

## 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

1-2024

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 - VALENTINA ZAMPAGLIONE

### Coordinatore dei Comitati della Rivista

ILARIA TANI

In Copertina: Ape (*Apis mellifica*)

FIGUIER, *Gli insetti*, Milano, 1881

Hanno contribuito a questo numero della Rivista

FAUSTO CAPELLI

Già professore di diritto europeo, Università degli Studi di Parma

PAOLO COTZA

Ricercatore a tempo indeterminato, Università degli Studi di Cagliari

MONICA DELSIGNORE

Professoressa ordinaria di diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano-Bicocca

RICCARDO D'ERCOLE

Dottorando di ricerca, Università degli Studi di Macerata

CECILIA CATERINA DI PRISCO

Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli Studi di Milano

FEDERICA EROICO

Dottoranda di ricerca di diritto dell'Unione europea,  
Università degli Studi di Napoli Federico II

FABIO GAMBINO

Assegnista di ricerca di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Genova

CARLA GULOTTA

Professoressa associata di diritto europeo, Università degli Studi di Milano-Bicocca

JOSE JUSTE RUIZ

Catedrático Emérito di diritto internazionale de la Universidad de Valencia

BERNARDO MAGESTE CASTELAR CAMPOS

Assegnista di ricerca di diritto internazionale, Università degli Studi di Milano-Bicocca

LUIGI PISCITELLI

Professore associato di diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano-Bicocca

LORENZO SCHIANO DI PEPE

Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Genova

ELISA RUOZZI

Professoressa associata di diritto internazionale, Università degli Studi di Torino

STEFANIA SQUILLACE

Avvocato in Milano

ENRICO VENOSTA

Dottorando di ricerca, Università del Piemonte Orientale

VALENTINA ZAMPAGLIONE

Assegnista di ricerca di diritto privato comparato,  
Università degli Studi di Napoli Federico II



## EDITORIALE

FAUSTO CAPELLI, MONICA DELSIGNORE, LORENZO SCHIANO DI PEPE IX

## CONTRIBUTI

- PAOLO COTZA, *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 seconda)* 1
- FEDERICA EROICO, *Energie rinnovabili e presunzione di interesse pubblico prevalente: prime riflessioni a margine del regolamento (UE) 2577/2022* 55
- CHIARA GAMBINO, *Commercio e sviluppo sostenibile negli accordi preferenziali di nuova generazione con i partner asiatici alla prova delle competenze esterne dell’UE* 85
- CARLA GULOTTA, *L’evoluzione in atto nell’Unione europea in tema di diligenza dovuta e responsabilità sociale delle imprese* 135
- JOSÉ JUSTE RUIZ, *The Spanish law for the recognition of legal personality to the Mar Menor lagoon and its basin in the international context: another step towards the implementation of the rights of nature* 165
- BERNARDO MAGESTE CASTELLAR CAMPOSE, *Questioni giuridiche sollevate dall’affondamento della portaerei São Paulo* 189
- LUIGI PISCITELLI, *L’edilizia sostenibile nella prospettiva del diritto del governo del territorio* 213
- ELISA RUOZZI, *La Chiesa Cattolica torna a parlare di ambiente: l’Esortazione Apostolica Laudate Deum sulla crisi climatica tra riaffermazione della Dottrina sociale ed esigenza di azione* 233

## NOTE

RICCARDO D’ERCOLE, *Gestione dei rifiuti e privativa comunale: il Con-*

<i>siglio di Stato prova a scrivere la parola “fine” sull’estensione della privativa all’attività di recupero dei rifiuti</i>	249
CECILIA CATERINA DI PRISCO, <i>Il nuovo episodio della vicenda “Dieselgate”: la CGUE riconosce il diritto al risarcimento degli acquirenti di veicoli non a norma – stay tuned</i>	281
STEFANIA SQUILLACE, <i>L’atipicità come discrimen fra le ordinanze contin- gibili e urgenti e i provvedimenti ordinari in materia di rifiuti e boni- fica di aree inquinate</i>	313
ENRICO VENOSTA, <i>Il bilanciamento tra i principi di tutela del patrimonio culturale e di sviluppo sostenibile e l’integrazione delle tutele</i>	327
VALENTINA ZAMPAGLIONE, <i>Tutela dell’ambiente e diritto di proprietà: note a margine della sentenza della Corte Costituzionale sul regime giuridico dei fondi privati gravati da usi civici</i>	355

FAUSTO CAPELLI  
MONICA DELSIGNORE  
LORENZO SCHIANO DI PEPE

Le tematiche ambientali sono sempre più al centro dell'attenzione degli studiosi e degli operatori del diritto, come appare confermato dal numero e dalla varietà dei contributi pubblicati nella precedente annata della *Rivista* (2023). Il cambiamento climatico, come messo in luce dall'ultimo rapporto del Gruppo intergovernativo (IPCC) richiede un'azione urgente in tutti i livelli dell'ordinamento. La recente decisione del Tribunale di Roma sul noto caso Giudizio Universale è di stimolo alla ripresa del dibattito sul contenzioso e sui doveri in capo allo Stato.

A ciò aggiungasi che nel novembre del 2023 è stata costituita presso l'ufficio di Gabinetto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica una Commissione interministeriale di tecnici ed esperti con il compito di elaborare uno schema di legge delega per rinnovare il cosiddetto Codice dell'ambiente, alla luce dell'intervenuta modifica costituzionale e dei principi di diritto dell'Unione europea e di diritto internazionale, a testimonianza della centralità delle questioni ambientali anche dal punto di vista del dibattito politico.

Si pone, però, il problema del “cantiere permanente” delle riforme in materia ambientale, a causa dei potenziali riflessi negativi sotto il profilo dell'organicità e della coerenza del dato normativo e della difficoltà che incontra chi, chiamato ad applicare il diritto dell'ambiente, deve seguire con cura un sistema di regole (già di per sé di elevata tecnicità) in continua evoluzione.

La scelta dell'ape, come animale simbolo nella copertina della *Rivista* per il 2024, vuole sottolineare l'importanza del tema della tutela della

biodiversità, al quale avevamo già dedicato il fascicolo n. 1 del 2023. L'istituzione con i fondi del PNRR del Centro nazionale per la biodiversità (National Biodiversity Future Centre) chiama il nostro Paese a svolgere un ruolo centrale. Si tratta di individuare, attraverso il finanziamento alla ricerca e il confronto con le istituzioni e gli operatori, soluzioni originali e virtuose in campo economico che permettano di giungere a nuovi modelli produttivi capaci di perseguire l'obiettivo della neutralità climatica senza compromettere le risorse esistenti e la ricchezza offerta dalla biodiversità, avendo cura di rispettare la giustizia sociale bilanciando i sacrifici economici inevitabilmente richiesti a tutti gli attori coinvolti.

Anche l'annata 2024 della *Rivista* si presenta, dunque, non meno ricca di spazi per indicare al legislatore criticità e soluzioni non solo attraverso la lettura della giurisprudenza nazionale, unionale e internazionale. In questo senso la *Rivista*, grazie in particolare all'interdisciplinarietà che la contraddistingue, intende contribuire all'ampliamento di un dialogo proficuo, offrendo utili spunti al dibattito. A questo proposito ringraziamo l'editore che, trovandosi d'accordo con noi quanto all'utilità di diffondere il più possibile la *Rivista*, ha deciso di mettere a disposizione per la consultazione gratuita e *open access* tutte le annate precedenti a quella in corso di pubblicazione al link: <https://www.editorialescientifica.com/shop/catalogo-riviste/rivista/rivista-giuridica-dell-ambiente-dal-2015/rivista-giuridica-dell-ambiente-open-access.html>.

I buoni risultati conseguiti in termini di quantità e qualità dei contenuti della *Rivista* non sarebbero stati possibili senza il supporto dei componenti del Comitato direttivo, del Comitato scientifico e del Comitato di redazione. Fondamentale è stato, come sempre, anche il lavoro dei *referee* anonimi. In chiusura dell'annata 2023 abbiamo pubblicato i nominativi dei colleghi che generosamente hanno accettato di svolgere tale funzione nel periodo 2019-2023, senza dar conto, ovviamente, del contributo o dei contributi sui quali si sono espressi.

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

PAOLO COTZA

SOMMARIO: 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”. – 12. 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 II - “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*

Come anticipato, in alternativa agli indirizzamenti assunti dagli studi specialistici sino al momento condotti, alla luce di un discorso di metodo epistemologicamente aggiornato pare aprirsi un nuovo fronte di prospettive per l'interprete: che impinge in ultimo alla discrezionalità (amministrativa), ma stavolta (non limitandosi ad un confronto “descrittivo” con la categoria dell'interpretazione, bensì) passando attraverso una più radicale “rivisitazione” del tradizionale strumentario (concettuale e di sistema). Di tale (ambiziosa) operazione ci s'intende far carico nella circostanza, confidando, in attesa di un riordino del pertinente dettato normativo, di “restituire” un esito ermeneutico più soddisfacente (anche per le implicazioni in punto di tutela, a fronte di un sistema di previsioni sanzionatorie rigidamente strutturato).

L'idea di ordine normativo, a fronte dell'“apertura” al futuro, continua a trovare la più diffusa combinazione concettuale e sistematica nel modello della “fattispecie legale” quale imperniato sullo schema “ipotetico-casuistico”. Si è soliti spiegare tale approccio in quanto, da quello schema (come anticipato, di “limite alla libertà di giudizio in ordine all'unico fatto pensabile, cioè al fatto concreto”<sup>1</sup>) possono risultare plausibilmente coniugati:

- l'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);

- l'istanza di “dominare e permeare la fluida materia della vita sociale” (altrimenti straripante, per disarticolazione, contingenze ed ambiguità, in dimensioni di pratica inconoscibilità)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> S. SATTA, *Giurisdizione - II. Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 218 s., p. 221.

<sup>2</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*

D'altronde, è opinione diffusa fra le “scienze umane” che l’affermarsi di una prospettiva rigorosamente normativa e formale, all’interno della dogmatica giuridica,

“non discende solo da presupposti filosofici, ma è collegata a una serie di pre-condizioni storiche favorevoli, quali il costituirsi di uno Stato che monopolizza la produzione e la coercizione del diritto, il diffondersi di modelli di organizzazione sociale di carattere burocratico e l’ascesa dei gruppi sociali capitalistici, interessati ad esaltare il valore della prevedibilità del diritto per poter semplificare i loro calcoli economici”<sup>3</sup>.

Non per questo si possono misconoscere i limiti di una versione “scolastica” di quel modello, almeno nel suo essere di tipo descrittivo, corrispondente al paradigma computistico della logica “identitaria” (somma degli elementi dei quali si compone il fatto, cui la regola riferisce il proprio principio normativo); né si può senz’altro concludere che lo schema normativo in discorso esaurisca il novero dei possibili processi decisionali intrinseci al diritto.

In altri termini, si è consapevoli che il dato “positivo” vada costantemente inteso quale principale “formante” di riferimento<sup>4</sup>; altrimenti, restandosi esposti alla censura d’“inversione di metodo” (cioè, d’introduzione surrettizia di principi di “giudizi determinativi” avvalendosi di concetti – tradendo la loro vocazione di “meri” strumenti orientativi, d’impostazione dei problemi –)<sup>5</sup>.

*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.*

<sup>3</sup> A. FEBBRAJO, *Introduzione* a Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, tr. it. Bologna, 1978, p. 12; in linea con quanto già espresso da M. WEBER, *Economia e società*, tr. it., Milano, 1968, I, p. 309 s.

<sup>4</sup> R. SACCO, *Formante*, in *Dig. disc. priv.* – Sez. civ. –, VIII, Torino, 1992, p. 438 s.: di là dalla loro estrazione (legale, giurisprudenziale, dottrinale, etc.) le regole giuridiche, pur non equivalenti, danno luogo a fenomeni d’interazione, risultandone modificata la rispettiva incidenza ordinamentale.

<sup>5</sup> La locuzione “inversione di metodo” è ripresa da Ph. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, p. 92 s. Cfr. pure L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 50 con terminologia ricavata dalla teoria del giudizio.

In tale contesto, qualunque sviluppo “tematico” (in termini di comprensione-applicazione) dell’ordinamento esige altresì un adeguato “doppio” concettuale cui corrisponde un ulteriore sistema che (a sua volta) impone un approccio di metodo, a partire dai meccanismi (gnoseologico-epistemologici e teoretici), onde: non solo acquisire certa “padronanza” sugli enunciati normativi; ma altresì garantire tendenziale “tenuta” del dato globale di esperienza. Da qui il ruolo di “co-artefice” che univocamente viene riconosciuto anche alla scienza del diritto<sup>6</sup>.

Nondimeno, poiché un certo condizionamento su quei processi relazionali è esercitato dalle “private supposizioni” di categoria, può tornar utile di verificare come si è riusciti a superare quelle cui è avvezzo il giurista, il quale:

- nella misura in cui riconosce un posto di prim’ordine all’“effetto” nella teoria della norma giuridica<sup>7</sup>;

- proietta però un cono d’ombra sui meccanismi (operativi) che vi sovrintendono, laddove vengano invariabilmente ricondotti ad un unico<sup>8</sup>.

In altre parole, permane giustificato l’“orizzonte – conservativo – di aspettative” (quale consegnato da quell’atto di ragione non appariscente che si suol denominare “tradizione”<sup>9</sup>) persino laddove il modello della fattispecie legale si proponga secondo le varianti estreme, della “prevenzione” (previsione su base statistica<sup>10</sup>) e della “precauzione” (che ha

<sup>6</sup> Ciò d’altronde trova conferma nel riconoscimento della dottrina come fonte del diritto persino nel contesto internazionale (cfr. art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, quale principale organo giudiziario delle Nazioni Unite); salvo qualificarne la funzione come “sussidiaria”. A quel punto, il limite invalicabile risolvendosi nel divieto d’“inversione di metodo” pocanzi accennata. Sul ruolo dei giuristi della dottrina, di “custodi” del sistema nello specifico settore disciplinare: L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano 2002, p. 291.

<sup>7</sup> A. FALZEA, *Voci di Teoria generale del diritto*, Milano, GIUFFRÈ, 1978, p. 185 s., pp. 242-243.

<sup>8</sup> N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, tr. it. Bologna, 1978.

<sup>9</sup> Sulla tradizione, come fonte (non solo di pregiudizio, ma anche) di verità, H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988, p. 327 s., p. 330.

<sup>10</sup> Sulla valutazione e gestione del rischio in settori quali la sicurezza sociale e le assicurazioni, la produzione industriale ed i progetti sperimentali: I. HACKING, *Scientific revolutions*, Oxford, 1990; ID., *The taming of chance*, Cambridge, 1990; T. BAKER e J. SIMON, *Embracing risk*, Chicago, 2002. Sulle obiezioni rivolte a tale “politica del tempo”, cfr. M. KAISER, *Reactions to the future: the chronopolitics of prevention and preemption*, Nanoethics, 2015.

riguardo all’“ipotesi peggiore”<sup>11</sup>). Tuttavia, resta ineludibile il dato di fondo per cui, in progresso di tempo, quell’approccio ha finito col raccogliere un seguito settorialmente recessivo, via via che ci si è addentrati in una fase storica in corrispondenza della quale, ad una società inarrestabilmente globalizzata ed in continuo progresso sul piano tecnico-scientifico, ha corrisposto certa frustrazione derivante da “effetti imprevisti” di quell’innovazione e da “sorpresa” riservate dai contesti di riferimento (es., biofisici); sì da determinare un crescente bisogno di adeguamento delle decisioni ben oltre obiettivi omologati.

Da decenni (ormai), va ascritto alla letteratura sociologica (in parte già menzionata), di aver introdotto la scienza giuridica in scenari inesplorati, come dimostrano le nebulose categorie dell’“orizzonte consequenzialista” e (in seno ad essa) della “preparazione” (coniata attorno agli anni Novanta del secolo scorso): quest’ultima come caratterizzata, non solo dal presupposto della carenza di stime probabilistiche, ma anche dal riferimento ad eventi dall’andamento “carsico” e “lento” e dall’impiego (oltre che delle strategie già menzionate) di “dispositivi-sentinella”<sup>12</sup>.

Salvo constatare certa riottosità ad emanciparsi dall’enfasi che, in tempi “non sospetti”, ha accompagnato il mutare uno stile di ragionamento giuridico, “pandettistico-dogmatico”<sup>13</sup>. In quest’ottica si potrebbe convenire (per cominciare con la *pars destruens*) sulla corrisponden-

<sup>11</sup> Da qui, la prospettazione di congrue misure sia di simulazione sia di diagnosi precoce su diversa scala.

<sup>12</sup> Mentre l’attenzione solitamente si rivolge alle emergenze “veloci”, quali disastri, attentati di matrice terroristica (S. REVET, *Disasterland*, Palgrave, 2020), non altrettanto accade per quelle “lente”, quali derivanti dai cambiamenti climatici, dall’inquinamento, dalle pandemie, etc. (cfr. Relazione OMS, *Pandemic influenza preparedness and response*, 2009 nonché, M. COOPER, *Pre-empting emergence*, Teor. cult. soc., 2006 e R. NIXON, *Slow violence and the environmentalism of the poor*, Harvard, 2011).

<sup>13</sup> Sulle differenti “tendenze” scientifiche che hanno improntato il diritto amministrativo del primo Novecento, M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, Sassari, 1940, p. 133 s., pp. 202-203, il quale distingue in ultimo “(...) la tendenza che direbbesi pandettistica, propria del Cammeo e un po’ del Pacinotti e di altri: essa trasportava direttamente nel diritto amministrativo tutta la dogmatica che avevano elaborato i pandettisti per il diritto romano e civile; e infine la tendenza che potrebbesi dire dogmatica, del Romano, che ripartiva la materia amministrativa in teorie generali, in cui si raggruppavano istituti retti da comuni principi, poco importando in qual ramo dell’attività amministrativa questi principi praticamente si attuassero”.

za, del menzionato percorso di “modernizzazione”, ad un progressivo emanciparsi dall’indicato approccio.

Gli è che, traslando (doverosamente) il discorso sul piano giuridico, si tratta:

- di emanciparsi dalle “precomprensioni” dell’interprete<sup>14</sup>; in particolare, da un approccio meramente “descrittivo” per concedere centralità al problema “funzionale”;

- altresì, di assicurare uno strumentario riconducibile a quell’“imponente programma” meta-scientifico (di giustificazione<sup>15</sup>) invocato onde assecondare l’unità dell’ordinamento in una fase storica nella quale si registra certa metamorfosi della specialità di ambiti disciplinari “domestici” (cui, talvolta, ha finito col corrispondere una accentuata polisemia)<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Alla filosofia ermeneutica ed all’ermeneutica generale si devono: tanto la scoperta che le condizioni ontologiche del comprendere non sono tutte riconducibili nell’ambito di un “procedimento” o di un metodo, quanto la ritrascrizione del circolo ermeneutico (non più fra “parti” e “tutto”, bensì) tra la “precomprensione” (anticipazione precognitiva) che l’interprete già possiede del senso della “cosa” (nella circostanza, il testo normativo) e quest’ultima (all’uopo, può rinviarsi, rispettivamente, a: M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché F. Schleiermacher, *Etica ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988, pp. 265, 307 e 360 s. – sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza - i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984 –). Cfr. pure L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, pp. 9-20. Del “permanente effetto di scambio”, tra comprensione dello stato di cose e comprensione del diritto, si occupa anche K. ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935; Id., *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, in *Studium Generale*, X, Berlin, 1957, p. 173 s.; Id., *Introduzione al pensiero giuridico*, tr. it. Milano, 1970. T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, tr. it. Milano, 1962, pp. 104-105, parla di una “comprensione provvisoria del nesso giuridico”.

<sup>15</sup> WEBER, L’“oggettività” conoscitiva della scienza storico sociale, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1904, pp. 57-72.

<sup>16</sup> Lungimiranti anticipazioni si rinvencono in: M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 249 s.; Id., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *L’azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Comm. n. 1 *Problemi di amministrazione pubblica*, Formez, Napoli, 1981, p. 21 s. Per recenti affermazioni “partigiane” può rinviarsi a: M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l’interesse legittimo?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, p. 46; A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, p. 100 s.

Ciò, a maggior ragione, se si considera che:

- per quanto, come nel diritto amministrativo, si stia procedendo “controcorrente” rispetto al moto di “decodificazione” che sembra pervadere i paesi di *civil law*<sup>17</sup>;

- si fa sempre più accentuata certa inclinazione ad assecondare ambiti normativi proiettati verso il futuro;

- in tale contingenza, è controverso se le soluzioni fondate sulla *voluntas legis* siano “al passo” colle più avanzate “letture” che si vorrebbe impresse al dato costituzionale repubblicano e “comunitario” in punto di legalità ed all’insegna di un senso di “giustizia” *in fieri* aggiornato a valori spesso antinomici.

All’uopo va osservato che, sul versante sostanziale:

- mentre il dibattito epistemologico, contemporaneo è dominato dalla dialettica o, meglio, dal criterio di “falsificazione”;

- nella gnoseologia di settore per lungo tempo si è rivelato diffuso e radicato il “condizionamento metafisico”.

Quest’ultimo influsso, in relazione all’accennato “sapere di sfondo” (le “private supposizioni”), costituisce frustrante epidemia per una dottrina del diritto amministrativo che aspiri, con velleità scientifica, a venir a capo dei problemi che via via le sottopone il dato di esperienza. Con un duplice corredo d’implicazioni.

Per un verso, ci si riferisce al (rischio di) porre in crisi l’idea stessa di “sistema normativo” (di ordine giuridico) come percepita in termini di “non-contraddizione” fra – gruppi omogenei di – norme<sup>18</sup>, di co-efficienza dei principi e co-esistenza dei concetti, a partire da determinate

Nella misura in cui conservano certa attualità, pare doveroso di rinviare altresì alle riflessioni di M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, Milano, 1940, 8 s.; ID., *L’unità della scienza dell’amministrazione*, in *Atti del convegno di studi di scienza dell’amministrazione* (Varenna), Milano, 1957, p. 25 s. In un’ottica di aggiornamento, cfr. L. IANNOTTA, *L’oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Diritto amministrativo*, 1996, p. 579 s.

<sup>17</sup> Osserva V. FERRARI, *Privato e pubblico* (sociologia), in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, p. 696.

Una rappresentazione esemplare di quel fenomeno è offerta dall’ormai classico studio di N. IRTI, *L’età della decodificazione*, in *Diritto e società*, 1979, n. 4 (nonché, Milano, 1979).

<sup>18</sup> S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1941, I, 197 ss., nonché in *Diritto civile -metodo-teoria-pratica-. Saggi*, Milano, 1951, p. 674.

“scelte di senso”<sup>19</sup>. Quell’idea, infatti, pur avendo perso certa carica di suggestione tradizionalmente esercitata sul cittadino (in quanto paradigma della “certezza”<sup>20</sup>), resta essenziale come condizione della progettualità (antidoto logico all’ideologia)<sup>21</sup>; comunque, immutato il suo ruolo di precondizione della “giustizia”.

Per altro verso (e corrispondentemente), l’attenzione va appuntata sul determinarsi (volutamente reso, per intanto, secondo schematismi dal forte impatto metafisico) di un caotico avvicendamento, rispetto ad una logica formalistico-legalistica, di programmi di razionalità “materiale” (teleologica)<sup>22</sup>, se non “rispetto al valore” (c.d. “terza via”)<sup>23</sup>. Di tal fatta, determinando un affidamento dell’accesso “diretto” alla giustizia, se non alla prassi degli interessi materiali, alla “strategia elitaria” dei “nuovi oracoli” (l’auto-rappresentazione delle “commissioni di esperti”, nonché l’applicazione da parte degli “operatori giuridici”<sup>24</sup>). Con ciò sovente si

<sup>19</sup> A. Orsi BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo*, in *Diritto pubblico*, 1995, p. 639, p. 643.

<sup>20</sup> È pur vero che spesso il cittadino (e lo stesso giurista) cade nell’equivoco, confondendo l’“ontologico” col “logico”, cioè pensando, come frutto di esigenza logica, quel che si è “sempre visto” e, viceversa, come impossibile, ciò a cui non si è mai assistito (per difetto di concreta esperienza positiva: A.C. JEMOLO, *I concetti giuridici*, vol. LXXV de “*Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*”, Torino, 1940, II, p. 246 s.; estr., pp. 10-11).

<sup>21</sup> Un esempio è offerto da ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo*, cit., pp. 643-644.

<sup>22</sup> In quanto considera la fedele interpretazione della legge come un mezzo da cui ci si può in qualche misura discostare in vista di certi fini equitativi, e che persegue quindi una giustizia orientata alla concreta uguaglianza degli effetti delle norme. Con la conseguenza che i concetti, traendo valore dal rapporto con lo scopo (soggetti, di fatto e di diritto, al variare di quest’ultimo, in base all’infinita serie delle situazioni concrete), acquisterebbero una (parimenti indefinita) variabilità di significati, così cessando di essere nozioni stabili, universali (in tal senso, verità). Cfr. M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, tr. it. Torino, 1958, p. 247 s., sulla distinzione tra: a) “irrazionalità” oggettiva o soggettiva; b) “razionalità rispetto allo scopo”, in quanto qualificazione “soggettiva” dell’atteggiamento (cioè, l’orientamento di colui che agisce sulla base di determinati mezzi che *egli* ritiene adeguati per conseguire un certo scopo); c) “razionalità normale”, in quanto qualificazione “oggettiva” (che designa l’adeguazione effettiva, empiricamente verificata, di determinati mezzi in vista di un certo scopo).

<sup>23</sup> WEBER, *Economia e società*, tr. it., Milano, 1968, I, p. 31.

<sup>24</sup> J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, pp. 164, 52 s.

registra un atteggiamento apologetico verso la “ragionevolezza” quale nuovo (super-)principio di auto-giustificazione delle strutture empiriche dell’azione; altresì assunto a legittimare il lavoro del giurista, in alternativa all’improbabile ritorno ad un aperto giusnaturalismo ed in vece dell’ormai decaduto sistema logicistico<sup>25</sup>. Eppure, alla creazione di un diritto razionale “si giunse quando lo Stato moderno si alleò con i giuristi per realizzare le sue pretese di potenza”: avvalendosi di intellettuali per fronteggiare i processi sociali di cambiamento dell’“orizzonte di senso” dell’ordinamento, garantendone identità e stabilità, contro ogni forma d’“intuizionismo”<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Sulla *ragionevolezza delle leggi*, quale criterio per verificare non solo se una diversità o una identità di trattamento oggettivamente sussista, ma anche, e soprattutto, per valutare se l’una o l’altra risultino oppure no giustificate: A. ROMANO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in Mazzaroli, Pericu, A. Romano, Roversi Monaco, Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 1998, p. 111 s. Sulla *ragionevolezza*, quale criterio informatore dell’azione amministrativa, mediante il quale bilanciare e conciliare quei principi, tra i quali l’efficienza e la tutela dell’affidamento, che dottrina e giurisprudenza hanno estratto dalle clausole generali (uguaglianza, imparzialità, buon andamento) della Costituzione, cfr. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *op. ult. cit.*, II, p. 1022 s., il quale rammenta che in una società pluralistica in continua tensione (per l’evolversi dell’economia, delle scienze, del costume), la “sottoposizione alla ragione”, lungi dal destare timori per gli inevitabili margini di soggettività che reca con sé, costituisce un fattore di certezza, se adoperato conformemente al canone di legalità (coerenza allo scopo) ed alla fitta rete di “indicatori” che di quel criterio rappresentano le applicazioni correnti (pertinenza, necessità, proporzionalità, adeguatezza), consentendo al giudice amministrativo, col sovrapporli alle determinazioni della p.a., una decisione definitiva su ciò che è “ragionevole”.

Propende per la ragionevolezza, come criterio onde verificare l’interpretazione proposta dal giurista, J. Esser la cui riflessione sul tema è stata oggetto di studio da parte di G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza – saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984.

<sup>26</sup> WEBER, *Economia e società*, cit., II, p. 674.

A questa stregua, paiono doverose alcune puntualizzazioni.

Si concorda con quanti rilevano che la ragionevolezza impone la valutazione di ipotesi alternative di comparazione degli interessi coinvolti dall’esercizio dell’azione amministrativa (“calcolabilità”), oltre al controllo di logicità delle metodiche applicate (in caso di successione nel tempo di scelte diverse – A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa – gli “accordi” tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999 p. 52 s. –). Ragion per cui quel principio consente non solo una verifica della coerenza dei risultati dell’attività rispetto a determinate premesse, ma anche la valutazione della ricerca e dell’analisi dei dati di fatto, della relativa selezione e dell’effettiva determinazione del fine da realizzare conformemente alle previsioni di legge (nello specifico, c.d. aderenza dell’azione amministrativa alla

Da qui, il rilievo assunto (anche nello specifico) da un tendenziale su-

situazione concreta - Federico, *op. ult. cit.*, pp. 53-54: “Sulla base di questo principio, allora, la partecipazione dei privati al procedimento è essenziale, perché essa moltiplica le possibilità, nel momento ‘fisiologico’, di un’attività amministrativa rispondente alla situazione concreta e, nella fase ‘patologica’, opera un ampliamento del sindacato del giudice amministrativo. Questi, in virtù della specificazione delle posizioni individuali, può, in modo più efficace, controllare le motivazioni, la coerenza dell’atto amministrativo e la corrispondenza della disciplina concreta ai fini della legge, corrispondenza che non può che essere connessa al grado di conoscenza dei fatti” -).

Non per questo si può accedere ad una considerazione totalizzante.

L’elaborazione di quel principio si determina originariamente in relazione al controllo di costituzionalità degli atti legislativi (della rispettiva “discrezionalità”) e costituisce un limite a quello di uguaglianza. Altro è configurare la ragionevolezza delle leggi “considerate in sé, cioè a prescindere dal loro porsi come regolamentazione differenziata di casi obiettivamente uniformi” (A. CORASANITI, *Introduzione*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, atti del seminario tenutosi in Roma il 13-14 ottobre 1992, Milano, 1994, p. 1. Cfr. pure FEDERICO, *op. ult. cit.*, p. 55 s.); ad un tempo, come “razionalità” (“non contraddittorietà” interna del sistema giuridico) ed “imperativo di giustizia” (c.d. ragionevolezza intrinseca). Infatti, nella prima accezione, il principio si risolve nel controllo di legittimità costituzionale, in quanto sollecita un procedimento ermeneutico volto alla relativizzazione dei valori di massimo rango con specifico riguardo alla fattispecie prevista dal Legislatore. Negli altri due significati, il controllo rischia di essere “sganciato” dai parametri costituzionali (che ne dovrebbero rappresentare l’unico punto di riferimento), assumendo il diritto come dotato di una razionalità assoluta e trascendente (sul modello giusnaturalistico) eppertanto, metafisica.

Analogamente, nell’ambito dell’attività amministrativa, l’enunciazione di un autonomo principio di ragionevolezza può rivelarsi pericolosa ogniqualvolta sia legata ad una concezione dell’interesse pubblico come entità prestabilita: consentendo, alle valutazioni “politiche”, operate dal giudice amministrativo (in sede di controllo di legittimità degli atti al medesimo sottoponibili), d’imporsi su quelle dell’Amministrazione (cui è costituzionalmente demandato, in via esclusiva, il compito di specificare l’interesse istituzionale). In conclusione, “il c.d. principio di ragionevolezza sembra risolversi nella necessità di assicurare che la soluzione legislativa e quella amministrativa siano individuate nel rispetto dei valori caratterizzanti l’ordinamento e delle peculiarità dei singoli fatti storicamente determinati. Tale esigenza non discende da una imprecisata ‘razionalità’, ma dal puntuale rispetto del principio di legalità costituzionale che condiziona il procedimento di interpretazione e di qualificazione imponendo l’abbandono della logica della sussunzione ed esigendo la considerazione, da un lato, delle peculiarità della fattispecie concreta e, dall’altro, dell’intero ordinamento giuridico al fine di sciogliere l’assolutezza dei valori racchiusi nei principi costituzionali. Pertanto, la verifica della coerenza e della congruità del bilanciamento degli interessi operata dalla Pubblica Amministrazione si identifica con la verifica della coerenza e della congruità del bilanciamento dei principi costituzionali che concorrono nella valutazione della fattispecie concreta di esercizio dell’attività amministrativa” (Federico, *op. ult. cit.*, p. 59).

peramento del “fondazionalismo” (una visione del mondo basata su concetti che richiamano valori assoluti e che debbono trovare uno sviluppo puramente razionale – per cui, la realtà è razionalità e la razionalità è realtà –) ad opera del “proceduralismo”<sup>27</sup>; da quest’ultimo risultando traibile persino una parte dei valori etici e politico-costituzionali, dominanti<sup>28</sup>.

Da qui l’esigenza di due ordini di connessioni critiche in punto (rispettivamente) di positivismo giuridico “debole” e d’interesse pubblico “primario”.

Peraltro, prima di lasciar spazio a tali connessioni, sia consentito di osservare che il nuovo “programma di giustificazione” della giuridicità (quale testé prospettato) si apprezza altresì trascorrendo sul versante della tutela, ove il regredire di una logica formalistica passa attraverso un (pur sofferto) affermarsi (anche) della sede processual-amministrativa:

- come quella nella quale si risolve il contesto globale di esperienza giuridica, dal momento che si rinvergono sia il diritto che il fatto concreto, dinamicamente (e così) indissociabili, “perché l’accertamento del fatto è già diritto, o se si vuole il fatto è intrinsecamente giuridico”<sup>29</sup>;

- come assumente connotati di effettività (autentico ripristino di uno stato di fatto conforme al diritto), per essere improntata, oltre che a “terzietà dell’organo” deputato a dispensarla, a “parità delle parti” (entrambe le condizioni indispensabili onde distinguere, dalla decisione di un mero “controllore”, quella valutazione, “di verità” dell’“affermazione giudiziale”, che è incompatibile con un ingresso dell’autorità nel giudizio<sup>30</sup>).

<sup>27</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Introduzione filosofica generale*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Procedura, procedimento, processo*, atti del convegno tenutosi ad Urbino, nei giorni 14 e 15 giugno 2007, Milano, Cedam, 2010, p. 3 s.

<sup>28</sup> A. GIULIANI, *Ordine isonomico e ordine asimmetrico: “nuova retorica” e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, 1986, p. 81 s.

<sup>29</sup> S. SATTÀ, *Giurisdizione - II. Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 218-219. Ma altrettanto può concludersi con riguardo alla sede *procedimentale*, “al netto” della circostanza per cui l’operazione logico-decisionale non si traduce in un *giudizio* (necessariamente nella composizione di una controversia – *op. ult. cit.*, p. 223 –).

<sup>30</sup> F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, p. 315 s., pp. 319-320; ID., *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*, Atti del Convegno tenutosi in Messina il 15-16 aprile 1988, Milano, 1993, pp. 100-102 dell’estratto. Cfr. pure F. BENVENUTI, *Per un*

Lungo l'abbozzata linea evolutiva, il presente contributo, nel rivelare un'ottica di studio complementare (per l'appunto) a certa letteratura di matrice sociologica, s'inquadra in un più vasto orientamento di ridislocazione del diritto sul versante della tecnica: dal momento che, nel contesto della (post-)modernità, il problema (non il solo valore di cui si fa portatrice, di volta in volta, la Legge) assurge ormai a fondamentale criterio euristico, principio di organizzazione a sistema degli "aggregati" normativi<sup>31</sup>. Di tal fatta, avuto particolare riguardo alla discrezionalità amministrativa, si conta di farne emergere i connotati precipui: che la rendono (funzionalmente) irriducibile ad alcuna delle categorie enucleate dalla tradizione dogmatica sul versante normativo ipotetico-casuistico; che ne implicano altresì una immancabile annessione all'interesse pubblico.

Da qui, trascorrendo su di un piano applicativo, l'auspicio di offrire una utile quanto rigorosa "chiave di lettura" a coloro i quali si cimentino con un "aggregato normativo" complesso (nazionale e regionale), quale quello sulle "variazioni edilizie essenziali", fra i più insidiosi nel panorama specialistico.

##### 5. *Obiezioni alla dottrina del "diritto vivente"*

L'"apertura" del futuro che contraddistingue la modernità pare dotata di senso in quanto riesce a "correggere" il bisogno di astrazione altamente sviluppato nel sistema giuridico di una collettività complessa: in parte condizionato da quest'ultima, in parte definito dal sistema stesso<sup>32</sup>.

I formanti giuridici hanno tentato di rispondere alle nuove istanze di regolazione, affidandosi sia a "programmi di scopo" sia a formule che regolino, nei rapporti giuridici, la responsabilità. Di quest'ultimo prodigersi, onde assumere una decisione, sono espressione la clausola "*rebus sic stantibus*" (quando riferita alle sole sopravvenienze in senso stretto e non ad una rivalutazione degli interessi), al pari delle formule problematiche di "fiducia", "rischio", "pericolo", etc.: almeno, quando si tratti

*diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, p. 807 s.

<sup>31</sup> M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 88-89.

<sup>32</sup> N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, p. 106.

d’interrogare il futuro disponendo d’informazioni adeguate ad anticipare sia gli eventi possibili sia le oggettive probabilità di accadimento di ciascun evento. Altrimenti, si sono conati ulteriori “concetti-valvola”, del tipo della “necessità” o del “caso fortuito”: quando (come in settori del diritto in cui l’esigenza di regolazione spesso travalica la soglia del “rischio”, finendo con lo sconfinare nell’area dell’“incertezza”) si versi nell’ignoranza della distribuzione delle oggettive probabilità del verificarsi degli eventi; o nell’ipotesi d’indeterminatezza dell’insieme dei possibili accadimenti futuri (che, pertanto, si traducono in “sorpresa”). Ma si tratta, comunque, di “teorie parziali di un problema speciale”; di adattamenti all’indeterminabilità del futuro che si registra nella società; non di un nuovo stile<sup>33</sup>.

Accade così che, pur riconoscendosi la rilevanza dello schema “regola/eccezione” (in quanto consente di tener conto di istanze divergenti rivolte al diritto, sì da “assorbire l’illegalità necessaria”), raramente ci s’imbatte in una teoria dogmatica capace di valutare anche (l’ampiezza, attraverso) i limiti applicativi di quella “forma di norme giuridiche”<sup>34</sup>. Certo è che, se si ha riguardo al complessificarsi (per via della descritta inversione) dell’orientamento sociale di fondo, diviene ineludibile il problema di criteri giuridici in grado di regolarlo. In quest’ottica, può condividersi la valutazione espressa da certi movimenti generali dello stile di pensiero giuridico, secondo cui il menzionato schema perde la sua funzione nei settori dell’ordinamento, quali il diritto pubblico, contraddistinti da uno spiccato orientamento alle conseguenze (*output*)<sup>35</sup>.

Segnatamente, tale condizione si apprezza allorché il diritto si rapporti ad (altri) sistemi complessi, il cui governo è reso più complicato per via di un alto tasso d’incertezza se non d’imprevedibilità anche quando la “scala” (*id est*, gli orizzonti spazio-temporali) che si assuma a riferimento sia (relativamente) contenuta (es., perché commisurata ad una determinata collettività od all’arco esistenziale medio dell’individuo); sì da rendere velleitario (se non controproducente) qualunque approccio, di stampo “deterministico”, ai problemi. *A fortiori* ciò si verifica allorché il raccordo riguardi ulteriori sistemi complessi che (come ad es. nel caso

<sup>33</sup> LUHMANN, *op. ult. cit.*, p. 99 s.

<sup>34</sup> LUHMANN, *op. ult. cit.*, pp. 74-75.

<sup>35</sup> LUHMANN, *op. ult. cit.*, p. 73 s., p. 76.

dei processi ecologici) si connotano per una “scala” maggiore: al punto da essere rimesso a clausole molto generali (es., resilienza).

Laddove, deve riferirsi di una giurisprudenza teorica che, in siffatti ambiti, partendo dai principi sanciti nella Carta costituzionale e dalla “contrafattualità” del monopolio statale del diritto, si vuole largamente orientata verso un semplice obbligo di ponderazione da tradurre in una sorta di “positivismo giuridico debole” che talvolta degenera in “razionalità rispetto al valore”. Ciò si determina senza poter registrare quel preliminare chiarimento dogmatico, sui rapporti tra criteri, estremamente opportuno onde evitare che: la necessità di astrazione, insita nell’uno (“regola/eccezione”), venga elusa; la *ratio legis* dell’altro si riduca alla ponderazione stessa<sup>36</sup>.

Di tal fatta, resta ferma l’obiezione, rivolta (in particolare) alle versioni meno attrezzate della dottrina del “diritto vivente”, di “intuizionismo neo-giusliberistico”, per non aver fornito una base cognitiva (una coerenza teorica), al sincretismo dominante, più solida rispetto agli sviluppi ermeneutici dell’“arte topica”: l’argomentazione suggellata dal principio di effettività (che, cioè, riceve pratica applicazione) e, come tale, “giusta” senza la necessità di invocare apertamente il diritto naturale, o di un’etero-fondazione in quel *medium*, tra l’interprete e la giustizia, rappresentato dal sistema.

Né pare aver sortito esiti confortanti l’esperimento di fornire, a quella dottrina, un fondamento politico-positivo.

Le trasformazioni economiche, sociali e culturali che hanno disgregato il presupposto dello Stato liberal-democratico (la compattezza della sua società politica), una volta recepite dalla “carta fondamentale”, avrebbero comportato, nella forma (e nelle fonti) del diritto, quel passaggio allo “Stato costituzionale” contraddistinto dall’introduzione dei “diritti di giustizia” (accanto a quelli tradizionali, “di libertà”), aventi “natura oggettiva” e volti ad istituire un ordine che si porrebbe come “verità sociale”, capace di conferire una giusta dimensione ad ogni interesse individuale.

Il rischio di una degenerazione nello “Stato etico”, dal nuovo costituzionalismo si vorrebbe scongiurato grazie all’assetto pluralistico: riscontrando (nelle carte fondamentali) l’affermazione delle diverse concezioni

<sup>36</sup> LUHMANN, *op. ult. cit.*, p. 77 s.

della giustizia, ed operando tra di esse un confronto al fine di comporle. A ciò s’aggiunga che il determinarsi di una “definizione giuridica della giustizia” per via di “principi (materiali, riferiti alle nuove soggettività, sociali e politiche, istituzionalizzate)”, ne implica il superamento della tradizionale riduzione positivista alla legge. I “principi”, a differenza delle “regole” (quali forme ordinarie della legge), in quanto privi di fattispecie, attingerebbero il loro significato operativo solo reagendo direttamente col caso ad essi sottoposto. Così, però, neutralizzando le due distinzioni poste a cardine dello “Stato di diritto”: tra legge positiva e diritto naturale (già resa precaria dalla costituzionalizzazione di buona parte dei precetti morali fatti propri da quest’ultimo); tra Legislazione e (Amministrazione-) Giurisdizione.

Dal momento che la struttura secondo “principi”, con la quale si positivizzano certi contenuti, implica un’incorporazione del valore nel fatto (essere), il secondo reca con sé la pretesa normativa (dover essere). Pertanto, il diritto verrebbe sottratto, sul piano gestionale, al paradigma della *scientia iuris*, per essere inquadrato secondo quello della *iuris prudentia*. Così, se la legge sotto le Costituzioni liberali gerarchizzava i principi, la vigenza della giustizia (quale fonte concorrente), col sostituire alla “tirannia del valore” il pluralismo dei principi equiordinati, impedisce di comprendere il diritto come “scienza” della loro composizione, quest’ultimo presentandosi solo come “prudenza” del loro bilanciamento. Dunque, se la giustizia si manifesta attraverso il “caso”, la giurisprudenza non può che essere il soggetto elettivamente deputato al bilanciamento (tra la *ratio*, di cui il fatto sarebbe divenuto portatore, e la *voluntas* della legge mitigata dalla concorrente giustizia), attraverso una rediviva equità che avrebbe assunto le vesti della “ragionevolezza” (quale arte della composizione in vista della co-esistenza).

A tale versione del costituzionalismo moderno, può obiettarsi che quello “vivente”, inteso nella forma descritta di vigenza del diritto naturale (che rende mite la legge e, per essa, il diritto), attraverso il *medium* della giurisprudenza, è frutto di una letteratura accademica ormai auto-referenziale la quale trascura che, nello “Stato costituzionale”, la pretesa che il caso rivolgerebbe al diritto non inerisce al fatto in quanto tale, bensì al senso che quest’ultimo riceve dalla sua considerazione secondo un principio costituzionalmente positivo.

“Perciò, non uno schema lineare (proprio del diritto naturale) che dalla natura/fatto va al diritto, ma uno schema circolare (proprio del diritto positivo) che dal diritto va al fatto per tornare al diritto. Così, può ben accadere che il fatto si possa prospettare in modo diverso da come appare compreso da una norma o secondo un principio. ... ciò non dipenderà da un senso proprio del fatto ma dalla diversità del punto di vista dal quale viene riguardato, e cioè dalla circostanza che esso viene (ri)considerato a partire da un principio giuridico diverso. Dunque il fatto non parla di sé ma del diritto da cui è illuminato. E ne parla con il diritto stesso, sicché non vi è un dialogo tra fatto e diritto ma piuttosto un confronto all’interno del diritto tra comprensioni (giuridiche) rivali del fatto. E perciò, ascrivere la “verità” al fatto equivale, comunque, a prescrivere la “verità” per decreto”<sup>37</sup>.

Oltretutto, l’impraticabilità, di tale forma del diritto vivente, meglio si apprezza alla luce del diritto “comunitario” (*id est*, del modo in cui l’interpretazione della legge viene da quest’ultimo vincolata e modificata). Infatti, alla base dell’ordine giuridico europeo si rinviene una concezione dell’interesse pubblico diversa, se non antitetica, rispetto a quella che ha ispirato per decenni le corrispondenti politiche in Italia (come in Germania, nel Regno Unito, in Francia). Nella filosofia politica del *Welfare State*

“l’interesse pubblico viene tutelato attraverso un intervento pubblico, che si realizza a mezzo – spesso – di prestazioni pubbliche di tipo universalistico o rivolte a cerchie determinate di beneficiari, misure che producono effetti distributivi o redistributivi, importano un crescente prelievo fiscale, presuppongono incisive limitazioni della libertà d’impresa (...)

Espressione di questa filosofia in Italia... è [rinvenibile] all’art. 41, comma 3° della Costituzione: ‘la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali’ (...)

L’interesse pubblico del diritto europeo invece è l’interesse pubblico dello Stato liberale, l’interesse a che ciascuno persegua il proprio

<sup>37</sup> M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 244-246.

interesse individuale, all'interno di un mercato concorrenziale che i pubblici poteri garantiscono, in cui il benessere dipende dall'impresa anziché dall'intervento pubblico; in cui la redistribuzione della ricchezza viene affidata a un processo che privilegia la produzione anziché costituire un *pruis* rispetto alla produzione.

Un interesse pubblico così concepito non solo è tendenzialmente antitetico all'interesse pubblico del Welfare State, ma segna un limite alla stessa libertà del potere legislativo di individuare nuovi interessi pubblici e di apprestarne la tutela: interessi corporativi, cioè interessi di collettività minori che le politiche dello Stato del benessere hanno eretto a interessi pubblici vengono in certa misura squalificati in ossequio ad un interesse pubblico che tende a prospettarsi sempre più come un interesse pubblico generale, cioè quell'interesse pubblico generale che viene tutelato nelle forme tradizionali dei codici<sup>38</sup>.

Comunque, il problema permane anche di fronte all'obiezione per cui l'ordinamento “comunitario” conosce sempre più incisivi temperamenti della propria anima liberista. Infatti, diversi ambiti di materia (ancora una volta esemplificativamente, il diritto pubblico dell'ambiente) dimostrano che: ci si muove in una fase in cui i criteri dominanti restano pur sempre quelli derogatorio (“in salsa” equitativa) e della responsabilità (per danno già cagionato); mentre permane un (acceso) dibattito intorno all'impiego sia dei principi d'“integrazione” e di “precauzione” sia di formule (es., pericolosità di determinate situazioni) “oggettivanti” l'imputazione.

Può, dunque, concordarsi sulla necessità che il pensiero giuridico trascorra da “sistemi di concetti” (nel solo interesse della conoscenza, intesa come ordine) a “sistemi di azioni”; non sulla “resa incondizionata” all'“intuizionismo” (opportunismo). Piuttosto, si deve pensare ad una dogmatica di nuovo stile che asseconi il dato per cui i confini dell'orizzonte del passato (*input*) e di quello del futuro (*output*) pongono esigenze diverse alla struttura di un sistema (rispettivamente, schemi ipotetico-casuistico e consequenzialista).

<sup>38</sup> G. CORSO, *L'interpretazione della legge nel diritto amministrativo*, in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 261 s.

6. *Interesse pubblico: da mero “requisito” dell’atto ad una nozione epistemologicamente “matura”*

Prestando seguito agli impegni assunti anche per la *pars construens*, pare preferibile di muovere da certo contesto statuale della modernità, in cui l’azione degli apparati amministrativi non s’identifica più con l’ordinamento (*rectius*, non si esaurisce nel medesimo), per cui:

- di là dai profili evolutivi d’interazione disciplinare (per informazioni-regole) su base sistemica;

- la progressiva eclissi del principio legittimante di competenza (inteso in senso weberiano) segna la crisi della nozione giuridica d’interesse pubblico, come organicamente compendiabile nell’Amministrazione<sup>39</sup>.

D’altronde, un raffronto tra ordinamenti nazionali fornisce l’abbrivo per siffatto indirizzamento: non potendosi fare a meno di constatare che la valutazione di preminenza fra i “requisiti” dell’atto (legittimità formale e rispondenza all’interesse pubblico della sua affermazione-conservazione) perde definitivamente la stabilità minima che le poteva conferire una parvenza “ontologica” all’interno di ciascun ordinamento; posto che s’attaglia, di volta in volta, all’uno od all’altro degli stessi requisiti<sup>40</sup>. Corrispondentemente, sul piano della scienza giuridica, si va progressivamente diffondendo l’orientamento che, laddove il Legislatore faccia uso di norme genericamente attributive di un potere, “lasciando le cose aperte per il futuro e consentendo un approccio flessibile ai problemi del domani”:

- perorando il metodo della “contaminazione”, asseconda un processo comune a differenti esperienze ordinamentali;

- quantomeno, nella misura in cui quel rapporto sinergico esalti la pienezza del sindacato giurisdizionale sull’argomentare delle autorità

<sup>39</sup> F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 133 s.

<sup>40</sup> D. DE PRETIS, “*Illegittimità comunitaria*” dell’atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, p. 725 s., pp. 728-730. Cfr. pure: A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo – I Annullamento e revoca tra posizioni “favorevoli” e interessi sopravvenuti* - Napoli, 1991; ID., *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in *La nuova disciplina dell’attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento* (atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005 – a cura di G. Clemente di San Luca –), Torino, 2005, p. 215 s.

preposte ai pubblici interessi; al contempo, nell’osservanza dello schema logico della *deference*, seguendo il quale, alla condizione di organo *super partes*, si affianca il dovere del giudice di rispetto degli ambiti di valutazione non sostituibili con apprezzamenti soggettivi del medesimo<sup>41</sup>.

Se non che: nonostante l’interesse pubblico rappresenti ormai il “problema essenziale del diritto amministrativo”<sup>42</sup>; per lungo tempo non ha conosciuto che uno scarso approfondimento, reputandosi appagante un’accezione teoricamente “negletta”, di cui restano ancora tracce evidenti:

“quale connotazione di un’opera, di una attività o di una funzione, ha carattere aperto e/o indeterminato, non essendo vincolata ad alcuna espressa qualificazione legislativa né alla pertinenza soggettiva dell’iniziativa: essa si presta quindi ad abbracciare qualunque intervento che, a prescindere dalla sua appartenenza tipologica, risulti rispondere, nel concreto contesto sociale ed economico in cui deve essere realizzato, ad una finalità rilevante ed utile per la collettività (e non solo per il soggetto che se ne faccia promotore)”<sup>43</sup>.

Da qui, la necessità di alcune puntualizzazioni.

Innanzitutto, dal momento che al metodo mutuato dal diritto privato (secondo una matrice culturale pandettistica) ci si sia rifatti onde stabilire o fondare “il sistema di quei principi giuridici che regolano l’attività dello Stato pel raggiungimento dei suoi fini”: tale tecnica presenta l’indubbio pregio di conferire giuridicità all’Amministrazione; al contempo, però, determina un effetto fortemente penalizzante sul prosieguo dell’elaborazione. Infatti, nel modello civilistico, gli interessi dei privati (*rectius*, il loro perseguimento) venivano intesi come giuridicamente irri-

<sup>41</sup> Ultimamente S. VALAGUZZA, *La contaminazione come metodo di conoscenza per la scienza giuridica. Una sperimentazione a partire dal diritto processuale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2019, p. 1285 s., pp. 1301-1302, 1319.

<sup>42</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 91.

<sup>43</sup> T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 31 gennaio 2017, n. 183, in *Foro amministrativo*, 2017, p. 234 ove si puntualizza che: “Anche un intervento funzionale al raggiungimento di scopi di carattere lucrativo può astrattamente soddisfare esigenze di carattere pubblico e/o di pubblica utilità”.

levanti (*utilitas facti*), in contrapposizione ai diritti soggettivi<sup>44</sup>; di guisa che, traslando quel discorso,

“la dimensione teleologica dell’attività amministrativa, il perseguimento degli interessi pubblici, assumeva rilevanza come ‘ius imperii’, cioè, ancora, speciale prerogativa o ‘facultas’ dell’amministrazione, giustificata per la cura d’interessi pubblici, ma questi, almeno all’inizio, non entravano tra le componenti del sistema giuridico.

In un secondo tempo, il perseguimento degli interessi pubblici assunse rilevanza in sede di teoria dell’atto amministrativo; ma anche questa sistemazione corrispondeva al modello civilistico della causa del negozio giuridico privato concernente sistemazione di beni”<sup>45</sup>.

Pertanto, l’interesse pubblico bastava a dar causa all’atto; mentre, “il più o il meno” del primo veniva fatto rientrare fra le questioni di opportunità, non di legittimità<sup>46</sup>.

Per altro verso, si è acutamente osservato che:

“(…) se è chiara la rilevanza che assume l’interesse individuale protetto come diritto soggettivo mediante l’apposizione di corrispondenti limiti a poteri dell’amministrazione, meno chiari appaiono i caratteri dell’interesse pubblico connesso a questi limiti stessi, perché esso sembra svolgere un doppio ruolo: con maggiore evidenza, quello di interesse dell’amministrazione, contrapposto a quell’interesse individuale, e protetto entro i limiti posti ai poteri dell’amministrazione medesima; ma non solo: questo interesse dell’amministrazione, in tanto può essere limitato nei confronti di tale interesse individuale, in tanto può essere piegato alle esigenze della sua tutela, in quanto

<sup>44</sup> E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, 1972, p. 2: “(…) era l’esigenza di libertà a rendere egualmente importanti, ossia indifferenti, i contrapposti interessi dei privati, e, quindi, a far collocare al centro la volontà in sé considerata o come punto di riferimento per giungere all’individuazione di quell’interesse che costituisce il nocciolo del diritto soggettivo”.

