principio di proporzionalità può portare al depotenziamento della verifica sul corretto esercizio del potere di anticipazione del rischio ambientale, rendendo difficoltoso l’accertamento della “non eccessività” della misura rispetto allo scopo di tutela dell’ambiente e la sua “tollerabilità” per i privati.

<sup>44</sup> Importanti considerazioni sul rapporto tra l’applicazione di una misura precauzionale di gestione del rischio in presenza di incertezza scientifica e la necessità del rigoroso rispetto del controllo di proporzionalità sono contenute in Corte Ue, 9 settembre 2003, causa C-236/01 (*Monsanto*) e riprese successivamente in Corte Ue, Sez. III, 28 gennaio 2010, causa C-333/08, la quale, dopo aver espresso il principio per cui “laddove sussistano incertezze allo stato attuale della ricerca scientifica, spetta agli Stati membri decidere in merito al livello al quale essi intendono garantire la tutela della salute”, ha cura di precisare che, nondimeno, “nell’esercizio del loro potere discrezionale in materia di tutela della sanità pubblica, gli Stati membri devono rispettare il principio di proporzionalità”.

### 3. Segue: *L'applicazione del principio di proporzionalità all'interno del metodo precauzionale*

Pur nell'assenza di una definizione legislativa puntuale<sup>45</sup>, è oggi pacifico che il principio di proporzionalità, nato nel diritto tedesco e accolto nel diritto comunitario a partire dagli anni Settanta<sup>46</sup>, consista in una sequenza logico-giuridica scandita in tre test o “gradini”.

Il rispetto di tale sequenza consente un'analitica verifica sulla ponderazione degli interessi in gioco che l'Amministrazione è chiamata a compiere nell'esercizio del proprio potere discrezionale, eventualmente anche in seguito all'esercizio dei diritti partecipativi da parte dei soggetti interessati<sup>47</sup>.

Il primo gradino è costituito dal test di idoneità della misura adottata rispetto al fine perseguito, che consiste nella verifica di rispondenza dell'intervento concretamente posto in essere dall'Amministrazione rispetto al soddisfacimento dell'interesse pubblico contemplato dalla norma attributiva del potere.

Al suo primo stadio, l'applicazione del principio di proporzionali-

<sup>45</sup> Una definizione giurisprudenziale del principio di proporzionalità è invece rinvenibile in Corte Ue, Sez. IV, 21 luglio 2011, causa C-15/10 (*Etimine*), ove si può leggere che “il principio di proporzionalità, che rientra tra i principi generali del diritto comunitario, esige che gli atti delle istituzioni comunitarie non superino i limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti”.

<sup>46</sup> Per il vero, già G. D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1814, osservava come la prevalenza “della cosa pubblica alla privata” debba essere contenuta “entro i limiti della vera necessità”. “Lo che è sinonimo” – continua Romagnosi – “di far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà”. Evidente è l'influenza di Romagnosi in C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1937, p. 78, secondo cui la PA deve utilizzare i propri poteri “col minimo sacrificio dei singoli, onde tutto ciò che compia senza necessità per essa e con danno dei terzi merita censura”. Invece, per una ricostruzione dello sviluppo del principio di proporzionalità all'interno del diritto comunitario, si rinvia a V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012.

<sup>47</sup> Sul rapporto tra la partecipazione dei terzi al procedimento e la proporzionalità della misura finale, si veda A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto tra amministrazione e amministrati*, in *Istituzioni del federalismo*, 2016, p. 715.

tà non prende (ancora) in considerazione gli interessi privati coinvolti dalla decisione amministrativa, ma si concentra sull'enucleazione dello scopo legale risultante dalla norma attributiva del potere, la quale funge da "norma parametro" ai fini della prova di congruenza del mezzo prescelto<sup>48</sup>.

Inoltre, è stato notato che l'incertezza scientifica sul nesso causale tra determinate situazioni di fatto e i possibili danni per la salute e l'ambiente può costituire una criticità in sede di accertamento dell'idoneità della misura adottata, poiché il dubbio sulla causa fa sorgere il dubbio – appunto – sull'idoneità della soluzione<sup>49</sup>.

In casi simili, la completezza e la congruità della valutazione scientifica del rischio sono essenziali, poiché, come affermato nella Comunicazione della Commissione, "una stima incompleta del rischio può limitare notevolmente il numero delle opzioni disponibili".

Si può osservare al riguardo che alcuni testi normativi di settore forniscono indicazioni dettagliate sui criteri di svolgimento dell'analisi del rischio, allo scopo di "calare" i principi generali di gestione dei rischi nel contesto della normativa specifica di riferimento.

Un esempio è rinvenibile nel D.Lgs. n. 224/2003, che ha dato attuazione alla Direttiva 2001/18/CE in materia di emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati<sup>50</sup>.

Il Decreto, oltre a effettuare un richiamo generale al principio di precauzione<sup>51</sup>, è completato dall'Allegato II, dedicato ai "principi per la va-

<sup>48</sup> Un risalente caso dove è chiaro il rapporto tra principio di proporzionalità e norma che fissa lo scopo d'interesse pubblico è quello deciso da Corte Ue, 20 febbraio 1979, causa C-120/78 (*Cassis De Dijon*).

<sup>49</sup> Si veda in merito F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 368.

<sup>50</sup> Sulle problematiche sottese alle procedure di autorizzazione alla messa in commercio di OGM, si segnala F. CITTADINO, *Libera circolazione di OGM: più spazio per la tutela dell'ambiente alla luce della direttiva (UE) 2015/412*, in questa *Rivista*, 2016, p. 1011 ss. Sulla giurisprudenza in materia, invece, si veda E. BLASI, *I nuovi margini del potere decisionale degli stati europei in materia di organismi geneticamente modificati*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2015, p. 172 ss.

<sup>51</sup> D.Lgs. n. 224/2003, art. 1, comma 1: "il presente decreto stabilisce, nel rispetto del principio di precauzione, le misure volte a proteggere la salute umana, animale e l'ambiente relativamente alle attività di rilascio di organismi geneticamente modificati"; art. 5, comma 3: "l'autorità nazionale competente [...] assicura che siano adottate, nel rispetto del principio di precauzione, tutte le misure atte ad evitare effetti negativi sulla

lutazione del rischio ambientale”, che contiene una serie di criteri volti ad affinare la stima del rischio nello specifico campo degli OGM.

Tra tali criteri, che devono essere considerati “in accordo con il principio di precauzione”, meritano di essere ricordati: la necessità di confrontare le caratteristiche rischiose dell’OGM con quelle proprie dell’organismo non modificato da cui l’OGM è ricavato; la necessità che la valutazione del rischio ambientale sia modellata sul tipo di OGM considerato; la necessità di riconsiderare le misure già adottate alla luce di eventuali nuove informazioni sull’OGM e sui suoi effetti.

L’esempio della legislazione in tema di OGM testimonia l’esistenza, all’interno del metodo precauzionale, di una diretta correlazione logico-giuridica tra l’idoneità della misura e l’adeguatezza degli studi scientifici condotti sulla consistenza del rischio.

In questo senso, il principio di precauzione integra il parametro normativo di riferimento (nell’esempio, la normativa sugli OGM) conferendo all’Amministrazione, in caso di incertezza scientifica, il potere discrezionale di non accettare il rischio, adottando i provvedimenti conseguenti.

Poiché il controllo di proporzionalità è funzionale alla verifica di congruenza della misura con il parametro normativo, l’adeguatezza della valutazione scientifica del rischio è condizione necessaria di idoneità della misura rispetto al fine di legge, come integrato dall’incertezza che ha indotto l’intervento precauzionale.

L’applicazione del primo gradino del principio di proporzionalità all’interno dello svolgimento del metodo precauzionale pone dunque un primo limite all’esercizio del potere discrezionale, richiedendo che il rischio sia sufficientemente supportato da dati scientifici per dimostrare l’idoneità della misura, o meglio, la sua “non inidoneità”<sup>52</sup>.

salute umana, animale e sull’ambiente che potrebbero derivare dall’emissione deliberata dall’immissione sul mercato di OGM”.

<sup>52</sup> Un esempio di ciò è rinvenibile in Corte Ue, IV Sez., 8 luglio 2010, causa C-343/09 (*Afton Chemical*). La Corte aveva concluso per il rispetto del principio di proporzionalità da parte della Direttiva 2009/30/CE, nella parte in cui fissava un contenuto minimo di manganese (MMT) nei carburanti, proprio a causa dell’incertezza relativa ai danni e ai rischi; incertezza che conduceva all’idoneità della misura restrittiva allo scopo di assicurare un elevato livello di tutela della salute e di prevenire le immissioni inquinanti in atmosfera. Si veda il commento di M. ZINZI, *Precauzione e proporzionalità*

Il secondo gradino consiste nel test di necessarietà, che si sostanzia in un accertamento di carattere *lato sensu* quantitativo, teso a verificare che il contenuto di interesse pubblico realizzato con il provvedimento implichi il minor sacrificio per il privato. Il test di necessarietà incorpora quindi un rilevante momento comparativo, poiché la misura in concreto adottata deve essere posta a confronto con altre misure astrattamente idonee, al fine di comprendere se sia, effettivamente, quella che comporta la minore compressione degli interessi confliggenti<sup>53</sup>.

Anche nel caso del test di necessarietà potrebbe verificarsi una tensione con il principio di precauzione.

Infatti, laddove esistano margini d'incertezza riguardo agli effetti negativi di una determinata attività, soprattutto se implicanti una (difficile) previsione di lungo periodo, un'applicazione eccessivamente rigida del principio di precauzione all'interno dell'esame di necessarietà potrebbe portare a ritenere non altrettanto efficaci misure restrittive più miti<sup>54</sup>.

In simili casi, il profilo formale e motivazionale è lo specchio di una corretta applicazione del principio di proporzionalità nel corso dell'istruttoria procedimentale: l'Amministrazione deve dare atto (cioè: for-

*come elementi di controllo delle norme tecniche*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2010, pp. 1597 ss.

<sup>53</sup> Per un'applicazione del test di necessarietà, si veda Corte Ue, Sez. VIII, 5 giugno 2008, causa C-534/06 (*Industria Lavorazione Carni Ovine*), dove la Corte ha ritenuto sproporzionata la misura, adottata dalla Regione Lazio, di sospensione totale di un contributo europeo connesso alla trasformazione di prodotti agricoli europei, sul presupposto che, in seguito a un'ispezione, era stato verificato che l'Industria Lavorazione Carni Ovine macellava anche capi provenienti da paesi extra-europei. Verificato che i capi di origine comunitaria erano stati comunque macellati nella misura programmata, la Corte riteneva non necessaria la misura della totale sospensione del contributo.

<sup>54</sup> Un caso emblematico è quello deciso da Corte Ue, 13 luglio 1994, causa C-131/93 (*Gamberi di acqua dolce*). La Commissione aveva impugnato i provvedimenti adottati dalla Repubblica federale tedesca che stabilivano il divieto totale d'importazione dei gamberi di acqua dolce, sia dai paesi europei, sia dai paesi terzi. Mentre la Repubblica federale di Germania (in evidente applicazione del principio di precauzione, anche se non esplicitamente evocato) riteneva il divieto totale la "unica misura efficace" contro la diffusione della c.d. "peste dei gamberi", anche a tutela delle specie autoctone, la Corte verificava, al contrario, la non necessarietà della misura: "invece di vietare semplicemente l'importazione di tutte le specie di gamberi di acqua dolce vivi, la Repubblica federale tedesca avrebbe potuto limitarsi a sottoporre a controlli sanitari le partite di gamberi provenienti da altri Stati membri".

nire la prova) circa l'inesistenza di altre misure ugualmente efficaci, ma meno restrittive.

Il terzo gradino è quello del c.d. “test di adeguatezza” o “test di proporzionalità in senso stretto”.

Si tratta dello stadio finale, che si focalizza sul bilanciamento dell'interesse pubblico con gli interessi privati, al fine di individuare la soglia di “tollerabilità” del pregiudizio imposto al privato dal provvedimento discrezionale dell'Amministrazione<sup>55</sup>.

Mentre la comparazione del test di necessità ha per oggetto le misure e avviene su scala quantitativa, la comparazione del test di adeguatezza riguarda gli interessi e avviene su scala qualitativa, ponendo a confronto il risultato raggiunto dall'Amministrazione con i sacrifici imposti agli amministrati<sup>56</sup>.

Anche nell'ambito del test di adeguatezza potrebbe registrarsi una frizione con il principio di precauzione, derivante dal fatto che, se incerto è il rischio, incerto sarà anche il beneficio atteso dalla misura adottata, mentre certo è il costo – spesso elevato – connesso al sacrificio che la misura impone al privato.

Il limite posto all'esercizio dei poteri precauzionali dalla proporzionalità in senso stretto impone, dunque, un bilanciamento discrezionale tra il rischio (incerto) per l'ambiente, da un lato, e il giudizio di eccessiva onerosità della misura per il privato, dall'altro<sup>57</sup>.

Dall'analisi svolta emerge l'opportunità che, nel caso delle misure precauzionali, la stessa motivazione del provvedimento si strutturi secondo la forma del triplice test di proporzionalità, facendo espresso riferimento, sotto il profilo dell'idoneità, all'adeguatezza della valutazione scientifica compiuta; sotto il profilo della necessità, alla considerazio-

<sup>55</sup> In dottrina, A. SANDULLI, *La proporzionalità*, cit., p. 373 evidenzia come il controllo di adeguatezza sia rivolto “alla quantità di potere esercitabile nella dinamica degli interessi”. In giurisprudenza, si segnala Cons. Stato, Sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1736.

<sup>56</sup> Per la descrizione del test di adeguatezza come verifica qualitativa, che “anticipa il controllo alla fase di bilanciamento degli interessi”, si veda C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008, p. 315.

<sup>57</sup> In questo senso, M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2012, 80. L'autore sottolinea la necessità che “vi sia sempre una rigorosa proporzione tra il grado di probabilità dei rischi e di gravità dei danni temuti, da una parte, e il grado di incisività delle medesime misure sulle libertà antagoniste dall'altra”.

ne di altre misure meno invasive; sotto il profilo della proporzionalità in senso stretto, al bilanciamento tra i benefici attesi, anche in termini probabilistici, dalla misura e i costi da essa derivanti per i privati.

Pur nella flessibilità che deve caratterizzare l'esercizio dei pubblici poteri e nella consapevolezza che la verifica di proporzionalità può arrestarsi ad uno stadio intermedio, o che alcune valutazioni di merito possono assorbirne altre, è evidente che una progressione analitica dei tre test durante l'istruttoria, da un lato, è condizione necessaria per meglio calibrare la decisione finale e, dall'altro, rende più ordinato e – quindi – penetrante il sindacato giurisdizionale, riducendo il rischio che gli interessi secondari “emergano effettivamente per la prima volta” nel processo<sup>58</sup>.

Lo sforzo di sintesi compiuto finora necessita, a questo punto, di un doveroso completamento attraverso l'analisi di alcuni recenti casi verificatisi in giurisprudenza, al fine di offrire più puntuali indicazioni sul rapporto tra dimensione procedimentale e dimensione processuale della proporzionalità applicata alle misure precauzionali.

#### 4. *Il rapporto tra precauzione e proporzione nella recente giurisprudenza amministrativa in materia ambientale*

Come anticipato nel paragrafo che precede, la sequenza dei tre test di proporzionalità può consentire un penetrante sindacato, che prende le mosse dai presupposti di esercizio del potere per spingersi progressivamente a ripercorrere le scelte discrezionali dell'Amministrazione, rappresentando un limite essenziale all'indeterminatezza e alla tendenza espansiva del potere precauzionale<sup>59</sup>.

È tuttavia rilievo comune che la giurisprudenza nazionale, a differenza

<sup>58</sup> A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità* cit., 715. In questo senso, si veda pure S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 297, secondo cui “se in sede procedimentale (ad opera dell'autorità che decide) e in sede processuale (ad opera del giudice che controlla la proporzionalità della decisione), la triplice verifica potesse compiersi in modo sequenziale e graduale [...], la dinamica applicativa della proporzionalità risulterebbe evidentemente più chiara e più trasparente nel suo progressivo dispiegarsi”.

<sup>59</sup> Per una puntuale elencazione di tutti gli Autori che hanno identificato nel principio di proporzionalità il più penetrante strumento per il sindacato sulla discrezionalità, si veda C. CUDIA, *Funzione amministrativa* cit., p. 305. Invece, per la tesi secondo cui il

di quella comunitaria<sup>60</sup>, tenda a fare un'applicazione cauta e depotenziata della proporzionalità, omettendo la scansione trifasica e assorbendo il relativo controllo entro la figura dell'eccesso di potere per violazione del principio di ragionevolezza<sup>61</sup>. Spesso ragionevolezza e proporzionalità vengono richiamate congiuntamente, "in una endiadi che presenta i due principi come sostanzialmente equivalenti"<sup>62</sup>, a causa della circospezione con cui il giudice italiano è solito affacciarsi al merito amministrativo.

In aggiunta a ciò, è stato osservato che l'iter applicativo seguito dalla giurisprudenza nazionale raramente giunge al terzo stadio, quello del controllo di adeguatezza: molto spesso esso si arresta al test di necessità, che costituisce il baricentro della verifica<sup>63</sup>. L'esaurimento del controllo di proporzionalità allo stadio della necessità avviene particolarmente nella materia ambientale, ove è frequente la comparazione tra prescrizioni "miti" e prescrizioni "gravose" (incluso il divieto di svolgimento di determinate attività)<sup>64</sup>.

La forte prudenza con cui il giudice amministrativo tende a svolgere

controllo di proporzionalità rimane limitato alla "misura" del potere esercitato, senza estendersi al merito, si veda A. SANDULLI, *La proporzionalità*, cit., p. 320.

<sup>60</sup> Per una rappresentazione del metodo applicativo del principio di proporzionalità da parte della giurisprudenza della Corte europea di giustizia, anche in rapporto alla giurisprudenza tedesca, si veda 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 *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2019, pp. 903 ss.

<sup>61</sup> In questo senso A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità* cit., p. 709. Con diversa ma efficace formulazione F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione*, cit., p. 361 contrappone l'accezione "in senso generico" a quella "in senso tecnico" della proporzionalità. Per le diverse ricostruzioni dottrinali del rapporto tra proporzionalità e ragionevolezza, si rinvia a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., p. 197, nota 393.

<sup>62</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 315.

<sup>63</sup> S. DE NITTO, *A proposito della proporzionalità* cit., p. 1040; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione*, cit., p. 378.

<sup>64</sup> Si veda al riguardo Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087, con nota di D.U. GALETTA, in *Giornale. dir. amm.*, 2006, 1106. In quel caso, le prescrizioni di ulteriori controlli su quantità e tipologie dei rifiuti dettate dalla Provincia in sede di autorizzazione allo smaltimento di rifiuti, venivano annullate poiché ritenute eccessivamente "gravose" e sproporzionate, alla luce del fatto che l'autorizzazione prevedeva già l'esecuzione di controlli riferiti "proprio alle quantità e tipologie dei rifiuti trattati nel corso della giornata". La motivazione della sentenza, pur non dando conto in modo analitico



il controllo di proporzionalità comporta un ulteriore potenziamento della discrezionalità precauzionale, accentuando la sua attitudine a integrare le norme ambientali con una componente di incertezza scientifica che ne rende indeterminati i limiti applicativi.

Si segnalano invero pronunce recenti che, in nome del principio di precauzione, avallano misure di tutela incondizionata dell'ambiente, svincolate da un effettivo vaglio di proporzionalità sul modo in cui l'Amministrazione procedente ha fatto uso della discrezionalità attribuitale<sup>65</sup>.

Inoltre, la tendenza ad assecondare la forza espansiva del principio di precauzione si traduce nel già accennato impiego di una concezione “a maglie larghe” della proporzionalità, del tutto sovrapponibile alla ragionevolezza, anche in alcune delle sentenze che si occupano dell'operatività della proporzionalità come limite alla precauzione.

Ad esempio, nei casi in cui associazioni ambientaliste impugnino autorizzazioni concesse dall'Amministrazione per l'insediamento di attività produttive, deducendo il mancato rispetto del principio di precauzione, può accadere che il principio di proporzionalità sia utilizzato alla stregua di un criterio generale di buon senso, in virtù del quale l'adozione della “opzione zero” paralizzerebbe qualunque attività produttiva<sup>66</sup>.

Più in generale, un uso generico e aspecifico della proporzionalità in rapporto alla misura precauzionale è rinvenibile qualora il ricorso venga respinto sulla base della considerazione che, dalla motivazione del provvedimento impugnato, emergerebbe la manifesta proporzionalità della misura, come, ad esempio, nel caso di ordinanze contingibili ed urgenti adottate per fare fronte a un rischio grave e attuale<sup>67</sup>.

Peraltro, si registrano anche taluni casi di accoglimento del ricorso e

dell'applicazione dei tre test di proporzionalità, risulta evidentemente costruita sul test di necessità.

<sup>65</sup> È il caso di Cons. Stato, Sez. II, 11 maggio 2020, n. 2964, con la già citata nota critica di A. VANOLI, *Il principio di precauzione*, cit. La pronuncia ha ritenuto legittimo il provvedimento con cui l'Amministrazione, in via assolutamente prudenziale, aveva negato l'autorizzazione alle emissioni in atmosfera di un impianto industriale, all'unico fine di evitare qualunque ulteriore possibile peggioramento della qualità dell'aria.

<sup>66</sup> Si veda, ad esempio, T.A.R. Toscana, Sez. II, 20 gennaio 2014, n. 107.

<sup>67</sup> In tal senso, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 2 novembre 2009, n. 6758. In quel caso, la stessa impresa ricorrente, nel corso dell'istruttoria, aveva riconosciuto la necessità di procedere alla rimozione di una copertura contenente amianto danneggiata da eventi atmosferici; tuttavia, vista l'inerzia successiva, il sindaco aveva

annullamento della misura precauzionale nei quali, in realtà, la violazione del principio di proporzionalità opera come rafforzamento di un eccesso di potere per inadeguatezza dell'istruttoria e carenza di motivazione<sup>68</sup>.

Sono comunque rari i casi in cui l'accoglimento del ricorso avverso una misura precauzionale sia il risultato di un vaglio giurisdizionale di proporzionalità in senso tecnico<sup>69</sup>.

Tuttavia, sta emergendo in tempi recenti l'esigenza di una più profonda riflessione sul coordinamento dei due principi, anche se, per il momento, non si registra un mutamento realmente significativo rispetto alla tradizionale deferenza del giudice amministrativo verso le scelte precauzionali.

Il primo tentativo di riordino sistematico è rinvenibile nella sentenza n. 6250/2013 del Consiglio di Stato, pronunciata all'esito di un complesso contenzioso riguardante la domanda del Comune di Gallipoli di ottenere dalla Regione Puglia la realizzazione di una condotta sottomarina finalizzata a disperdere in alto mare le acque reflue di un depuratore, così da evitarne lo scarico sottocosta<sup>70</sup>.

Il T.A.R., in primo grado, pur avendo riscontrato l'assenza di norme specifiche in materia dalle quali derivasse l'obbligo per la Regione di realizzare la condotta, aveva nondimeno ricavato tale obbligo in via diretta ed esclusiva dal principio di precauzione, accogliendo il ricorso del comune<sup>71</sup>.

adottato ordinanza contingibile ed urgente di rimozione, riconosciuta dal T.A.R. quale provvedimento proporzionato al rischio di dispersione dell'amianto.

<sup>68</sup> Si veda, ad esempio, T.A.R. Liguria, Sez. II, 15 ottobre 2010, n. 9501, ove il vero motivo dell'annullamento consiste nella riscontrata carenza assoluta di istruttoria da parte dell'Amministrazione nella determinazione dei livelli di guardia inerenti a una discarica.

<sup>69</sup> Si segnala in proposito T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 28 novembre 2012, n. 507. La pronuncia, nell'annullare un'autorizzazione Integrata Ambientale (AIA) contenente prescrizioni eccessivamente gravose, anche in termini economici, per l'impresa, compie una dettagliata analisi di tutte le prescrizioni imposte e conclude che "il principio di precauzione, pur preminente nel quadro della tutela della salute sugli interessi economici, deve trovare il proprio equilibrio nel temperamento con quello di proporzionalità".

<sup>70</sup> Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6250.

<sup>71</sup> T.A.R. Puglia, Lecce, 14 febbraio 2013, n. 313. Il percorso motivazionale del T.A.R. rappresenta un esempio di utilizzo "assolutizzante" del principio di precauzione. Infatti, in assenza di qualsivoglia considerazione di natura tecnico-scientifica, la sentenza

A fronte della mancanza, all'interno della sentenza di prime cure, di qualunque riferimento allo schema di applicazione del principio di precauzione, ivi inclusa l'analisi delle risultanze scientifiche, la caratterizzazione del rischio e, non da ultimo, il controllo di proporzionalità, il Consiglio di Stato, in riforma della sentenza appellata, ha posto alcuni punti fermi di perdurante attualità sull'applicazione del metodo precauzionale.

Viene anzitutto valorizzata la concezione comunitaria della precauzione, basata sul rifiuto di un "approccio puramente ipotetico del rischio, fondato su semplici supposizioni": al contrario, la preventiva valutazione del rischio deve essere non solo il più completa possibile, ma anche "calata nella concretezza del contesto spazio temporale di riferimento". Il principio di proporzionalità non viene mai richiamato espressamente, ma viene sottolineata l'importanza del requisito della "stretta necessità" della misura precauzionale.

Su queste premesse, discendenti dalla caratterizzazione comunitaria del principio di precauzione, il Consiglio di Stato evidenzia un rilevante elemento di fatto, consistente nell'avvenuto svolgimento di "un approfondito studio scientifico" da parte dell'Autorità Idrica Pugliese (AIP), dal quale era scaturita una relazione tecnica secondo cui la soluzione migliore non sarebbe stata la condotta sottomarina, bensì il potenziamento del trattamento di affinamento delle acque reflue.

Il Consiglio di Stato motiva pertanto la riforma della sentenza di primo grado anzitutto sulla base dell'avvenuta valutazione scientifica da parte della Regione, alla quale non era stata contrapposta alcuna analisi dettagliata da parte del comune ricorrente e che neppure aveva formato oggetto di consulenza tecnica d'ufficio.

Il principio di proporzionalità, anche se non evocato testualmente, costituisce la ragione intrinseca per cui il Consiglio di Stato non condivide l'utilizzo fatto dal T.A.R. del principio di precauzione, dal momen-

afferma: "si può, perciò, ritenere che la sussistenza, come nel caso di specie, di un pericolo, anche solo potenziale, di compromissione della salute umana e dell'ambiente, avuto particolare riguardo alla matrice dell'acqua del mare, comporta l'attivazione di un fronte di risposta", concludendo che "indipendentemente dalla specifica previsione di un obbligo di realizzazione di condotte subacquee atte a disperdere in alto mare i reflui di un depuratore consortile, non c'è dubbio che detta scelta, almeno allo stato delle conoscenze, divenga un percorso obbligato connotandosi in termini di strategia appropriata per risolvere il problema".

to che la relazione tecnico-scientifica valorizzata in appello rivela che la condotta sottomarina “costituirebbe solo una delle opzioni possibili e neppure la migliore”.

La sentenza in esame ricopre un valore esegetico importante, poiché, per prima, richiama in modo analitico la struttura applicativa euro-unitaria rivolta all’adozione delle misure precauzionali, incluso il ruolo imprescindibile della necessità e proporzionalità della misura.

Essa, nondimeno, costituisce una tappa iniziale del percorso, perché, pur avendo chiarito l’importanza dell’analisi scientifica del rischio, relega tale importanza a una dimensione procedurale, dando per scontato che sarebbe in ogni caso preclusa una valutazione, da parte del giudice, in merito al contenuto della valutazione del rischio compiuta dall’Amministrazione<sup>72</sup>.

La decisione, in questo modo, ignora del tutto il valore che l’analisi scientifica del rischio ricopre nella struttura giuridica di legittimazione dell’esercizio del potere precauzionale.

Come si è visto, infatti, le fonti comunitarie in materia assegnano alla valutazione (tecnica) del rischio un valore sostanziale, che va oltre il profilo procedimentale e che costituisce, ad un tempo, la premessa per un corretto esercizio del potere discrezionale di scelta della misura e il fon-

<sup>72</sup> La pronuncia, prima di dichiarare infondato il ricorso di primo grado nel merito, ne rileva l’inammissibilità in quanto teso “a sollecitare l’esercizio, da parte del giudice amministrativo, di un sindacato di merito al di fuori dei tassativi ed eccezionali casi dell’art. 134 c.p.a.”. Il Consiglio di Stato, pertanto, afferma che “sul piano procedurale, l’adozione di misure fondate sul principio di precauzione è condizionata al preventivo svolgimento di una valutazione quanto più possibile completa”, mentre, di converso, “il controllo sull’esercizio della discrezionalità tecnica e amministrativa deve essere esercitato dal giudice amministrativo, in ossequio al principio di separazione dei poteri, *ab externo*, senza possibilità di sostituirsi alla valutazioni tecniche opinabili o alle scelte di opportunità”. Pur essendo chiaro che il Consiglio di Stato ritiene condivisibile la relazione tecnica dell’AIP non adeguatamente considerata in primo grado dal T.A.R., non sembra di potersi condividere la preliminare affermazione di inammissibilità del ricorso per violazione dell’art. 134 c.p.a., dal momento che, in caso di dubbi circa gli esiti della valutazione scientifica compiuta dalla Regione, ben avrebbe potuto il giudice amministrativo ordinarne una rinnovazione, oppure avvalersi di una consulenza tecnica d’ufficio. Al riguardo, G. MONACO, *Dal consiglio di Stato quasi un “decalogo” sull’applicazione del principio di precauzione*, in *Urb. e app.*, 2014, p. 551, sottolinea la permanenza “di incertezza in merito alla concreta applicazione del principio di precauzione”.

damento del giudizio di proporzionalità della stessa, in particolare sotto il profilo dell'idoneità.