<sup>45</sup> E. CANNADA BARTOLI, *op. ult. cit.*, p. 2.

<sup>46</sup> F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (rist.), par. 290; U. Forti, *I “motivi” e la “causa” negli atti amministrativi*, in *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, I, p. 490.

questa sua conformazione sia in funzione di un altro interesse: di un interesse che non può che essere di livello più elevato di quello che è pubblico, nel senso che è dell'amministrazione pubblica, e che dunque, per questo solo dato, è anch'esso pubblico, e anzi a maggior ragione pubblico”<sup>47</sup>.

In quest'ottica va inteso certo complessificarsi del “problema (del rapporto) amministrativo”: in quanto esposto (anche) ad una sorta di dissolvenza nella quale è incorsa l'autonomia normativa degli enti pubblici (c.d. di azione) rispetto al Parlamento, le cui leggi non si limitano a conferire ai primi determinate prerogative, ma sovente ne disciplinano l'esercizio stesso. Si è andata via via smarrendo

“la consapevolezza dei valori che sono sottintesi dal perseguimento da parte del ... 'vero e proprio' legislatore [Parlamento], di interessi pubblici che sono generali, nel preciso significato che questo aggettivo acquista, quando si considera che tali interessi costituiscono la sintesi suprema degli interessi di tutti i soggetti di quell'ordinamento che non a caso è parimenti detto generale: in quanto comprende anche i soggetti privati, che come tali già al suo livello mantengono la propria soggettività, la propria individualità. Correlativamente, si è persa la consapevolezza del carattere insuperabilmente di 'parte' che l'amministrazione rivela, e della 'parzialità' dei suoi interessi, per quanto pubblici, che persegue nella costruzione del suo ordinamento, nei confronti degli interessi che persegue il ... 'vero e proprio' legislatore, quando costruisce il suo ordinamento, quando costruisce l'ordinamento generale. Di conseguenza, si è persa la consapevolezza che la normazione di azione, in quanto sostanzialmente posta in funzione di interessi di 'parte', anche se pubblici, quali devono essere comunque riconosciuti gli interessi dell'amministrazione, non può assurgere alla dignità della più elevata normativa di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, che viene a porsi come elemento costitutivo dell'ordinamento generale, per il solo dato formale

<sup>47</sup> A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 95 s., pp. 99-100.

che essa viene ugualmente adottata in quella veste legislativa che è propria di questa. Così, proprio nel periodo storico nel quale sempre più largamente la normativa di azione assume forma legislativa, per le stesse ragioni politiche e istituzionali generali che hanno provocato questa evoluzione, sempre più difficilmente si possono percepire le differenze sostanziali tra questa e la normativa di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione; e non solo tra la prima e la seconda: anche, e ancor più, tra la seconda e la prima"<sup>48</sup>.

Per altro verso ancora, deve registrarsi una tradizionale trascuratezza del giurista verso l'interesse pubblico in certa propensione a "trattarne" separatamente rispetto (alla discrezionalità come) all'interesse legittimo sostanzialmente inteso<sup>49</sup>. Ciò, a sua volta, si spiega con due ordini di ragioni.

Innanzitutto, per via della teorica in forza della quale nel processo amministrativo (giuridicamente) si farebbe questione del solo interesse pubblico o dell'interesse legittimo come coincidente col primo (da cui "riceve[rebbe] la vita"), così riducendo il secondo al rango di mero potere di reazione nei confronti del provvedimento illegittimo<sup>50</sup>. Risponde al vero che tale tesi ha raccolto un seguito minoritario<sup>51</sup>; pur trattandosi della più raffinata fra quelle originatesi dal medesimo impianto, per cui l'unica situazione giuridica, soggettiva, sostanziale logicamente ammissibile sarebbe il diritto soggettivo<sup>52</sup>. Ma ciò si spiega in ragione delle obiezioni tradizionali che si appuntano: su di una concezione rigidamente compartimentale quanto alla distinzione tra norme di relazione e norme

<sup>48</sup> A. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 205.

<sup>49</sup> Onde spiegare lo scarso approfondimento riservato alla nozione di "interesse pubblico": E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, 1972, p. 1 s.

<sup>50</sup> E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa* (prolusione al corso di diritto amministrativo pronunciata il 14 dicembre 1936), in *Archivio di diritto pubblico*, 1937, p. 51 s. (ora in Id., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 10).

<sup>51</sup> A. GLEIJESES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, pp. 27-29, p. 32 s., parla dell'interesse legittimo come (di una situazione soggettiva) coincidente con quello pubblico.

<sup>52</sup> F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d. (1910), p. 3.

di azione, e quindi tra illiceità ed illegittimità; sull’asserto secondo cui il processo amministrativo tutela soltanto l’interesse pubblico individualizzato nell’Amministrazione<sup>53</sup>. In particolare, da diversi decenni la dottrina ha posto l’accento sulla giuridica implausibilità sia della tesi secondo la quale le norme “di azione” sarebbero poste a tutela del solo interesse pubblico, sia di quella per cui l’interesse sostanziale dell’individuo possa ridursi a mero fatto di legittimazione<sup>54</sup>.

Il secondo ordine di spiegazioni di una trattazione separata dell’interesse pubblico rispetto all’interesse legittimo sostanzialmente inteso, può così articolarsi: per via della connotazione “anfibia” di un raffronto (l’interesse legittimo designando una situazione giuridica, l’interesse pubblico – attecnicamente – un’utilità per l’Amministrazione<sup>55</sup>); altrimenti, identificando l’interesse legittimo con un sotteso interesse sostanziale, privato, in ragione dell’inammissibilità di una “correlazione” con un interesse (quello pubblico) individuato normativamente, dato che “laddove arriva la legge la definizione del rapporto fra gli interessi è per intero assorbita al suo livello senza spazi residui” eppertanto, sarebbe da escludere una situazione giuridica strutturalmente distinta dal diritto soggettivo<sup>56</sup>.

Gli è tuttavia che quest’ultima tesi neutralizza la (possibilità di) correlazione (al pari dell’idea d’interesse pubblico in concreto) con meri espedienti verbali (es., “vincolo di scopo”, inteso come volto a perseguire non un interesse pubblico, ma interessi obiettivati e già formalizzati

<sup>53</sup> S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l’oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, pp. 251-25).

Quanto alla dubbia accettabilità della distinzione fra norme di azione e di relazione sul piano della teoria generale: M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, p. 229 s., p. 282.

<sup>54</sup> A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, I, pp. 6-7 s.

<sup>55</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, p. 76 s., pp. 80-81.

<sup>56</sup> A. ORSI BATTAGLINI e C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell’interesse legittimo*, in *Diritto pubblico*, 1999, p. 487 s., pp. 496-497. Cfr. pure: R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell’età della responsabilità*, in *Foro italiano*, 1999, I, col. 3201 s., p. 3212; M. PROTO, *La responsabilità dell’amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, nota a Corte cost., ord. 8 maggio 1998 n. 165, in *Responsabilità civile*, 1998, p. 966 s.

in una regola – legge o atto amministrativo –, a prescindere dai singoli e concreti aspetti che costituiscono i motivi della manifestazione di volontà dell'Amministrazione<sup>57</sup>); sì da concludere risolutamente nel senso dell'“irrelevanza della nozione di interesse pubblico nella qualificazione delle situazioni soggettive”<sup>58</sup>. Così facendo, però, il medesimo costrutto pare prestar il fianco a due ordini di obiezioni.

Innanzitutto, se l'art. 97 Cost. fonda, ad un tempo, la compiuta risoluzione dell'interesse pubblico nell'ordinamento e, mediante la nozione di legittimità “allargata”, il contenuto dell'interesse legittimo (“che non è possibile definire che in relazione all'interesse pubblico siffattamente risolto”): non solo vi si coglie l'essenzialità della prospettiva di giustizia per la comprensione del diritto amministrativo; ma ne risulta “sconfessata” qualunque interpretazione ritualistica della legalità, sì da farne emergere gli aspetti sostanziali<sup>59</sup>. In buona sostanza, si tratta di condurre l'interesse legittimo, dalla condizione di “testa di ponte” della legittimità in certa area del merito, a strumento di massimizzazione della legalità stessa in chiave di tutela (processuale e procedimentale) di beni della vita.

In secondo luogo, quella tesi “tradisce” una concezione di regola giuridica invariabilmente attestata secondo lo schema (imperativo – al più nella sua versione finalistica – *id est*) ipotetico-casuistico<sup>60</sup>. La risposta al dilemma concettuale di partenza sembra allora doversi ricercare altrove: prendendo spunto dall'irriconducibilità a quest'ultimo delle disposizioni di matrice “conseguenzialista”; sì da dover ricorrere ad una nozione epistemologicamente “matura” d'interesse pubblico: non come appartenente (in via esclusiva) all'Amministrazione, bensì visto nella dinamica della

<sup>57</sup> Così, sia pur nei confronti di atti di diritto privato, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, pp. 160-164. Sia consentito di rinviare, al riguardo, a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, par. 3.9.3.

<sup>58</sup> Cfr., al riguardo, A. ORSI BATTAGLINI, “L'astratta e infeconda idea”. *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico* (AA.VV.), Bologna, 1990, p. 11 s., p. 73.

<sup>59</sup> E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, pp. 9, 18-19.

<sup>60</sup> L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico.*, 1968, p. 274 s., p. 290.

sua determinazione e quindi nella confluenza dei vari interessi che in tale dinamica sono coinvolti, compresi quelli degli amministrati; quale quella suffragata dalle logiche del “circolo ermeneutico” e dei meccanismi decisionali (interpretativo-applicativi)<sup>61</sup>.

### 7. *Pensiero problematico e discipline “regionali”*

L’ultimo ordine di connessioni testé formulato necessita di essere compiutamente sviluppato: dato che i risultati dell’esplorazione a livello ontologico, tornando sul piano epistemologico e per coerenza con l’affermata distanziamento da logiche valoriali, finiscono col tradursi in una riqualificazione dell’ermeneutica secondo il “razionalismo critico”. Quest’ultimo paradigma generale:

- rivelati i limiti del metodo induttivo, ha predicato la consapevolezza delle conseguenze alle quali conduce l’impiego di mezzi pur soggettivamente “adeguati” (logica “operazionale” dei costi/benefici);

- per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell’esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle “teorie rivali”, onde condurre all’emersione degli errori (“falsificazione”) ed alla loro eliminazione<sup>62</sup>.

Ciò, in una condizione del sapere sempre mutevole, mai definitiva, benché non sprovvista dell’attributo dell’oggettività: dato che il prodotto della discussione scientifica, critica (ossia – almeno in una certa forma –, “razionale”), prevalente in un determinato tempo per avere dimostrato il maggior grado di resistenza, è conoscenza; come tale, distinta dalle semplici opinioni (dalle “credenze”) che essa sospende in forza della sua “evidenza”.

Una teoria, dunque, capace di conquistare il consenso di coloro i quali vedano, nel metodo della discussione razionale (“problematico”), uno strumento di riconciliazione fra pensiero generale e discipline “regionali” (compresa quella giuridica).

<sup>61</sup> L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell’amministrazione pubblica*, Milano, 2017, p. 122 s., p. 289. In tal senso, già A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, p. 65, p. 77.

<sup>62</sup> Cfr.: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, p. 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, p. 59 s.

Segnatamente, entrando in tale ordine di idee, meglio si apprezza una concezione “logica” del processo ermeneutico(-applicativo) di tipo “circolare”, in corrispondenza della quale il giudizio valutativo e concreto non anticipa la determinazione volitiva, ma con essa s’identifica, progressivamente definendosi. Altrimenti, nell’ottica della teoria logicistica della decisione (che la equipara ad un sillogisma pratico), la duplicazione delle fasi (posizione della regola del caso concreto e determinazione della susseguente decisione) si rivela non solo una inutile complicazione<sup>63</sup>, ma (quel che è peggio) un’aberrazione (in senso metafisico) del processo. Così (anticipando gli esiti di un discorso specialistico), se si accetta l’insegnamento secondo cui la discrezionalità (come giudizio pratico) discende da una comparazione e ponderazione quali-quantitativa degli interessi (pubblici e privati) immanenti in un dato contesto sociale<sup>64</sup>; alla luce di quanto esposto sul piano metodologico, non per questo può aderirsi pedissequamente alla sintesi che di seguito prospetta l’identificazione dell’apprezzamento discrezionale (come attività intellettuale antecedente al momento di formulazione definitiva della volontà<sup>65</sup>) con una fissazione del rilievo dell’interesse essenziale (o primario) “in più o in meno” rispetto a quelli secondari<sup>66</sup>. Infatti, se, in un dato contesto storico, gli interessi concorrenti o contrastanti debbono considerarsi tali, sia che facciano capo a singoli od a gruppi, sia che risultino riferibili all’intera comunità (od appaiano obiettivi, entità incommensurabili); è intuitivo (e plausibile) che “fissare il rilievo e l’importanza di un interesse entro o di fronte una costellazione di altri interessi non è opera di ragione, anche se

<sup>63</sup> B. CROCE, *Filosofia della pratica: economica ed etica*, Bari, 1923, pp. 27-28; Id., *La storia come pensiero e come azione*, Bari, 1965. Per la rilevanza del pensiero crociano sui problemi di storia e scienza del diritto, G. CASSANDRO, *Storia e diritto - un’indagine metodologica-*, in *Rivista storica di diritto italiano*, 1966, p. 5 s. Cfr. pure: P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, ora in *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, p. 41; Luigi (Gino) Gorla, *L’interpretazione del diritto*, Milano, 1941, ove coerentemente se ne fa seguire la rivalutazione dei casi concreti e l’approfondimento (filologico potrebbe definirsi) dei testi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 41.

<sup>64</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 74.

<sup>65</sup> M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, pp. 72-73.

<sup>66</sup> M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, pp. 76-79.

soggettiva: è già optare per un valore piuttosto che per un altro, equivale già alla scelta e cioè in ultima analisi alla volizione”<sup>67</sup>.

Tale concezione presenta il pregio di adattarsi a qualunque contesto “strutturale” in cui s’inseriscono i “fatti” dai quali dipende il giudizio subiettivo. Dunque, proprio sul versante di un aggiornamento epistemologico all’insegna del “circolo ermeneutico”, esteso (dal dilemma delle “anticipazioni di senso”) ai meccanismi che sovrintendono alla comprensione-applicazione delle disposizioni normative, occorrerà sopperire ai limiti che ancora denuncia una parte almeno dei “formanti” del diritto amministrativo, emblematicamente rifacendosi ad una concezione: della legittimazione del potere, sbilanciata a favore del momento soggettivo; nonché, del vizio di *eccesso di potere*, secondo scansioni dettate da “situazioni sintomatiche”. Laddove, in ambiti di disciplina improntati ad un criterio di tipo “conseguenzialista”, si perviene ad un esito di giustizia solo se risulta “corretto” il rapporto: fra criteri di legittimazione, a vantaggio di quello oggettivo; fra sindacati, la funzione di quello di legittimità venendo assunta da quello di merito (inteso quale effettivo soddisfacimento dell’interesse pubblico )<sup>68</sup>.

Quanto al primo, con corrispondente massimizzazione delle adesioni da parte degli “interessati”<sup>69</sup>.

Quanto al secondo:

- all’occorrenza imponendo di procedere, sul piano amministrativo, ad un ri-esame; ferma restando, comunque, la previsione di adeguate ed effettive forme di responsabilità<sup>70</sup>;

<sup>67</sup> F. LEVI, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, p. 220 s., pp. 226-227.

<sup>68</sup> LEVI, *op. ult. cit.*, p. 551 s. Per un confronto può rinviarsi a G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, XXVI, 1976, p. 130 s., p. 139. Sulla storicità delle categorie di legittimità, opportunità, merito, diritto amministrativo, scienza dell’Amministrazione: E. Cannada Bartoli, *Interesse (diritto amministrativo)*, cit., pp. 2-3.

<sup>69</sup> LEVI, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., pp. 227-228. Sul ruolo della scienza nel far convergere “legge” ed “azione”, nonché sull’apporto del “razionalismo critico” in ordine al problema della “calcolabilità” delle conseguenze, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell’amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, cit., parr. 1.2.1. e 1.4. (*ivi*, testo corrispondente a nt. 188).

<sup>70</sup> G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere (la prima scienza del diritto*

- sul versante decisional-giudiziale, estendendovi l'annullamento anche nell'ipotesi in cui si verifichi che è stata ingiustificatamente disattesa una soluzione più soddisfacente (pur quando quella adottata sia risultata ragionevole) rispetto al problema giuridico; salvo il limite di un sacrificio "oltremisura" dell'interesse del privato (s'intende, in assenza del consenso di quest'ultimo).

8. *Dal "sistema logico" alla "logica (della differenziazione) sistemica". Il "tipo normativo di problema" come paradigma correlato a quel novum*

La valorizzazione dell'apporto della dogmatica sociologica a beneficio di quella giuridica, ai fini dell'indagine specifica, impone un ulteriore ordine di connessioni. L'autonomia (di senso) che lo contraddistingue, comporta che il sistema giuridico, per poter apprestare proprie soluzioni alla complessità della fenomenologia con la quale è chiamato a confrontarsi, applichi a quest'ultima meccanismi selettivi in grado di ridurla a problemi riconoscibili dal medesimo. Accade, cioè, che operi quella che, dalla teoria generale dei sistemi, è indicata come "strategia di trasposizione del problema"<sup>71</sup>. Pertanto, il sistema giuridico deve

"mettersi in condizioni di osservare in sé stesso codesto proprio [contesto] (= l'altro sistema) e deve stabilire con esso rapporti di accoppiamento strutturale, cioè deve realizzare con esso una coordinazione tale per cui le interazioni reciproche avvengano in modo che gli eventi dell'uno si limitino a indurre, a 'innescare' nell'altro sue selezioni di eventi suoi propri, si diano semplicemente come suoi presupposti di proprie operazioni"<sup>72</sup>.

"Il paradigma del tipo normativo di problema intende, appunto, esprimere scientificamente questi modi specifici nei quali la generale strategia sistemica della 'trasposizione' opera nell'ambito giuridico.

*amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*), Padova, 1989, pp. 357-359.

<sup>71</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, tr. it. Milano, 1983 e M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, cit, pp. 148-149.

<sup>72</sup> M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 111-113.

Definendo le fattispecie normative in termini di tipo normativo di problema si condensa il profilo formale dell’astrazione normativa (= l’aspetto ‘estensionale’ della fattispecie ed il paradigma ‘sommativo’ che gli corrisponde ...) con il profilo funzionale della ‘trasposizione’ (= l’aspetto ‘intensionale’ della fattispecie e il paradigma ‘proporzionale’ che gli corrisponde ...) che essa è destinata ad operare e si coglie, perciò, in termini scientifici la connessione specifica tra fattispecie astratte e ratio della tipizzazione normativa ...”<sup>73</sup>.

### 9.1. *Implicazioni. Interrogativi connessi*

L’inclusione di una strategia della trasposizione, nella teoria del diritto moderno come sistema “cognitivamente aperto ma normativamente chiuso”, ne condiziona profondamente il paradigma, sovvertendo gli interrogativi al medesimo rivolti dal giurista nell’occuparsi del problema concreto. Accade così che:

- al quesito di matrice essenzialistico-metafisica (“cos’è?”), che allude “ad un’essenza che è tale in ogni campo e ad una logica secondo la quale ogni entità ha da dare una sola risposta quale che sia il punto di vista dal quale la si interroghi”<sup>74</sup>;

- si sostituiscano nuove domande (“di che parla? come lo ha visto?”).

Nell’ottica del nuovo paradigma, alla prima coppia di domande, se ne fa seguire un’altra: “come lo ha organizzato? come in conseguenza ne ha riarticolato i problemi?”. Interrogativi tesi a focalizzare la struttura che il sistema giuridico ha conferito al modello di realtà che, in base al suo punto di vista, si è dato.

“Tale operazione, dunque, mette in evidenza la logica che presiede alla organizzazione del modello giuridico e risponde al primo dei due summenzionati interrogativi. Ma dà ingresso anche al secondo, poiché la comprensione della logica organizzativa racchiusa nella costruzione di un modello giuridico o di una fattispecie normativa vale a determinare il modo nel quale i componenti ... di tali modelli e fattispecie si strutturano in rapporto alla collocazione che essi rice-

<sup>73</sup> M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 116-119.

<sup>74</sup> M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 119 s.

vono nel loro (= di modelli e fattispecie) ordine sequenziale ed al compito che in siffatto ordine sono deputati ad assolvere. Codesti componenti, infatti, si danno non più, come nell'ordine essenzialistico e 'sommativo', quali elementi strutturati a priori bensì come strumenti la cui struttura e le cui operazioni si determinano in funzione dell'organizzazione in cui vengono di volta in volta inseriti e della 'veduta' in essa incorporata. Sicché si deve parlare di un passaggio, che la comprensione del diritto come sistema epistemico esige, dalla fattispecie sommativa alla fattispecie organizzativa"<sup>75</sup>.

### 9.2. *Sostituzione dei "concetti-sostanza" con "concetti-funzione"*

Quanto testé esposto, a sua volta, presenta implicazioni concettuali di rilievo. La forma tradizionale di astrazione poggia sull'idea (di matrice aristotelico-platonica) del generale come universale, sull'ipostattizzazione dei connotati "essenziali" di un oggetto, rispetto ai quali gli altri, meri "accidenti", vengono pretermessi<sup>76</sup>. Di tal fatta, ogni concetto "perde in 'comprensione' ciò che guadagna in 'estensione'"<sup>77</sup>. Così denunciando (all'insegna dei postulati metafisici) un duplice arbitrio: un'astrazione-selezione fondata sulla "sostanza" che, come tale, tralascia una pluralità di ulteriori punti di vista secondo i quali il medesimo oggetto può essere considerato; la sostituzione, all'originaria totalità, di una parte soltanto dei suoi elementi, sì da non rendere intellegibili le "determinazioni" (concetti inferiori) dell'astrazione medesima. Laddove i "concetti-funzione" non si limitano ad indicare (e consentire) un'operazione specifica dell'essere razionale: finalistica (di un'attività rispetto ad uno scopo), sostituendo all'idea di "oggetto", come limite estremo della conoscenza-comprensione, quella di "suo tramite" (di compagine di relazioni). Tali concetti, infatti, nel mondo della giuridicità: esplicitando i punti di vista che presiedono alla loro formazione, sostituendo gli elementi accidentali con variabili (correlate a costanti di una medesima funzione normativa fondamentale, articolata in distinte

<sup>75</sup> M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 121-123.

<sup>76</sup> M. FRIEDMAN, *La filosofia al bivio*, Raffaello Cortina Editore, 2004.

<sup>77</sup> M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, cit., p. 103.

*sub-rationes*); consentono di disporre di un criterio di “verificabilità” delle relative determinazioni<sup>78</sup>.

10. *Apporto del pensiero dogmatico alle manifestazioni dell’ordinamento “orientate verso il passato”. Limiti*

Così giunti, un discorso di metodo riferito al diritto amministrativo può mutuare, dall’opposto emisfero ordinamentale, il concetto di “fattispecie” quale tecnica di organizzazione del sistema giuridico, criterio di smistamento delle complessità di riferimento verso distinti principi regolativi<sup>79</sup>. Entro le condizioni testé riportate, dunque, si può condividere la tesi per cui lo strumento organizzativo della complementarizzazione

“è costituito, in ogni caso, dalla fattispecie, e cioè dalla determinazione delle condizioni di applicazione di un principio regolativo, la quale vale, al tempo stesso, a determinarne l’ambito di applicazione. Le relazioni di competenza, specializzazione, gerarchizzazione, ecc., secondo le quali si organizza la complementarità di principi altrimenti concorrenti/antinomici, sono istituite determinando ambiti distinti per ciascuno di essi, ossia riconducendo ciascuno di essi a fattispecie diverse e tra loro alternative”<sup>80</sup>.

“Le complessità marginali, pretermesse o sopravvenute provenienti dal [contesto], proprio in quanto non incontrano fattispecie atte a selezionarle adeguatamente, trovano difficoltà ad essere smistate verso i principi che potrebbero congruamente regolarle. Esse, perciò, producono quella che si potrebbe chiamare una crisi organizzativa, la quale richiede, per essere superata, la produzione di ulteriore organizzazione. E poiché il sistema giuridico si dà organizzazione attraverso la tecnica della fattispecie, il superamento della crisi organizzativa consiste, essenzialmente, in rideterminazioni delle fattispecie, tali da riassorbire il ‘caso organizzativo’, per via del quale la crisi si è manifestata. Ma, rideterminando le

<sup>78</sup> E. CASSIRER, *Sostanza e funzione*, tr. it. Firenze, 1973.

<sup>79</sup> M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, p. 167.

<sup>80</sup> M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 175.

fattispecie, si riassettano, al tempo stesso, le complementarizzazioni dei principi regolativi già istituite, nelle quali consiste il sistema giuridico”<sup>81</sup>.

Tuttavia, se si conviene che la “giustizia” (quale perfezione dell’unità del sistema giuridico) va riferita alle istanze rivolte al diritto dal dato di esperienza globale e che, d’altra parte, la dogmatica rappresenta il livello (interno al sistema) in cui le prime vengono “rispecificate e operazionalizzate”; non sembra che alla descritta dogmatica giuridica corrisponda una concezione di complessità tale da riflettere integralmente le evenienze fronteggiabili dall’ordinamento. In particolare (per via di certa precomprensione tradottasi in un deficit del pensiero problematico), ne resta escluso quell’“orizzonte del futuro” rispetto al quale lo schema ipotetico-casuistico e l’alternativa “regola/eccezione” non rappresentano modalità confacenti di regolazione.

#### 11. *Approdo ad un’accezione aggiornata di discrezionalità amministrativa “pura”*

Salve le complementari puntualizzazioni che fra breve verranno dedicate a certi sviluppi della categoria giuridica del “merito”, quanto esposto intende “restituire” un’immagine più consapevole di discrezionalità “pura” della Pubblica amministrazione<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> M. BARCELONA, *op. ult. cit.*, pp. 175-176.

<sup>82</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 23 marzo 2016 n. 1196, in *Foro amministrativo*, 2016, pp. 629-630 offre il seguente quadro definitorio delle scelte discrezionali: “(...) possono corrispondere alla cosiddetta discrezionalità amministrativa, ove si tratti di individuare la linea operativa più opportuna nel caso concreto, per il soddisfacimento dell’interesse pubblico (adeguatamente bilanciato con ogni altro interesse rilevante), ovvero a discrezionalità tecnica, quando l’esercizio del potere richieda non una valutazione di opportunità, ma l’esatta considerazione di un fatto secondo i parametri di determinate scienze o tecniche; in altri casi, infine, la discrezionalità può avere carattere misto, come nel caso dell’individuazione dei criteri selettivi in un pubblico concorso, trattandosi in tal caso di scegliere criteri idonei, affinché gli organi competenti possano individuare i profili ritenuti ottimali, per la copertura del posto da assegnare. Il controllo del giudice, in presenza di apprezzamenti tecnicamente verificabili, può incidere su valutazioni che si pongano al di fuori dell’ambito di esattezza o attendibilità, quando non appaiano rispettati parametri tecnici di univoca lettura, ovvero orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata, o di dottrina dominante in materia; in situazioni

Innanzitutto, per via delle implicazioni: tanto di teoria della norma giuridica, essendovi sotteso uno schema (non ipotetico-casuistico, pur corredato di formule problematiche, bensì) consequenzialista; quanto funzionali, rispondendo ad un “tipo normativo di problema” distinto

corrispondenti alla prima ed alla terza tipologia di valutazione discrezionale, invece, il vizio funzionale può emergere solo sotto il profilo dell’arbitrarietà, quando la ragione delle scelte amministrative compiute non appaia logica e verificabile, di modo che sia impossibile valutare l’effettiva rispondenza della scelta stessa all’interesse pubblico, perseguito dalla norma attributiva del potere”. Sulle persistenti difficoltà ad enucleare, da parte della giurisprudenza, una univoca nozione ‘in positivo’ di discrezionalità tecnica, cfr. pure: T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 2 maggio 2019, n. 980, in *Foro amministrativo*, 2019, pp. 850-851.

Un inquadramento conciso quanto lineare del progressivo avvicendamento, a scelte propriamente discrezionali, di scelte basate su regole delle tecniche, scientifiche od applicate che si esprimono in giudizi tecnici, si rinviene, oltre in E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giurisprudenza italiana*, 1910, IV, p. 10, in E. CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea* – atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna, 17-19 settembre 1992 –, Milano, 1994, p. 19, pp. 28-30, per cui: sotto “quella che continua ad essere chiamata discrezionalità tecnica, con una espressione peraltro ormai quasi ripudiata sul piano teorico (...) si accomunano attività non omogenee tra loro, quali gli accertamenti tecnici e le valutazioni tecniche, a tacere di altre più variegata puntualizzazioni. [Mentre i primi sono] ricondotti ad “elementi fissi” della fattispecie normativa (...) le cd. valutazioni tecniche (...) più si avvicinano a quelle puramente discrezionali. La differenza in teoria sussiste: la discrezionalità c.d. pura (...) è lo spazio lasciato alla scelta in vista di un interesse pubblico, laddove la discrezionalità tecnica, se si tratta di valutazioni, concerne elementi imprecisi che tuttavia non involgono la considerazione di interessi pubblici”. Cfr. pure: D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, Milano, 1967, III, p. 293; PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 87 s.; P. Virga, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, p. 95; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giurisprudenza italiana*, 1910, IV, p. 10; D. SORACE, *Notazioni in tema di posizioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela nella giustizia amministrativa*, in *Foro amministrativo*, 1988, p. 3914 s., pp. 3917-3918. Sulla base di ulteriore accezione, la discrezionalità tecnica andrebbe riferita non alla fase decisoria bensì a quella di rappresentazione della realtà, ogniqualvolta le regole extragiuridiche non consentano di effettuarla con risultati certi; correlativamente, potendo altresì enuclearsi una discrezionalità cd. mista, in corrispondenza della quale l’azione amministrativa si contraddistinguerebbe per una combinazione di discrezionalità tecnica (nella prima fase) e di discrezionalità amministrativa (nella seconda). Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 591 s.

anche rispetto a quello, di regolazione della responsabilità, cui sono chiamati a rispondere i già menzionati “concetti-valvola” (par. 5.).

Quindi, sul piano operativo. Innanzitutto, quella discrezionalità traducendosi in un “bilanciamento fra interessi” (vincolante sia per chi lo formula che per i destinatari) in corrispondenza del quale si assiste ad una legittimazione del momento decisionale, “oggettivante” (alla maniera del “circolo ermeneutico” più che “per competenza”) con coinvolgimento di quello pubblico eppertanto, in tal senso, prossimo all’area della doverosità. Corrispondentemente, tale altresì da assecondare un sindacato giudiziale:

- non più fondato (secondo una costante giurisprudenza) solo entro i confini della valutazione del fatto condotta dall’Amministrazione nonché, della coerenza dell’*iter* logico, avuto riguardo all’esattezza-attendibilità dei parametri procedurali adottati<sup>83</sup>;

- ma esteso alla sfera del “merito”, quando ciò trovi favorevole sponda nella (multi-)polarità della disciplina di riferimento (per via di uno schema normativo consequenzialista), conformemente al principio di effettività della tutela.

A tal punto, onde tentar di superare residue obiezioni che si vorrebbe legate ad un dato normativo in parte obsoleto in parte condizionato dai retaggi della tradizione, s’impongono alcuni svolgimenti sul discorso attorno al “merito” ed alla “giurisdizione di merito”. Ciò, beninteso, di là dal duplice riferimento, alla sostanza delle scelte (fra più soluzioni possibili) implicite nella gestione di ogni interesse, ed all’area d’incidenza delle situazioni giuridiche soggettive (in tal senso, riferibile anche agli atti di autonomia privata<sup>84</sup>).

Quegli sviluppi si ritiene di poter efficacemente affidare alle seguenti connessioni.

<sup>83</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 9 luglio 2013, n. 3611, in *Foro amministrativo*, 2013, pp. 2136-2137.

<sup>84</sup> A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di “merito”*, in *Diritto amministrativo*, 2008, p. 517 s., p. 527. A. Piras, *Invaldità* (diritto amministrativo), in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, 1972, p. 598 s., pp. 610-612. Cfr. pure: CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, p. 293 s., p. 321 s.; G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, XXVI, 1976, p. 130 s.

“(…) una parte, non esigua, della dottrina pubblicistica (...) ha inteso valorizzare la possibile assonanza terminologica del vocabolo ‘merito’ con la nozione del ‘merito amministrativo’. Assunto in questo significato il ‘merito’ è stato riferito direttamente all’atto amministrativo e ha portato a ritenere che il giudice, oltre ad acclarare la legittimità del provvedimento impugnato, potrebbe ‘anche procedere all’esame ed alla valutazione dell’altro aspetto essenziale dell’attività amministrativa, e molto spesso presente, vale a dire la opportunità, la convenienza, la utilità, la equità, la rispondenza da un lato alle esigenze dell’interesse pubblico’.

Così argomentando si è giunti alla conclusione (spesso più supposta che fattivamente dimostrata) che la giurisdizione di merito permetterebbe al giudice di ampliare il proprio sindacato, oltre che ai profili di legittimità dell’azione amministrativa, anche ai profili detti di ‘merito amministrativo’, cioè al giudizio sulla opportunità, la convenienza, [etc.] (...)

Da qui, inoltre, la giustificazione dei poteri di riforma e di sostituzione assegnati al giudice amministrativo: come tali diretti a ‘rinnovare, riproducendola, l’attività discrezionale che precede e presiede alla scelta relativa all’emanazione ed al contenuto del provvedimento amministrativo’.

Una prima impostazione teorica ha dunque ritenuto che la giurisdizione di merito sarebbe sinonimo di giurisdizione sul ‘merito amministrativo’, sull’opportunità”<sup>85</sup>.

“(…) altra ricostruzione dottrinale ha invece spostato l’attenzione sui mezzi istruttori del giudice amministrativo. Ha al riguardo sostenuto che il giudice di merito, pur essendo munito di poteri di sostituzione e di riforma, non potrebbe mai conoscere il merito dell’atto impugnato, ma avrebbe solo maggiore capacità di accedere al fatto; avrebbe cioè la ‘possibilità di confrontare la misura adottata dall’amministrazione con l’effettiva condizione delle cose, e quindi con l’effettivo rapporto tra le parti’. L’idea è stata, a suo tempo, ricavata dall’analisi dell’art. 44, comma 2 del R.D. 26 giugno, n. 1054 (ora abrogato) che

<sup>85</sup> F. D’ANGELO, *Rileggendo il terzo capitolo de “il merito dell’atto amministrativo”: Antonio Amorth e la giurisdizione di merito*, in *Diritto amministrativo*, 2021, p. 49 s., pp. 56-57 con ampie citazioni.

assegnava al giudice amministrativo di merito poteri istruttori non previsti in sede di legittimità: non solo la facoltà di ‘richiedere all’amministrazione nuovi chiarimenti o documenti’ e ‘nuove verificazioni’; ma anche di ‘ordinare qualunque altro mezzo istruttorio’<sup>86</sup>.

Alla luce di quanto testé riportato:

- premesso che, sulla base del vigente dato normativo, “(...) il criterio della maggiore conoscenza del fatto, per quanto storicamente fondato, non [può] più essere adoperato per caratterizzare in termini positivi la giurisdizione di merito”<sup>87</sup>;

- premesso altresì che la crescente rilevanza della *quaestio facti* non può andar disgiunta dall’inquadramento di quello amministrativo come processo di parti; sì da incanalare la giustificazione di un metodo acquisitivo (poteri officiosi), come correttivo del principio dispositivo (allegazione e correlato onere di prova), in funzione di un “obbligo di verità” *sub specie* di “obbligo di completezza-chiarificazione”<sup>88</sup>;

- “per conseguenza, anche la giurisdizione di legittimità, così come quella esclusiva, è divenuta una giurisdizione piena, di merito, nel senso processualcivilistico del termine; una giurisdizione proiettata alla completa cognizione del fatto e dunque del rapporto tra l’amministrazione e il ricorrente”<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> Sempre F. D’ANGELO, *op. ult. cit.*, p. 57 con correlate citazioni.

<sup>87</sup> F. D’ANGELO, *op. ult. cit.*, p. 65: “Il motivo è che tutta la giurisdizione amministrativa – intesa come unità delle tre giurisdizioni che la compongono coì relativi riti processuali – tende ad assicurare la piena cognizione del fatto da parte del giudice.

Lo chiarisce l’art. 63 del Codice del processo amministrativo che sul piano istruttorio abilita indistintamente il giudice a ‘chiedere alle parti anche d’ufficio chiarimenti e documenti’; a ‘ordinare anche a terzi di esibire in giudizio i documenti o quanto altro ritenga necessario’; a disporre la ‘ispezione’, la ‘prova testimoniale’ scritta, la ‘verificazione’, la ‘consulenza tecnica’ e tutti gli ‘altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile’. Si tratta di una norma che vuole ‘assicurare l’accesso al fatto in modo pieno, a conferma di un nuovo paradigma del giudizio incentrato sul rapporto senza il diaframma delle risultanze procedurali’” (con relativo corredo di giurisprudenza).

<sup>88</sup> F.G. SCOCA, *Mezzi di prova*, in A. Quaranta e V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.Lgs. 104/2010*, Milano, 2011, p. 537 s, segn p. 540. Recentemente è tornata sul tema V. BERLINGÒ, *Obbligo di chiarificazione e sanzioni probatorie nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2021, p. 50 s.

<sup>89</sup> F. D’ANGELO, *Rileggendo il terzo capitolo de “il merito dell’atto amministrativo”*: Antonio Amorth e la giurisdizione di merito, *cit.*, p. 65.

D'altronde, quando si travalichi dai confini domestici, ci s'avvede che la giurisprudenza è ormai orientata verso una *full jurisdiction* cui affidare la realizzazione del diritto al giusto processo di cui all'art. 6 CEDU<sup>90</sup>.

Di tal fatta, si può tornare al primo corno del problema della giurisdizione di merito (come estesa al profilo di opportunità):

- “al netto” delle speciali prerogative ancora riconoscibili al sindacato “esteso al merito” in punto di poteri sostitutivi;

- (come anticipato), quale “paradigma generale capace di plasmare i capisaldi del nostro sistema di giustizia amministrativa, traghettandolo al suo obiettivo finale in termini di pienezza ed effettività della tutela”<sup>91</sup>.

Così, sulla base delle coordinate di metodo delle quali si è avvalso il presente studio (a partire dalla riconduzione del momento discrezionale ad uno schema normativo consequenzialista – precipuamente sensibile al profilo effettuale –):

- in assenza di contro-indicazioni sul piano del diritto “positivo”;

- il giudice amministrativo potrà valutare illegittima, non solo la scelta fondata su inesattezze-inattendibilità od altrimenti irragionevole, ma anche quella, fra una molteplicità di soluzioni ragionevoli compiutamente prospettate dalle parti del contenzioso già nella sede procedimentale, che si riveli (salve le questioni di motivazione “postuma”) meno “premiante” rispetto al problema di ponderazione degli interessi affrontato<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> L'obiettivo della *full jurisdiction* non può meramente ricondursi ad un sindacato di legittimità (sia pur con pieno accesso ai fatti semplici ed attento ai profili sostanziali: il cittadino dovendo poter contare su di “un tribunale con giurisdizione sul merito della questione” (Corte eu. dir. uomo, Plen., 8 luglio 1987, in n. 9749/82, *W. v. United Kingdom*, par. 82) ossia, sul fatto come sul diritto, senza dover mai declinare la capacità di conoscere i fatti e di provvedere (Corte eu. dir. uomo, Sez. I, 17 aprile 2012, in n. 21539/07, *Steininger v. Austria*, par. 52 e 50); in particolare, il giudice amministrativo non dovendo essere (o considerarsi) “vincolato dai precedenti accertamenti degli organi amministrativi su punti decisivi per l'esito del caso, così prescindendo da un esame indipendente di tali questioni” (Corte eu. dir. uomo, Sez. V, 21 luglio 2011, in nn. 32181/04 e 35122/05, *Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus*).

Sul tema recentemente è tornato F. GOISIS, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Diritto amministrativo*, 2021, p. 29 s., pp. 39 e 46.

<sup>91</sup> F. D'ANGELO, *Rileggendo il terzo capitolo de “il merito dell'atto amministrativo”*: Antonio Amorth e la giurisdizione di merito, cit., pp. 66, 70-71 ove (non per caso) si stigmatizza certa “mediazione preliminare del potere amministrativo”.

<sup>92</sup> Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Il “merito amministrativo”*. *Contenuto*,

Evidentemente, lungo il versante della separazione delle attribuzioni fra poteri dello Stato, da quanto testé perorato pare trarre occasione di chiarimento la questione dell’“eccesso di potere giurisdizionale”:

- con specifico riguardo all’indebita invasione mediante esercizio di una *potestas decidendi* asseritamente riservata alla Pubblica amministrazione (anziché ad altri giudici od al Legislatore)<sup>93</sup>;

*rilievo giuridico e correlata “giurisdizione”,* Napoli, 2012, pp. 106-113, per una prima rimodulazione del riscontro di “merito” come intensificazione del sindacato in cui si estrinseca la legittimità, in termini di “miglioramento” alla luce di un concetto “medio” di utilità-adequatezza dell’atto al risultato – *id est*, al raggiungimento dei fini pubblici che gli sono intrinseci –, sopra il quale non c’è vizio.

Ad opposta soluzione potrebbe accedersi stante il “combinato disposto”: della preclusione al ri-esercizio del potere amministrativo (discrezionale) una volta intervenuta la sentenza di annullamento con la sua carica “conformativa”; nonché, dell’attuale struttura soggettiva del processo amministrativo, non essendo direttamente chiamati a parteciparvi tutti coloro che dalla definizione in via giudiziale (anziché amministrativa) di una data vicenda potrebbero subire un pregiudizio immediato e qualificato, ma solo i controinteressati formali direttamente contemplati nell’atto impugnato (spunti in tal senso si rinvengono in T.A.R. Lombardia, Milano, III, 23 febbraio 2010 n. 429). Salvo replicare che tale rischio ragionevolmente risulterebbe scongiurato laddove il giudice amministrativo disponesse una adeguata integrazione del contraddittorio (all’occorrenza nella forma della notificazione per pubblici proclami).

<sup>93</sup> “Il vizio di eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nel merito amministrativo deve ritenersi sussistente ogni qualvolta l’indagine compiuta dal Giudice amministrativo abbia ecceduto i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, traducendosi in una diretta e concreta valutazione dell’opportunità e convenienza dell’atto impugnato, ovvero quando la statuizione adottata, pur nel rispetto della formula dell’annullamento, non lasci spazio per ulteriori provvedimenti dell’autorità amministrativa, in tal modo facendo emergere la volontà dell’organo giudicante di sostituirsi a quella dell’Amministrazione, mediante una pronuncia avente il contenuto sostanziale e l’esecutorietà propri del provvedimento sostituito. La prima fattispecie ricorre quando il Giudice amministrativo invade arbitrariamente il campo dell’attività riservata alla Pubblica Amministrazione attraverso l’esercizio di poteri di cognizione e di decisione non previsti dalla legge, cioè compiendo atti di valutazione della mera opportunità dell’atto impugnato, la seconda quando sostituisca propri criteri di valutazione a quelli discrezionali dell’Amministrazione o adotti decisioni finali c.d. auto-esecutive, ovvero sia interamente sostitutive delle determinazioni impugnate, con conseguente trapasso da una giurisdizione di legittimità a quella di merito” (Cass. civ., Sez. un., ord. 16 marzo 2022, n. 8559; quest’ultimo concetto è più chiaramente espresso da Cass., Sez. un., 3 marzo 2020, n. 5904 ove si fa riferimento ad una pronuncia “avente il contenuto sostanziale e l’esecutorietà propria del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell’autorità amministrativa”; dunque,

- in quanto tale, denunciabile con ricorso per Cassazione, in base a motivi inerenti alla giurisdizione<sup>94</sup>.

Né si dica che, di tal fatta, contraddittoriamente si legittimerebbe sul piano amministrativo quella ragionevolezza nanti censurata in punto di valutazione di costituzionalità delle leggi, nella misura in cui venga eretta a canone portante del “diritto vivente”: dal momento che stavolta, in chiave di oggettivazione dell’esercizio del potere pubblico, il metro di valutazione perderebbe qualsivoglia connotato “retorico” (mera adesione delle menti) per assumere quello ben più affidabile (in quanto suscettivo di verifica) della logica operativa – costi/benefici –.

In quest’ottica, può trovare favorevole sponda dogmatica e più proficue implicazioni il superamento (in letteratura già operato “al netto” di certo *deficit* teoretico, sui possibili schemi normativi) della coincidenza (pedissequamente descrittiva) fra “competenza riservata-esclusiva” (quale concetto-sostanza) e “discrezionalità amministrativa (pura)” (quale concetto-funzione). Di là dall’apporto epistemologico più avanzato (plasmato ispirandosi all’archetipo del circolo ermeneutico con le sue implicazioni uniformanti), la prima risultando attinente alla devoluzione all’Amministrazione non della ponderazione degli interessi bensì: in generale, della realizzazione di un assetto innovativo rispetto a quanto delineato dalla norma attributiva di prerogative decisorie; in particolare, dell’ipotesi (avulsa da quella della discrezionalità “pura”) d’integrazione della norma mediante definizione dei contenuti della “fattispecie legale”. A quel punto, assumendo un carattere molto relativo la questione se possa ravvisarsi un diritto soggettivo od un interesse legittimo: dipendendo dalla circostanza di assumere come criterio di discriminare la discrezionalità (comparazione degli interessi) o la mera riserva di definizione dei

in definitiva, “senza salvezza dell’ulteriore attività di riesame”, come puntualizzato in Cons. Stato, Sez. VI, 30 maggio 2018, n. 3245; Cass. civ., Sez. un., 2 febbraio 2018, n. 2582). Cfr. pure: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 maggio 2020, n. 5022; 16 luglio 2019, n. 9381. Cfr. pure Cons. Stato, Sez. VI, 9 luglio 2013, n. 3611, in *Foro amministrativo*, 2013, pp. 2136-2137.

Per un recente inquadramento della questione (sia pur con riferimento all’eventualità che il giudice amministrativo invada la sfera di attribuzione del Legislatore): T. COCCHI, *L’eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera legislativa. Ancora un’ipotesi meramente teorica?*, in *Foro amministrativo*, 2020, p. 169 s.

<sup>94</sup> Cass. civ., Sez. un., ord. 13 febbraio 2020, n. 3562.

fatti<sup>95</sup>. Prova ne sia che, in ordine alle ripercussioni che ne discendono su correlate sub-materie (es., sanzionatoria), laddove manchi una espressa riconduzione del Legislatore a giurisdizione esclusiva, permane (sia in letteratura che in giurisprudenza) l'incertezza se legittimato a conoscere delle controversie sia il giudice ordinario o quello amministrativo.

Sorvolando su aspetti ulteriori di quest'ultimo ordine di connessioni<sup>96</sup>; sempre nell'ottica dell'emanciparsi da un ulteriore ordine di pre-compressioni, per altro verso ed in via complementare l'impostazione datasi pare altresì utile onde smentire il mero "ripiego" verso una redi-viva associazione dell'attributo discrezionale alla sola attività/azione (nel senso benvenutiano del termine<sup>97</sup>), non anche al potere od agli atti: onde "aprire" a favore di un controllo esteso al rapporto funzionalizzato (in questi termini, "di merito").

Infatti, è solo un dato storico (non logico), di comune dominio fra gli specialisti, che l'eccesso di potere nasca quale concetto dogmatico,

<sup>95</sup> Può rinviarsi a C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, p. 266, p. 284 s.

<sup>96</sup> In disparte la questione se possa riconoscersi spazio alla discrezionalità nelle materie per le quali il cittadino "comunitario" entra in rapporto amministrativo con lo Stato (sulla rivisitazione della discrezionalità imposta dall'esigenza di evitare che un esercizio inappropriato possa vanificare situazioni giuridiche garantite dall'ordinamento dell'Unione europea ai cittadini di singoli Stati membri, già: A. ANGIULI, *Brevi note sulla discrezionalità amministrativa nell'ordinamento comunitario*, in AA.VV., *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea* - atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 17-19 settembre 1992-, Milano, 1994, p. 191 s.; P. MANTINI, *Discrezionalità amministrativa, partecipazione al procedimento e udienza pubblica*, in *op. ult. cit.*, p. 255 s.); sarebbe fuorviante l'associazione senz'altro ad un interesse legittimo. Infatti, al cospetto di un diritto soggettivo "comprimibile", in corrispondenza del quale l'Amministrazione dispone "*del diritto dei privati per i bisogni della cosa pubblica in virtù di autorizzazione della legge stessa*", lo schema resta pur sempre di tipo ipotetico-casuistico; ed è solo la duplice circostanza di essere la disposizione in versione imperativo-finalistica e dell'annessione al concetto di potere ad indurre a concludere (erroneamente) che si tratti di discrezionalità (pare incorrere in tale duplice equivoco già G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze, 1881, vol. III, pt. 2°, p. 536.).

<sup>97</sup> F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana (linee positive e prospettive)*, Padova, 1996, p. 177, ove, nel classificare l'attività in relazione agli scopi che con essa si perseguono, si preferisce ricorrere all'espressione "azione amministrativa"; ID., *Appunti di diritto amministrativo - pt. gen.* -, Padova, 1955.

sul presupposto dell'identificazione fra atto ed attività amministrativa sul piano patologico:

- dal momento che, in un inquadramento di dottrina dello Stato e non di scienza del diritto amministrativo (che pertanto non si occupa dei rapporti fra l'apparato ed i cittadini), l'unica ipotesi invalidante viene identificata con un'azione esercitata senza titolo eppertanto, in carenza di (conferimento normativo di) potere (“incompetenza di attribuzione”);

- con esclusione del diritto dei cittadini ad un legittimo esercizio del potere amministrativo, così neutralizzando le basi stesse su cui può reggersi la rilevanza giuridica della discrezionalità amministrativa<sup>98</sup>.

Superata quella fase primordiale, la distinzione fra attività amministrativa ed atto assumerà rilievo per aspetti ulteriori:

- nella misura in cui la prima s'identificherà con la funzione (a quel punto, il discorso rifluendo su quest'ultima)<sup>99</sup>;

- con particolare riguardo alla soggezione della prima (comunque) ad un certo statuto costituzionale indipendentemente dalla natura (pubblicistica o privatistica) dell'atto<sup>100</sup>.

Laddove, di là da tali puntualizzazioni, sarebbe ad ogni modo riduttivo concludere che ormai “*il controllo della discrezionalità amministrativa più che basarsi sull'analisi degli elementi dell'atto si fonda sull'esame dell'attività*”<sup>101</sup>. Infatti, tornando alla questione (centrale sul piano giuridico) degli effetti, a fronte di un potenziamento delle prerogative giudiziali di verifica del fatto “reale” (non quello risultante dagli atti):

- poiché all'esercizio discrezionale corrisponderà, anziché il “contatto istantaneo” regolato con riguardo a conseguenze prevedibili (per l'apunto, secondo l'“orizzonte del passato”), il “rapporto” fra i portatori

<sup>98</sup> G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, (prima ed. Parma, 1814), Firenze, 1844, p. 11 s. Cfr. pure AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere (la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale)*, cit., p. 95 s.

<sup>99</sup> PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 74 s., 80 s., 86; ID., *Invalità (dir. amm.)*, cit., p. 605.

<sup>100</sup> D. Sorace e C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, III, Torino, 1989, p. 280, p. 288 s. Sul punto sia consentito di rinviare anche a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, cit., par. 3.9.2.

<sup>101</sup> AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere (la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale)*, cit., pp. 260-261.

degli interessi (pubblici e privati) in giuoco, quale retto da uno “statuto” sensibile agli esiti concreti;

- il “risultato”, da criterio di valutazione di un’attività gestionale (in termini di efficacia, economicità ed efficienza) che presuppone (quantomeno) la “determinazione degli obiettivi”<sup>102</sup>, potrà assurgere a parametro del sindacato del giudice amministrativo (in termini di maggiore o minore rispondenza all’interesse pubblico, concreto) e del correlato giudizio sulla legittimità (o meno) di un atto amministrativo (in senso formale) nel quale l’esito si compendia<sup>103</sup>.

<sup>102</sup> F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto* - Aggiorn., VI, Milano, 2002, p. 75 s., p. 100.

<sup>103</sup> Secondo quanto preconizzato già in F. LEVI, *Legittimità* (diritto amministrativo), in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974, p. 135 s., p. 136. Cfr. pure: F. BENVENUTI, *Inefficienza e caducazione degli atti amministrativi*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione*, 1950, p. 914; A. POLICE, *L’illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Diritto amministrativo*, 2003, p. 735 s., pp. 757-759 s.

Sulla circostanza storica per cui solo con l’introduzione del principio dell’atto formale l’azione materiale ha fatto seguito all’emanazione di atti: man mano concorrendo a smarrire il senso reale del fenomeno e dando l’impressione che detta azione sia secondaria (meramente esecutiva) rispetto all’atto stesso: E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980, pp. 275-277.

Sull’“interpretazione sostanzialista” del principio di legalità, per cui, in presenza di vizi del procedimento, si potrà ravvisare un’illegittimità solo nel caso in cui l’interesse pubblico non sia stato adeguatamente curato, cfr.: V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *La semplificazione dell’azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 2000, p. 617 s., p. 618; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell’amministrazione*, in *Giustizia amministrativa*, 2002, p. 245 s.; F. LUCIANI, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, p. 1248 s.; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo: le pubbliche amministrazioni nell’era della globalizzazione*, Bari, 2002, p. 151.

Sulla nuova accezione di legalità e la conseguente difficoltà a ricondurre il principio ad unità: L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, p. 743; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrativa (l’arte di amministrare)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, p. 1 s.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”*, in *Diritto amministrativo*, 2007, p. 63 s.; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1995, p. 91.

Circa il progressivo ingresso dei criteri dell’efficienza e del risultato nel sindacato del giudice amministrativo: P. CARNEVALE, *L’esame asettico delle pronunce giurisdizionali per il miglioramento produttivo e una maggiore efficienza della pubblica amministrazione*,

## 12. Collaudo applicativo sull’“aggregato normativo” di riferimento

Riepilogando quanto esposto sul piano del metodo giuridico, con una sorta di “manovra di avvicinamento” al contributo che può discenderne ai fini della presente trattazione specialistica, valgano le seguenti annotazioni.