Gli iniziali punti fermi posti dalla sentenza n. 6250/2013 sono stati sviluppati da un filone di contenziosi aventi per oggetto le attività di prospezione e ricerca di idrocarburi condotti “*offshore*” mediante la tecnica denominata “*air gun*”, che consiste “nella esplosione di un quantitativo di aria a velocità notevolissima la quale, in caso di presenza di giacimenti, restituisce a bordo di una nave sentinella un'onda rivelatrice della presenza dei medesimi”<sup>73</sup>.

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 1235/2018, ha fornito un interessante esempio di sindacato sull'applicazione del principio di precauzione, definendo il contenzioso avviato dalla Regione Puglia contro il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare per l'annullamento del parere positivo di compatibilità ambientale rilasciato a favore di una società petrolifera per la ricerca di idrocarburi mediante “*air gun*”<sup>74</sup>.

Secondo la Regione ricorrente, il Ministero non aveva tenuto debitamente in conto il rischio che le forti esplosioni provocate dall’“*air gun*”, disorientando i cetacei che vivono al largo delle coste pugliesi, ne potessero causare lo spiaggiamento, fatto ancor più grave, trattandosi di mammiferi marini protetti come specie a rischio<sup>75</sup>.

Confermando la statuizione adottata in primo grado dal T.A.R. Lazio<sup>76</sup>, il Consiglio di Stato – premesso che l'Amministrazione, nel rendere il giudizio di compatibilità ambientale, esercita una “amplissima discrezionalità”, che non si esaurisce in una valutazione tecnica, ma presenta “profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa e isti-

<sup>73</sup> La tecnica “*air gun*” è così definita da T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 13 luglio 2011, n. 1296 e ID., 14 luglio 2011, n. 1341. Per un'analisi, sul piano giuridico, delle attività di ricerca degli idrocarburi, si rimanda a S. VACCARI, *Le nuove disposizioni in tema di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi e le problematiche giuridiche connesse*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2015, pp. 48 ss.

<sup>74</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 1235.

<sup>75</sup> Si veda al riguardo la L. n. 10 febbraio 2005 n. 27, di ratifica ed esecuzione dell'Accordo sulla conservazione dei cetacei del Mar Nero, del Mediterraneo e dell'area atlantica contigua, fatto a Monaco il 24 novembre 1996. L'art. 2, comma 4 prevede espressamente che l'adozione delle relative misure avvenga nel rispetto del principio di precauzione.

<sup>76</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 26 settembre 2016, n. 9939.

tuzionale” – avverte che, ove il ricorso contro la VIA positiva invochi un’applicazione del principio di precauzione in senso restrittivo rispetto all’attività che ha formato oggetto del giudizio favorevole di compatibilità ambientale, è necessario introdurre nel processo “elementi di valutazione particolarmente dettagliati, per evitare di estenderne eccessivamente la portata”.

La pronuncia in esame afferma dunque con chiarezza la necessità di evitare, attraverso una rigorosa verifica delle condizioni di rischio in concreto, che la misura precauzionale si risolva in un diniego aprioristico di compatibilità ambientale.

La motivazione della sentenza, infatti, dà conto della “sufficienza ed idoneità delle prescrizioni imposte” dal Ministero in sede di rilascio del parere di compatibilità ambientale, analizzandone dettagliatamente i contenuti di tutela della fauna marina e vagliandone le ragioni specifiche, giungendo in tal modo a stabilire l’infondatezza della pretesa precauzionale invocata dalla Regione ricorrente<sup>77</sup>.

Anche in questo caso, sebbene non vi sia alcun richiamo espresso, la sentenza appare chiaramente focalizzata sulla proporzionalità come limite naturale del principio di precauzione, il quale, secondo la pronuncia, “presuppone l’esistenza di un rischio specifico all’esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura”.

Inoltre, rispetto alla precedente sentenza n. 6250/2013, che aveva escluso la cognizione del giudice in merito ai contenuti dell’analisi del rischio, la pronuncia ora in esame dimostra la consapevolezza della centralità dell’elemento tecnico nella valutazione del rischio atta a giustificare la misura precauzionale. Una simile impostazione si ricava dall’affermazione per cui l’applicazione del principio di precauzione presuppone “una seria e prudentiale valutazione, alla stregua dell’attuale stato delle

<sup>77</sup> A titolo esemplificativo, la sentenza si riferisce puntualmente: al divieto di svolgere indagini sismiche contemporanee; all’obbligo di garantire una via di fuga e una “zona di esclusione” ai mammiferi marini; alla necessità di attivare nuove procedure autorizzative per eventuali indagini future; all’obbligo di coordinamento con altri eventuali operatori nell’area; all’obbligo di esecuzione di un biomonitoraggio specifico. Una simile impostazione motivazionale è seguita pure da T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *bis*, nn. 5548, 5549, 5550, 5551/2019.

conoscenze scientifiche disponibili, dell'attività che potrebbe ipoteticamente presentare dei rischi, valutazione consistente nella formulazione di un giudizio scientificamente attendibile”.

Il richiamo al concetto di attendibilità della valutazione tecnico-scientifica segnala l'allontanamento da una concezione meramente procedurale della valutazione del rischio, il cui contenuto sarebbe insindacabile dal giudice amministrativo<sup>78</sup>.

L'importanza di un approfondito controllo di proporzionalità – quantomeno fino al test di necessarietà – viene affermata anche nelle ipotesi in cui i motivi di ricorso non riguardino una misura precauzionale determinata o le singole prescrizioni inserite in un provvedimento di compatibilità, ma si rivolgano contro la scelta dell'Amministrazione in merito alla procedura autorizzativa a cui sottoporre un certo progetto.

In un caso, un'impresa ha contestato la scelta della Regione Umbria di assoggettare a VIA il progetto di un parco fotovoltaico, motivata sulla base della necessità di approfondimenti istruttori e progettuali più pregnanti rispetto a quelli possibili nel corso di un mero “*screening*” di assoggettabilità.

Il Consiglio di Stato, pur riformando nel caso specifico la sentenza del T.A.R. che aveva accolto il ricorso<sup>79</sup>, ha riconosciuto in termini generali che il principio di precauzione non può essere inteso “nel senso della meccanicistica imposizione della VIA ogni qualvolta insorga un – peraltro immotivato – dubbio sulla probabilità di danno all'ambiente”.

Pertanto, l'Amministrazione, solo nei casi in cui, “all'esito di un giudizio di prognosi”, ipotizzi la lesività del progetto per l'ambiente “per

<sup>78</sup> Un'impostazione di questo tipo è invece ravvisabile in Cons. Stato, Sez. VI, 22 gennaio 2015, n. 236, che respinge il ricorso di un'impresa contro il diniego dell'autorizzazione alla costruzione di un parco eolico in un comune toscano, sul presupposto che “l'istruttoria sulla quale si basa la deliberazione impugnata appare particolarmente accurata, sotto tutti gli aspetti rilevanti, tra i quali quello inerente alla tutela della flora e dell'avifauna”, per poi concludere che “il giudizio circa l'opportunità o la necessità di proporre alternative al progetto appartiene alla valutazione dell'Amministrazione” e che, pertanto, il diniego totale alla realizzazione dell'impianto, “conclusione che, naturalmente, rientra nell'ambito di quelle possibili”, appare correttamente motivato. La motivazione della sentenza omette di dare conto delle effettive risultanze emergenti dall'istruttoria procedimentale e non effettua alcun controllo sulla proporzionalità della misura.

<sup>79</sup> T.A.R. Umbria, Sez. I, 26 aprile 2012, n. 152.

fattori obiettivamente esternati”, è legittimata a “cautelare la collettività [...] non impedendo la realizzazione dell’intervento, ma semplicemente imponendo l’approfondimento dei suoi esiti finali”<sup>80</sup>.

La tendenza giurisprudenziale a depotenziare il sindacato di proporzionalità, evitando l’esplicitazione rigorosa del triplice test, si manifesta maggiormente nei giudizi aventi ad oggetto la richiesta di annullamento di misure adottate dall’Amministrazione sulla base del principio di precauzione. È al contrario evidente che un rigoroso controllo della valutazione del rischio compiuta dall’Amministrazione sarebbe necessario proprio nell’ambito di tale tipologia di giudizi, per poter garantire una tutela più effettiva.

In tali ipotesi, un grado elevato d’incertezza scientifica, unitamente alla complessità del bilanciamento degli interessi in gioco e un certo grado di deferenza del giudice nei riguardi dell’Amministrazione, potrebbe condurre a legittimare applicazioni arbitrarie del principio di precauzione.

Ad esempio, di recente, la Sezione IV del Consiglio di Stato<sup>81</sup> ha affermato la legittimità dei provvedimenti con cui il Ministero dell’Ambiente e della tutela del territorio e del mare aveva imposto ad un’impresa, proprietaria “incolpevole” di un sito contaminato da inquinamento storico, non solo le misure di prevenzione, ma anche le misure di messa in sicurezza d’emergenza previste, rispettivamente, dalla lett. i) e dalla lett. m) dell’art. 240 del Codice dell’ambiente<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Cons. Stato, Sez. II, 7 settembre 2020, n. 5379. La sentenza conclude quindi nel senso che “la sottoposizione a V.I.A., dunque, ben può conseguire ad una scelta di cautela, seppur adeguatamente motivata in relazione a fattori di oggettiva pericolosità rivenienti dagli indici di cui all’Allegato V al Codice ambientale, stante che ciò implica solo il rinvio ad un più approfondito scrutinio della progettualità proposta”. Analoga impostazione, più di recente, è rinvenibile nella sentenza del Cons. Stato, Sez. IV, 31 agosto 2023, n. 8094, ove è riconosciuto che “anche il solo ragionevole e motivato dubbio di compatibilità del progetto alle condizioni che astrattamente consentirebbero il mero aggiornamento dell’AIA, legittima, in forza del principio di precauzione, l’imposizione da parte della P.A di un nuovo procedimento autorizzatorio [...]. Appare pertanto immune da rilievi la decisione con cui l’Amministrazione ha ordinato la presentazione di una nuova istanza di autorizzazione, con attivazione del procedimento ordinario di modifica sostanziale”.

<sup>81</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 2 maggio 2022, n. 3426.

<sup>82</sup> L’art. 240, D.Lgs. n. 152/2006, alla lett. i), definisce come misure di prevenzione “le iniziative per contrastare un evento, un atto o un’omissione che ha creato una



Per il vero, la possibilità di richiedere al proprietario non responsabile della contaminazione l'esecuzione di misure di messa in sicurezza d'emergenza era stata esclusa dalla Corte europea di giustizia con sentenza del 4 marzo 2015<sup>83</sup>, che aveva accolto la prospettazione offerta dall'ordinanza di rimessione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, secondo cui "in applicazione del principio *"chi inquina paga"*, l'obbligo di riparazione incombe in realtà sugli operatori solo in misura corrispondente al loro contributo al verificarsi dell'evento"<sup>84</sup>.

L'indirizzo seguito dalla citata ordinanza di rimessione e fatto proprio nel 2015 dalla Corte Europea fa leva sulla differenza esistente tra le misure di prevenzione e le misure di messa in sicurezza d'emergenza. Solamente le prime possono essere richieste, ai sensi dell'art. 245, D.Lgs. n. 152/2006, al proprietario incolpevole, in quanto volte ad anticipare la minaccia di un danno ambientale imminente; le seconde, invece, pur se caratterizzate da emergenza e tempistiche d'intervento ristrette, riguardano non un rischio, ma una contaminazione ambientale già prodottasi e non possono dunque essere imposte a un soggetto che non abbia contribuito a causarla.

Nonostante tale ricostruzione sia stata seguita dalla successiva giurisprudenza maggioritaria<sup>85</sup>, la decisione della IV Sezione in esame si inserisce in un orientamento, seppur minoritario, che afferma la legittimità dell'imposizione al proprietario incolpevole (anche) delle misure di messa in sicurezza d'emergenza<sup>86</sup>.

minaccia imminente per la salute o per l'ambiente, intesa come rischio sufficientemente probabile che si verifichi un danno sotto il profilo sanitario o ambientale in un futuro prossimo, al fine di impedire o minimizzare il realizzarsi di tale minaccia"; alla lett. m), definisce misure di messa in sicurezza d'emergenza "ogni intervento immediato o a breve termine, da mettere in opera nelle condizioni di emergenza di cui alla lettera t) in caso di eventi di contaminazione repentini di qualsiasi natura, atto a contenere la diffusione delle sorgenti primarie di contaminazione, impedirne il contatto con altre matrici presenti nel sito e a rimuoverle, in attesa di eventuali ulteriori interventi di bonifica o di messa in sicurezza operativa o permanente".

<sup>83</sup> Corte UE, Sez. III, 4 marzo 2015, causa C-534/13.

<sup>84</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 13 novembre 2013, ord. n. 25.

<sup>85</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 7 novembre 2016, n. 4647; Id., Sez. IV, 18 dicembre 2018, n. 7121; Id., Sez. II, 2 luglio 2020, n. 4248.

<sup>86</sup> Affermato dapprima da Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1509; successivamente, da Cons. Stato, 7 settembre 2020, n. 5372, che contiene una concisa

Questo orientamento si fonda su di un'interpretazione "allargata" del concetto di precauzione: nell'incertezza scientifica che impedisce di individuare esattamente il responsabile dell'inquinamento, le misure di messa in sicurezza d'emergenza andrebbero equiparate alle misure di prevenzione, poiché entrambe sarebbero "imposte dal principio di precauzione [...], trattandosi comunque di fronteggiare un pericolo attuale, indipendentemente dall'epoca in cui ne sono poste le premesse".

Su queste basi, la sentenza della IV Sezione in esame richiama il principio di precauzione al fine di diminuire la portata del principio "chi inquina paga", ritenendo che l'attualità del pericolo sia sufficiente ad esigere la messa in sicurezza d'emergenza dal proprietario incolpevole, per il sol fatto che egli occupi l'area inquinata e a prescindere da un suo ruolo nella causazione del danno.

Inoltre, la pronuncia, anziché sottoporre il provvedimento impugnato al controllo di proporzionalità, lo giustifica sulla base del criterio del "più probabile che non", nel senso che, essendo stato rilevato mercurio sia nell'area inquinata, sia nelle falde acquifere a valle di essa, la sentenza ha ritenuto "più probabile" la sussistenza del pericolo che l'inquinamento si stesse diffondendo.

Nel diritto ambientale, il criterio del "più probabile che non" viene utilizzato per consentire all'Amministrazione di individuare in via indiziaria e presuntiva il responsabile dell'inquinamento, facendo ricadere su di esso l'onere di fornire la prova liberatoria<sup>87</sup>; ma tale criterio non può certamente fondare l'imposizione di misure riparatorie a carico di un soggetto del quale, per converso, sia acclarata la non colpevolezza<sup>88</sup>.

È dunque evidente che una soluzione come quella fatta propria dalla IV Sezione costituisce una notevole dilatazione rispetto al significato assunto dal principio di precauzione a livello comunitario.

La sentenza, invero, non effettua una valutazione di dettaglio circa le ragioni per le quali permanga incertezza sull'individuazione del respon-

rappresentazione del contrasto giurisprudenziale e, da ultimo, da Cons. Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2021, n. 1658.

<sup>87</sup> In questo senso, di recente, si veda T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 10 giugno 2022, n. 1352.

<sup>88</sup> Il proprietario incolpevole potrà, semmai, obbligarsi volontariamente a eseguire le misure di riparazione e di bonifica dallo stesso ritenute necessarie a preservare la propria attività.

sabile dell'inquinamento e manca, altresì, un riferimento alla necessità delle misure emergenziali di messa in sicurezza prescritte e all'istruttoria condotta dall'Amministrazione al fine di individuare eventuali alternative.

L'applicazione del controllo di proporzionalità in senso tecnico pone poi in risalto un'ulteriore criticità della pronuncia in esame, cioè l'adeguatezza – o, se si preferisce, la “tollerabilità” – di una misura “precauzionale” il cui effetto sia quello di “ribaltare” i costi delle misure di messa in sicurezza di un danno ambientale già prodottosi sul proprietario incolpevole.

Sul descritto contrasto interpretativo sono intervenute recentemente anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>89</sup>.

Le Sezioni Unite, dopo aver affermato che “va esclusa una indicazione comunitaria alla riparazione del danno [...] a carico di chi non abbia svolto l'attività professionale di operatore, bensì venga chiamato a rispondervi nella veste di titolare di diritti dominicali o addirittura, come nel caso, con nesso eziologico escluso dallo stesso giudice dell'accertata condotta”, avvertono che il principio “chi inquina paga” deve essere coordinato con quelli di precauzione e dell'azione preventiva.

Infatti, il principio “chi inquina paga” deve fungere “non solo da criterio selettivo della responsabilità, ma anche [...] quale limite alla discrezionalità dei pubblici poteri, tutte le volte in cui si intenda limitare attività potenzialmente inquinanti e al fine di tutelare l'ambiente”, dovendo l'Amministrazione, in sede procedimentale e il giudice, in sede processuale, tendere all'affermazione “di un equilibrio che giustifichi in modo proporzionale la stessa limitazione della libertà economica”.

La conclusione a cui giungono le Sezioni Unite all'esito di tale ricostruzione va pertanto nella direzione della “non assimilabilità” tra le misure di prevenzione e le misure di messa in sicurezza di emergenza, le quali hanno una finalità eminentemente riparativa; conseguentemente, “il proprietario, in tale quadro, è tenuto soltanto ad adottare le misure di prevenzione idonee a contrastare un evento che abbia creato una minaccia imminente per la salute o per l'ambiente”.

È interessante notare come il percorso argomentativo della Cassazione risulti inverso rispetto a quello dell'indirizzo minoritario seguito dalla

<sup>89</sup> Corte Cass. civ., S.U., 1° febbraio 2023, n. 3077.

IV Sezione del Consiglio di Stato, per la ragione che il principio “chi inquina paga” non viene contrapposto al principio di precauzione, ma viene impiegato come criterio di bilanciamento per l’individuazione del limite di proporzionalità della misura di cautela ambientale, cioè il punto oltre il quale l’imposizione di operazioni di prevenzione e ripristino non sia più tollerabile per il proprietario incolpevole.

In un altro recente caso, il criterio di bilanciamento utilizzato per il controllo di proporzionalità della misura precauzionale è stato individuato nel valore del paesaggio.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del provvedimento regionale con cui veniva ordinato l’espianto di alcuni ulivi monumentali insistenti su un appezzamento privato nella piana degli ulivi secolari di Ostuni, motivato sulla riscontrata presenza di piante positive al batterio della *Xylella fastidiosa*<sup>90</sup>.

Il Tribunale amministrativo, dopo aver effettuato una precisa ricostruzione del quadro normativo comunitario e nazionale relativo alle misure per prevenire la diffusione della *Xylella* nell’Unione europea<sup>91</sup>, conclude che “dall’insieme di queste disposizioni si desume che, mentre per gli ulivi risultati contaminati da *Xylella fastidiosa* la misura dell’eradicazione costituisce strumento elettivo di contrasto alla diffusione dell’organismo nocivo specificato, a diverse conclusioni deve pervenirsi qualora ci si trovi al cospetto di un ulivo monumentale o con caratteristiche di monumentalità [...], trattandosi appunto di pianta che gode di tutela rafforzata per il fatto di essere collocata in un sito cui si riconosce natura fortemente identitaria di un dato paesaggio”<sup>92</sup>.

In coerenza con tali approdi interpretativi, la sentenza, accogliendo il ricorso, individua nel paesaggio l’elemento di ponderazione della misura precauzionale, compiendo una verifica dettagliata sull’istruttoria condotta dalla Regione e rilevando la genericità della motivazione del

<sup>90</sup> Con riferimento alla gestione della diffusione della *Xylella fastidiosa*, si segnala A. LUCARELLI, *La questione della “Xylella fastidiosa” tra adempimento degli obblighi europei e tutela dei principi fondamentali*, in *Giur. Cost.*, 2020, pp. 330 ss.

<sup>91</sup> In particolare, il Reg. UE 2020/1201 del 14 agosto 2020 e la L.R. pugliese n. 4/2017 contengono disposizioni specifiche che consentono l’adozione di misure fitosanitarie alternative all’espianazione per piante che presentino “un particolare valore culturale o sociale”.

<sup>92</sup> T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 30 marzo 2023, n. 577.

provvedimento di espianto, secondo il quale “a fronte delle piante infette individuate [...], vi sono milioni di olivi anche monumentali o con caratteristiche di monumentalità che devono essere salvaguardati”.

Una tale motivazione, secondo la sentenza in esame, non corrisponde all’effettivo riscontro di un’emergenza fitosanitaria, ma rivela soltanto l’inadeguatezza dell’istruttoria, dal momento che la Regione ha omesso di spiegare “come e perché non si possa adottare altra misura fitosanitaria meno drastica dell’eradicazione, tenuto conto della già evidenziata peculiarità della tutela accordata a siffatto tipo di piante”: da qui la riconosciuta violazione del principio di proporzionalità<sup>93</sup>.

Il Consiglio di Stato è tornato di recente a riflettere in termini sistematici sul rapporto tra i principi di precauzione e proporzionalità<sup>94</sup>.

Il giudizio verteva sulla legittimità del provvedimento con cui la Provincia di Brescia aveva ordinato a una ditta attiva nel compostaggio di fanghi da recupero di rifiuti agroalimentari lo svuotamento delle vasche di stoccaggio, a causa del rischio di danno ambientale derivante da dubbi sull’affidabilità e integrità della struttura.

In primo grado, il T.A.R. aveva annullato il provvedimento provinciale, rilevando la mancata indicazione dei “dati idonei ad indurre il sospetto che le vasche [...] potessero essere causa, in ragione di una supposta carente manutenzione, di un inquinamento ambientale”<sup>95</sup>.

La sentenza in esame, nell’accogliere l’appello della Provincia, premette anzitutto una ricognizione delle fonti comunitarie e nazionali sul principio di precauzione, sottolineando l’importanza che assumono, sia a livello teorico, che in sede applicativa, “i presupposti di fatto per la concreta operatività principio”, i connotati che il rischio deve assumere e la susseguente attività di valutazione del rischio, logicamente scandito nelle fasi già individuate dalla Comunicazione della Commissione del 2

<sup>93</sup> Ad esito opposto in un caso analogo è pervenuta la sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V, 21 febbraio 2023, n. 2947, la quale ha riconosciuto la proporzionalità e ragionevolezza del decreto del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali con cui era stata vietata la pesca delle olturie (cetrioli di mare). Il T.A.R. ha infatti rilevato che l’istruttoria svolta dal Ministero dimostrava il concreto rischio di un “danno grave e irreparabile”, tale da giustificare una pregnante misura precauzionale di tutela dell’ambiente marino e della biodiversità.

<sup>94</sup> Cons. St, Sez. IV, 31 maggio 2023, n. 5377. Le indicazioni contenute nella sentenza sono state anticipate da Cons. Stato, Sez. IV, 7 maggio 2021, n. 3597.

<sup>95</sup> T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 26 novembre 2016, n. 1613.

febbraio 2000, la quale – pur se non richiamata – costituisce senza dubbio il modello cui la sentenza si ispira.

Applicando tali coordinate ermeneutiche al caso concreto, la pronuncia ripercorre l'intera attività istruttoria svolta e documentata dall'Amministrazione, al fine di verificare se, al momento di emissione dell'ordine di svuotamento delle vasche, mancassero effettivamente “attendibili evidenze scientifiche che ne giustificassero l'adozione ai fini di tutela ambientale”.

Nel compiere questo accertamento, il Consiglio di Stato individua numerosi elementi “non adeguatamente valorizzati” dalla sentenza di primo grado, tra cui una relazione di ARPA dalla quale emergeva che, sulla base delle analisi condotte, i fanghi stoccati nelle vasche non erano depurabili per carenze impiantistiche e che vi erano fondate ragioni tecniche per nutrire dubbi sulla tenuta idraulica delle vasche, con conseguente rischio di fuoriuscite dei fanghi e dispersione degli stessi in prossimità del reticolo idrico.

La sentenza si chiude con la verifica di proporzionalità dell'ordine di svuotamento delle vasche, riconoscendo che esso, all'epoca di adozione, era l'unico strumento “in grado di scongiurare un concreto rischio per l'ambiente, da considerarsi non eccessivamente gravoso per la società [...], specie se raffrontato al concreto pericolo di cedimento strutturale delle vasche”.

In un'altra pronuncia, il rigoroso esperimento del triplice test di proporzionalità ha condotto all'annullamento dell'ordinanza contingibile ed urgente con cui un comune aveva disposto il divieto totale di prosecuzione dell'attività di recupero ambientale da parte di un'impresa, sulla base dei supposti danni che sarebbero derivati dalla dispersione nell'ambiente di acido solfidrico causato dello smaltimento di fanghi di cartiera<sup>96</sup>.

La sentenza, dopo aver riscontrato l'assenza di elementi istruttori comprovanti l'esistenza di un rischio per l'uomo o per l'ambiente tale da giustificare l'adozione di una misura precauzionale, essendo evidenti unicamente le emissioni odorigene dell'impianto, ha individuato il principale motivo di annullamento dell'ordinanza nella palese violazione del principio di proporzionalità.

Infatti, il divieto totale di attività non sarebbe stato in ogni caso ne-

<sup>96</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 22 marzo 2023, n. 2895.

cessario, essendo sufficiente la mera inibizione del conferimento dei fanghi di cartiera, il solo rifiuto che causava le emissioni odorigene dovute all'acido solfidrico: l'attività di recupero avrebbe pertanto potuto continuare a essere svolta con riferimento alle altre categorie di rifiuti.

Le pronunce da ultimo analizzate delineano un complesso percorso evolutivo che tende a recepire le indicazioni comunitarie sulle modalità di applicazione del principio di precauzione.

Permane, nondimeno, l'esigenza di un consolidamento di tali indicazioni ermeneutiche, con particolare riguardo al modo in cui debba essere condotto il sindacato di proporzionalità della misura precauzionale, anche attraverso l'eventuale impiego della consulenza tecnica d'ufficio<sup>97</sup>.

## 5. Conclusioni

Il principio di precauzione, operando come principio generale, è in grado di inserirsi nella struttura giuridica delle norme settoriali in materia ambientale e di conferire all'Amministrazione un rafforzamento e un'espansione del potere discrezionale di adozione delle misure di cautela.

Siffatto "potenziamento" della discrezionalità è la risposta dell'ordinamento alla situazione di incertezza scientifica che impedisce di conoscere *ex ante*, prevenendole, le conseguenze dannose delle attività sulle quali la misura precauzionale è destinata a impattare.

Vista anche l'impossibilità di una puntuale predeterminazione legislativa delle condizioni e degli obiettivi connessi all'esercizio del potere precauzionale, è tuttavia forte il pericolo di un suo utilizzo strumentale, svincolato dalla considerazione della consistenza effettiva del rischio e teso ad apprestare una tutela "assolutizzante" dell'ambiente, anche ove il danno temuto sia solo ipotetico.

A maggior ragione in seguito alla modifica costituzionale, è stato osservato come occorra "rifuggire dalla trappola che parte dal riconoscimento del ruolo primario assunto dal valore «ambiente» [...] e ne vor-

<sup>97</sup> Per un esempio di utilizzo della consulenza tecnica d'ufficio che ha condotto all'annullamento, per difetto di proporzionalità, del diniego di sostituzione dei modelli di aerogeneratori di un parco eolico, motivato sulla base del principio di precauzione, si veda T.A.R. Puglia, Bari, 9 giugno 2021, n. 983.

rebbe ricavare un mutamento del ruolo dell'interesse ambientale nella ponderazione degli interessi in gioco"<sup>98</sup>.

In altri termini, l'avvenuta costituzionalizzazione non può portare, neppure in sede di adozione di misure precauzionali, a considerare l'ambiente alla stregua di un bene "super-primario", tale da legittimare "l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette"<sup>99</sup>.

Occorre pertanto valorizzare i richiami presenti nella legislazione comunitaria e nello stesso art. 301 del Codice dell'ambiente circa la necessità che le misure precauzionali siano conformi, anzitutto, al principio di proporzionalità, il quale – s'è visto – è in grado di operare da "controlimita" rispetto al pericolo di utilizzi sviati del principio di precauzione, integrandosi con esso e consentendo di calibrare le limitazioni imposte ai privati sul riscontrato grado d'incertezza del rischio<sup>100</sup>.

In questo senso, è indicativo che tutte le fonti che contemplano il principio di precauzione, tanto a livello internazionale e comunitario, quanto a livello nazionale, contengano un riferimento più o meno esplicito alla proporzionalità come caratteristica irrinunciabile della misura precauzionale.

L'analisi compiuta ha tuttavia fatto emergere che il generico richiamo alla proporzionalità, se inteso come principio generale e aspecifico, si appalesa inadeguato a fornire all'interprete e all'Amministrazione chiamata a darvi attuazione delle indicazioni chiare sul modo in cui debba

<sup>98</sup> M. RAMAJOLI, *Le valutazioni tecniche degli organi preposti alla tutela dell'ambiente tra surrogabilità e sindacabilità giurisdizionale*, in questa *Rivista*, 2022, p. 1003.

<sup>99</sup> Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Corte Cost.*, 2013, pp. 1424 ss., con note di V. ONIDA e di R. BIN. L'affermazione, riferita al noto caso dell'Ilva di Taranto, è stata sviluppata dalla successiva sentenza della Corte Cost., 7 febbraio 2018, n. 58, in *Foro it.*, 2018, I, c. 1073, con nota di R. ROMBOLI, ove è sottolineata l'importanza della proporzionalità nella ponderazione degli interessi primari in gioco: "il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata".

<sup>100</sup> L'espressione è di M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, cit., p. 80.



avvenire il bilanciamento della misura precauzionale, così che la stessa risulti, infine, proporzionata.

Per questa ragione, è stata messa in risalto la rilevanza della struttura logico-giuridica del metodo precauzionale, sottolineando che la proporzionalità della misura di cautela finale non può che essere il risultato di un un'attività istruttoria particolarmente approfondita<sup>101</sup>.

Come si è visto, nella Comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2000 è delineata la struttura bifasica del metodo precauzionale. La prima fase è incentrata sulla rilevazione e valutazione scientifica del rischio, mentre la seconda fase porta alla determinazione discrezionale della misura di anticipazione del rischio.

Ma queste due fasi non possono essere scisse in modo atomistico: per condurre a una misura proporzionata, vanno invece concepite in un'ottica di continuità e integrazione.

L'elemento di continuità tra le due fasi è costituito dalla valutazione del rischio, la cui adeguatezza e attendibilità scientifica non è solo una condizione procedurale di attivazione del metodo precauzionale, ma si integra con la successiva fase di determinazione della misura da attuare, perché gli esiti della valutazione tecnica e il grado riscontrato d'incertezza rappresentano, ad un tempo, i presupposti di fatto e i criteri di esercizio della funzione di cura anticipata dell'ambiente<sup>102</sup>.

È a questo livello che si può apprezzare l'importanza di un rigoroso coordinamento con il canone della proporzione: “il principio di precauzione consente, quindi, di adottare, sulla base di conoscenze scientifiche ancora lacunose, misure di protezione che possono andare a ledere posizioni giuridiche soggettive, sia pure nel rispetto del principio di propor-

<sup>101</sup> Come riconosciuto da T.A.R. Piemonte, Sez. II, 15 novembre 2021, n. 1021: “il principio di precauzione [...] può essere invocato quando un fenomeno o un evento preso in considerazione dall'attività amministrativa (ed individuati tramite una valutazione scientifica ed obiettiva che però non consente di determinare l'esistenza del rischio con sufficiente certezza) possano avere effetti potenzialmente pericolosi, e consente il sacrificio o la compressione degli interessi coinvolti solo a valle della applicazione di rigorosi criteri ed analisi tecniche dei rischi poste alla base di una istruttoria procedimentale particolarmente rigorosa”.

<sup>102</sup> Così, M. ZINZI, *Precauzione e proporzionalità*, cit., p. 1598. L'Autrice mette in evidenza la necessità che il rischio sia grave e probabile, cioè che la scienza, pur non potendo garantire certezza assoluta, riesca quantomeno a dimostrare un certo grado di “credibilità” dello stesso.

zionalità inteso nella sua triplice dimensione di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto”<sup>103</sup>.

L’impiego di una nozione tecnica del principio di proporzionalità già in sede procedimentale, da parte dell’Amministrazione, rende più accurata la definizione della misura di cautela, perché consente di individuare le misure idonee a fronteggiare il rischio analizzato e, tra queste, di selezionare quelle che comportino il minor sacrificio possibile per i privati, scegliendo, infine, quella che maggiormente contemperi l’anticipazione del rischio incerto con il costo effettivamente imposto.

Sotto altro profilo, l’indagine svolta ha confermato che “dalla qualità dell’istruttoria procedimentale dipende l’incisività del sindacato giurisdizionale”<sup>104</sup>. Trattandosi di principi che regolano il processo decisionale dell’Amministrazione, il controllo giurisdizionale successivo si attua spesso ripercorrendo l’istruttoria procedimentale e verificandone la “tenuta”<sup>105</sup>.

Tuttavia, il rigore del controllo sull’istruttoria compiuta dall’Amministrazione risulta attenuato per effetto della rilevata tendenza della giurisprudenza amministrativa ad assorbire il controllo di proporzionalità entro la più ampia figura del principio di ragionevolezza.

Per scongiurare la diluizione del significato della proporzionalità entro la ragionevolezza ed evitarne il depotenziamento come strumento di temperamento delle misure precauzionali, occorre favorire una sempre più precisa distinzione del piano della valutazione tecnica sull’incertezza scientifica del rischio, da quello della scelta politico-amministrativa della misura finale<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> Cons. Stato., n. 8094/2023 cit.

<sup>104</sup> S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 175.

<sup>105</sup> Un esempio della tecnica della “verifica di dettaglio” che investe l’istruttoria prodromica all’emanazione di un provvedimento precauzionale è rinvenibile nella già richiamata sentenza del Cons. Stato, n. 1235/2018.

<sup>106</sup> Sul tema – oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale tutt’altro che sopito – della sindacabilità della discrezionalità tecnica, si rinvia, anche per più ampi riferimenti bibliografici, a D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giornale dir. amm.*, 1999, 1179; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 182. Più di recente, si veda L. GALLI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: pienezza e bilanciamento del controllo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1372 e R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., spec. Cap. II.

Come si è visto, possono, infatti, darsi casi (e sono la maggioranza) nei quali il confine tra legittimità e illegittimità dell'azione amministrativa è celato sotto complesse valutazioni tecnico-scientifiche; oppure casi nei quali l'Amministrazione è chiamata a un difficile bilanciamento tra principi, valori e interessi confliggenti, tutti aventi rango primario; oppure ancora casi in cui entrambe le predette circostanze si verificano contemporaneamente.

In simili circostanze, un pieno ed effettivo sindacato circa la proporzionalità della misura precauzionale non può prescindere dal riconoscimento dell'autonomia logico-giuridica della valutazione tecnica sull'esistenza e consistenza del rischio e sul relativo margine d'incertezza, pena la riduzione della tutela a un mero vaglio estrinseco<sup>107</sup>.

La giurisprudenza analizzata consente di osservare una linea di sviluppo del sindacato giurisdizionale sulle misure precauzionali, che parte da una sostanziale esclusione della conoscibilità della valutazione del rischio da parte del giudice<sup>108</sup> e giunge a una sempre maggiore consapevolezza del legame di presupposizione logico-giuridica tra l'analisi del rischio (e dei suoi margini di incertezza) e la proporzionalità della misura, che può quindi formare oggetto di un analitico sindacato giurisdizionale quanto alla sussistenza e consistenza dei relativi presupposti<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> In tal senso, si veda A. CASSATELLA, *Verso un'eccessiva contrazione del sindacato delle valutazioni tecniche*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 1065 ss., il quale, criticando la tendenza di una certa giurisprudenza amministrativa all'"assorbimento delle questioni fattuali o tecniche nel più ampio giudizio di opportunità riservato ai vertici dell'apparato amministrativo", pone in risalto che "nulla preclude, pertanto, che l'attività documentata in sede istruttoria [...] possa essere oggetto di un sindacato riguardante l'effettiva esistenza dei fatti alla base del parere dell'organo tecnico-consultivo, ossia dei presupposti conoscitivi della decisione discrezionale, senza incidere su valutazioni attinenti alla opportunità o al merito amministrativo". L'Autore, nell'auspicare un superamento della dicotomia fra sindacato "estrinseco" e sindacato "intrinseco", anche grazie a una maggiore valorizzazione della consulenza tecnica d'ufficio, suggerisce di "scindere, all'interno della vicenda unitariamente considerata in giudizio, momenti "conoscitivi" sindacabili mediante una piena verifica della esistenza dei presupposti di fatto della decisione e momenti "decisori" sindacabili nei limiti del controllo di ragionevolezza".

<sup>108</sup> Si richiama al riguardo la già citata sentenza del Cons. Stato, n. 6250/2013, la quale riconosceva alla valutazione scientifica del rischio un valore esclusivamente "procedurale".

<sup>109</sup> Il riferimento, in questo caso, è sia a Cons. Stato, n. 5377/2023 cit., che recupera

Se, da un lato, si comprende come l'incertezza scientifica possa legittimare un potenziamento del potere pubblico di cura dell'ambiente, dall'altro lato, invece, l'incertezza non può giustificare una limitazione del sindacato giurisdizionale sulla valutazione scientifica del rischio e sul modo in cui tale valutazione sia stata utilizzata dall'Amministrazione nella determinazione della misura precauzionale<sup>110</sup>.

Nella sfera di operatività del metodo precauzionale, l'incertezza scientifica costituisce un presupposto tecnico oggetto di accertamento, analisi e valutazione da parte dei soggetti a ciò deputati, che, in quanto tale, non esclude automaticamente il sindacato, ma, al contrario, legittima un vaglio sulla completezza della valutazione condotta e sulla conseguente proporzionalità della misura adottata, come testimoniato dalle pronunce da ultimo esaminate.

in modo dettagliato la Comunicazione della Commissione al fine di ripercorrere lo svolgimento della valutazione del rischio, sia a Cons. Stato, n. 2895/2023 cit., che giunge ad annullare la misura precauzionale per difetto di proporzionalità, dopo aver vagliato la tenuta delle basi scientifiche che erano state adottate dall'Amministrazione nell'adozione della stessa.

<sup>110</sup> M. RAMAJOLI, *Le valutazioni tecniche degli organi*, cit., p. 1002 sottolinea al riguardo che, soprattutto nella materia ambientale, non è dato di riscontrare “quella evoluzione, sostanziale e processuale” che ha portato, in altri ambiti dell'azione amministrativa, a un più pregnante sindacato sulle valutazioni tecniche. L'Autrice mette tuttavia in risalto che “anche in materia ambientale valutazione tecnica e decisione finale vanno tenute distinte dal punto di vista concettuale e procedimentale”, concludendo che “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 estrinseco e indiretto sulle valutazioni tecniche, dal momento che si tratta di profili distinti, collocati su piani differenti”. Si veda pure B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Milano, 2001, p. 324, secondo cui “l'area dell'insindacabilità dovrebbe quindi dipendere [...] dalla massima valorizzazione possibile della capacità precettiva della disciplina sostanziale. Là dove esiste un criterio giuridico di decisione non dovrebbe potervi essere insindacabilità”.

## ABSTRACT

*Environmental Law Principles – Precautionary Principle  
Principle of Proportionality – Application structures  
Judicial review*

*The paper examines the way in which the principle of proportionality limits the precautionary principle's applications and administrative discretion in the environmental law field.*

*Through the analysis of the respective application structures, both arising from European law, it is highlighted that only rigorous compliance with the principle of proportionality allows the legitimacy of the precautionary measure.*

*The paper also examines how the administrative case-law has dealt with the delicate problem of the judicial review of precautionary measures, in relation to their proportionality.*

*The conclusion is focused on the necessity, on the administrative side, that the administrative proceeding authority respects the application structures of both precautionary principle and principle of proportionality.*

*In the same way, it is important that the judicial review concerning precautionary measures is full, which means that the administrative court should review the technical environmental assessments that lead the public authority to the final precautionary measure.*



*Thinking outside the (engine) box: il locus standi delle associazioni ambientaliste innanzi ai giudici nazionali alla luce della sentenza della Corte di giustizia sul caso Deutsche Umwelthilfe (impianti di manipolazione)*

MARIO BARBANO\*

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Grande Sezione – 8 novembre 2022, C-873/19 – *Deutsche Umwelthilfe eV c. Germania*.

**Accesso alla giustizia – Art. 9, par. 3, Convenzione di Aarhus – Diritto a una tutela giurisdizionale effettiva – Associazioni ambientaliste (eNGO) – Legittimazione ad agire dinanzi a un giudice nazionale – Veicoli a motore – Impianto di manipolazione.**

*Le norme di armonizzazione del Regolamento n. 715/2007/CE rientrano nella nozione di diritto ambientale nazionale ai sensi della Convenzione di Aarhus in quanto costituiscono diritto dell'Unione applicabile agli Stati membri e, seppur non fondate su una base giuridica specifica in materia ambientale, perseguono l'obiettivo di un elevato livello di tutela ambientale attraverso la riduzione delle emissioni di ossido di azoto dei veicoli a motore diesel.*

*In virtù del combinato disposto dell'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus e dell'Art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia di tutela giurisdizionale effettiva, un'associazione ambientalista riconosciuta in conformità al diritto nazionale può impugnare un provvedimento amministrativo nazionale asseritamente in contrasto con l'art. 5, par. 2 del Regolamento 715/2007/CE.*

\* L'autore desidera ringraziare il Prof. Francesco Munari e il Prof. Lorenzo Schiano di Pepe, ordinari di diritto dell'Unione europea presso l'Università di Genova, per i preziosi suggerimenti. Ogni eventuale inesattezza è imputabile in via esclusiva all'autore.

*Un impianto di manipolazione come quello in esame non può beneficiare della deroga di cui all'Art. 2, par. 5, lett. a), del Regolamento 715/2007/CE in quanto non risulta necessario ad evitare un rischio concreto per la guida del veicolo.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Fattispecie rilevante: il contenzioso sugli impianti di manipolazione (c.d. *Dieselgate*). – 3. L'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus interpretato alla luce del diritto dell'Unione. – 3.1. La nozione di "diritto ambientale nazionale". – 3.2. (Segue): i "criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale". – 4. Effettività della tutela giurisdizionale e soluzioni prospettate dalla Corte. – 5. Eccezioni al divieto di installare impianti di manipolazione: il requisito della necessità. – 6. Prospettive future: effettività e *private enforcement* del diritto UE dell'ambiente.

## 1. Introduzione

Secondo l'antico brocardo, *vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*; ma se così è, si pone il problema di chiedersi in quali giudizi possono allora agire gli enti che, per statuto, si propongono di vigilare sull'ambiente.

Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia dell'Unione europea (in seguito, CGUE o 'la Corte') sembra rispondere a tale quesito ampliando il novero di giudizi nazionali di cui le associazioni ambientaliste (*Environmental Non-Governmental Organizations* – eNGO) possono essere parte<sup>1</sup>. La pronuncia, resa in sede di rinvio pregiu-

<sup>1</sup> CGUE, Grande Sez., 8 novembre 2022, causa C-873/19, *Deutsche Umwelthilfe eV c Germania*. Per i primi commenti sulla sentenza, si vedano V. BASSANI - WINCKLER, *Environnement - Accès à la justice – comm. 32*, in *Europe*, 2023, 1, pp. 37-38; Y. GUERRA, *La diretta applicabilità dell'art. 47 Cdfue come limite in materia ambientale alla discrezionalità legislativa nazionale, ai sensi della Convenzione di Aarhus*, in *Quaderni costituzionali*, 2023, 1, pp. 197-200; T. NAU, *Geburt der Umweltpopularklage in Deutschland?*, in *JuWissBlog*, 2022, reperibile sulla rete interconnessa; C. SOBotta, *Dieselskandal: Klage der Deutschen Umwelthilfe gegen das Kraftfahrtbundesamt wegen EG-Typgenehmigungen zulässig: C-873/19 Anmerkung*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2023, 2, pp. 75-76; T. STORZER, *Die umweltrechtliche Verbandsklage lernt Auto fahren: Was die Entscheidung Deutsche Umwelthilfe vs. Bundesrepublik Deutschland für die deutsche Justiziabilität bedeutet*, in *VerfBlog*, 2022, reperibile sulla rete interconnessa.



diziale, consente alla Corte di precisare l'interpretazione dell'art. 9, par. 3 della Convenzione di Aarhus del 1998<sup>2</sup>, sottoscritta dall'Unione e dagli Stati membri (in seguito, Conv. Aarhus o Convenzione)<sup>3</sup>. La Corte conferma un approccio sostanzialista alla nozione di ambiente, che si coniuga, sotto il profilo processuale, con il principio di tutela giurisdizionale effettiva sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in seguito, CDFUE)<sup>4</sup>. Tale interpretazione è foriera di implicazioni sul bilanciamento tra effettività del diritto dell'Unione europea e autonomia procedurale di cui godono gli Stati membri<sup>5</sup>. Infatti, sebbene un ampio accesso alla giustizia sia

<sup>2</sup> Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (Aarhus, 1998). In dettaglio, cfr.: A. TANZI, E. FASOLI, L. IAPICHINO (a cura di), *La convenzione di Aarhus e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Milano, 2011; F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, 2012, pp. 131 e ss.; E. BARRITT, *The Foundations of the Aarhus Convention: Environmental Democracy, Rights and Stewardship*, Oxford, 2020.

<sup>3</sup> Decisione 2005/370/CE del Consiglio, del 17 febbraio 2005, GUCE L 124, 17 maggio 2005, pp. 1-3. Si tratta, infatti, di un accordo misto in quanto il suo oggetto, l'ambiente, è una materia a competenza concorrente dell'Unione e degli Stati membri (art. 4, par. 2, lett. e), Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea). Per approfondimenti in materia di accordi misti, si vedano M.E. BARTOLONI, *Il potere di concludere accordi*, in M.E. BARTOLONI, S. POLI (a cura di), *L'azione esterna dell'Unione europea*, Napoli, 2021, pp. 45 e ss.; C. CELLERINO, *Soggettività internazionale e azione esterna dell'Unione europea. Fondamento, limiti e funzioni*, Roma, 2015, pp. 225 e ss.; E. NEFRAMI, *Mixed Agreements as a Source of European Union Law*, in E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (a cura di), *International Law as Law of the European Union*, Leiden, 2012, pp. 325 e ss.

<sup>4</sup> In generale sull'argomento, si vedano M. BONELLI, M. ELIANTONIO, G. GENTILE, *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection*, London, 2022; M. SAFJAN, D. DUSTERHAUS, *A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU*, in *Yearbook of European Law*, 2014, 33, pp. 3 e ss.; F. DI MAJO, A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, pp. 2588 e ss. (spec. pp. 2612-2615).

<sup>5</sup> Si vedano, di recente, A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e "limiti" alla tutela nazionale*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2019, 3, pp. 525 e ss.; R. MASTROIANNI, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in AA.Vv., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018,

precondizione di una tutela ambientale adeguata<sup>6</sup>, sussiste il rischio di ammettere un numero eccessivo di azioni, a discapito della qualità complessiva del contenzioso<sup>7</sup>.

Il presente contributo si propone di evidenziare le principali conseguenze della pronuncia sul caso *Deutsche Umwelthilfe* (in seguito, DUH) sull'*enforcement* del diritto UE dell'ambiente. A tal fine, saranno dapprima ricostruite la fattispecie e il contesto normativo e giurisprudenziale rilevante (par. 2). In seguito, si approfondirà l'interpretazione della Convenzione di Aarhus accolta dalla Corte di Giustizia (par. 3) e il suo legame con il principio di tutela giurisdizionale effettiva (par. 4). Infine, dopo un sintetico esame della questione di diritto sostanziale relativa agli impianti di manipolazione (par. 5), saranno delineati alcuni possibili scenari futuri del contenzioso ambientale all'interno dell'Unione (par. 6).

## 2. *Fattispecie rilevante: il contenzioso sugli impianti di manipolazione (c.d. Dieselgate)*

Come è noto, l'utilizzo illecito di *software* volti a falsare le rilevazioni delle emissioni di motori *diesel* da parte di diversi costruttori automobilistici europei, accertato per la prima volta negli Stati Uniti<sup>8</sup>, ha dato

pp. 586 e ss.; C. PERARO, *L'autonomia procedurale degli Stati membri alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, 2020, pp. 31 e ss.

<sup>6</sup> Sotto tale profilo, si rinvia a Commissione europea, Accesso alla giustizia in materia ambientale, Comunicazione 2017/C 275/01, 18 agosto 2017, nonché, di recente, Id., Migliorare l'accesso alla giustizia in materia ambientale nell'UE e nei suoi Stati membri, Comunicazione COM(2020)643 final, 14 ottobre 2020, spec. punti 37-39.

<sup>7</sup> In generale sulle questioni di politica giudiziaria sottostanti al riconoscimento di un'ampia legittimazione ad agire, cfr. B. HOUGH, *A Re-Examination of the Case for a Locus Standi Rule in Public Law*, in *Cambrian Law Review*, 1997, 28, pp. 83 e ss.

<sup>8</sup> Da qui l'utilizzo del termine giornalistico *dieselgate*. Per una sintetica ricostruzione della vicenda, si veda C. CANALI, *Dieselgate cinque anni dopo. La storia dello scandalo Volkswagen che ha fatto tremare il mondo dell'auto*, ne *Il Sole 24 Ore*, 18 settembre 2020. Circa le conseguenze sotto il profilo ambientale, Y. BOUZZINE, R. LUEG, *The contagion effect of environmental violations: The case of Dieselgate in Germany*, in *Business Strategy Environment*, 2020, 29, pp. 3187 e ss.

luogo ad un ampio contenzioso all'interno dell'Unione<sup>9</sup>, su cui la Corte di Giustizia ha già avuto modo di pronunciarsi<sup>10</sup>.

Per quanto di nostro interesse, a fronte di tale scandalo, una delle imprese costruttrici interessate ha proposto alle competenti autorità di regolazione nazionali di modificare alcune caratteristiche del *software* in questione, qualificabile come impianto di manipolazione ai sensi della normativa dell'Unione sui veicoli a motore<sup>11</sup>.

In questo contesto si inserisce la causa in commento, nella quale una eNGO, *Deutsche Umwelthilfe* ha impugnato innanzi al giudice tedesco il provvedimento con cui l'Ufficio federale della motorizzazione civile (*Kraftfahrt-Bundesamt* - KBA) aveva autorizzato l'aggiornamento del *software* di cui sopra<sup>12</sup>.

Convenuta in giudizio, l'Amministrazione federale contestava in via preliminare la carenza di legittimazione ad agire di DUH, in quanto il diritto tedesco ammette tradizionalmente il *locus standi* dei soli ricorrenti che lamentano la lesione di un diritto soggettivo<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Si tratta, in particolare, di azioni di classe tramite le quali i possessori di auto hanno chiesto alle case produttrici un risarcimento ai sensi della disciplina sulla tutela del consumo. Sotto il profilo dell'*enforcement* pubblico, invece, la Commissione ha qualificato le iniziative di alcuni produttori come intesa illecita finalizzata a rallentare lo sviluppo di motori diesel meno inquinanti: Commissione, AT.40178 – Car emissions, Decisione C(2021)4955 final, 8 luglio 2021. Sotto il profilo sanzionatorio, si vedano, di recente, le conclusioni dell'AG Sanchez-Bordona del 30 marzo 2023, causa C-27/22, *Volkswagen Group Italia*.

<sup>10</sup> CGUE, Sez. II, 17 dicembre 2020, causa C-693/18, *CLCV e a. (Impianto di manipolazione su motore diesel)*; Id., Grande Sez., 14 luglio 2022, causa C-128/20, *GSMB Invest*; Id., 14 luglio 2022, causa C-134/20, *Volkswagen*. Sulla responsabilità dei costruttori nei confronti degli acquirenti di veicoli dotati di impianti di manipolazione si veda, da ultimo, CGUE, Grande Sez., 21 marzo 2023, causa C-100/21, *Mercedes-Benz Group*.

<sup>11</sup> Si veda l'art. 5, par. 2, Regolamento n. 715/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2007, relativo all'omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri (Euro 5 ed Euro 6) e all'ottenimento di informazioni sulla riparazione e la manutenzione del veicolo (GUUE L 171, 29 giugno 2007, pp. 1 e ss.).

<sup>12</sup> Cfr. CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punti 31-32, nonché la sintesi dell'ordinanza del 20 novembre 2019 del Tribunale amministrativo dello Schleswig-Holstein (VG Schleswig-Holstein), punti 11 ss.

<sup>13</sup> Art. 42, comma 2, Codice di giustizia amministrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung* - VwGO), BGBl. 1991 I, p. 686: "Salvo diversa disposizione di legge, il ricorso è

A tale proposito, il giudice nazionale esclude che la legittimazione possa essere riconosciuta in virtù del diritto interno<sup>14</sup>, così come del diritto internazionale, data l'impossibilità di riconoscere effetto diretto all'art. 9.3 della Convenzione. Come si dirà meglio oltre, tale norma, infatti, impone agli Stati parte di garantire alle eNGO un adeguato accesso alla giustizia<sup>15</sup>.

Pertanto, resta da verificare se la legittimazione di DUH possa trarsi direttamente dal diritto dell'Unione. Allo scopo, il giudice nazionale chiede alla Corte di Giustizia in via pregiudiziale se il combinato disposto degli articoli 9, par. 3, della Convenzione e 47, par. 1, CDFUE, come interpretato dalla giurisprudenza dell'Unione, consenta di raggiungere il risultato di cui sopra. In aggiunta a tale quesito, il giudice tedesco chiede anche alla Corte di precisare a quali condizioni un *software* come quello in causa potrebbe ricadere nella deroga al divieto di installare impianti di manipolazione prevista dal Regolamento n. 715/2007/CE<sup>16</sup>.

Sebbene l'analisi del diritto interno esuli dallo scopo del presente commento, è opportuno ricordare che la questione del *locus standi* delle eNGO nei giudizi amministrativi è stata ampiamente dibattuta dalla giurisprudenza tedesca. Infatti, nonostante le aperture registrate a partire dal caso *Darmstadt*<sup>17</sup>, successive pronunce su fattispecie analoghe a

ammissibile soltanto qualora il ricorrente faccia valere di essere stato leso nei propri diritti dall'atto amministrativo o dalla denegata o omessa emanazione di quest'ultimo".

<sup>14</sup> CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punti 33-36. Ciò in quanto il giudice del rinvio esclude che il provvedimento oggetto del ricorso possa conferire diritti ai singoli. Il principio del diritto soggettivo ammette una deroga in relazione ad atti amministrativi che autorizzano determinati "progetti" in materia ambientale: tale eccezione, però, è da interpretarsi restrittivamente (art. 1.1.5 *Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz* - UmwRG, BGBl. 2017 I, p. 3290).

<sup>15</sup> *Ibid.*, punto 37. Si veda CGUE, Grande Sez., 20 dicembre 2017, causa C-664/15, *Protect Natur, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*, punto 45, nonché *infra*, par. 3.2.

<sup>16</sup> Art. 5, par. 2, lett. a), Regolamento n. 715/2007/CE.: "L'uso di impianti di manipolazione che riducono l'efficacia di sistemi di controllo delle emissioni è vietato. Tale divieto non si applica quando: a) l'impianto si giustifica per la necessità di proteggere il motore da danni o avarie e di un funzionamento sicuro dei veicoli".

<sup>17</sup> *Bundesverwaltungsgericht* (BVerwG), 5 settembre 2013, 7 C 21.12, punto 48. Sul punto, si veda A. DANTHINNE, M. ELIANTONIO, M. PEETERS, *Justifying a presumed*

quella in esame avevano escluso la legittimazione delle eNGO<sup>18</sup>. Ancora una volta, quindi, il rinvio pregiudiziale si conferma uno strumento fondamentale per l'evoluzione del diritto, anche processuale, degli Stati membri<sup>19</sup>.

Ciò premesso circa il contesto in cui si inserisce la sentenza in commento, è possibile approfondire il rapporto tra diritto dell'Unione e Convenzione di Aarhus nella ricostruzione offerta dalla Corte.

### 3. *L'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus interpretato alla luce del diritto dell'Unione*

Ai sensi dell'art. 9, par. 3, della Convenzione, gli Stati si impegnano a riconoscere alle associazioni ambientaliste, quali membri del “pubblico”<sup>20</sup> che soddisfino “i criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale”, la possibilità di agire in giudizio per contestare atti delle pubbliche autorità che violano il “diritto ambientale nazionale”<sup>21</sup>. Nel ribadire la propria competenza a interpretare le disposizioni della Convenzione<sup>22</sup>, la

*standing for environmental NGOs: A legal assessment of Article 9(3) of the Aarhus Convention*, in *RECIEL*, 2022, 31, pp. 411 e ss. (spec. p. 417).

<sup>18</sup> VG Düsseldorf, 24 gennaio 2018, 6 K 12341/17, spec. punti 258-261; VG Schleswig-Holstein, 16 dicembre 2017, 3 A 26/17, *contra* VG Berlin, 18 aprile 2018, 11 K 216/17, spec. punti 30 ss. Nell'ordinamento austriaco, cfr. *Verwaltungsgerichtshof* (VGH), 18 dicembre 2020, Ra 2019/10/0081 bis 0082-9.

<sup>19</sup> In relazione all'ordinamento italiano, si veda A. TIZZANO, *Il rinvio pregiudiziale e la prassi dei giudici italiani*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2018, 2, pp. 403 e ss. Per alcune considerazioni su dati empirici, sia consentito il rinvio a M. BARBANO, *Indagine sulla rilevanza del diritto internazionale e dell'Unione europea nei giudizi interni – Report SIDI-AISDUE*, 2021, pp. 145 e ss., reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>20</sup> Art. 2, par. 4, Conv. Aarhus: “una o più persone fisiche o giuridiche e, ai sensi della legislazione o della prassi nazionale, le associazioni, le organizzazioni o i gruppi costituiti da tali persone”. Sul punto, la Corte qualifica DUH come “pubblico” in quanto eNGO riconosciuta in conformità al diritto tedesco e, in ogni caso, come “pubblico interessato” in virtù dei propri obiettivi statutari e della rispondenza ai requisiti fissati dal legislatore nazionale (art. 2, par. 5, Conv. Aarhus). Si veda CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punti 60-63.