La disciplina sulle variazioni essenziali s’inserisce nel contesto di quella più generale degli abusi in edilizia, ricalcando uno schema normativo di tipo rigorosamente ipotetico-casuistico. Pertanto:

- se, da un lato, si caratterizza per l’accettare una riduzione dell’esperienza di regolazione entro strutture (più o meno) “rigide” (nella misura in cui la fonte nazionale rinvia alla legislazione regionale e quest’ultima, a sua volta, modula i parametri di riferimento);

in *Tribunali Amministrativi Regionali*, 1999, II, p. 385; R. CHIEPPA, *Giustizia amministrativa, efficienza e pubblica amministrazione*, in *Foro amministrativo*, 1996, p. 2500.

Cfr. pure: A. Romano, *I caratteri della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1994, p. 635 s., p. 695 s., laddove il solco è ancora quello tracciato da A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, p. 369 s., p. 370 s. (ove si ravvisa, nel principio di opportunità, “una misura dell’azione rispetto al suo risultato”; altresì rilevando “l’incidenza delle così dette regole di buona amministrazione non sulla scelta stessa dell’azione ... dominata piuttosto dall’arte politica e dall’intuito, dall’avvedutezza del funzionario, bensì sul suo contenuto, nel senso della sua più appropriata adeguatezza al risultato”); M.S. GIANNINI, *L’interpretazione dell’atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell’interpretazione*, Milano, 1939 (che attrae il risultato, se non sul piano della legittimità, in un ambito ad essa molto prossimo, individuando lo scopo giuridico di un atto esclusivamente nella “modificazione giuridica del mondo esteriore”); A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1993, II, p. 1117, pp. 1123 e 1132; G. CORSO, *Validità* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 85 s., p. 91 s.; A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Diritto amministrativo*, 1996, p. 229 s., p. 250 s.; L. TORCHIA, *Procedimento e processo dopo la legge n. 241 del 1990: tendenze e problemi*, in *Mondo economico*, suppl. al n. 9/1993, p. 38; G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell’ordinamento*, Milano, 1993, pp. 205-206 e p. 164 s.; M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 107 s., p. 115; G. Corso, *Amministrazione di risultati*, relazione in *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell’amministrazione* (convegno AIPDA, tenutosi in Roma il 22 marzo 2002), pubbl. in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 127; S. Civitaresse Matteucci, *La forma presa sul serio (formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile)*, Torino, 2006, pp. 405-406.

- d'altro lato, sconta certo sacrificio della "materialità", in particolare laddove tradisce la frustrazione di effetti, talvolta poco rispondenti ad un senso comune di giustizia, specie quando derivanti da contesti di riferimento *in fieri*.

Da qui, innanzitutto, l'esigenza dell'interprete di sottoporre anche la disciplina in esame, nell'attesa di una sua riforma, ad un processo di "modernizzazione":

- corrispondente (per l'appunto) ad un progressivo emanciparsi dall'indicato orientamento di teoria della norma giuridica e, corrispondentemente, da uno stile di ragionamento giuridico, "pandettistico-dogmatico" ("deterministico"), in quanto velleitario (se non controproducente) a fronte della complessità del mondo;

- a favore di una "strategia di trasposizione del problema" secondo meccanismi che lo rendano riconoscibile dal sistema giuridico: senza pregiudicarne né il punto di vista sotteso (complessità marginali, pretermesse, sopravvenute), né l'esigenza di salvaguardare (*ab extra* come *ab intra*) l'organizzazione nella quale s'inserisce, mediante un'opera di continua complementarizzazione dei principi di riferimento (governo del territorio in senso stretto, tutela del paesaggio-ambiente, etc.).

Inoltre, non si può misconoscere che il compito di (regimentazione-) governo risulta complessificarsi, per via di un alto tasso d'incertezza (se non d'imprevedibilità) del futuro, ogniqualvolta le "dinamiche di scala" (connesse agli orizzonti spazio-temporali che si assumano a riferimento) riguardino (sub-)sistemi complessi che impongono di rimettersi a clausole adeguate. È il caso dei processi ecologico-ambientali, relativamente ai quali tende ormai a propendersi per una garanzia di resilienza, piuttosto che per l'integrale conservazione di un certo stato.

Da qui, parimenti, l'avvicendamento, a "concetti-sostanza", di "concetti funzione" che (per l'appunto), esplicitando i punti di vista che presiedono alla loro formazione, sostituendo gli elementi accidentali con variabili (correlate a costanti di una medesima funzione normativa fondamentale, articolata in distinte *sub-rationes*), consentono di disporre di un criterio di "verificabilità" delle relative determinazioni. È il caso delle "variazioni essenziali", dal momento che ne risultano così qualificate: sia "fattispecie" riconducibili a previsioni ipotetico-casuistiche (sanzionatorio-dissuasive), sia criteri di soluzione sensibili alle conseguenze.

Da qui, ancora, l'esigenza d'introdurre un criterio di "falsificazione"

ispirato (piuttosto che alla “ragionevolezza”, nell’ottica della dottrina del “diritto vivente”) alla logica operativa (costi/benefici) del razionalismo critico eppertanto, refrattario (come alla tradizionale logica formalistico-legalistica, così) a programmi di razionalità “materiale” (teleologica) se non “rispetto al valore” (c.d. “terza via”).

Ci si riferisce, nello specifico, ad un aprioristico propendere per un interesse pubblico, “primario”: a seconda dei punti di vista valoriali concettualmente identificato, nello specifico, col governo del territorio, il paesaggio, l’ambiente, etc., di cui sarebbe portatore in via esclusiva l’Amministrazione; “trattato” isolatamente rispetto agli altri e, in particolare, separatamente rispetto all’interesse legittimo sostanzialmente inteso. Quanto risulta incompatibile con disposizioni di matrice “conseguenzialista” nonché, con le logiche del “circolo ermeneutico” e dei meccanismi decisionali (interpretativo-applicativi) peroranti il superamento di una duplicazione delle fasi di posizione della regola del caso concreto e determinazione della susseguente determinazione volitiva: in quanto si rivela non solo una inutile complicazione, ma (quel che è peggio) un’aberrazione (in senso metafisico) del processo.

Da qui, infine, le relative implicazioni “operative”, trascorrendo sul versante procedurale e segnatamente della tutela. Per cui, il regredire di una logica formalistica finisce col passare attraverso un (pur sofferto) affermarsi della pluralità degli interessi in giuoco: sia nella sede di “amministrazione attiva” (esaltando la discrezionalità come giudizio pratico) che in quella di giurisdizione. In quest’ultima, peraltro, i principi di pienezza ed effettività della tutela potendo legittimare un sindacato generale di merito, sensibile ad una logica di risultato (s’intende, entro i limiti che ancora l’ordinamento impone sul piano dei poteri sostitutivi).

*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*

Riprendendo e sviluppando il discorso relativo alla comune qualificazione come “variazioni essenziali”, valgano le seguenti annotazioni. Rientrano fra le “fattispecie” riconducibili a previsioni ipotetico-casuistiche (sanzionatorio-dissuasive), quelle: di “mutamento della destinazione d’u-

so che implichi variazione degli standards previsti dal decreto ministeriale 2 aprile 1968” nonché, di “violazione delle norme vigenti in materia di edilizia antisismica, quando non attenga a fatti procedurali” (di cui all’art. 32, rispettz. lett. *a* ed *e*, D.P.R. n. 380/2001 cit.). Laddove, paiono riconducibili a criteri di soluzione sensibili alle conseguenze: sia l’“aumento *consistente* della cubatura o della superficie di solaio da valutare in relazione al progetto approvato”; sia le “modifiche *sostanziali* di parametri urbanistico-edilizi del progetto approvato ovvero della localizzazione dell’edificio sull’area di pertinenza” (di cui all’art. 32, rispettz. lett. *b* e *c*, D.P.R. n. 380/2001 cit.). Quanto alla figura residuale del “mutamento delle caratteristiche dell’intervento edilizio assentito” (di cui all’art. 32, lett. *d*, D.P.R. n. 380/2001 cit.), non può escludersi un margine di valutazione discrezionale (es.: se, anziché attenersi ad una “ristrutturazione”, si sia finito coll’integrare un intervento di “nuova costruzione”; parimenti, nel caso d’impiego di materiali diversi<sup>104</sup>).

Salvo osservare che, nell’ambito delle menzionate disposizioni orientate verso l’“orizzonte del futuro”, una variabile di rilievo può essere data altresì dalle dinamiche cui i rispettivi criteri soggiaciono in relazione alla scala spazio-temporale di riferimento (es., una traslazione dell’edificio può risultar tale da pregiudicare l’interesse pubblico ambientale-paesaggistico al momento del perfezionarsi, ma non più in corrispondenza del suo accertamento).

Alla luce di quanto precede, il rilievo accordato ad un approccio per “tipo normativo di problema” può innanzitutto concorrere nello spiegare i responsi giurisprudenziali esaminati in esordio di trattazione. Infatti, quelli hanno trovato “favorevole sponda” nell’orientamento propenso a ritenere in definitiva che, quando si tratti di valutare la sanabilità di un abuso edilizio, non debba entrare in giuoco l’affidamento del privato, ma solo (nel senso della “doppia conformità”) l’interesse pubblico a garantire l’osservanza di un (non meglio precisato) assetto nel governo del territorio<sup>105</sup>. Laddove, quanto di speciale si è rilevato a proposito degli abusi di localizzazione, non può non “aprire” verso un contemperamen-

<sup>104</sup> A quest’ultimo riguardo cfr. Cons. giust. amm. reg. Sic., Sez. riun., 21 gennaio 1992, n. 586, in *Giurisprudenza amministrativa siciliana*, 1992, p. 292.

<sup>105</sup> Di là da quanto assunto dai giudici penali, basterebbe rinviare a Cons. Stato, ad. pl., 17-10-2017, n. 9.

to con interessi “stabilizzatisi”, facenti capo al privato in buona fede: es., avente causa del lotto edificato, dall’autore dell’abuso; tenuto conto che dal primo non può esigersi che, in occasione del relativo acquisto, sia in grado di cogliere un risalente abuso di traslazione, tanto più quando mai sia stato rilevato dall’Amministrazione con compiti di vigilanza<sup>106</sup>.

D’altronde, non manca giurisprudenza amministrativa che pare deporre a favore di questa soluzione:

- avallando ordinanze comunali di demolizione di opere realizzate *ab origine* con una lieve traslazione dell’area di sedime, solo per l’ipotesi di contrasto con “la vigente normativa in merito alla distanza minima tra superfici finestrate, alla distanza tra fabbricati e alla distanza dal confine di proprietà”, sì da non poter beneficiare del meccanismo di sanatoria (per accertamento di doppia conformità) di cui all’art. 36, D.P.R. n. 380/2001<sup>107</sup>;

- spingendosi persino a non reputare irragionevole l’osservazione per cui l’Ente locale preposto dovrebbe motivare tenuto conto (dell’obiezione mossa in sede giudiziale): di una prassi comunale volta a qualificare (e sanzionare) la traslazione come parziale difformità quando vi fosse una tendenziale sovrapposizione tra la localizzazione assentita e quella effettiva; del carattere remoto dell’abuso; nonché, dell’affidamento incolpevole dell’attuale proprietario dell’edificio.

A quel punto, l’autorità amministrativa locale potendo anche concludere che il pregiudizio, arrecato dalla traslazione alle esigenze pubbliche di carattere igienico-sanitario e di ordinato assetto e sviluppo del

<sup>106</sup> Ciò che d’altronde risulta avallato dalla stessa giurisprudenza laddove riconosce certa “prassi comunale (tenuto conto del fatto che in ogni caso il sedime dell’edificio risulta parzialmente coincidente con quello previsto in progetto), della lunga preesistenza dell’opera nell’assetto attuale (che non ha evidentemente dato luogo in tutto questo tempo a problemi di carattere igienico sanitario), all’incolpevole affidamento ingenerato nell’attuale proprietaria anche dal pregresso comportamento del Comune, che non ha riscontrato le irregolarità nella realizzazione neanche all’atto del rilascio del certificato di agibilità nel 1974, con la conseguente impossibilità per lei di rendersene conto all’atto dell’acquisto, sulla base degli ordinari controlli, nonché della buona fede dimostrata anche con il suo comportamento con il Comune; in considerazione di tutto quanto sopra ricordato il Comune avrebbe anche dovuto precisare esattamente l’entità delle demolizioni ritenute necessarie” (così T.A.R. Veneto, 19 dicembre 2014, n. 1542).

<sup>107</sup> T.A.R. Veneto, n. 1542/2014 cit.

territorio, non richiedesse necessariamente la demolizione dell'edifici<sup>108</sup>; ciò quantomeno in forza del principio di proporzionalità, avuto riguardo

<sup>108</sup> T.A.R. Veneto n. 1542/2014 cit.: “a prescindere dall'incontestabilità della qualificazione della traslazione effettuata come variazione essenziale ( punto su cui il collegio concorda perché la variazione alle distanze, per quanto effettivamente di minima entità, è pur tuttavia superiore al 2%), non è stata comunque valutata la possibilità di una regolarizzazione eccezionale, prospettata dallo stesso legale, in considerazione della prassi comunale ( tenuto conto del fatto che in ogni caso il sedime dell'edificio risulta parzialmente coincidente con quello previsto in progetto), della lunga preesistenza dell'opera nell'assetto attuale ( che non ha evidentemente dato luogo in tutto questo tempo a problemi di carattere igienico sanitario), all'incolpevole affidamento ingenerato nell'attuale proprietaria anche dal pregresso comportamento del Comune, che non ha riscontrato le irregolarità nella realizzazione neanche all'atto del rilascio del certificato di agibilità nel 1974, con la conseguente impossibilità per lei di rendersene conto all'atto dell'acquisto, sulla base degli ordinari controlli, nonché della buona fede dimostrata anche con il suo comportamento con il Comune; in considerazione di tutto quanto sopra ricordato il Comune avrebbe anche dovuto precisare esattamente l'entità delle demolizioni ritenute necessarie.

Per tutte le considerazioni che precedono il ricorso è fondato e deve essere accolto”.

Cfr. pure Cons. Stato, Sez. VI, 11 maggio 2018, n. 2837: “È ben vero che l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, con la sentenza n. 9 del 17-10-2017 ha affermato il principio di diritto secondo il quale ‘il provvedimento con il quale viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso (...)”.

Tanto è stato statuito nella considerazione che non sarebbe in alcun modo concepibile l'idea stessa di riconnettere al decorso del tempo ed all'inerzia dell'Amministrazione la sostanziale perdita del potere di contrastare il grave fenomeno dell'abusivismo edilizio, ovvero di legittimare in qualche misura l'edificazione avvenuta senza titolo, non emergendo oltretutto alcuna possibile giustificazione normativa a una siffatta – e inammissibile – forma di sanatoria automatica o *praeter legem*.

Invero, non potendo il decorso del tempo incidere sull'ineludibile doverosità degli atti volti a perseguire l'illecito attraverso l'adozione della relativa sanzione, deve conseguentemente essere escluso che l'ordinanza di demolizione di immobile abusivo (pur se tardivamente adottata) debba essere motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità.

Tanto premesso, ritiene, peraltro, la Sezione che l'applicazione alla fattispecie concreta oggetto di causa dei richiamati principi non conduce alla riforma della sentenza gravata.

Va, invero, considerato che da una attenta lettura della sentenza del Tribunale Amministrativo emerge che l'accoglimento del ricorso non è stato determinato in

al confronto fra il danno che subirebbe il privato dalla messa in pristino stato e l'interesse pubblico all'eliminazione di abusi di minima entità rispetto a quanto progettualmente approvato<sup>109</sup>.

D'altronde, una conferma indiretta di quanto testé opinato è offerta da quella (pur sporadica) esperienza di Legislazione regionale che (come anticipato) associa la variazione essenziale per via di localizzazione (non ad un riscontro di parametri più o meno rigidi, bensì) ad una valutazione discrezionale da parte della Pubblica amministrazione. Stavolta, infatti, l'apertura del Legislatore può interessare: oltreché profili di discrezionalità tecnica, anche un momento di discrezionalità “pura”: con riguardo alla co-esistenza d'interessi ulteriori ed in un'ottica di bilanciamento degli stessi. Il riferimento evidentemente cade: su interessi sia pubblici (es., paesaggistico-ambientali), non del tutto assorbibili sul piano urbanistico in senso stretto<sup>110</sup>; sia privati.

relazione all'avvenuto formarsi di un affidamento in capo al Condominio a cagione del tardivo esercizio del potere sanzionatorio da parte del Comune.

Ed invero, ad un tale affidamento, in quanto giustificativo di un rafforzato obbligo motivazionale nella specie mancante, mai si opera riferimento nella motivazione della prefata decisione.

Essa piuttosto fonda la determinazione di accoglimento, al di là del rilevato difetto di motivazione, su di un dato sostanziale, consistente, in relazione alla peculiarità della fattispecie ed alle attività poste in essere dai singoli condomini, nella assenza di un pregiudizio effettivo per l'interesse pubblico alla base dell'esercizio del potere amministrativo e del controllo urbanistico del territorio”.

<sup>109</sup> Sull'applicazione del principio di proporzionalità anche all'armamentario sanzionatorio previsto per gli abusi in campo edilizio: T.A.R. Sardegna, Sez. II, 16 ottobre 2018, n. 875.

<sup>110</sup> A meno di attingere a quella autorevole letteratura secondo la quale il paesaggio di cui all'art. 9 Cost. sarebbe riferibile non alle sole bellezze naturali bensì, alla “forma del Paese nella sua interezza”, nei suoi elementi naturali, culturali e sociali (in quanto plasmata dall'opera della natura - clima, conformazione geografica, presenza di altre specie viventi - e dell'uomo): proiezione dei diritti fondamentali sul concetto di territorio (sul suo governo); finendo coll'implicare una tutela oltremodo forte (A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969). Tale concezione viene così puntualizzata: “Il paesaggio è fatto fisico, oggettivo ma, al tempo stesso, un farsi, un processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà o dato immobile; è il modo di essere del territorio nella sua percezione visibile. Il paesaggio, insomma, viene a coincidere con la forma e l'immagine dell'ambiente, come ambiente visibile, ma inscindibile dal non visibile, come un conseguente riferimento di senso o di valori a quel complesso di cose” (Id., *Paesaggio*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, 1981);

Alla luce di quel che è stato testé esposto, in definitiva, pare implausibile qualunque inquadramento nella categoria delle variazioni essenziali dell'abuso per via di traslazione del manufatto nell'ottica fuorviante della "fattispecie sommativa": la specifica disformità, per quanto "materialmente" macroscopica, non traducendosi necessariamente in un pregiudizio apprezzabile ai valori di riferimento come versati nella fattispecie concreta<sup>111</sup>.

- i punti chiave del paesaggio sarebbero dunque il territorio (inteso come ambiente visibile, elemento manifesto del paesaggio) e la salute (considerata come ambiente invisibile, struttura latente che si pone a fondamento delle relazioni profonde intercorrenti fra tutti gli esseri viventi e l'ambiente circostante;

- dunque, paesaggio quale punto di congiunzione tra "visibile" ed "invisibile" (tra quel che appare e l'equilibrio immanente all'esperienza sensibile dell'essere manifesto).

<sup>111</sup> In quest'ottica rappresenta un'involuzione (frutto di un preconcetto appiattimento sulla schema normativo ipotetico-casuistico, a discapito di un approccio sensibile al tipo di problema) la conclusione cui è così pervenuta T.A.R. Sardegna, Sez. I, 11 gennaio 2021, n. 5, in *Foro amministrativo*, 2021, p. 191, secondo la quale Cons. Stato, Sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5743 cit. va intesa nel senso che: "rientra nel concetto di "modifica della localizzazione dell'edificio all'interno del lotto urbanistico di pertinenza", costituendo quindi una variazione essenziale assoggettabile a sanzione demolitoria in virtù del combinato disposto degli artt. 31 e 32, comma 1, lett. c) del D.P.R. n. 380 del 2001 e degli artt. 5 e 6 della legge regionale sarda n. 23/1985, non solo lo spostamento del manufatto su un'area totalmente o pressoché totalmente diversa da quella originariamente prevista, ma anche ogni significativa traslazione dell'edificio in relazione alla localizzazione contenuta nelle tavole progettuali". D'altronde, che l'implausibilità di tale pronunciamento rispetto al "precedente" del giudice amministrativo d'appello sia complementare del distorto seguito impresso dalla Legislazione sarda rispetto a quella nazionale, trova conferma nel seguente ordine di connessioni: mentre il Consiglio di Stato ha assunto, quale termine di riferimento di uno scostamento sostanziale, l'invasione (in tutto od in parte) di un'area diversa da quella progettualmente contemplata (così cogliendo il rilievo che assume il problema giuridico, sia pur inconsapevolmente – entro i limiti di un'impostazione ipotetico-casuistica –); il T.A.R. Sardegna giunge a conclusioni ben più severe senza avvedersi che (di tal fatta) applica un criterio interpretativo: illogico, in quanto opposto a quello "*a fortiori*" (da scostamento interno a sconfinamento in altra area); arbitrario, giacché associato ad un concetto vago di "significativa traslazione" che implica una prerogativa di valutazione in punto di merito certamente non riconoscibile in capo all'organo giurisdizionale. Premesso che il Consiglio di Stato, con ord. caut. n. 1785 del 02.04.2021, ha sospeso l'esecutività della menzionata sentenza; *rebus sic stantibus*, sarà di particolare interesse conoscere la motivazione con la quale il medesimo giudice di appello risolverà la questione una volta che la tratterrà a decisione dopo l'udienza di merito.

Quest’ultima chiosa, peraltro, dà la stura ad ulteriori ordini di concessioni che paiono suffragare quanto perorato nel presente studio, sempre sul piano del metodo, in funzione di una “risposta di giustizia”.

### 12.2. *Implicazioni ulteriori anche in relazione ad interessi paesaggistico-ambientali*

Ciò che si è (argomentatamente) opinato col censurare senz’altro, sul piano della tollerabilità, una traslazione del manufatto apprezzabile sul piano descrittivo, benché non altrettanto sul piano funzionale (in termini di pregiudizio al governo del territorio in senso lato), evidentemente dovrebbe indurre ad un ripensamento più generale sia nel re-inquadrare “duttilmente” il sistema degli istituti del controllo edilizio, sia (conseguentemente) nel modulare i rispettivi regimi sanzionatori. Così (esempl.), quanto concluso a proposito delle “variazioni essenziali”, può giustificare (alla maniera dei vasi comunicanti) un ampliamento della “portata” della distinta categoria della “parziale difformità” (*ex art. 34, D.P.R. n. 380/2001 cit.*): della relativa casistica come enucleata “in positivo” dalla giurisprudenza<sup>112</sup>.

<sup>112</sup> Premesso che (come anticipato) costituiscono illecito edilizio tutte le “violazioni di altezza, distacchi, cubatura o superficie coperta che non eccedano per singola unità immobiliare il 2% delle misure progettuali” (soglia di tollerabilità); la giurisprudenza, sul presupposto normativo che nel concetto di “parziale difformità” è necessario che “le modificazioni incidano su elementi particolari e non essenziali della costruzione e si concretizzino in divergenze qualitative e quantitative non incidenti sulle strutture essenziali dell’opera”, ha esemplificativamente ricompreso, in quel concetto:

- “gli aumenti di cubatura o di superficie di scarsa consistenza, nonché le variazioni relative a parti accessorie che non abbiano specifica rilevanza” (T.A.R. Campania, Napoli, n. 2931/2017);

- i modesti aumenti di altezza di piano rispetto alla consistenza dell’edificio originariamente progettato e la diversa conformazione delle tramezzature interne (T.A.R. Campania, Salerno, sent. n. 784/2017).

Cons. Stato, Sez. VI, 30 marzo 2017, n. 1481, così si esprime sulla circostanza per cui il *art. 34, comma 2-ter*, D.P.R. n. 380/2001 *cit.*, “non contiene una definizione normativa della parziale difformità, ma prevede una franchigia. In altre parole, intende stabilire non che ogni violazione eccedente il 2% considerato costituisce difformità totale, ma al contrario che le violazioni contenute entro tale limite sono irrilevanti.

In tal senso, è anzitutto un argomento letterale: il testo della norma, contenuta nell’articolo dedicato appunto alle conseguenze della “parziale difformità”, stabilisce quando la stessa ‘non si ha’ e quindi un caso in cui l’abuso esula.

Tutto ciò corrobora la tesi di metodo fondata sul “tipo normativo di problema” anche su di un ulteriore versante: per l’utilità che ne deriva nel sensibilizzare l’interprete quanto alla poliedricità dello schema normativo ed al diverso approccio cui si presta quando volga verso un orizzonte consequenzialista (anziché “del passato”); con implicazioni notevoli specie in termini di valutazione dell’abuso in un’ottica “di risultato” (ispirata ad una logica “operazionale” di costi/benefici, meno condizionata dalle “private supposizioni” dalle quali spesso l’operatore giuridico fatica ad emanciparsi). Ciò pare tornar di qualche utilità anche in relazione a quanto pertiene al dato normativo nazionale, laddove stabilisce che gli interventi qualificati come variazioni essenziali “effettuati su immobili sottoposti a vincolo storico, artistico, architettonico, archeologico, paesistico, ambientale e idrogeologico, nonché su immobili ricadenti sui parchi o in aree protette nazionali e regionali, sono considerati in totale difformità dal permesso a sensi e per gli effetti degli articoli 31 e 44” (art. 32 cit., comma 3). Così, riprendendo certa “lettura” del medesimo dato nazionale, come prestantesi ad assecondare (anche) il quesito di quando insorga una presunzione *iuris tantum* delle condizioni delle variazioni essenziali (comma 1), si perverrebbe a più plausibili soluzioni. Infatti:

- allorché l’abuso per via di localizzazione sia associato (anziché ad un accertamento di dati rigidi) ad una valutazione discrezionale (magari

Nello stesso senso, è anche l’argomento storico: la norma (...) è stata aggiunta in un momento successivo, con l’art. 5 del decreto legge 70/2011, cd. ‘Decreto sviluppo’, il cui dichiarato scopo è ‘liberalizzare le costruzioni private’, scopo rispetto al quale è congruo un regime, appunto, di franchigia, volto ad alleggerire gli oneri che gravano sul privato i costi della sanzione applicata a qualsiasi difformità, anche fra le più lievi.

Infine, ad identico risultato conduce l’argomento logico sistematico: se effettivamente il comma 2-ter contenesse la nozione normativa di parziale difformità, ne seguirebbe che sarebbe abuso, e comporterebbe in via principale l’ordine di rimessione in pristino, ogni difformità rispetto alle misure di progetto, anche la più lieve, con risultati pratici assurdi di moltiplicazione e complicazione del contenzioso”.

Cons. Stato, Sez. VI, 1° marzo 2021, n. 1743 così si esprime in termini complementari: “il concetto di parziale difformità presuppone che un determinato intervento costruttivo, pur se contemplato dal titolo autorizzatorio rilasciato dall’autorità amministrativa, venga realizzato secondo modalità diverse da quelle previste e autorizzate a livello progettuale, quando le modificazioni incidano su elementi particolari e non essenziali della costruzione e si concretizzino in divergenze qualitative e quantitative non incidenti sulle strutture essenziali dell’opera”. Cfr. pure Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3666.

da rendersi in consesso con le autorità amministrative preposte all’osservanza di ciascuno degli ulteriori vincoli, sì da evitare rinnovazioni procedurali inutili perché integranti, pur parzialmente, ingiustificati appesantimenti);

- la menzionata disposizione, equiparativa del “trattamento”, troverebbe un (più robusto) argomento di mitigazione sul piano del metodo (rispetto a quello fondato sull’interpretazione letterale), tale da renderne maggiormente adeguato l’impatto rispetto ad un approccio per “automatismi”.

## ABSTRACT

*Essential building variations – Normative type of problem*  
*Abusive transfers – Landscape-environmental interests*

The study starts from the limits that betrays the relevant regulatory aggregate, in terms of legislative technique, since:

- at national level, it is claimed to associate a homogenizing ratio with the treatment to be reserved for abuses wrongly considered to be comparable for disvalue;
- that ratio is however nullified by the regional implementing legislation, already penalized by a nebulous framework for urban planning and building skills; thus determining a fragmentation of the regime far beyond the instances of “identity” detail and therefore, contrary to the general principles of the Republic, a formulation heavily “in odor” of unconstitutionality.

Attention then focused on the most striking example: offered by the alleged merged examination of the essential variations relating to the location of the building.

In this context, taking inspiration from a certain jurisprudential contribution, to which an epistemological approach to the problem has given favorable shore, it has been found that a more reasonable interpretative outcome (on the actual level) can derive from a “functionalist” approach. The latter, in turn, presupposes accepting the idea of a normative scheme of a consequentialist type as well as a dogmatic instrument (starting from an objectifying notion of the public interest, up to a corresponding updated meaning of administrative discretion) attributable to that meta-scientific “imposing program” of justification of choices that passes through the criterion of “falsification” of critical rationalism instead of that sort of “weak legal positivism” (tending to degenerate into “rationalism with respect to value”) that objects to the different expressions of “living law”.

From here, a “strategy of transposition of the problem” of essential building changes according to mechanisms that make it recognizable by the legal system: without prejudice to the underlying point of view (marginal, pretermesse, supervening complexities), nor the need to safeguard (*ab extra* come *ab intra*) the organization in which it is inserted, through a work of continuous complementarization of the reference principles (government of the territory in the strict sense, protection of the landscape-environment, etc.). In this context, also recognizing that the task of (regimentation-)government is complex, due to a high rate of uncertainty (if not unpredictability) of the future, whenever the “dynamics of scale” (connected to the space-time horizons that are assumed as reference) concern complex (sub-) systems that require to refer to adequate clauses. This is the case of ecological-environmental processes, in relation to which there is now a tendency to lean towards a guarantee of resilience, rather than for the integral conservation of a certain state.

Hence again, the “operational” implications, passing on the procedural side and in particular on the protection side.

# Energie rinnovabili e presunzione di interesse pubblico prevalente: prime riflessioni a margine del regolamento (UE) 2577/2022

FEDERICA EROICO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione della legislazione europea sulle energie rinnovabili. – 3. Le misure temporanee di carattere emergenziale introdotte dal regolamento 2022/2577/UE. – 4. Energia rinnovabile e semplificazione amministrativa nella dimensione interna/nazionale: l'impatto del regolamento 2022/2577/UE. – 5. Spunti conclusivi.

## 1. *Premessa*

Il contesto geopolitico attuale e l'incalzante crisi energetica impongono quanto mai prima d'ora una sostanziale accelerazione dello sviluppo e diffusione delle energie rinnovabili.

Invero, se non è nuova la preoccupazione e l'attenzione per fenomeni quali il cambiamento climatico, la sicurezza dell'approvvigionamento energetico e la dipendenza energetica europea da Paesi terzi, è pur vero che l'attuale momento storico ha determinato una consapevolezza maggiore riguardo alla necessità di predisporre una attenta strategia di reperimento compatibile con le esigenze di sostenibilità ambientale, collocando la questione energetica in primo piano nell'agenda politica dell'Unione europea<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Le recenti vicende (in particolare l'invasione russa ai danni dell'Ucraina) sono state, infatti, un banco di prova per comprendere come la dipendenza dal gas, elemento di transizione verso *il phase out* dal carbone entro il 2050, si sia rivelata una mera illusione. Soltanto raggiungendo il mix di energie previsto per il 2030, con la prevalenza delle fonti rinnovabili, la dipendenza dal gas potrebbe realmente

Dunque, dalle recenti vicende geopolitiche – seppur spiacevoli – è possibile trarre degli insegnamenti, considerato che hanno contribuito a far prendere atto dell’urgente necessità di imprimere una svolta decisiva al settore energetico, nell’ottica della transizione verde.

È interessante notare come a favore di questa prospettiva deponga la stessa etimologia della parola “crisi”. Se nell’uso comune il termine assume un valore negativo, di uno stato di preoccupante perturbazione con effetti più o meno gravi, l’etimologia dello stesso vocabolo – derivante dal greco (κρίσις) – ne svela anche una sua accezione positiva, di ‘momento di scelta’, ‘punto di svolta’, di un momento che si trasforma nel presupposto necessario per un miglioramento. E tale svolta ad oggi non può prescindere da un’accelerazione nella promozione e diffusione delle fonti di energia rinnovabili, le quali rivestono un ruolo centrale per la soluzione dei diversi ma collegati ordini di problemi poc’anzi accennati.

In primo luogo, stante la stretta interrelazione che intercorre tra il fenomeno dei cambiamenti climatici e la (ancora) troppo diffusa utilizzazione dei combustibili fossili quale fonte di energia, il maggiore – se non assoluto – impiego delle fonti di energia rinnovabili rappresenta il punto di partenza necessario al fine di ridurre l’utilizzo delle fonti tradizionali inquinanti e raggiungere la neutralità climatica<sup>2</sup>.

In secondo luogo, appare essenziale investire nelle energie rinnovabili per garantire la sicurezza dell’approvvigionamento energetico, riducendo la dipendenza energetica dell’Unione dai Paesi terzi<sup>3</sup>.

Infine, le fonti rinnovabili costituiscono un valido strumento per affrontare l’aumento e la volatilità dei prezzi dell’energia, acuitosi con l’aggressione Russa nei confronti dell’Ucraina.

diminuire. Per un approfondimento sia consentito il rinvio a F. EROICO, *Conflitto Russia-Ucraina: l’impatto sulle politiche energetiche in Europa e in Italia*, in *Quaderni Aisdue*, 1/2022, p. 259.

<sup>2</sup> G. DE MAIO, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata: il ruolo delle politiche pubbliche in un’economia circolare*, in *Introduzione allo studio del diritto dell’energia*, Napoli, 2019, p. 149.

<sup>3</sup> L’eccessiva dipendenza dall’importazione di fonti energetiche primarie determina, infatti, incognite in termini di sicurezza nell’approvvigionamento, rendendo il sistema energetico dell’Unione estremamente vulnerabile ad eventuali limitazioni derivanti anche da variabili esogene. S. VILLANI, *Considerazioni sul principio di solidarietà energetica nel quadro giuridico dell’UE*, in *Federalismi.it*, 2023.

La transizione del sistema energetico rappresenta, invero, una componente essenziale del Green Deal europeo e dei programmi politici attuali in quanto la produzione e l'uso dell'energia generano oltre il 75% delle emissioni di gas serra in Europa<sup>4</sup>.

La comunità scientifica<sup>5</sup> e in particolar modo i rapporti periodici dell'IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*) sono unanimi nel riconoscere quanto l'energia contribuisca all'inquinamento climatico e come diversificando le fonti di approvvigionamento, con una maggiore se non assoluta utilizzazione delle fonti di energia rinnovabile, questo problema possa essere neutralizzato<sup>6</sup>.

L'energia costituisce dunque un settore strategico essendo al contempo sia una delle principali cause dei problemi che affliggono il nostro pianeta, sia l'ambito che offre le maggiori opportunità per affrontarli.

Tuttavia, nonostante sia ormai pacifico che per vincere la sfida verso la *net zero emission* sia necessario accelerare la diffusione delle fonti di energia rinnovabili, permangono una serie di limiti che impediscono una rapida implementazione dei relativi impianti, per i quali sono previste procedure complesse che richiedono un periodo di tempo incompatibile con le tempistiche prefissate per il raggiungimento degli obiettivi energetici e climatici dell'Unione europea<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> 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*, 2020, p. 382; D. PANARELLO, A. GATTO, *Decarbonising Europe – EU citizens' perception of renewable energy transition amidst the European Green Deal*, in *Energy Policy*, 2023.

<sup>5</sup> V. al riguardo, tra gli altri, E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Diritto pubblico*, 2021; B. TONOLETTI, *I cambiamenti climatici come problema di diritto pubblico universale*, in questa *Rivista*, 2021; F. SCALIA, *Energia sostenibile e cambiamento climatico: Profili giuridici della transizione energetica*, Torino, 2020, p. 333; L. AMMANNATI (a cura di), *La transizione energetica*, Torino, 2018; S. CASERINI, *I cambiamenti climatici: la sfida del XXI secolo*, in *E3S WEB OF CONFERENCES*, 2014; S. VILLAMENA, *Fonti rinnovabili e zone agricole*, in questa *Rivista*, 2015.

<sup>6</sup> L'IPCC ha inoltre evidenziato che gli sforzi intrapresi dagli Stati in seguito alla firma dell'Accordo di Parigi non si sono rivelati sufficienti e che le temperature continuano inesorabilmente ad aumentare. S. SCHMITT, *L'emersione della giustizia climatica in Francia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2021, p. 959.

<sup>7</sup> Come è noto, soprattutto in Italia, le procedure autorizzative per la realizzazione di impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile sono lunghe e complesse, e spesso

In tale contesto, la Commissione europea, il 18 maggio 2022, nell'ambito del piano *REPowerEU*, ha proposto una modifica della direttiva 2018/2001/UE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, annunciando un aumento dell'obiettivo della quota di energie rinnovabili nel consumo finale lordo di energia dell'Unione per il 2030 e proponendo delle misure volte ad accelerare e semplificare le autorizzazioni per gli impianti alimentati con fonti rinnovabili.

Tuttavia, nell'attesa che venisse approvato il testo definitivo della nuova direttiva Red III<sup>8</sup> – entrata poi in vigore lo scorso 20 novembre – l'Unione, tenuto conto della situazione oltremodo aggravata dei mercati dell'energia, è intervenuta nuovamente, introducendo ulteriori e urgenti misure temporanee, ma immediate, volte ad accelerare la diffusione delle fonti energetiche rinnovabili. Queste misure sono state inserite nel regolamento 2022/2577/UE del 22 dicembre 2022, il quale ha istituito un quadro temporaneo per la diffusione delle fonti rinnovabili di energia. Tale regolamento è entrato in vigore il 1° gennaio 2023 e doveva restare in vigore per un periodo di diciotto mesi. Nondimeno, in considerazione del persistere dei rischi per la sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'Unione e di prezzi elevati dell'energia, nonché dell'importante ruolo svolto da una più rapida diffusione delle energie rinnovabili nell'affrontare tali rischi, lo scorso 28 novembre la Commissione ha proposto una proroga di dodici mesi per alcune disposizioni contenute nello stesso<sup>9</sup>.

Tanto premesso, il presente contributo intende concentrarsi sull'analisi del citato regolamento, ponendolo in comparazione con le precedenti

si concludono con pareri negativi delle varie autorità competenti. V. al riguardo N. DURANTE, *Il procedimento di autorizzazione per la realizzazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: complessità e spunti di riflessione alla luce delle recenti linee guida nazionali*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2011, p. 80; U. BARELLI, *I limiti alle energie rinnovabili con particolare riferimento alla tutela della biodiversità*, in questa *Rivista*, 2014.

<sup>8</sup> Direttiva 2413/2023/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 ottobre 2023, che modifica la direttiva 2018/2001/UE, il regolamento 2018/1999/UE e la direttiva 1998/70/CE per quanto riguarda la promozione dell'energia da fonti rinnovabili e che abroga la direttiva 2015/652/UE del Consiglio.

<sup>9</sup> Proposta di regolamento del Consiglio recante modifica del regolamento 2022/2577/UE che istituisce il quadro per accelerare la diffusione delle energie rinnovabili. COM(2023) 763 final.

normative di settore le quali pure fissavano – tra gli altri – il medesimo fine di semplificare e accelerare le procedure autorizzative per gli impianti alimentati da energie rinnovabili, approfondendo l'evoluzione in materia. In particolare, ci si soffermerà sulle disposizioni in esso inserite per verificare se queste ad un primo esame appaiano in grado di condurre ad un'effettiva accelerazione nella penetrazione delle energie rinnovabili o se invece permangano ancora ostacoli per una loro immediata espansione.

## 2. *L'evoluzione della legislazione europea sulle energie rinnovabili*

Prima di addentrarsi nell'analisi del recente regolamento europeo 2022/2577, appare utile una breve ricostruzione dell'evoluzione normativa europea sulle fonti di energia rinnovabile divenuta, a partire dall'ultimo decennio, sempre più significativa.

Un esplicito riferimento alle energie rinnovabili si rinviene per la prima volta<sup>10</sup> in un atto avente natura vincolante nella direttiva 2001/77/CE<sup>11</sup>, la quale si poneva l'obiettivo di “promuovere un maggior contributo delle fonti energetiche rinnovabili alla produzione di elettricità nel relativo mercato interno e creare le basi per un futuro quadro comunitario in materia”. La direttiva stabiliva per il 2010 il raggiungimento di una

<sup>10</sup> In precedenza, le istituzioni comunitarie avevano già approntato un primo gruppo di direttive, ‘di prima generazione’ nel settore dell'energia (il c.d. ‘pacchetto energia’) con cui si erano poste le basi per la creazione di un mercato unico energetico e tramite le quali si mirava, segnatamente, a dismettere i monopoli statali che allora affidavano l'esclusiva a un unico operatore soggetto a controllo pubblico. Per quanto concerne le energie rinnovabili, la direttiva 2001/77/CE segna un punto di svolta, dal momento che queste ultime, già appuntate sull'agenda dell'Unione europea, fanno per la prima volta la loro comparsa in un atto di natura vincolante prodotto dalle istituzioni comunitarie, mentre fino ad allora il tema era rimasto confinato a strumenti di *soft law*. O. POLLICINO, *Le energie rinnovabili nel diritto dell'Unione europea*, in E.A. CARNEVALE, P. CARROZZA, G. CERRINA FERONI, G.F. FERRARI, G. MORBIDELLI, R. ORRÙ (a cura di), *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, 2014, p. 615; P. THIEFFRY, *Manuel de droit européen de l'environnement et du climat*, 2021, p. 193.

<sup>11</sup> Direttiva 2001/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 settembre 2001, sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità.

quota indicativa del 22,1% di elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili rispetto al consumo totale di elettricità dell'Unione.

Per quanto specificamente di nostro interesse, occorre rilevare che, allo scopo di incoraggiare la produzione di energia da fonti rinnovabili e garantire ai relativi produttori di non incontrare difficoltà a causa di ostacoli regolamentari, la direttiva già prevedeva come indispensabile lo snellimento delle procedure amministrative per la realizzazione degli impianti<sup>12</sup>. In particolare, l'articolo 6 prescriveva agli Stati membri di valutare il quadro legislativo e regolamentare delle procedure autorizzative al fine di ridurre gli ostacoli normativi, razionalizzare e accelerare le procedure all'opportuno livello amministrativo e garantire norme oggettive, trasparenti e non discriminatorie.

L'impatto della direttiva non è stato il medesimo in tutti gli Stati membri: alcuni hanno dato prova di un elevato livello di impegno, altri hanno mostrato un atteggiamento di chiusura verso l'implementazione delle fonti rinnovabili. Ciò perché, in realtà, la direttiva lasciava ampia discrezionalità circa le misure da intraprendere in concreto per la realizzazione degli obiettivi previsti, i quali peraltro costituivano delle mere indicazioni di carattere generale, inidonee a generare obblighi puntuali a carico degli Stati membri<sup>13</sup>.

A distanza di poco meno di un decennio, dunque, palesatasi l'esigenza di un intervento maggiormente incisivo da parte delle istituzioni europee, la direttiva suddetta è stata sostituita dalla direttiva 2009/28/CE<sup>14</sup>, la quale si caratterizza per un approccio decisamente più incisivo. La principale novità è costituita dal carattere 'prescrittivo' delle dispo-

<sup>12</sup> A tal fine l'articolo 6 stabiliva, al paragrafo 1: "Gli Stati membri o gli organismi competenti designati dagli Stati membri valutano l'attuale quadro legislativo e regolamentare esistente delle procedure di autorizzazione o delle altre procedure di cui all'articolo 4 della direttiva 96/92/CE applicabili agli impianti per la produzione di elettricità da fonti energetiche rinnovabili allo scopo di: ridurre gli ostacoli normativi e di altro tipo all'aumento della produzione di elettricità da fonti energetiche rinnovabili; razionalizzare e accelerare le procedure all'opportuno livello amministrativo; garantire che le norme siano oggettive, trasparenti e non discriminatorie e tengano pienamente conto delle particolarità delle varie tecnologie per le fonti energetiche rinnovabili".

<sup>13</sup> In proposito, si veda S. PIANTA, *Le fonti energetiche rinnovabili: profili giuridici*, in *Trattato di diritto dell'economia, il diritto dell'energia*, Padova, 2015, p. 530.

<sup>14</sup> Direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

sizioni in essa contenute, che rendono la politica europea sulle energie rinnovabili in grado di incidere direttamente in modo vincolante sulla sfera di azione degli Stati membri<sup>15</sup>. Invero, le espressioni utilizzate nel testo della direttiva 2009/28 testimoniano il sensibile cambio di marcia nel conseguimento degli obiettivi ambientali e di mercato cui è legata la produzione delle fonti energetiche rinnovabili: mentre all'articolo 3 della direttiva 2001/77 si parlava di "obiettivi indicativi nazionali", nella nuova direttiva si parla di "obiettivi nazionali obbligatori"<sup>16</sup>.

Tra gli obblighi imposti dalla direttiva 2009/28 si rinviene il raggiungimento, entro il 2020, di una quota di energie rinnovabili, rispetto al consumo finale lordo di energia, pari al 20% a livello dell'Unione. Ogni Stato membro avrebbe poi dovuto adottare un piano di azione nazionale per le energie rinnovabili, fissando i propri obiettivi. L'unica eccezione era rappresentata dalla quota obbligatoria del 10% di energia rinnovabile da conseguire entro il 2020 nel settore dei trasporti.

Relativamente alle procedure autorizzative, così come nella direttiva del 2001, anche nella direttiva 2009/28 sono inserite disposizioni volte alla semplificazione. In particolare, l'articolo 13 prescrive agli Stati membri di assicurare che le norme nazionali in materia di procedure di autorizzazione, certificazione e concessione di licenze applicabili agli impianti e alle connesse infrastrutture della rete di trasmissione e distribuzione per la produzione di elettricità siano "proporzionate e necessarie"<sup>17</sup>.

In aggiunta rispetto al precedente quadro normativo, si rinvencono

<sup>15</sup> S. QUADRI, *L'evoluzione della politica energetica comunitaria con particolare riferimento al settore dell'energia rinnovabile*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, p. 839.

<sup>16</sup> M. MARLETTA, *Il quadro giuridico europeo sulle energie rinnovabili*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauo*, 2014, p. 2067; R. LEAL-ARCAS-A. FILIS, *Legal Aspects of the Promotion of Renewable Energy within the EU and in Relation to the EU's Obligations in the WTO*, in *Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper*, 2014.

<sup>17</sup> Il considerando n. 40 della direttiva 2009/28/CE, così statuiva: "La procedura utilizzata dall'amministrazione incaricata di supervisionare l'autorizzazione, la certificazione e la concessione di licenze per impianti di produzione di energie rinnovabili dovrebbe essere obiettiva, trasparente, non discriminatoria e proporzionata nell'applicazione a progetti specifici. In particolare, è opportuno evitare oneri inutili che potrebbero insorgere dall'inclusione dei progetti in materia di energie da fonti rinnovabili tra gli impianti che comportano elevati rischi sanitari".

anche dei criteri per garantire un'effettiva semplificazione, ad esempio la separazione delle responsabilità degli organi amministrativi rilevanti, la disponibilità di informazioni esaurienti sul trattamento delle domande di autorizzazione, la certificazione e la concessione di licenze per gli impianti di energia rinnovabile e sull'assistenza disponibile per i richiedenti. Si ammette la possibilità di prevedere procedure di autorizzazione semplificate e meno gravose, anche attraverso semplice notifica, nel caso in cui ciò fosse consentito dal quadro regolamentare applicabile, per i progetti di piccole dimensioni ed eventualmente per dispositivi decentrati.

Tali previsioni, se certamente hanno costituito un passo in avanti rispetto alla previgente disciplina, non hanno permesso di raggiungere i risultati sperati e, almeno in alcuni Paesi membri, non sono state in grado di imprimere ai processi autorizzatori la svolta necessaria e tanto auspicata.

Pertanto, constatata l'inadeguatezza del quadro normativo derivante dalla quasi decennale esperienza nell'applicazione della direttiva 2009/28/CE, l'11 dicembre 2018 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato la direttiva 2018/2001 (c.d. RED II). Quest'ultima, pur inserendosi nel solco tracciato dalla precedente, ha introdotto importanti novità e ampliato considerevolmente la disciplina in tema di energie rinnovabili fino a quel momento fornita dall'Unione europea<sup>18</sup>. Ciò in quanto, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'intervento sulle fonti energetiche rinnovabili, a differenza di quanto avveniva in precedenza, trova una specifica base giuridica nell'articolo 194 TFUE, il quale ha espressamente riconosciuto la potestà normativa dell'Unione in materia di energia<sup>19</sup>. In particolare, l'art. 4, paragrafo 2, lettera i), del Trattato di

<sup>18</sup> M. ZACCARIA, *La nuova direttiva 2018/2001/UE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili: prime riflessioni*, in *Rivista di diritto agrario*, 2019, p. 137.

<sup>19</sup> M. MARLETTA, *Un nuovo tassello nel percorso di europeizzazione della disciplina sulle energie rinnovabili*, in M.CONDINANZI-E. CANNIZZARO-R. ADAM (a cura di), *Liber amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 554; C. FELIZIANI, *The Impact of the EU Energy Policy on Member States' Legal Orders: State of Art and Perspectives of Renewable Energy in Italy and Great Britain*, in *Review of European Studies*, 2013; V. OSCHMANN, *Renewable Energy Sources in European Law: an Overview*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2006; R. LEAL-ARCAS-S. MINAS, *The Micro Level:*

Lisbona, annovera l'energia tra le materie ove insiste la potestà concorrente di Stati membri e Unione europea.

Le innovazioni più rilevanti introdotte dalla direttiva, oltre all'obiettivo del 32% di energia prodotta da fonti rinnovabili per il 2030, consistono nella previsione di un nuovo sistema normativo per l'autoconsumo di energia rinnovabile nonché nella regolamentazione delle comunità di energia rinnovabile. Strumenti, questi, volti a valorizzare il ruolo del *prosumers*, ovvero un cliente che al tempo stesso è consumatore e produttore dell'energia rinnovabile che consuma.

Relativamente alla semplificazione amministrativa, la direttiva 2018/2001, nel riaffermare i principi fondamentali in tema di procedure autorizzatorie, certificazione e rilascio delle licenze applicabili agli impianti e relative reti di trasmissione e distribuzione di energia da fonti rinnovabili già fissati dalla legislazione previgente, ha introdotto strumenti ulteriori di agevolazione e fissato dei termini massimi per l'adozione dei provvedimenti<sup>20</sup>.

In conformità alla previgente disciplina, l'art. 15 della direttiva 2018/2001 stabilisce che le procedure siano "proporzionate, necessarie e contribuiscano all'attuazione del principio che dà priorità all'efficienza energetica". Inoltre, si impone agli Stati membri di prendere le misure appropriate per assicurare che le procedure amministrative siano razionalizzate e accelerate al livello amministrativo adeguato, che siano fissati termini prevedibili e che le norme siano oggettive, trasparenti e proporzionate. Infine, si prevedono procedure di autorizzazione semplificate e meno gravose, anche attraverso una procedura di notifica semplice per dispositivi decentrati e per la produzione e lo stoccaggio di energia da fonti rinnovabili.

Al fine di rimediare all'assenza di coordinamento tra i diversi organismi incaricati del rilascio delle autorizzazioni che in vigenza della direttiva 2009/28/CE aveva costituito un *vulnus* allo sviluppo dell'energia da fonti rinnovabili<sup>21</sup>, la direttiva<sup>22</sup> istituisce poi sportelli amministrativi unici volti a guidare e assistere i richiedenti nell'intera procedura ammi-

*Insights from Specific Policy Areas Mapping the International and European Governance of Renewable Energy*, in *Yearbook of European Law*, 2016, p. 661.

<sup>20</sup> F. SCALIA, *op. cit.*, p. 333.

<sup>21</sup> M. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 153.

<sup>22</sup> Art. 16, direttiva 2018/2001/UE.

nistrativa, dalla presentazione della domanda di autorizzazione a tutte le fasi della procedura autorizzativa. Tale sportello unico è tenuto a mettere a disposizione degli sviluppatori di progetti di produzione di energie da fonti rinnovabili un manuale contenente una spiegazione delle procedure amministrative applicabili e l'indicazione dello sportello pertinente, se uno Stato membro ne ha più di uno.

Da ultimo, relativamente ai termini massimi del procedimento unico, l'art. 16 stabilisce che la durata della procedura non possa superare i due anni per le centrali elettriche e un anno per gli impianti con una capacità elettrica inferiore a 150 kW.

Dunque, anche le disposizioni della direttiva 2018/2001 sono andate nel senso della semplificazione e della accelerazione delle procedure amministrative, restituendo altresì criteri maggiormente dettagliati rispetto alle precedenti discipline normative.

Nondimeno, neanche tali previsioni hanno impresso la svolta necessaria al sistema, non ottenendo un'effettiva accelerazione delle procedure autorizzative a causa della permanenza di evidenti elementi di criticità.

Per citarne alcuni, l'art. 16, paragrafo 8, permette agli Stati membri di istituire una "procedura di notifica semplice relativa alla connessione alla rete per i progetti di revisione della potenza dell'impianto". Però, la norma prevede che: "Ove gli Stati membri procedano in tal senso, la revisione della potenza dell'impianto è consentita a seguito di una notifica all'autorità pertinente, qualora non sia previsto alcun effetto negativo considerevole a livello ambientale o sociale. Tale autorità decide, entro sei mesi dal suo ricevimento, se la notifica sia sufficiente". Ebbene, nel caso in cui l'autorità decidesse che la notifica non è sufficiente, il richiedente – dopo aver aspettato sei mesi – deve presentare una nuova domanda di autorizzazione, seguendo la procedura e i termini ordinari, con il rischio dunque paradossalmente che anziché accelerare l'iter autorizzativo, decorrano sei mesi invano per poi iniziare la procedura dall'inizio.

Altra criticità riguarda i termini stabiliti nell'art. 16 relativamente al procedimento unico, i quali si applicano "fatti salvi gli obblighi ai sensi del diritto applicabile dell'Unione in materia ambientale". Ciò significa ad esempio che il tempo necessario per l'ottenimento della valutazione di impatto ambientale (VIA) e della valutazione ambientale strategica (VAS) non viene computato nei termini massimi previsti in modo vinco-

lante e, dal momento che tali valutazioni spesso richiedono tempi molto lunghi, i procedimenti si prolungano oltremisura.

Queste ed altre criticità – non da ultimo la circostanza che nella pratica i suddetti termini giuridicamente vincolanti e le garanzie imposte per rendere celeri le autorizzazioni non vengono sempre rispettati dagli Stati membri – non hanno consentito di raggiungere gli obiettivi sperati, nonostante sia indubbio che gli ostacoli e i rallentamenti delle procedure di autorizzazione siano incompatibili non soltanto con gli obiettivi di decarbonizzazione a lungo termine dell’Unione, ma altresì con gli obiettivi dichiarati con il *REPowerEU* a breve termine<sup>23</sup>.

Basti pensare all’energia eolica, la quale rappresenta un caso emblematico della controversa situazione europea. Invero, se nella comunicazione *REPowerEU* la Commissione ha aumentato di 30 GW l’obiettivo di energia eolica del Green Deal per il 2030, puntando a 480 GW rispetto agli attuali 190 GW, analizzando i dati pubblicati dall’associazione europea dell’eolico Wind Europe, si evince che sono 80 i GW fermi all’iter autorizzativo a causa delle procedure di autorizzazione lunghe e gravose e delle plurime interruzioni per inefficienze<sup>24</sup>.

Consapevoli di tali problematiche, le istituzioni europee hanno compiuto un nuovo passo verso l’obiettivo di snellire le procedure per l’ottenimento delle autorizzazioni, adottando in via definitiva la direttiva c.d. Red III, la quale prevede una ridefinizione degli obiettivi vincolanti in capo ai Paesi membri e un rafforzamento degli elementi volti ad accelerare la concessione di autorizzazioni per progetti in materia di energie rinnovabili.

Giova segnalare, in particolare, l’istituzione delle c.d. ‘zone di accelerazione per le energie rinnovabili’<sup>25</sup>, le quali dovranno essere individuate dagli Stati membri attraverso una mappatura del loro territorio. Tale mappatura dovrà essere sottoposta ad una procedura di valutazione ambientale strategica (VAS), condotta ai sensi della direttiva 2001/42<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Basti pensare che secondo le statistiche dell’Eurostat la quota di fonti energetiche rinnovabili nel consumo finale lordo di elettricità nell’Unione europea è aumentata dal 2020 al 2021 solo dello 0,1%.

<sup>24</sup> Reperibile sulla rete interconnessa, in particolare si veda il documento “*Industry recommendations on accelerating permitting for wind energy*”.

<sup>25</sup> Articolo 15 *quater*, rubricato “Zone di accelerazione per le energie rinnovabili”.

<sup>26</sup> Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno

Una volta che tale mappatura sarà stata completata<sup>27</sup>, tutti gli impianti di produzione di energia rinnovabile, ad eccezione di quelli relativi all'energia prodotta da biomasse ed energia idroelettrica, verranno considerati impianti realizzabili in tali aree con una notevole semplificazione delle procedure autorizzative<sup>28</sup>.

Le innovazioni introdotte sono molteplici e rilevanti. Nondimeno, è stata apprezzabile la scelta – nel frattempo – di intervenire con un regolamento di emergenza, considerato che l'entrata in vigore della direttiva si è avuta solo di recente e per il conseguente recepimento negli Stati membri occorrerà ancora del tempo.

Tanto premesso, dalla analisi delle direttive europee sulle fonti rinnovabili susseguitesi nel corso degli anni, è emerso come la previsione di correttivi volti allo snellimento e alla semplificazione delle procedure autorizzative risulti esserne una costante.

Viene infatti sempre ribadita l'importanza fondamentale rivestita dalla semplificazione e accelerazione delle procedure amministrative quale presupposto imprescindibile per una più rapida diffusione delle fonti energetiche rinnovabili.

La direttiva Red III da ultimo citata, con le considerevoli innovazioni presentate – nonostante l'eliminazione di alcune previsioni inserite in sede di proposta – potrebbe probabilmente rappresentare lo strumento giusto per imprimere la svolta necessaria al settore. A parere di chi scrive è infatti da segnalare con favore, se frutto di applicazione concreta, il concetto di 'aree di accelerazione per le rinnovabili' unitamente alla prevista mappatura delle aree idonee con tempi e modalità autorizzative semplificate.

2001, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente.

<sup>27</sup> In particolare, l'articolo 15 *ter* prevede che “entro il 21 maggio 2025, gli Stati membri procedono a una mappatura coordinata in vista della diffusione delle energie rinnovabili sul loro territorio...”

<sup>28</sup> M. MONTINI, *La sfida della transizione energetica e l'emergere dei conflitti intra-ambientali: quali possibili soluzioni?*, in *Quaderni Aisdue*, 2023, p. 270.

### 3. *Le misure temporanee di carattere emergenziale introdotte dal regolamento 2022/2577/UE*

Nonostante le molteplici misure finora intraprese dalle istituzioni europee nel tentativo di abbattere gli ostacoli sussistenti nei confronti di un largo impiego delle fonti rinnovabili nel settore energetico, diversi fattori discriminatori delle fonti in questione rispetto ai combustibili tradizionali continuano a frapporsi al loro sviluppo. Tra questi rilevano, in particolare, i rallentamenti dovuti alle farraginose procedure amministrative di autorizzazione degli impianti di produzione.

Invero, attenta dottrina ha definito la riduzione degli oneri amministrativi come un ‘incentivo istituzionale’ alla diffusione delle energie rinnovabili, ritenendo che una politica di reale sostegno alle energie rinnovabili impone che l’intero sistema giuridico e istituzionale sia strutturato in modo da orientare la scelta dei privati verso tali risorse, soprattutto dal punto di vista della riduzione degli oneri regolatori e burocratici imposti per l’avvio dell’attività<sup>29</sup>.

E, tuttavia, se ad oggi le istituzioni si sono trovate costrette ad emanare un regolamento d’urgenza, forse i numerosi interventi di semplificazione effettuati sulle normative di riferimento, sia pure pregevoli, fondamentali e teoricamente corretti, non hanno finora colto nel segno.

Accingendoci ad analizzare il regolamento 2022/2577 del 22 dicembre 2022<sup>30</sup>, entrato in vigore il 1° gennaio 2023, occorre sin da subito sottolineare che quest’ultimo trova la sua base giuridica nell’articolo 122 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea<sup>31</sup>, il quale si carat-

<sup>29</sup> A. MOLITERNI, *La regolazione delle fonti energetiche rinnovabili tra tutela dell’ambiente e libertà di iniziativa economica privata: la difficile semplificazione amministrativa*, in *Federalismi*, 2017, p. 4.

<sup>30</sup> Per un commento a tale regolamento, si veda A. OLIVARES, *The EU’s New Energy and Climate Policy: Energy Security and the Moderation of Environmental Standards*, in *Global Energy Law and Sustainability*, 2023.

<sup>31</sup> L’art. 122 TFUE stabilisce: “Fatte salve le altre procedure previste dai trattati, il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà di approvvigionamento di taluni prodotti, in particolare nel settore dell’energia. Qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può

terizza in quanto norma volta a consentire un intervento dell'Unione in situazioni di emergenza. Seppure le ipotesi che consentono l'intervento del Consiglio, previste al primo paragrafo della norma, non rappresentano una lista tassativa, l'intervento del Consiglio deve comunque essere limitato a casi eccezionali<sup>32</sup>. Si tratta dunque dell'introduzione di misure straordinarie "in uno spirito di solidarietà" tra Stati membri e nel rispetto del principio di sussidiarietà, ovvero l'Unione interviene con urgenza e con effetto immediato laddove un'azione coordinata a livello europeo risulti più adeguata per raggiungere gli obiettivi prestabiliti, sul presupposto che i singoli Paesi membri non siano in grado di raggiungerli da soli in maniera adeguata.

Ebbene, anche se l'art. 122 TFUE inizia ad essere una sorta di modalità di legiferare consolidata in questo periodo emergenziale – basti pensare che in cinque mesi (nel periodo tra agosto e dicembre del 2022) sono stati adottati ben cinque regolamenti aventi come base giuridica l'art. 122 TFUE<sup>33</sup>, con il Parlamento che in questo contesto decisionale svolge un ruolo da spettatore – è pur vero che ci si trova tutt'ora in un contesto in cui l'eccezionalità non stenta a scemare e perdura la necessità di attuare misure di emergenza il più rapidamente possibile. Peraltro,

concedere, a determinate condizioni, un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro interessato. Il presidente del Consiglio informa il Parlamento europeo della decisione adottata”.

<sup>32</sup> I. ANRÒ, *Le procedure decisionali d'urgenza dell'Unione europea in tempi di crisi*, in *Rivista.eurojus.it*, 2017.

<sup>33</sup> In soli cinque mesi (agosto/dicembre 2022) sono stati adottati, utilizzando come base giuridica l'articolo 122 TFUE, i seguenti regolamenti: Regolamento 2022/2578/UE del Consiglio del 22 dicembre 2022 che istituisce un meccanismo di correzione del mercato per proteggere i cittadini dell'Unione e l'economia da prezzi eccessivamente elevati; Regolamento 2022/2576/UE del Consiglio del 19 dicembre 2022 che promuove la solidarietà mediante un migliore coordinamento degli acquisti di gas, parametri di riferimento affidabili per i prezzi e scambi transfrontalieri di gas; Regolamento 2022/2372/UE del Consiglio del 24 ottobre 2022 relativo a un quadro di misure volte a garantire la fornitura di contromisure mediche di rilevanza per le crisi in caso di un'emergenza di sanità pubblica a livello dell'Unione; Regolamento 2022/1854/UE del Consiglio del 6 ottobre 2022 relativo a un intervento di emergenza per far fronte ai prezzi elevati dell'energia; Regolamento 2022/1369/UE del Consiglio del 5 agosto 2022 relativo a misure coordinate di riduzione della domanda di gas. Tuttavia, occorre rilevare che prima del Regolamento del 5 agosto 2022, l'ultimo regolamento avente come base giuridica l'articolo 122 risaliva ad ottobre 2021 e riguardava i vaccini contro la pandemia da Covid-19.

la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) ha avuto modo di sottolineare che nell'ambito della politica energetica dell'Unione, l'art. 122 TFUE assume uno specifico rilievo quale disposizione riguardante "l'insorgenza di gravi difficoltà nell'approvvigionamento di prodotti energetici" (CGUE, 6 settembre 2012, causa C-490/10, Parlamento c. Consiglio, punto 67)<sup>34</sup>.

E il regolamento in oggetto riguarda proprio l'introduzione di misure urgenti per contribuire a risolvere l'emergenza energetica a breve termine, tramite l'istituzione di un quadro per accelerare la diffusione delle energie rinnovabili.

Ciò posto, per quanto concerne l'ambito di applicazione, oltre a riguardare tutte le procedure autorizzative la cui data di inizio rientra nella durata della sua applicazione, ai sensi dell'art. 1, paragrafo 2, gli Stati membri possono applicare il regolamento anche alle procedure autorizzative in corso che non abbiano dato luogo a una decisione finale prima del 30 dicembre 2022 "a condizione che ciò acceleri la procedura autorizzativa e siano preservati i diritti giuridici preesistenti di terzi". Dunque, per i progetti che si trovino in stallo ovvero i cui iter autorizzativi siano interrotti a causa di meri ritardi amministrativi, possono trovare applicazione le disposizioni del citato regolamento.

Nel merito, conformemente a quanto attualmente prevede l'art. 16 *septies* della direttiva 2023/2413/UE, una delle misure temporanee introdotte dal regolamento in esame al fine di eliminare le difficoltà che continuano a sussistere nelle procedure autorizzative consiste nell'introduzione, all'articolo 3, di una presunzione relativa secondo cui i progetti di energia rinnovabile sono da considerarsi "d'interesse pubblico prevalente e d'interesse per la salute e la sicurezza pubblica ai fini della pertinente legislazione ambientale dell'Unione".

Lo scopo perseguito dal legislatore europeo è quello di imporre agli attori pubblici competenti nell'ambito dei processi di progettazione e autorizzazione degli impianti, di accordare priorità, nel bilanciamento dei diversi interessi in gioco, alla costruzione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, "eccetto se vi siano prove evidenti che tali progetti

<sup>34</sup> F. SCIAUDONE, *Art. 122*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, p. 1311.

hanno effetti negativi gravi sull'ambiente che non possono essere mitigati o compensati"<sup>35</sup>.

L'introduzione di una tale presunzione per gli impianti di produzione di energia rinnovabile, comprese le pompe di calore, consentirebbe ove necessario di valutare mediante procedura semplificata se tali progetti possano beneficiare delle deroghe specifiche previste dalla pertinente normativa ambientale dell'Unione, con effetto immediato<sup>36</sup>.

Si è in presenza di una presunzione comunque relativa, ovvero passibile di valutazione. Se non altro, però, grazie al nuovo assetto emergenziale, la produzione di energie rinnovabili dovrebbe prevalere anche di diritto all'atto del suo contemperamento con gli altri interessi coinvolti. Vale a dire che la realizzazione dell'impianto dovrebbe essere autorizzata – a condizione che siano previste idonee misure di prevenzione e controllo dei possibili impatti ambientali – e, per eventualmente bloccarne la messa in opera, dimostrare con 'prove evidenti' che quel determinato progetto produce effetti negativi gravi insuscettibili di mitigazione.

L'articolo 6, in particolare, specifica le condizioni che devono sussistere per consentire agli Stati membri di esentare i progetti di energia rinnovabile, nonché i progetti di stoccaggio dell'energia e i progetti di rete elettrica necessari per integrare l'energia rinnovabile nel sistema elettrico, dalla valutazione di impatto ambientale<sup>37</sup> e dalle valutazioni di protezione delle specie<sup>38</sup>. In primo luogo, il progetto deve essere ubicato in una zona dedicata alle energie rinnovabili o alla rete per la relativa infrastruttura di rete necessaria a integrare l'energia rinnovabile nel sistema elettrico, se gli Stati membri hanno stabilito zone dedicate alle energie rinnovabili o alla rete, e in secondo luogo la zona deve essere stata oggetto di una

<sup>35</sup> Regolamento 2022/2577/UE del Consiglio, del 22 dicembre 2022, che istituisce il quadro per accelerare la diffusione delle energie rinnovabili, considerando n. 8.

<sup>36</sup> Regolamento 2022/2577/UE del Consiglio, del 22 dicembre 2022, che istituisce il quadro per accelerare la diffusione delle energie rinnovabili, considerando n. 8.

<sup>37</sup> Art. 2, paragrafo 1, direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati.

<sup>38</sup> Art. 12, paragrafo 1, direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e fauna selvatiche; art. 5, direttiva 2009/147/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2009, concernente la conservazione degli uccelli selvatici.

valutazione ambientale strategica ai sensi della direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio<sup>39</sup>.

Ciò che però desta qualche perplessità è la circostanza per cui la priorità agli impianti di energia rinnovabile appare concessa soltanto nel contemperamento con gli interessi tutelati dalla legislazione ambientale dell'Unione e, in particolare, quella in tema di biodiversità e di protezione delle specie.

Peraltro, viene concessa agli Stati membri la facoltà di circoscriverne ulteriormente il campo di applicazione. Invero, il considerando n. 8 sopra citato così statuisce: “Tenuto conto delle loro specificità nazionali, gli Stati membri dovrebbero essere autorizzati a limitare l'applicazione di tale presunzione a determinate parti del loro territorio o a determinate tecnologie o progetti”.

Orbene, l'espressione “tenuto conto delle loro specificità nazionali” è formula tanto elastica e generica da consentire agli Stati membri di escludere vaste aree o tipi di tecnologie dalla presunzione di interesse pubblico prevalente, rendendo potenzialmente ancora più difficile lo sviluppo delle rinnovabili. Ad esempio, i governi nazionali potrebbero escludere dalla presunzione alcune aree in quanto considerate sensibili dal punto di vista ambientale ovvero ritenere determinati tipi di tecnologie, come l'energia idroelettrica o le biomasse, troppo invasive.

Considerato che il regolamento in esame è stato adottato per far fronte alla lentezza e alla lungaggine delle procedure autorizzative, il legislatore avrebbe dovuto fornire delle norme ‘a monte’ chiare, precise e complete, evitando di delegare a successivi e aggiuntivi atti la precisazione dei criteri di applicazione delle stesse<sup>40</sup>.

Ed invero, proprio con riferimento a tale presunzione di interesse pubblico prevalente, nella seduta plenaria del 14 dicembre 2022 il Parlamento europeo ha adottato un emendamento all'art. 16 *quinquies* della direttiva riveduta sulle energie rinnovabili imponendo alla Commissione,

<sup>39</sup> Inoltre, viene stabilito che l'autorità competente provveda affinché, sulla base dei dati esistenti, siano applicate misure di mitigazione adeguate e proporzionate per garantire la conformità all'art. 12, paragrafo 1, della direttiva 92/43/CEE e all'art. 5 della direttiva 2009/147/CE.

<sup>40</sup> Sul metodo di produzione delle regole definito ‘a cascata’ si veda L. AMMANATI, *L'incertezza del diritto. A proposito della politica per le energie rinnovabili*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2011, p. 11.

entro un mese dalla data di entrata in vigore della medesima, “al fine di ridurre l’incertezza giuridica”, di “pubblicare orientamenti sulle modalità di attuazione della presunzione di interesse pubblico prevalente”.

Il testo definitivo della direttiva 2023/2413 nulla invece prevede a tale proposito e la Commissione non ha ancora pubblicato alcun orientamento circa le modalità di applicazione della suddetta presunzione.

Viene dunque naturale domandarsi in che modo possa trovare attuazione tale presunzione di interesse pubblico prevalente fintantoché i citati orientamenti non verranno adottati.

Eppure l’obiettivo del regolamento ‘di emergenza’ era proprio quello di intraprendere il processo di accelerazione nella diffusione delle energie rinnovabili nell’attesa dell’entrata in vigore della direttiva Red III.

Relativamente, poi, alla tutela del paesaggio, che costituisce un’altra imponente barriera che nella maggior parte dei casi – soprattutto sul territorio nazionale – si innalza, bloccando le procedure autorizzative, il regolamento in parola prevede soltanto una facoltà per gli Stati membri di far valere la presunzione di interesse pubblico prevalente per gli impianti di energia rinnovabile. In particolare, il considerando n. 8 così statuisce: “gli Stati membri possono prendere in considerazione la possibilità di applicare tale presunzione nella legislazione nazionale pertinente in materia di paesaggio”. Ebbene, non è dato comprendere le ragioni di una siffatta scelta del legislatore, posto che la questione dell’impatto sul paesaggio costituisce forse uno degli aspetti più discussi e controversi in materia di energie rinnovabili e dunque un enorme ostacolo alla realizzazione degli impianti stessi, soprattutto per alcune tipologie di fonti rinnovabili che per loro natura sono più impattanti<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Sebbene non inclusi nelle categorie di energie rinnovabili coperte dal regolamento in esame, basti soltanto accennare alla controversa questione riguardante la realizzazione degli impianti eolici, i quali costituiscono l’esempio più lampante di tecnologia che incontra il più delle volte il parere negativo delle competenti autorità preposte alla valutazione dell’impatto sul paesaggio, soprattutto in Paesi come l’Italia. Invero, i grandi generatori eolici sono visibili a chilometri di distanza e costituiscono un’oggettiva modificazione dell’ambiente circostante. Ciò è dovuto specialmente al fatto che le *wind farm*, per funzionare bene, devono sorgere in posizioni esposte, e la scelta di montagne, zone collinari, crinali, scogliere, è geograficamente la più favorevole per rendere massima la resa elettrica. E tuttavia, proprio perché si tratta di zone sensibili sotto il profilo paesaggistico, si può determinare un impatto visivo che incide negativamente sul territorio. Su tale problematica, sia consentito il rinvio a E. SANTORO,

Il regolamento in esame si limita comunque ad introdurre procedure accelerate e più brevi soltanto per alcune tecnologie e tipi di progetti specifici, in particolare per l'installazione di apparecchiature per l'energia solare, per la revisione della potenza degli impianti e per le pompe di calore. Scelta, questa, che parimenti lascia abbastanza perplessi, se sol si considera l'importanza strategica dell'energia eolica, la quale rappresenta, nel panorama delle fonti rinnovabili, una delle più promettenti.

Peraltro, così facendo si rischia di accrescere i già esistenti effetti distorsivi esistenti relativamente alla scelta delle singole fonti di energia rinnovabile, favorendo quelle i cui impianti di produzione – per fattori squisitamente tecnici o materiali – risultano già soggetti a minori barriere amministrative e per converso rallentando ancor di più lo sviluppo di altre fonti, come l'energia eolica appunto, la cui realizzazione è già sottoposta a procedure autorizzatorie più complesse. E questo a prescindere da una valutazione di merito sull'efficienza energetica e dei vantaggi per l'ambiente della singola fonte.

Proseguendo con l'analisi del regolamento, se relativamente alla procedura autorizzativa per l'installazione di apparecchiature per l'energia solare, l'art. 4, paragrafo 1, del regolamento, prevede la durata di tre mesi e l'esenzione dall'obbligo di effettuare valutazioni di impatto ambientale ai sensi della direttiva 2011/92/UE, il secondo paragrafo della norma concede agli Stati membri la possibilità di escludere determinate aree o strutture dalle disposizioni di cui al paragrafo 1 “per motivi connessi alla protezione del patrimonio culturale o storico oppure per motivi connessi a interessi della difesa nazionale oppure per motivi di sicurezza”.

Con riguardo alla revisione della potenza degli impianti, l'art. 5 prevede che se la revisione della potenza non determina un aumento della capacità dell'impianto di produzione di energia elettrica rinnovabile su-

*L'autorizzazione alla realizzazione di impianti di energia eolica tra tutela ambientale e tutela paesaggistica*, in questa *Rivista*, 2007; S. GUARINO, *Autorizzazione paesaggistica e valutazione comparativa di interessi in materia di energia eolica*, in questa *Rivista*, 2008; V. MOLASCHI, *Paesaggio versus ambiente. Osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione di impianti eolici*, in *Rivista giuridica dell'Edilizia*, 2009; G. NAPOLITANO, *Energie rinnovabili: un problema di “governance”*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, 2013, p. 285; T. MAROCCO, *Incompatibilità ambientale e paesaggistica in ordine a un intervento per la realizzazione e l'esercizio di parchi eolici*, in questa *Rivista*, 2019.

periore al 15 %, le connessioni alla rete di trasmissione o di distribuzione sono autorizzate entro tre mesi dalla presentazione della domanda all'ente competente "a meno che non sussistano problemi giustificati di sicurezza o un'incompatibilità tecnica dei componenti del sistema".

Come è evidente, il regolamento prevede eccessive limitazioni ed eccezioni, individuate con formule tanto generali da ingenerare incertezza negli interpreti e, soprattutto, un troppo ampio margine di discrezionalità nelle mani degli Stati membri, i quali potranno escludere rilevanti aree dalla presunzione di "interesse pubblico prevalente" e dilatare i termini per il rilascio delle autorizzazioni sulla base di generici motivi connessi ora alla protezione del patrimonio culturale, ora a ragioni di sicurezza e difesa nazionale e via discorrendo, col rischio di rafforzare le barriere più rilevanti che attualmente ostacolano la diffusione delle energie rinnovabili.

Conseguenza di ciò è che ogni Stato adotterà una propria interpretazione, contribuendo all'accrescimento di un quadro regolatorio disorganico e frammentato. Circostanza, questa, che dovrebbe invece essere scongiurata il più possibile al fine di affrancare una volta per tutte gli impianti di energia rinnovabile dalla 'trappola' delle procedure autorizzative.

Pertanto, se è da cogliere positivamente la decisione del legislatore di emanare un regolamento d'urgenza per accelerare la diffusione delle fonti rinnovabili, e nonostante sia chiara l'intenzione dello stesso di intervenire in modo netto e più marcato sulle scelte nazionali, è pur vero che il permanere degli anzidetti elementi di criticità potrebbe comprometterne la buona riuscita, limitandone notevolmente le possibilità di successo.

Tra l'altro, l'eccessiva genericità e indeterminatezza delle disposizioni induce a riflettere sulla possibile mancanza dei requisiti necessari al riconoscimento dell'efficacia diretta del regolamento, in particolare relativamente al criterio della chiarezza delle disposizioni nel medesimo contenute<sup>42</sup>.

A tale riguardo, stante l'insufficiente chiarezza circa le modalità di applicazione della presunzione di interesse pubblico prevalente e, soprattutto, del significato specifico da attribuire alle molteplici eccezioni, ci si

<sup>42</sup> "Un precetto è sufficientemente chiaro e preciso quando è espresso in termini non equivoci", CGUE, 23 febbraio 1994, causa C-236/92, *Comitato*.

chiede in che modo il legislatore nazionale, in sede di implementazione, possa dare attuazione alle misure previste. Forse si potrebbe addirittura parlare di un carattere ibrido del regolamento, che ad una prima lettura sembra più simile ad un atto indirizzato agli Stati (come le direttive) anziché ad un atto generale ed astratto.

Le richiamate criticità sono verosimilmente legate all'urgenza con cui l'atto è stato adottato. Tuttavia, non vi può essere accelerazione se gli Stati non sono in grado di dare completa attuazione alle misure previste.

Invero, se permangono oneri burocratici eccessivi e termini prorogabili per i motivi più disparati e non dettagliatamente circoscritti, le possibilità di successo di tale provvedimento sono notevolmente limitate.

#### 4. *Energia rinnovabile e semplificazione amministrativa nella dimensione interna/nazionale: l'impatto del regolamento 2022/2577/UE*

Venendo ora al contesto nazionale, è opportuno svolgere alcune valutazioni circa l'impatto del regolamento 2022/2577/UE nel nostro ordinamento.

Prima, però, occorre sottolineare come in Italia il percorso di semplificazione abbia avuto un andamento peculiare, a tratti incoerente, a causa dei numerosi interventi di riforma, non sempre organici, sui quali il legislatore è tornato ripetutamente e a breve distanza di tempo, secondo una discutibile ma consolidata prassi<sup>43</sup>.

Invero, nel corso degli ultimi anni, in coerenza con le raccomandazioni delle istituzioni europee, sono stati adottati diversi decreti aventi l'obiettivo della semplificazione amministrativa: Decreto Semplificazioni, Decreto Semplificazioni bis, D.L. Aiuti<sup>44</sup>.

In breve, un crescendo di norme che si proclamano semplificatorie, ma che, allo stato, conducono ad una situazione di singolare complessità.

Tanto premesso, in principio, per il recepimento da parte dell'Ita-

<sup>43</sup> S. AGUSTO, *Spinte europee e incertezze statali nella semplificazione amministrativa: il difficile equilibrio tra celerità e garanzia*, in *DPCE online*, 2021.

<sup>44</sup> Il primo di questi, il D.L. 16 luglio 2020, n. 76, all'art. 15 ha previsto l'adozione di una Agenda per la semplificazione per il periodo 2020-2023 avente ad oggetto le linee di indirizzo e il programma di interventi di semplificazione per la ripresa a seguito dell'emergenza da COVID-19, nonché il cronoprogramma per la loro attuazione.

lia della direttiva 2001/77/CE, è stato emanato il D.Lgs. 29 dicembre 2003, n.387, il cui art. 12 ha rappresentato la disposizione cardine volta a recepire il dettato normativo europeo relativo alla fase autorizzativa. In particolare, la norma qualificava le opere di realizzazione degli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili, e con esse le opere e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e al funzionamento delle stesse, come “opere di pubblica utilità e indifferibili e urgenti”, facendo discendere da tale qualificazione giuridica la necessità di una procedura di realizzazione che fosse improntata a principi di semplificazione e razionalizzazione amministrativa<sup>45</sup>. E, a tale scopo, il successivo comma 3 dell’articolo 12 introduceva l’istituto dell’autorizzazione unica.

L’art. 12, comma 10, rinviava poi ad apposite Linee Guida nazionali la disciplina di dettaglio per lo svolgimento del procedimento autorizzativo unificato al fine di assicurare il corretto insediamento degli impianti nel paesaggio, in attuazione delle quali le Regioni potevano motivatamente individuare siti o aree non idonee all’installazione di specifiche tipologie di impianti.

Tali linee guida nazionali sono state approvate con D.M. 10 settembre 2010, dunque dopo ben sette anni dall’adozione del D.Lgs. 387/2003. In tale frangente la direttiva 2001/77/CE era abrogata e sostituita dalla direttiva 2009/28/CE, attuata in Italia per il tramite del D.Lgs. 3 marzo 2011, n. 28.

È facilmente immaginabile come il grave ritardo del legislatore italiano nell’adozione delle Linee Guida nazionali si sia tradotto in un quadro normativo frammentato e disorganico, composto da diverse discipline regionali, ciascuna finalizzata a dare un contenuto dettagliato alle disposizioni in tema di procedimento autorizzativo unificato. Circostanza, questa, che oltre a creare un quadro giuridico di riferimento tutt’altro che ispirato a principi di chiarezza e coerenza, ha reso necessario l’intervento della Corte costituzionale, più volte chiamata a pronunciarsi in merito ai profili di legittimità costituzionale o di compatibilità con il diritto dell’Unione delle normative adottate dalle diverse regioni.

Venendo alla più recente produzione normativa nazionale, in attuazione della direttiva 2018/2001 sulla promozione dell’uso dell’energia

<sup>45</sup> L. RICCI, *Procedure autorizzative per la realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili e pluralità di domande*, in questa *Rivista*, 2009, p. 889.

da fonti rinnovabili, è stato adottato – a distanza di quasi tre anni – il D. Lgs. 8 novembre 2021 n. 199<sup>46</sup>, il quale riserva particolare attenzione ai regimi autorizzatori dedicandogli l'intero titolo III. Oltre ad essere contemplate quattro tipologie di procedimenti autorizzatori per la costruzione e l'esercizio degli impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile (comunicazione per le attività di edilizia libera, dichiarazione di inizio lavori, procedura abilitativa semplificata e autorizzazione unica) vengono introdotte diverse misure ispirate ad una chiara logica semplificatoria e acceleratoria<sup>47</sup>. In particolare, all'articolo 20, rubricato "Disciplina per l'individuazione di superfici e aree idonee per l'installazione di impianti a fonti rinnovabili" viene disposto che "Con uno o più decreti del Ministro della transizione ecologica di concerto con il Ministro della cultura, e il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, previa intesa in sede di Conferenza unificata [...] sono stabiliti principi e criteri omogenei per l'individuazione delle superfici e delle aree idonee e non idonee all'installazione di impianti a fonti rinnovabili aventi una potenza complessiva almeno pari a quella individuata come necessaria dal PNIEC".

Il D.Lgs. 199/2021 introduce alcune misure interessanti nell'ottica acceleratoria, come la piattaforma unica digitale per la presentazione delle istanze di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio di impianti rinnovabili, realizzata e gestita dal Gestore dei Servizi Energetici (GSE) al fine di ridurre i ritardi e le incertezze legate all'individuazione delle modalità e delle autorità cui presentare le istanze.

Nondimeno, a distanza di quasi un decennio, similmente a quanto stabiliva il D. Lgs. 28/2011 (attuazione della direttiva 2009/28/CE) si continua a prevedere come necessaria, per definire il concreto quadro organizzativo e regolatorio in materia, l'adozione di una serie di decreti

<sup>46</sup> Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199. Attuazione della direttiva 2018/2001/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili. In precedenza, il 1° giugno 2021, era stato emanato il D.L. 31 maggio 2021, n. 77: Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure (il c.d. Decreto-legge semplificazioni).

<sup>47</sup> F. VETRÒ, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. Profili di governance: efficienza energetica ed energie rinnovabili nel nuovo ordinamento dell'energia*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 2022, p. 97.

da parte dei vari ministeri, per lo più previa intesa con la Conferenza Unificata<sup>48</sup>.

Al riguardo, seppure il Governo abbia di recente pubblicato il nuovo D.L. 4 febbraio 2023, n. 13 (decreto PNRR-ter)<sup>49</sup> convertito in L. 21 aprile 2023, n. 41, finalizzato a velocizzare e snellire l'attuazione degli interventi di semplificazione per il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), a tale specifica previsione non sembra siano state apportate modifiche.

Eppure, nel suddetto decreto, in vigore dal 25 febbraio 2023, si intravedono alcune iniziative interessanti relativamente alle norme per l'identificazione delle aree idonee all'installazione di impianti rinnovabili. Ad esempio, l'articolo 47<sup>50</sup> limita la partecipazione del Ministero della cultura al procedimento unico ai soli casi in cui i progetti siano localizzati in aree sottoposte a tutela. Inoltre, la medesima norma introduce una modifica all'articolo 20, comma 8, lettera *c quater* del D.Lgs. 199/2021, prevedendo la riduzione da sette a tre chilometri della fascia di rispetto tra gli impianti eolici e i beni sottoposti a tutela. Rispetto agli impianti

<sup>48</sup> Nello specifico, l'articolo 20, paragrafo 2, del D.lgs. 199/2021 prevede: "In via prioritaria, con i decreti di cui al presente comma si provvede a: a) dettare i criteri per l'individuazione delle aree idonee all'installazione della potenza eolica e fotovoltaica indicata nel PNIEC, stabilendo le modalità per minimizzare il relativo impatto ambientale e la massima porzione di suolo occupabile dai suddetti impianti per unità di superficie, nonché dagli impianti a fonti rinnovabili di produzione di energia elettrica già installati e le superfici tecnicamente disponibili; b) indicare le modalità per individuare superfici, aree industriali dismesse e altre aree compromesse, aree abbandonate e marginali idonee alla installazione di impianti a fonti rinnovabili".

<sup>49</sup> Decreto legge n. 13/2023, del 24 febbraio 2023, Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune.

<sup>50</sup> Tale norma modifica altresì l'articolo 22 del Decreto legislativo n. 199/2021 prevedendo che: "l'installazione, con qualunque modalità, di impianti fotovoltaici a terra e delle relative opere connesse e infrastrutture necessarie, ubicati nelle aree a destinazione industriale, artigianale e commerciale, nonché in discariche o lotti di discarica chiusi e ripristinati ovvero in cave o lotti o porzioni di cave non suscettibili di ulteriore sfruttamento, è considerata attività di manutenzione ordinaria e non è quindi subordinata all'acquisizione di permessi, autorizzazioni o atti di assenso comunque denominati. Se l'intervento ricade in zona sottoposta a vincolo paesaggistico, il relativo progetto deve essere previamente comunicato alla competente soprintendenza".

fotovoltaici, invece, il limite di distanza viene ridotto da 1 chilometro a 500 metri.

Il nuovo decreto legge, modificando l'articolo 12 comma 3 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387, prevede poi che il termine massimo per la conclusione del procedimento unico sia pari a centocinquanta giorni.

Vengono accelerati altresì i tempi per la valutazione di impatto ambientale dei progetti di competenza statale (15 giorni e non più 30).

Per quanto concerne gli impianti fotovoltaici ubicati in aree agricole, sono state introdotte delle condizioni al ricorrere delle quali essi vengono considerati “manufatti strumentali all'attività agricola e sono liberamente installabili”.

Orbene, rammentati brevemente i principali passaggi evolutivi della disciplina delle energie rinnovabili nel nostro ordinamento, è possibile valutare l'impatto del regolamento 2022/2577/UE. Al riguardo va evidenziato che, mentre da un lato alcune delle semplificazioni introdotte con lo stesso sono, benché solo in parte, già state recepite nel contesto nazionale, dall'altro emergono delle previsioni che, seppure pregevoli a livello sovranazionale, nel nostro ordinamento non sembrano poter avere un impatto significativo.

Relativamente al primo aspetto, merita menzione l'emendamento governativo proposto nel corso dell'iter di emanazione della legge di conversione n. 41/2023, che “in conformità alle disposizioni di cui all'articolo 6 del regolamento (UE) 2022/2577 del Consiglio, del 22 dicembre 2022” ha introdotto, al comma 1 bis dell'articolo 47 del decreto PN-RR-ter – l'esenzione (fino al 30 giugno 2024), al ricorrere di determinate condizioni e per alcune tipologie di impianti indicate nello stesso comma<sup>51</sup>, dalle procedure di screening ambientale e dalla valutazione di impatto ambientale (“VIA”) di cui al D. Lgs. 152/2006.

Per beneficiare di tali esenzioni, tuttavia, si richiede che i progetti ricadano in aree idonee che siano contemplate in piani o programmi già sottoposti preventivamente alla valutazione ambientale strategica (VAS).

<sup>51</sup> Art. 47, comma 1 *bis*: “In conformità alle disposizioni di cui all'articolo 6 del regolamento (UE) 2022/2577 del Consiglio, del 22 dicembre 2022, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e fino al 30 giugno 2024, sono esentati dalle valutazioni ambientali di cui al titolo III della parte seconda del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 [...]”.

Di conseguenza, la disposizione non potrà avere alcuna applicazione concreta fintantoché tale valutazione non verrà condotta.

In merito al secondo aspetto – vale a dire quelle disposizioni che, pur avendo un chiaro intento acceleratorio, trasposte nel nostro ordinamento risultano avere un impatto ben più limitato – possiamo richiamare l'articolo 4 del regolamento il quale prevede che per l'installazione di apparecchiature di impianti fotovoltaici e di stoccaggio dell'energia co-ubicati, in strutture artificiali esistenti o future, la durata della procedura autorizzativa non debba superare i tre mesi. Ebbene, nel nostro ordinamento per questa tipologia di impianti sono previste procedure ben più snelle. Infatti, anche nell'ipotesi in cui fosse necessaria la Procedura Abilitativa Semplificata (la più gravosa delle autorizzazioni per tale tipologia/ubicazione di impianti) è previsto il meccanismo del silenzio assenso ovvero il richiedente potrà iniziare i lavori di costruzione se, trascorso il termine di 30 giorni dalla presentazione della PAS, non vi siano stati riscontri o notifiche da parte del Comune.

Dunque, il recente regolamento dell'Unione, sebbene rappresenti un ulteriore impulso nella giusta direzione, non sembra poter apportare un contributo particolarmente rilevante nel nostro ordinamento.

In ogni caso, per raggiungere gli obiettivi posti, oltre a snellire e accelerare le procedure autorizzative, risulta necessario che le amministrazioni siano maggiormente consapevoli degli strumenti legislativi messi a loro disposizione per accelerare la diffusione delle rinnovabili nei loro territori. Inoltre, considerato il numero non trascurabile di attori istituzionali chiamati in causa, è importante giungere ad un più stretto coordinamento tra le varie amministrazioni competenti.

Appare fondamentale perciò che le semplificazioni previste dal legislatore siano immediatamente e integralmente recepite nella prassi delle pubbliche amministrazioni nazionali, affinché si possano effettivamente concretizzare i benefici connessi all'aumento della produzione di energia sostenibile.

Invero, per far sì che le disposizioni di nuovo conio possano effettivamente spiegare la loro efficacia, è necessaria un'azione congiunta dei diversi ministeri coinvolti nel procedimento.

Ciò che si auspica, allora, è che le sollecitazioni contenute nel regolamento europeo possano, insieme alle azioni di tutti gli operatori del settore, accrescere questa consapevolezza, rendendo le amministrazioni

bendisposte all'impiego degli strumenti messi a loro disposizione dall'ordinamento.

### 5. *Spunti conclusivi*

Il Regolamento 2022/2577 si pone nel solco degli incentivi e delle semplificazioni sostenute a livello europeo per incoraggiare una maggiore diffusione delle energie rinnovabili, al fine di limitare i rischi per la sicurezza dell'approvvigionamento energetico derivanti dal conflitto russo-ucraino.

In generale, le intenzioni del legislatore europeo sono apprezzabili ma, come anticipato, sono previste ancora troppe limitazioni ed eccezioni che possono minare il raggiungimento degli ambiziosi obiettivi di semplificazione amministrativa previsti dal provvedimento in esame.

Invero, ad una lettura anche superficiale del regolamento, composto da soli dieci articoli, ci si rende conto di quante limitazioni ed eccezioni vi siano inserite.

Sarebbe stato certamente più opportuno se il legislatore europeo avesse fornito delle norme chiare e precise e dei criteri uniformi, senza lasciare troppo spazio agli Stati per valutazioni discrezionali (tra le altre, tutela del patrimonio storico, specificità nazionali, difesa o sicurezza nazionale).

Con ciò non si vuole proporre una assolutizzazione dell'interesse alla realizzazione degli impianti di energia rinnovabile che vada a discapito della protezione dell'ambiente, in quanto la tutela ambientale occupa sempre un posto di primo piano nella ponderazione di tutti gli interessi coinvolti<sup>52</sup>. Tuttavia, considerato che le complesse sfide attuali non possono essere vinte – e gli obiettivi di neutralità climatica raggiunti – senza un maggiore se non assoluto ricorso alle energie rinnovabili, è importante che vi siano i presupposti perché queste ultime dispongano di un'im-

<sup>52</sup> Come ha osservato la Corte di giustizia nella sentenza del 21 luglio 2011, causa C-2/10, *Azienda Agroo-Zootecnica Franchini Sarl ed Eolica di Altamura srl* contro *Regione Puglia*: “la politica energetica dell'Unione, proprio in forza del principio enunciato dall'art. 194 TFUE, deve tenere conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente”. V. in proposito, R. GIUFFRIDA, F. AMABILI (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018.

plementazione che sia il meno possibile ostacolata, tenendo presente che l'obiettivo è comunque quello di proteggere l'ecosistema.

In conclusione, sebbene il regolamento di emergenza presenti delle criticità, in qualche misura può dirsi innovativo, prevedendosi comunque – seppure soltanto per la legislazione ambientale dell'Unione – una presunzione di prevalenza dell'interesse alla realizzazione degli impianti di energia rinnovabile rispetto agli altri interessi coinvolti.

Apprezzabile appare dunque la scelta di prorogarne l'applicabilità, considerato che le misure inserite nel regolamento, proprio nell'ottica della straordinarietà e temporaneità, prevedono termini eccezionalmente brevi per il rilascio delle autorizzazioni, che non sono stati completamente ripresi nell'ambito della direttiva 2023/2413/UE.

Se, infatti, alcune misure introdotte dal regolamento 2022/2577 sono state incluse anche nella direttiva 2018/2001 mediante la direttiva 2023/2413, quest'ultima non ha riconfermato alcune delle misure più eccezionali contenute nel regolamento e presenta procedure caratterizzate da modalità e tempi di attuazione prolungati.

Pertanto, nel periodo di applicabilità del regolamento potrebbero aversi notevoli benefici tali da indurre la Commissione a proporre un'ulteriore proroga dello stesso o, addirittura, a cristallizzare alcune delle rilevanti misure in esso previste.

In tale ottica il regolamento, adeguatamente bilanciato sotto il profilo della sostenibilità ambientale, potrebbe pro futuro contribuire sensibilmente all'innovazione della disciplina in materia di realizzazione di impianti di energie rinnovabili.

## ABSTRACT

*Renewable energy – European Union  
Regulation (EU) 2577/2022 – Directive (EU) 2023/2413*

*The current historical moment, particularly the Russia's invasion of Ukraine and the pressing energy crisis, have accentuated the urgency of accelerating the deployment of renewable energy in the European Union in order to phase out dependence on Russian fossil fuels.*

*In this context, on 22 December 2022, the Council adopted Regulation (EU) 2577/2022, which established a temporary framework for the deployment of renewable energy sources, providing for a simplification and acceleration of permitting procedures for renewable energy installations.*

*This article intends to focus on the analysis of the mentioned regulation by placing it in comparison with previous regulations in the sector, delving into the evolution in the field. In particular, it will focus on the provisions included in it in order to verify whether these at a first examination appear capable of leading to an effective acceleration in the penetration of renewable energies or whether, on the contrary, obstacles still remain for their immediate expansion.*



# Commercio e sviluppo sostenibile negli accordi preferenziali di nuova generazione con i partner asiatici alla prova delle competenze esterne dell'UE

CHIARA GAMBINO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La crescente diffusione degli impegni in tema di commercio sostenibile all'interno degli accordi preferenziali di libero scambio. – 3. Le criticità specifiche, sotto il profilo dell'allocazione del c.d. *treaty-making power*, degli impegni in materia di commercio sostenibile. – 4. Gli impegni in materia di sostenibilità contenuti negli accordi bilaterali di nuova generazione conclusi con i partner asiatici. – 5. L'estensione della competenza in materia di politica commerciale comune ricavabile dal parere 2/15. – 6. La riconducibilità degli impegni in materia di sostenibilità alla competenza UE sulla politica commerciale comune. – 7. Conclusioni.

## 1. *Premessa*

L'interdipendenza tra commercio internazionale e sviluppo sostenibile costituisce, ormai, un aspetto pacifico e assodato, come attestano, tra l'altro, gli Obiettivi di sviluppo sostenibile approvati durante il vertice delle Nazioni Unite nel 2015<sup>1</sup> e l'inclusione, sempre più di frequente, all'interno degli accordi preferenziali conclusi dall'UE, di appositi impegni aventi ad oggetto la protezione dei lavoratori e dell'ambiente<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla risoluzione 70/1 adottata dall'Assemblea Generale il 25 settembre 2015, Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, A/RES/70/1, punto 68, il quale rappresenta, ad oggi, l'ultimo passaggio di un processo di progressivo affinamento del concetto di "sviluppo sostenibile" iniziato con l'utilizzo di tale espressione, per la prima volta, nel 1987 da parte della Commissione mondiale su ambiente e sviluppo "Il nostro futuro comune".

<sup>2</sup> In argomento, cfr., *ex plurimis*, G. ADINOLFI, *A cross-cutting legal analysis of the*

Recentemente, infatti, l'Unione europea ha posto grande enfasi sui temi della sostenibilità (tanto ambientale quanto sociale) nel quadro della propria strategia commerciale.

Come noto, è in corso, da alcuni anni, un profondo mutamento del contesto degli scambi commerciali internazionali. Si assiste, in particolare, per effetto di fenomeni quali la globalizzazione delle catene di approvvigionamento e l'emersione di nuove potenze economiche in costante crescita ed espansione, alla comparsa e diffusione di dinamiche inedite rispetto alle quali il sistema OMC, ormai da tempo in grave crisi, non pare in grado di fornire risposte adeguate<sup>3</sup>.

Tale situazione ha imposto un significativo ripensamento della strategia commerciale dell'Unione europea, facente perno sull'elaborazione – secondo la linea dettata dalla Commissione fin dalla Comunicazione

*European Union preferential trade agreements' chapters on sustainable development – Further steps towards the attainment of the sustainable development goals?*, in *International trade, investment and the sustainable development goals*, Cambridge, 2020, pp. 15 e ss.; G. ADINOLFI, *Alla ricerca di un equilibrio tra interessi economici e tutela dell'ambiente nella politica commerciale dell'Unione europea*, 2017, reperibile sulla rete interconnessa; T. NOVITZ, *Sustainable labour conditionality in EU free trade agreements? Implications of the EU-Korea expert panel report*, in *European Law Review*, 2022, 1, pp. 3 e ss.; C. CERETELLI, *La clausola sociale nei trattati di libero scambio di nuova generazione dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, 4, pp. 1013 e ss.; S. VILLANI, *I capitoli in materia di sviluppo sostenibile negli accordi commerciali dell'Unione europea: prove di rilevanza sistemica*, in *Rivista del commercio internazionale*, 2022, 3, pp. 707 e ss.; A. MUCCIONE, *Il rapporto dei capitoli su "commercio e sviluppo sostenibile" con la disciplina in materia commerciale*, in G. ADINOLFI (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, 2021, pp. 190 e ss.; G.M. DURAN, *Sustainable development chapters in EU free trade agreements: emerging compliance issues*, in *Common Market Law Review*, 2020, 4, pp. 1031 e ss.

<sup>3</sup> In argomento, cfr., *ex plurimis*, B. RIGOD, *Global Europe: the EU's new trade policy in its legal context*, in *Columbia Journal of European Law*, 2012, 2, pp. 278 e ss.; A. DEL VECCHIO, *La crisi del multilateralismo e le sue conseguenze sulla soluzione delle controversie economiche internazionali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, 3, pp. 111 e ss.; G. SACERDOTI, *La crisi dell'organizzazione mondiale del commercio – WTO: ragioni e prospettive di rilancio dopo la 12<sup>a</sup> conferenza ministeriale di giugno 2022*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2022, 3, pp. 595 e ss.; G. SACERDOTI, *Lo stallo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio davanti alla sfida di Trump: difficoltà passeggiare o crisi del multilateralismo?*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 2018, 1, pp. V e ss.; G. SACERDOTI, *Sopravviverà l'Organizzazione Mondiale del Commercio alla sfida di Trump? Riflessioni sulla crisi del multilateralismo, un global public good da difendere*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 2019, fasc. speciale, pp. 685 e ss.

*Europa Globale* del 2006<sup>4</sup> – di un piano d’azione fortemente incentrato, per quel che concerne la dimensione esterna, sulla conclusione di accordi preferenziali di libero scambio che si caratterizzano per una portata “approfondita” e “globale” (i c.d. “accordi di nuova generazione”), in quanto volti a regolare anche quegli aspetti del commercio internazionale contemporaneo – tra cui, per quanto d’interesse ai presenti fini, quelli correlati alla c.d. sostenibilità, sia dal punto di vista sociale che ambientale – che, almeno per il momento, sembrerebbe impossibile affrontare compiutamente a livello multilaterale. L’elemento qualificante degli accordi definiti “di nuova generazione” consiste, per l’appunto, nella relativa idoneità ad andare “al di là dell’aspetto tariffario, la cui importanza è diminuita, e affronta[re] temi quali gli ostacoli regolamentari e la circolazione dei beni, dei servizi e degli investimenti, i diritti di proprietà intellettuale, gli appalti pubblici, la tutela dell’innovazione, lo sviluppo sostenibile (vale a dire un lavoro dignitoso, norme del lavoro e tutela dell’ambiente) e altri”<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Europa globale: competere nel mondo. Un contributo alla strategia per la crescita e l’occupazione dell’UE*, Bruxelles, 4 ottobre 2006, COM(2006) 567 definitivo. Secondo la Commissione, per assicurare l’effettiva apertura dell’Unione ai mercati esteri, non può, dunque, (più) reputarsi sufficiente agire – come nel contesto OMC – meramente sul piano della riduzione delle tariffe, dovendosi concentrare l’attenzione su “nuove tematiche”, quali, segnatamente, gli ostacoli non tariffari, l’accesso alle risorse e, soprattutto, su “nuovi ambiti di crescita” di particolare importanza in siffatta prospettiva, come la tutela della proprietà intellettuale, la disciplina dei servizi, degli investimenti, degli appalti pubblici e della concorrenza.

<sup>5</sup> Comunicazione della Commissione, *Europa globale: competere nel mondo*, cit., p. 11. In argomento, cfr. *ex plurimis*, G. ADINOLFI (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell’Unione europea*, cit.; C. DI TURI, *La strategia commerciale dell’Unione europea tra “regionalismo economico” e multilateralismo: quale ruolo per gli accordi di libero scambio di nuova generazione?*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2014, 1, pp. 81 e ss.; C. CELLERINO, *EU common commercial policy in context: opportunities and challenges of a changing landscape*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2015, 3, pp. 783 e ss.; G.M. RUOTOLO, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell’Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2016, 2-3, pp. 329 e ss.; D. KLEIMANN (a cura di), *EU preferential trade agreements: commerce, foreign policy and development aspects*, Firenze, 2013; S. WOOLCOCK, *EU policy on preferential trade agreements in the 2000s: a reorientation towards commercial aims*, in *European law Journal*, 2014, 6, pp. 718 e ss.; S. GSTOL, D. HANF, *The EU’s post-*

La sopra descritta estensione del piano della cooperazione con i Paesi terzi a tematiche diverse e ulteriori rispetto a quelle che connotano i tradizionali accordi di libero scambio desta, tuttavia, nella prospettiva del diritto UE, non trascurabili interrogativi in merito alla sussistenza, in capo all'Unione europea, delle competenze a tal fine necessarie e, in particolare, al relativo rapporto con le prerogative degli Stati membri. L'ampiezza e la complessità dei contenuti di questi accordi pongono, infatti, significative criticità sotto il profilo dell'individuazione delle (potenzialmente plurime) basi giuridiche di riferimento e, di conseguenza, del soggetto – Unione europea o Stati membri – competente a provvedere alla relativa conclusione. È noto, in particolare, che, in difetto di una specifica volontà politica in tal senso, la conclusione di un accordo internazionale in modalità *EU-only* (prescindendo, dunque, dal coinvolgimento degli Stati membri) è subordinata alla riconducibilità delle pattuizioni che ne fanno parte ad una competenza di cui l'Unione europea goda in maniera esclusiva<sup>6</sup>.

*Lisbon free trade agreements: commercial interests in a changing constitutional context*, in *European Law Journal*, 2014, 6, pp. 733 e ss.; B. HOEKMAN, *Deep and comprehensive free trade agreements*, EUI working paper RSCAS 2016/29, 2016, reperibile sulla rete interconnessa. Per ulteriori approfondimenti su più ampia scala del fenomeno in esame, non circoscritti al contesto europeo, v. anche A. MATTOO, N. ROCHA, M. RUTA, *Handbook of deep trade agreements*, 2020, International bank for reconstruction and development / The World bank. Per una analisi comparata dei contenuti dei più recenti accordi di libero scambio conclusi, rispettivamente, dall'Unione europea e dagli Stati Uniti, cfr. H. HORN, P.C. MAVROIDIS, A. SAPIR, *Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements*, in *The World Economy*, 2010, 11, pp. 1565 e ss.