<sup>21</sup> Art. 9, par. 3, Conv. Aarhus.

<sup>22</sup> Si veda CGUE, Grande Sez., 8 marzo 2011, causa C-240/09, *Lesoochránárske zoskupenie I (Orso bruno slovacco)*, punto 30, nonché, di recente, ID., 15 marzo 2018, causa C-470/16, *North East Pylon Pressure Campaign e Sheeby*, punto 46.

Corte dapprima verifica se l'art. 5, par. 2, Regolamento n. 715/2007/CE rientri nella nozione di "diritto ambientale nazionale" (par. 3.1); quindi, una volta chiarita l'applicabilità *ratione materiae* dell'art. 9, par. 3, della Convenzione, affronta la questione della discrezionalità riconosciuta agli Stati contraenti nel definire il tipo di giudizi di cui le eNGO possono essere parte (par. 3.2).

### 3.1. La nozione di "diritto ambientale nazionale"

Innanzitutto, quanto alla natura di "diritto nazionale", è sufficiente osservare che il diritto dell'Unione applicabile agli Stati membri (in questo caso, il Regolamento n. 715/2007/CE), rientra in tale nozione<sup>23</sup>.

Per quanto concerne, invece, il "diritto ambientale", la Corte accoglie una lettura sostanzialista che tiene conto dell'obiettivo di un elevato livello di tutela ambientale perseguito dal Regolamento n. 715/2007/CE, attraverso la riduzione delle emissioni di ossido di azoto dei veicoli a motore *diesel*<sup>24</sup>. L'afferenza all'ambiente di una disposizione di diritto derivato, peraltro, non dipende solo dalla base giuridica adottata, come evidenziato dalla definizione di "diritto ambientale" contenuta nel Regolamento n. 1367/2006/CE sull'applicazione della Convenzione all'Unione europea<sup>25</sup>.

Di conseguenza, secondo la Corte non rileva che il regolamento in questione si fondi sull'attuale art. 114 del Trattato sul funzionamento

<sup>23</sup> CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punto 58. Al riguardo, si veda anche Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC), Communication ACCC/C/2006/18 (Denmark), ECE/MP.PP/2008/5/Add. 4, punto 27.

<sup>24</sup> CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punto 51. Tale interpretazione trova conferma nei considerando n. 1 e 6 del Regolamento n. 715/2007/CE, nonché nella giurisprudenza della Corte: Id., *CLCV*, cit., punti 86-87; Id., *GSMB Invest*, cit., punto 43 e *Volkswagen*, cit., punto 50.

<sup>25</sup> Art. 2, par. 1, lett. f), Regolamento n. 1367/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006, sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (GUUE L 264, 25 settembre 2006, pp. 13 e ss.), ai sensi del quale per "diritto ambientale" si intende la normativa che, "a prescindere dalla base giuridica, contribuisce al raggiungimento degli obiettivi della politica dell'Unione" in tale settore.

dell'Unione europea (in seguito, TFUE) in materia di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri<sup>26</sup> e non su una base giuridica specifica in materia ambientale<sup>27</sup>. D'altronde, l'ipotesi che l'armonizzazione normativa incida sulla tutela ambientale è espressamente prevista da tale disposizione (art. 114, par. 3, TFUE)<sup>28</sup>.

L'interpretazione sostanzialista di cui sopra riflette il carattere trasversale della materia riconosciuto dal principio di integrazione<sup>29</sup>, e appare conforme all'esigenza di evitare 'coni d'ombra' nell'applicazione della Convenzione. Pertanto, la valutazione della Corte sembra prescindere da aspetti formali (quali intitolazione, carattere tecnico o settoriale della norma, ecc.), richiamando, in tal senso, le indicazioni interpretative offerte dall'*Implementation guide* della stessa Convenzione<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> L'art. 114, par. 1, TFUE conferisce al legislatore dell'Unione il potere di adottare "le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno".

<sup>27</sup> Quale, ad esempio, l'art. 192 TFUE. Per approfondimenti sul punto, si rinvia a F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, cit., pp. 69 e ss.; S. AMADEO, *Titolo XX – Ambiente*, in A. TIZZANO, (a cura di), *Trattati*, cit., pp. 1616 e ss.

<sup>28</sup> Art. 114, par. 3, TFUE: "La Commissione, nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di [...] protezione dell'ambiente [...] si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Anche il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo".

<sup>29</sup> Art. 11 TFUE: "Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile". Per un'analisi delle implicazioni di tale principio sulle libertà fondamentali dell'Unione, si veda J. NOWAG, *Environmental integration in Competition and Free-Movement Laws*, Oxford, 2016.

<sup>30</sup> United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), *The Aarhus Convention: An Implementation Guide*, 2014, p. 197, reperibile sulla rete interconnessa. Si segnala, da un lato, che il documento è privo di efficacia vincolante (cfr. CGUE, Sez. I, 20 gennaio 2021, *Land Baden-Württemberg (Comunicazioni interne)*, causa C-619/19, punto 51); dall'altro, che la Corte sceglie di non richiamare direttamente le decisioni dell'ACCC su cui si fonda tale interpretazione: ACCC, *Communication ACCC/C/2005/11 (Belgium)*, ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, punto 35; *Id.*, *Communication ACCC/C/2011/58 (Bulgaria)*, ECE/MP.PP/C.1/2012/14, punto 83.

### 3.2. (Segue): i “criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale”

Il richiamo ai “criteri nazionali” rispecchia l’intenzione degli Stati contraenti di conservare un margine di discrezionalità nel definire l’accesso alla tutela ambientale nei procedimenti e giudizi in materia amministrativa<sup>31</sup>. Al riguardo, la Corte interpreta restrittivamente tale discrezionalità, fondando il proprio ragionamento sui principi di tutela giurisdizionale effettiva e di effetto utile<sup>32</sup>.

Infatti, quale norma priva di effetto diretto, l’art. 9, par. 3, della Convenzione non può fondare di per sé la disapplicazione di una norma interna con esso eventualmente contrastante (nel caso di specie, la norma processuale)<sup>33</sup>. Tuttavia, un risultato analogo è possibile grazie alla lettura dell’art. 9, par. 3, della Convenzione in combinato disposto con l’art. 47 CDFUE. Poiché il ricorso in questione ha ad oggetto un provvedimento amministrativo adottato in forza di un atto di diritto derivato – il Regolamento 715/2007/CE – le norme processuali nazionali che rilevano ai fini della Convenzione sono da considerarsi attuative del diritto dell’Unione. Di conseguenza, tali disposizioni rientrano nell’ambito di applicazione

<sup>31</sup> Il testo della disposizione è stato oggetto di ampie discussioni durante i negoziati della Convenzione, in cui si erano ipotizzate versioni prive di tale limite (“3. The public shall have access to administrative and judicial procedures to challenge acts or omissions by public authorities which contravene the provisions of this Convention”): UNECE, Report of the Ad Hoc Working Group for the preparation of a draft convention on access to environmental information and public participation in environmental decision-making, Fifth Session, 1997, CEP/AC.3/10, p. 15. Circa la discrezionalità degli Stati membri, si veda CGUE, Sez. I, 14 gennaio 2021, causa C-826/18, *Stichting Varkens*, punto 49 e CGUE, *Protect Natur*, cit., punto 86. Per un raffronto tra le espressioni utilizzate nei diversi paragrafi dell’art. 9, par. 3, Conv. Aarhus, si veda A. DANTHINNE et al., *Justifying a presumed standing*, cit., pp. 416 e ss.

<sup>32</sup> CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punti 67 ss. Sul rapporto tra nozioni di effettività e di effetto utile, vedasi I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017 (spec. p. 83 ss.).

<sup>33</sup> Infatti, “nella misura in cui solo ‘i membri del pubblico che soddisfino i criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale’ sono titolari dei diritti previsti dal suddetto articolo 9, paragrafo 3, tale disposizione è subordinata, nella sua esecuzione o nei suoi effetti, all’intervento di un atto ulteriore” (CGUE, *Orso bruno slovacco*, cit., punto 45, nonché, Id., Sez. IV, 13 gennaio 2015, cause riunite C-401/12 e C-403/12, *Vereniging Milieudefensie*, punto 55). Al più, quale trattato internazionale concluso anche dall’Unione, la Convenzione fonda un obbligo di interpretazione conforme: CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punto 66.



della Carta ai sensi dell'art. 51, par. 1, CDFUE e, in particolare, devono rispettare il principio di tutela giurisdizionale effettiva<sup>34</sup>.

Il collegamento all'art. 47 CDFUE consente alla Corte di identificare l'effetto utile dell'art. 9, par. 3, della Convenzione nella garanzia di una tutela effettiva dell'ambiente<sup>35</sup>. Tale effetto utile, però, sarebbe pregiudicato qualora gli Stati contraenti fossero liberi di limitare le categorie di ricorsi ammissibili, di fatto rimettendo a questi ultimi la definizione dell'ambito di applicazione materiale della disposizione convenzionale in esame<sup>36</sup>.

Pertanto, secondo la Corte, i 'criteri' lasciati alla discrezionalità del legislatore nazionale possono interessare esclusivamente i titolari del ricorso e non l'oggetto del ricorso stesso<sup>37</sup>. Le eNGO, infatti, devono essere poste in condizione di far controllare il rispetto delle norme ambientali derivanti dal diritto dell'Unione; ciò tenuto conto che, nel caso di specie, le eNGO agiscono nell'interesse generale e non si limitano alla tutela di un interesse individuale o di categoria<sup>38</sup>.

Infine, in forza del principio di effettività, il diritto interno non può rendere impossibili o eccessivamente difficili le azioni delle eNGO nelle ipotesi contemplate dall'art. 9, par. 3, della Convenzione<sup>39</sup>, il che potrebbe verificarsi laddove la legittimazione attiva delle eNGO fosse esclusa per intere categorie di ricorsi<sup>40</sup>.

Il riferimento al principio di effettività, tuttavia, induce alcune considerazioni di carattere sistematico.

<sup>34</sup> CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punto 64.

<sup>35</sup> CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punto 67, nonché Id., Sez. I, 3 ottobre 2019, causa C-197/18, *Wasserleitungsverband*, punti 33-34; Id., *Protect Natur*, cit., punti 45-46; Id., *Orso bruno slovacco*, cit., punto 46. Ciò, peraltro, è coerente con l'interpretazione estensiva della nozione di diritto ambientale nazionale di cui si è detto *supra* (par. 3.1).

<sup>36</sup> CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punti 64 e 72.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punto 68.

<sup>39</sup> CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punto 69.

<sup>40</sup> *Ibid.*, punti 70-72.

#### 4. *Effettività della tutela giurisdizionale e soluzioni prospettate dalla Corte*

Secondo il principio di autonomia procedurale, i diritti attribuiti dal diritto dell'Unione devono essere esercitati, in assenza di provvedimenti di armonizzazione, secondo le modalità stabilite dalle norme interne<sup>41</sup>. Questo principio, che contraddistingue gli albori dell'integrazione europea, si è sempre posto in tensione con il principio di effettività, al quale la Corte ha progressivamente fatto riferimento per ampliare le tutele riconosciute ai cittadini dell'Unione<sup>42</sup>.

Il ragionamento della Corte riflette un'esigenza di bilanciamento tra i due principi. Ad oggi, infatti, a seguito dell'insuccesso della proposta della Commissione del 2003, mancano norme comuni sull'accesso alla giustizia in materia ambientale, che restano quindi nella sfera di autonomia procedurale degli Stati membri<sup>43</sup>. Il principio di effettività, strettamente connesso alle garanzie riconosciute all'art. 47 CDFUE<sup>44</sup>, consente alla Corte di affermare, in via giurisprudenziale, un livello minimo di tutela.

Il fulcro della pronuncia sembra risiedere nella possibilità di estendere, attraverso lo strumento del combinato disposto, le ipotesi di ap-

<sup>41</sup> CGUE, 16 dicembre 1976, causa C-33/76, *Rewe*, punto 5: "In mancanza di una specifica disciplina UE, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta".

<sup>42</sup> Per approfondimenti, si veda S.M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009 (spec. pp. 7-10). Sul rapporto tra effettività del diritto ed effettività della tutela giurisdizionale, O. PORCHIA, *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauero*, Napoli, 2014, IV, pp. 2311 e ss.

<sup>43</sup> Commissione, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'accesso alla giustizia in materia ambientale, COM(2003)624 def, 24 ottobre 2003. Ad oggi, il tema è trattato solamente a livello di linee guida della Commissione: Id., Comunicazione 2017/C 275/01, cit. In argomento, si veda M. ELIANTONIO, *The Relationship Between EU Secondary Rules and the Principles of Effectiveness and Effective Judicial Protection in Environmental Matters: Towards a New Dawn for the "Language of Rights"?*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, 12, pp. 95 e ss. (spec. pp. 99 e ss.).

<sup>44</sup> G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 2018, 5, pp. 2 ss.

plicazione diretta della Carta. Infatti, sotto il profilo dei rimedi, la Corte richiama, innanzitutto, l'obbligo del giudice nazionale di interpretare le norme interne rilevanti in conformità alla Convenzione e alla Carta<sup>45</sup>. In aggiunta a ciò, quasi a fugare eventuali ulteriori dubbi del giudice del rinvio<sup>46</sup>, la Corte prospetta la possibilità di applicare direttamente l'art. 47 CDFUE, disapplicando la norma processuale interna<sup>47</sup>. Pertanto, il combinato disposto della Convenzione e della Carta, già affermato nelle pronunce *LZ I (Orso bruno slovacco)*<sup>48</sup> e *Protect Natur*<sup>49</sup>, unito al principio del primato del diritto dell'Unione, consente di sopperire *de facto* alla mancanza di effetto diretto dell'art. 9, par. 3, Conv. Aarhus e all'assenza di una norma attuativa al livello dell'Unione.

Nel complesso, tale estensione rafforza l'applicazione del diritto ambientale dell'Unione, in particolare nei confronti di individui o imprese, ovvero di istituzioni, nazionali o europee (c.d. *private enforcement*)<sup>50</sup>. Al riguardo, l'applicazione diretta della Carta è suscettibile di eliminare disparità di tutela tra Stati membri e, in prospettiva, interessare non solo i rapporti giuridici *verticali* tra Stato e cittadino, ma anche quelli *orizzontali* tra privati, secondo una dinamica già nota ad altri settori dell'ordinamento dell'Unione<sup>51</sup>.

Consapevole delle suddette potenzialità, la Corte esclude che la legit-

<sup>45</sup> CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punto 75.

<sup>46</sup> *Ibid.*, punti 77 ss. In ciò la Corte sembra smentire, tra le righe, il ragionamento del giudice del rinvio, che aveva escluso tale possibilità.

<sup>47</sup> *Ibid.*, punto 77. Di recente, si veda CGUE, Grande Sez., 19 novembre 2019, *A.K. e al.*, (*Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema*), C-585/18, C-624/18 e C-625/18, punto 161. Per approfondimenti in materia, si rinvia a D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 3, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>48</sup> CGUE, *Orso bruno slovacco*, cit., punto 49.

<sup>49</sup> CGUE, *Protect Natur*, cit., punti 86-87.

<sup>50</sup> L'espressione è mutuata dal diritto *antitrust*; così F. MUNARI, *Public e private enforcement del diritto ambientale dell'Unione*, in *I Post di AISDUE*, 2023, 1, pp. 1 e ss. (spec. pp. 4, 13 e ss.).

<sup>51</sup> Si pensi, ad esempio, in materia di tutela antidiscriminatoria, all'applicazione diretta dell'art. 21, par. 1, CDFUE. Così CGUE, Grande Sez., 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*, punto 77. In dettaglio, si veda L. CECCHETTI, *Gli strumenti del giudizio di eguaglianza della Corte di giustizia alla prova del divieto di discriminazione sulla base della religione: il caso Cresco Investigation*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2020, 2, pp. 317 e ss.

timizzazione attiva in questione possa essere limitata ai soli giudizi amministrativi che hanno conseguenze gravi per l'ambiente in virtù del numero elevato di provvedimenti amministrativi che hanno un nesso con tale materia<sup>52</sup>. Questa considerazione di politica giudiziaria, avanzata dalla Germania, è respinta in quanto non trova alcun fondamento nel tenore letterale dell'art. 9, par. 3, Conv. Aarhus e non potrebbe comunque trovare applicazione nel caso di specie, dal momento che provvedimenti di omologazione come quello del KBA interessano un gran numero di veicoli e non possono quindi avere un rilievo marginale<sup>53</sup>.

In aggiunta a ciò, la Corte precisa che ammettere la legittimazione attiva delle eNGO non comporta necessariamente la creazione di una *actio popularis*<sup>54</sup>, figura di per sé estranea al diritto processuale di molti Stati membri, Germania inclusa<sup>55</sup>. Al riguardo, si osserva che il legislatore tedesco, nel legittimo esercizio della sua discrezionalità, richiede alle eNGO di soddisfare determinati requisiti che consentono al giudice nazionale di verificare la sussistenza dell'interesse ad agire (approvazione dello statuto associativo, ecc.)<sup>56</sup>. Sotto questo profilo, la pronuncia in questione non incide sull'ambito soggettivo dell'azione, aspetto coerente con l'orientamento della Corte in altri settori del c.d. contenzioso ambientale<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punto 73.

<sup>53</sup> *Ibid.* Al riguardo, la Corte accoglie le argomentazioni prospettate dall'AG Rantos nelle conclusioni del 3 marzo 2022, causa C-873/19, *Deutsche Umwelthilfe*, punti 71 ss.

<sup>54</sup> CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punto 74. Sotto questo profilo si segnala l'analisi dell'AG Sharpston nelle conclusioni del 12 ottobre 2017, *Protect Natur*, C-664/15, punto 81. Sul rapporto tra *actio popularis* romana e diritto processuale moderno, si vedano M. SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e 'class actions'*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, Padova, 2011, pp. 715 e ss.; A.F. DE BUJÁN, *La acción popular romana, actio popularis, como instrumento de defensa de los intereses generales, y su proyección en el derecho actual*, in *Contribuciones al estudio del derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano*, Madrid, 2021, pp. 199 e ss.

<sup>55</sup> Si vedano le conclusioni dell'AG Rantos in *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punto 73.

<sup>56</sup> CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punto 74.

<sup>57</sup> Si pensi ai ricorsi di annullamento in materia di *climate litigation*: Trib. UE, ordinanza 8 maggio 2019, causa T-330/18, *Carvalho e a. c. Parlamento e Consiglio*, confermata da CGUE, Sez. VI, 25 marzo 2021, causa C-565/19 P. Per un commento sulle pronunce e sui requisiti previsti dall'art. 263, par. 4, TFUE, si veda F. MUNARI, *Public e private enforcement*, cit., pp. 21 e ss.

## 5. *Eccezioni al divieto di installare impianti di manipolazione: il requisito della necessità*

La seconda questione verte sull'eccezione al divieto di installare impianti di manipolazione su cui si fonda il provvedimento amministrativo impugnato da DUH<sup>58</sup>. Il giudice del rinvio, infatti, chiede alla Corte di stabilire a quali condizioni un impianto di manipolazione può risultare comunque lecito “per la necessità di proteggere il motore da danni o avarie e di un funzionamento sicuro dei veicoli”<sup>59</sup>.

Dato il carattere derogatorio, la Corte accoglie un'interpretazione restrittiva del requisito di ‘necessità’ contenuto nella disposizione in esame<sup>60</sup>. Pertanto, l'impianto è giustificato qualora occorra evitare rischi immediati di danni al veicolo di gravità tale da generare, a loro volta, un rischio concreto per la guida del veicolo<sup>61</sup>.

Pur rimettendo formalmente al giudice del rinvio la valutazione in concreto, la Corte afferma che un impianto come quello in esame non sembra, astrattamente, in grado di soddisfare i requisiti di cui sopra, oltre a risultare manifestamente in contrasto con gli obiettivi perseguiti dal regolamento<sup>62</sup>. Piuttosto, l'impianto in questione risponde ad una finalità di tutela degli interessi economici dell'impresa costruttrice, di cui però il legislatore dell'Unione aveva già tenuto conto nella redazione della norma<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> Il dispositivo in questione era già stato qualificato dalla Corte come impianto di manipolazione: CGUE, *GSMB Invest*, cit., punto 47 e Id., *Volkswagen*, cit., punto 54

<sup>59</sup> Art. 2, par. 5, lett. a), Regolamento 715/2007/CE.

<sup>60</sup> CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punti 86-87.

<sup>61</sup> *Ibid.*, punto 88. Dato l'uso della congiunzione “e” da parte del legislatore dell'Unione, infatti, le due condizioni (protezione del motore, uso sicuro del veicolo) sono intese cumulativamente.

<sup>62</sup> L'aggiornamento del dispositivo ne comporta l'attivazione la maggior parte dell'anno, arrecando un pregiudizio sproporzionato all'obiettivo di riduzione delle emissioni: di fatto, il divieto troverebbe applicazione meno frequentemente dell'eccezione (*ibid.*, punti 90-91).

<sup>63</sup> CGUE, *Deutsche Umwelthilfe*, cit., punto 92. Infatti, il considerando 7 Regolamento n. 715/2007/CE, sottolinea l'esigenza di conoscere “le implicazioni per i mercati e la competitività dei costruttori, i costi diretti e indiretti imposti alle imprese”, da bilanciare con i vantaggi (in termini di innovazione, riduzione dei costi sanitari, ecc.).

Tutto ciò considerato, è possibile trarre alcune conclusioni circa gli scenari futuri inaugurati dalla sentenza in commento.

6. *Prospettive future: effettività e private enforcement del diritto UE dell'ambiente*

La Convenzione di Aarhus ha fornito (e fornisce) un contributo significativo al rafforzamento della tutela ambientale all'interno dell'Unione, sul presupposto che una norma sostanziale è priva di significato se non affiancata da strumenti adeguati che ne garantiscano l'applicazione<sup>64</sup>. Questo principio è valido in tutti i settori dell'ordinamento, ma ancor di più in quello ambientale, in cui gli interessi in gioco hanno una dimensione collettiva<sup>65</sup>. In assenza di meccanismi di tutela giurisdizionale, avanzamenti recenti e senza dubbio apprezzabili nella tutela transnazionale dell'ambiente, rischiano di restare, purtroppo, confinati ad un mero *wishful thinking*<sup>66</sup>.

Nonostante l'Unione costituisca uno degli ordinamenti più avanzati in questo settore, studi recenti continuano ad evidenziare lacune e disparità di trattamento nel *private enforcement* del diritto ambientale al livello degli Stati membri<sup>67</sup>. La sentenza in commento si inserisce in tale

<sup>64</sup> Sul punto, si richiama la nota metafora utilizzata dall'AG Sharpson nelle conclusioni del 16 dicembre 2010, *Trianel*, C-115/09, punto 74: "come una Ferrari con le portiere bloccate, un sistema di ricorso intensivo è di scarso valore pratico se il sistema stesso è totalmente inaccessibile per determinate categorie di ricorso". Si ricorda che, secondo dati elaborati dalla Commissione 2018, i costi economici imputabili al mancato raggiungimento degli obiettivi ambientali stabiliti dal legislatore dell'UE sono pari ad EUR 55 mld all'anno: Commission, *The costs of not implementing EU environmental law*, Final Report for DG ENVI, 2019, p. 165. Diffusamente sul punto, F. MUNARI, *Public e private enforcement*, cit., pp. 3 e ss.

<sup>65</sup> L'esigenza di tener conto di tale dimensione collettiva è particolarmente evidente in relazione al contrasto ai cambiamenti climatici. In dettaglio, si vedano L. SCHIANO DI PEPE, *Cambiamenti climatici e diritto dell'unione Europea*, Torino, 2013; G. SETHI, *Climate Litigation Movement by Non-Government Organizations: Contributions and Challenges*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2020, 29, pp. 177 e ss.

<sup>66</sup> In tal senso, di recente, UN General Assembly, *The human right to a clean, healthy and sustainable environment*, Resolution A/RES/76/300, 28 luglio 2022.

<sup>67</sup> Si veda Commissione, Comunicazione 2017/C 275/01, cit., punto 12. Più recentemente, è stato osservato che "[s]tanding before national courts [...] significantly

contesto, ampliando la nozione di normativa ambientale e le possibilità di applicazione diretta della Carta in materia di accesso alla giustizia ambientale. Grazie ai principi di effetto utile e di tutela giurisdizionale effettiva, la giurisprudenza della Corte sopperisce alla circostanza che l'art. 9, par. 3, Conv. Aarhus sia privo di effetti diretti, così come alla mancanza di una disciplina uniforme di attuazione di tale disposizione. A questo riguardo, un intervento *de jure condendo* del legislatore dell'Unione sarebbe auspicabile a rafforzamento della certezza del diritto: ad oggi, tuttavia, non sembra sussistere un consenso sufficiente tra gli Stati membri<sup>68</sup>.

Il *decisum* della sentenza appare condivisibile nella misura in cui l'estensione del novero dei giudizi in cui le eNGO possono agire non pregiudica la facoltà per gli Stati membri di limitare tale accesso ad eNGO riconosciute<sup>69</sup>. Sotto questo profilo, potrebbe risultare utile armonizzare al livello dell'Unione i presupposti per il riconoscimento.

Nell'immediato, è ipotizzabile un maggiore attivismo delle eNGO in relazione a procedimenti amministrativi riguardanti le caratteristiche tecniche di prodotti e servizi con un impatto significativo sull'ambiente. Basti pensare, sempre nel settore dei trasporti, alle decisioni che incidono sul numero di bande orarie (*slot*) disponibili presso gli aeroporti: provvedimenti di questo genere, di per sé non aventi carattere di progetto infrastrutturale ai fini della Convenzione di Aarhus e disciplina rilevante dell'Unione, presentano comunque ricadute significative in termini di inquinamento acustico e di emissioni, come esemplificato di recente dalla vicenda che ha interessato l'aeroporto di Schiphol nei Paesi Bassi<sup>70</sup>.

depends on the extent to which such courts align themselves with the access-to-justice case-law of the CJEU" (Id., *Report on European Union implementation of the Aarhus Convention in the area of access to justice in environmental matters*, SWD(2019)378 final, 10.10.2019.p. 16).

<sup>68</sup> Cfr. Commissione, Comunicazione 2017/C 275/01, cit., punto 10.

<sup>69</sup> Purché tale discrezionalità non si traduca nel potere di esaminare "caso per caso, se le organizzazioni ambientali perseguano fini legittimi oppure no" ovvero nello stabilire criteri "la cui definizione sia talmente ambigua o carente da generare incertezza o creare situazioni discriminatorie" (conclusioni dell'AG Sharpston del 2 luglio 2009, causa C-263/08, *Djurgården*).

<sup>70</sup> Sulla vicenda, si veda, di recente, T. ARAS, *Airlines versus the State's Schiphol Agenda*, in *Leiden Law Blog*, 6 aprile 2023, reperibile sulla rete interconnessa; L. VAN HOUTEN, G. BURGHOUWT, *The fight for airport slots: the case of Amsterdam Airport*

Oppure, si pensi ancora al settore dell'economia circolare e ai provvedimenti regolatori che interessano il ciclo di vita dei prodotti<sup>71</sup>.

Non si possono trascurare i rischi connessi ad un aumento del contenzioso; tuttavia, come testimoniato dall'evoluzione giurisprudenziale in materia di azioni di risarcimento del danno per inosservanza del diritto dell'Unione, questo non è un argomento sufficiente per negare tutela giurisdizionale<sup>72</sup>.

Sullo sfondo della giurisprudenza della Corte in materia ambientale, e in misura evidente in ambito di contenzioso climatico<sup>73</sup>, resta la ricerca di un non facile equilibrio tra 'interventismo' giudiziario e discrezionalità del legislatore: sul punto, il contributo delle eNGO nelle aule di tribunale può essere solo complementare e mai sostitutivo a quello degli organi rappresentativi<sup>74</sup>, gli unici chiamati a rispondere delle proprie scelte davanti ai cittadini.

*Schiphol*, in R. MACÁRIO, E. VAN DE VOORDE (a cura di), *Contemporary Issues in Air Transport*, New York, 2022, pp. 171 e ss.

<sup>71</sup> Per approfondimenti, F. MUNARI, *L'economia circolare e le nuove regole dell'Unione europea sui rifiuti*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, 1, p. 77 e ss.

<sup>72</sup> In questo caso, però, si ricorda che la recente pronuncia *JP c. Ministre* evidenzia un approccio molto più cauto della Corte alle ipotesi in cui il riconoscimento di tutela ambientale può avere conseguenze sociali ed economiche rilevanti per gli Stati membri: CGUE, Grande Sez., 22 dicembre 2022, *JP c. Ministre de la Transition écologique e Premier ministre*, causa C-61/21. In dettaglio, P. DE PASQUALE, "Francovich ambientale"? Sarà per un'altra volta. Considerazioni a margine della sentenza *Ministre de la Transition écologique*, in *BlogDUE*, 4 gennaio 2023; H. VAN EIJKEN, J. KROMMENDIJK, *Does the Court of Justice clear the air: a Schutznorm in state liability after all?: JP v Ministre de la Transition écologique*, in *EU Law Live*, 10 gennaio 2023.