<sup>6</sup> Più precisamente, allorché gli impegni contenuti all'interno dell'accordo considerato siano interamente riconducibili a competenze esclusive dell'Unione europea, l'accordo può essere concluso soltanto da quest'ultima, senza alcun margine di azione da parte degli Stati membri, neppure sotto forma di cooperazione volontaria, se non nel caso di espressa autorizzazione in tal senso derivante da apposite decisioni della Commissione. Diversamente, allorché vengano in rilievo, in aggiunta a competenze esclusive dell'Unione europea, anche competenze degli Stati membri, può risultare necessario fare ricorso alla procedura di conclusione dell'accordo in forma mista. Tale procedura si caratterizza, segnatamente, per l'esigenza di sottoporre l'accordo – parallelamente e in aggiunta alla ratifica da parte dell'Unione europea – anche all'approvazione di tutti i Parlamenti nazionali, in base alle relative procedure di diritto interno. Occorre distinguere, tuttavia, a seconda che le competenze degli Stati membri che vengono in rilievo siano di natura esclusiva o concorrente con l'Unione europea. Solo nel primo caso, infatti, il ricorso alla procedura di conclusione

Cruciale si rivela, pertanto, verificare a quali condizioni ed entro quali limiti gli impegni contenuti in questi nuovi accordi pos-

dell'accordo in forma mista si configura come senz'altro obbligatoria (c.d. *mandatory mixed agreements*). Maggiormente controversa risulta, invece, l'individuazione della procedura da seguire allorché vengano in rilievo competenze di cui né gli Stati membri né l'Unione europea godano in via esclusiva. In linea di principio, infatti, il ricorso, in tali ipotesi, alla procedura di conclusione dell'accordo in forma mista dovrebbe reputarsi meramente facoltativa (c.d. *facultative mixed agreements*), in ragione della titolarità, in capo all'Unione europea, della competenza necessaria per provvedervi da sola e dell'insussistenza, quindi, di alcuna esigenza di coinvolgere, a scopo integrativo, anche gli Stati membri. Sul punto, si rinvia ai chiarimenti recentemente offerti a mezzo della sentenza *Germania c. Consiglio* (CGUE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, causa C-600/14). In argomento, cfr., *ex plurimis*, R. BARATTA, *Sugli accordi misti: spunti di prassi recente*, in *Scritti in onore di G. Tesauero*, Napoli, 2014, p. 1369, ss.; M. CHAMON, *Constitutional limits to the political choice for mixity*, in E. NEFRAMI, M. GATTI (a cura di), *Constitutional issues of EU external relations law*, Baden-Baden, 2018, pp. 137 e ss.; G. VAN DER LOO, R.A. WESSEL, *The non-ratification of mixed agreements: legal consequences and solutions*, in *Common Market Law Review*, 2017, 3, pp. 735 e ss.; P. CONCONI, C. HERGHELEGIU, L. PUCCIO, *EU trade agreements: to mix or not to mix, that is the question*, in *Journal of World Trade*, 2021, 2, pp. 231 e ss.; I. GOVAERE, *Facultative and functional mixity in light of the principle of partial and imperfect conferral*, 2019, College of Europe, Research paper, *European Legal Studies*; A. J. KUMIN, *Mixed agreements after ECJ opinion 2/15 on the EU-Singapore Free Trade Agreement*, in S. LORENZEIMER e altri (a cura di), *EU external relations law*, 2021, pp. 79 e ss., reperibile sulla rete interconnessa; 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. 27 e ss. Sulle ragioni sottese all'affermazione della prassi in esame, cfr., in particolare, E. BARTOLONI, *Il potere di concludere accordi*, cit., pp. 48 e ss.; A. J. KUMIN, *Mixed agreements after ECJ opinion 2/15 on the EU-Singapore Free Trade Agreement*, cit., p. 79 ss.; D. THYM, *Mixity after Opinion 2/15: judicial confusion over shared competences*, 2017, reperibile sulla rete interconnessa; D. KLEIMANN, G. KUBEK, *The signing, provisional application, and conclusion of trade and investment agreements in the EU: the case of CETA and opinion 2/15*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2018, 1, pp. 13 e ss.; C. NOVI, *Il ruolo degli Stati membri negli accordi di libero scambio di nuova generazione dell'Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, 3, pp. 65 e ss.; O. SVOBODA, *The common commercial policy after opinion 2/15: no simple way to make life easier for free trade agreements in the EU*, in *Croatian yearbook of European law & policy*, 2019, 15, pp. 189 e ss.; D. KLEIMANN, *The legitimacy of "EU-only" preferential trade agreements*, in M. HAHN, G. VAN DER LOO (a cura di), *Law and practice of the Common commercial policy*, 2020, pp. 461 e ss.; A. ROSAS, *Mixity and the common commercial policy after Opinion 2/15*, in M. HAHN, G. VAN DER LOO (a cura di), *Law and practice of the Common commercial policy*, cit., pp. 27 e ss.; D. KLEIMANN, *The Singapore Opinion or the end of mixity as we know it*, 2017, reperibile sulla rete interconnessa.

sano reputarsi riconducibili ad una competenza di tal fatta in virtù di un conferimento di tipo esplicito e *a priori*, come per la politica commerciale comune, ovvero di una attribuzione ricavabile implicitamente, in applicazione dei canoni all'uopo dettati dall'art. 3, par. 2, TFUE. Trattasi, segnatamente, di approfondimento funzionale non solo all'individuazione delle modalità di conclusione degli accordi in discorso, ma anche, più in generale, al vaglio della legittimità e dell'effettività dell'azione che, alla luce del riparto di competenze con gli Stati membri, l'Unione europea conduce nel quadro delle relazioni in oggetto. Dagli esiti di tale accertamento discendono, infatti, non trascurabili implicazioni sotto il profilo della delimitazione dei margini di intervento di cui gode l'Unione europea in relazione agli aspetti in esame e della definizione, di conseguenza, delle linee di evoluzione dell'azione che la stessa UE vorrà (*rectius*, potrà) intraprendere in questo ambito.

Particolarmente interessanti, nella prospettiva in esame, sono dunque gli impegni in tema di commercio e sviluppo sostenibile contenuti nei menzionati accordi. Ciò, innanzi tutto, in considerazione del fatto che, in relazione ad accordi che presentino componenti apparentemente riconducibili tanto alla politica commerciale comune quanto alla tutela dell'ambiente, è tutt'altro che agevole, come meglio si illustrerà nel prosieguo, individuare la base giuridica di riferimento. A fronte dell'inclusione dei c.d. *non-trade issues* nell'alveo operativo della competenza sancita dall'art. 207 TFUE e dell'esplicito riconoscimento, nel contesto normativo *post* Lisbona<sup>7</sup>, del carattere trasversale e fondamentale degli obiettivi di protezione dell'ambiente nel quadro delle relazioni esterne dell'Unione europea, i confini applicativi delle basi giuridiche in discorso risultano, infatti, vieppiù sfumati, con conseguente incremento del rischio di sovrapposizione e/o di intersezione dei relativi ambiti operativi. Il che, evidentemente, comporta implicazioni di non poco momento sotto il profilo dell'allocazione del *treaty-making power*, tenuto conto della natura concorrente, come è

<sup>7</sup> Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, in *G.U.* C 306 del 17 dicembre 2007.

noto, della competenza di cui l'Unione europea gode in relazione alle tematiche ambientali.

L'attività condotta dall'Unione europea nel quadro della citata strategia commerciale si è rivelata particolarmente intensa con specifico riferimento alle relazioni con i Paesi asiatici. Sulla scia delle considerazioni svolte dalla Commissione nell'ambito della citata Comunicazione *Europa Globale* in merito all'opportunità di approfondire le relazioni commerciali con i Paesi dalle economie emergenti e, in particolare, con i partner asiatici, in virtù, principalmente, delle consistenti potenzialità di crescita dei relativi mercati<sup>8</sup>, l'Unione europea ha finora concluso, infatti, accordi di nuova generazione con quattro Paesi della regione asiatica, corrispon-

<sup>8</sup> Nell'ambito della summenzionata Comunicazione *Europa Globale*, la Commissione ha sottolineato, nello specifico, che “i criteri economici chiave per i nuovi partner FTA dovrebbero essere il potenziale di mercato (dimensione economica e crescita) e il livello di protezione contro gli interessi dell'UE in materia di esportazioni (tariffe e barriere non tariffarie)” (cfr. p. 10). Tali considerazioni si traducono, inevitabilmente, in una particolare attenzione, sotto il profilo dell'individuazione dei potenziali partner, a favore di mercati come quelli dell'ASEAN, della Corea e del Mercosur, caratterizzati per la combinazione di “un elevato livello di protezione con grandi potenzialità di mercato”. Gli ultimi due decenni si sono caratterizzati, infatti, per una crescita senza precedenti dei mercati asiatici, che ha inciso profondamente sulle dinamiche del commercio prima in essere tra l'Unione europea e la regione asiatica. In argomento, cfr., *ex plurimis*, P.L. HSIEH, *The roadmap to the ASEAN-EU FTA in the post-pandemic era*, in *Legal issues of economic integration*, 2022, 2, pp. 125 e ss.; F. KLIEM, *The EU Strategy on Cooperation in the Indo-Pacific: A Meaningful Regional Complement?*, in *Panorama: Insights into Asian and European Affairs*, 2022, pp. 63 e ss.; F. KLIEM, *EU Indo-Pacific strategy: more than meets the eye*, 2021, reperibile sulla rete interconnessa; G. MOHAN, *A European approach to the Indo-Pacific?*, 2019, reperibile sulla rete interconnessa; J. GILSON, *EU-ASEAN relations in the 2020s: pragmatic inter-regionalism?*, in *International economics and economic policy*, 2020, 17, pp. 727 e ss.; M.M.A. PADERON, *Opportunities in ASEAN-EU economic cooperation*, in *International economics and economic policy*, 2020, 17, pp. 783 e ss.; G. MAZUR, *EU-ASEAN free trade agreement(s) – Prospects and challenges for inter-regional FTA*, 2017, reperibile sulla rete interconnessa; ID., *European Union – East Asia trade relations in the 21<sup>st</sup> century*, in *Review of integrative business and economic research*, 2017, 2, pp. 31 e ss.; M. BUNGENBERG, A. HAZARIKA, *The European Union's trade and investment policy in Asia: new challenges and opportunities in a changing global environment – or: following individual roadmaps*, in *Asia Europe Journal*, 2017, 1, pp. 377 e ss.; B. GAVIN, A. SINDZINGRE, *EU trade relations with emerging Asia: identifying the issues*, in *Asia Europe Journal*, 2009, 1, pp. 9 e ss.

denti alla Corea del Sud<sup>9</sup>, alla Repubblica di Singapore<sup>10</sup>, al Vietnam<sup>11</sup> e al Giappone<sup>12</sup>.

Sulla scorta delle sopra riportate premesse, pertanto, nel prosieguo ci si soffermerà sui capitoli dedicati al commercio sostenibile contenuti negli accordi commerciali conclusi con i citati partner asiatici, con l'intento

<sup>9</sup> Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, 14 maggio 2011. Per un commento, cfr., *ex plurimis*, C. LAKATOS, L. NILSSON, *The EU-Korea FTA: anticipation, trade policy uncertainty and impact*, in *Review of world economics*, 2017, 1, pp. 179 e ss.; Y. KANG, *EU's Global Europe initiative and Korea-EU FTA*, in *Korea University Law Review*, 2010, 47, pp. 47 e ss.; D. HORNG, *Reshaping the EU's FTA policy in a globalizing economy: the case of the EU-Korea FTA*, in *Journal of World Trade*, 2012, 2, pp. 301 e ss.; J. CHERRY, *The Hydra revisited: expectations and perceptions of the impact of the EU-Korea free trade agreement*, in *Asia Europe Journal*, 2018, 1, pp. 19 e ss.

<sup>10</sup> Accordo di libero scambio tra Unione europea e Repubblica di Singapore, in GU L 294 del 14 novembre 2019, p. 3 ss. Per un commento, cfr., *ex plurimis*, G. ADINOLFI, *L'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore tra tradizione e innovazione*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2020, 1, pp. 78 e ss.; Parlamento europeo, Directorate-General for external policies, *Free trade agreement between the EU and the Republic of Singapore – Analysis*, 2018, reperibile sulla rete interconnessa; Parlamento europeo, Briefing – International Agreements in Progress June 2017 – *EU-Singapore Free Trade Agreement Stimulus for negotiations in the region*, 2017, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>11</sup> Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica socialista del Vietnam, del 27 dicembre 2018. Per un commento, cfr., *ex plurimis*, A. FRUSCIONE, *The free trade agreement between the European Union and Vietnam*, in *Global trade and customs journal*, 2021, 1, pp. 39 e ss.; J. CHAISSE, D. SEJKO, *The latest or the best? Reflections on trade defence regulation in EU-Vietnam FTA*, in M. BUNGENBERG, M. HAHN, C. HERRMANN, T. MULLER-IBOLD (a cura di), *The Future of Trade Defence Instruments: Global Policy Trends and Legal Challenges*, 2018, pp. 295 e ss.

<sup>12</sup> Accordo tra l'Unione europea e il Giappone per un partenariato economico, del 27 dicembre 2018. Per un commento, cfr., *ex plurimis*, C.G. ALVSTAM, E. KETTUNEN, *The EU-Japan Economic Partnership Agreement: second best option or new generation of trade agreements?*, in *CESifo Forum*, 2019, 2, pp. 3 e ss.; H.G. HILPERT, *The Japan-EU Economic Partnership Agreement: opportunities and pitfalls*, in *CESifo Forum*, 2019, 2, p. 10 ss.; J. GRUBLER, O. REITER, R. STEHRER, *The EU-Japan EPA: a case for non-tariff measures*, in *CESifo Forum*, 2019, 2, pp. 17 e ss.; M. STEININGER, *Quantification of the EU-Japan Economic Partnership Agreement*, in *CESifo Forum*, 2019, 2, pp. 26 e ss.; M. FRENKEL, B. WALTER, *The EU-Japan Economic Partnership Agreement: relevance, content and policy implications*, in *Intereconomics*, 2017, 6, pp. 358 e ss.; D. KLEIMANN, *Negotiating in the shadow of TTIP and TPP: the EU-Japan free trade agreement*, 2015, reperibile sulla rete interconnessa.

di verificare se effettivamente – come rilevato dalla Corte di giustizia nel parere 2/15 con specifico riferimento al trattato concluso con Singapore<sup>13</sup> – (e, nel caso, a quali condizioni ed entro quali limiti) sia possibile ricondurre alla competenza in materia di politica commerciale comune gli impegni che l’Unione europea ha assunto nel quadro dell’azione d’anzi brevemente richiamata.

## 2. *La crescente diffusione degli impegni in tema di commercio sostenibile all’interno degli accordi preferenziali di libero scambio*

Come si è accennato, l’Unione europea pone grande enfasi sui temi della sostenibilità (tanto ambientale quanto sociale) nel quadro della propria strategia commerciale.

Fin dalla Comunicazione *Commercio per tutti. Verso una politica commerciale e di investimento più responsabile* del 14 ottobre 2015<sup>14</sup>, la Commissione ha sottolineato, in particolare, l’esigenza di assicurare la coerenza della politica commerciale dell’Unione con i più ampi valori UE, compresi quelli di natura non prettamente commerciale, quali lo sviluppo dei Paesi più poveri, la promozione di standard ambientali e sociali elevati e il rispetto dei diritti umani<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> CGUE, Seduta plenaria, 16 maggio 2017, parere 2/15.

<sup>14</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Commercio per tutti – Verso una politica commerciale e di investimento più responsabile*, Bruxelles, 14 ottobre 2015, COM(2015) 497 final.

<sup>15</sup> Per un commento, cfr., *ex plurimis*, G. ADINOLFI, *Alla ricerca di un equilibrio tra interessi economici e tutela dell’ambiente nella politica commerciale dell’Unione europea*, 2017, reperibile sulla rete interconnessa; A. BONFANTI, *Diritti umani e politiche dell’Unione europea in materia commerciale e di investimenti stranieri: la Comunicazione Commercio per tutti, tra regionalismo e multilateralismo economico*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 1, pp. 233 e ss. Nell’ambito della Comunicazione in esame, alle pp. 3 e 4, la Commissione puntualizza che “la politica commerciale deve non soltanto stimolare la crescita, l’occupazione e l’innovazione, ma anche garantire la coerenza con i principi del modello europeo”. In quest’ottica, “la politica commerciale deve essere una politica responsabile; deve creare opportunità economiche reali in modo efficace; deve essere trasparente e soggetta al controllo pubblico; deve promuovere e difendere i valori europei”. La Commissione sottolinea, inoltre, che “la politica commerciale e di investimento deve essere coerente con altri strumenti dell’azione esterna dell’UE”.

Tale impostazione discende, indubbiamente, dall'inclusione – nel contesto normativo *post* Lisbona – della politica commerciale comune nel quadro dell'azione esterna dell'Unione e dal conseguente assoggettamento del relativo esercizio ai principi e agli obiettivi generali sanciti al riguardo dagli artt. 3, par. 5, 21 e 22 del TUE<sup>16</sup>. Tali disposizioni denotano, infatti, l'esplicito riconoscimento, all'interno dei Trattati, del necessario collegamento tra l'esercizio della competenza in materia commerciale e considerazioni di natura più prettamente politica. Vero è che gli accordi commerciali dell'Unione – soprattutto quelli di natura preferenziale conclusi *ante* 2006 – sono sempre stati connotati da considerazioni di stampo politico, focalizzate sull'intenzione – da reputarsi prevalente rispetto ad eventuali ulteriori interessi commerciali – di esportare all'estero gli standard e i valori europei, al punto da essere concepiti quali veri e propri strumenti di politica estera.

Diversa è, tuttavia, l'impostazione ricavabile dall'attuale quadro normativo, nell'ambito del quale considerazioni di carattere commerciale, da una parte, e obiettivi di politica estera, dall'altra parte, sono chiamati a procedere “di pari passo”<sup>17</sup>.

Alla luce di tale mutato contesto normativo di riferimento, la Commissione ha sottolineato, in particolare, nell'ambito della citata Comunicazione, che “uno degli obiettivi dell'UE è assicurare che la crescita economica vada di pari passo con la giustizia sociale, il rispetto dei diritti umani, la protezione della salute e della sicurezza e norme rigorose in

<sup>16</sup> L'art. 205 TFUE prevede, segnatamente, che “l'azione dell'Unione sulla scena internazionale, ai sensi della presente parte, si fonda sui principi, persegue gli obiettivi ed è condotta in conformità delle disposizioni generali di cui al capo 1 del titolo V del trattato sull'Unione europea”. In questa medesima ottica, l'art. 207, par. 1, TFUE specifica che “la politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione”. Particolarmente interessanti, nella prospettiva che ci occupa, sono i passaggi di cui all'art. 3, par. 5 del TUE secondo cui “nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite”.

<sup>17</sup> M. CREMONA, *A quiet revolution: the common commercial policy six years after the Treaty of Lisbon*, in *European yearbook of international economic law*, 2017, p. 35.

materia di lavoro e di ambiente”, con la precisazione che “ciò vale per le politiche sia interne sia esterne e comprende quindi anche la politica commerciale e di investimento”<sup>18</sup>.

Quanto precede si è tradotto, in concreto, nell’invito ad inserire all’interno degli accordi di libero scambio appositi impegni in punto di sviluppo sostenibile e ad assicurarsi che gli stessi vengano attuati e rispettati. A tale riguardo, più precisamente, la Commissione ha sottolineato che “anche gli ALS [accordi di libero scambio] più recenti dell’UE comprendono sistematicamente disposizioni in materia di commercio e sviluppo sostenibile” e che “una volta che gli ALS sono entrati in vigore, l’UE dovrà assicurarsi che le disposizioni in materia di commercio e sviluppo sostenibile siano effettivamente attuate e utilizzate”<sup>19</sup>. Analoghe considerazioni vengono svolte, altresì, nell’ambito dei successivi *papers* intitolati “Documento di riflessione sulla gestione della globalizzazione”<sup>20</sup> e “Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva”<sup>21</sup>.

Da ultimo, nell’ambito della Comunicazione “Il potere dei partenariati commerciali: insieme per una crescita economica verde e giusta”<sup>22</sup> è stata ulteriormente ribadita l’esigenza di concentrarsi sull’effettiva attuazione dei partenariati commerciali in essere anche in considerazione degli impegni assunti dall’Unione a livello internazionale e consolidati nel *Green Deal* europeo<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Comunicazione della Commissione, *Commercio per tutti – Verso una politica commerciale e di investimento più responsabile*, cit., p. 18.

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

<sup>20</sup> Commissione europea, *Documento di riflessione sulla gestione della globalizzazione*, 10 maggio 2017, COM (2017) 240.

<sup>21</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Riesame della politica commerciale – Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva*, Bruxelles, 18 febbraio 2021, COM (2021) 66 final. Per un commento, cfr., *ex plurimis*, M. COLLI VIGNARELLI, *The European Commission Trade Policy Review: the effectiveness of sustainable development chapters in EU FTAs*, in *European Papers*, 2021, 1, pp. 1 e ss.

<sup>22</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Il potere dei partenariati commerciali: insieme per una crescita economica verde e giusta*, 22 giugno 2022, COM (2022) 409 final.

<sup>23</sup> Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Il Green Deal europeo*, 11 dicembre 2019, COM (2019) 640 final.

Se è vero che, come accennato, l'inclusione, all'interno degli accordi preferenziali, di specifici impegni in relazione alle tematiche in esame viene tuttora concepita quale strumento per "esportare" all'estero gli standard e i valori UE, è evidente, d'altro canto, l'esigenza di regolare i profili in questione attraverso la previsione di standard quanto più possibile comuni anche al fine di arginare la c.d. *race to the bottom* e il vantaggio competitivo potenzialmente derivante dall'applicazione, presso gli ordinamenti dei Paesi partner, di livelli di tutela significativamente inferiori rispetto a quelli vigenti nell'Unione europea<sup>24</sup>.

Non è, peraltro, secondario osservare che nell'articolato sistema patizio dell'OMC *a)* non compare alcun riferimento espresso ai diritti dei lavoratori, né sono codificati specifici strumenti volti a conciliare la tutela di detti diritti con le misure di liberalizzazione degli scambi commerciali che l'Organizzazione promuove<sup>25</sup>; e *b)* la tutela ambientale viene concepita quale (mera) potenziale giustificazione rispetto a eventuali restrizioni al commercio nei limiti e alle condizioni sancite all'art. XX del GATT 1994<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Esplicito, in questo senso, è l'accordo con il Vietnam, il quale, all'art. 13.4, par. 5, statuisce espressamente che "Le parti riconoscono che la violazione dei principi e dei diritti fondamentali nel lavoro non può essere invocata o altrimenti utilizzata quale vantaggio comparativo legittimo e che le norme in materia di lavoro non dovrebbero essere utilizzate per scopi di protezionismo commerciale".

<sup>25</sup> C. CERTELLI, *La clausola sociale nei tratti di libero scambio di nuova generazione dell'Unione europea*, cit., pp. 1017 e ss., rileva che, invero, durante l'Uruguay Round venne promosso un tentativo di codificazione della clausola sociale, fallito, tuttavia, a causa dell'ostilità manifestata dai Paesi in via di sviluppo, persuasi della natura potenzialmente protezionistica delle finalità sottese a detta iniziativa. Non sono mancati i tentativi di colmare in via interpretativa l'assenza di una clausola sociale tra le regole dell'OMC. La conferenza ministeriale dell'OMC ha, tuttavia, sempre escluso l'opportunità di una commistione tra le due aree, ribadendo la competenza dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) in materia di protezione dei lavoratori ed assumendo un generico impegno di cooperazione con essa.

<sup>26</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla disciplina di cui all'art. XX del GATT 1994 ed alle giustificazioni alle restrizioni al commercio ivi identificate, a mente del quale, a condizione che non vengano applicate in maniera da costituire un mezzo di discriminazione arbitrario od ingiustificato fra Paesi nei quali prevalgano le medesime condizioni, né una restrizione mascherata al commercio internazionale, devono reputarsi legittime, per quanto d'interesse ai presenti fini, le misure *i)* "necessarie per proteggere la salute e la vita delle persone e degli animali o per preservare i vegetali" (lett. b); *ii)* "relative alla conservazione delle risorse naturali esauribili, a condizione

È indubbia, quindi, la portata innovativa e pregnante dell'inclusione di appositi capitoli in materia di sviluppo sostenibile nell'ambito degli accordi preferenziali di libero scambio di più recente conclusione.

3. *Le criticità specifiche, sotto il profilo dell'allocazione del c.d. treaty-making power, degli impegni in materia di commercio sostenibile*

Come si è accennato, la portata delle criticità su cui ci si propone di concentrare la presente analisi emerge con particolare evidenza in relazione ai più recenti accordi commerciali in ragione della sempre maggiore centralità ivi rivestita dai capitoli concernenti i c.d. *non-trade issues*, tesi a perseguire, cioè, scopi oggettivamente diversi dalla promozione o dalla regolamentazione del commercio internazionale e, ciò nondimeno, in qualche modo ad esse connessi.

Come è noto, i meccanismi funzionali alla scelta della corretta base giuridica si fondano sull'esigenza di individuare, secondo i criteri enuncati dalla Corte di giustizia, *i*) lo scopo e il contenuto dell'atto considerato, nonché – allorché non sia possibile risolvere il concorso tra le plurime basi giuridiche contestualmente suscettibili di venire in rilievo mediante riferimento a quella che, tra di esse, risulti più specifica – *ii*) il relativo “centro di gravità”, al fine di valorizzare la sola componente dell'accordo che risulti preponderante rispetto alle altre, senza attribuire rilievo a quelle da qualificarsi come puramente accessorie<sup>27</sup>. È, del resto,

che tali misure si applichino congiuntamente con restrizioni alla produzione o al consumo nazionale”. In argomento, cfr., *ex plurimis*, L. SCHIANO DI PEPE, *The World Trade Organization and the protection of the natural environment: recent trends in the interpretation of G.A.T.T. article XX (b) and (g)*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2000, pp. 271 e ss.; S.M. CARBONE, F. MUNARI, *Lo sviluppo sostenibile nel contesto degli scambi internazionali e delle regole di diritto internazionale ad essi relative*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1999, 1, pp. 35 e ss.; F. MUNARI, *La libertà degli scambi internazionali e la tutela dell'ambiente*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1994, 2, pp. 389 e ss.

<sup>27</sup> Siffatta impostazione è nota anche come “*absorption theory*”, dal momento che l'obiettivo che riveste, nell'economia dell'accordo considerato, importanza principale “assorbe” le altre basi giuridiche potenzialmente suscettibili di venire in rilievo in virtù degli obiettivi di natura meramente ancillare o incidentale contestualmente perseguiti attraverso la misura in considerazione. Tale approccio viene fatto discendere,

altrettanto noto che – a discapito dell’enfasi posta dalla Corte sull’esigenza che tali considerazioni si basino su elementi oggettivi e suscettibili di sindacato giurisdizionale – la determinazione della base giuridica costituisce, spesso, il frutto di ragionamenti altamente discrezionali, in relazione ai quali influiscono, inevitabilmente, anche considerazioni di carattere politico.

Detti profili presentano, peraltro, peculiari difficoltà per quel che concerne gli accordi internazionali, tenuto conto, innanzi tutto, del carattere tendenzialmente composito dei relativi contenuti, cui consegue, spesso, la materiale impossibilità di stabilire, tra i molteplici obiettivi perseguiti, una relazione in termini di prevalenza. Ulteriori problematiche possono derivare, inoltre, dalla potenziale divergenza tra gli obiettivi sottesi all’accordo e quelli perseguiti da ciascuna delle parti<sup>28</sup>.

La questione, invero, non è nuova. La Corte di giustizia ha, infatti, già avuto modo di esprimersi al riguardo, nel contesto normativo *ante* Lisbona, con riferimento a taluni accordi che perseguivano, accanto a quelli di natura prettamente commerciale, anche obiettivi in materia di tutela ambientale, affidando la risoluzione del concorso tra le basi giuridiche potenzialmente suscettibili di venire in rilievo al citato *test* del

in particolare, dalle statuizioni di cui al parere 1/78, attraverso le quali la Corte ha puntualizzato che la qualificazione dell’accordo “va fatta in considerazione dello scopo essenziale di questo, non già in funzione di clausole particolari, di carattere in ultima analisi accessorio od ausiliario. (...) La negoziazione e la messa in vigore di dette clausole devono quindi seguire il regime da applicarsi all’accordo, considerato nel suo complesso” (CGUE, 4 ottobre 1979, parere 1/78, par. 56). Il ricorso cumulativo a plurime basi giuridiche risulta ammesso, pertanto, solo “in via eccezionale”, ove “si tratti di un atto che persegue contemporaneamente più scopi o che ha più componenti tra loro inscindibili, senza che l’uno sia accessorio all’altro” (CGUE, Sez. III, 6 novembre 2008, causa C-155/07, punto 36) o “senza che l’uno di essi assuma importanza secondaria e indiretta rispetto all’altro” (CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2009, causa C-411/06, punto 47).

<sup>28</sup> In questo senso M. CREMONA, *Balancing Union and Member States interests: Opinion 1/2008, choice of legal base and the common commercial policy under the Treaty of Lisbon*, in *European Law Review*, 2010, 5, pp. 678 e ss., spec. p. 688, riporta, a titolo di esempio, la fattispecie che ha formato oggetto della sentenza: CGUE, Grande Sezione, 30 maggio 2006, cause riunite C-317/04 e C-318/04, *Parlamento europeo c. Consiglio dell’Unione europea e Commissione delle Comunità europee*. In tale ipotesi, segnatamente, benché l’accordo si occupasse chiaramente di pubblica sicurezza e di diritto penale, tra gli scopi perseguiti dalla allora Comunità rientravano, altresì, profili correlati al funzionamento del mercato interno.

centro di gravità, nell'ottica, ove possibile, di ricondurre l'intero accordo ad un'unica base giuridica<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Così, in particolare, nell'ambito della sentenza CGUE, Sez. V, 12 dicembre 2002, causa C-281/01, *Energy Star*, punti 37 ss., avente ad oggetto un ricorso per l'annullamento della decisione con cui il Consiglio aveva deliberato la conclusione a nome della Comunità di un accordo con gli Stati Uniti per il coordinamento dei programmi di etichettatura relativi a un uso efficiente dell'energia per le apparecchiature per ufficio, la Corte, rilevato che l'accordo in considerazione perseguiva contestualmente obiettivi commerciali ed ambientali, ha affermato la natura predominante dei primi sul rilievo che l'accordo considerato non recasse nuove obbligazioni in materia ambientale, laddove, di converso, l'effetto delle relative disposizioni sul commercio era diretto ed immediato. Sulla scorta di un ragionamento in tutto e per tutto analogo, nell'ambito del parere 2/00 (CGUE, 6 dicembre 2001, parere 2/00), relativo alla determinazione del fondamento giuridico appropriato per la stipula, da parte della Comunità, del Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza, la Corte è pervenuta all'opposta conclusione che ci si dovesse fondare, a tal fine, sulla (sola) competenza in materia ambientale. Ciò, segnatamente, in considerazione del fatto che il Protocollo è "alla luce del suo contesto, della sua finalità e del suo contenuto [...] uno strumento destinato essenzialmente a prevenire i rischi connessi alle biotecnologie e non a promuovere, ad agevolare oppure a disciplinare gli scambi commerciali" (punto 37). Secondo la Corte, in altri termini, dall'analisi delle disposizioni ivi contenute emergeva che le finalità di tutela ambientale di fronte ai possibili rischi per la diversità biologica derivanti dagli organismi viventi modificati (OVM) fossero preponderanti, laddove, di converso, gli effetti sul commercio risultavano puramente incidentali. La Corte ha, pertanto, avuto occasione di puntualizzare che la mera idoneità ad incidere sul commercio non può reputarsi di per sé sufficiente per attrarre l'intero accordo nell'ambito di applicazione della politica commerciale comune, posto che, diversamente, "si finirebbe per svuotare di gran parte della loro sostanza le disposizioni specifiche del Trattato concernenti la politica di protezione dell'ambiente" (punto 40). In applicazione dei medesimi ragionamenti dianzi descritti, attraverso le sentenze aventi ad oggetto i ricorsi della Commissione per l'annullamento, rispettivamente, *i*) della decisione con cui il Consiglio aveva concluso, a nome della Comunità, la Convenzione di Rotterdam sulla procedura di previo assenso informato per taluni prodotti chimici e pesticidi pericolosi nel commercio internazionale e *ii*) del regolamento n. 304/2003 sull'esportazione ed importazione di prodotti chimici pericolosi adottato per dare attuazione alla citata Convenzione, la Corte è pervenuta alla conclusione che fosse necessario fare ricorso ad una duplice base giuridica sul rilievo che dall'esame delle disposizioni della convenzione emergeva che essa presenta "con riguardo sia alle finalità perseguite, sia al suo contenuto, due componenti indissolubilmente connesse, ove l'una non può essere ritenuta secondaria o indiretta rispetto all'altra, essendo ricompresa, l'una, nella politica commerciale comune e, l'altra, nella tutela della salute umana e dell'ambiente" (CGUE, Sez. II, 10 gennaio 2006, causa C-94/03, punto 51). Diversamente dal citato protocollo di Cartagena, infatti, l'attuazione della procedura prevista dalla Convenzione in esame "è

Le criticità in discorso risultano acute, tuttavia, in relazione ai c.d. accordi di nuova generazione, in quanto caratterizzati, come si accennava, per la natura composita dei relativi contenuti e per il contestuale perseguimento – in maniera orizzontale e trasversale – di diversificati obiettivi da collocarsi sullo stesso piano, con conseguente sostanziale impossibilità di qualificare una componente come predominante rispetto alle altre in applicazione del citato test fondato sul “centro di gravità” dell’atto considerato<sup>30</sup>.

Ulteriori difficoltà sorgono, nell’attuale contesto normativo, a fronte di una serie di innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona che, come accennato, hanno reso viepiù sfumati i confini tra gli ambiti operativi delle competenze di cui l’Unione dispone, rispettivamente, in materia di politica commerciale comune e di protezione dell’ambiente.

Per quel che concerne, innanzi tutto, la politica commerciale comune, vale la pena rammentare che la stessa si caratterizza – in virtù dei criteri di tipo prevalentemente finalistico cui la Corte assoggetta la relativa interpretazione<sup>31</sup> – per la portata trasversale e aperta del suo campo di

disciplinata dalle disposizioni che attengono direttamente al commercio dei prodotti, che costituisce oggetto della Convenzione medesima”. In argomento, cfr., *ex plurimis*, A. MIGNOLLI, *L’azione esterna dell’Unione europea e il principio della coerenza*, cit., pp. 106 e ss.; A. DIMOPOULOS, *The effects of the Lisbon Treaty on the principles and objectives of the common commercial policy*, in *European foreign affairs review*, 2010, 2, pp. 153 e ss.

<sup>30</sup> M. CREMONA, *Balancing Union and Member States interests: Opinion 1/2008, choice of legal base and the common commercial policy under the Treaty of Lisbon*, cit., pp. 686 e ss.

<sup>31</sup> Ci si riferisce, in particolare, al criterio enucleato nell’ambito della nota sentenza *Daiichi Sankyo* (CGUE, Grande Sezione, 18 luglio 2013, causa C-414/11, punti 51 e 52). Per un commento, cfr., *ex plurimis*, Y. TANGHE, *The EU’s external competence in IP matters: the contribution of the Daiichi Sankyo case to cloudy constitutional concepts, blurred borders and the corresponding Court jurisdiction*, in *Columbia journal of European law*, 2016, 1, p. 139 ss.; I. VAN DAMME, *Case C-414/11 Daiichi: the impact of the Lisbon Treaty on the competence of the European Union over the TRIPS agreements*, in *Cambridge journal of international and comparative law*, 2015, 1, pp. 73 e ss. In merito alla determinazione della portata applicativa della competenza attribuita all’Unione in materia di politica commerciale comune, cfr., *ex plurimis*, F. BESTAGNO, *La politica commerciale comune*, in M.E. BARTOLONI, S. POLI (a cura di), *L’azione esterna dell’Unione europea*, cit., pp. 111 e ss.; F. MARRELLA, *Verso una nuova politica commerciale internazionale dell’Ue dopo il Trattato di Lisbona? Alcune brevi riflessioni*, in *Lavoro e diritto*, 2011, 1, pp. 89 e ss.; M. CREMONA, *A quiet revolution:*

applicazione e, di conseguenza, per l' idoneità a coprire una pluralità di profili e di ambiti materiali. Il campo di applicazione (già significativamente ampio) della competenza in esame appare, inoltre, ulteriormente esteso per effetto della collocazione dell' art. 207 TFUE all' interno del Titolo V, precipuamente dedicato alle relazioni esterne dell' Unione europea, e della puntualizzazione che “la politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell' azione esterna dell' Unione”. In questo modo, la politica commerciale comune risulta concepita, infatti, come si è accennato quale parte integrante delle relazioni esterne dell' Unione e, come tale, assoggettata ai medesimi valori e principi comuni volti a assicurare l' unitarietà e la coerenza, con conseguente inclusione tra gli obiettivi da perseguire nel quadro di tale azione anche di quelli afferenti ai c.d. *non trade issues*<sup>32</sup>.

È noto, in particolare, che l' art. 3, par. 5, TUE include tra gli obiettivi fondamentali dell' azione esterna dell' Unione europea l' affermazione del “commercio libero ed equo”<sup>33</sup>, mentre l' art. 21 TUE – la cui rilevan-

*the common commerciale policy six years after the Treaty of Lisbon*, cit., pp. 3 e ss.; R. BARATTA, *La politica commerciale comune dopo il Trattato di Lisbona*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 2, pp. 403 e ss.; L. MOLA, *Il parere n. 1/08 della Corte di giustizia sulle modifiche agli impegni specifici allegati al GATS: Status quo ante Trattato di Lisbona e prospettive in merito alla conclusione di accordi commerciali sui servizi*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, 4, pp. 675 e ss.; A. DIMOPOULOS, *The effects of the Lisbon Treaty on the principles and objectives of the common commercial policy*, cit., M. KRAJEWSKI, *The reform of the common commercial policy*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (a cura di), *EU after Lisbon*, Oxford, 2012, pp. 302 e ss.; J. LARIK, *Common commercial policy*, in R. A. WESSEL, J. LARIK (a cura di), *EU external relations law*, cit., pp. 209 e ss.; P. PIVA, *La politica commerciale comune*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell' Unione europea – parte speciale*, Torino, 2017, pp. 451 e ss.; A. MIGNOLLI, *L' azione esterna dell' Unione europea e il principio della coerenza*, cit., pp. 69 e ss.; M. CREMONA, *Defining the scope of the common commercial policy*, in M. HAHN, G. VAN DER LOO (a cura di), *Law and practice of the Common commercial policy*, cit., pp. 47 e ss.

<sup>32</sup> A. DIMOPOULOS, *The effects of the Lisbon Treaty on the principles and objectives of the common commerciale policy*, cit., pp. 153 e ss.

<sup>33</sup> La norma, più precisamente, dispone che “nelle relazioni con il resto del mondo l' Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all' eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite”.

za in materia di politica commerciale comune è espressamente sancita a più riprese all'interno del Trattato<sup>34</sup> – individua i principi generali cui deve ispirarsi l'azione esterna dell'Unione europea in “democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale”<sup>35</sup>.

In considerazione di quanto precede, risulta, dunque, espressamente e formalmente legittimata – daché basata su un apposito ed esplicito fondamento normativo – l'inclusione, nel quadro della politica commerciale comune, di impegni funzionali al perseguimento di obiettivi diversi da quelli puramente commerciali<sup>36</sup>.

Né possono trascurarsi i chiarimenti offerti dalla Corte di giustizia a mezzo del noto parere 2/15 reso con riferimento agli impegni in mate-

<sup>34</sup> Il par. 2 dell'art. 21 afferma espressamente l'esigenza di osservare i principi generali ivi sanciti “in tutti i settori delle relazioni internazionali”. Il par. 3 della medesima disposizione fa, inoltre, espresso riferimento all'azione regolata dal titolo V del TFUE, nel quale è come visto ricompresa la politica commerciale comune. L'art. 205 TFUE, ancora, richiama i principi sanciti al capo 1 del titolo V del TUE a fondamento di tutta “l'azione dell'Unione sulla scena internazionale”.

<sup>35</sup> La norma, in particolare, stabilisce che “l'Unione definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di: a) salvaguardare i suoi valori, i suoi interessi fondamentali, la sua sicurezza, la sua indipendenza e la sua integrità; b) consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale; c) preservare la pace, prevenire i conflitti e rafforzare la sicurezza internazionale, conformemente agli obiettivi e ai principi della Carta delle Nazioni Unite, nonché ai principi dell'Atto finale di Helsinki e agli obiettivi della Carta di Parigi, compresi quelli relativi alle frontiere esterne; d) favorire lo sviluppo sostenibile dei paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale, con l'obiettivo primo di eliminare la povertà; e) incoraggiare l'integrazione di tutti i paesi nell'economia mondiale, anche attraverso la progressiva abolizione delle restrizioni agli scambi internazionali; f) contribuire all'elaborazione di misure internazionali volte a preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile; g) aiutare le popolazioni, i paesi e le regioni colpiti da calamità naturali o provocate dall'uomo; h) promuovere un sistema internazionale basato su una cooperazione multilaterale rafforzata e il buon governo mondiale”.

<sup>36</sup> Così A. DIMOPOULOS, *The effects of the Lisbon Treaty on the principles and objectives of the common commercial policy*, cit., p. 163.

ria di sviluppo sostenibile contenuti nell'accordo commerciale concluso dall'Unione europea con la Repubblica di Singapore<sup>37</sup>. Come meglio si illustrerà nel prosieguo, attraverso tale parere la Corte ha fornito, infatti, un'interpretazione assai ampia della portata della competenza UE in materia di politica commerciale comune, comprensiva – quale relativa “parte integrante” – anche dei c.d. *non trade issues* correlati allo sviluppo sostenibile<sup>38</sup>.

Alla appena descritta estensione del campo di applicazione materiale della politica commerciale comune si è accompagnata, altresì, la consacrazione del carattere “trasversale e fondamentale” degli obiettivi riguardanti la tutela dell'ambiente sancito, invero, da tempo dalla giurispru-

<sup>37</sup> Pare opportuno rammentare, per completezza, che la Commissione – al fine di appurare se “l'Unione europea ha la competenza richiesta per firmare e concludere da sola l'accordo di scambio con la Repubblica di Singapore” – aveva chiesto, a mezzo del quesito sfociato nell'adozione del parere in discorso, “1) quali disposizioni dell'accordo ricadono nella competenza esclusiva dell'Unione?”, nonché “2) quali disposizioni dell'accordo ricadono nella competenza concorrente dell'Unione?” e se “3) vi sono disposizioni dell'accordo che ricadono nella competenza esclusiva degli Stati membri?”.

<sup>38</sup> In argomento, cfr., *ex plurimis*, M. CREMONA, *Shaping EU trade policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017*, in *European constitutional law review*, 2018, 1, pp. 231 e ss.; G. VAN DER LOO, *The Court's Opinion on the Eu-Singapore FTA: throwing off the shackles of mixity?*, Centre for European Policy Studies, 2017, 17, pp. 1 e ss., reperibile sulla rete interconnessa; M. MORVILLO, *Accordi bilaterali di libero scambio: istruzioni per l'uso nel parere 2/15 della Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 3, pp. 651 e ss.; F. MONTANARO, *Il parere 2/15 della Corte di giustizia dell'Unione europea e il future della politica commerciale dell'Unione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, reperibile sulla rete interconnessa; M.R. CALAMITA, *Sulla competenza dell'Unione europea a stipulare accordi di libero scambio: il caso dell'EU-Singapore Free Trade Agreement*, in *DPCE online*, 2017, 3, pp. 685 e ss.; M. GATTI, *La politica commerciale dopo il parere 2/15: verso accordi “EU-only” senza ISDS/ICS?*, in *Quaderni SIDIBlog* 2017, 18, pp. 396 e ss.; L. ANKERSMIT, *Opinion 2/15 and the future of mixity and ISDS*, in *European Law Blog*, 2017, reperibile sulla rete interconnessa; C. CELLERINO, *Il parere 2/15 della Corte di giustizia sull'accordo di libero scambio UE-Singapore: luci e ombre*, in *Eurojus.it*, 2017, reperibile sulla rete interconnessa; R. YOTOVA, *Opinion 2/15 of the CJEU: delineating the scope of the new EU competence in foreign direct investment*, in *The Cambridge law journal*, 2018, 1, pp. 29 e ss.; C. VEDDER, *From ERTA to Singapore. Two landmark decisions on the road to the Union's powerful foreign policy*, in S. LORENZEIMER e altri (a cura di), *EU external relations law*, cit., pp. 49 e ss.; F. CASOLARI, *Like a bridge over troubled water: the 2/15 Opinion through the lens of EU loyalty*, in I. BOSSE-PLATIÈRE, C. RAPOPORT, *The Conclusion and Implementation of EU Free Trade Agreements - Constitutional Challenges*, Cheltenham, 2019, pp. 85 e ss.

denza della Corte<sup>39</sup>. Vale la pena rammentare, più nel dettaglio, che l'art. 3 TUE colloca l'elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente tra gli obiettivi dell'Unione e che, in questa medesima prospettiva, l'art. 11 TFUE proclama che le esigenze di tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e azioni dell'Unione, specie al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile (c.d. clausola orizzontale di integrazione). Con specifico riferimento al contesto delle relazioni internazionali, l'art. 21, par. 2, lett. f), TFUE, afferma, inoltre, l'obbligo di "contribuire all'elaborazione di misure internazionali volte a preservare e a migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali".

A fronte delle circostanze testé evidenziate, gli obiettivi che contraddistinguono (*rectius*, dovrebbero contraddistinguere), rispettivamente, la competenza in materia di politica commerciale comune e quella riguardante la tutela ambientale risultano, dunque, in larga misura coincidenti e sovrapponibili tra loro, con conseguente inevitabile incremento delle ipotesi di intersezione degli ambiti operativi delle corrispondenti basi giuridiche. Alla luce della strategia commerciale delineata nell'ambito dei summenzionati documenti di prassi, tali obiettivi finiscono, inoltre, per essere perseguiti, sempre più frequentemente, in maniera contestuale e parallela, con conseguente sostanziale impossibilità di identificare, all'interno di ciascun atto, una componente come prevalente e assorbente rispetto all'altra.

Ciò si traduce, sul piano operativo, nella sostanziale impossibilità, in taluni casi, di comprendere fino a che punto gli impegni inseriti all'interno di un accordo di libero scambio tesi a perseguire obiettivi in termini di sostenibilità siano da ricondursi alla politica commerciale comune (cui, come è noto, corrisponde una competenza UE di tipo esclusivo *a priori*), anziché alla protezione dell'ambiente (in relazione alla quale, di converso e come ricordato, l'Unione – al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 3, par. 2, TFUE – gode di una competenza concorrente).

<sup>39</sup> Già negli anni Ottanta la Corte di giustizia aveva avuto modo di dichiarare che "la tutela dell'ambiente [...] costituisce uno degli scopi essenziali della Comunità" (CGUE, 7 febbraio 1985, causa 240/83, punto 13), puntualizzando, successivamente, che in quanto "scopo essenziale" della (allora) Comunità, essa costituisce "un'esigenza imperativa, che può limitare l'applicazione dell'art. 30 [TCEE]", corrispondente all'attuale art. 34 TFUE (CGUE, 20 settembre 1988, causa 302/86, punto 9).

Sulla scorta di tale inquadramento, premessa una breve rassegna delle pattuizioni dedicate, nell'ambito degli accordi commerciali finora conclusi con i partner asiatici, ai temi della sostenibilità, si procederà, di seguito, alla disamina delle criticità cui tali clausole si espongono nella specifica prospettiva dell'individuazione della corretta base giuridica sulla quale fondare la relativa assunzione. L'analisi prenderà in considerazione, necessariamente, i capitoli in materia di commercio e di sviluppo sostenibile contenuti negli accordi di cui trattasi nel loro complesso, tenendo conto, pertanto – anche in un'ottica di interpretazione sistematica – degli impegni così assunti a tutela tanto dell'ambiente quanto dei lavoratori.

4. *Gli impegni in materia di sostenibilità contenuti negli accordi bilaterali di nuova generazione conclusi con i partner asiatici.*

Tutti gli accordi di c.d. nuova generazione che formano oggetto della presente analisi contengono un capitolo *ad hoc* che si occupa di sostenibilità. La disciplina ivi dettata risulta, peraltro, tendenzialmente uniforme sotto il profilo della struttura e dei contenuti<sup>40</sup>.

La struttura dei capitoli di cui trattasi è particolarmente articolata e composita, comprendendo previsioni suscettibili di essere ricondotte, a mero scopo ricognitivo, alle seguenti categorie (sulle quali ci si soffermerà partitamente in appresso): (1) pattuizioni tese a riaffermare l'impegno ad adoperarsi per lo sviluppo sostenibile; (2) disposizioni che ribadiscono o richiamano gli obblighi convenzionali in materia di tutela ambientale o sociale già ratificati dalle parti o che impegnano queste ultime a ratificare particolari convenzioni internazionali; (3) clausole che rimarcano il diritto delle parti di legiferare e di stabilire i propri standard di protezione in materia di ambiente e di lavoro; (4) prescrizioni che vincolano le parti a mantenere inalterati i livelli di protezione attualmente assicurati dalle vigenti disposizioni di diritto interno.

<sup>40</sup> S. VILLANI, *I capitoli in materia di sviluppo sostenibile negli accordi commerciali dell'Unione europea: prove di rilevanza sistemica*, cit., p. 710. Ci si riferisce, in particolare, al Capitolo 13 dell'accordo con la Corea del Sud, al Capitolo 16 dell'accordo con il Giappone, al Capitolo 12 dell'accordo con Singapore e al Capitolo 13 dell'accordo con il Vietnam.

Tali impegni sono corredati, poi, (5) da una serie di disposizioni di tipo procedurale, aventi ad oggetto l'istituzione di appositi meccanismi di monitoraggio, coordinamento e di risoluzione delle eventuali controversie volti ad assicurarne, con i limiti che si vedranno, l'effettiva attuazione.

Nel dettaglio, ciascuno degli accordi in oggetto esordisce, innanzi tutto, (1) con la riaffermazione dell'impegno delle parti a promuovere lo sviluppo del commercio internazionale in maniera tale da contribuire alla realizzazione dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile sancito a livello internazionale<sup>41</sup>. È particolarmente interessante osservare, nella prospettiva che ci occupa, che la nozione di sviluppo sostenibile ivi impiegata viene descritta come composta da tre dimensioni interdipendenti tra loro – segnatamente, una economica, una sociale e una ambientale – che, anziché porsi in tensione l'una con l'altra, dovrebbero coesistere e rafforzarsi reciprocamente<sup>42</sup>. Diversamente dall'impostazione adottata, sul punto, a livello multilaterale, le dimensioni sociale e ambientale non vengono concepite, dunque, quale (mera) potenziale giustificazione rispetto ad eventuali restrizioni agli scambi, bensì in un'ottica di *mutual supportiveness* rispetto alla componente prettamente economica della nozione di sviluppo sostenibile testé richiamata. In questo modo, la cooperazione sui profili sociali e ambientali che presentino una qualche correlazione con gli scambi assurge – in linea con l'impostazione suggerita nell'ambito dei summenzionati documenti di prassi – a vera e propria parte integrante delle relazioni commerciali tra le parti<sup>43</sup>. Come efficacemente rilevato,

<sup>41</sup> Tra gli strumenti che vengono richiamati figurano, segnatamente, l'Agenda 21 sull'ambiente e lo sviluppo del 1992, il piano di attuazione del vertice mondiale sullo sviluppo sostenibile di Johannesburg del 2002, la dichiarazione ministeriale del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite sulla piena occupazione e il lavoro dignitoso del 2006, l'agenda per il lavoro dignitoso dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), il documento finale della Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile del 2012 dal titolo "*The future we want*" e il documento finale della Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile del 2015 dal titolo "*Transforming our world: the 2030 Agenda for sustainable development*".

<sup>42</sup> In questi termini si veda, in particolare, l'art. 12.1, par. 2 dell'accordo con Singapore, ove si puntualizza che "Le parti riconoscono che lo sviluppo economico, lo sviluppo sociale e la tutela dell'ambiente sono interdipendenti e costituiscono componenti dello sviluppo sostenibile che si rafforzano reciprocamente".

<sup>43</sup> In questo senso, l'art. 13.1, par. 2, dell'accordo con la Corea del Sud e l'art.

*“the overall idea is that trade liberalization is also conducive to the achievement of sustainable development and, at the same time, has to be pursued without disregarding its potential impact over social and environmental concern”*<sup>44</sup>.

Dette previsioni – pur di carattere puramente programmatico – rivestono, dunque, particolare importanza ai fini della presente analisi, in quanto denotano un radicale cambio di prospettiva e di impostazione rispetto ai profili in esame. Da tali disposizioni emerge, infatti, il superamento dell’approccio invalso nel contesto multilaterale incentrato sulla consapevolezza dell’esistenza di obiettivi tra loro potenzialmente in contrasto e dell’esigenza di individuare criteri tesi a favorirne il bilanciamento, proponendosi, al contrario, di affrontare le tematiche in discorso attraverso un approccio integrato, in modo da assicurare la piena compatibilità delle misure di carattere commerciale previste nell’ambito degli accordi di cui trattasi con gli obiettivi sottesi alle altre componenti del concetto di sviluppo sostenibile, e viceversa<sup>45</sup>. Questa impostazione pone, pertanto, in particolare evidenza le criticità dianzi descritte in termini di sostanziale commistione tra gli obiettivi propri dell’azione condotta dall’Unione in materia, rispettivamente, di politica commerciale comune, da una parte, e di tutela dell’ambiente e dei lavoratori, dall’altra parte<sup>46</sup>.

12.1, par. 2 di quello con Singapore affermano che le parti “sottolineano i benefici della cooperazione sulle questioni sociali e ambientali collegate al commercio, nel quadro di un’impostazione globale in materia di commercio e sviluppo sostenibile”. Nella medesima prospettiva, l’accordo con il Vietnam stabilisce, all’art. 13.1, par. 2, che “l’obiettivo dello sviluppo sostenibile è integrato nelle loro relazioni commerciali bilaterali”. In termini analoghi, l’art. 16.1, par. 2, dell’accordo con il Giappone sottolinea che “le parti riconoscono il contributo del presente accordo alla promozione dello sviluppo sostenibile, di cui lo sviluppo economico, lo sviluppo sociale e la tutela dell’ambiente sono componenti che si rafforzano reciprocamente”.

<sup>44</sup> A. MUCCIONE, *Il rapporto dei capitoli su “commercio e sviluppo sostenibile” con la disciplina in materia commerciale*, cit., p. 239, che cita G. ADINOLFI, *A cross-cutting legal analysis of the European Union preferential trade agreements’ chapters on sustainable development – Further steps towards the attainment of the sustainable development goals?*, cit., p. 24.

<sup>45</sup> *Ibid.*, pp. 23 e 28.

<sup>46</sup> In questa direzione si pongono, peraltro, anche le disposizioni contenute in taluni degli accordi in esame volte a rimarcare il potenziale contributo del commercio e degli investimenti alla promozione dell’obiettivo dello sviluppo sostenibile in tutte le sue

Si distinguono, poi, (2) disposizioni tese ad incoraggiare le parti a rispettare e ad attuare gli obblighi derivanti dalle pertinenti convenzioni di diritto internazionale di cui già siano contraenti. Attraverso tali disposizioni, le parti riconoscono, innanzi tutto, l'importanza della cooperazione internazionale e degli accordi esistenti in relazione ai citati profili quali misure funzionali alla gestione delle sfide e delle opportunità derivanti dalla globalizzazione, impegnandosi, pertanto, a porre in essere, ove opportuno, attività di consultazione e di cooperazione con riferimento alle questioni di mutuo interesse relative agli aspetti della tutela dei lavoratori o dell'ambiente attinenti al commercio<sup>47</sup>.

Le previsioni in esame recano, poi, l'impegno delle parti *i*) a dare

sfaccettature. Ci si riferisce, in particolare, alle previsioni che sottolineano i potenziali effetti positivi, in termini di efficienza, innovazione e produttività, derivanti dal rispetto degli standard fondamentali in materia di tutela dei lavoratori e di dignità delle relative condizioni e che incoraggiano, pertanto, la realizzazione di una maggiore coerenza tra le rispettive politiche commerciali, da un lato, e quelle afferenti ai temi in oggetto, dall'altra parte (cfr. l'art. 13.6 dell'accordo con la Corea del Sud; l'art. 12.11 dell'accordo con Singapore; l'art. 13.10 dell'accordo con il Vietnam; l'art. 16.5 dell'accordo con il Giappone). In questa medesima prospettiva si pongono, altresì, le disposizioni attraverso le quali le parti riconoscono l'importanza di facilitare e promuovere il commercio e gli investimenti esteri diretti nei beni e nei servizi *green*, incoraggiando, per l'effetto, *i*) pratiche come l'etichettatura ecologica e il commercio equo e solidale, così come *ii*) la rimozione degli ostacoli al commercio ed all'investimento per quel che concerne i beni ed i servizi c.d. *climate-friendly* in quanto fondati sul ricorso ad energie rinnovabili o a meccanismi di energia efficiente, anche attraverso l'adozione di misure volte a favorire l'utilizzo delle tecnologie più avanzate e la promozione di standard in tal senso (cfr. l'art. 13.6 dell'accordo con la Corea del Sud, l'art. 13.10 dell'accordo con il Vietnam, l'art. 12.11 dell'accordo con Singapore e l'art. 16.5 dell'accordo con il Giappone). In quest'ottica vengono in rilievo, ancora, le disposizioni attraverso le quali le parti si impegnano a promuovere e ad incoraggiare l'adozione di buone prassi in materia di responsabilità sociale delle imprese, prendendo in considerazione gli strumenti internazionali non vincolanti esistenti in materia, come la Dichiarazione tripartita dei principi relativi alle imprese multinazionali o alla politica sociale adottata nel quadro dell'OIL, le *Guidelines* approvate nell'ambito dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, e i Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani (cfr. l'art. 13.6, par. 2 e l'allegato 13 dell'accordo con la Corea del Sud, l'art. 13.10, par. 2, lett. d) ed e) dell'accordo con il Vietnam, l'art. 16.5, lett. e) dell'accordo con il Giappone e l'art. 12.11, par. 4 dell'accordo con Singapore).

<sup>47</sup> Art. 13.4, par. 1 dell'accordo con la Corea del Sud; artt. 12.3, par. 1 e 13.5, par. 1 dell'accordo con Singapore; artt. 16.3, par. 1 e 16.4, par. 1, dell'accordo con il Giappone; artt. 13.4, par. 1 e 13.5, par. 1 dell'accordo con il Vietnam. Gli accordi

attuazione alle pertinenti convenzioni internazionali cui abbiano aderito e *ii*) a ratificare quelle di cui ancora non siano contraenti. È importante evidenziare fin d'ora come, in questo modo, gli standard internazionali considerati assurgano a vero e proprio limite rispetto al *right to regulate* delle parti in termini di livelli minimi di tutela al di sotto dei quali le rispettive normative nazionali non dovrebbero scendere (c.d. *minimum-level clauses*)<sup>48</sup>.

Più precisamente, per quel che concerne la tutela dei lavoratori, le disposizioni in questione riaffermano l'impegno delle parti a rispettare, promuovere e realizzare, nelle loro leggi e pratiche, i principi su cui si basano i diritti fondamentali di tali soggetti in forza degli obblighi derivanti dalla loro adesione all'Organizzazione internazionale del Lavoro (OIL)<sup>49</sup>. Inoltre, le parti affermano l'impegno ad attuare effettivamente le convenzioni dell'OIL che ciascuna di esse ha ratificato, nonché ad adoperarsi in modo assiduo per ratificare, qualora non lo avessero fatto, le altre convenzioni fondamentali dell'OIL, e a prendere in considerazione la ratifica di quelle classificate dall'OIL come aggiornate<sup>50</sup>.

In questa prospettiva, l'accordo con il Giappone riafferma, altresì, l'impegno delle parti ad assicurare il rispetto dei principi di cui alla Convenzione Universale dei diritti dell'uomo<sup>51</sup>. Nell'ambito degli accordi con Corea del Sud e con Singapore le parti assumono l'impegno, in coerenza con la corrispondente dichiarazione ministeriale del Consiglio

con Vietnam e Giappone sottolineano espressamente, in particolare, l'esigenza di "rafforzare le sinergie tra commercio e ambiente".

<sup>48</sup> G.M. DURAN, *Sustainable development chapters in EU free trade agreements: emerging compliance issues*, cit., pp. 1036 e ss.

<sup>49</sup> Cfr. l'art. 13.4, par. 3 dell'accordo con la Corea del Sud, l'art. 13.4 dell'accordo con il Vietnam, l'art. 12.3 dell'accordo con Singapore e l'art. 16.3 dell'accordo con il Giappone.

<sup>50</sup> Cfr. L'art. 13.4, par. 3 dell'accordo con la Corea del Sud e l'art. 13.4, par. 5 dell'accordo con il Vietnam. Diversamente, negli accordi commerciali con Singapore e Giappone non si fa riferimento alle convenzioni considerate dall'OIL come aggiornate, ma semplicemente ad altre convenzioni dell'OIL. Sul punto, v., rispettivamente, gli artt. 12.3, par. 4 dell'accordo con Singapore e l'art. 16.3, par. 3 dell'accordo con il Giappone. Nell'accordo con il Giappone, peraltro, l'impegno viene formulato in maniera sfumata. In base all'art. 16.3, par. 3, segnatamente, "ciascuna parte si adopera con costanza e assiduità, di propria iniziativa, per perseguire la ratifica delle convenzioni fondamentali dell'OIL, come pure di altre convenzioni dell'OIL che ritenga opportuno ratificare".

<sup>51</sup> Cfr. il Preambolo dell'accordo con il Giappone.

economico e sociale delle Nazioni Unite del 2006, a riconoscere il diritto ad un impiego pieno e produttivo, in condizioni di lavoro decente, quale elemento chiave degli obiettivi di sviluppo sostenibile e aspetto prioritario della cooperazione internazionale<sup>52</sup>. Gli accordi con Singapore e con il Vietnam puntualizzano, altresì, che la violazione dei principi e dei diritti fondamentali nel lavoro non può essere invocata o altrimenti utilizzata quale vantaggio comparativo legittimo e che le norme in materia di lavoro non dovrebbero essere utilizzate per scopi di protezionismo commerciale<sup>53</sup>. Trattasi di profili che, nel quadro delle relazioni in esame, rivestono, evidentemente, un rilievo assolutamente non trascurabile, tenuto conto della situazione esistente presso gli ordinamenti dei partner in considerazione<sup>54</sup>.

Con specifico riferimento ai *MEAs* (*Multilateral Environmental Agreements*), gli accordi esprimono sistematicamente l'impegno delle parti a dare efficace attuazione agli obblighi che derivano dalla partecipazione a tali trattati; in particolare, si rinviene frequentemente un richiamo esplicito alle convenzioni internazionali sui cambiamenti climatici<sup>55</sup>. L'accordo con il Giappone è il primo a contenere, altresì, un riferimento espresso all'accordo di Parigi.

Ciascun accordo reca, poi, impegni specifici in relazione a talune tematiche di particolare rilievo nel quadro dei rapporti con il partner di

<sup>52</sup> Cfr. l'art. 13.4, par. 2 dell'accordo con la Corea del Sud e l'art. 12.3, par. 2 dell'accordo con Singapore.

<sup>53</sup> Cfr. l'art. 12.3, par. 5 dell'accordo con Singapore e l'art. 13.4, par. 5 dell'accordo con il Vietnam.

<sup>54</sup> Si tratta, indubbiamente, di temi molto delicati nel contesto delle relazioni in oggetto e, in particolare, nei rapporti con il Vietnam. Su questi aspetti è intervenuto, altresì, in diverse occasioni, il Parlamento europeo. Cfr., in particolare, la Risoluzione del Parlamento europeo del 17.4.2014 sulla situazione dell'accordo di libero scambio UE-Vietnam, (2013/2989(RSP)), 22 dicembre 2017; la Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2016 sul Vietnam (2'16/2755(RSP)), 6 marzo 2018; la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 novembre 2018 sul Vietnam, in particolare, la situazione dei prigionieri politici (2018/2925(RSP)), 28 ottobre 2020; la Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 sulla situazione dei diritti umani in Vietnam, in particolare il caso dei giornalisti difensori dei diritti umani Pham Chi Dung, Nguyen Tuong Thy e Le Huu Minh Tuan (2021/2507(RSP)), 10 novembre 2021.

<sup>55</sup> Cfr. l'art. 13.5 dell'accordo con Corea del Sud, 13.5; l'art. art. 12.6, par. 3 dell'accordo con Singapore; l'art. 13.5 dell'accordo con il Vietnam; l'art. 16.4, par. 4 dell'accordo con il Giappone.

volta in volta considerato. Così, per esempio, gli accordi con il Giappone e con Singapore comprendono specifiche disposizioni in materia di biodiversità, di gestione sostenibile delle foreste e commercio di legname e prodotti del legno, nonché di commercio e uso sostenibile delle risorse della pesca e acquacoltura sostenibile<sup>56</sup>.

Tali previsioni – apparentemente insuscettibili di generare obblighi giuridici diversi e ulteriori rispetto a quelli già derivanti dalla partecipazione agli strumenti di diritto internazionale richiamati – hanno il pregio di determinare l'inquadramento degli impegni che ne discendono nella cornice della specifica disciplina dettata dagli accordi di cui trattasi per quel che concerne non solo la risoluzione delle controversie<sup>57</sup>, ma anche i meccanismi funzionali allo scambio di informazioni sull'attuazione delle citate convenzioni e sulla partecipazione ai negoziati funzionali all'adesione ad altri strumenti di diritto internazionale<sup>58</sup>.

Di particolare rilievo, nella prospettiva che ci occupa, sono, peraltro,

<sup>56</sup> Cfr. gli artt. 16.6, 16.7 e 16.8 dell'accordo con il Giappone, nonché gli artt. 12.7. e 12.8 dell'accordo con Singapore.

<sup>57</sup> G.M. DURAN, *Sustainable development chapters in EU free trade agreements: emerging compliance issues*, cit., p. 1038.

<sup>58</sup> Si vedano, in questa prospettiva, l'art. 13.5, par. 3 dell'accordo con il Vietnam e l'art. 16.4, par. 3 dell'accordo con il Giappone. C. CERETELLI, *La clausola sociale nei trattati di libero scambio di nuova generazione dell'Unione europea*, cit., p. 1024, rileva che sembrerebbero, invece, maggiormente incisive le prescrizioni tese ad imporre agli Stati di rispettare, promuovere e realizzare nelle proprie legislazioni interne i quattro principi fondamentali di tutela dei lavoratori sanciti nell'ambito della Dichiarazione dell'OIL del 1998 (c.d. *core labour standards*), quali, segnatamente, la libertà di associazione e il diritto alla contrattazione collettiva, la proibizione del lavoro forzato, l'abolizione del lavoro infantile e l'eliminazione di ogni forma di discriminazione in ambito lavorativo. Come chiarito dal gruppo di esperti in relazione alla nota controversia tra Unione europea e Corea del Sud insorta con riferimento alla supposta violazione, da parte di quest'ultima, degli impegni dettati in tal senso nell'ambito dell'accordo commerciale in vigore tra dette parti, tali disposizioni sono, infatti, suscettibili di generare in capo agli Stati un obbligo giuridico autonomo, rivelandosi, per l'effetto, innovative rispetto al quadro normativo di riferimento, tenuto conto del fatto che *i*) la Dichiarazione dell'OIL del 1998 ha una funzione meramente programmatica e che *ii*) le convenzioni fondamentali dell'OIL che disciplinano i singoli *core labour standards* sono, tuttora, vincolanti per un numero piuttosto limitato di Paesi. L'Autrice rileva, altresì, che, invero, la portata innovativa delle disposizioni in esame potrebbe risultare sminuita in considerazione della natura di norme consuetudinarie generalmente riconosciuta ai *core labour standards*.

le disposizioni volte a regolare l'eventuale tensione tra le contrapposte esigenze sottese agli obiettivi di natura sociale o ambientale, per un verso, e quelli di natura commerciale, per altro verso, perseguiti attraverso le pattuizioni in discorso, facendo espressamente salvo il diritto delle parti di adottare o mantenere misure di natura commerciale tese a dare attuazione agli accordi multilaterali in materia di lavoro o ambiente di cui siano firmatarie, alla sola condizione che non siano applicate in maniera tale da costituire una discriminazione arbitraria o ingiustificata nei confronti del partner o una restrizione dissimulata degli scambi<sup>59</sup>.

Meritano, invece, alcune puntualizzazioni, sotto il profilo dell'efficacia e della portata cogente degli obblighi che ne formano oggetto, le previsioni attraverso le quali le parti si impegnano ad adoperarsi con costanza e assiduità per ratificare, nella misura in cui non vi abbiano ancora provveduto, le convenzioni dell'OIL. La relativa formulazione in termini di meri impegni a compiere sforzi nella direzione della ratificazione inficia significativamente, infatti, tanto la portata precettiva quanto, come rilevato dal gruppo di esperti in relazione alla controversia con la Corea del Sud<sup>60</sup>, la determinatezza dei contenuti. Peraltro, l'efficacia vincolante degli impegni in questione risulta ulteriormente ridimensionata i) nel quadro degli accordi con Singapore e con il Vietnam, dalla previsione, per quel che concerne le convenzioni classificate come aggiornate dall'OIL diverse da quelle fondamentali, del mero impegno a prendere in considerazione la possibilità di provvedere alla relativa ratifica "tenendo conto della situazione interna"<sup>61</sup> e ii) nell'ambito dell'accordo con il Giappone, dalla puntualizzazione volta a circoscrivere l'impegno alla ratifica alle convenzioni dell'OIL che ciascuna parte "ritenga opportuno

<sup>59</sup> In questo senso si vedano, per esempio, l'art. 16.4, par. 5 dell'accordo con il Giappone, l'art. 12.6, par. 4 dell'accordo con Singapore e l'art. 13.5, par. 4 dell'accordo con il Vietnam. In quest'ottica, cfr., con specifico riferimento agli obblighi derivanti dall'adesione ad accordi internazionali in materia ambientale, gli artt. 16.4.5 dell'accordo con il Giappone; l'art. 12.6.4 dell'accordo con Singapore e l'art. 13.5.4 dell'accordo con il Vietnam.

<sup>60</sup> Il gruppo di lavoro ha escluso la responsabilità della Corea del Sud per la mancata adesione alle Convenzioni nn. 87 e 98 sul rilievo che "*this textual language accords the Parties a certain level of leeway in selecting specific ways of making such required efforts*" (cfr. par. 174 del Rapporto).

<sup>61</sup> Art. 12.3, par. 4 dell'accordo con Singapore; art. 13.4, par. 3, lett. b) dell'accordo con il Vietnam.

ratificare”<sup>62</sup>. Proprio sulla scorta di tali considerazioni, del resto, il gruppo di esperti chiamato a dirimere la controversia sorta con la Corea del Sud con riferimento alla mancata attuazione dei propri obblighi di ratifica di quattro delle Convenzioni dell’OIL ha escluso la responsabilità di detto Stato sul rilievo della discrezionalità attribuita, al riguardo, dalle pertinenti disposizioni dell’accordo<sup>63</sup>.

Di particolare interesse, come emergerà in sede di trattazione dei profili specificamente concernenti la competenza alla relativa assunzione, sono, poi, (3) le previsioni volte a “orientare” il c.d. *right to regulate* nella direzione dell’innalzamento dei livelli di protezione interna nei settori ambientale e sociale.

Attraverso tali previsioni le parti riconoscono, segnatamente, il diritto di ciascuna di esse di stabilire i propri livelli di protezione, impegnandosi, tuttavia, ad adottare o a modificare le proprie norme e le politiche interne in coerenza con i principi sanciti nell’ambito dei pertinenti accordi cui ciascuna risulti vincolata<sup>64</sup>. Scopo di tali pattuizioni è, in particolare, bilanciare l’esigenza di evitare, per un verso, che le misure così adottate celino intenti o finalità di carattere discriminatorio o protezionistico, con quella di assicurare, per altro verso, elevati livelli di tutela rispetto ai profili in discorso. L’individuazione dei livelli di protezione che ci si propone di garantire viene lasciata, dunque, all’autonomia delle parti e viene espressamente escluso qualsivoglia intento di armonizzazione degli standard di protezione di riferimento. L’autonomia così riconosciuta viene, tuttavia, contenuta per effetto di previsioni recanti *i)* l’espresso divieto di applicare o usare le norme di diritto interno adottate nelle materie in esame in maniera tale da farle assurgere a mezzi di discriminazione arbitraria o non giustificabile tra le parti o a restrizione dissimulata del

<sup>62</sup> Art. 16.3, par. 3 dell’accordo con il Giappone.

<sup>63</sup> Cfr. il Rapporto del 20 gennaio 2021 del gruppo di esperti del procedimento istituito ai sensi dell’art. 13.15 del Trattato di libero scambio tra UE e Corea, reperibile sulla rete interconnessa. Sulla premessa che “*this textual language accords the Parties a certain level of leeway in selecting specific ways of making such required efforts*”, il Gruppo di esperti ha, infatti, escluso la violazione degli impegni in discorso valorizzando, tra l’altro, le iniziative intraprese dalla Corea del Sud, nel 2017, per ratificare tali convenzioni.

<sup>64</sup> In questi termini si esprimono, segnatamente, l’art. 12.2. dell’accordo con Singapore, l’art. 13.2 dell’accordo con la Corea del Sud e l’art. 16.2 dell’accordo con il Giappone.

commercio<sup>65</sup>, nonché *ii*) l'impegno ad adoperarsi per l'innalzamento dei livelli vigenti di protezione dell'ambiente e dei lavoratori (c.d. *high-level clauses*)<sup>66</sup>.

A tale ultimo riguardo, occorre precisare che trattasi, come emerge dal tenore delle espressioni utilizzate (in base alle quali, segnatamente, ciascuna parte "si adopera affinché" o, nella versione in inglese, "*shall seek to ensure*")<sup>67</sup> di mere clausole di *best endeavour*, dalla forza cogente, dunque, piuttosto limitata<sup>68</sup>.

Decisamente più incisivi sono, invece, (4) gli impegni a non indebolire i livelli di protezione esistenti e a non mancare di dare attuazione alle norme e alle regole nazionali vigenti in materia.

Attraverso queste disposizioni, le parti si premurano di assicurare, mediante apposite *non-regression clauses*, il mantenimento dei livelli di protezione attualmente accordati dalle rispettive discipline in materia di ambiente o di lavoro. In questa prospettiva, esse riconoscono, nello specifico, che non è appropriato incoraggiare gli scambi o gli investimenti indebolendo o riducendo i livelli di protezione ambientale o sociale garantiti dalle legislazioni nazionali e vietano di omettere di dare applicazione alla legislazione ambientale o sociale di diritto interno attraverso azioni o inazioni prolungate o ricorrenti al fine di incoraggiare gli scambi internazionali o attrarre gli investimenti esteri<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Cfr. l'art. 13.2 dell'accordo con la Corea del Sud, l'art. 13.3.4 dell'accordo con il Vietnam e l'art. 16.2.3. dell'accordo con il Giappone.

<sup>66</sup> G.M. DURAN, *Sustainable development chapters in EU free trade agreements: emerging compliance issues*, cit., p. 1038. Cfr., in particolare, l'art. 12.1.4 dell'accordo con Singapore; l'art. 13.1, par. 3 dell'accordo con la Corea del Sud e l'art. 16.1.2 dell'accordo con il Giappone.

<sup>67</sup> Cfr. L'art. 13.3 dell'accordo con la Corea del Sud; l'art. 16.2, par. 1 dell'accordo con Giappone e l'art. 13.2, par. 2 dell'accordo con il Vietnam.

<sup>68</sup> Tali conclusioni parrebbero potersi estendere, peraltro, anche all'accordo con Singapore, nell'ambito del quale si afferma, in termini apparentemente perentori, che "le parti continuano a migliorare tali norme e politiche e si adoperano per garantire ed incoraggiare elevati livelli di protezione dell'ambiente e del lavoro". Cfr., in particolare, l'art. 12.2, par. 2 dell'accordo con Singapore.

<sup>69</sup> Cfr. l'art. 13.7 dell'accordo con la Corea del Sud, l'art. 13.3, par. 3 dell'accordo con il Vietnam; l'art. 12.12 dell'accordo con Singapore; l'art. 16.2, par. 2 dell'accordo con il Giappone. Sul punto, G. ADINOLFI, *A cross-cutting legal analysis of the European Union preferential trade agreements' chapters on sustainable development – Further steps towards the attainment of the sustainable development goals?*, cit., p. 36, rileva, tra le

È bene sottolineare fin d'ora che l'operatività di queste pattuizioni risulta espressamente condizionata alla verifica che le condotte considerate siano suscettibili di produrre un impatto sugli scambi tra le parti. L'abbassamento dei livelli interni di protezione nei settori in parola non è, dunque, vietato *ex se*, bensì esclusivamente nella misura in cui ne possano derivare effetti sul commercio tra le parti.

Gli accordi prevedono, infine, (5) la creazione di appositi organi e meccanismi funzionali ad assicurare il dialogo e la cooperazione ai fini della compiuta attuazione degli obiettivi sottesi alla disciplina in discorso<sup>70</sup>.

Alcune disposizioni rimarcano, innanzi tutto, l'importanza della cooperazione ai fini della realizzazione degli obiettivi sottesi ai capitoli in esame, da porsi in essere attraverso una serie di attività, indicate a scopo meramente esemplificativo, consistenti *i*) nella cooperazione nel quadro dell'OIL e dell'ASEM (*Asia-Europe Meeting*), *ii*) nello scambio di informazioni e nella condivisione di buone pratiche, *iii*) nello scambio di opinioni in merito all'impatto dell'accordo sui temi in oggetto, *iv*) nella promozione della ratifica delle pertinenti convenzioni internazionali, e *v*) nella valutazione dell'impatto sul commercio delle regole e degli standard a tutela dei lavoratori, nonché *vi*) nella cooperazione in relazione agli obiettivi in punto di lavoro dignitoso imposti dall'OIL<sup>71</sup>.

Grande enfasi viene posta, poi, sulla trasparenza, attraverso pattuizioni volte a corredare l'attività di produzione normativa nei settori in esame con una serie di garanzie di tipo procedurale tese ad assicurare la reciproca conoscenza delle misure che il partner si propone di adottare e la possibilità di intervento da parte di tutti i soggetti, anche privati,

criticità cui si espongono le disposizioni in esame, che la regressione rispetto ai livelli di protezione assicurati dalla disciplina di diritto interno non è vietata di per sé, bensì solo nella misura in cui sia suscettibile di incidere sul commercio o sugli investimenti tra le parti.

<sup>70</sup> L'art. 12.5 dell'accordo con Singapore prevede l'istituzione, da parte di ciascuno dei partner, di un ufficio incaricato di funzionare quale *contact point* con l'altra parte e di un *Board on Trade and Sustainable Development*.

<sup>71</sup> Cfr. gli artt. 12.4 e 12.10 dell'accordo con Singapore; l'art. 13.14 dell'accordo con il Vietnam; l'art. 16.12 dell'accordo con il Giappone. L'art. 13.11 dell'accordo con la Corea del Sud rinvia, invece, ai fini dell'individuazione delle attività da espletarsi nella citata ottica di cooperazione, ai contenuti dell'allegato 13.

potenzialmente interessati<sup>72</sup>. È prevista, altresì, una clausola di riesame periodico in relazione all'attuazione delle disposizioni di questo capitolo, da espletarsi, tra l'altro, attraverso la redazione di apposite valutazioni d'impatto<sup>73</sup>.

Sotto il profilo istituzionale, è prescritta la creazione di punti di contatto dedicati presso le rispettive amministrazioni e di specifiche commissioni sul commercio e sullo sviluppo sostenibile incaricate di monitorare l'attuazione delle disposizioni in esame e le attività di cooperazione dianzi ricordate<sup>74</sup>. Ciascuna parte è chiamata, inoltre, a istituire appositi gruppi consultivi interni composti da organizzazioni indipendenti rappresentative della società civile in relazione ai temi in oggetto e dai portatori di interesse con funzioni *i*) consultive in relazione all'attuazione dei capitoli in parola e *ii*) di incoraggiamento del dialogo congiunto con la società civile<sup>75</sup>.

L'attuazione delle disposizioni dianzi brevemente richiamate rappresenta, indubbiamente, il profilo più critico della disciplina in esame<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Cfr. l'art. 13.9 dell'accordo con la Corea del Sud; l'art. 12.13 dell'accordo con Singapore; l'art. 13.12 dell'accordo con il Vietnam; l'art. 16.10 dell'accordo con il Giappone.

<sup>73</sup> Cfr. l'art. 13.10 dell'accordo con la Corea; l'art. 12.14 dell'accordo con Singapore; l'art. 13.13 dell'accordo con il Vietnam. L'art. 16.19 dell'accordo con il Giappone attribuisce al comitato il compito di discutere, ove necessario, dell'attuazione e del funzionamento delle (sole) disposizioni di carattere istituzionale ed in materia di consultazione, anche nella prospettiva della relativa eventuale modifica.

<sup>74</sup> Cfr. l'art. 13.12 dell'accordo con la Corea del Sud; l'art. 12.15 dell'accordo con Singapore; l'art. 13.15 dell'accordo con il Vietnam; gli artt. 16.13 e 16.14 dell'accordo con il Giappone.

<sup>75</sup> Cfr. gli artt. 13.12 e 13.13 dell'accordo con la Corea del Sud; l'art. 12.15, par. 5 dell'accordo con Singapore; l'art. 16.15 dell'accordo con il Giappone. C. CERTELLI, *La clausola sociale nei trattati di libero scambio di nuova generazione dell'Unione europea*, cit., pp. 1041 e ss., rileva che l'istituzionalizzazione della partecipazione della società civile rispetto all'attività di promozione e monitoraggio delle norme sul commercio sostenibile attraverso la creazione di siffatti gruppi consultivi nazionali parrebbe rappresentare, in sé, un'innovazione di non poco momento. È, tuttavia, ancora in via di definizione, in base alla prassi che si svilupperà al riguardo, l'impatto concreto dell'attività di tali organi.

<sup>76</sup> Sul tema cfr., *ex plurimis*, M. BRONCKERS, G. GRUNI, *Taking the enforcement of labour standards in the EU's free trade agreements seriously*, in *Common Market Law Review*, 2019, 6, pp. 1591 e ss.; M. BRONCKERS, G. GRUNI, *Retooling the sustainability standards in EU free trade agreements*, in *Journal of international economic law*, 2021, 1,

Ciò, innanzi tutto, in considerazione del carattere prettamente programmatico del contenuto e della formulazione della maggior parte delle previsioni analizzate, quale circostanza inevitabilmente atta ad intaccarne la portata precettiva e ad inficiare, di conseguenza, l'accertamento di eventuali condotte suscettibili di assurgere a vera e propria violazione delle stesse.

La risoluzione di eventuali controversie relative agli impegni in questione risulta, inoltre, sottratta ai meccanismi di carattere generale applicabili con riferimento agli altri capitoli, e demandata a procedure *ad hoc* di natura *non-confrontational* consistenti, innanzi tutto, in una fase di consultazione e, in caso di fallimento, nell'istituzione di un *panel* di esperti incaricato di fornire mere raccomandazioni di natura non vincolante<sup>77</sup>. All'esito di tale procedura la compiuta ed effettiva risoluzione della controversia viene, quindi, demandata nuovamente al dialogo tra le parti. Sulla base delle raccomandazioni del *panel*, le parti sono tenute, infatti, (nulla più che ad) impegnarsi ad individuare le misure appropriate per la definizione della controversia o a delineare un piano d'azione comune.

È indubbio che l'insussistenza di alcun obbligo di dare attuazione a tali raccomandazioni e l'impossibilità di adottare contromisure, per esempio sotto forma di sanzioni commerciali, in caso di inottemperanza compromettano l'effettività e, di conseguenza, la stessa credibilità delle disposizioni di cui ai capitoli in esame<sup>78</sup>. Non manca, d'altro canto,

pp. 25 e ss.; E. POSTNIKOV, I. BASTIAENS, *Does dialogue work? The effectiveness of labour standards in EU preferential trade agreements*, in *Journal of European Public Policy*, 2014, 6, pp. 923 e ss.; D. VAN'T WOUT, *The enforceability of the trade and sustainable development chapters of the European Union's free trade agreements*, in *Asia Europe Journal*, 2022, 2, p. 81 ss.; K. HRADILOVA, O. SVOBODA, *Sustainable development chapters in the EU free trade agreements: searching for effectiveness*, in *Journal of World Trade*, 2018, 6, pp. 1019 e ss.

<sup>77</sup> Cfr. gli artt. 13.14-13.16 dell'accordo con la Corea del Sud; gli artt. 16.17-16.18 dell'accordo con il Giappone; gli artt. 12.16-12.17 dell'accordo con Singapore; gli artt. 13.16-13.17 dell'accordo con il Vietnam.

<sup>78</sup> Tali criticità formano oggetto, pertanto, di un acceso dibattito in seno alle Istituzioni. Il Parlamento europeo, in particolare, ha sollecitato a più riprese l'istituzione di meccanismi suscettibili di assicurare una maggiore effettività delle disposizioni in oggetto. In risposta alle crescenti pressioni ricevute sul punto, la Commissione europea ha adottato, nel 2017 e nel 2018, due documenti informali recanti diverse proposte per migliorare l'attuazione dei capitoli in materia di sviluppo sostenibile

chi sostiene che l'approccio *non-confrontational* finora seguito meglio

contenuti negli accordi preferenziali di cui l'Unione europea è parte. Ci si riferisce, in particolare, al documento della Commissione *Non-paper of the Commission Services. Trade and sustainable development (TSD) chapters in EU free trade agreements (FTAs)* dell'11 luglio 2017, reperibile sulla rete interconnessa; e al documento della medesima istituzione *Non-paper of the Commission Services. Feedback and way forward on improving the implementation and enforcement of trade and sustainable development chapters in EU free trade agreements* del 26 febbraio 2018, reperibile sulla rete interconnessa. In particolare, nell'ambito del *Feedback and way forward on improving the implementation and enforcement of trade and sustainable development chapters in EU free trade agreements* del 26 febbraio 2018, la Commissione ha stilato un vero e proprio *action plan*, sottolineando, tra l'altro, l'esigenza di compiere maggiori sforzi al fine di assicurare il costante monitoraggio al riguardo e la rapida attivazione, ove necessario, del panel arbitrale. In questa medesima ottica, con la Comunicazione "Il potere dei partenariati commerciali: insieme per una crescita economica verde e giusta", la Commissione ha proposto di introdurre uno specifico meccanismo di monitoraggio sulla corretta attuazione delle misure previste dal report del panel arbitrale e paventato la possibilità di adottare sanzioni come strumento di *last resort* in caso di gravi violazioni dei principi ILO e dei diritti fondamentali dei lavoratori, nonché degli impegni assunti con l'adesione all'Accordo di Parigi sul cambiamento climatico, in qualità di elementi essenziali degli accordi commerciali. Da ultimo, nell'ambito della Risoluzione del Parlamento europeo del 18 gennaio 2023 sui diritti umani e la democrazia nel mondo e sulla politica dell'Unione europea in materia – relazione annuale 2022, per quanto di interesse ai presenti fini, detta istituzione "ribadisce il suo invito a includere solide clausole sui diritti umani negli accordi tra l'UE e i paesi terzi, sostenute da una chiara serie di parametri di riferimento e di procedure da seguire in caso di violazioni; invita la Commissione e il SEAE a riflettere attivamente su come garantire il monitoraggio e l'effettiva applicazione delle clausole sui diritti umani contenute negli accordi internazionali esistenti; sottolinea che l'UE dovrebbe reagire con rapidità e decisione alle persistenti violazioni delle clausole sui diritti umani da parte di paesi terzi, anche sospendendo gli accordi pertinenti qualora altre opzioni si rivelassero inefficaci; sottolinea che la revisione del sistema di preferenze generalizzate (SPG) dell'UE, il processo legislativo in corso per un nuovo regolamento sull'SPG e la revisione dell'attuazione delle convenzioni internazionali relative ai diritti umani, compresi i diritti dei lavoratori, da parte dei paesi beneficiari dell'SPG offrono l'opportunità di rafforzare l'impegno a favore del rispetto dei diritti umani nei paesi terzi interessati" (par. 34). Il Parlamento europeo, inoltre, "invita la Commissione, in sede di negoziazione di accordi di libero scambio (ALS) con i paesi terzi, a chiedere loro di ratificare le principali convenzioni internazionali in materia di diritti umani, diritti dei lavoratori e ambiente, compresi il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali; sottolinea che la ratifica di tali convenzioni da parte dei paesi terzi dovrebbe idealmente avvenire prima della conclusione dei negoziati ALS, in modo che il rispetto di tali convenzioni diventi un aspetto essenziale degli ALS e che siano concordate clausole specifiche; chiede

si attagli ai settori in considerazione, rispetto all'imposizione di regole vincolanti e uniformi tra le parti, tenuto conto della delicatezza dei temi trattati e delle profonde differenze ravvisabili tra le discipline interne agli ordinamenti di ciascuno dei partner<sup>79</sup>.

##### 5. *L'interpretazione della competenza in materia di politica commerciale comune ricavabile dal parere 2/15*

Come si è rilevato in precedenza, attraverso il citato parere 2/15 la Corte ha fornito un'interpretazione piuttosto ampia dell'ambito operativo della competenza in materia di politica commerciale comune.

A siffatte conclusioni la Corte è pervenuta, principalmente, in virtù *i)* di un'interpretazione particolarmente generosa del sopra citato *test* facente perno sull'esistenza di un "nesso specifico" con il commercio internazionale e sull'idoneità delle previsioni in questione a produrre effetti "diretti ed immediati" su di esso; nonché *ii)* dell'inclusione, tra gli obiettivi della politica commerciale comune, di quelli sanciti, a livello generale, dall'art. 21 TUE.

Come si è accennato, gli impegni concernenti i profili in discorso sono quelli in relazione ai quali le conclusioni espresse attraverso il parere 2/15 si rivelano maggiormente innovative sotto il profilo dell'estensione dell'ambito operativo della competenza UE in materia di politica commerciale comune.

inoltre che le clausole sostanziali degli ALS riconoscano che gli Stati parte devono rispettare e proteggere i diritti umani, come sancito dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dal diritto consuetudinario e dalle convenzioni internazionali di cui sono parte" (par. 35) e "sottolinea l'importanza delle valutazioni d'impatto sulla sostenibilità *ex ante* ed *ex post* e chiede che la loro qualità sia potenziata; sottolinea che l'obiettivo delle valutazioni d'impatto sulla sostenibilità dovrebbe essere quello di garantire che l'accordo in fase di negoziato fornisca strumenti sufficienti per evitare impatti negativi sui diritti umani in clausole dettagliate e ben formulate; raccomanda che le organizzazioni della società civile siano coinvolte nella gestione delle valutazioni d'impatto sulla sostenibilità, che tali valutazioni siano condotte da esperti di diritti umani e del lavoro e che i contributi delle organizzazioni della società civile siano presi in considerazione" (par. 36).

<sup>79</sup> K. HRADILOVA, O. SVOBODA, *Sustainable development chapters in the EU free trade agreements: searching for effectiveness*, cit., p. 1029.

Il ragionamento svolto dalla Corte in relazione a siffatti impegni nell'ambito del parere in esame si articola, segnatamente, in due parti<sup>80</sup>.

In primo luogo, la Corte ha ridefinito gli obiettivi della politica commerciale alla luce dei contenuti di cui, rispettivamente, agli artt. 21 TUE, 205 e 207, par. 1 TFUE, nonché dell'esigenza, in base agli artt. 9 e 11 TFUE, di integrare all'interno di tutte le azioni dell'Unione europea anche considerazioni in termini di protezione sociale e ambientale, pervenendo alla (innovativa) conclusione che "l'obiettivo dello sviluppo sostenibile costituisce ormai parte integrante della politica commerciale comune"<sup>81</sup>. In questo modo, gli impegni relativi ai c.d. *non-trade issues* risultano ufficialmente sussunti nel campo di applicazione della politica commerciale comune senza esigenza – diversamente dal percorso tracciato attraverso la precedente giurisprudenza pronunciata al riguardo – di invocarne il carattere ancillare o incidentale rispetto agli obiettivi di agevolazione degli scambi internazionali perseguiti in via principale<sup>82</sup>.

In secondo luogo, la Corte ha analizzato le singole previsioni di cui al capitolo dell'accordo con Singapore recante gli impegni in punto di sviluppo sostenibile alla luce del summenzionato *test* fondato sulla relativa idoneità a produrre effetti diretti e immediati sul commercio. In questa prospettiva, la Corte si è soffermata, innanzi tutto, sui rinvii operati agli standard in materia di tutela dei lavoratori o dell'ambiente imposti da altri accordi internazionali come le Convenzioni dell'OIL e gli accordi multilaterali in tema di ambiente ratificati da entrambe le parti. Pare opportuno rammentare che, sul punto, l'Avvocato Generale Sharpston aveva rilevato che tali disposizioni "mirano essenzialmente ad instaurare nell'Unione europea e a Singapore norme minime in materia (rispettivamente) di protezione del lavoro e di protezione dell'ambiente, a prescindere dai loro possibili effetti sugli scambi. Pertanto, tali disposizioni

<sup>80</sup> Sul punto, cfr. M. CREMONA, *Shaping EU trade policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017*, cit., pp. 242 e ss.

<sup>81</sup> Parere 2/15, cit., punto 147.

<sup>82</sup> L'Avvocato Generale Sharpston, al punto 495 delle proprie conclusioni aveva, al contrario, escluso che le citate disposizioni potessero incidere sulla portata materiale della politica commerciale comune.

esulano manifestamente dalla politica commerciale comune<sup>83</sup>. Diversamente, secondo la Corte, gli obiettivi sottesi agli impegni in discorso vanno ricondotti alla disciplina dei rapporti commerciali tra Unione europea e Singapore, in quanto tesi a subordinare la liberalizzazione degli scambi alla condizione che le parti rispettino i propri obblighi internazionali in materia di protezione sociale dei lavoratori e di tutela dell'ambiente<sup>84</sup>.

Invero, la divergenza di opinioni tra Corte e Avvocato Generale parrebbe circoscritta alla (mera) diversa valutazione degli obiettivi sottesi alle disposizioni in considerazione, registrandosi, di converso, una sostanziale coincidenza di vedute quanto al ragionamento da svolgere al riguardo e, segnatamente, all'esigenza di distinguere a seconda che *i*) le previsioni in materia di sostenibilità si limitino, come nell'accordo con Singapore, a rinviare ad accordi esistenti e vincolanti per l'Unione, ovvero che *ii*) si propongano di disciplinare direttamente e autonomamente i livelli di protezione sociale e ambientale nel rispettivo territorio delle parti<sup>85</sup>. Pare, infatti, pacifico che tale ultima ipotesi esuli dalla competenza in materia di politica commerciale comune, rendendo necessaria l'individuazione di apposite basi giuridiche alternative.

Sulla scorta delle considerazioni dianzi richiamate, la Corte ha affermato, in secondo luogo, l'idoneità delle previsioni di cui al capo in discorso "ad avere effetti diretti ed immediati sugli scambi in questione" sul rilievo che *i*) attraverso di esse, le parti si impegnano "da un lato, a non incoraggiare il commercio tramite un abbassamento dei livelli di protezione sociale e di tutela ambientale nel proprio rispettivo territorio

<sup>83</sup> *Ibid.*, punto 491.

<sup>84</sup> Parere 2/15, cit., punto 166. In questa medesima prospettiva, ai punti 155-156, la Corte ha puntualizzato che il capitolo in questione "non concerne né la portata delle convenzioni internazionali cui esso si riferisce, né le competenze dell'Unione o degli Stati membri relative a tali convenzioni. Per contro, detto capo presenta un nesso specifico con gli scambi commerciali tra l'Unione e la Repubblica di Singapore. Infatti, il suddetto capo 13 disciplina tali scambi assicurando che questi ultimi avvengano nel rispetto delle convenzioni sopra citate e garantendo che nessuna misura adottata in virtù di tali convenzioni venga applicata in modo da creare una discriminazione arbitraria o ingiustificata, ovvero una restrizione dissimulata negli scambi di cui sopra".

<sup>85</sup> *Ibid.*, punti 64 e ss.

al di sotto degli standard previsti dagli impegni internazionali e, dall'altro lato, a non attuare tali standard in modo protezionistico”<sup>86</sup> e che *ii*) le stesse “riducono il rischio di differenze sproporzionate tra i costi di produzione delle merci e di fornitura dei servizi nell’Unione, da un lato, e a Singapore, dall’altro, e contribuiscono dunque alla partecipazione al libero scambio su un piede di parità degli imprenditori dell’Unione e degli imprenditori di tale Stato terzo”<sup>87</sup>.

Particolarmente interessanti, nella prospettiva che ci occupa, sono, altresì, i passaggi in cui la Corte ha sottolineato, ad ulteriore riprova della specificità del nesso tra le previsioni in esame e gli scambi commerciali, che “una violazione delle disposizioni in materia di protezione sociale dei lavoratori e di tutela dell’ambiente, contenute nel capo summenzionato, autorizza l’altra parte (...) a porre fine alla liberalizzazione di questi scambi prevista nelle altre disposizioni dell’accordo summenzionato ovvero a sospenderla”<sup>88</sup>. I Giudici di Lussemburgo parrebbero, infatti, aver precisato, così, che dette disposizioni rappresentano, secondo il paradigma tipico della condizionalità, una *conditio sine qua non* per commerciare e investire nell’UE, così attribuendovi un ruolo essenziale nell’economia degli accordi in questione<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> *Ibid.*, punti 157 e 158.

<sup>87</sup> *Ibid.*, punto 159

<sup>88</sup> *Ibid.*, punto 161.

<sup>89</sup> S. VILLANI, *I capitoli in materia di sviluppo sostenibile negli accordi commerciali dell’Unione europea: prove di rilevanza sistemica*, cit., p. 720. Diversamente, l’Avvocato Generale Sharpston aveva sostenuto che non fosse ravvisabile alcuna condizionalità nel quadro delle previsioni in questione. Sul punto, M. CREMONA, *Shaping EU trade policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017*, cit., p. 245, rileva, inoltre, che non sono chiare le modalità operative, in concreto, di siffatta facoltà di sospensione, considerato che i meccanismi di risoluzione delle controversie previsti nel quadro dell’accordo in esame non si applicano al capitolo in questione.

6. *La riconducibilità degli impegni in materia di sostenibilità alla competenza UE sulla politica commerciale comune*

Le risposte della Corte dianzi richiamate – dalla portata apparentemente semplificatoria per quel che concerne la riconducibilità alla competenza esclusiva *a priori* dell’Unione europea anche delle pattuizioni aventi ad oggetto profili afferenti alla tutela dei lavoratori o dell’ambiente – comportano, invero, significative criticità in merito alla demarcazione, in concreto, tra le sfere applicative delle diverse basi giuridiche suscettibili di venire in rilievo.

A fronte della configurazione dell’obiettivo dello sviluppo sostenibile quale “parte integrante” della politica commerciale comune risultano, infatti, come si è accennato, ancor più accentuate le difficoltà in precedenza evidenziate in merito all’applicazione, con riferimento a clausole quali quelle in esame, del sopra richiamato *test* di gravità, che, come si è visto, implica la necessità di individuare un obiettivo preponderante tra quelli contestualmente perseguiti dall’accordo di volta a volta in considerazione. Non è chiaro, segnatamente, fino a che punto le finalità di tipo ambientale o sociale sottese agli impegni considerati debbano reputarsi comprese tra – anziché estranee a – quelle caratterizzanti la competenza in materia di politica commerciale comune.

L’inclusione degli obiettivi sintetizzati nel concetto di “sviluppo sostenibile” tra quelli che connotano la competenza in materia di politica commerciale comune impone di attribuire portata dirimente, ai fini della distinzione tra le sfere applicative delle basi giuridiche testé richiamate, alle finalità cui la disciplina di tali profili risulta orientata, dovendosi discernere a seconda che le prescrizioni considerate mirino *a)* precipuamente ad armonizzare i livelli di protezione accordati a tali profili dalle rispettive normative di diritto interno, oppure *b)* a regolamentare, in questo modo, gli scambi tra le parti, nell’ottica di rimuovere gli ostacoli al commercio derivanti dalle divergenze ravvisabili nelle predette discipline. In questi termini (e in contrasto, come si è detto, con le Conclusioni dell’Avvocato Generale Sharpston) la Corte, nell’ambito del summenzionato parere 2/15, ha affermato, infatti, che le pattuizioni in argomento contenute nell’accordo con Singapore rientrano nella sfera applicativa della competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune sul rilievo che “hanno per obiettivo non già di regolamentare i

livelli di protezione sociale e di tutela ambientale nel rispettivo territorio delle parti, bensì di disciplinare gli scambi commerciali tra l'Unione e la Repubblica di Singapore subordinando la liberalizzazione degli stessi alla condizione che le parti rispettino i propri obblighi internazionali in materia di protezione sociale dei lavoratori e di tutela dell'ambiente"<sup>90</sup>.

La demarcazione tra le sfere applicative delle competenze in gioco risulta fondata, così, su una distinzione assai sottile e, per certi versi, potenzialmente sfuggente. È indubbio, in particolare, che, al pari degli ostacoli tecnici al commercio, le differenze tra i livelli di protezione sociale e ambientale accordati all'interno degli ordinamenti dei partner siano suscettibili di incidere negativamente sugli scambi e che, pertanto, la relativa armonizzazione risulti comunque funzionale alla realizzazione degli obiettivi propri della politica commerciale comune.

Secondo l'impostazione che emerge dal parere 2/15, parrebbe peraltro doversi attribuire portata dirimente, ai fini della distinzione in esame, alla puntuale individuazione degli obiettivi perseguiti, come ricavabile dall'accordo nel cui contesto si inseriscono le pattuizioni in oggetto oltre che dal capitolo di tale accordo che le contiene. In quest'ottica, la Corte ha valorizzato, in particolare, *i*) i riferimenti, nell'ambito del preambolo dell'accordo con Singapore, all'intenzione delle parti di "rafforzare le loro relazioni economiche, commerciali e in materia di investimento in conformità dell'obiettivo di uno sviluppo sostenibile, nella sua dimensione economica, sociale e ambientale" e *ii*) le puntualizzazioni rinvenibili nell'ambito del capitolo dedicato ai temi in oggetto volte a precisare che lo sviluppo sostenibile costituisce "parte degli obiettivi delle relazioni commerciali tra l'Unione e la Repubblica di Singapore"<sup>91</sup>.

In questa medesima prospettiva, potrebbero valorizzarsi, altresì – ad ulteriore conferma della plausibilità di tale impostazione – il titolo dei capitoli in considerazione, corrispondente, per tutti gli accordi in questione, alla dicitura "commercio e sviluppo sostenibile", oltre che le puntualizzazioni volte a rimarcare l'intenzione di garantire, attraverso gli impegni di cui trattasi, che gli scambi tra le parti avvengano secondo le logiche di tale concetto<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> Parere 2/15, cit., par. 166.

<sup>91</sup> *Ibid.*, par. 148.

<sup>92</sup> Cfr., in particolare, le considerazioni esposte nell'ambito del par. 5.2. con

Non può sottacersi, tuttavia, che, ragionando in questi termini, si rischia di attribuire eccessiva importanza, ai fini della distinzione tra le sfere applicative delle competenze suscettibili di venire in rilievo, alla collocazione delle pattuizioni in esame, con il rischio di legittimare, in questo modo, indebite invasioni delle competenze degli Stati membri in virtù della mera circostanza che le relative clausole siano incluse in accordi di tipo commerciale.

Per tale ragione, sono particolarmente apprezzabili le precisazioni tese a delimitare espressamente il campo di applicazione della disciplina di cui ai capitoli in esame alle sole misure suscettibili di incidere sugli scambi commerciali<sup>93</sup>. È, peraltro, interessante osservare che l'Avvocato Generale Sharpston, nell'ambito delle già citate Conclusioni sull'accordo con Singapore, ha posto particolare enfasi sulla circostanza che talune pattuizioni mirassero ad instaurare norme minime in materia, rispettivamente, di protezione del lavoro e dell'ambiente a prescindere dai loro possibili effetti sugli scambi, concludendo che, proprio per tale ragione, "tali disposizioni esulano manifestamente dalla politica commerciale comune"<sup>94</sup>.

riferimento alla prima delle categorie di impegni oggetto di analisi, rappresentata da quelli recanti la riaffermazione dell'impegno delle parti a promuovere lo sviluppo del commercio internazionale in maniera tale da contribuire alla realizzazione dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile.

<sup>93</sup> In questi termini, cfr., per esempio, l'art. 13.2 dell'accordo con la Corea del Sud, il quale specifica che "il presente capo si applica, salva diversa indicazione, alle misure adottate o mantenute dalle parti aventi rilevanza per gli aspetti relativi al commercio delle questioni riguardanti il lavoro e l'ambiente nel contesto dell'articolo 13.1, paragrafi 1 e 2". In questa medesima ottica, si pensi alle precisazioni rinvenibili, per esempio, in relazione agli impegni in termini di riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra tese a circoscriverne l'ambito operativo alle sole misure suscettibili di incidere sugli scambi commerciali tra le parti connessi alla produzione di energia verde.

<sup>94</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston sull'accordo con Singapore, cit., par. 491. Diversamente, la Corte, al par. 153 del Parere 2/15, cit., ha escluso che il fatto che questi impegni "non riguardano soltanto gli scambi commerciali" fosse suscettibile di rimettere in discussione le finalità di stampo commerciale affermate sulla scorta delle considerazioni dianzi richiamate. Ciò, segnatamente, sul rilievo che "tenuto conto delle difficoltà di distinguere, ai fini del rispetto di tali impegni, tra i prodotti e i servizi costituenti l'oggetto degli scambi commerciali tra l'Unione e il suddetto Stato terzo e quelli non attinenti a tali scambi, la necessità di garantire in maniera efficace che gli impegni di cui sopra vengano rispettati nell'ambito degli scambi in questione giustifica che questi stessi impegni riguardino la totalità delle attività nei settori interessati".

Né sembrano idonei a dissipare le incertezze interpretative testé evidenziate i ragionamenti svolti dalla Corte nell'ambito del parere 2/15 al precipuo scopo di escludere l'intenzione delle parti di disciplinare, attraverso le pattuizioni in discorso, i livelli di protezione sociale e ambientale applicabili sul rispettivo territorio.

Più precisamente, la Corte è pervenuta, con specifico riferimento all'accordo con Singapore, a conclusioni di segno positivo sul punto in considerazione delle disposizioni ivi contenute volte *i*) a negare la sussistenza, in capo alle parti, di qualsiasi intento di armonizzazione delle rispettive norme in materia di lavoro o di ambiente e *ii*) a riaffermare il relativo diritto di stabilire i propri livelli di protezione. Tali considerazioni non sembrerebbero, tuttavia, tenere debitamente conto delle significative limitazioni al *right to regulate* delle parti derivanti dalle disposizioni qualificabili, secondo quanto evidenziato in precedenza, come *minimum level* e *high level clauses* e dell'operatività delle stesse – diversamente dalle *non regression clauses* – indipendentemente da qualsiasi valutazione in merito alla relativa potenziale incidenza sugli scambi<sup>95</sup>. Non può trascurarsi, infatti, che le pattuizioni aventi ad oggetto il mantenimento dei livelli di protezione attualmente vigenti presso gli ordinamenti delle parti recano puntuali e reiterate precisazioni volte a circoscriverne la portata alle ipotesi in cui l'indebolimento della tutela sociale o ambientale sia *i*) precipuamente finalizzato ad incoraggiare gli scambi e gli investimenti a proprio favore o, comunque, *ii*) suscettibile di incidere su tali aspetti<sup>96</sup>.

Tali statuizioni – facenti perno su considerazioni di carattere pratico incentrate sulle potenziali difficoltà a distinguere tra prodotti e servizi afferenti agli scambi tra le parti anziché ad altri – non sembrano, tuttavia, (a parere di chi scrive,) del tutto soddisfacenti ai fini che ci occupano, in quanto suscettibili di tradursi – consentendo di prescindere da qualsiasi analisi in merito alla potenziale incidenza sugli scambi delle misure considerate – in indebite invasioni di campo, da parte dell'Unione europea, fondate sul ricorso indiscriminato all'art. 207 TFUE quale base giuridica a discapito di più pertinenti competenze di tipo concorrente.

<sup>95</sup> G.M. DURAN, *Sustainable development chapters in EU free trade agreements: emerging compliance issues*, cit., pp. 1038 e ss.

<sup>96</sup> In questi termini, cfr., per esempio, l'art. 13.3 dell'accordo con il Vietnam, a mezzo del quale le parti *i*) “sottolineano che l'indebolimento dei livelli di protezione nei settori dell'ambiente e del lavoro nuoce agli obiettivi del presente capo” e *ii*) “che non è opportuno incoraggiare gli scambi e gli investimenti indebolendo i livelli di protezione accordati dal diritto interno in materia di ambiente o di lavoro”; *iii*) si impegnano a non rinunciare o derogare all'applicazione delle proprie disposizioni in materia di ambiente

Diversamente, né le disposizioni attraverso le quali le parti si impegnano a dare attuazione agli accordi multilaterali in materia di lavoro e di ambiente cui si siano vincolate, né quelle in forza delle quali si adoperano per incoraggiare livelli elevati di protezione interna e per migliorare costantemente le proprie politiche e disposizioni legislative nei settori in questione contengono puntualizzazioni in detti termini. Pare, dunque, impossibile escludere completamente, sulla scorta di un ragionamento *a contrario*, l'intenzione delle parti di disciplinare, attraverso dette clausole, i livelli di protezione interna applicabili in relazione ai settori in discorso a prescindere dall'incidenza di tale condotta sugli scambi commerciali, con conseguente dubbia riconducibilità delle stesse alla competenza esclusiva dell'Unione in materia di politica commerciale comune.

Vi sono, tuttavia e per altro verso, ragioni – di cui si darà conto subito in appresso – che depongono a favore di una conclusione difforme da quella testé ipotizzata.