<sup>73</sup> Sul punto, si rinvia al caso *Carvalho* già citato, nonché alle osservazioni in M. ELIANTONIO, *Case C-240/09*, in *Common Market Law Review*, 2012, 49, pp. 767 e ss. (spec. pp. 786-789).

<sup>74</sup> Da ultimo, si ricorda il dibattito relativo all'approvazione del regolamento sul progressivo *phasing out* dei veicoli a motore (attualmente in corso di pubblicazione in GUUE, procedura 2021/0197(COD)): Council, 'Fit for 55': *Council adopts regulation on CO2 emissions for new cars and vans*, press release, 28 marzo 2023, reperibile sulla rete interconnessa.



## ABSTRACT

*Access to Justice – Article 9, para. 3, Aarhus Convention  
Effective judicial protection – Environmental association (eNGO)  
Locus standi – Motor vehicles – Defeat devices*

*The article comments on the Court of Justice of the European Union (CJEU) ruling on the Deutsche Umwelthilfe (defeat devices, DUH) case and examines its main implications for the enforcement of EU environmental law. After an overview of the case context and the relevant legal framework and case-law, the analysis focuses on the interpretation of the Aarhus Convention in light of the principle of effective judicial protection, followed by the examination of the substantive legal question on defeat devices. The DUH ruling widens the notion of environmental law and reaffirms the direct application of the Charter of Fundamental Rights of the EU in the area of access to environmental justice. In any case, the extension of the range of legal proceedings where environmental associations (eNGOs) have locus standi does not affect the discretion of Member State to restrict access to approved eNGOs. In future perspective, it seems useful to harmonize at EU level the requirements for eNGOs' approval.*

*Il presente contributo esamina le principali conseguenze della pronuncia Deutsche Umwelthilfe della Corte di giustizia dell'Unione europea (C-873/19) sull'enforcement del diritto UE dell'ambiente. Dopo una breve ricostruzione della fattispecie e del contesto normativo e giurisprudenziale rilevante, è approfondita l'interpretazione della Convenzione di Aarhus accolta dalla Corte di Giustizia e il suo legame con il principio di tutela giurisdizionale effettiva. Segue un sintetico esame della questione di diritto sostanziale relativa agli impianti di manipolazione. La sentenza in commento amplia la nozione di normativa ambientale e le possibilità di applicazione diretta della Carta in materia di accesso alla giustizia ambientale. Tale approccio appare condivisibile nella misura in cui l'estensione del novero dei giudizi in cui le associazioni ambientaliste (eNGO) possono agire non pregiudica la facoltà per gli Stati membri di limitare tale accesso ad eNGO riconosciute. Sotto questo profilo, pare utile armonizzare al livello dell'Unione i presupposti per il riconoscimento.*



## Brevi note sul ritorno del principio di legalità in una decisione del T.A.R. Lombardia sulle delibere ARERA in materia di sistema tariffario dei rifiuti

GIULIO CARZANIGA

T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I – 24 febbraio 2023, n. 486 – Pres. Vinciguerra; Est. Mameli

### **ARERA – Autorità indipendenti – Poteri impliciti – Principio di legalità – Regime tariffario dei rifiuti – Gestione dei rifiuti**

*Si tratta di un principio, quello dei poteri impliciti, elaborato dalla giurisprudenza amministrativa per individuare poteri che non sono espressamente contemplati dalla legge ma che si desumono, all'esito di una interpretazione sistematica, dal complesso della disciplina della materia, perché strumentali all'esercizio di altri poteri. Nei settori di competenza delle Autorità indipendenti, infatti, è oggettivamente complesso per il legislatore predeterminare quale possa essere il contenuto del provvedimento amministrativo, in presenza di poteri di regolazione con una valenza tecnica e che si esplicano in ambiti in costante evoluzione per dinamiche di mercato differenti.*

*Nel caso di specie tuttavia il legislatore stesso ha attestato il potere di individuare i criteri per la qualificazione degli impianti come “minimi” espressamente sullo Stato, individuando altrettanto espressamente lo strumento (il PNGR), sicché non è possibile far ricorso al principio dei poteri impliciti che, in quanto derogatorio del principio di legalità, va applicato in modo stringente per consentirne la compatibilità costituzionale.*

SOMMARIO: 1. Ricostruzione della vicenda. – 2. Il contesto: Autorità di regolazione e de-quotazione della legalità sostanziale. – 3. Esercizio di poteri impliciti da parte dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, e il caso che ci occupa.

## 1. Ricostruzione della vicenda

La pronuncia in commento, oltre a mantenere vivo il dibattito nato intorno alla disciplina riservata ai rifiuti<sup>1</sup>, stimola ad una riflessione sull'utilizzo dei c.d. poteri impliciti dalle Autorità di regolazione e, in specifico, dall'ARERA.

La vicenda trae origine dal ricorso presentato da una società, titolare di un impianto di discarica per rifiuti speciali non pericolosi, con cui sono stati impugnati, fra l'altro, la delibera ARERA n. 363 del 3 agosto 2021 e l'allegato A della medesima, il quale stabilisce il Metodo tariffario dei rifiuti per il periodo 2022-2025. Gli atti sono stati impugnati nella parte in cui sono dettate disposizioni per l'individuazione degli impianti di chiusura del ciclo "minimi", lamentando carenza assoluta di potere in capo all'Autorità, violazione degli artt. 1 e 2 della Legge 14 novembre 1995, n. 481, art. 1 c. 527 ss. della Legge 27 dicembre 2017, n. 205 e violazione degli artt. 23, 41, 42 e 97 Cost.

Il T.A.R. Milano, specificando che le questioni poste riguardano la disciplina dell'istituto degli impianti di chiusura del ciclo "minimi", le modalità e la competenza per la loro individuazione nonché le conseguenze giuridico-economiche discendenti da tale qualificazione, ha accolto il ricorso e annullato parzialmente gli atti impugnati<sup>2</sup>.

Secondo parte ricorrente, con la disciplina dettata dall'Autorità, gli impianti "non integrati", qualificati come "minimi", verrebbero sottoposti ad una regolazione tariffaria pubblica in quanto ritenuti "indispensabili" alla chiusura del ciclo dei rifiuti e, dunque, ««annessi» di imperio al servizio integrato»<sup>3</sup>. In questo modo, l'Autorità "avrebbe introdotto una disciplina tesa a raggiungere un obiettivo apparentemente ascritto

<sup>1</sup> In tema di rifiuti ed economia circolare F. DE LEONARDIS, *Codice dell'ambiente e regolazione dei rifiuti nella nuova stagione dell'economia circolare*, in questa *Rivista*, 1/2022, pp. 60 ss.; ID., *I rifiuti: da "problema" a "risorsa" nel sistema dell'Economia circolare*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021. Più in generale, sull'economia circolare: A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in questa *Rivista*, 2/2022, pp. 32 ss.; R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Il Piemonte delle Autonomie - Rivista quadrimestrale dell'Amministrazione*, 2018, pp. 1 ss.

<sup>2</sup> Dello stesso tenore della pronuncia in esame anche T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 27 febbraio 2023, n. 501; 6 marzo 2023, n. 557; 12 giugno 2023, n. 1459.

<sup>3</sup> T.A.R. Lombardia, Sez. I, 24 febbraio 2023, n. 486, cit., punto 3.

al proprio ambito di competenza (dettare criteri di regolazione della tariffa applicabile al ciclo integrato di gestione dei rifiuti urbani), ma in concreto attuata attraverso l'introduzione di strumenti legittimanti un forzato ed arbitrario criterio di qualificazione di impianti operanti nel libero mercato", per sottoporli "al regime di tariffa regolata, ammantata da finalità di tutela concorrenziale"<sup>4</sup>.

Il T.A.R. Milano dopo aver ricostruito l'*iter* che ha portato all'approvazione degli atti censurati e il quadro normativo rilevante, come accennato, ha accolto il ricorso.

Con l'istituto degli impianti "minimi", l'Autorità si è proposta di "cercare di colmare una situazione di deficit impiantistico attraverso il (così dichiarato) temporaneo utilizzo di impianti già esistenti sul territorio, e la rigida e predeterminata regolazione dei flussi (e delle tariffe) per tentare di riequilibrare un contesto di mercato in cui a fronte di un eccesso di domanda è presente un limitato numero di operatori"<sup>5</sup>. Per perseguire tale fine il giudice amministrativo evidenzia la sottrazione degli impianti coinvolti all'ambito concorrenziale, con contestuale assoggettamento di questi "alla pianificazione regionale dei flussi di rifiuti conferiti e a una conseguente fissazione delle tariffe di accesso"<sup>6</sup>.

In altri termini, l'ARERA, al fine di riequilibrare un mercato che presenta rigidità, ha introdotto un istituto, quello degli impianti "minimi", dettando i criteri utilizzabili dalle autorità competenti per individuare tali impianti. In conseguenza, i gestori degli impianti qualificati come "minimi" vedono sottratta la loro capacità imprenditoriale per essere sottoposti ad una regolazione pubblica in tema di flussi e tariffe. Dunque, sottolinea il giudice amministrativo, il profilo tariffario assume rilievo come mera conseguenza della scelta, a monte, di sottoporre determinati impianti alla disciplina pubblica di pianificazione<sup>7</sup>.

Occorre pertanto comprendere, specifica il T.A.R. Milano, se tale potere – di stabilire i criteri utili per individuare gli impianti "minimi" – rientri tra quelli attribuiti all'Autorità da parte del legislatore. La risposta è negativa, il potere esercitato dall'Autorità è già espressamente

<sup>4</sup> T.A.R. Lombardia, Sez. I, 24 febbraio 2023, n. 486, cit., punto 3.

<sup>5</sup> T.A.R. Lombardia, Sez. I, 24 febbraio 2023, n. 486, cit., punto 7.

<sup>6</sup> T.A.R. Lombardia, Sez. I, 24 febbraio 2023, n. 486, cit., punto 7.

<sup>7</sup> T.A.R. Lombardia, Sez. I, 24 febbraio 2023, n. 486, cit., punto 7.

attribuito ad altro apparato amministrativo e, in specifico, allo Stato. La funzione regolatoria attribuita all'ARERA riguarda l'ambito tariffario. Per il resto, all'Autorità sono attribuite funzioni di “mera attività propositiva, non regolatoria”<sup>8</sup> (così, richiamando in particolare l'art. 1 comma 572, lett. g), f), l), m) Legge n. 205/2017). Il legislatore ha previsto “un preciso ambito programmatico in cui, a livello statale e quindi con un angolo prospettico nazionale ed unitario, si ponga mano alle esigenze impiantistiche del nostro Paese”<sup>9</sup>. Difatti, il Codice dell'ambiente (D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152) stabilisce il riparto di competenze in materia di rifiuti tra Stato e Regioni, riservando allo Stato l'individuazione “degli impianti di recupero e smaltimento di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese”<sup>10</sup>, ed inoltre prevedendo l'adozione del Programma Nazionale per la Gestione dei Rifiuti (PNGR), da acquisire con decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, che “fissa i macro-obiettivi, definisce i criteri e le linee strategiche cui le Regioni e le Province autonome si attengono nell'elaborazione dei Piani regionali di gestione dei rifiuti”<sup>11</sup>.

Con gli atti oggetto di giudizio, l'Autorità, secondo il giudice amministrativo, ha invaso le competenze attribuite allo Stato, assegnato alle Regioni poteri non attribuiti a queste dal legislatore, sovvertito la logica degli atti programmatori in materia ambientale e determinato un'inversione dell'*iter* di programmazione, che avrebbe voluto prima la fissazione dei criteri da parte del Programma Nazionale di Gestione dei Rifiuti e successivamente la regolazione tariffaria da parte dell'Autorità.

Il giudice amministrativo dunque non ritiene possibile rinvenire il potere esercitato dall'Autorità in capo ad essa, né dal dato letterale né considerato il quadro sistematico della normativa rilevante. Ciò, tenuto conto anche della Carta costituzionale, che ai sensi dell'art. 117 c. 2 l. s) fissa in capo allo Stato una competenza legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (ambito entro cui deve essere ricondotta la disciplina sui rifiuti).

Così, a fronte di tale rappresentazione, il T.A.R. Milano conclude ri-

<sup>8</sup> T.A.R. Lombardia, Sez. I, 24 febbraio 2023, n. 486, cit., punto 9.

<sup>9</sup> T.A.R. Lombardia, Sez. I, 24 febbraio 2023, n. 486, cit., punto 10.2.

<sup>10</sup> T.A.R. Lombardia, Sez. I, 24 febbraio 2023, n. 486, cit., punto 10.

<sup>11</sup> T.A.R. Lombardia, Sez. I, 24 febbraio 2023, n. 486, cit., punto 10.1.2.

tenendo non invocabile l'esercizio di poteri impliciti da parte dell'Autorità. La teoria dei poteri impliciti, viene specificato, è derogatoria del principio di legalità e, perciò, perché sia conforme a Costituzione, va applicata in modo stringente. Di qui, non è invocabile l'esercizio di poteri non espressamente previsti per l'esercizio di facoltà già espressamente attribuite ad altro apparato amministrativo che, nel caso di specie, è lo Stato. Il Consiglio di Stato ha confermato la decisione di primo grado, pur se specificando che l'ARERA avrebbe avocato a sé un potere di direttiva non attribuito dal legislatore e, inoltre, arricchendo di contenuti il potere pianificatorio delle Regioni<sup>12</sup>.

## 2. *Il contesto: Autorità di regolazione e de-quotazione della legalità sostanziale*

La decisione in commento si inserisce nel più ampio dibattito – di cui si riprendono brevemente i tratti salienti – intorno alla difficile individuazione dei confini entro cui possono estendersi i poteri esercitati dalle Autorità di regolazione. Queste ultime sono sorte dal processo di liberalizzazione dei servizi pubblici e sono assimilabili in ragione delle funzioni che svolgono, di regolazione economica, tecniche<sup>13</sup>.

È noto come continui a destare criticità, superati i dubbi circa il fondamento costituzionale delle amministrazioni indipendenti<sup>14</sup>, ed oltre al *deficit* democratico di cui soffrono, la tecnica legislativa con cui viene

<sup>12</sup> Cons. Stato, Sez. II, 6 dicembre 2023, n. 10550.

<sup>13</sup> S. FOA, *Autorità di Regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura del mercato*, in *Dir. Amm.*, 2020, 4, pp. 764 ss.

<sup>14</sup> Così, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, pp. 11 ss., il quale osserva come la dottrina prevalente sembra concorde nel riconoscere un fondamento costituzionale alle Autorità indipendenti, vuoi per la rilevanza costituzionale degli interessi che tutelano, vuoi per i caratteri di indipendenza dall'esecutivo, neutralità rispetto agli interessi in gioco, tecnicità dei compiti esercitati e, ancora, in forza dell'ordinamento dell'Unione Europea. Anche M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Riv. Regolazione dei Mercati*, 2018, 2, p. 172, evidenzia un ridimensionamento del dibattito sulla legittimità costituzionale delle Autorità, alcune delle quali trovano fondamento in forza del diritto europeo e, a Costituzione invariata, attraverso l'esaltazione del principio di imparzialità presente all'art. 97 Cost.

affidato, di fatto, alle *authorities* il governo di un settore<sup>15</sup>: norme che consistono in mere attribuzioni di poteri<sup>16</sup>, disposizioni “che disegnano le competenze oggetto di attribuzione intorno ad obiettivi”<sup>17</sup>. Così avviene, ad esempio, per l’Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, per la quale la legge istitutiva stabilisce obiettivi indefiniti, prevede strumenti di intervento sfuggenti e non individua i criteri tecnici da applicare<sup>18</sup>. Nelle parole del giudice amministrativo, le disposizioni attributive di potere si compongono di “leggi d’indirizzo che poggiano su prognosi incerte, rinvii in bianco all’esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti giuridici indeterminati che spetta all’Autorità concretizzare”<sup>19</sup>.

Per un verso, tale tecnica trova causa nel rapporto “spinoso” esistente tra regolazione e legislazione<sup>20</sup> e, inoltre, giustificazione tanto nel carattere indeterminato dei valori per i quali è demandata tutela alle autorità<sup>21</sup>, quanto nell’esigenza di non fissare spazi di intervento troppo ristretti dinnanzi a settori soggetti ad un’evoluzione tecnologica e di mercato rapidissima<sup>22</sup>. Per altro, vengono messi in risalto i rischi connessi ad un’ec-

<sup>15</sup> Discorre del “governo complessivo del settore di pertinenza” delle Autorità indipendenti A. PAJNO, *Quali prospettive per le Autorità indipendenti?*, Nota per il gruppo di lavoro Astrid “La riforma delle Autorità indipendenti”, [www.astrid.ue](http://www.astrid.ue), p. 13.

<sup>16</sup> V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D’ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l’economica*, Bologna, 2010, p. 88.

<sup>17</sup> C. ACOCELLA, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità. Le prospettive di sostenibilità dell’implicito nell’esperienza delle autorità amministrative indipendenti*, in C. ACOCELLA (a cura di) *Autorità indipendenti, funzioni e rapporti*, Napoli, 2022, p. 14.

<sup>18</sup> P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., pp. 144 ss., spec. p. 145-146. Con riferimento alla L. n. 481/1995 già G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, 4, p. 718 ss.

<sup>19</sup> Cons. Stat., Sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827.

<sup>20</sup> M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell’età delle incertezze*, cit., p. 176, evidenzia come “La regolazione è disciplina non solo in divenire, ma propriamente da costituire, che procede per via di assestamenti successivi, assecondando e incanalando un processo economico dinamico e tendenzialmente anarchico”.

<sup>21</sup> In questo senso, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., p. 710, con riguardo al potere regolamentare, risalta come la legge spesso si limiti ad attribuire con competenze generali, e ciò per varie ragioni, tra cui il carattere indeterminato dei valori da tutelare.

<sup>22</sup> M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna,



cessiva vaghezza del dettato legislativo. A preoccupare, a fronte di un “rapporto molto elastico, quasi disinvolto, tra poteri delle Autorità di regolazione e norme attributive dei poteri stessi”<sup>23</sup>, è l’eccessivo sacrificio sofferto dal principio di legalità nella sua accezione più forte, secondo cui il legislatore dovrebbe indicare, oltre al paradigma normativo entro cui può muoversi l’azione amministrativa<sup>24</sup>, anche, in definitiva, “il contenuto che può singolarmente assumere il provvedimento adottato”<sup>25</sup>. L’attribuzione di poteri di regolazione non accompagnata dalla definizione delle funzioni esercitabili concretizza il serio rischio che le autorità possano “assurgere, in sostanza, ad autentici sovrani (quasi assoluti) del settore loro affidato”<sup>26</sup>.

Per vero, tali preoccupazioni sono maggiormente avvertite quando si volge lo sguardo alla giurisprudenza amministrativa e si indaga sull’ammissibilità o meno dell’esercizio di poteri non espressamente attribuiti

2005, ed. digit. 2009, pp. 155 ss., evidenzia come l’evoluzione tecnologica e di mercato rapidissima nei settori in cui operano le Autorità indipendenti renda difficoltoso “al legislatore il compito di porre una disciplina completa, immune dal rischio di obsolescenza”.

<sup>23</sup> In questi termini M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Riv. reg. mer.*, 2022, 1, p. 28.

<sup>24</sup> N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, 2001, pp. 107 ss., il quale evidenzia come tale accezione sia consolidata, rinvenendo “fondamenti di diritto positivo talmente solidi da non poter essere revocato in dubbio”.

<sup>25</sup> P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., p. 45, riconduce all’entrata in vigore della Costituzione l’affermarsi di un’idea di legalità più forte, per la quale la disciplina legislativa “non deve limitarsi a stabilire le condizioni di esistenza del potere, ma è tenuta a indicare, con sufficiente precisione, l’autorità destinataria del relativo conferimento, i soggetti nei confronti dei quali il potere è destinato ad incidere, il tipo di poteri che può essere esercitato nel caso concreto, la sua «latitudine» e, quindi, il contenuto che può singolarmente assumere il provvedimento adottato”. In chiave storica anche S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, p. 62 ss., evidenzia come nel corso del secolo scorso “si è giunti alla conclusione che le leggi amministrative non delineassero solo i confini esterni della sfera giuridica della amministrazione, ma determinassero anche e in modo penetrante il contenuto positivo dell’azione amministrativa”, quindi “in sostanza, il diritto pubblico richiedeva che la conformità alla legge fosse non solo formale, ma anche sostanziale”.

<sup>26</sup> N. BASSI, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell’azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie*, in *Foro amm.*, Tar, 2002, p. 1908.

alle *authorities*. La giurisprudenza amministrativa, difatti, in linea generale accoglie una deroga alla legalità sostanziale, giustificata “in ragione dell’esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina”<sup>27</sup> in capo alle autorità. Dato il necessario continuo adeguamento del contenuto delle regole tecniche all’evoluzione del sistema “una predeterminazione legislativa rigida risulterebbe invero di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti”<sup>28</sup>.

In sostanza, dall’utilizzo di una tecnica legislativa che si limita a fissare obiettivi – spesso indefiniti – unita alla peculiarità dei settori in cui operano le Autorità è accettata una de-quotazione della legalità in senso sostanziale, permettendo così il concretizzarsi di terreno fertile per l’esercizio di poteri impliciti<sup>29</sup>, ossia poteri non espressamente previsti dalle norme attributive ma desumibili dal complesso della disciplina, strumentali all’esercizio dei poteri tipizzati<sup>30</sup>.

Dinnanzi a tale caduta del valore della legalità sostanziale, dottrina e giurisprudenza, anche costituzionale<sup>31</sup>, hanno allora ricercato idonei “alleati” per, quantomeno, arginare l’altrimenti eccessiva discrezionalità delle amministrazioni indipendenti e a sopperire alle conseguenze più pericolose in termini di prevedibilità dell’azione amministrativa e tutela delle posizioni dei privati<sup>32</sup>.

Tra questi viene sovente annoverato il valore della legalità in senso

<sup>27</sup> Cons. Stat., Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532.

<sup>28</sup> Cons. Stat., Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 879; in senso conforme, Cons. Stat., 20 marzo 2015, n. 1532, cit.

<sup>29</sup> C. ACOCELLA, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità*, cit., p. 24, esalta come la tecnica legislativa adottata rappresenti “terreno elettivo di esercizio della teoria dei c.d. poteri impliciti”. Parla di “terreno fertile” anche M. RAMAJOLI, *Tutela indennitaria automatica di massa nel settore telefonico: una preoccupante indistinzione tra Agcom, Antitrust, legislatore e giudice*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2021, 2, p. 298.

<sup>30</sup> M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, cit., pp. 26 ss. In tema di poteri impliciti, C. ACOCELLA, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità*, cit.; P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit.

<sup>31</sup> Si fa riferimento a Corte cost., 22 febbraio 2017, n. 69.

<sup>32</sup> Così, M. CLARICH, in M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, p. 28; Parla di “limitatori della discrezionalità” C. ACOCELLA, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità*, cit., p. 40.

procedurale, consistente, specifica la giurisprudenza, in “forme di partecipazione degli operatori del settore nell’ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari”<sup>33</sup>. Alla de-quotazione della legalità in senso sostanziale si accompagna così “necessariamente il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale, con la conseguente necessità di garantire forme di partecipazione degli operatori del settore nell’ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari”<sup>34</sup>. In questa prospettiva, dunque, “la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto necessario rafforzare la legalità procedimentale, la quale assume una valenza forte per «compensare» le mancanze della legalità sostanziale”<sup>35</sup>, tanto che, si avverte, sembra che tra le due forme di legalità, sostanziale e procedurale, si realizzi una relazione inversa: “quanto meno è garantita la prima, tanto più deve essere rafforzata la seconda”<sup>36</sup>.

In definitiva, l’esercizio di poteri non espressamente tipizzati da parte delle Autorità di regolazione è oggi un fatto ammesso, pur con il permanere di dubbi circa la de-quotazione della legalità sostanziale e degli “strumenti” volti a compensarla<sup>37</sup>. Nondimeno, spia della difficoltosa convivenza della teoria dei poteri impliciti all’interno del nostro ordinamento, pare ancora incerto individuare un punto di equilibrio tra due aspetti che, talvolta, appaiono opposti: da un lato, garantire il rispetto delle finalità garantistiche sottese alla tipizzazione dei poteri; dall’altro, riconoscere la possibilità alle amministrazioni indipendenti di perseguire la *mission* a loro affidata dal legislatore.

Tale disagio si coglie nella giurisprudenza amministrativa: ondivaga. Se talvolta viene negata la possibilità di esercizio di poteri non espressamente previsti dalla norma, talaltra, pur non accogliendo nelle affermazioni di principio l’ammissibilità dei poteri impliciti, sembra essere accolta un’interpretazione “a maglie larghe” delle norme attributive di

<sup>33</sup> In questi termini, Cons. Stat., Sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182.

<sup>34</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 5 gennaio 2021, n. 18; in senso conforme, Cons. Stat., Sez. VI, 2 maggio 2021 n. 2521.

<sup>35</sup> Cons. Stat., Sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972.

<sup>36</sup> M. CLARICH, in M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, cit., p. 30.

<sup>37</sup> Sui dubbi che circondano la legalità procedimentale, M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri*, cit., p. 31. Inoltre, sulla legalità procedimentale e sulla sua funzione di sopperire alla carenza democratica delle Autorità indipendenti, G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Dir. Amm.*, 2021, 4, pp. 749 ss.

potere<sup>38</sup>. Infine, numerose pronunce accolgono la teoria dei poteri impliciti, ritenendo possibile per le *authorities* esercitare poteri funzionali al raggiungimento agli obiettivi affidati dal legislatore.

Provando a sistematizzare la materia, in dottrina è stato rilevato come il grado di incisività dell'atto adottato dall'amministrazione indipendente e la sua natura possano essere utili per orientarsi. Tendenzialmente, tanto più è incisivo l'atto adottato dall'*authorities* sulle posizioni dei privati, maggiore sembra essere la necessità di rispettare il principio di legalità in senso sostanziale. In prospettiva diversa, gli atti che hanno una natura provvedimentale, prettamente puntuale, che scalfiscono direttamente un soggetto determinato, pare non possano essere legittimamente adottati in assenza di un sicuro fondamento legislativo, di una norma che fissi espressamente il potere in capo all'Autorità indipendente<sup>39</sup>. Certo è, si rileva, tale appare essere l'orientamento più accorto e che, tuttavia, talvolta non trova conferma<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> A proposito, così sembra per Cons. Stat., Sez. VI, 27 giugno 2019, n. 4422., dove in affermazione di principio viene sostenuto che “la delega normativa non può compendiarsi nella sola attribuzione di competenza amministrativa, ma deve accompagnarsi anche da un corredo «minimo» di direttrici sostanziali riferite (quantomeno) agli scopi, all'oggetto ed ai presupposti, in coerenza con il principio di legalità sostanziale posto a base dello Stato di diritto”. Salvo poi riconoscere che il rimedio posto dall'Autorità, non costituendo una sanzione in senso stretto, trova copertura legislativa nelle norme attributive di potere all'ARERA. In commento alla decisione, T. SICA, *Autorità indipendenti e autonomia privata: le soluzioni del Consiglio di Stato*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 11, pp. 2497 ss. Similmente, pur senza fare menzione dei poteri impliciti, in tempi meno recenti, evidenzia N. BASSI, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa*, cit., spec. p. 1902, Cons. Stat., Sez. VI, 30 ottobre 2001, n. 5681 dove alla funzione regolatoria demandata all'allora AEEG viene assegnata “un'estensione maggiore di quella direttamente deducibile dalla norma”.

<sup>39</sup> A proposito, C. ACOCELLA, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità*, cit. pp. 37 ss., secondo cui il grado di incisività del potere esercitato assurge a parametro per individuare azioni consentite. Di tale impostazione ne fa cenno anche M. RAMAJOLI, *Tutela indennitaria automatica di massa nel settore telefonico*, cit., pp. 298 ss. Orientamento questo, predominante ma non unico, ripreso anche dal Cons. Stat., Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4993 e, in commento alla pronuncia, evidenziato da P. PANTALONE, *Dove la teoria dei poteri impliciti non può osare: il caso delle sanzioni dell'Agcom in materia di tutela del diritto d'autore online*, in *Riv. Diritto dei media*, 2019, 3, pp. 230 ss.

<sup>40</sup> A proposito Cons. Stat., Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 879 dove, evidenzia M. RAMAJOLI, *Tutela indennitaria automatica di massa nel settore telefonico*, cit., pp. 299 ss.,

### 3. *Esercizio di poteri impliciti da parte dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, e il caso che ci occupa*

Può essere utile allora comprendere se sia ritrovabile un equilibrio anche nella giurisprudenza formatasi sugli atti dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente e se si trovi riscontro nel caso di specie.

In premessa, l'attività dell'ARERA è stata caratterizzata, sin dalle sue origini, da un forte contenzioso, concentrato soprattutto sul perimetro entro cui possono estendersi i poteri da questa esercitati<sup>41</sup>. Le ragioni a riguardo sono molteplici, dal già richiamato elevato tasso di indeterminatezza della Legge n. 481/1995 al conseguente uso estensivo dei poteri esercitato dall'Amministrazione indipendente fino alla capacità di incidere sulle posizioni dei privati in maniera importante<sup>42</sup>.