Con specifico riferimento alle *minimum level clauses*, non può trascurarsi, segnatamente, l'esplicito nesso con gli scambi tra le parti desumibile dalle puntualizzazioni, nell'ambito delle disposizioni in cui tali pattuizioni si inseriscono, volte a riaffermare l'impegno *i*) a riconoscere l'occupazione piena e produttiva e un lavoro dignitoso per tutti “come elemento chiave dello sviluppo sostenibile” e “come obiettivo prioritario della cooperazione internazionale” e *ii*) a “promuovere lo sviluppo del commercio internazionale in modo che esso contribuisca all'occupazione piena e produttiva e a un lavoro dignitoso per tutti”<sup>97</sup>. In maniera ancor più esplicita, le disposizioni contenute negli accordi con il Vietnam e con il Giappone precisano che *i*) le parti riconoscono il loro impegno a promuovere lo sviluppo dei loro scambi bilaterali in una forma che contribuisca all'occupazione piena e produttiva e a garantire un lavoro

o di lavoro “in modo tale da incidere sugli scambi e sugli investimenti tra le parti” e *iv*) a non omettere di darvi applicazione “al fine di incoraggiare gli scambi e gli investimenti”; puntualizzano, infine, che *v*) “una parte non applica le proprie disposizioni legislative in materia di ambiente e di lavoro in una forma che costituisca una discriminazione arbitraria o ingiustificata tra le parti o una restrizione dissimulata agli scambi”. In termini analoghi si esprimono, altresì, gli artt. 12.2 dell'accordo con Singapore, 13.7 dell'accordo con la Corea del Sud e 16.2, par. 2 e 3 dell'accordo con il Giappone.

<sup>97</sup> Cfr. l'art. 13.4, par. 2 dell'accordo con la Corea del Sud. In termini analoghi si esprime anche l'art. 12.3, par. 2 dell'accordo con Singapore.

dignitoso per tutti e che *ii*) in tale contesto, le parti si consultano e cooperano, ove opportuno, sulle questioni di lavoro di reciproco interesse “attinenti al commercio”<sup>98</sup>.

Pur in mancanza di espliciti riferimenti agli scambi nell’ambito delle *minimum level clauses*, pare, dunque, difficile ipotizzare che gli impegni ivi sanciti vengano in rilievo a prescindere dall’incidenza della relativa violazione su detti aspetti. A sostegno di tale ipotesi interpretativa sembrerebbe deporre, peraltro, anche la specificazione in base alla quale la violazione dei principi e dei diritti fondamentali del lavoro non può essere invocata o altrimenti utilizzata quale vantaggio comparativo legittimo e che le norme in materia di lavoro non dovrebbero essere utilizzate per scopi di protezionismo commerciale<sup>99</sup>.

Più sfumate si rivelano, invece, per quel che concerne i profili in parola, le previsioni in materia di tutela ambientale. Le disposizioni di riferimento si limitano, infatti, a specificare che nessuna norma degli accordi considerati osta a che una parte adotti o mantenga in vigore misure volte a dare attuazione agli accordi multilaterali in materia ambientale di cui sia firmataria, a condizione che non siano applicate in un modo che costituisca una discriminazione arbitraria o ingiustificata o una restrizione dissimulata agli scambi<sup>100</sup>. Nessuna puntualizzazione viene offerta, invece – diversamente da quanto poc’anzi rilevato con riguardo alle clausole a tutela dei lavoratori – con riferimento all’ipotetica violazione degli impegni a dare efficace attuazione agli accordi multilaterali in materia di ambiente cui le parti si siano vincolate. Proprio la differenza ravvisabile, sotto questo profilo, rispetto alle clausole in materia di protezione dei lavoratori potrebbe indurre a ritenere che fosse precisa intenzione delle parti estendere la portata delle pattuizioni in parola al di là della relativa potenziale incidenza sugli scambi commerciali. In relazione a tali impegni non sembrerebbe, pertanto, possibile affermare con certezza la riferibilità alla competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune, se non valorizzandone *i*) la collocazione all’interno di accordi

<sup>98</sup> Cfr. l’art. 13.4, par. 1 dell’accordo con il Vietnam e l’art. 16.3 dell’accordo con il Giappone.

<sup>99</sup> Cfr. l’art. 13.4, par. 5 dell’accordo con il Vietnam e l’art. 12.3, par. 5, dell’accordo con Singapore.

<sup>100</sup> Cfr. gli artt. 12.6, par. 4 dell’accordo con Singapore, 13.5, par. 4 dell’accordo con il Vietnam e 16.4, par. 5 dell’accordo con il Giappone.

e di capitoli specificamente dedicati alla disciplina delle relazioni commerciali tra le parti, oppure *ii*) la portata precettiva fortemente limitata, quale circostanza suscettibile di far venir meno, secondo la costante e consolidata giurisprudenza della Corte, l'esigenza di fare riferimento a basi giuridiche diverse e ulteriori rispetto a quella (nel caso di specie, avente ad oggetto la politica commerciale comune) applicabile in relazione alle altre disposizioni dell'accordo<sup>101</sup>.

## 7. Conclusioni

La strategia commerciale UE richiamata nei precedenti paragrafi ha spinto l'Unione europea a cercare di rafforzare e approfondire le proprie relazioni economiche con l'Asia e ad estendere il piano della cooperazione a tematiche diverse e ulteriori rispetto a quelle comunemente regolate nell'ambito di accordi di libero scambio, nell'ottica di massimizzare l'integrazione tra i rispettivi mercati.

Ciò si è tradotto, come si è visto, nell'inclusione, all'interno degli accordi finora conclusi con Paesi appartenenti a tale area geografica, di appositi impegni (anche) in materia di sostenibilità dalla portata indubbiamente innovativa rispetto alla disciplina del commercio internazionale vigente a livello multilaterale.

La conclusione di detti accordi in modalità *EU-only* pone tuttavia, nella prospettiva del diritto UE, non trascurabili interrogativi in merito alla effettiva riconducibilità degli impegni che ne formano oggetto a competenze di cui l'Unione europea goda in maniera esclusiva; interrogativi rispetto ai quali, per quel che concerne le pattuizioni in materia di

<sup>101</sup> Occorre dare conto, al riguardo, della posizione negativa espressa, al riguardo, dall'Avvocato Generale Sharpston in relazione all'accordo commerciale con Singapore, la quale, in particolare, al par. 498, ha rigettato l'argomento della Commissione secondo cui l'art. 13.6, par. 2 (che impone di dare efficace attuazione agli accordi multilaterali in materia di ambiente di cui le parti siano firmatarie) possa reputarsi insuscettibile di comportare nuovi obblighi internazionali per i contraenti sul rilievo che se "è vero che detta disposizione si riferisce solo agli impegni multilaterali preesistenti delle Parti in materia di protezione dell'ambiente", tuttavia "essa ha l'effetto di integrare detti impegni nell'ALS/UE-S e di renderli quindi applicabili tra l'Unione europea e Singapore sulla base dell'ALS/UE-S", di talché la stessa "comporta manifestamente un nuovo obbligo per le Parti, la cui esecuzione può essere ottenuta in forza dell'ALS/UE-S".

sostenibilità, risulta particolarmente difficile (se non impossibile) fornire una risposta univoca.

All'esito della disamina appena svolta, si ritiene di poter concludere che se, per un verso, pare difficile negare – stante la sostanziale identità di contenuti – l'applicabilità dei ragionamenti svolti nell'ambito del parere 2/15 anche alle pattuizioni contenute negli accordi in questa sede analizzati diversi da quello concluso con Singapore (con conseguente plausibile riconducibilità delle stesse, in base ai parametri ricavabili da tale pronuncia, alla competenza di cui l'Unione europea gode a titolo esclusivo in materia di politica commerciale comune), non possono tuttavia trascurarsi, per altro verso, le molteplici criticità e zone d'ombra testé evidenziate, cui corrispondono significative incertezze interpretative in merito alla legittimità delle modalità attraverso le quali sono stati assunti gli impegni dianzi analizzati. Sembra, infatti, impossibile affermare con certezza che l'Unione europea – assumendo gli impegni in discorso – non abbia travalicato i limiti della propria competenza esterna esclusiva *a priori* in materia di politica commerciale comune a scapito di competenze che imponevano, invece, il coinvolgimento degli Stati membri.

Significative, in questa prospettiva, si rivelano le dianzi illustrate criticità ravvisabili in relazione agli impegni che, pur senza negare il *right to regulate* delle parti, postulino una (almeno tendenziale) armonizzazione degli standard di protezione accordati, con riguardo agli aspetti di volta in volta considerati, nell'ambito degli ordinamenti delle parti. Particolarmente marcate sono, in questa prospettiva, le perplessità ravvisabili con riferimento agli impegni in materia di commercio sostenibile contenuti nelle c.d. *minimum level* e *high level clauses*, in quanto indubbiamente suscettibili di incidere sulla disciplina dei livelli di protezione vigenti presso gli ordinamenti delle parti.

In relazione agli impegni testé richiamati, non pare, pertanto, sempre possibile affermare con certezza l'applicabilità, quale base giuridica, dell'art. 207 TFUE a scapito delle competenze – non necessariamente di natura esclusiva – specificamente concernenti i profili su cui si appunta l'attività di armonizzazione o di ravvicinamento di volta in volta considerata.

È prevedibile, quindi – a fronte del carattere vieppiù sfumato della distinzione tra le competenze suscettibili di venire in rilievo in relazione agli impegni di cui trattasi – che la Corte sia presto chiamata a pronun-

ciarsi in merito alla verifica della legittimità delle procedure seguite ai fini della relativa assunzione, con l'auspicio che ciò rappresenti l'occasione per fornire le precisazioni necessarie per dissipare i dubbi testé evidenziati.

Non può escludersi, d'altro canto, che la Corte risolva il concorso di basi giuridiche di cui trattasi a favore dell'art. 207 TFUE attribuendo portata dirimente, in applicazione della summenzionata teoria dell'assorbimento, alla collocazione delle pattuizioni di cui trattasi all'interno di un accordo di tipo commerciale e alla conseguente (ipotizzabile) "strumentalità" delle stesse rispetto alla facilitazione degli scambi tra le parti che, indubbiamente, ne rappresenta l'obiettivo principale, lasciando, così, irrisolti gli interrogativi dianzi descritti in merito alla puntuale delimitazione del perimetro di operatività delle competenze in discorso.

L'enfasi posta dalla Commissione, nell'ambito dei documenti di prassi citati in precedenza, sull'esigenza di assicurare la coerenza della politica commerciale UE con la promozione di standard sociali e ambientali elevati induce, tuttavia, a dubitare che le clausole riguardanti i temi della sostenibilità possano sempre assumersi come puramente accessorie rispetto alle disposizioni del medesimo accordo finalizzate all'agevolazione degli scambi. Si è visto, infatti, che nel contesto di tale strategia e secondo la nozione di sviluppo sostenibile fatta propria dagli strumenti in discorso gli obiettivi riguardanti la tutela dell'ambiente e dei lavoratori vengono concepiti come posti sullo stesso piano e da perseguirsi in maniera contestuale rispetto a quelli concernenti l'agevolazione degli scambi commerciali. In questa prospettiva, parrebbe, dunque, difficile configurare i profili in discorso come meramente ancillari e serventi rispetto a quelli di stampo più prettamente economico.

Se è vero, pertanto, che, astrattamente, anche l'azione funzionale alla realizzazione delle citate finalità ben potrebbe inquadarsi nella cornice della politica commerciale dell'Unione europea, non può, tuttavia, escludersi *a priori* che le pattuizioni contenute negli accordi di cui trattasi tese ad assicurare la realizzazione degli impegni in materia di sviluppo sostenibile rispondano a logiche che nulla hanno a che vedere con l'agevolazione degli scambi tra le parti. È possibile, quindi, che il perseguimento dei suddetti obiettivi sia considerato contestuale e parallelo rispetto alla finalità di agevolazione degli scambi commerciali, con conseguente ne-

cessità di fare ricorso, in via cumulativa, anche alle basi giuridiche fondanti l'azione UE in materia ambientale o sociale.

Vero è che, nell'ambito del parere 2/15, la Corte ha escluso l'esigenza di procedere in tal senso con riferimento alle clausole contenute nell'accordo commerciale con Singapore tese ad assicurare, in relazione all'ambiente, livelli minimi di tutela sul piano interno o a favorirne l'innalzamento pur in assenza di alcun collegamento tra la relativa operatività e gli effetti da ciò derivanti per gli scambi. Come si è argomentato in precedenza, tuttavia, tale impostazione appare condivisibile esclusivamente allorché – come nella fattispecie scrutinata in tale occasione dalla Corte – le clausole di tipo ambientale considerate rivestano, nell'economia dell'accordo, un'importanza meramente marginale oppure siano caratterizzate per la portata precettiva limitata. Pare, infatti, difficilmente sostenibile, diversamente, l'estensione a tali pattuizioni del ragionamento incentrato, ai fini dell'esclusione della necessità di far riferimento a basi giuridiche diverse da quella concernente la politica commerciale comune, sulla assenza di alcun intento di disciplinare i livelli di protezione interna applicabili in relazione al settore in discorso.

Non può trascurarsi, ad ogni modo, che, anche laddove la formulazione degli impegni considerati dovesse rivelarsi ostativa rispetto alla percorribilità di quest'ultima soluzione, la legittimità delle procedure seguite ai fini dell'assunzione degli impegni considerati possa farsi discendere dalla verifica della sussistenza dei presupposti per l'invocazione – in alternativa o in aggiunta all'art. 207 TFUE – di una competenza esterna di natura comunque esclusiva sulla scorta di una esplicita attribuzione in tal senso ovvero ai sensi dell'art. 3, par. 2, TFUE. Vale, infatti, la pena rammentare che, in base ai Trattati, l'eventuale erroneità della base giuridica indicata a fondamento dell'azione UE non è suscettibile di caducarne, di per sé, la legittimità, venendo in rilievo solo allorché riconducibile al vizio di violazione di forma sostanziali. In base all'art. 3, par. 2, TFUE (ed alla giurisprudenza di cui tale disposizione rappresenta la codificazione), la legittimità della conclusione degli accordi di cui trattasi in modalità *EU-only* dipenderà, quindi, dalla verifica, caso per caso, della sussistenza *a)* di una sovrapposizione sufficientemente ampia e significativa tra l'ambito di applicazione delle pattuizioni considerate e quello del diritto UE tale da denotare un rischio di incidenza o di alterazione della portata delle norme comuni vigenti o di prevedibile adozione; oppure

*b)* di un nesso di strumentalità (*rectius*, necessità) tra le misure pattizie prefigurate e gli obiettivi sanciti all'interno dei Trattati.

Dall'analisi appena svolta parrebbe, ad ogni modo, possibile ricavare qualche utile spunto di cui tenere conto in sede di negoziato degli accordi di nuova generazione non ancora conclusi. Particolarmente importante al fine di scongiurare (o, quanto meno, sfumare) i dubbi in merito alla sussistenza della competenza esclusiva *a priori* in materia di politica commerciale comune parrebbe doversi ritenere la specificazione, nella maniera più chiara e univoca possibile, degli obiettivi perseguiti attraverso le pattuizioni volta a volta rilevanti al fine *i)* di esplicitare al meglio il nesso di strumentalità rispetto all'agevolazione e alla facilitazione degli scambi, eventualmente anche attraverso puntualizzazioni volte a circoscrivere il campo di applicazione alle sole fattispecie in cui vengano in rilievo potenziali ostacoli per il commercio tra le parti, e *ii)* di escludere con ragionevole certezza che l'intento perseguito attenga precipuamente alla disciplina dei livelli di protezione accordati a livello interno in relazione agli aspetti di volta in volta considerati.

## ABSTRACT

*Sustainability – sustainable development – sustainable trade – non-trade issues  
new generation agreements – Asian partners – division of competences between  
the European Union and the Member States – common commercial policy  
protection of the environment and of workers – Opinion of the Court of Justice 2/15*

*Within the framework of its commercial strategy, the European Union places increasing emphasis on (both environmental and social) sustainability, as confirmed by the inclusion, within the most recently concluded free trade agreements (so-called new generation agreements), of specific commitments on sustainable development. The extension of cooperation to issues other than those that characterise traditional free trade agreements raises, however, from the perspective of EU law, significant questions regarding the existence, within the European Union, of the necessary competences and, in particular, the respect for the prerogatives of the Member States. This paper therefore aims to provide an analysis of the chapters of the agreements concluded, to date, with Asian partners dedicated to sustainable trade, with a view to ascertaining whether - as the Court of Justice pointed out in its Opinion 2/15 with specific reference to the treaty concluded with Singapore - it is possible (and, if so, under what conditions) to bring these commitments within the a priori exclusive competence that the European Union enjoys in matters of common commercial policy.*

# L'evoluzione in atto nell'Unione europea in tema di diligenza dovuta e responsabilità sociale delle imprese

CARLA GULOTTA

SOMMARIO: 1. Nota introduttiva. – 2. La proposta di direttiva sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: carattere innovativo e principali nodi irrisolti. – 2.1. L'introduzione di un regime di responsabilità civile. – 2.2. L'applicazione della direttiva nei confronti di società estere. – 3. La declinazione del concetto di diligenza dovuta nell'Unione europea e l'importanza dell'adesione al modello delineato nei Principi Guida delle Nazioni Unite. – 4. Dovuta diligenza come condizione di accesso al mercato: il regolamento contro la deforestazione e la proposta di bandire i prodotti realizzati attraverso il lavoro forzato. – 5. Considerazioni conclusive: il dovere di diligenza delle imprese come tassello centrale dell'articolato piano dell'Unione per la transizione a un'economia sostenibile.

## 1. *Nota introduttiva*

Unitamente all'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) e all'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), l'Unione europea è tra gli attori internazionali maggiormente impegnati nello sforzo di riconversione dell'attuale modello economico in un sistema capace di coniugare l'esercizio delle attività d'impresa, a livello nazionale e globale, con il rispetto dei diritti dell'uomo, delle esigenze di tutela ambientale e di adattamento e lotta al cambiamento climatico.

Chiave di volta dell'auspicata transizione è, per tutte e tre le citate Organizzazioni, la concezione secondo cui l'impresa deve farsi carico

dell'impatto che produce sulla società ovunque si estendano le sue attività<sup>1</sup>.

Il presente intervento si propone di esaminare le più recenti iniziative normative dell'Unione europea in materia di responsabilità sociale d'impresa focalizzandosi sul dovere di diligenza (diligenza dovuta o *due diligence*), strumento ideato allo scopo di indirizzare le imprese verso una linea di condotta corretta, concretizzandola in una serie di adempimenti articolati in una procedura il cui esperimento fornisce, insieme, la misura e la prova della responsabilità della condotta tenuta dall'impresa.

La declinazione della "dovuta diligenza" nella proposta di direttiva volta a introdurre al riguardo un generale obbligo per le imprese ai fini della sostenibilità sarà esaminata nel paragrafo seguente, mentre nel successivo verrà espresso l'auspicio che il testo definivo della direttiva recuperi una maggiore aderenza rispetto al modello elaborato dall'ONU per quanto attiene all'estensione soggettiva e oggettiva, nonché alla dimensione partecipativa del processo di *due diligence*. Nel quarto paragrafo sarà svolta qualche prima considerazione sul diverso approccio del recente regolamento contro la deforestazione e il degrado forestale e la proposta di regolamento sul lavoro forzato, dove la diligenza dovuta opera quale condizione abilitante l'immissione delle merci nel mercato interno. Le considerazioni conclusive si propongono di fare emergere come l'Unione europea stia cercando di declinare un proprio approccio alla responsabilità sociale delle imprese, nel quale gli obblighi giuridici di dovuta diligenza trovino sponda in un apparato amministrativo a livello nazionale e di Unione approntato allo scopo di sostenere le imprese nello sforzo di adempimento, e le possibili ricadute negative delle politiche di sostenibilità sui paesi del Sud Globale vengano compensate attraverso lo sviluppo di adeguate politiche di aiuto allo sviluppo e di sostegno agli investimenti.

<sup>1</sup> Il concetto risponde alla definizione di responsabilità sociale d'impresa espressa dalla Commissione dell'Unione europea nella comunicazione *Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese*, COM(2011) 681 def., Bruxelles, 25 ottobre 2011. Sull'evoluzione del concetto di responsabilità sociale d'impresa si vedano: M CASTELLANETA, F. VESSIA (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa tra diritto societario e diritto internazionale*, Napoli, 2019; A. DI PASCALE, *La responsabilità sociale dell'impresa nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2011; P. ACCONCI (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa in Europa*, ESI, 2009.

2. *La proposta di direttiva sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: carattere innovativo e principali nodi irrisolti*

Con la pubblicazione, il 3 febbraio 2022, della proposta di direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità<sup>2</sup>, la Commissione europea ha finalmente mantenuto quanto da tempo promesso, non prima, peraltro, di essere stata sollecitata a procedere in questo senso dal Parlamento europeo, che nel marzo 2021 aveva già elaborato un testo di direttiva e invitato la Commissione a farlo suo<sup>3</sup>.

Questa serie di eventi, unitamente al susseguirsi di iniziative normative assunte in diversi ordinamenti nazionali in materia di responsabilità delle società per violazioni dei diritti umani e danni all'ambiente al di fuori dei confini nazionali e di alcune importanti decisioni giudiziarie pronunciate sul tema, spiegano il livello di aspettativa elevato intorno alla proposta che, qualora venisse adottata senza cambiamenti significativi, costituirebbe l'atto normativo più avanzato nella materia, introducendo una responsabilità civile delle società per danni occorsi lungo la catena del valore.

L'attesa è resa particolarmente incerta per i fautori della responsabilità sociale delle imprese dalle posizioni fortemente differenziate delle istituzioni europee – Commissione, Parlamento europeo<sup>4</sup> e Consiglio<sup>5</sup> – attualmente impegnate nel faticoso negoziato che dovrebbe portare all'adozione dell'atto, e dalle notizie di pressioni esterne tese a depotenziarlo<sup>6</sup>.

Sebbene, dunque, sia prematuro proporsi di esprimere valutazioni definitive sulla disciplina proposta<sup>7</sup>, è interessante in questa fase mette-

<sup>2</sup> Proposta di direttiva sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la Direttiva 1937/2019/UE del 23 febbraio 2022, COM(2022)71 def.

<sup>3</sup> Cfr. la risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese.

<sup>4</sup> La posizione espressa in prima lettura dal Parlamento europeo il 1° giugno 2023 è reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>5</sup> L'orientamento generale del Consiglio del 30 novembre 2022 è reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>6</sup> Cfr. le dichiarazioni rese dal Segretario al Tesoro degli Stati Uniti, Janet Jellen, il 13 giugno 2023 durante una audizione davanti al Comitato per i servizi Parlamentari della Camera, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>7</sup> La notizia del raggiungimento di un accordo politico informale tra Parlamento e

re a fuoco quali elementi ne costituiscano il nucleo sostanziale – sicché il loro venir meno comporterebbe lo snaturamento dell'atto – e quali eventuali interventi modificativi potrebbero, al contrario, migliorarne in prospettiva l'efficacia.

### 2.1. *L'introduzione di un regime di responsabilità civile*

Muovendo dall'affermazione della Commissione secondo cui “la direttiva definirà una disciplina trasversale per promuovere il contributo delle società attive nel mercato unico al rispetto dei diritti umani e dell'ambiente nelle attività che svolgono e nelle catene del valore cui partecipano, individuando, prevenendo e attutendo gli impatti negativi sui diritti umani e gli impatti ambientali negativi che producono e assumendosene la responsabilità”<sup>8</sup>, ci soffermeremo sul regime di responsabilità civile che la proposta si propone di istituire e formuleremo qualche considerazione sulla sua capacità di produrre effetti lungo la catena del valore delle imprese, anche se costituite in Paesi terzi e di migliorare l'accesso ai mezzi di ricorso per i soggetti che abbiano subito gli impatti negativi della loro condotta<sup>9</sup>.

Sotto il primo profilo, va certamente accolta con favore la scelta attribuibile all'Unione – in quanto condivisa dalle tre istituzioni – di adottare l'istituto della diligenza dovuta come strumento preposto a consentire di ricondurre le violazioni di valori fondamentali per l'Unione, quali il rispetto dei diritti umani e la tutela ambientale, ovunque perpetrate – alle società che da tali violazioni traggano profitto economico operando nel mercato interno.

Si tratta dell'adesione a un modello elaborato delle Nazioni Unite nel 2008 e successivamente formalizzato nei Principi Guida del 2011<sup>10</sup>;

Consiglio il 14 dicembre 2023 non modifica questo stato di cose, considerato che il testo concordato non è stato diffuso e che lo stesso avrebbe dovuto essere approvato formalmente da ciascuna delle due istituzioni. L'accordo raggiunto è stato invece rimesso in discussione da alcuni Stati membri in sede di Comitato permanente dei rappresentanti presso l'Unione (Coreper) e ripresentato, con modifiche che riducono significativamente l'ambito soggettivo di applicazione della direttiva, il 15 marzo 2024: cfr. doc. ST-6145-2024-INIT.

<sup>8</sup> Così la Relazione che accompagna la proposta: cfr. COM(2022)71 def, cit., a p. 3.

<sup>9</sup> Anche questo rientra, infatti, negli scopi che la Relazione della Commissione attribuisce alla proposta direttiva: *ibidem*, p. 3, n. (4).

<sup>10</sup> Human Rights Council, *Report of the Special Representative (...) Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, UN doc. A/HRC/17/31 del 21 marzo 2011. Cfr. J.

recepito ed esteso, a opera delle Linee Guida dell'OCSE, dall'ambito dei diritti umani a tutti i settori nei quali l'attività d'impresa può produrre un impatto negativo sulla società<sup>11</sup>.

Il cuore dell'istituto della diligenza dovuta è costituito dalla proceduralizzazione della condotta dell'impresa: quest'ultima non potrà, infatti, affermare di avere tenuto una condotta responsabile qualora non abbia assolto agli adempimenti articolatamente descritti negli articoli da 4 a 11 della proposta (*a.* integrazione del dovere di diligenza nelle politiche della società, *b.* individuazione degli impatti negativi e potenziali, *c.* prevenzione, minimizzazione e arresto degli stessi, *d.* instaurazione e mantenimento di una procedura di reclamo, *e.* approntamento di un meccanismo di monitoraggio e *f.* di comunicazione dell'adempimento al dovere di diligenza).

In particolare, la mancata ottemperanza agli obblighi previsti dagli articoli 7 e 8, rispettivamente intestati alla "prevenzione degli impatti negativi potenziali" e all'"arresto degli impatti negativi effettivi" comporterà in capo alla società inadempiente l'insorgere della responsabilità per i danni che ne siano conseguiti (art. 22 della proposta di direttiva).

Secondo l'impostazione della Commissione e in linea con quanto previsto dagli strumenti internazionali sopra richiamati, l'esercizio della diligenza dovuta dovrà riguardare l'intera *catena del valore* dell'impresa. Questa ricomprende tutte le attività, a partire dall'ideazione del prodotto/servizio, sino allo smaltimento, prestate direttamente o "esplicate nei rapporti d'affari consolidati della società, a monte e a valle" (art. 3, lett. g). Si tratta di una definizione opportunamente molto ampia, il cui mantenimento nel testo definitivo della direttiva consentirebbe di coprire anche i rischi connessi all'innovazione tecnologica. Le imprese operanti nel campo delle nuove tecnologie, quali l'intelligenza artificiale o le neurotecnologie dovrebbero assicurare in via preventiva e già nella fase iniziale di ideazione e sviluppo del prodotto o servizio l'assenza di potenziali impatti negativi sui diritti fondamentali, incluso il diritto alla *privacy*<sup>12</sup>. Il

BONNITCHA, R. MCCORQUODALE, *The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, 28, 2017, pp. 899 e ss.

<sup>11</sup> OCDE, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing, 2023. Il documento è reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>12</sup> In dottrina, per prevenire che l'innovazione tecnologica possa essere gestita in

diritto dell'Unione si allineerebbe, in tal modo, a quanto recentemente previsto dall'OCSE, le cui Linee Guida dal giugno 2023 raccomandano l'estensione della procedura di due diligence “*with respect to actual and potential adverse impacts related to science, technology and innovation*”<sup>13</sup>, prevenendo un'esigenza di maggiore tutela della persona umana e dei suoi diritti che si profila come centrale anche nelle politiche dell'Unione europea sulla società dell'innovazione tecnologica e digitale<sup>14</sup>.

Nella definizione della catena del valore proposta dalla Commissione soltanto la limitazione della *due diligence* ai rapporti di affari “consolidati” appare criticabile, in quanto potrebbe indirizzare le imprese verso relazioni meno stabili con i fornitori, con conseguenze particolarmente gravi per le piccole attività imprenditoriali nei paesi in via di sviluppo, ma il fatto che sia il Parlamento europeo, sia il Consiglio abbiano soppeso questo requisito nelle rispettive posizioni comuni, induce a ritenerlo superato. Nell'orientamento generale del Consiglio, al concetto di catena del valore viene preferito quello di “catena di attività”, in buona parte coincidente con il primo, ma più limitato, in quanto escluderebbe l'obbligo per l'impresa di gestire i rischi legati allo smaltimento dei prodotti da parte dei consumatori e quelli attinenti alla distribuzione, trasporto, immagazzinaggio e smaltimento dei prodotti a duplice uso e delle armi, una volta che ne sia stata autorizzata l'esportazione. Considerata l'importanza della gestione del fine vita dei prodotti in una prospettiva di economia circolare, ci si augura che nel testo definitivo venga confermato il riferimento all'intera catena del valore.

La disposizione che racchiude gli aspetti più innovativi e delicati della proposta è senza dubbio l'art. 22. Innanzitutto, introducendo, con tale

modo tale da attentare a prerogative connaturate all'uomo si è ipotizzata l'opportunità di introdurre quali nuovi diritti umani “the right to cognitive liberty, the right to mental privacy, the right to mental integrity, and the right to psychological continuity”: cfr. M. IENCA, R. ANDORNO, *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*, *Life Sciences, Society and Policy*, 2017, 13:5, pp. 1 e ss.

<sup>13</sup> Linee Guida OCSE, cit., Paragrafo IX, 1.

<sup>14</sup> Si veda il primo capitolo della Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale, COM(2022) 28 final, Bruxelles, 26 gennaio 2022, p. 2, nonché l'approccio “*human centric*” adottato nella Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021) 206 final, Bruxelles, 21 aprile 2021.

norma, il regime della responsabilità civile, la Direttiva si presenta come innovativa anche rispetto ai settori nei quali una procedura di dovuta diligenza è già richiesta da tempo nell'Unione, vale a dire quelli del legno e dei minerali provenienti da zone di conflitto<sup>15</sup>.

I presupposti per l'insorgere della responsabilità sono individuati nella mancata ottemperanza agli obblighi imposti dagli articoli 7 e 8 della Proposta (art. 22, lett. a) e nell'impatto negativo realizzatosi in seguito a tale inadempienza, dal quale sia derivato un danno (art. 22, lett. b).

La proposta della Commissione prevede, tuttavia, una sorta di clausola di salvaguardia ("*safe haven*"): qualora la società abbia preso le misure adeguate a prevenire e minimizzare il rischio – se, cioè, ha attuato il piano operativo di prevenzione, ha ottenuto garanzie contrattuali sul rispetto del proprio codice di condotta nonché – se del caso – del piano operativo di prevenzione da parte dei partner commerciali *con cui intrattiene un rapporto d'affari diretto* e ha predisposto adeguate misure di verifica della conformità – *non sarà responsabile dei danni causati da un impatto negativo prodotto dalle attività di un partner indiretto con il quale intrattiene un rapporto di affari consolidato* a meno che non fosse irragionevole attendersi che l'intervento effettuato fosse idoneo a prevenire o minimizzare l'impatto negativo (art. 22, par. 2, comma 1).

La clausola si risolve, in definitiva, nel limitare la responsabilità della società a capo della catena del valore al primo livello della catena stessa (*first tier*) a condizione che essa abbia adempiuto a quanto previsto dai richiamati articoli 7 e 8 della proposta, potendo ragionevolmente ritenere quanto fatto come idoneo a prevenire il realizzarsi di impatti negativi. Così come formulata, la clausola sembra porsi in contrasto con l'obiettivo dichiarato di obbligare le società a gestire i rischi di violazione dei diritti umani e di danni all'ambiente lungo tutta la catena del valore, indipendentemente dal fatto che con il fornitore l'impresa intrattenga un rapporto contrattuale diretto o indiretto, secondo quanto emerge dalla lettura dell'art. 2 e dall'art. 3, lett. d), e), f) e g) della proposta.

È dunque auspicabile che il testo finale della direttiva recepisca la posizione espressa dal Parlamento europeo, che – riprendendo quasi let-

<sup>15</sup> Sull'esigenza di assicurare coerenza interna tra gli atti dell'Unione che sotto profili diversi impegnano la responsabilità sociale delle imprese si rimanda alle considerazioni svolte nel paragrafo seguente.

teralmente il modello delle Nazioni Unite<sup>16</sup> – interviene sui presupposti della responsabilità civile, prevedendo espressamente, nel primo paragrafo dell’art. 22, che il mancato esperimento della *due diligence* comporta la responsabilità civile per la società che abbia causato o contribuito a un impatto negativo poi sfociato in un danno<sup>17</sup>, e cancella, quindi, la clausola “*safe haven*” in quanto non più necessaria per escludere la responsabilità per danni che la società non abbia, quantomeno, contribuito a causare. Nell’Orientamento generale del Consiglio la clausola citata è soppressa e sostituita dall’introduzione degli elementi del dolo (intenzionalità) o della colpa per l’insorgere della responsabilità e dall’esclusione che possa trattarsi di responsabilità per fatto altrui<sup>18</sup>.

Le tre istituzioni sono invece concordi nell’affermare che la responsabilità introdotta dalla direttiva debba lasciare impregiudicata la responsabilità civile delle filiali della società e dei suoi partner diretti e indiretti (art. 22, par. 3), così come la responsabilità originata dalla violazione di altre norme di diritto nazionale o dell’Unione in materia di impatti negativi sui diritti umani e sull’ambiente (art. 22, par. 4)<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> La distinzione operata dai Principi Guida tra la situazione dell’impresa che causa o contribuisce a causare, o che è direttamente collegata a un impatto negativo sui diritti umani attraverso una relazione d’affari non fa espresso riferimento, tuttavia, al regime di responsabilità. A questo riguardo si è ritenuto in dottrina che la previsione di una “*strict liability for controlling companies with a due diligence defense*” potrebbe rivelarsi il regime più favorevole per i danneggiati, che non sarebbero gravati dall’onere della prova, a condizione che l’espletamento della procedura di *due diligence* non si risolva in un mero adempimento formale: in questo senso cfr. N. BUENO, C. BRIGHT, *Implementing Human Rights Due Diligence Through Corporate Civil Liability*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2020, 69, pp 789 e ss., a p. 818.

<sup>17</sup> Questo l’emendamento proposto dal Parlamento europeo all’art. 22, lett. b): “*as a result of this failure the company caused or contributed to an actual adverse impact that should have been identified, prioritised, prevented, mitigated, brought to an end, remediated or its extent minimised through the appropriate measures laid down in this Directive and led to damage*”.

<sup>18</sup> “Una società non può essere ritenuta responsabile se il danno è stato causato solo dai suoi partner commerciali nella sua catena di attività” (art. 22, par. 1, comma 2 dell’orientamento generale del Consiglio, cit., p. 109. Sulla natura della responsabilità, cfr. C. CARRASCO, *Instruments on human rights due diligence: genesis, evolution and future perspectives*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14(2), 2022, pp. 605 e ss., a p. 638.

<sup>19</sup> Il Parlamento europeo aggiunge un richiamo espreso anche alle norme sulla responsabilità solidale («*joint and several liability*»).

## 2.2. *L'applicazione della direttiva nei confronti di società estere*

Gli obiettivi perseguiti dall'Unione attraverso la proposta in esame non potrebbero essere raggiunti se non ammettendo una portata extraterritoriale della disciplina, intesa ad avere applicazione anche nei confronti di società costituite in Stati terzi, ma operative nell'Unione<sup>20</sup>.

Soltanto in questo modo, infatti, la direttiva potrebbe conseguire quell'effetto di parificazione delle condizioni di concorrenza nel mercato interno (*to level the playing field*) che giustifica il ricorso all'art. 114 del

<sup>20</sup> La realizzazione di tali obiettivi deve tener conto dei limiti del potere normativo statale per effetto del principio di sovranità. L'emanazione di una legge espressamente destinata a disciplinare fattispecie che si realizzino *compiutamente* al di fuori del territorio dello Stato e tra stranieri si pone, dal punto di vista del diritto internazionale, come un'indebita invasione della sfera di sovranità degli Stati nei quali le condotte in considerazione vengano, di volta in volta, a realizzarsi. Tuttavia, un'applicazione estensiva della giurisdizione prescrittiva statale (ovvero del potere legislativo dello Stato, in quanto distinto dal potere giudiziario e da quello esecutivo) è ammessa in presenza di elementi (oggettivi o soggettivi) di collegamento, quali il realizzarsi di parte della condotta o dei suoi effetti all'interno del territorio, ovvero il fatto che il soggetto agente o destinatario di protezione abbia la nazionalità dello Stato: si veda, per una completa esposizione di tale dottrina, l'ampio studio di N. BOSCHIERO, *L'extraterritorialità della futura direttiva europea sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, tra diritto internazionale pubblico e privato*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2023, 3, pp. 661 e ss., p. 667. L'affermazione, nell'articolo, di una portata extraterritoriale della disciplina, non si riferisce, dunque ad una "extraterritorialità pura" e, in quanto tale non ammessa dal diritto internazionale, ma alla capacità della direttiva di trovare applicazione nei confronti di soggetti esterni sulla base di criteri di collegamento della fattispecie con l'Unione che giustificano la pretesa di quest'ultima all'applicazione della propria disciplina. Per approfondire la letteratura internazionalistica in tema di applicazione extraterritoriale delle leggi interne, sviluppatasi soprattutto intorno alle pretese di applicazione extraterritoriale del diritto americano della concorrenza cfr., tra i molti: F. A. MANN, *The doctrine of Jurisdiction in International Law*, in *Recueil des Cours*, 1964-I, Vol. 111, pp. 1 e ss.; R. LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972, specie p. 65; L. FOCSANEANU, *L'instruction extra-territoriale des litiges économiques et la défense de la souveraineté des Etats*, in *Annuaire français*, 1981, pp. 628 e ss.; P. PICONE, *L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale*, in AA.VV., *Il fenomeno delle concentrazioni d'impresa nel diritto interno e internazionale*, Padova, 1989, pp. 81 e ss.; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Reflexions sur l'application «extra-territoriale» du droit communautaire*, in AA. VV., *Le droit international au service de la paix, de la justice e du développement – Mélanges Michel Virally*, Paris, 1991, pp. 281 e ss.; J. SCOTT, *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2014, pp. 87 e ss.

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) come base giuridica della proposta, insieme all'art. 50 dello stesso trattato.

La soluzione trovata a questo riguardo, al fine di consentire l'estensione degli obblighi a soggetti esterni, consiste nell'individuare come elemento di collegamento con l'ordinamento dell'Unione la produzione di una (rilevante) quota di fatturato all'interno del territorio degli Stati membri. Sebbene giustificata dal punto di vista del diritto internazionale, in quanto fondata su un elemento di forte legame territoriale con l'Unione<sup>21</sup>, tale soluzione non appare, tuttavia, soddisfacente ad assicurare l'effettività della disciplina, che è sfornita di adeguate norme accessorie di procedura civile internazionale. Questa lacuna, insieme alla mancata previsione dell'inversione dell'onere probatorio a carico delle società convenute, continuerà a rendere difficile per le vittime di violazioni rivolgersi ai giudici degli Stati membri per ottenere giustizia.

Mentre, infatti, l'opportuna norma di conflitto di cui all'art. 22, par. 5 della proposta, attribuendo natura di "norma di applicazione necessaria" alle disposizioni nazionali che introdurranno la nuova fattispecie di responsabilità civile, ne determinerà l'applicazione anche qualora la legge applicata non sia quella di uno Stato membro, mancano nella direttiva nuovi criteri di giurisdizione internazionale che consentano alle vittime di incardinare le azioni di accertamento di tale responsabilità e risarcitorie davanti al giudice europeo.

I giudici degli Stati membri potranno essere aditi soltanto in base ai criteri di giurisdizione di cui al regolamento Bruxelles I *bis*, ma né il criterio generale del domicilio del convenuto *ex art. 4, par. 1* (per definizione inapplicabile a società con sede all'estero), né il criterio speciale del luogo del danno in materia di risarcimento da fatto illecito, di cui all'art. 7, par. 2, la cui attivazione è pure condizionata alla domiciliazione del convenuto in uno degli Stati membri dell'Unione, possono fondare la competenza del giudice europeo nei confronti di società stabilite all'estero.

Nei confronti delle società domiciliate all'esterno dell'Unione la determinazione dell'organo giurisdizionale è rimessa, in base all'art. 6, par. 1,

<sup>21</sup> L'idoneità del fatturato generato nell'Unione a fondare il potere normativo di questa in quanto elemento di collegamento territoriale, cui si aggiunge l'ulteriore elemento territoriale del domicilio del mandatario di cui all'art. 16 della direttiva (v. *infra*, par. 2.3) è affermata da N. BOSCHIERO, *L'extraterritorialità della futura direttiva europea*, cit., p. 669.

del citato regolamento, ai criteri di competenza dei singoli Stati membri, che possono variare e che, quindi, non assicurano uniformità di soluzioni.

Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, la norma di diritto processuale internazionale (art. 3, comma 2, L. 31 maggio 1995, n. 218) riconduce nuovamente, tra gli altri, ai criteri speciali di giurisdizione del regolamento Bruxelles I *bis*, dichiarati applicabili "anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione". Ma anche così, il criterio speciale del luogo del danno, se pure interpretato estensivamente come riferibile al luogo ove è stata posta in essere l'azione – ovvero decisa la politica aziendale – da cui il danno stesso è derivato, necessiterebbe, per attribuire competenza al giudice europeo, di localizzare tale centro direzionale all'interno dell'Unione<sup>22</sup>.

Questo risultato potrebbe essere raggiunto, con l'effetto di garantire il controllo giudiziale del rispetto della direttiva da parte dei giudici degli Stati membri, qualora alle società straniere rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva venisse richiesto di nominare, in luogo del mandatario che, in base all'art. 16 della proposta, dovrà essere designato perché collabori con le autorità di controllo nazionali<sup>23</sup>, un procuratore munito del potere di rappresentanza processuale con riferimento all'esecuzione degli obblighi di diligenza dovuta ai fini di sostenibilità. Una simile scelta da parte del legislatore dell'Unione, esercitando una forte pressione per l'introduzione di procedure di diligenza dovuta presso le società non europee interessate ad accedere al mercato interno, contribuirebbe in modo significativo alla diffusione di un modello di gestione responsabile dell'attività di impresa sul mercato globale.

### *2.3. Il meccanismo applicativo: non solo responsabilità civile*

L'efficacia della disciplina, peraltro, non è affidata soltanto al ricorso all'autorità giudiziaria. La proposta di direttiva prefigura un apparato applicativo che si articola in procedure di reclamo a livello di impresa;

<sup>22</sup> Cfr. A. BONFANTI, *Catene globali del valore, diritti umani e ambiente, nella prospettiva del diritto internazionale privato: verso una direttiva europea sull'obbligo di diligenza delle imprese in materia di sostenibilità*, in *JUS*, 2022, 3, pp. 295 e ss., p. 323.

<sup>23</sup> Si rimanda, al riguardo, al paragrafo seguente.

misure di accompagnamento volte ad assistere le imprese nell'adempimento dei nuovi obblighi di diligenza dovuta (creazione di piattaforme informative e regimi settoriali o multi-partecipativi; sostegno anche finanziario alle PMI), ma soprattutto una rete di autorità di controllo che i singoli Stati membri saranno chiamati a istituire e alle quali potranno essere presentate da chiunque abbia motivo di temere violazioni della direttiva delle "segnalazioni circostanziate" (art. 19 della proposta).

Proprio nei criteri indicati dalla proposta per individuare l'autorità di controllo competente (si tratta di un meccanismo a cascata che attribuisce competenza, in primo luogo, all'autorità del Paese ove l'impresa ha una succursale nell'Unione e, in mancanza di questa o qualora siano presenti succursali in più di uno Stato membro, all'autorità dello Stato membro in cui la società ha prodotto il maggiore fatturato), la dottrina ha ravvisato un possibile modello per una norma di procedura civile internazionale che potrebbe, auspicabilmente, essere introdotta nel testo definitivo della direttiva<sup>24</sup>.

Il ventaglio di strumenti applicativi proposti presenta alcuni profili di particolare interesse per carattere innovativo (il sistema delle segnalazioni circostanziate alle autorità di controllo) e, allo stesso tempo, per la conferma di uno schema già utilizzato in anni recenti, che vede attribuirsi alla Commissione un ruolo attivo nel supportare le imprese ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione.

Per quanto attiene al primo aspetto, la proposta prevede l'istituzione negli Stati membri di autorità pubbliche dotate di poteri ispettivi – le autorità di controllo – incaricate di vigilare sull'attuazione degli obblighi di diligenza dovuta e sull'adozione del piano di adattamento climatico aziendale di cui all'art. 15. A queste autorità qualsiasi persona fisica o giuridica potrà proporre una segnalazione circostanziata per denunciare casi di violazione, sollecitando l'avvio di un procedimento ispettivo che potrà condurre all'ordine di cessazione della condotta o a quello di attuare comportamenti correttivi, all'adozione di misure provvisorie e di sanzioni pecuniarie, queste ultime, se necessario, ad opera dell'autorità giudiziaria competente<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. G. CARELLA, *La responsabilità civile dell'impresa transnazionale per violazioni ambientali e di diritti umani: il contributo della proposta di direttiva sulla due diligence societaria a fini di sostenibilità*, in *Freedom, Security & Justice: European legal Studies*, 2022, 2, pp. 10 e ss., a p. 33.

<sup>25</sup> Cfr. l'art. 18, parr. 5 e 6 della proposta.

Per poter operare nei confronti delle società extraeuropee, il sistema delle autorità di controllo richiede la presenza nell'Unione di un interlocutore imprenditoriale che assicuri la validità formale delle procedure, ciò in quanto il collegamento con l'Unione potrebbe limitarsi alla sola vendita di prodotti o servizi nel mercato interno (unico presupposto necessario per generare le soglie di fatturato nell'Unione al cui raggiungimento l'art. 3, par. 2 della proposta condiziona l'applicazione della direttiva a società costituite secondo la normativa di un Paese terzo). È dunque necessaria la collaborazione delle società straniere<sup>26</sup>, alle quali l'art. 16 della proposta richiede, perciò, di nominare un proprio mandatario all'interno del territorio degli Stati membri. Dalla lettura congiunta di questa disposizione e della definizione contenuta nell'art. 3, lett. k), tale mandatario sembra doversi intendere come privo di rappresentanza e, quindi, un professionista incaricato dalla società di agire per suo conto, ma non in suo nome. Le eventuali sanzioni pecuniarie che dovessero essere comminate in caso di violazioni, commisurate, secondo l'art. 20, al fatturato della società, potranno essere notificate al mandatario, ma dovranno avere esecuzione nei confronti della società estera, così come nei confronti di questa dovrà essere intentata un'eventuale azione risarcitoria a norma dell'art. 22.

Un secondo profilo interessante dell'apparato applicativo prefigurato per assicurare l'efficacia della direttiva attiene al ruolo attribuito alla Commissione. A questa è rimesso il compito di agevolare e assistere le imprese nell'adempimento dei nuovi obblighi imposti dalla direttiva. La Commissione dovrà adottare, a tal fine, atti delegati che illustrino alle imprese a cui non si applichi la disciplina sulla rendicontazione di sostenibilità, come adempiere agli obblighi di comunicazione sul procedimento

<sup>26</sup> Non è stato possibile, per la Commissione, ricorrere in questo caso, come già nella direttiva sui Comitati aziendali europei, alla "teoria dell'ostaggio", per assicurare l'adempimento. Tale teoria, sviluppata nell'ambito del diritto della concorrenza, consente di riportare all'interno del territorio l'obbligo di adempimento in capo ad un soggetto residente o domiciliato in uno Stato terzo, al fine di renderlo esigibile. Nel caso della direttiva sui comitati aziendali europei la presenza di almeno due stabilimenti nell'Unione è un presupposto necessario all'applicazione della disciplina, ciò che consente di spostare l'obbligo di adempimento in capo "alla direzione dello stabilimento o dell'impresa del gruppo che impiega il maggior numero di lavoratori in uno Stato membro" qualora la direzione centrale dell'impresa si trovi in uno Stato terzo e non abbia provveduto alla nomina di un proprio rappresentante.

di diligenza dovuta prescritti dalla nuova direttiva (art. 11); orientamenti contenenti modelli di clausole di sostenibilità da inserire nei contratti con i fornitori (art. 12); orientamenti su come gestire specifici rischi di impatto negativo o esercitare la diligenza dovuta in particolari settori (art.13). La Commissione potrà, inoltre, integrare le misure di sostegno alle imprese fornite dagli Stati membri, con un'apertura, estesa anche ai Paesi terzi, verso iniziative multipartecipative e settoriali (art. 14). L'attribuzione alla Commissione di un ruolo di supporto attivo alle imprese a fronte di un aggravamento degli oneri posti in capo alle stesse dalla normativa dell'Unione corrisponde a un approccio già sperimentato in occasione della modifica della normativa *antidumping*, che vede ora la Commissione impegnata non soltanto nel controllo del rispetto delle norme da parte delle imprese, ma parte attiva nella predisposizione di rapporti sulle condizioni dei mercati esteri che le società europee possono utilizzare per provare l'esistenza di condotte anticoncorrenziali ad opera di concorrenti stranieri. Questo modello di collaborazione dell'istituzione europea con il mondo imprenditoriale appare ulteriormente rafforzato nel recente regolamento contro la deforestazione, nell'ambito del quale la Commissione, oltre a rivestire il tradizionale ruolo di garante, insieme alle istituende autorità nazionali, dell'applicazione delle norme, viene ad assumere anche quello di facilitatore dell'adempimento, attraverso la predisposizione di appositi strumenti applicativi (quali il sistema di valutazione comparativa dei Paesi di provenienza delle materie prime) e tecnologici (il sistema di informazione sulle dichiarazioni di dovuta diligenza e l'interfaccia elettronica attraverso cui lo stesso sarà posto in comunicazione con l'ambiente europeo delle dogane), in un nuovo rapporto di gestione partecipata pubblico-privata della crescente complessità delle attività economiche.

3. *La necessità di convergenza tra la proposta sul dovere di diligenza a fini di sostenibilità e la procedura di due diligence delineata nei Principi Guida delle Nazioni Unite*

La mancanza di un completo allineamento tra la proposta di direttiva sul dovere di diligenza a fini sostenibilità e il modello ispiratore, costituito dai Principi Guida delle Nazioni Unite (UNGP), rischia di impedire

che la futura disciplina dell'Unione possa aspirare a fungere, a sua volta, da modello per il recepimento dello schema dell'ONU negli ordinamenti regionali o nazionali a livello globale<sup>27</sup>.

Il primo e più rilevante punto di divergenza attiene alla previsione di una soglia dimensionale al di sotto della quale gli obblighi introdotti dalla direttiva non sarebbero applicabili<sup>28</sup>.

Gli UNGP richiedono un'applicazione generalizzata dell'impianto concettuale della *due diligence*, riferito a ogni impresa in quanto ogni impresa, indipendentemente dalle dimensioni, è oggi in grado di operare sui mercati internazionali ed è perciò esposta al rischio di causare o contribuire a violazioni dei diritti umani e danni all'ambiente. Nella prospettiva delle Nazioni Unite la dimensione e la struttura societaria e organizzativa dell'impresa, così come il settore e il contesto in cui opera, possono essere presi in considerazione, insieme alla gravità degli impatti negativi che essa rischia di produrre, soltanto al fine di determinare l'entità e la complessità dei mezzi che l'impresa stessa dovrà destinare all'adempimento del dovere di diligenza, con esclusione di ogni effetto esonerativo<sup>29</sup>.

L'ambito soggettivo di applicazione della proposta di direttiva, al

<sup>27</sup> Nel 2014 è stato avviato nell'ambito del gruppo di lavoro intergovernativo su imprese e diritti umani – OEIGWG delle Nazioni Unite un negoziato per la stipulazione di un trattato in materia di impresa e diritti umani che riprende il concetto di *due diligence* degli UNGP. La terza versione rivista del testo negoziale, pubblicata nel luglio 2023, è reperibile sulla rete interconnessa. Un'analisi comparata della bozza di trattato e della proposta di direttiva sul dovere di diligenza delle imprese è svolta da: N. BERNAZ, M. KRAJEWSKI, K. MOHAMADIEH, V. ROUAS, *The UN Legally Binding Instrument and the EU proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>28</sup> Nella proposta della Commissione, i nuovi obblighi verrebbero a interessare società a responsabilità limitata con un numero di dipendenti superiore a 500 e un fatturato netto a livello mondiale nell'ultimo esercizio di bilancio superiore a 150 milioni di euro; in alcuni settori ritenuti a rischio elevato di impatto negativo (tessile, agroalimentare ed estrattivo) le soglie verrebbero ridotte a 250 dipendenti e a 40 milioni di euro di fatturato a livello mondiale, di cui almeno il 50% generato in uno di tali settori. Per le società costituite in Stati terzi è invece previsto il solo requisito di fatturato (150 milioni di fatturato netto generato nell'Unione), oppure 40 milioni (ma non più di 150) generati dell'Unione se più del 50% del fatturato netto a livello mondiale si riferisce a uno dei settori ad alto rischio.

<sup>29</sup> Si vedano, in particolare, il principio 14 dei Principi Guida e il relativo commento.

contrario, è limitato alle società che soddisfano una duplice soglia dimensionale, determinata con riferimento al numero dei dipendenti e al fatturato o, qualora si tratti di società straniere, soltanto a quest'ultimo<sup>30</sup>. Sebbene la maggiore esposizione al rischio riduca tali soglie, rimangono comunque escluse dall'applicazione della disciplina società di dimensioni ancora considerevoli e certamente in grado di produrre impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente<sup>31</sup>. Il divario rispetto all'applicazione universale della *due diligence* affermata dall'ONU si aggraverebbe qualora dovesse prevalere la posizione espressa nell'orientamento generale del Consiglio, secondo cui l'applicazione degli obblighi di diligenza, condizionata al superamento delle soglie per due esercizi consecutivi, verrebbe spostata a tre anni dall'entrata in vigore della direttiva e riguarderebbe, per il primo anno, soltanto le imprese europee con più di 1000 dipendenti e 300 milioni di fatturato netto a livello mondiale e quelle costituite in Stati terzi che abbiano generato più di 300 milioni di fatturato nell'Unione, mentre solo a partire dal quarto anno dall'entrata in vigore si estenderebbe alle imprese con più di 500 dipendenti e 150 milioni di fatturato e, dal quinto, a quelle operanti in settori a rischio che impieghino più di 250 dipendenti e presentino un fatturato di 40 milioni di euro. Tali soglie sono state notevolmente elevate nell'ultima posizione adottata dal Consiglio nel marzo 2024, partendo dall'applicazione a tre anni dall'entrata in vigore alle imprese con più di 5000 dipendenti nell'Unione e un fatturato a livello globale superiore a un miliardo e mezzo di euro<sup>32</sup>.