In un primo momento, la disomogeneità tra le posizioni adottate dal giudice di prime cure e il Consiglio di Stato era più avvertita. Se il T.A.R. era restio ad ammettere l'esercizio di poteri non facilmente desumibili dalle norme attributive di poteri, il Consiglio di Stato accoglieva un'interpretazione più disinvolta del principio di legalità<sup>43</sup>. Oggi sembra possibile registrare una maggiore uniformità con un adeguamento alle tendenze accennate rispetto a tutte le Autorità di regolazione. Con riferimento all'esercizio di poteri para-normativi e regolatori, "i poteri impliciti sono ammissibili purché rientranti nell'ambito «abilitativo» coperto dalle finalità legislativamente attribuite". Di contro, nel caso in cui il potere esercitato dall'Amministrazione indipendente si traduca in

l'orientamento che accoglie l'esercizio di poteri impliciti dalle Autorità indipendenti per gli atti regolamentari viene richiamato in relazione ad atti di tipo puntuale.

<sup>41</sup> M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1/2006, pp. 80 ss.

<sup>42</sup> P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., pp. 144-145; M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit., pp. 80 ss., discorre, tra l'altro, di "ardore regolatorio" dell'Autorità.

<sup>43</sup> Così, ad esempio, Cons. Stat. 27 aprile 2011, n. 2463 in riforma a T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 6 ottobre 2005, n. 3726 che, insieme ad altre pronunce è riportata da A. AZARA, *Fonti sub-primarie e integrazione del contratto*, in *Giustizia civile*, 2020, 1, pp. 194 ss, spec. nota 52, a rappresentazione di come il Consiglio di Stato abbia in passato "aderito alla teoria c.d. «debole» del principio di legalità e, conseguentemente, ha riformato numerose pronunce del giudice di prime cure". Aspetto ripreso anche da P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., pp. 149 ss.

un atto di natura provvedimentale, direttamente incisivo delle posizioni dei privati, sembra torni in auge un'accezione più rigida del principio di legalità, la quale non ammette l'esercizio di poteri non tipizzati<sup>44</sup>.

Così, per un verso, il T.A.R. Milano ha di recente riconosciuto in ambito energetico che la decisione dell'Autorità di ridurre il periodo per l'aggiornamento delle condizioni economiche relative al servizio di erogazione di energia elettrica e gas, fosse legittimo. Ciò, pur se in assenza di una norma espressamente abilitativa, anche "in applicazione della teoria dei c.d. poteri impliciti, in base alla quale le autorità amministrative indipendenti possono esercitare anche i poteri che siano privi di un fondamento legislativo, a condizione che essi non esulino dai settori di competenza, siano strumentali all'esercizio di altri poteri esplicitamente attribuiti dalla norma e si desumano dall'interpretazione sistematica e dalla complessiva disciplina della materia"<sup>45</sup>.

Per altro verso, quando l'Amministrazione indipendente scalfisce posizioni dei privati in via diretta, la giurisprudenza amministrativa è incline a negare la legittimità di un potere non espressamente previsto. Così, il Consiglio di Stato ha ritenuto che per un provvedimento dell'Autorità di contenuto specifico e singolare, questo "decampi dai limiti di proporzionalità e ragionevolezza ai quali è assoggettato il potere regolatorio preconcorsuale dell'Autorità, pure se inteso nella sua latitudine più ampia"<sup>46</sup>.

In questo contesto, giungendo al caso che ci occupa, pare che la vicenda possa collocarsi in una "zona grigia": la delibera ARERA è qualificabile come atto generale, capace di colpire i privati solo in via indiretta<sup>47</sup>. Tuttavia, forte è il sacrificio alla libertà di impresa nei confronti dei

<sup>44</sup> Così, P. PANTALONE *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., pp. 144 ss., spec. p. 152 a seguito di un'indagine della giurisprudenza sull'utilizzo dei poteri impliciti dall'Autorità.

<sup>45</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, 10 luglio 2023, n. 1774. In tale direzione si pone la giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale ammette per gli atti di regolazione la "sola predeterminazione legale (purché caratterizzata da adeguati livelli di certezza) degli obiettivi propri dell'attività di regolazione e dei limiti dell'esercizio in concreto di tale attività". Cons. Stat., Sez. VI, 1° ottobre 2014, n. 4874.

<sup>46</sup> Cons. Stat., Sez. VI, 14 giugno 2006, n. 3501. Sul tema, riprendendo la giurisprudenza sulle "misure a effetto ablatorio o sanzionatorio" dell'ARERA, P. PANTALONE *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., pp. 156 ss.

<sup>47</sup> T.A.R. Lombardia, 24 febbraio 2023, n. 486, cit., che ha riconosciuto la delibera

gestori di impianti qualificati come “minimi”, essenziali per la chiusura del ciclo dei rifiuti: questi vedrebbero sottratta la loro capacità concorrenziale e sarebbero invece assoggettati ad una pianificazione pubblica.

Si condivide la soluzione adottata dal T.A.R. Milano, il quale ha affermato un principio importante: nel caso in cui un potere sia già attribuito ad altro apparato amministrativo l’Autorità indipendente non può invocare l’utilizzo di poteri impliciti al fine di giustificare la sua azione.

Tuttavia, tale orientamento non appare di applicazione conforme e costante. Difatti, lo stesso T.A.R. Milano ha di recente ritenuto corretta l’azione dell’Autorità, sempre con riferimento al sistema tariffario, nell’esercitare competenze non espressamente attribuitele, superando le censure mosse da diversi Enti locali circa l’incompetenza dell’Autorità e il contrasto della disciplina da questa dettata con la potestà regolamentare di riduzioni ed esenzioni TARI riconosciuta ai Comuni. Il giudice amministrativo, evidenziato il carattere transitorio della disciplina e la facoltà delle competenti autorità di applicare le agevolazioni, ha ritenuto l’intervento dell’ARERA legittimo. Così, si riconosce che “l’intera architettura delle misure contestate si inserisce nel quadro dei poteri regolatori assegnati all’Autorità”, intervenendo “direttamente sul sistema tariffario, e dunque nell’ambito proprio della competenza assegnata all’Autorità” e in coerenza con gli obiettivi fissati dal legislatore<sup>48</sup>.

Prendendo le mosse da questa decisione sembrerebbe allora possibile rinvenire la competenza dell’Autorità anche per la vicenda in commento, nonostante il T.A.R. Milano abbia ritenuto non possibile né da una interpretazione letterale né da una sistematica ricavare il potere dell’ARERA. Si è detto della de-quotazione subita dal principio di legalità nella sua accezione sostanziale e della conseguente ammissibilità di poteri non espressamente previsti ma funzionali all’esercizio di quelli tipizzati, inoltre, di come tali poteri sono ammessi nella misura in cui rientrano nell’ambito di competenza dell’amministrazione indipendente. Nel caso di specie, l’Autorità ha dettato i criteri utili per individuare gli impianti da qualificare come “minimi” intervenendo in contesti caratterizzati da

dell’Autorità quale atto generale, nondimeno precisano che “La lesione della posizione giuridica dei potenziali destinatari (ovvero di tutti i titolari di impianti di trattamento dei rifiuti) si determina soltanto con l’individuazione della discarica quale impianto «minimo» ad opera della Regione sul cui territorio l’impianto è collocato”.

<sup>48</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 20 marzo 2023, n. 697.

eccesso di domanda e limitata offerta<sup>49</sup>. Così, la disciplina dettata dall'ARERA, in effetti, mirava al perseguimento di finalità pro-competitive e di efficienza dei servizi, ossia di obiettivi individuati dal legislatore di competenza dell'Autorità, ai sensi dell'art. 1 comma 1 della Legge n. 481/1995<sup>50</sup>. Di più, come pure sembra essere stato evidenziato dall'Avvocatura Distrettuale nella vicenda in commento, l'istituto degli impianti "minimi" può trovare un fondamento dalla lettura delle norme in tema di rifiuti, ove prevedono che all'ARERA è attribuita la funzione di "pre-disposizione ed aggiornamento del metodo tariffario per la determinazione dei corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti e dei singoli servizi che costituiscono attività di gestione, a copertura dei costi di esercizio e di investimento, compresa la remunerazione dei capitali, sulla base della valutazione dei costi efficienti e del principio «chi inquina paga»<sup>51</sup>, nonché di "fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento"<sup>52</sup>.

A ciò si aggiunga che, per il caso di specie, la delibera è frutto di un procedimento fortemente partecipato che, come visto, è elemento ritenuto idoneo a legittimare l'esercizio di poteri non espressamente tipizzati ma funzionali agli obiettivi delle Autorità<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Difatti, il Metodo tariffario dei rifiuti per il secondo periodo regolatorio 2022-2025 dispone all'art. 21 c. 2 che "Gli impianti di chiusura del ciclo «minimi» (in tutto o in parte), sono individuati, anche alla luce delle caratteristiche dell'operatore che li gestisce, e sono identificati con gli impianti di trattamento presenti sul territorio" considerato, fra l'altro, che "offrano una capacità in un mercato con rigidità strutturali, caratterizzato da un forte e stabile eccesso di domanda e da un limitato numero di operatori". Aspetto nuovamente evidenziato dall'Autorità nel Documento per la consultazione 275/2023/R/RIF per l'aggiornamento biennale 2024-2025 del Metodo tariffario dei rifiuti, giugno 2023, spec. p. 7, ove viene stabilito che "La disciplina degli impianti «minimi» configura un istituto regolatore inerente all'ambito tariffario, che ha la funzione essenziale di ridurre il potere di mercato dei gestori di impianti in situazioni in cui vi sia uno stabile eccesso di domanda e un limitato numero di operatori, contenendo gli effetti negativi (per l'utente) dall'assenza di concorrenza in alcuni contesti regionali".

<sup>50</sup> Aspetto rimarcato dall'Autorità nel Documento per la consultazione 275/2023/R/RIF per l'aggiornamento biennale 2024-2025 del metodo tariffario dei rifiuti, giugno 2023, p. 8.

<sup>51</sup> Art. 1 c. 527 l. f) Legge n. 205/2017.

<sup>52</sup> Art. 1 c. 527 l. g) Legge n. 205/2017.

<sup>53</sup> Sul tale aspetto per la vicenda in esame, P. LA SELVA, *Alcune riflessioni su ambiente e concorrenza nella regolazione del mercato dei rifiuti*, cit., pp. 104 ss.



In definitiva, a fronte dell'incertezza legislativa, in forza di una procedura ampiamente partecipativa e in considerazione delle finalità perseguite dall'ARERA, di armonizzare tutela dell'ambiente e tutela della concorrenza, appare plausibile, anche in forza della teoria dei poteri impliciti, trovare un fondamento normativo del potere esercitato dall'Amministrazione indipendente.

Se quindi il giudice amministrativo, nel caso di specie, non ha ritenuto legittimo il potere – di fissazione dei criteri perché le autorità competenti possano individuare gli impianti “minimi” – la decisione è connotata di caratteri peculiari. Pur condividendo l'impostazione adottata dal T.A.R. Milano, dove a fronte di un frammentario quadro legislativo – fatto di attribuzione di competenze ora allo Stato, alle Regioni, all'Autorità indipendente – mantiene valore la norma primaria, è possibile registrare anche decisioni che risultano a questa difformi. Un “ritorno alla legalità”, quello del caso di specie, in cui può aver presumibilmente inciso anche il *vulnus* sofferto dai gestori degli impianti assoggettati alla disciplina dettata dall'Autorità che, come detto, pur se in via indiretta, incide fortemente sulla capacità di impresa dei singoli.

A spunto di riflessione, in conclusione e su un piano generale, rimangono concrete e attuali le preoccupazioni espresse dal Consiglio di Stato, il quale avverte come sarebbe “opportuno che il legislatore intervenisse a disciplinare, con misure più pregnanti, modulate alla luce della materia regolata, anche i settori di competenza delle Autorità indipendenti per ridurre l'ambito di operatività dei poteri impliciti e assicurare una più certa compatibilità costituzionale”<sup>54</sup>. Si condivide la necessità che la legge continui ad avere importanza primaria, sia limite e misure dei poteri esercitabili dalle autorità indipendenti. Ciò, oltre al fine di evitare che le *authorities* godano di un eccessivo spazio di azione, anche in considerazione della certezza del diritto e dell'affidamento dei privati. Il rischio, a fronte di una giurisprudenza chiamata continuamente a perimetrare i limiti entro cui può spingersi l'azione delle autorità, è quello di una regolazione temporanea e, in conseguenza, un'eccessiva incertezza tanto a carico degli operatori quanto a carico dei soggetti pubblici coinvolti.

<sup>54</sup> Cons. Stat., 14 dicembre 2020, n. 7972, cit.

## ABSTRACT

*ARERA – Independent Authorities – Implied powers theory – Rule of law  
Tariff method for waste – Waste management*

*This paper aims to analyse the decision taken by the Region Administrative Court of Milan regarding the interdiction of ARERA to invoke the implied powers theory, to avoid the exercise of a faculty already practiced by another administrative apparatus. This judgement allows to reflect on one hand on the adversities to define boundaries within which the independent authorities can expand their actions, and on the other hand on the maintenance of the rule of law value.*

## L'applicazione delle misure di prevenzione al proprietario non responsabile

LUCREZIA CORRADETTI

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV – 2 febbraio 2023, n.1147 – Pres. Neri, Est. Rotondo. – Air Liquide Italia Produzione s.r.l. (Avv.ti Bassi, Buccello, Tanferna e Viola) c. Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare, il Ministero dello Sviluppo economico, il Ministero della Salute (Avvocatura generale dello Stato) e c. Regione Lombardia e altri (n.c.).

**Bonifica – natura giuridica – misure di prevenzione – proprietario del sito non responsabile – principio di precauzione – principio dell'azione preventiva – applicazione contaminazione pregresse**

*Le misure di prevenzione, al pari della messa in sicurezza di emergenza e differentemente dalle misure di bonifica, non hanno natura sanzionatoria, ma rappresentano misure volte a prevenire danni all'ambiente, in ossequio al principio di precauzione e dell'azione preventiva. Esse sono applicabili anche al proprietario o detentore del sito non responsabile della contaminazione, ai sensi degli artt. 242 e 245 del d.lgs n.152 del 2006. Le misure di prevenzione possono essere imposte al proprietario del sito sulla base di un giudizio di discrezionalità tecnica avente ad oggetto l'attualità e la potenzialità del superamento, o del pericolo concreto di superamento, della concentrazione soglia di contaminazione.*

SOMMARIO: 1. Il fatto e il quadro normativo di riferimento. – 2. La natura giuridica delle misure di prevenzione. – 3. Il principio di irretroattività sfavorevole e il problema delle contaminazioni storiche. – 4. L'incertezza delle nozioni e i rischi per il proprietario incolpevole.

### 1. *Il fatto e il quadro normativo di riferimento*

La sentenza in analisi offre un'importante occasione di riflessione sulla natura giuridica delle misure di prevenzione di cui agli artt. 242 e 245 del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 – Codice dell'ambiente – e sulla possibilità di applicazione delle stesse anche al proprietario o detentore del sito non responsabile della contaminazione.

La pronuncia del Consiglio di Stato trae origine dall'impugnazione della sentenza resa dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, sez. III, 11 maggio 2016, n. 927, avverso la parte in cui la pronuncia respingeva il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado in relazione all'imposizione alla società Air Liquide Italia Produzione s.r.l. di misure di prevenzione per le acque di falda ai sensi degli articoli 242 e 245 del D.Lgs. n.152/2006 e continuazione del monitoraggio delle stesse, con cadenza semestrale da concordare con l'Agenzia regionale per la protezione ambientale (Arpa) Lombardia.

Le misure di prevenzione erano basate sui risultati delle attività di caratterizzazione ambientale, validate dall'Arpa Lombardia, dalle quali risultava il superamento della concentrazione soglia di contaminazione (CSC) per i siti ad uso commerciale/industriale della società, collocati nell'area industriale di Pioletto-Rodano, relativamente a una serie di sostanze.

Il Codice dell'ambiente ammette una simile imposizione da parte della competente autorità amministrativa. Leggendo quanto disposto dall'art. 245, rubricato "Obblighi di intervento e di notifica da parte di soggetti non responsabili della potenziale contaminazione", infatti, emerge che – oltre alla spontanea iniziativa da parte dei soggetti interessati non responsabili che, in modo certamente opportuno, possono sempre attivare le necessarie procedure per gli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale (comma 1)<sup>1</sup> – sul proprietario o gestore dell'area che rilevi il superamento o il pericolo concreto e attuale del superamento della concentrazione soglia di contaminazione (CSC)

<sup>1</sup> L'art. 245, comma 1, recita: "1. Le procedure per gli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale disciplinate dal presente titolo possono essere comunque attivate su iniziativa degli interessati non responsabili".

incombe un dovere di comunicazione alla Regione, alla Provincia ed al Comune territorialmente competenti, nonché l'obbligo di attuazione delle misure di prevenzione secondo la procedura di cui all'articolo 242, anche nel caso in cui non risulti (perlomeno non ancora) responsabile (comma 2)<sup>2</sup>. Ciò con l'evidente obiettivo di agevolare il compimento di qualsiasi atto necessario a prevenire il danno ambientale o un ulteriore aggravamento del danno già verificatosi<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> L'art. 245, comma 2, recita: "Fatti salvi gli obblighi del responsabile della potenziale contaminazione di cui all'articolo 242, il proprietario o il gestore dell'area che rilevi il superamento o il pericolo concreto e attuale del superamento delle concentrazioni soglia di contaminazione (CSC) deve darne comunicazione alla regione, alla provincia ed al comune territorialmente competenti e attuare le misure di prevenzione secondo la procedura di cui all'articolo 242. La provincia, una volta ricevute le comunicazioni di cui sopra, si attiva, sentito il comune, per l'identificazione del soggetto responsabile al fine di dar corso agli interventi di bonifica. Il procedimento è interrotto qualora il soggetto non responsabile della contaminazione esegua volontariamente il piano di caratterizzazione nel termine perentorio di sei mesi dall'approvazione o comunicazione ai sensi dell'articolo 252, comma 4. In tal caso, il procedimento per l'identificazione del responsabile della contaminazione deve concludersi nel termine perentorio di sessanta giorni dal ricevimento delle risultanze della caratterizzazione validate dall'Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente competente. È comunque riconosciuta al proprietario o ad altro soggetto interessato la facoltà di intervenire in qualunque momento volontariamente per la realizzazione degli interventi di bonifica necessari nell'ambito del sito in proprietà o disponibilità".

<sup>3</sup> In tema di principio di prevenzione e relative misure, la bibliografia è molto ampia. Senza pretese di completezza, tra i lavori più significativi, si v. F. DE LEONARDIS, *Tra precauzione, prevenzione e programmazione*, in *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE (a cura di), Napoli, Editoriale scientifica, 2018, pp. 49 ss.; S. GIULIETTI, *I principi di prevenzione e precauzione nella materia ambientale*, in *ibidem*, pp. 237 ss.; M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, 2, pp. 412 ss.; M. NUNZIATA, *I principi europei di precauzione, prevenzione e "chi inquina paga"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 6, pp. 656 ss.; I. NICOTRA, *Principio di prevenzione e tutela delle generazioni future nel diritto ambientale*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2003, pp. 121 ss.; P. DELL'ANNO, *Bonifiche e recupero funzionale dei siti contaminati*, in *Il diritto dell'economia*, 2006, pp. 697 ss.; P. DELL'ANNO, *Principi fondamentali della tutela dell'ambiente fra normativa europea e legislazione nazionale*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2006, 5, pp. 281 ss. In merito agli obblighi di bonifica dei siti inquinati, P.M. VIPIANA, *La bonifica dei siti contaminati: considerazioni sui profili procedurali*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 8, pp. 915 ss.; M. MAGRI, *Urbanistica*

Peraltro, il proprietario o gestore dell'area è nelle condizioni di conoscere la specifica tipologia di azioni che deve attuare in ottica preventiva, da modellare nella situazione concreta, poiché l'art. 240, comma 1, lett. i), D.Lgs. n. 152/2006 definisce le misure di prevenzione come "le iniziative per contrastare un evento, un atto o un'omissione che ha creato una minaccia imminente per la salute o per l'ambiente, intesa come rischio sufficientemente probabile che si verifichi un danno sotto il profilo sanitario o ambientale in un futuro prossimo, al fine di impedire o minimizzare il realizzarsi di tale minaccia".

Anche con riguardo al procedimento da seguire e ai tempi da rispettare il Codice ambiente è puntuale. L'art. 242, rubricato "Procedure operative ed amministrative", richiamato dall'art. 245, definisce le rigide e repentine tempistiche nelle quali devono essere attuate le misure di prevenzione, rimarcando l'approccio di grande cautela che caratterizza l'intero D.Lgs. n. 152/2006<sup>4</sup>.

## 2. *La natura giuridica delle misure di prevenzione*

Come emerge dal dettato normativo, è possibile operare una distinzione tra sito "potenzialmente contaminato" e sito "effettivamente contaminato". Il *discrimen* discende dal rilevamento di due differenti livelli di contaminazione: le concentrazioni soglia di contaminazione (CSC) e le concentrazioni soglia di rischio (CSR).

L'individuazione di livelli di contaminazione, accertabili sul piano

*e bonifica dei siti inquinati: appunti brevi su alcune correlazioni*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2007, 1-2, pp. 214 ss.; di recente, in un'interessante prospettiva di responsabilità omissiva, W. DI LINGUA, *La responsabilità omissiva del proprietario dell'area in materia di abbandono di rifiuti e di bonifica dei siti contaminati*, in questa *Rivista*, 2022, 4, pp. 1133 ss.

<sup>4</sup> L'art. 242 recita: "1. Al verificarsi di un evento che sia potenzialmente in grado di contaminare il sito, il responsabile dell'inquinamento mette in opera entro ventiquattro ore le misure necessarie di prevenzione e ne dà immediata comunicazione ai sensi e con le modalità di cui all'articolo 304, comma 2. La medesima procedura si applica all'atto di individuazione di contaminazioni storiche che possano ancora comportare rischi di aggravamento della situazione di contaminazione".

tecnico-scientifico, è finalizzata a sottrarre la valutazione del rischio ambientale alla discrezionalità degli organi amministrativi e giurisdizionali<sup>5</sup>.

Le CSC<sup>6</sup> sono i livelli di contaminazione – specificatamente individuati nell'Allegato V, Parte IV del Codice dell'ambiente – delle matrici ambientali il cui superamento qualifica il sito come potenzialmente inquinato<sup>7</sup>. Si tratta di valori di attenzione che determinano la necessità, in caso di superamento o di pericolo concreto e attuale del loro superamento, sia per il responsabile sia per il mero proprietario o gestore del sito, di mettere in atto idonee misure di prevenzione e di darne comunicazione agli enti territoriali individuati dal legislatore ai sensi degli artt. 242 e 245 del Codice dell'ambiente.

La concentrazione soglia di contaminazione è strumentale a riconoscere, nell'area sottoposta a verifica, l'esistenza di sostanze inquinanti in una soglia tale da determinare l'esigenza di predisposizione di un piano di caratterizzazione, sulla base delle cui risultanze è applicata la procedura di analisi del rischio sito specifica – secondo i principi illustrati nell'Allegato 1, Parte IV, del Codice – per la determinazione delle concentrazioni soglia di rischio (CSR).

La CSR indica le concentrazioni degli inquinanti che non causano rischio per la salute dell'uomo e per l'ambiente e che quindi, in relazione alle specificità proprie del sito, tra le quali l'ubicazione e la sua destinazione d'uso, sono accettabili nel caso concreto.

<sup>5</sup> F. GIAMPIETRO, *Danno ambientale e bonifica dopo la legge europea n. 97/2013*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2013, pp. 973 ss.

<sup>6</sup> L'articolo 240, comma 1, lett. b), del D.Lgs. n. 152/2006 definisce le CSC quali: "livelli di contaminazione delle matrici ambientali che costituiscono valori al di sopra dei quali è necessaria la caratterizzazione del sito e l'analisi di rischio sito specifica, come individuati nell'Allegato 5 alla parte quarta del presente decreto. Nel caso in cui il sito potenzialmente contaminato sia ubicato in un'area interessata da fenomeni antropici o naturali che abbiano determinato il superamento di una o più concentrazioni soglia di contaminazione, queste ultime si assumono pari al valore di fondo esistente per tutti i parametri superati".

<sup>7</sup> Ai sensi dell'art. 240, comma 1, lett. d), del Codice, per sito potenzialmente contaminato si intende: "un sito nel quale uno o più valori di concentrazione delle sostanze inquinanti rilevati nelle matrici ambientali risultino superiori ai valori di concentrazione soglia di contaminazione (CSC), in attesa di espletare le operazioni di caratterizzazione e di analisi di rischio sanitario e ambientale sito specifica, che ne permettano di determinare lo stato o meno di contaminazione sulla base delle concentrazioni soglia di rischio (CSR)".

Il superamento delle CSR attribuisce al sito la qualifica di “effettivamente contaminato”<sup>8</sup> e determina il sorgere degli obblighi di bonifica e di messa in sicurezza<sup>9</sup>.

La definizione di “bonifica” è data dall’art. 240, comma 1, lett. p), del Codice dell’ambiente ove viene qualificata come “l’insieme degli interventi atti ad eliminare le fonti di inquinamento e le sostanze inquinanti o a ridurre le concentrazioni delle sostanze inquinanti presenti nel suolo, nel sottosuolo e nelle acque sotterranee ad un livello uguale o inferiore ai valori di concentrazione soglia di rischio (CSR)”.

Nella pronuncia in esame, il Consiglio di Stato ha affermato che, ai sensi delle suindicate norme, le misure di prevenzione possono essere imposte anche al proprietario incolpevole poiché esse, differentemente dalle misure di bonifica, non hanno natura sanzionatoria, bensì sono volte alla prevenzione dei danni e quindi gravano anche sul proprietario o detentore del sito non responsabile della contaminazione<sup>10</sup>.

Si afferma che le misure di prevenzione derivano dal principio di precauzione e dal correlato principio dell’azione preventiva. In altri termini, il superamento delle CSC identifica una situazione astrattamente pericolosa da cui discende l’obbligo di porre in essere una serie di misure che costituiscono diretta applicazione del principio di precauzione e dell’azione preventiva di cui all’art. 191, par. 2, TFUE<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> L’art. 240, comma 1, lett. e), del Codice, definisce il sito contaminato come: “un sito nel quale i valori delle concentrazioni soglia di rischio (CSR), determinati con l’applicazione della procedura di analisi di rischio di cui all’Allegato 1 alla parte quarta del presente decreto sulla base dei risultati del piano di caratterizzazione, risultano superati”.

<sup>9</sup> Sulla distinzione tra le CSC e le CSR, A.M. DI CHIO, *Poteri ordinari e straordinari nella gestione dei pericoli ambientali*, in questa *Rivista*, 2022, 3, pp. 925 ss.

In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2019, n. 2346; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 10 febbraio 2021, n. 142.

<sup>10</sup> Punti 8, 8.2 e 8.3 della pronuncia.

Nello stesso senso Cons. Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2021, n. 1658. Tale posizione è criticata da E. PARISI, *La bonifica dei siti contaminati: l’illusione della semplificazione amministrativa*, in questa *Rivista*, 2020, 3, pp. 554.

<sup>11</sup> Sul principio di precauzione e dell’azione preventiva F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Milano, 2005; F. DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Rivista quadrimestrale dell’ambiente*, 2011, 2, pp.14 ss.; M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell’ambiente*, in *Rivista quadrimestrale dell’ambiente*, 2012, 1, pp. 62 ss.;



La normativa contenuta nel Codice dell'ambiente è di diretta attuazione della Direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale (c.d. Direttiva ELD) che definisce le misure di prevenzione come “le misure prese per reagire a un evento, un atto o un'omissione che ha creato una minaccia imminente di danno ambientale, al fine di impedire o minimizzare tale danno”, disciplinando la relativa azione – Azione di prevenzione – all'articolo 5<sup>12</sup>.

Le misure di prevenzione, quindi, hanno ad oggetto gli interventi necessari nell'immediatezza, in presenza di una minaccia imminente di aggressione a beni primari, quali la salute e l'ambiente, “il cui obbligo di ‘salvataggio’ viene posto in capo anche al proprietario e al gestore dell'area incolpevoli in base ad un evidente principio di solidarietà sociale, in quanto soggetti che hanno le maggiori possibilità di attivarsi per primi”<sup>13</sup>.

Su di essi grava un dovere di vigilanza e di custodia direttamente tipizzato dal Legislatore.

Gli obblighi di bonifica e di ripristino<sup>14</sup>, invece, designano una si-

<sup>12</sup> L'art. 5 stabilisce che: “1. Quando un danno ambientale non si è ancora verificato, ma esiste una minaccia imminente che si verifichi, l'operatore adotta, senza indugio, le misure di prevenzione necessarie. 2. Se del caso, e comunque quando la minaccia imminente di danno ambientale persista nonostante le misure di prevenzione adottate dall'operatore, gli Stati membri provvedono affinché gli operatori abbiano l'obbligo di informare il più presto possibile l'autorità competente di tutti gli aspetti pertinenti della situazione. 3. L'autorità competente, in qualsiasi momento, ha facoltà di: a) chiedere all'operatore di fornire informazioni su qualsiasi minaccia imminente di danno ambientale o su casi sospetti di tale minaccia imminente; b) chiedere all'operatore di prendere le misure di prevenzione necessarie; c) dare all'operatore le istruzioni da seguire riguardo alle misure di prevenzione necessarie da adottare; oppure d) adottare essa stessa le misure di prevenzione necessarie. 4. L'autorità competente richiede che l'operatore adotti le misure di prevenzione. Se l'operatore non si conforma agli obblighi previsti al paragrafo 1 o al paragrafo 3, lettere b) o c), se non può essere individuato, o se non è tenuto a sostenere i costi a norma della presente direttiva, l'autorità competente ha facoltà di adottare essa stessa tali misure”.

<sup>13</sup> Così L. PRATI, in F. GIAMPIETRO (a cura di), *Commento al Testo Unico Ambientale*, 2006, pp. 160-161; L. PRATI, *Messa in sicurezza e misure di prevenzione: cosa può essere richiesto al proprietario o al gestore del sito non responsabili della contaminazione*, in *ambientediritto.it*, 2014.

<sup>14</sup> Sulla bonifica dei siti contaminati A. DI LANDRO, *Ripristino ambientale e bonifica*:

tuazione di rischio effettivo e gravano in primo luogo sul responsabile dell'inquinamento in conformità al *polluter pays principle* cioè il principio “chi inquina paga” di cui all’art. 1 della Direttiva ELD, che risponde alla logica per cui l’operatore che provoca un danno ambientale o è causa di una minaccia di danno, debba sostenere i costi delle necessarie misure di riparazione e ripristino dello stato dei luoghi<sup>15</sup>. L’obbligo di bonifica e ripristino può poi sorgere, quale forma di responsabilità oggettiva, per aver cagionato un danno materiale, senza colpevolezza, con riferimento alle attività dal maggiore impatto ambientale, tra le quali quelle di tipo industriale, espressamente elencate all’allegato 3 della Direttiva ELD<sup>16</sup>.

*gli obblighi penalmente rilevanti e le responsabilità omissive*, in M. PASSALACQUA, B. POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei brownfields, amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, Torino, 2019, pp. 711 ss.; G. LANDI, *Disciplina amministrativa della bonifica dei siti contaminati e obiettivi di riuso. Criticità e Prospettive*, in M. PASSALACQUA, B. POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei brownfields, amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, cit., pp. 281 ss.; U. SALANITRO, *La bonifica dei siti contaminati nel sistema della responsabilità ambientale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, pp. 1263 ss.; U. SALANITRO, *Questioni di confine, questioni di sistema*, in M. PASSALACQUA, B. POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei brownfields, amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, cit., pp. 193 ss.

<sup>15</sup> Si veda in particolare il par. 2 e par. 18 della Direttiva ELD. Il principio, così come quello di precauzione e dell’azione preventiva, risale all’art. 174, comma 2, del Trattato che istituisce la Comunità europea – Parte terza: Politiche della Comunità- titolo XIX: Ambiente. Anche sul principio “che inquina paga” la letteratura è copiosa. Tra i contributi più significativi, senza pretese di completezza, R. LEONARDI, *La responsabilità in tema di bonifica dei siti inquinati: dal criterio soggettivo del “chi inquina paga” al criterio oggettivo del “chi è proprietario paga”?*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2015, 1, pp. 3 ss.; A. SOLA, *Oneri di bonifica e ruolo del proprietario incolpevole: applicazione del principio ‘chi inquina paga’*, in *Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell’ambiente*, 2021, 1, pp. 1 ss.; C. VIVANI, *Chi non inquina non paga? La Corte di giustizia ancora sulla responsabilità ambientale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, 3, pp. 433 ss.; M. RUSSO, *“Chi inquina paga”? la multiforme applicazione del principio nella giurisprudenza nazionale in tema di ripartizione degli obblighi di risanamento ambientale*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2017, 4, p. 899 ss.; S. TATTI, *Il principio “chi inquina paga” nella disciplina in materia di bonifica di cui agli artt. 240 ss. del Codice dell’ambiente*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2017, 7-8, pp. 349 ss.; M. ANTONIOLI, *Il principio “chi inquina paga” all’esame della Corte di giustizia: proprietario “incolpevole” e obblighi di prevenzione, di ripristino e di messa in sicurezza dei siti contaminati*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 2015, 3-4, pp. 959 ss.

<sup>16</sup> Sull’importanza delle misure di riparazione, prioritarie rispetto a qualsiasi risarcimento per equivalente, si v. Corte cass. civ., Sez. III, 27 marzo 2019, n. 8468,

Si ammette, inoltre, come appena accennato nel par. 1, anche la possibilità per il soggetto non responsabile di attivarsi per eseguire gli interventi necessari, assumendosene l'obbligo su base esclusivamente volontaristica<sup>17</sup>. La normativa riconosce “al proprietario o ad altro soggetto interessato la facoltà di intervenire in qualunque momento volontariamente per la realizzazione degli interventi di bonifica necessari nell'ambito del sito in proprietà o in disponibilità”<sup>18</sup>, con diritto di rivalersi nei confronti del responsabile dell'inquinamento per le spese sostenute e per l'eventuale maggior danno subito<sup>19</sup>.

Il principio di derivazione comunitaria “chi inquina paga” e quello di precauzione e dell'azione preventiva si ispirano a logiche contermini ma differenti e concorrenti, la cui coesistenza, non meramente sussidiaria, non esclude una distinzione tra il responsabile dell'inquinamento, obbligato *ex lege* all'opera di bonifica, e il soggetto su cui grava l'onere comunicativo alle amministrazioni competenti e l'attuazione di idonee misure preventive<sup>20</sup>.

secondo cui la legge ha eliminato, per il danno all'ambiente, il risarcimento “per equivalente patrimoniale” e imposto le “misure di riparazione”. Quanto a queste ultime, se non provvede in prima battuta il responsabile del danno, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare procede direttamente agli interventi necessari, determinando i costi delle attività occorrenti per conseguire la completa e corretta attuazione e agendo nei confronti del soggetto obbligato per ottenere il pagamento delle somme corrispondenti. In termini sostanzialmente analoghi, e dunque sul carattere centrale del ripristino tramite bonifica, Corte Cass. pen., Sez. III, 3 luglio 2018, n. 51475; Corte Cass. pen., Sez. III, 17 gennaio 2012, n. 19439; Corte Cass. pen., Sez. III, 14 giugno 2011, n. 36818.

<sup>17</sup> Sul punto Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2021, n.5742.

<sup>18</sup> Art. 245, comma 2, T.U.A.

<sup>19</sup> Art. 253, comma 4, T.U.A.

È da segnalare che la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi su una normativa nazionale che prevedeva una responsabilità per le misure riparatorie anche a carico del proprietario di un fondo non responsabile dell'inquinamento, ha affermato che questa normativa “contribuisce [...] alla realizzazione degli obiettivi della direttiva 2004/35” in quanto “ha la finalità di evitare una carenza di diligenza da parte del proprietario e di incoraggiare lo stesso ad adottare e a sviluppare pratiche idonee a minimizzare i rischi di danni ambientali”, cfr. Corte Ue, Sez. II, 13 luglio 2017, causa C-129/16.

<sup>20</sup> Sottolinea l'ampiezza e la differenziazione dei soggetti sui quali sono distribuiti gli obblighi di gestione dei pericoli ambientali in ossequio al principio di precauzione A. DINISI, *Gli obblighi del responsabile dell'inquinamento e del proprietario in materia di bonifica*, in M. PASSALACQUA, B. POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei*

La sentenza oggetto di analisi, in linea con l'orientamento giurisprudenziale prevalente in argomento, statuisce che l'elemento fondante l'applicabilità delle misure di prevenzione al proprietario non colpevole sia da individuarsi nella natura giuridica di queste misure, per le quali deve escludersi la componente afflittivo-sanzionatoria. Se è questo il profilo di *discrimen* tra le misure di prevenzione e la bonifica, occorre domandarsi cosa si intenda per sanzione amministrativa.

È necessario però segnalare che un indirizzo giurisprudenziale minoritario e restrittivo ha negato che sul proprietario non responsabile possa gravare l'esecuzione di misure di prevenzione sulla base della considerazione per cui la Direttiva 2004/35/CE non opera alcuna distinzione relativamente alla necessaria sussistenza del nesso eziologico, in punto di causazione del danno, fra misure di prevenzione e misure di riparazione.

Sulla base di questa ricostruzione si afferma che, in entrambe le ipotesi, l'insussistenza del nesso eziologico fra la condotta dell'operatore, sia esso l'imprenditore, il proprietario o il detentore del sito, e l'evento di danno, vale ad escludere qualsiasi conseguenza a suo carico, sia riguardo le misure di prevenzione sia riguardo le misure di riparazione in senso proprio<sup>21</sup>.

Preliminarmente, occorre osservare che non si rinviene nella legislazione una definizione chiara e precisa di "sanzione amministrativa"<sup>22</sup>. Da

*brownfields, amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, cit., pp. 247. Si veda anche B. POZZO, *Responsabilità per danni all'ambiente e ripristino dei siti inquinati: la prospettiva italiana alla luce delle esperienze europee*, in M. PASSALACQUA, B. POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei brownfields, amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, cit., pp. 39 ss.

<sup>21</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2017, n.6138; Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2016, n.550; Cons. Stato, Sez. VI, 5 ottobre 2016, n. 4099 in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2017, pp. 889 ss. con nota di M. RUSSO, "Chi inquina paga?": la multiforme applicazione del principio della giurisprudenza nazionale in tema di ripartizione degli obblighi di risanamento ambientale.

<sup>22</sup> Sul potere sanzionatorio della Pubblica amministrazione *ex multis*: S. ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in S. ROMANO, *Scritti minori*, vol. II, Milano, 1950, pp. 75 ss.; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983; C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa, Profili sistematici*, Milano, 1988; G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924. Con specifico riguardo al tema delle sanzioni ambientali, cfr. S. NESPOR, *Le sanzioni ambientali: considerazioni introduttive*, in questa *Rivista*, 2008, pp. 5 ss.; in un'ottica maggiormente "europea", e dunque al di sopra del quadro normativo nazionale, C. PETTERUTI, *Le*

qui la difficoltà di enucleare i caratteri fondanti delle misure sanzionatorie in ambito amministrativistico.

La mancata tipizzazione della funzione sanzionatoria dell'Amministrazione comporta una perimetrazione variabile della stessa, da cui discende il rischio di un'eccessiva dilatazione dell'ambito di applicazione di misure e obblighi di *facere* che, sebbene non espressamente qualificate come sanzioni in senso stretto, ne condividono la natura afflittiva, a detrimento delle garanzie dei soggetti destinatari delle stesse.

Parte della dottrina è concorde nell'utilizzare come metodo di individuazione delle sanzioni amministrative la verifica della sussistenza della componente afflittiva.

Le sanzioni amministrative sarebbero, quindi, misure marcatamente afflittive, irrogate dallo Stato o da altro ente pubblico nell'esercizio delle proprie potestà pubblicistiche, nei confronti di soggetti che abbiano violato norme o provvedimenti amministrativi<sup>23</sup>.

Secondo altra ricostruzione, di converso, tale metodologia determina una sovrapposizione tra la finalità perseguita dalle misure e il contenuto effettivo delle stesse. Il profilo da valorizzare, invece, sarebbe quello teleologico cioè quello incentrato sulle finalità e sugli scopi perseguiti dal legislatore nel momento in cui ha previsto, al ricorrere di una situazione predeterminata, il sorgere di determinati obblighi<sup>24</sup>.

Dalla individuazione di una misura come sanzione amministrativa discende la possibilità, seppur non condivisa in via unanime<sup>25</sup>, di estensio-

*sanzioni ambientali come strumento di prevenzione del danno ambientale. Profili di comparazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, 4, pp. 1113 ss.; P. BRAMBILLA, *Le sanzioni ambientali in Italia*, in questa *Rivista*, 2008, pp. 19 ss.; A. KARAMAT, *La politica dell'Unione europea in relazione alle sanzioni ambientali. Proposte per una direttiva sulla tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale*, in questa *Rivista*, 2008, pp. 7 ss.; M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme a struttura sanzionatoria*, Padova, 1996, pp. 246 ss.

<sup>23</sup> Così A. FIORITTO, M. LUNARDELLI, *Una premessa teorica alle operazioni di rigenerazione urbana: la distinzione tra sanzioni e misure ripristinatorie*, in M. PASSALACQUA, B. POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei brownfields, amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, cit., pp. 649-650.

<sup>24</sup> C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., pp. 92.

<sup>25</sup> Contrario all'estensione di tali principi alle sanzioni amministrative F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto italiano*, 1974, p.77 ss. Confermano questa posizione C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., pp. 137 ss.

ne dei principi derivanti dall'art. 7 della CEDU e dall'art. 25 della Costituzione, tra cui il divieto di applicazione retroattiva *in peius* e il principio di determinatezza delle fattispecie.

Come noto, la Corte EDU estende le garanzie del principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU anche a sanzioni non formalmente qualificate come penali, nell'ordinamento nazionale di riferimento, ma dalla natura sostanzialmente punitiva, sulla base dei criteri enunciati per la prima volta nel 1976 nella celeberrima pronuncia *Engel*<sup>26</sup>. L'elaborazione di criteri autonomi ha come dichiarato motivo quello di evitare che le scelte autonome degli Stati possano comportare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali di cui agli artt. 6 e 7 della CEDU<sup>27</sup>.

La Corte EDU, tra i criteri che fungono da tramite per l'individuazione delle sanzioni amministrative, colloca sia la finalità della misura sia, oltre alla sua qualificazione formale e alla tipologia di procedimento con cui viene irrogata, anche la natura dell'illecito e il grado di severità della stessa, assommando profili che appaiono alternativi nelle ricostruzioni dottrinali nazionali.

Seppur vero che la finalità di prevenzione e quella punitiva non siano affatto in contrasto, ma anzi gli scopi di prevenzione sono compatibili con uno scopo punitivo e possono essere visti come elementi costitutivi della nozione stessa di "pena"<sup>28</sup>, è evidenziabile una *summa divisio*<sup>29</sup> tra

<sup>26</sup> Corte EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, *Case of Engel and Others v. the Netherlands* su ricorso n. 5100/71. Per una prima applicazione dei criteri *Engel*, Corte EDU, Plenaria, 21 febbraio 1984, *Case of Öztürk v. Germany*, su ricorso n. 8544/79. Per un commento della sentenza C.E. PALIERO, 'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica ad una svolta 'radicale', in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1985, pp. 894 ss.

<sup>27</sup> Corte Cost., 4 giugno 2010, n. 196. Sulla centralità della sentenza F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, pp. 106.

<sup>28</sup> Così Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Case of Welch v. The United Kingdom*, su ricorso n. 17440/90, par. 30. In questo senso anche Corte EDU, Grande Camera, 9 ottobre 2003, *Case of Ezeb v. United Kingdom*, su ricorso nn. 39665/98 e 40086/98.

In dottrina F. GOISIS, *Legalità e prevedibilità nelle sanzioni amministrative, tra diritto nazionale ed europeo*, in F. CENTONZE, S. MANACORDA (a cura di), *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità*, Milano, 2021, pp. 66.

<sup>29</sup> Sulla distinzione N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Novissimo Digesto italiano*, XVI, 1969, pp. 531 ss.

misure aventi natura “preventiva”, ovvero sia quelle misure considerate in ottica prospettica, finalizzate a neutralizzare o controllare un pericolo attuale che potrebbe tradursi in un evento di danno in futuro e misure “sanzionatorie”, concepite in ottica retrospettiva, di reazione rispetto alla commissione di una condotta illecita.

Seguendo questo approccio, le misure di prevenzione di cui agli artt. 243 e 245 del Codice dell’ambiente sono state correttamente ricondotte dalla pronuncia al *genus* delle misure aventi natura “preventiva” ed è stata esclusa l’esistenza di una componente affittiva insita nelle stesse.

Pertanto, non soltanto il dato normativo, ma anche quello giurisprudenziale, non osta a un’applicazione di questi obblighi in capo al proprietario non responsabile della contaminazione.

Di converso, rispetto all’estensione degli obblighi di bonifica e dei costi finali al proprietario non responsabile dell’inquinamento, si erano sviluppati due diversi orientamenti giurisprudenziali: un orientamento, minoritario, riconosceva la possibilità di imposizione di tali obblighi al proprietario, a prescindere dalla sussistenza di un nesso di causalità materiale, sulla base di una responsabilità di posizione<sup>30</sup> oppure suffragata dagli artt. 2050 e 2051 c.c.<sup>31</sup>. Altro orientamento negava l’ammissibilità di un simile obbligo<sup>32</sup>.

La Corte di Giustizia UE<sup>33</sup>, adita in via pregiudiziale dal Consiglio di Stato<sup>34</sup>, ha affermato che la Direttiva 2004/35/CE non osta a una normativa nazionale che, nell’ipotesi di impossibilità di individuazione del responsabile della contaminazione di un sito o di ottenere da esso le misure

Tale *divisio* è ripresa da F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in F. CENTONZE, S. MANACORDA (a cura di), *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale*, cit., pp. 29.

<sup>30</sup> Così T.A.R. Lazio, Sez. I, 14 marzo 2011, n. 2263; Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4561

<sup>31</sup> Così Cons. Stato, Parere, 30 aprile 2012, n. 2038.

<sup>32</sup> *Ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 16 giugno 2009, n. 3885; Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3544. Sui due orientamenti si veda M.S. CENINI, *La proprietà della terra inquinata: responsabilità, circolazione e garanzie*, Milano, 2017, pp. 147-154.

<sup>33</sup> Corte Ue, Sez. III, 4 marzo 2015, causa C-534/13, *Fipa Group e a.*

<sup>34</sup> Ordinanze Cons. Stato, Sez. IV, 13 novembre 2013, nn. 21 e 25, sull’interpretazione dei principi di diritto UE chi inquina paga, precauzione, azione preventiva e correzione alla fonte dei danni causati all’ambiente.

di riparazione, non consente all'autorità competente di imporre l'esecuzione delle misure di prevenzione e riparazione al proprietario del sito, non responsabile della contaminazione, poiché tale divieto non confligge con i principi di derivazione eurounitaria<sup>35</sup>.

Tuttavia, successivamente, la Corte ha statuito che il diritto UE non osta neppure a una normativa nazionale che identifichi, oltre agli utilizzatori dei fondi interessati dall'inquinamento, anche un'altra categoria di persone, cioè i proprietari dei fondi, come responsabili in solido, senza obbligo di accertare l'esistenza di un nesso di causalità, purché la disciplina sia conforme ai principi generali di diritto dell'Unione<sup>36</sup>.

La pronuncia in analisi, pur non avendo ad oggetto gli obblighi di bonifica, ha il merito di confermare la validità dell'orientamento che esclude l'ammissibilità di imposizione dei predetti obblighi al proprietario non responsabile dell'inquinamento.

### 3. *Il principio di irretroattività sfavorevole e il problema delle contaminazioni storiche*

Un secondo profilo della pronuncia da vagliare è quello relativo all'estensibilità delle misure di prevenzione anche alle "contaminazioni storiche". Il Consiglio di Stato valorizza, anzitutto, il dato letterale dell'art. 242 del Codice dell'Ambiente che prevede, all'ultimo periodo del primo comma, l'applicazione della stessa procedura anche alle contaminazioni risalenti, se ricorrono rischi attuali di aggravamento della situazione<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Per un commento della pronuncia P.M. VIPIANA, *La soluzione "all'italiana" della posizione del proprietario di un sito inquinato non responsabile: il suggello della Corte di Giustizia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, pp. 1480 ss.

<sup>36</sup> CGUE, Sez. II, 13 luglio 2017, causa C-129/16.

<sup>37</sup> Quello sulle contaminazioni storiche è un tema già affrontato dal giudice amministrativo, che ha sostenuto come, ai fini dell'imposizione dell'obbligo di bonifica, non rilevi l'eventualità che il danno si sia verificato prima dell'entrata in vigore del Codice dell'ambiente, e dei relativi artt. 242 e 245, perché tali norme sono volte a porre rimedio alla perdurante contaminazione dei luoghi. Al riguardo, v. Cons. Stato, Sez. IV, 1 aprile 2020, n. 2195; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 9 agosto 2018, n. 802; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 2 dicembre 2015, n. 2508; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 13 gennaio 2014, n. 108.



Rispetto all'obbligo di adozione delle necessarie misure di prevenzione non rileva quanto sia risalente il fattore che ha causato la contaminazione, ma la potenzialità di rischio e di danno attuale, rispetto alle conseguenze che possono prodursi nell'immediato futuro<sup>38</sup>.

Il profilo relativo alla presenza, attualità e potenzialità di tale situazione di rischio, afferisce, per la Corte, alla discrezionalità tecnica, costituendo un giudizio di valore non sindacabile ove immune da vizi di irragionevolezza o travisamento dei fatti, oltre che di proporzionalità<sup>39</sup>, vizi che per il giudice non ricorrono nella fattispecie esaminata<sup>40</sup>.

La Corte, quindi, aderisce all'orientamento secondo cui "l'autorità amministrativa, nei casi di inquinamento ambientale, trattandosi di risolvere questioni tecniche di particolare complessità, [...] dispone, nell'individuare le soluzioni applicabili di una discrezionalità molto ampia, sindacabile in sede giurisdizionale solo nel caso di risultati abnormi, o comunque manifestatamente illogici"<sup>41</sup>.

Il criterio da utilizzare per l'accertamento del nesso eziologico tra una presunta causa di inquinamento e i connessi effetti, in termini di incremento, anche potenziale, dell'inquinamento è quello del "più probabile del non" che, per il Collegio, è valevole anche nell'ipotesi in cui la causa sia risalente nel tempo<sup>42</sup>.

Il Consiglio di Stato, quindi, statuisce che il criterio probatorio da utilizzare sia quello valido anche per la ricostruzione della responsabilità in ossequio al principio "chi inquina paga" e in conformità all'art. 4, n.5, della Direttiva 2004/35/CE, fondato sulla sussistenza di indizi plausibili, in grado di dare fondamento alla prova per presunzioni<sup>43</sup>. È l'operatore economico, o, in questo caso, il proprietario non responsabile o detentore del sito, a dover confutare la presunzione<sup>44</sup>.

<sup>38</sup> Così T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 21 maggio 2015, n.1709.

<sup>39</sup> Sulla proporzionalità delle misure di bonifica, come elemento di valutazione nel sindacato del giudice amministrativo, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 29 giugno 2016, n. 1297.

<sup>40</sup> P.ti 9.2 e 10 Diritto.

<sup>41</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2021, n. 1668 richiamato da Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2022, n. 2370.

<sup>42</sup> P.ti 8.5 e 9 Diritto.

<sup>43</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 2 dicembre 2021, n. 8033.

<sup>44</sup> In questo senso anche Cons. Stato, Sez. IV, 18 dicembre 2018, n. 7121 e Cons.

Se si aderisce alla ricostruzione secondo la quale le misure di prevenzione non costituiscono sanzioni amministrative, non soltanto non sussistono ostacoli all'applicabilità delle stesse al proprietario o detentore dell'area non responsabile, ma non vi sarebbe neppure alcun conflitto con il principio di irretroattività sfavorevole nel caso di contaminazione storica.

La problematica relativa al divieto di applicazione retroattiva *in peius*, strettamente correlata al rispetto del principio di legalità e ai corollari della conoscibilità e della certezza del diritto è stata invece affrontata, proprio relativamente alle contaminazioni pregresse, rispetto alla disciplina in tema di bonifica.

La *questio* ha ad oggetto l'inquinamento di siti per condotte antecedenti all'introduzione della disciplina in materia di bonifica nel Codice dell'Ambiente, i cui effetti permangono al momento dell'adozione del provvedimento.

Il Consiglio di Stato, aderendo alla tesi del carattere permanente dell'illecito ambientale in relazione a una fattispecie di inquinamento storico, ha affermato che "la tesi secondo la quale le contaminazioni 'storiche' non potrebbero mai porre in capo al loro autore un obbligo di bonifica, determinerebbe la paradossale conclusione che tali necessarie attività, a tutela della salute e dell'ambiente, debbano essere poste a carico della collettività e non del soggetto che le ha poste in essere e ne ha beneficiato"<sup>45</sup>.

Ne viene tratta come conseguenza la ragionevolezza dell'imposizione dell'obbligo di bonifica anche in caso di applicazione retroattiva con grave *vulnus* per il valore della prevedibilità<sup>46</sup>.

Stato, Sez. VI, 25 settembre 2018, n. 5668. Il Consiglio di Stato, nella sentenza del 21 febbraio 2023, n. 1776, afferma che, nell'ipotesi degli obblighi di bonifica, rientrano tra gli indizi di responsabilità la vicinanza dell'impianto dell'operatore all'inquinamento accertato e la corrispondenza tra le sostanze inquinanti ritrovate e i componenti impiegati dall'operatore nell'esercizio della sua attività.

<sup>45</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 2 dicembre 2021, n. 8033. Conforme Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2022, n. 2370; Cons. Stato, Sez. IV, 6 aprile 2020, n. 2301; Cons. Stato, Sez. IV, 1 aprile 2020, n. 2195; Cons. Stato, Ad. Plenaria, 26 gennaio 2021, n. 3.

<sup>46</sup> W. TROISE MANGONI, *La prevedibilità delle misure riparatorie in materia ambientale*, in F. CENTONZE, S. MANACORDA (a cura di), *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale*, cit., pp. 111 ss.

Tale orientamento riafferma i principi sanciti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 10 del 22 ottobre 2019<sup>47</sup>, avente ad oggetto un inquinamento precedente all'entrata in vigore dell'art. 22 del D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, c.d. Decreto Ronchi, sugli obblighi di bonifica, poi confluiti nel Codice dell'ambiente.

In tale sede la Plenaria statuisce che l'inquinamento ambientale costituisce un illecito civile *ex art. 2043 c.c.* e, pertanto, riconosce la continuità normativa tra la disciplina del Codice civile e l'art. 18 della L. 8 luglio 1986, n. 349, di istituzione del Ministero dell'Ambiente, che assoggetta l'autore dell'inquinamento all'obbligo di risarcimento dei danni.

In secondo luogo, riconduce gli obblighi di bonifica al risarcimento in forma specifica *ex art. 2058 c.c.*, applicabile in alternativa al risarcimento per equivalente monetario di cui all'art. 2043 c.c. e conclude affermando che il danno ambientale ha carattere permanente, negando la portata innovativa dell'art. 17 del Decreto Ronchi; per la Plenaria, perciò, non vi è alcuna retroazione di istituti introdotti *ex post* rispetto alla commissione dell'illecito. Per giungere all'applicazione della disciplina anche alle contaminazioni pregresse, la Corte nega il carattere sanzionatorio della misura della bonifica, escludendo problemi di compatibilità con il principio di irretroattività sfavorevole.

La pronuncia è stata fortemente criticata in dottrina, ove si è sottolineato che l'art. 17 del D.Lgs. n. 22/1997 costituisce una sopravvenienza normativa poiché antecedentemente alla sua entrata in vigore non era previsto nell'ordinamento positivo alcun divieto di superamento di soglie di contaminazione, fino ad allora inesistenti.

Tale tesi, quindi, sconfessa anche la natura permanente dell'illecito ambientale proprio perché le contaminazioni antecedenti all'introduzione delle soglie ad opera del Decreto Ronchi non possono neppure essere qualificate come tali, rappresentando comportamenti pienamente leciti fino all'introduzione delle soglie specifiche. Viene esclusa, in altre parole, l'antigiuridicità della condotta fino alla previsione del 1997<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Sul punto R. VILLATA, *Gli approdi della giurisprudenza amministrativa in tema di responsabilità per inquinamenti storici. Ragion di Stato versus Stato di diritto*, in questa *Rivista*, 2021, 3, pp. 573 ss.

<sup>48</sup> Critica la ricostruzione della Adunanza Plenaria C. CARRERA, *L'applicazione del D.Lgs. n. 22/1997 agli inquinamenti pregressi*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 4,

#### 4. *L'incertezza delle nozioni e i rischi per il proprietario incolpevole.*

La sentenza equipara le misure di prevenzione alle misure di messa in sicurezza d'emergenza<sup>49</sup>, statuendo che anche quest'ultime non hanno natura sanzionatoria, ma, essendo imposte dal principio di precauzione e dell'azione preventiva, possono ugualmente essere poste a carico del proprietario o detentore del sito non colpevole<sup>50</sup>. Seppur la causa non avesse ad oggetto le MISE, tale posizione è fortemente criticabile in quanto esclude apertamente le misure di messa in sicurezza dal novero dei rimedi con finalità afflittiva o ripristinatoria per ricondurle al *genus* delle misure con scopo precauzionale e preventivo, andando a suggellare un orientamento fortemente rischioso per la posizione del proprietario del sito<sup>51</sup>.

La questione, fortemente dibattuta in giurisprudenza<sup>52</sup>, è stata oggetto di un rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE alla Corte di Giustizia, ad opera dell'ordinanza dell'Adunanza Plenaria del 25 settembre 2013, n.21 avente ad oggetto la compatibilità con l'ordinamento europeo e, precipuamente, con il principio "chi inquina paga", di una normativa nazionale, quale quella delineata dagli artt. 244, 245 e 253 del D.Lgs.

pp. 539 ss.; M. LEGGIO, *Obblighi di bonifica e contaminazioni pregresse: la decisione dell'Adunanza Plenaria* [Nota a sentenza: Cons. Stato, ad. plen., 22 ottobre 2019, n.10], in questa *Rivista*, 2020, 1, pp.172; R. VILLATA, *Gli approdi della giurisprudenza amministrativa*, cit., pp. 574.

<sup>49</sup> Per "messa in sicurezza d'emergenza"(MISE) si intende, ai sensi dell'art. 240, comma 1, lett. m), del Codice dell'Ambiente "ogni intervento immediato o a breve termine, da mettere in opera nelle condizioni di emergenza di cui alla lettera t) in caso di eventi di contaminazione repentini di qualsiasi natura, atto a contenere la diffusione delle sorgenti primarie di contaminazione, impedirne il contatto con altre matrici presenti nel sito e a rimuoverle, in attesa di eventuali ulteriori interventi di bonifica o di messa in sicurezza operativa o permanente".

<sup>50</sup> P.ti 8 e 8.3 Diritto.

<sup>51</sup> In questo senso Cons. Stato, Sez. VI, 21 marzo 2017, n. 1260; Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2017, n. 1089; Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3544. Esclude la possibilità di imposizione di obblighi di *facere* legati alla messa in sicurezza d'emergenza in capo al proprietario incolpevole Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2016, n.550; Cons. Stato, Sez. VI, 10 settembre 2015, n. 4225.

<sup>52</sup> Tra gli orientamenti favorevoli all'estensione delle misure di sicurezza d'emergenza al proprietario incolpevole T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 14 marzo 2011, n. 2263. Di segno opposto Cons. Stato, Sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2376; Cons. Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 56.

152/2006, che in caso di accertata contaminazione di un sito e di impossibilità di individuare il responsabile della contaminazione o di ottenere da lui gli interventi riparatori, non consenta all'autorità amministrativa di imporre l'esecuzione delle misure di messa in sicurezza d'emergenza al proprietario non responsabile.

Seppur la sentenza in analisi si pone in linea con recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa che negano, al pari delle misure di prevenzione, anche per le misure di messa in sicurezza l'emergenza la loro natura sanzionatoria<sup>53</sup>, essa si pone in aperto contrasto con recenti Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>54</sup> che negano l'esistenza nel Codice dell'ambiente di alcun obbligo diretto e esplicito del proprietario, ove non sia autore della condotta contaminante, di adozione degli interventi di messa in sicurezza d'emergenza.

Difatti, dal dato normativo emerge che sul piano oggettivo le misure di prevenzione sono ontologicamente diverse dalle MISE; mentre, come detto, le prime fronteggiano una minaccia, le seconde si riferiscono a una situazione di danno già in essere. Non solo l'art. 245 del Codice prevede un obbligo a carico del proprietario del sito non responsabile solo per le misure di prevenzione, ma anche dal punto di vista procedimentale le situazioni al ricorrere della quale si attivano i due rimedi sono tecnicamente differenti.

Non è possibile, perciò, accomunare i due rimedi e ricondurli allo stesso *genus* delle misure in senso lato preventive; osta a una equiparazione tra le due misure sia il dato normativo sia il profilo teleologico. Non è predicabile la riconduzione della messa in sicurezza d'emergenza alle condotte preventive se, per l'appunto, tale procedura non è volta a scongiurare il prodursi di un danno all'ambiente ma, al contrario, è finalizzata proprio a fronteggiare una situazione di danno già verificatesi.

La pronuncia è criticabile non soltanto per l'adesione a questo orien-

<sup>53</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 12 luglio 2022, n. 5863; Cons. Stato, Sez. V, 12 luglio 2022, n. 5864; Cons. Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2021, n. 1658; Cons. Stato, Sez. VI, 3 gennaio 2019, n. 81; Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2017, n. 1089.

<sup>54</sup> Corte Cass. civ., Sez. Un., 1 febbraio 2023, n. 3077, con nota di R. LEONARDI, *A ciascuno il suo: le Sezioni Unite della Corte di Cassazione intervengono sulla portata del principio del "chi inquina paga" e sul sistema distributivo delle responsabilità ambientali*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023, n. 68.

tamento pregiudizievole per il proprietario dell'area incolpevole, ma anche per l'utilizzo di terminologie descrittive prive di riscontro legislativo.

L'incertezza delle nozioni, soprattutto in ambito ambientale, mette a rischio la posizione di soggetti che, coinvolti a vario titolo nella contaminazione, possono vedere deteriorati i propri diritti, in particolare quelli dominicali. In relazione a tale aspetto, la locuzione "misure emergenziali"<sup>55</sup> utilizzata dal Consiglio di Stato, intesa quale nucleo di attività da eseguire anche nell'ipotesi di imposizione di misure di prevenzione, pur potendo avere una connotazione eminentemente descrittiva e non di tipizzazione di una autonoma categoria di azioni, rischia di generare confusione in ordine ai doveri che gravano sul proprietario non responsabile, rendendo labili i confini tra le misure di prevenzione e le misure di messa in sicurezza d'emergenza.

Il compito dell'interprete, invece, deve essere quello di fornire una chiave di lettura che sia pienamente aderente al dettato normativo e rispettosa delle prerogative dei soggetti interessati.

<sup>55</sup> P.to 8.4 Diritto.

ABSTRACT

*Remediation - preventive measures - landowner not liable  
precautionary principle - principle of preventive action - past contamination*

*The essay analyzes a decision of the Italian Council concerning the preventive measures provided for by the Environmental Code and the possibility of their applicability to the landowner not liable for the contamination. The article focuses on their legal nature and on the possibility of their extension to past contamination, criticizing the thesis of the equivalence between prevention measures and emergency safety measures.*





ANNAMARIA BONOMO, *Il potere del clima. Funzioni pubbliche e legalità nella transizione ambientale*, Bari, Cacucci, 2023.

Nel quadro della ricca produzione monografica dedicata alle grandi trasformazioni dei sistemi istituzionali e amministrativi, si segnala il lavoro di Annamaria Bonomo, “Il potere del clima”. Il titolo, particolarmente felice ed evocativo, è accompagnato da un sottotitolo più esplicativo “Funzioni pubbliche e legalità nella transizione ambientale”.

Il volume si apre con una citazione (“*the earth belongs in usufruct to the living*”) tratta da una lettera di Jefferson a Madison del 1789: proprio questo scambio epistolare, con la conseguente risposta argomentata e ‘pragmatica’ di Madison all’idealismo jeffersoniano, ha posto antetempo i termini di un dibattito sulla sostenibilità e l’equità intergenerazionale che trova ora evidenza e positivizzazione. Il discorso si sposta dunque su una delle grandi trasformazioni della contemporaneità con la quale il diritto pubblico nel suo complesso e in particolare il diritto amministrativo non può mancare di confrontarsi, e si lega da un lato all’emergenza indotta dal cambiamento climatico e dall’altro alla definizione della sfida climatica come politica pubblica e come principio giuridico (codificato ora nella stessa Costituzione repubblicana, oltre che nel quadro del Green Deal europeo)<sup>1</sup>.

Il libro prende bene di petto la questione dell’emergenza climatica nella prospettiva degli strumenti giuridici di cui i poteri pubblici dispongono per contrastarla, per verificare, alla luce del percorso evolutivo delle funzioni pubbliche di tutela ambientale, in che misura la forza travolgen-

<sup>1</sup> Su questi temi, si v. il numero 1, 2021, di questa *Rivista*.

te della minaccia esiziale del cambiamento climatico, grazie anche alla sua regolazione nella legge europea sul clima dell'obiettivo della neutralità climatica, abbia alterato l'ordine dei valori cui gli ordinamenti giuridici devono dare protezione. E quindi, in altri termini, se grazie al 'potere del clima' si stia compiendo un altro passaggio importante nel percorso evolutivo della tutela dell'interesse ambientale che è rapidamente passato da essere un interesse irrilevante per il diritto, ad assumere la rilevanza di interesse prima secondario (rispetto allo sviluppo), poi comprimario per divenire oggi, in alcuni casi, primario.

La prospettiva del lavoro non è quella dei diritti di cui possono essere titolari gli individui rispetto ad un clima stabile, né quella della responsabilità dei soggetti pubblici o privati di fronte ai danni provocati dalla mancata adozione di azioni di contrasto al cambiamento climatico, quanto piuttosto quella dei doveri<sup>2</sup> che ricadono su tutti i soggetti dell'ordinamento, istituzioni pubbliche, operatori economici e individui, ma in particolar modo sui pubblici poteri, ai quali per primi sono affidate le decisioni fondamentali per *l'individuazione* delle modalità più idonee per affrontare la sfida ambientale e climatica. La questione del cambiamento climatico viene dunque trattata come un problema da governare con gli strumenti del diritto pubblico<sup>3</sup>, constatando che "più di ogni altro settore quello climatico ha bisogno politiche pubbliche comuni: regole condivise, standard elevati universali, organizzazioni con poteri di *enforcement* penetranti, procedure e sistemi di regolazione condivisi" (p. 87). Del resto, come richiamato nel libro, l'entità delle azioni necessarie per contrastare il cambiamento climatico, dimostrato dall'ingente programma di investimenti realizzato dai Piani di ripresa e resilienza europei e nazionali<sup>4</sup>, reca con sé un rinnovato, forte, protagonismo dei pubblici poteri inevitabilmente destinato a configurare nuovi equilibri nelle relazioni tra mercato, istituzioni statali ed intervento pubblico nell'economia.

<sup>2</sup> Per la tesi della tutela dell'ambiente nella prospettiva dei doveri, v. F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica dell'ambiente: Art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, 2, 215, 258.

<sup>3</sup> B. TONOLETTI, *Il cambiamento climatico come problema di diritto pubblico universale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 1, 2021, 37 ss.

<sup>4</sup> Sul punto si veda F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2022, 1 ss.

Il lavoro, dunque, da un lato indaga sull'impatto generato dall'ingente produzione di interventi di varia natura introdotti a livello internazionale, europeo e nazionale per far fronte all'aggravarsi dell'emergenza climatica e dall'altro si interroga sull'alterazione che l'ingresso prepotente dell'obiettivo della neutralità climatica abbia determinato negli equilibri tra i bisogni primari meritevoli di tutela da parte degli ordinamenti giuridici. Il metodo scelto non è quello di osservare l'impatto generato dalla crisi climatica sui meccanismi di intervento pubblico (autoritativi, di mercato) a presidio dell'ambiente che rimangono comunque sullo sfondo della riflessione (al tema è dedicato un ampio paragrafo nel capitolo 1), ma l'analisi si propone di misurare gli effetti del *climate change* e dunque della 'forza del clima' sulla scala di priorità degli interessi che i poteri pubblici devono perseguire quando sono chiamati a decidere su questioni che coinvolgono la tutela dell'ambiente e del clima. L'intento, indicato dall'autrice, è dunque quello di verificare, attraverso l'analisi dei dati, contenuti in atti normativi, documenti programmatori e pronunce giurisdizionali, "se nell'ordinamento sovranazionale ed interno sia dato individuare una linea di una tendenza verso il riconoscimento progressivo dell'interesse alla neutralità climatica come obiettivo meritevole di una protezione rafforzata, ma soprattutto effettiva, che lo renda prevalente in sede di bilanciamento, aprendo così la strada al superamento della logica dello sviluppo sostenibile, che ha fino ad oggi caratterizzato qualsiasi iniziativa pubblica a difesa dell'ambiente e del clima" (p. 5).

L'indagine, al fine di interpretare la trasformazione in atto, si concentra sull'esame di alcuni segnali più significativi, sintomatici della 'prevalenza' dell'interesse alla neutralità climatica sugli altri interessi, pubblici e privati che i poteri pubblici sono chiamati a contemperare. Tra gli ambiti oggetto di indagine, un approfondimento è dedicato ai traguardi raggiunti nel settore energetico, in particolare nel campo delle energie rinnovabili, dove la strumentalità di tali impianti rispetto alla lotta al cambiamento climatico ha giustificato l'imposizione di vincoli e limiti più stringenti agli operatori economici ed ha formalizzato, in un ambito sia pur settoriale, ma cruciale, il nuovo obiettivo della neutralità climatica, espressamente definito come di "interesse pubblico prevalente". Il settore delle energie rinnovabili appare di interesse, proprio in quanto ambito strategico e pilota destinatario dell'adozione di politiche pubbliche più coraggiose, dove la tutela dell'interesse ambientale, declinato come in-

teresse alla neutralità climatica, arriva a prevalere sulle tradizionalmente 'intoccabili' esigenze di tutela del l'interesse paesaggistico-culturale, anche consentendo il superamento delle deroghe alla semplificazione procedimentale solitamente garantite agli interessi ambientali.

Un altro ambito di osservazione scelto per misurare il rafforzamento della tutela riconosciuta alla lotta al cambiamento climatico è quello delle recenti revisioni degli artt. 9 e 41 Cost.<sup>5</sup> che ha condotto a due risultati interpretativi. Da un lato viene constatato l'ingresso in Costituzione dell'interesse alla neutralità climatica, che nelle riflessioni dell'A. "se non consente ancora di configurare giuridicamente una prevalenza assoluta dell'interesse sotteso alle azioni di contrasto al cambiamento climatico, ha tuttavia determinato l'introduzione a livello costituzionale di un nuovo vincolo climatico alle scelte dei pubblici poteri" (p. 234). Dall'altro le modifiche all'art. 41 Cost. consentono di riconoscere ai soggetti pubblici la 'facoltà', quando se ne ravvisi la necessità sulla base alle esigenze contingenti, di indirizzare le attività economiche ai fini climatici. Il dato differenziale rispetto al passato viene individuato nella circostanza che la costituzionalizzazione dell'obiettivo della neutralità climatica lo abbia posto su un piano esattamente paritario rispetto agli altri interessi pubblici costituzionalmente tutelati, così conferendogli uguale dignità e analoga considerazione nella valutazione comparativa dei decisori pubblici nonché la possibilità per il legislatore di orientare l'economia verso specifici obiettivi di crescita della tutela e qualità ambientale<sup>6</sup>.

Inoltre, alcuni 'segnali' sono rinvenuti anche nella giurisprudenza amministrativa successiva alla revisione costituzionale del 2022, dove il 'potere del clima' inizia a condizionare le dinamiche decisionali dei giudici amministrativi e l'interesse 'indifferibile' alla transizione ecologica inizia a prevalere sugli altri interessi pubblici ordinariamente coinvolti nelle decisioni ambientali.

Bonomo non si pronuncia espressamente per il carattere prevalente

<sup>5</sup> Su cui, tra gli altri, cfr. M. DELSIGNORE, A. MARRA, M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in questa *Rivista*, n. 1, 2022, pp. 1 ss.

<sup>6</sup> In tal senso F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Aperta Contrada*, 2022, 1 ss. 14, che vede nell'art. 41, co. 3, Cost. il fondamento di una nuova attività di programmazione verde dell'economia.

dell'interesse alla neutralità climatica, ma evidenzia come, nonostante la positivizzazione dell'obiettivo e l'attribuzione del relativo *dovere* di protezione in capo ai pubblici poteri, non sia stata individuata una gerarchia tra gli interessi e, dunque, per l'adozione di qualsiasi decisione in materia ambientale, continui ad essere necessario il temperamento degli interessi di varia qualificazione coinvolti nella decisione pubblica. Tuttavia, dall'analisi emerge come la forza del clima abbia in sostanza conferito un 'peso' maggiore all'interesse ambientale, che, quando declinato come interesse sotteso alle azioni di contrasto al cambiamento climatico, "si colora di rosso ed entra nella legalità della transizione ambientale da una corsia preferenziale".

Dunque, la forza straordinaria del Green Deal insieme all'esplicito riconoscimento costituzionale interno, sembrano porre le basi giuridiche, per legittimare, in nome della lotta al cambiamento climatico, i decisori pubblici all'adozione di interventi politico-amministrativi più coraggiosi in cui il nuovo interesse pubblico alla neutralità climatica possa assumere una posizione non solo di pari dignità rispetto agli altri interessi (beni, valori primari) meritevoli di tutela, ma di potenziale prevalenza. La sfida della transizione ambientale si mostra quindi, grazie al bel libro di Annamaria Bonomo, in tutta la sua forza: una forza che è giuridica e non solo 'materiale' in quanto connessa all'importanza dei problemi e delle loro manifestazioni, e che si staglia di fronte alle fragilità e incertezze delle istituzioni e delle amministrazioni.

Enrico Carloni\*

<sup>^</sup> Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli studi di Perugia. Questo intervento riprende la relazione presentata in occasione del seminario *Il potere del clima*, nel quadro del Dottorato in Legalità, culture politiche e democrazia dell'Università di Perugia (21 settembre 2023).



**CONTRIBUTI**

ANTONIO ARUTA IMPROTA MALTESE, <i>La problematica formula definitoria del danno all'ecosistema</i>	741
MARCO BROCCA, <i>A cento anni dalla Legge Serpieri: il contributo del Regio Decreto 30 dicembre 1923, n. 3267 al diritto del paesaggio</i>	793
MAURIZIO CAFAGNO, <i>L'ambiente nel pensiero di Giuseppe Pericu, tra categorie concettuali e gioco degli interessi</i>	293
ALICE CASCONI, <i>Migranti ambientali e permesso di soggiorno per calamità: profili di diritto sostanziale e processuale</i>	325
DIANA CERINI, <i>Tutela del benessere degli animali e attività turistiche</i>	807
ANNA MARIA CHIARIELLO, <i>Tutela della biodiversità: una prospettiva di diritto amministrativo transnazionale</i>	875
STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI, <i>Prendere sul serio la salvaguardia della biodiversità. Il caso del piano di azione per la tutela dell'Orso marsicano</i>	1079
PAOLO COTZA, <i>Logica del "tipo normativo di problema" applicata alle "variazioni edilizie essenziali", con particolare riguardo alle traslazioni abusive ed al coinvolgimento d'interessi paesaggistico-ambientali (Parte I)</i>	1123
STEFANO DOMINELLI, <i>Per un 'diritto degli animali' e 'della natura' tra scetticismo ed adesione a modelli normativi antropocentrici: riflessioni di diritto internazionale (pubblico e privato)</i>	5
STEFANO DOMINELLI, <i>'Einmal ist keinmal'. L'insostenibile leggerezza degli obblighi di diritto internazionale in tema di climate change mitigation nella prospettiva di una proliferazione delle azioni giudiziarie pubbliche e private)</i>	899
NICOLETTA FERRUCCI, <i>Foresta urbana e monumentalità vegetale tra ambiente, cultura e paesaggio</i>	355
MAURIZIO FLICK, <i>Il regolamento «deforestation free»: tra possibili problemi di attuazione, greenwashing e criteri ESG</i>	49

LUCA GALLI, <i>Orti urbani: tra il “riempimento” di spazi cittadini e i vuoti di disciplina giuridica</i>	109
FRANCESCO GALLARATI, <i>Dal verde urbano all'ecosistema urbano: linee di tendenza nella disciplina giuridica della biodiversità in ambito urbano</i>	85
MICHELA LEGGIO, <i>Gli algoritmi al servizio della decisione ambientale. Vantaggi e nuove prospettive</i>	925
MARIA CLARA MAFFEI, <i>Orsi problematici in Trentino: vecchi problemi e nuovi inadeguati rimedi</i>	369
MORRIS MARINI, <i>A proposito di Procura europea e contrasto alla criminalità ambientale</i>	1191
SILVIA MIRATE, <i>La tutela della biodiversità e il diritto forestale</i>	139
ALFREDO MOLITERNI, <i>La tutela degli ecosistemi marini nel prisma della pianificazione integrata delle aree costiere</i>	171
FRANCESCO MUNARI, <i>L'inadeguata percezione della scienza nel diritto internazionale dell'ambiente e l'esigenza di un cambiamento di paradigma</i>	443
MARIAIDA CRISTARELLA ORISTANO, <i>Diritto dell'Unione europea, habitat naturali e biodiversità: recenti tendenze in tema di tutela forestale</i>	203
ANDREA PISANI TEDESCO, <i>Tutela ambientale e transizione ecologica: itinerari del diritto privato</i>	473
GIUSEPPE ANDREA PRIMERANO, <i>Consumo di suolo e matrici della rigenerazione</i>	529
ALESSANDRA QUARTA, <i>Lo sviluppo del marchio del patrimonio europeo</i>	571
ANNA ROMEO, <i>Rischio meteorologico e climatologico: dal previsore “umano” al previsore “artificiale”</i>	955
TULLIO SCOVAZZI, <i>La dimensione temporale del diritto internazionale dell'ambiente: i diritti delle generazioni future</i>	217
TOMMASO TORNIELLI, <i>La proporzionalità come limite del principio di precauzione nella materia ambientale</i>	1237
WLADIMIRO TROISE MANGONI, <i>La protezione della biodiversità nel diritto interno, in una prospettiva di bilanciamento discrezionale con altri interessi pubblici</i>	241
SCILLA VERNILE, <i>“Nuovo” Codice dei contratti pubblici e criteri ambientali minimi per l'economia circolare</i>	979
MORENA VERRENGIA, <i>L'ecosistema marino tra scontro di valori e integrazione di politiche</i>	259

## GIURISPRUDENZA - COMMENTI E NOTE

MARIO BARBANO, *Thinking outside the (engine) box: il locus standi*



- delle associazioni ambientaliste innanzi ai giudici nazionali alla luce della sentenza della Corte di giustizia sul caso Deutsche Umwelthilfe (impianti di manipolazione)* 1283
- GIULIO CARZANIGA, *Brevi note sul ritorno del principio di legalità in una decisione del T.A.R. Lombardia sulle delibere ARERA in materia di sistema tariffario dei rifiuti* 1303
- CATERINA COLAPRICO, *I poteri dei Comuni in materia di localizzazione di antenne per la telefonia mobile, fra interessi costituzionali, urbanistici e leale cooperazione con l'ente gestore* 607
- LUCREZIA CORRADETTI, *L'applicazione delle misure di prevenzione al proprietario non responsabile* 1319
- WALTER DI LINGUA, *Le immissioni acustiche: rapporti tra disciplina pubblicistica e privatistica* 1009
- FABIO SERGIO DURANTI, *Complessità e ambiente: quale il ruolo delle risultanze della consulenza tecnica?* 631
- CHIARA MALINVERNO, *Ambiente e paesaggio: una «nuova assiologia compositiva»? Breve nota a Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167* 655
- ANNA SCIACCA, *La rilevanza penale dell'abbandono di animali domestici davanti a un canile: riflessioni sulla natura del bene giuridico tutelato* 1029
- LEONARDO SCUTO, *Impianti FER: il Consiglio di Stato contro l'obbligo di Screening VIA imposto dalla Regione Basilicata* 1055
- STEFANIA SQUILLACE, *Boschi percorsi da incendi e attività venatoria: la giurisprudenza costituzionale conferma la trasversalità della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema quale limite minimo e uniforme di protezione nazionale* 669
- GIOVANNI ZACCARONI, *Responsabilità dello Stato membro per la qualità dell'aria: nessun risarcimento del danno, perché le norme contenute nella Direttiva 2008/50 non attribuiscono diritti ai singoli* 693

## RECENSIONI E DOCUMENTI

- ENRICO CARLONI, *Il potere del clima. Funzioni pubbliche e legalità nella transizione ambientale*, Cacucci, Bari, 2023 (recensione di Annamaria Bonomo) 1341
- ANNA MARIA CHIARIELLO, *La funzione amministrativa di tutela della biodiversità nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022 (recensione di Monica Delsignore) 283
- VALENTINO GARDI, *Il danno da fumo passivo: profili giuridici e ambiti di operatività*, Giuffrè, Milano, 2023 (recensione di Arianna Pitino) 1067

- GUIDO GUIDI, *Justicia Indígena - Tra liberali e comunitaristi*, Morlacchi Editore, Urbino, 2021 (recensione di Damiano Fuschi) 285
- FRANCESCA MAZZI, LUCIANO FLORIDI (a cura di), *The Ethics of Artificial Intelligence for Sustainable Development Goals*, Springer, Cham, 2023 (recensione di Michela Leggio) 1073
- MARIA CRISTINA ZARRO, *Danno da cambiamento climatico e funzione sociale della responsabilità civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022 (recensione di Stefano Nespore) 723
- LUCIANO BUTTI, STEFANO NESPOR, *Il diritto del clima*, Mimesis Edizioni, Milano, 2022 (recensione di Massimiliano Montini) 727

**Procedura di referaggio** - Riportiamo di seguito l'elenco dei nominativi di coloro i quali hanno svolto la funzione di *referee* nel periodo 2019-2023, cui va il sentito ringraziamento dei direttori e dei componenti del comitato direttivo:

Acocella Chiara, Afferni Giorgio, Allena Miriam, Ansanelli Vincenzo, Arcari Maurizio, Avanzini Giulia, Averardi Andrea, Baruffi Maria Caterina, Bertonazzi Luca, Bombardelli Marco, Bonetti Tommaso, Bonfanti Angelica, Borsellino Patrizia, Boschiero Nerina, Bruti Liberati Eugenio, Buoso Elena, Caligiuri Andrea, Calzolari Luca, Carpanelli Elena, Casatella Antonio, Castellaneta Marina, Cataldi Giuseppe, Carta Maria Cristina, Ceccherini Eleonora, Cerbo Pasquale, Chirulli Paola, Citroni Gabriella, Cortese Fulvio, Crespi Serena, D'Angelo Giovanni, Di Landro Andrea, Di Filippo Marcello, Di Pace Ruggero, Fasani Fabio, Favilli Chiara, Ferraris Federico, Ferroni Maria Vittoria, Fioravanti Cristiana, Flick Maurizio, Fracchia Fabrizio, Frediani Emiliano, Frigo Manlio, Furlan Federico, Giglioni Fabio, Goisis Francesco, Ivaldi Paola, Lamarque Elisabetta, Leonardi Roberto, Macchia Marco, Manfredi Giuseppe, Mattasoglio Francesca, Mirate Silvia, Mostacci Edmondo, Natali Lorenzo, Ninatti Stefania, Nitti Santa, Panella Carmela, Pantalone Pasquale, Pettrillo Pier Luigi, Pineschi Laura, Piperata Giuseppe, Pisani Nicola, Piscitelli Luigi, Pitea Cesare, Pizzanelli Giovanna, Rescigno Francesca, Romanin Jacur Francesca, Romeo Anna, Santacroce Clemente Pio, Santini Andrea, Siracusa Licia, Spitaleri Fabio, Spuntarelli Sara, Squazzoni Alessandro, Starita Massimo, Tonoletti Bruno, Troise Mangoni Wladimiro, Tuo Chiara, Ubertazzi Benedetta, Valaguzza Sara, Velliscig Lydia, Vernile Scilla, Villamena Stefano, Zamuner Enrico.

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.

## Errata-corrige

Su richiesta dell'Autore, diamo conto di alcune correzioni che si devono intendere riportate all'articolo PISANI TEDESCO, *Tutela ambientale e transizione ecologica: itinerari del diritto privato*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2/2023, p. 473 ss.:

- a p. 475, in nota 4, dopo l'autore "Zoppini", si legga "*Il diritto privato e i suoi confini*", Bologna, 2020";
- a p. 477, ultima riga, sostituire "l'ormai endemico" con "*il noto*";
- a p. 483, 14° riga, eliminare la virgola dopo la parola "Carta";
- a p. 483, in nota 27, 4° riga, correggere "statuandosi" con "*statuendosi*";
- a p. 484, penultima riga, dopo la parola "risorse" si ritenga chiuso il virgolettato della citazione;
- a p. 486, in nota 33, dopo l'autore "Libertini", si legga "*Sulla proposta di Direttiva UE su "Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese"*, in *Riv. soc.*, 2-3/21, p. 333";
- a p. 486, in nota 34, 1° riga, sostituire "sulla bozza precedente di testo" con "*sul testo di partenza*";
- a p. 488, in nota 39, 1° riga, eliminare la parola "negativi";
- a p. 491, 3° riga, eliminare la virgola dopo la parola "talaltra";
- a p. 493, in nota 55, 5° riga, eliminare per intero la frase "inoltre, s'è ritenuto di risarcire il danno non patrimoniale anche nel caso di immissioni che, sebbene inferiori ai parametri pubblicistici, erano concretamente idonee a generare un turbamento psichico"; e sostituire con "*sulla autonoma risarcibilità del turbamento psichico*";

- a p. 496, in nota 64, ultima riga, eliminare la parola “positiva”;
- a p. 497, 6° riga, sostituire “iperindividuale” con “*superindividuale*”;
- a p. 501, in nota 74, 1° riga, sostituire “Conseil constitutionnel” con “*Conseil d’État*”;
- a p. 502, in nota 80, 3° riga, dopo la parola “Heidelberg” aggiungere “p. 1318”;
- a p. 505, 1° riga, sostituire “la” con “alla”;
- a p. 505, 22° riga, premettere alla parola “strumento” l’articolo “uno”;
- a p. 509, in nota 101, terzultima riga, sostituire “21 July” con “*11 July*”;
- a p. 513, 6° riga, sostituire la parola “inquirenti” con “*interpreti*”;
- a p. 517, 8° riga, sostituire “ha rappresentato” con “*è stato*”;
- a p. 519, in nota 125, 1° riga, sostituire “cit.” con “*Torino, 2017*”;
- a p. 522, in nota 135, alla 5° riga eliminare la parola “magari”, e nell’ultima riga eliminare le parole “costo necessario per il ripristino e”.

Finito di stampare nel mese di marzo 2024  
dalla Vulcanica srl - Nola (NA)