Un'ulteriore restrizione dell'ambito soggettivo di applicazione della proposta, in contrasto con gli UNGP, conseguirebbe alla limitazione degli obblighi di diligenza per le imprese del settore finanziario, tenute, in base al testo della Commissione, a esperire il controllo degli impatti sol-

<sup>30</sup> L'opportunità di richiedere cumulativamente il superamento delle due soglie è criticata da M. Fasciglione, che suggerisce, quanto meno, di prevederne la rilevanza in via alternativa: M. FASCIGLIONE, *Luci ed ombre della proposta di direttiva europea sull'obbligo di due diligence d'impresa in materia di diritti umani e ambiente*, in SIDIBlog, 26 maggio 2022.

<sup>31</sup> Si veda la nota precedente.

<sup>32</sup> Si veda il combinato disposto degli articoli 2 e 30 della proposta come emendata dal Consiglio, cit. *supra*, alla nota 5 e il nuovo testo di questi articoli nella versione del 15 marzo 2024, cit. nella nota 7..

tanto nei confronti dei clienti (diretti) ai quali forniscono i propri servizi finanziari, sempre che non si tratti di PMI (art. 3, lett. g). Nell'intenzione del Consiglio, la scelta circa l'applicazione della *due diligence* nel settore finanziario andrebbe rimessa alla discrezionalità di ciascuno Stato membro<sup>33</sup>.

Venendo alla conduzione del processo di *due diligence*, lo scollamento rispetto al modello onusiano riguarda innanzitutto il coinvolgimento delle diverse componenti della società che possono essere interessate dagli impatti negativi dell'attività d'impresa (i cosiddetti *stakeholder*). Da elemento centrale nel modello internazionale<sup>34</sup>, il contributo delle parti interessate diviene meramente eventuale nella proposta della Commissione<sup>35</sup>, che sembra qui sconfessare anche la tradizione di forte attenzione dell'ordinamento europeo per la partecipazione dei lavoratori nell'impresa – i cui rappresentanti costituiscono il primo degli *stakeholder*. In passato, tale attenzione si è concretizzata nelle direttive sui comitati aziendali europei (CAE), cui può ricondursi l'integrazione, nel modello di relazioni industriali dell'Unione, della preventiva informazione e consultazione dei dipendenti in relazione alle scelte gestionali idonee a impattare in modo significativo sugli interessi di questa componente dell'impresa<sup>36</sup>.

Non a caso, la valorizzazione dell'esperienza dei CAE caratterizzava la trasposizione nell'Unione del procedimento di *due diligence* elaborata

<sup>33</sup> Si veda il Considerando n. 70, come emendato nell'orientamento generale del Consiglio. Contro la limitazione dell'applicazione della direttiva nei confronti del settore finanziario si veda lo Statement del Gruppo di lavoro delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani Financial Sector and the European Union Corporate Sustainability Due Diligence Directive, del 12 luglio 2023, reperibile sulla rete interconnessa. (si consiglia all'autore di specificare ulteriormente gli estremi)

<sup>34</sup> Nell'ultima edizione delle Linee Guida, l'OCSE sottolinea come il coinvolgimento delle parti interessate costituisca parte integrante della *due diligence*: Cfr. la raccomandazione n. 15 delle General Policies.

<sup>35</sup> L'art. 6, par. 4 della proposta prevede che la società consulti "i gruppi potenzialmente interessati, fra cui i lavoratori e altri portatori di interessi" soltanto "(l) addove utile".

<sup>36</sup> Direttiva n. 2009/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 maggio 2009 riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie. In argomento: C. GULOTTA, *La partecipazione nell'impresa nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 2018, pp. 157 e ss.

dal Parlamento europeo nel marzo 2021<sup>37</sup> e, qualora fosse stata recepita dalla Commissione, avrebbe contribuito a indirizzare l'Unione verso la transizione dal modello economico attuale al "capitalismo degli *stakeholder*" auspicato da John Ruggie nei suoi ultimi scritti<sup>38</sup>.

Da ultimo, la prospettiva restrittiva adottata nell'identificazione dei diritti umani e delle norme internazionali sulla protezione ambientale la cui violazione integra gli impatti negativi che la direttiva si propone di evitare, allontana ulteriormente la proposta dagli UNGP e dalle Linee Guida dell'OCSE. Per i primi, infatti, le modalità di potenziale impatto negativo dell'attività d'impresa sui diritti umani non sono determinabili a priori in modo tassativo<sup>39</sup>, mentre le seconde adottano un approccio estensivo in materia di prevenzione e gestione dei rischi ambientali e climatici<sup>40</sup>. Con riferimento a questi ultimi, in particolare, la proposta di direttiva appare gravemente lacunosa, prevedendo soltanto l'adozione di un piano nel quale le imprese garantiscano la compatibilità della strategia aziendale con la transazione a un'economia sostenibile e con l'obiettivo di riduzione del riscaldamento globale, mentre la possibile estensione della procedura di *due diligence* ai rischi climatici è rimessa alla Commissione che se ne dovrà occupare sette anni dopo l'entrata in vigore della direttiva (art. 15 e art. 29, lett. d) della proposta).

<sup>37</sup> Cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021, cit. La proposta adottava una definizione molto estesa di parti interessate, ma ne identificava il nucleo centrale nel rapporto interno all'impresa tra direzione e rappresentanti dei lavoratori, e più in generale tra impresa e forze sindacali. In questa prospettiva venivano valorizzati i progressi realizzati in materia di diritti di informazione e consultazione a partire dagli anni Novanta del secolo scorso e sfociati in una disciplina quadro comune e nella direttiva sui comitati aziendali europei.

<sup>38</sup> J.G. RUGGIE, C. REES, R. DAVIS, *Making "Stakeholder Capitalism" Work: Contributions from Business & Human Rights*, in *Harvard Kennedy School Faculty Research Working Paper Series*, 2020, pp. 1 e ss.

<sup>39</sup> Cfr., per un commento critico: A. BONFANTI, *Catene Globali del valore, diritti umani e ambiente, nella prospettiva del diritto internazionale privato*, cit., a pp. 303 e ss.

<sup>40</sup> Cfr. il Capitolo VI delle Linee Guida, intitolato all'ambiente. Per una critica dell'approccio restrittivo adottato dalla direttiva circa la prevenzione dei danni ambientali e climatici, si rinvia a G. CARELLA, *La responsabilità civile dell'impresa transnazionale per violazioni ambientali e di diritti umani*, cit., pp. 28-31.

4. *Dovuta diligenza come condizione di accesso al mercato: il regolamento contro la deforestazione e la proposta di bandire i prodotti realizzati attraverso il lavoro forzato*

L'articolato quadro regolatorio dell'Unione – già perfezionato o *in fieri* – sulla condotta richiesta alle imprese per prevenire o minimizzare l'impatto negativo dell'attività economica su diritti umani e ambiente evidenzia come, allo stato, il concetto di diligenza dovuta sia declinato in modo differente a seconda dei settori interessati e, all'interno di questi, della stessa collocazione dell'impresa lungo la linea di produzione/distribuzione. La coerenza tra i diversi interventi normativi costituisce un presupposto per l'effettività del quadro regolatorio nel suo complesso e un aspetto importante per non gravare le imprese dei rischi e dei costi derivanti dalla mancanza di certezza delle regole. L'identificazione di discrasie e incoerenze e il superamento delle stesse, in fase di adozione delle norme o quantomeno in via interpretativa, appare quindi particolarmente rilevante.

Tralasciando il regolamento sui prodotti del settore legno, che per primo, nel 2010, ha introdotto nell'ordinamento europeo obblighi di *due diligence*<sup>41</sup>, il regolamento del 2017 sui minerali da zone di conflitto<sup>42</sup> prevede obblighi per gli importatori dell'Unione riferiti alla catena di approvvigionamento, assistiti dall'obbligo di conservare la documentazione che attesti la conformità agli stessi, inclusi i risultati di *audit* (obbligatori) svolti da soggetti terzi indipendenti (art. 3, par. 1, regolamento minerali). Il modello recepito è sempre quello delineato dalle Linee Guida dell'OCSE sul dovere di diligenza e – conformemente all'indicazione degli UNGP, prima ancora che dell'OCSE – attribuisce rilievo alla consultazione dei soggetti interessati dall'attività dell'impresa (*stakeholder*), rendendola obbligatoria (art. 5, par. 2, regolamento minerali). Si profila

<sup>41</sup> Regolamento n. 995/2010/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, che stabilisce gli obblighi degli operatori che commercializzano legno e prodotti da esso derivati, 12 novembre 2010, p. 23-34. Il regolamento è destinato ad essere sostituito dal recente regolamento n. 2023/1115/UE, del maggio 2023, cit. *infra*.

<sup>42</sup> Regolamento n. 821/2017/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, che stabilisce obblighi in materia di dovere di diligenza nella catena di approvvigionamento per gli importatori dell'Unione di stagno, tantalio e tungsteno, dei loro minerali, e di oro, originari di zone di conflitto o ad alto rischio.

a questo riguardo un disallineamento con la proposta sulla *due diligence* ai fini di sostenibilità (per cui tale consultazione è solo eventuale) che rafforza l'auspicio già espresso circa l'opportunità che l'obbligatorietà della consultazione sia prevista per tutte le parti interessate.

Senza poter in questa sede procedere a un'analisi complessiva del recente regolamento sulla deforestazione<sup>43</sup>, si osserva che anche in questo caso la diligenza dovuta è definita avendo riguardo alla posizione di operatori commerciali che immettano materie prime o prodotti “a rischio deforestazione” sul mercato interno. Sull'assunto che possano essere il risultato di operazioni di deforestazione, il regolamento introduce per chi importa nell'Unione o esporta alcune materie prime – bovini, cacao, caffè, palma da olio, gomma, soia e legno – e i prodotti derivati di cui ad un apposito allegato, l'obbligo di istituire e attuare dei *sistemi di dovuta diligenza*<sup>44</sup>. L'espressione viene riferita a un complesso di obblighi di informazione, valutazione del rischio e misure di attenuazione del rischio, integrati da obblighi di comunicazione<sup>45</sup>. L'attenzione si focalizza sulla raccolta di informazioni e documenti comprovanti *l'origine geografica*

<sup>43</sup> Regolamento n. 1115/2023/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2023, relativo alla messa a disposizione sul mercato dell'Unione e all'esportazione dall'Unione di determinate materie prime e determinati prodotti associati alla deforestazione e al degrado forestale e che abroga il regolamento n. 995/2010/UE.

<sup>44</sup> L'art. 3 del Regolamento prevede il divieto di immettere, mettere a disposizione nel mercato interno o esportare materie prime e prodotti che non siano “a deforestazione zero”; che non siano stati prodotti “nel rispetto della legislazione pertinente del paese di produzione” e che non siano oggetto di una dichiarazione di dovuta diligenza. Il regolamento differenzia gli obblighi a carico degli operatori (chi immette per la prima volta il prodotto nel mercato interno) e dei commercianti, alleggerendo gli oneri per l'adempimento a carico per le piccole e medie imprese-PMI. In particolare, il commerciante che non sia una PMI è equiparato all'operatore e ne condivide gli obblighi, mentre se si tratta di una PMI gli obblighi si riducono a quelli informativi (con esclusione dell'obbligo di effettuare la *due diligence* (artt. 4 e 5 del Regolamento).

<sup>45</sup> Si veda il considerando n. 49 del regolamento, che a seguito dell'emendamento proposto dal Parlamento europeo nella sua posizione in I lettura del 19 aprile 2023 fa ora riferimento anche alla comunicazione. Ai sensi dell'art. 8, la diligenza dovuta va esperita prima dell'immissione sul mercato e riguarda tutti i prodotti interessati forniti da ciascun fornitore. Più specificamente comprende: a) la raccolta delle informazioni, dati e documenti necessari per adempiere agli obblighi di cui all'art. 9; b) le misure di valutazione del rischio di cui all'art. 10; c) le misure di attenuazione del rischio di cui all'art. 11.

delle materie prime e dei prodotti interessati e fa ampio affidamento sulla collaborazione della Commissione, la quale, classificando i Paesi di provenienza in base al rischio di deforestazione, consentirà agli operatori economici di assolvere ai propri obblighi facendo riferimento alle sue conclusioni. Qualora, infatti, l'origine della materia/prodotto interessato sia situata in un Paese a basso rischio, la procedura di diligenza dovuta potrà avvenire in forma semplificata all'esito di una autovalutazione del rischio di non conformità dei prodotti effettuata dallo stesso operatore con riferimento alla propria catena di approvvigionamento, con esclusione delle fasi di valutazione e attenuazione del rischio (cfr. l'art. 13 del regolamento deforestazione).

L'assoggettamento delle società extraeuropee agli obblighi di diligenza dovuta imposti dal regolamento sul contrasto alla deforestazione avviene attraverso l'individuazione, come elemento di collegamento con l'ordinamento dell'Unione, dell'immissione dei propri prodotti nel mercato interno. L'effetto, inoltre, è indiretto, in quanto si realizza attraverso la qualificazione come "operatore" della prima persona fisica o giuridica che ne immetta i prodotti sul mercato interno (art. 7 del regolamento). Il criterio di collegamento appare idoneo a giustificare l'effetto extraterritoriale dell'atto, inteso, di fatto, a regolare la messa in commercio di prodotti all'interno del territorio degli Stati membri<sup>46</sup>.

Applicandosi a tutti i beni immessi nel, ed esportati dal mercato interno, indipendentemente dalla nazionalità e dal luogo di costituzione della società agente, la disciplina appare non discriminatoria nel trattamento di imprese nazionali degli Stati membri e di imprese di paesi terzi e risulta, pertanto, rispettosa dei principi del sistema multilaterale degli scambi.

Il regolamento sul contrasto alla deforestazione adotta un approccio particolarmente attento alle possibili ricadute negative della sua applicazione sulle attività dei fornitori nei Paesi in via di sviluppo: nel caso di rilevata non conformità, l'impresa è stimolata a prestare assistenza ai propri fornitori accompagnandoli in un processo virtuoso. Le misure di attenuazione del rischio, infatti, «possono comprendere anche il sostegno al rispetto del presente regolamento da parte dei fornitori di tale operatore,

<sup>46</sup> Sui limiti entro i quali la portata extraterritoriale di un atto normativo è ammessa dal diritto internazionale si rinvia alla nota 20 e alla dottrina *ivi* citata.

in particolare i piccoli proprietari terrieri, attraverso lo sviluppo di capacità e investimenti.» (art 11, par. 1).

In ciò si ravvisa un possibile contrasto con quanto previsto dalla proposta di direttiva sulla *due diligence*, che invece richiede all'impresa di attivarsi preventivamente per ottenere garanzie contrattuali dai fornitori e, nel caso si verificano impatti negativi, prevede la sospensione o la cessazione del rapporto commerciale (art. 8, par. 6 della proposta)<sup>47</sup>.

L'applicazione cumulativa del regolamento sulla deforestazione e della futura direttiva sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità è ravvisabile per le imprese commerciali che operino nel mercato interno e che rientrino nell'ambito di applicazione di entrambi gli atti: in caso di disposizioni confliggenti un'apposita disposizione di collegamento prevede sia la disposizione speciale a prevalere (art. 1, par. 3, proposta di direttiva). A fini di semplificazione, l'art. 12, par. 3, del regolamento sulla deforestazione prevede che le imprese tenute a presentare relazioni sulla dovuta diligenza nella catena del valore in base ad altri atti dell'Unione possano inserirvi anche le informazioni che, diversamente, dovrebbero essere oggetto di un'apposita relazione sul sistema di dovuta diligenza ai sensi del paragrafo 2 della stessa disposizione.

Viene quindi in rilievo la direttiva sulla rendicontazione di sostenibilità del dicembre 2022, che alle imprese rientranti nel proprio ambito di applicazione<sup>48</sup> richiede di includere nella relazione sulla gestione

<sup>47</sup> Cfr. A PERRAM, N. JIWAN, *Human Rights Violations Connected with Deforestation – Emerging and Diverging Approaches to Human Rights Due Diligence*, in *Business and Human Rights Journal*, 2023, 8, pp. 110 e ss., a p. 112.

<sup>48</sup> Direttiva n. 2464/2022/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che modifica il Regolamento n. 537/2014/UE, la Direttiva n. 109/2004/CE, la Direttiva n. 43/2006/CE e la Direttiva n. 34/2013/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità. L'applicazione degli obblighi introdotti dalla direttiva avverrà con gradualità: per gli esercizi al 1° gennaio 2024 alle grandi imprese quotate e alle imprese che svolgono attività di interesse pubblico, già tenute a pubblicare le informazioni sulle attività non finanziarie in forza della direttiva n. 95/2014/UE; per gli esercizi dal 1° gennaio 2025 a tutte le grandi imprese (imprese che alla chiusura del bilancio superano due dei seguenti criteri: più di 250 dipendenti in media durante l'anno finanziario; più di 20 milioni di euro di attivo patrimoniale; più di 40 milioni di euro di fatturato) e dal 2026 a tutte le società quotate sui mercati regolamentati dall'Unione europea tranne le microimprese.

le procedure di diligenza dovuta applicate dall'impresa in relazione alle questioni di sostenibilità<sup>49</sup>.

Nel settembre 2022 la Commissione europea ha adottato una proposta di regolamento che vieta l'immissione, la messa a disposizione sul mercato interno e l'esportazione dall'Unione di prodotti ottenuti con il lavoro forzato<sup>50</sup>.

In questo caso il regolamento non prevede direttamente obblighi di diligenza dovuta, ma li presuppone, affermando la rilevanza dell'adempimento a obblighi di *due diligence* ove questi siano posti da altre fonti a livello di Unione, di Stati membri, o previsti da orientamenti e raccomandazioni di organizzazioni internazionali, così come di «qualsiasi altro dovere di diligenza in relazione al lavoro forzato» (art. 4, par. 3 della proposta di regolamento).

Saranno le autorità competenti designate dagli Stati membri, in cooperazione con le autorità doganali, a dover verificare nell'ambito delle proprie indagini “gli sforzi compiuti dall'operatore economico per attuare prescrizioni obbligatorie, orientamenti volontari, raccomandazioni o pratiche per individuare, prevenire, attenuare o far cessare il ricorso al lavoro forzato in relazione ai prodotti che devono essere messi a disposizione sul mercato dell'Unione o destinati all'esportazione” che, secondo la definizione di cui all'art. 2, lett. c) della proposta, integrano il “dovere di diligenza in relazione al lavoro forzato”.

Gli obblighi di dovuta diligenza, dunque, appaiono in prospettiva già permeare il nuovo modello di gestione responsabile dell'attività d'impresa, integralmente recepito dall'ordimento dell'Unione. L'efficacia delle disposizioni sin qui richiamate dipenderà in gran parte dal funzionamento dei sistemi nazionali di controllo di cui è prevista l'istituzione e dalla capacità degli stessi di cooperare in rete tra loro e con la Commissione.

<sup>49</sup> Si veda l'art. 19 *bis*, lett. f) della direttiva n. 34/2013/UE, come modificato dall'art. 1, par. 4) della direttiva di cui alla nota precedente.

<sup>50</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che vieta i prodotti ottenuti con il lavoro forzato sul mercato dell'Unione, COM(2022) 453 def, Bruxelles, 14 settembre 2022.

5. *Considerazioni conclusive: il dovere di diligenza delle imprese come tassello centrale dell'articolato piano dell'Unione per la transizione a un'economia sostenibile*

La proposta sul dovere di diligenza a fini di sostenibilità, quantunque al centro di un difficile confronto interistituzionale e oggetto di pressioni esterne che rischiano di portare all'approvazione di un testo depotenziato rispetto a quello iniziale, costituisce il fulcro del progetto di trasformazione del contesto economico e sociale dell'Unione perseguito dalla Commissione attraverso una pluralità di azioni diverse, ma convergenti sull'obiettivo di una maggiore sostenibilità ambientale e sociale.

Mentre non è possibile anticipare l'esito del negoziato politico tra le tre istituzioni<sup>51</sup>, quello che si può già affermare è che l'obiettivo di rendere le imprese civilmente responsabili per non aver adottato misure idonee a prevenire l'impatto negativo della propria attività sul contesto sociale in cui operano, qualora venga effettivamente raggiunto nella versione finale del regolamento, costituirà un cambio di paradigma rispetto all'attuale sistema socioeconomico europeo, delineando un nuovo assetto nel rapporto tra i valori perseguiti dall'Unione.

Ciò che accomuna la proposta sulla *due diligence* di sostenibilità, la proposta di regolamento contro il lavoro forzato e il recente regolamento contro la deforestazione è il fatto di prevedere o dare per presupposto che l'impresa debba farsi carico di valutare l'impatto della propria attività – incluso quello della catena del valore – su diritti umani e ambiente.

L'obbligatorietà di internalizzare la valutazione degli effetti delle scelte gestionali e di condizionare all'esito di tale valutazione l'attuazione delle politiche aziendali – pena l'incorrere in una nuova fattispecie di responsabilità civile – sposterà sulle imprese in via preventiva il controllo fino ad ora effettuato soltanto a posteriori e in via puramente eventuale, nel caso di conflitto tra interessi economici dell'impresa e diritti fondamentali, dal giudice nazionale degli Stati membri, dando priorità *ex lege*

<sup>51</sup> Si deve purtroppo dare atto che nonostante a dicembre 2023 fosse stato annunciato il raggiungimento di un accordo politico interistituzionale, alla riunione dei rappresentanti diplomatici del Consiglio del 9 febbraio 2024, il dossier è stato tolto dall'ordine del giorno a causa di persistenti contrasti tra gli Stati membri. Sulla nuova posizione del Consiglio del 15 marzo 2024 il Parlamento europeo deve ancora pronunciarsi: cfr., *supra*, nota 7.

alla tutela dei diritti umani e dell'ambiente rispetto all'esercizio delle libertà economiche<sup>52</sup>, salvi i correttivi della proporzionalità dell'impegno richiesto alle imprese stesse e le misure di sostegno a queste erogato direttamente dall'Unione europea o dagli Stati membri per assicurare la sostenibilità economica di questo innovativo assetto di interessi.

Ad oggi la mancanza di un adeguato apparato di criteri di giurisdizione internazionale lascia sussistere dei dubbi sulla capacità della futura direttiva sulla *due diligence* di sostenibilità di assicurare alle vittime di violazioni avvenute in Paesi terzi l'accesso alla giustizia negli Stati membri e, conseguentemente, sull'effettività del proposto modello di gestione dell'impresa nella sua dimensione globale.

Indipendentemente da ciò e quand'anche non venissero mantenute nel testo finale della direttiva le disposizioni degli articoli 25 e 26 della proposta, sul dovere di sollecitudine e la responsabilità degli amministratori per l'attuazione degli obblighi di dovuta diligenza<sup>53</sup>, si profila comunque necessario da parte delle società un cambio di approccio nel modo di concepire l'attività d'impresa. La riflessione sul ruolo dello strumento societario nei confronti degli azionisti e della società in senso lato ha già condotto a significativi interventi a livello nazionale, dall'inclusione tra gli obblighi degli amministratori nel Regno Unito di quello di considerare "*the impact of the company's operations on the community and the environment*" (Section 172 (1), (d), del Companies Act del 2006), alla più recente introduzione, nel nostro ordinamento, di un veicolo societario – la società benefit – specificamente pensato per associare il perseguimento di finalità di beneficio comune agli scopi declinati nell'atto costitutivo dei diversi tipi di società già contemplati dal codice civile<sup>54</sup>. Nell'ordinamento dell'Unione europea questa impostazione trova già riscontro nella direttiva n. 828/2017/UE, che si propone di promuovere l'impegno a lungo termine degli azionisti<sup>55</sup>,

<sup>52</sup> Si pensi al bilanciamento tra libertà economiche (esercizio del diritto di stabilimento) e diritti sociali nel caso Viking: CGUE, 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP*.

<sup>53</sup> In senso contrario all'introduzione nella proposta di norme volte ad incidere sulla governance societaria si è espresso il Consiglio, che nel proprio orientamento generale ha cancellato entrambe le disposizioni.

<sup>54</sup> Si veda l'art. 1, commi da 376 a 384 della legge di stabilità per il 2016 (L. 28 dicembre 2015, n. 208).

<sup>55</sup> Direttiva n. 828/2017/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio

mentre la necessità di intervenire anche sui meccanismi di remunerazione dei dirigenti è ampiamente analizzata nello studio sui doveri degli amministratori e il governo sostenibile dell'impresa commissionato dalla Commissione e pubblicato nel luglio 2020, che raccoglie al riguardo i risultati convergenti di numerosi lavori di ricerca<sup>56</sup>.

La spinta verso l'internalizzazione nell'impresa di un sistema di dovuta diligenza proviene, del resto, da direzioni ulteriori e diverse: oltre che dal regolamento contro la deforestazione e dalla proposta di regolamento sul contrasto al lavoro forzato, dalla direttiva del dicembre 2022 sulla rendicontazione societaria di sostenibilità e dal pacchetto normativo sulla finanza sostenibile, strumenti, questi ultimi, particolarmente efficaci nell'indirizzare le imprese verso scelte gestionali improntate a principi di sostenibilità ambientale e sociale<sup>57</sup>. Ma anche dal fronte aperto, più recen-

2017 che modifica la direttiva n. 36/2007/CE per quanto riguarda l'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti, in GUUE n. L 132 del 20 maggio 2017, pp. 1 e ss.

<sup>56</sup> Commissione europea, Direzione generale della Giustizia e dei Consumatori, Ernst & Young, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance. Final Report*, luglio 2020, Bruxelles, pp. 22 e ss. In dottrina si rinvia allo studio di T. CLARKE, *The evolution of directors duties: bridging the divide between corporate governance and corporate social responsibility*, in *Journal of General Management*, 2007, 32, pp. 79 e ss., che già anticipava conclusioni raggiunte nel decennio successivo. Sulla necessità di riconsiderare il ruolo dell'impresa per fare fronte alle nuove priorità globali, dall'aumento della disuguaglianza al cambiamento climatico, v. C. GULOTTA, *Riflessioni in tema di responsabilità sociale d'impresa e governance societaria nell'Unione europea*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino – Studi*, 2021, 10, p. 1.

<sup>57</sup> Il primo *Sustainable Finance Package*, adottato dalla Commissione nel maggio 2018, comprendeva le proposte che hanno portato all'adozione del regolamento n. 2088/20019/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari, 9 dicembre 2019, p. 1-16; del regolamento n. 852/2020/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento n. 2088/2019/UE, 22 giugno 2020, p. 13-43 (cosiddetto regolamento tassonomia) e del regolamento n. 2089/2019/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica il regolamento n. 1011/2016/UE per quanto riguarda gli indici di riferimento UE di transizione climatica, gli indici di riferimento UE allineati con l'Accordo di Parigi e le comunicazioni relative alla sostenibilità per gli indici di riferimento, 9 dicembre 2019, pp. 17-27. Sulla rilevanza delle regole sulla *disclosure* nel promuovere un cambiamento delle politiche societarie, cfr. F. DONI, S. BIANCHI MARTINI, A. CORVINO, M. MAZZONI, *Voluntary versus mandatory non-financial disclosure: EU Directive 95/2014 and sustainability reporting*

temente, per realizzare nell'Unione quel consumo responsabile previsto come obiettivo 12 dall'agenda 2030 delle Nazioni Unite e oggetto, allo stato, di una recente direttiva e di una proposta di direttiva, la prima volta a realizzare la responsabilizzazione dei consumatori attraverso il miglioramento dell'informazione e la tutela dalle pratiche sleali quali l'obsolescenza programmata e la non riparabilità dei prodotti<sup>58</sup>; la seconda, intesa a combattere il cosiddetto *greenwashing* attraverso una più rigorosa regolamentazione delle dichiarazioni ambientali, per la quali sarà richiesto un solido fondamento probatorio (cosiddetta Direttiva "*Green Claims*"<sup>59</sup>). La direttiva sulla responsabilizzazione del consumatore, in particolare, prevede che tra le pratiche ingannevoli siano espressamente incluse quelle riguardanti "le caratteristiche ambientali o sociali"<sup>60</sup> e contribuisce in tal modo a creare le condizioni perché le scelte di consumo possano essere effettuate con fiducia anche sulla base di parametri di sostenibilità<sup>61</sup>.

Se l'Unione sarà in grado di realizzare e di garantire coerenza ed efficacia ai meccanismi applicativi – dalla rete di rapporti di collaborazione tra Commissione, autorità nazionali di controllo e autorità doganali, alla infrastruttura informativa da innestare sull'attuale sistema di vigilanza

*practices based on empirical evidence from Italy*; una riflessione più ampia sull' "effetto nudging" degli strumenti adottati dall'Unione in materia di finanza sostenibile è svolta da Colaert: "Today, financial regulation as a whole is also instrumentalized to advance the constitutionally enshrined sustainable development principle"; cfr. V. COLAERT, *The Changing Nature of Financial Regulation: Sustainable Finance as a New EU Policy Objective*, in *Common Market Law Review*, 2022, 59, pp. 1669 e ss., a p. 1710.

<sup>58</sup> Cfr. la direttiva (UE)2024/825 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 febbraio 2024 che modifica le direttive n. 29/2005/CE e n. 83/2011/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione, in GUCE n. del 6 marzo 2024..

<sup>59</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'attestazione e sulla comunicazione delle asserzioni ambientali esplicite (direttiva sulle asserzioni ambientali), COM/2023/166 final del 22 marzo 2023.

<sup>60</sup> L'art. 1, par. 2, lett. a) della proposta di direttiva prevede la modifica dell'art. 6, direttiva n. 29/2005/CE nel senso di cui al testo.

<sup>61</sup> Sull'importanza della responsabilità sociale del consumatore per plasmare il mercato, cfr.: F MARRELLA, *I Principi Guida Dell'ONU sulle imprese e i diritti umani del 2011 e l'accesso ai rimedi tramite gli strumenti di diritto internazionale privato europeo: una valutazione critica*, in M. CASTELLANETA, F. VESSIA, *La responsabilità sociale d'impresa tra diritto societario e diritto internazionale*, Napoli, 2019, pp. 315 e ss., a p. 323; F. VESSIA, *Verso la responsabilità sociale del consumatore*, *ibidem*, pp. 157 e ss.

del mercato – e alle misure di accompagnamento già prefigurate negli atti normativi e nelle proposte qui brevemente commentate per supportare le imprese nell’adempimento del dovere di diligenza e per evitarne ricadute negative nei confronti dello sviluppo di un tessuto imprenditoriale nei Paesi del Sud Globale<sup>62</sup>, il contributo dell’Europa alla realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite potrà considerarsi davvero significativo.

<sup>62</sup> Gli strumenti utilizzati a questo scopo dall’Unione sono principalmente costituiti dagli accordi commerciali di nuova generazione, che prevedono forme di cooperazione per sostenere lo sviluppo sostenibile degli Stati partner; dal sistema europeo di preferenze generalizzate e dai progetti di investimento catalizzati intorno alla strategia per lo sviluppo nota come “*Global Gateway*”: si veda la comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni e alla Banca europea per gli investimenti dell’1° dicembre 2021, JOIN(2021) 30 final, Bruxelles. Sui progetti già avviati, cfr. *L’Annual Report on Human Rights and Democracy 2022 – Report of the High Representative of the Union for Foreign Affairs*, pp. 146 e ss., a p. 157.

## ABSTRACT

*Corporate social responsibility – human rights due diligence  
HRDD – social sustainability*

*After examining the most recent EU regulatory initiatives providing for due diligence obligations to prevent adverse impacts of businesses on human rights, with a focus on the proposal on human rights mandatory due diligence, the article argues that the EU is attempting to develop its own approach to corporate social responsibility. Under the EU approach, the legal obligations of due diligence are backed up by a national and Union-level administrative apparatus designed to support companies in their compliance efforts. Moreover, the possible adverse spill-over effects of sustainability policies on the countries of the Global South are compensated for through the development of appropriate development aid and investment support policies.*



# The Spanish Law for the recognition of legal personality to the Mar Menor lagoon and its basin in the international context: another step towards the implementation of the rights of nature

JOSÉ JUSTE RUIZ

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. Origins, legislative process and content of Law 19/2022. – 3. The Law for the recognition of the legal personality of the Mar Menor and its basin in the international context. – 3.1. The traditional system: marine protected areas. – 3.2. A new conceptual framework: integrated coastal zone management and marine spatial planning. – 3.3. Towards a new paradigm of ecological protection based on the rights of nature. – 4. Systemic gaps: the disconnection between international law and domestic law. – 5. Conclusion

## 1. *Introduction*

The enactment of Law 19/2022 of September 30<sup>th</sup><sup>1</sup>, for the recognition of legal personality to the Mar Menor and its basin, constitutes an innovative initiative in the Spanish legal system. The Law has generated great expectations for being the first law of this nature to be approved in Europe<sup>2</sup>.

The Mar Menor proper is one of the largest salty coastal lagoons in

<sup>1</sup> Boletín Oficial del Estado (BOE), no. 237, 03/10/2022, pp. 135131 - 135135.

<sup>2</sup> See A. PEÑALVER, *The first case recognizing the rights of nature in Europe: the Spanish Parliament's brave step towards ecocentrism*, available online, last accessed on November 16<sup>th</sup>, 2022. L. KRAMER, *Rights of Nature in Europe: The Spanish Lagoon Mar Menor Becomes a Legal Person*, in *Journal of European and Planning Law*, 2023, pp. 1-23.

Europe and the largest in the Iberian Peninsula; it has unique environmental values and is a very emblematic place for the Region of Murcia. The Mar Menor lagoon has a surface area of 135 square kilometers with a maximum depth of 7 meters containing five islands of volcanic origin. The lagoon is separated from the Mediterranean Sea by a 22 kilometers long sandy bar, called La Manga, which communicates with the sea through three channels, one of which's is artificial. The surrounding area consists of the watershed lands extending in an area of 1.600 square kilometers up to the neighboring mountain ranges.

In the Mar Menor and its basin multiple uses and exploitation converge which have grown exponentially in recent years. Among the activities that have led to the progressive ecological deterioration of this unique ecosystem the following should be highlighted: the exhaustive urbanization of La Manga and the peripheral area of the lagoon, dredging and widening works, the proliferation of marinas, the creation of artificial beaches, the reception of mining waste through runoffs, the radical transformation of agricultural uses in the watershed, the transfer of flows between the Tajo and Segura rivers, the massive entry of fertilizers and pesticides from intensive agriculture, the proliferation of unauthorized wells to extract water from aquifers and the installation of legal and illegal desalination machines.

The waters of the Mar Menor, which were until relatively recently oligotrophic (low in nutrients and primary production), have undergone a serious process of eutrophication due to the contribution of tons of nitrates that are released daily into its waters. In 2016 there was a bloom of microalgae that caused the disappearance of 85% of the seagrass meadows. In 2019, 2021 and 2022, the eutrophication process intensified, resulting in a widespread mortality of fish and crustaceans and an environmental collapse that had significant ecological, economic and social consequences and caused anxiety among the population (solastalgia)<sup>3</sup>. What was once a natural paradise has thus become a particularly degraded area as a result of the intensification of human activities and the lack of effectiveness of measures taken to preserve its ecological integrity. In-

<sup>3</sup> See: T. VICENTE GIMÉNEZ, E. SALAZAR ORTUÑO, *La iniciativa legislativa popular para el reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al mar menor y su cuenca*, in *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2022, pp. 5-9.

deed, numerous political and legal initiatives have been taken in the last years, with a great deal of legislation, but with little practical effectiveness. The approval of Law 19/2022, which recognizes legal personality to the Mar Menor and its basin, opens a new normative stage in which the coexistence of the old law with the new legislation promoting the rights of nature shall be conciled.

The present study aims to analyze the fundamental contents of the new Law, to examine how it fits in with international and European regulations concerning the protection of coastal areas and to point out the lack of integration between national and international norms applying to the case at hand.

## *2. Origins, legislative process and content of Law 19/2022*

The reasons that have led to the adoption of Law 19/2022 for the recognition of legal personality to the Mar Menor and its basin are essentially twofold; on the one hand, the irremissible process of deterioration that this natural space has suffered since the last decades of the past century and, on the other hand, the ineffectiveness of the actions carried out to remedy this situation. The preamble of the Law denounces in this regard “the inadequacy of the current legal system of protection, despite the important regulatory figures and instruments that have been developed over the last 25 years”. In view of this situation, the Law intends to “make a qualitative leap and adopt a new legal-political model in line with the international legal vanguard and the global movement for the recognition of the rights of nature”.

The incubation of the Law responds to a broad social movement to address the serious deterioration of the Mar Menor lagoon and its surrounding lands, both for its environmental values and for being an element of cultural identification in the region. The procedure used for the adoption of the Law has been the popular legislative initiative (PLI) provided for in Art. 87(3) of the Spanish Constitution of 1978 and regulated by Organic Law 3/1984 of March 26<sup>th</sup>, which has been attempted on numerous occasions but had almost never prospered. On the basis of a text prepared in the legal clinic of the Faculty of Law of the University of Murcia, the Promoting Commission registered the popular legislative

initiative in July 2020 and presented 639.824 signatures on October 27<sup>th</sup>, 2021, far beyond the 500.000 signatures required by law. In the Congress of Deputies and in the Senate the new Law was widely supported by the political groups; in April 2022 the Congress of Deputies voted 274 to 53 the approval of the Law and on September 21<sup>st</sup>, 2022, the Senate overwhelmingly approved the Law by a vote of 230 in favor and 3 against casted by the right-wing Vox party<sup>4</sup> with 30 abstentions.

Law 19/2022 has a very simple structure consisting of a preamble, seven articles, a derogating clause and three final provisions. The preamble summarizes the ontological and epistemological foundations of the Law proposing “an eco-centric interpretation” of the Spanish legal system enlarging “the category of subject of law to natural entities, based on the evidence provided by the sciences of life and of the Earth system”.

Art. 1 declares the legal personality of the Mar Menor and its basin but does not specify whether this new natural legal person has the status of public or private subject of law. While the “lagoon” of the Mar Menor (the maritime part) is only described in the preamble of the Law, Art. 1 details the elements that make up the “basin” of the Mar Menor (the terrestrial part): “a geographical unit of 1.600 square kilometers made up of the coastal mountain ranges and all the aquifers that may affect the ecological stability of the coastal lagoon, including the intrusion of Mediterranean seawater”.

Both the Mar Menor lagoon, which is part of the Spanish internal marine waters, and the whole of its terrestrial basin constitute areas under the sovereignty of Spain. The waters, soil and subsoil of the lagoon and its flowing rivers form part of the State’s public domain whereas the surrounding pieces of lands belong to the private property of their respective owners. Contrary to the customary legislative practice, no map is attached to the law.

Art. 2 defines the rights recognized to the newly created legal person. The “bill of rights” of the Mar Menor and its basin are namely: the right to exist and evolve naturally as a lagoon ecosystem, preserving its balance and self-regulation capacity, and the right to protection, con-

<sup>4</sup> Vox described the Law as “legal and administrative nonsense and, of course, an unacceptable attack on freedom, private property and economic activity”, and announced that it will appeal to the Constitutional Court.

ervation, maintenance and restoration. Some of the rights recognized are vague and a more concrete definition of its content would have been welcomed. In words of one commentator:

“A minimum definition of the right to exist as an ecosystem and to evolve naturally would also have been desirable. However, the statement that the governments and the local residents are responsible for the fulfilment of these rights introduces an element of imprecision”<sup>5</sup>.

Art. 3 establishes the Tutorship of the Mar Menor, which is made up of three different bodies: the Committee of Representatives, the Monitoring Commission and the Scientific Committee. The Tutorship of the Mar Menor is in fact a mere denomination without any concrete specification.

The Committee of Representatives is a sort of nominal directorate, composed of 13 members of which three represent the central State administration, another three the Autonomous Community of Murcia (CAM), and seven the citizens of the riparian municipalities. The members of the Promoter Commission of the popular legislative initiative will carry out the functions of the Committee of Representatives until its members are appointed under the supervision of the promoter group itself (Art. 3, 2). The Committee of Representatives is given no regulatory and executive powers of its own; it is only competent to propose management and supervision measures for the protection, conservation, maintenance and restoration of the Mar Menor and its basin, based on the contributions of the Monitoring Commission and the Scientific Committee.

The Monitoring Commission is a sort of guardianship body made up of 19 “guardians”, of which 8 will represent the riparian basin municipalities and another 11 will represent the economic, social and environmental sectors. The law includes in this group of sectorial representation: business, trade unions, neighborhood communities, fishermen, farmer’s groups, livestock breeders, environmental NGOs, groups for gender equality and youth associations. The functions of the Monitoring Commission are the gathering of information on the Law, the monitoring and

<sup>5</sup> A. PEÑALVER, *op. cit.*, pp. 11-12.

control of respect for the rights of the lagoon and its basin, and the collection of information on compliance with the Law (taking into account the indicators of the Scientific Committee)<sup>6</sup>.

As some authors have pointed out, there is a certain overlapping and lack of precision in the sharing of competences between the Committee of Representatives and the Monitoring Commission, particularly with respect to its powers of control and surveillance, which must be coordinated with those attributed to the public administrations by the legislation<sup>7</sup>.

The Scientific Committee will be formed by a number of independent experts specialized in the study of the Mar Menor, who will be proposed by the Universities of Murcia and Alicante, by the Spanish Institute of Oceanography of Murcia, by the Iberian Society of Ecology and by the Superior Council of Scientific Research, for a renewable period of four years. Its functions will be to advise the other bodies of the Tutorship of the Mar Menor on scientific matters and to identify indicators on the ecological state of the ecosystem and its risks and on appropriate restoration measures. The article affirms that the independence of the Scientific Committee is guaranteed by the recognized prestige of its members (not yet appointed) and the non-remuneration of its activities (!).

Art. 4 declares the criminal, civil, environmental and administrative liability of those who violate the rights recognized to the Mar Menor and guaranteed by this law, whether a public authority, a private law entity, or a natural or legal person. All offenders will be prosecuted and sanctioned in accordance with the corresponding rules in their respective jurisdictions. Art. 5 adds that any act or action of the Public Administrations that violates the law will be considered invalid and shall be revised by the administration or the judiciary. The implementation of such a wide range of criminal, civil and administrative sanctions against public and private offenders would require the enactment of appropriate legislation to safeguard the *nulla pena sine lege* principle and the imperatives of legal security.

Art. 6 broadly shapes the right of access to justice for the exercise of an action before the corresponding administrative or judicial instance. This right is attributed to any natural or legal person (throughout the

<sup>6</sup> Art. 16 of Law 19/2022.

<sup>7</sup> A. PEÑALVER, *op. cit.*, p. 13.

world) wishing to assert the defense of the ecosystem of the Mar Menor and to enforce the rights and prohibitions established in this law. There are different doctrinal interpretations as to the real meaning of these legal provisions, especially as to whether or not they establish a true *actio popularis*<sup>8</sup>. In any case, according to the text of the article, the Mar Menor is the “real” interested party with substantive capacity and *ius standi*, while the procedural capacity is exercised by its representatives in administrative or judicial proceedings. This sort of vicarious litigation is incentivized by stating that a successful applicant does not have to bear any litigation costs, including lawyers and Court costs and costs for interim measures. However, some doctrinal doubts have been expressed about its eventual effectivity since the exoneration of litigations costs is only granted for successful actions<sup>9</sup>.

Art. 7 lists the obligations that correspond to the Public Administrations at all their territorial and institutional levels (State, Autonomous Communities and municipalities) which consist of:

1. Developing public policies and systematic preventive and precautionary actions to prevent human activities from leading to the “extinction” of biodiversity or the alteration of the cycles and processes that guarantee the balance of the ecosystem of the Mar Menor and its basin;
2. Promoting social awareness campaigns on the environmental dangers faced by the Mar Menor ecosystem as well as educate on the benefits that its protection brings to society;
3. Conducting periodic studies on the state of the Mar Menor ecosystem and draw up a map of current and potential risks;
4. Immediately restricting those activities that may lead to the extinction of species, the destruction of ecosystems or the permanent alteration of natural cycles.
5. Prohibiting or limiting the introduction of organisms and organic and inorganic material that could definitively alter the biological heritage of the Mar Menor.

<sup>8</sup> See the confronted opinions of L. KRAMER (*op.cit.*, pp. 11 and 15) and A. PEÑALVER (*op.cit.*, p. 14)

<sup>9</sup> L. KRAMER, *op. cit.*, pp. 15-16.

This large list of obligations born by public authorities may rise some critical comments. On the one hand, with respect to paras 1 and 4, the aim should not have been merely to prevent human activities leading to the “extinction” of biodiversity or the “destruction” of ecosystems or the “permanent alteration” of natural cycles and processes, but rather to prevent any activities that may have significant negative impacts on such ecosystems. On the other hand, this list does not include the obligation of public authorities to combat pollution from all sources, particularly those of land-based origin, which are the main cause of the ecological deterioration of the Mar Menor and its basin. However, the main issue raised by this provision is how the Tutorship of the Mar Menor can ensure that the obligations imposed on national, regional and municipal authorities can be enforced in case of total or partial inaction or non-compliance<sup>10</sup>.

The law includes a derogatory clause repealing “all provisions contrary” to the provisions of this law. This is a very broad statement suggesting that Law 19/2022 is a higher law what, at least formally, it is not. The first final provision states that the law is enacted under the exclusive competence of the State provided for in Art. 149.1.23 of the Constitution, without prejudice to the powers of the autonomous communities to establish additional environmental protection regulations. The second final provision enables the government to approve the necessary provisions for its application, execution and development. The third final provision declares its immediate entry into force from the day of its publication.

### *3. The Law for the recognition of the legal personality of the Mar Menor and its basin in the international context*

A review of how Law 19/2022 fits into international and European law reveals an evolution based on three different methodologies: marine protected areas, integrated coastal zone management and spatial management tools, and the new paradigm of the rights of nature.

<sup>10</sup> See L. KRAMER, *op. cit.*, pp. 19-20.

### 3.1. *The traditional system: marine protected areas*

International regulation of protected areas has a long history the grounds of which appear in the 1972 Stockholm Declaration on the Human Environment (Principle 2), the 1982 World Charter for Nature (Principle 4), and the 1992 Rio Declaration on Environment and Development, whose provisions on protected areas are developed in some detail in Agenda 21, paragraph 17.

Several global and regional environmental conventions have provided for the creation of protected areas that once established by the competent Party are included in the corresponding list (listing system). Most of these conventions have as their main objective the conservation of nature and biodiversity, but others pursue different objectives such as the protection of cultural or natural heritage or the prevention of pollution of the marine environment<sup>11</sup>.

The global conventions most directly concerning the situation of the Mar Menor and its basin are the Ramsar Convention on Wetlands of International Importance 1971, in which's list the Mar Menor is included since 1994, and the 1979 Bonn Convention on the Conservation of Migratory Species and Wild Animals.

The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), which has been called "the constitution of the oceans", imposes on States the obligation to take all necessary measures to prevent, reduce and control pollution of the marine environment from all sources (Art. 194, 1) and to protect and preserve rare or vulnerable ecosystems as well as the habitat of depleted, threatened or endangered species and other forms of marine life (Art. 194, 4)<sup>12</sup>. Although the Convention does not

<sup>11</sup> At the global level, the establishment of protected areas is contemplated in the 1940 Convention on the Protection and Preservation of Wildlife in the Western Hemisphere, the 1946 Convention on the Regulation of Whaling, the 1971 Ramsar Convention on Wetlands of International Importance, the 1972 UNESCO Convention on World Cultural and Natural Heritage, the 1973 Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL 73/78), the 1979 Bonn Convention on the Conservation of Migratory Species and Wild Animals and the 1992 Convention on Biological Diversity.

<sup>12</sup> According to UNCLOS, States also have the duty not to transfer damage or hazards from one marine area to another or to transform one type of pollution into

expressly require the establishment of marine protected areas, it is the source of the authority of States to create and implement them.

The establishment of protected areas for the conservation of terrestrial, marine and other aquatic ecosystems, is also a central element of the 1992 Convention on Biological Diversity. Its Art. 8, on *in situ* conservation, requires the Parties to establish a system of protected areas or areas in which special conservation measures are to be taken (8, a) and details the measures to be adopted by the Parties for the selection, establishment and management of such areas (8, b) to m)). The increase of the specially protected areas network to cover at least 10% of marine and coastal areas by 2020 was one of the 2011 Aichi targets (target 11)<sup>13</sup>. Today the 2022 Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework has raised this objective to 30% by 2030 (target 3)<sup>14</sup>. The 2023 Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national Jurisdiction devotes its Part III to “area-based management tools, including marine protected areas” (ABMT).<sup>15</sup>

The establishment of protected areas is also provided for in several regional environmental conventions<sup>16</sup> some of which, such as the 1979 Bern Convention on the Conservation of European Wildlife and the Barcelona Convention for the protection of the marine environment and the coastal region in the Mediterranean and its Protocols<sup>17</sup> are applicable to the Mar Menor.

another (Art. 195) and to prevent the introduction of alien or new species that may cause significant and harmful changes to the marine environment (Art. 196).

<sup>13</sup> Decision X/2, Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020, including Aichi Biodiversity Targets.

<sup>14</sup> Decisions XV/4 and XV/5.

<sup>15</sup> See the text of the Agreement at: A/CONF.232/2023/4, 19-20 June 2023.

<sup>16</sup> For instance: Protocol Concerning Protected Areas and Wild Fauna and Flora in the Wider African Region 21 June 1985; Protocol for the Conservation and Management of Marine Protected Areas in the Southeast Pacific, 21 September 1989; Protocol Concerning Specially Protected Areas and Wildlife in the Wider Caribbean Region, 17 January 1990; OSPAR Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic, 22 September 1992, Annex V.

<sup>17</sup> The original 1976 Barcelona Convention for the Protection of the Mediterranean Sea against Pollution was modified and renamed by amendments adopted on 10 June 1995 by a Conference of Plenipotentiaries (UNEP/OCA/MED IG.6/7 which entered into force on 9 July 2004.

Within the Barcelona Convention system, particular attention shall be given to the 1995 Protocol concerning Specially Protected Areas and Biological Diversity in the Mediterranean, which replaces the original 1982 Protocol on Mediterranean marine protected areas, in force since December 12<sup>th</sup>, 1999<sup>18</sup>. The Protocol applies to the marine waters, its soil and subsoil on the landward side from the baseline for the delimitation of the territorial sea up to the freshwater limits of watercourses and may extend to terrestrial coastal areas designated by States Parties, including wetlands (Art. 2). Part II of the Protocol provides for the establishment of Specially Protected Areas (SPAs) in which the Parties are required to take protective measures for a series of concrete goals (Art. 6)<sup>19</sup>. One of these measures is the implementation of the other protocols of the system which, in the case of the Mar Menor and its basin, involves in particular the 1980 Protocol on land-based sources, amended in 1996 and renamed the Protocol for the Protection of the Mediterranean Sea against Pollution from Land-based Sources and Activities, in force since May 17<sup>th</sup>, 2006<sup>20</sup>.

Part III of the SPA/BD Protocol provides that the Parties shall draw up a list of specially protected areas “of Mediterranean importance” (SPAMI), which may include sites of importance for the conservation of components of biological diversity, containing ecosystems specific of the Mediterranean area or the habitats of endangered species, or are of special scientific, aesthetic, cultural or educational interest (Art. 8). In accordance with the procedures set forth in Art. 9, the Parties may request

<sup>18</sup> See: T. SCOVAZZI, *The Developments Within the ‘Barcelona System’ for the Protection of the Mediterranean Sea Against Pollution*, in *Annuaire de droit maritime et océanique* 2008, pp. 201-2017.

<sup>19</sup> Such as: the strengthening of the application of the other relevant protocols and conventions, the prohibition of the dumping and discharge of wastes, the regulation or prohibiting of activities involving modification of the soil or exploitation of the subsoil of the land part zone, the regulation of fishing and hunting of animals and the harvesting of plants, and the regulation or prohibition, if necessary, of other activities that may damage or endanger the state of conservation of the ecosystems or may impair the natural or cultural characteristics of the specially protected area.

<sup>20</sup> V. BOU FRANCH, *La lucha contra la contaminación marina resultante de fuentes y actividades de origen terrestre. Especial referencia al Mediterráneo*, in J. JUSTE RUIZ, V. BOU FRANCH (eds.), *Derecho del mar y sostenibilidad Ambiental en el Mediterráneo*, Valencia, 2014, pp. 319-362.

the inclusion in the list of those sites whose protection is particularly relevant and, in the event that the SPAMI is located outside national jurisdiction, the decision to include it in the list will be taken by consensus by the Meeting of the Parties to the Convention. Once included in the list, all Parties must recognize the importance of the SPAMI for the Mediterranean and comply with the measures established for its protection (Art. 9, 5). At present, the list contains 39 SPAMIs, of which 9 are located in Spain, including the Mar Menor<sup>21</sup>.

The European Union has also developed legislation on terrestrial, costal and marine protected areas, starting with Directive 92/43 of May 21<sup>st</sup>, 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora<sup>22</sup>. The directive establishes a network of protected areas known as “Natura 2000”, which includes the Mar Menor<sup>23</sup>.

### *3.2. A new conceptual framework: integrated coastal zone management and marine spatial planning*

The limitations of international regimes concerning marine protected areas, especially because of their inevitably sectoral and fragmentary nature<sup>24</sup>, have led to a regulatory evolution based on the concepts of integrated coastal zone management and marine spatial planning.

Following the new orientations of European Union law<sup>25</sup>, Parties to the Barcelona Convention adopted in 2008 the Protocol on Integrated

<sup>21</sup> See the updated SPAMI list at: SPAMIs in the Mediterranean – UNEP/MAP-SPA-RAC, 2020.

<sup>22</sup> Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora. OJ L 206, 22.7.1992, p. 7–50

<sup>23</sup> The sites in the Natura 2000 network are designated under the Directive 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the conservation of wild birds (Codified version) OJ L 20, 26.1.2010, p. 7–25 and the Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora OJ L 206, 22.7.1992, p. 7–50.

<sup>24</sup> See: A. GILLESPIE, *Protected Areas and International Environmental Law*, Leiden/Boston, 2007, pp. 114 ff.

<sup>25</sup> In 2002, the EU adopted a recommendation of the European Parliament and of the Council on the establishment of an integrated coastal zone management strategy in Europe, which was partially incorporated into Directive 2008/56/EC of June 17<sup>th</sup>, 2008, known as the Marine Framework Directive (OJ L 164/19/25, 6 June 2008).

Coastal Zone Management in the Mediterranean (ICZM), which entered into force in 2011<sup>26</sup>. This is the first convention in the history of international environmental law specifically dedicated to coastal zones and their integrated management.

The new Protocol defines integrated coastal zone management as “a dynamic process for the sustainable management and use of coastal zones, taking into account at the same time the fragility of coastal ecosystems and landscapes, the diversity of activities and uses, their interactions, the maritime orientation of certain activities and uses, and their impact on both their marine and land parts” (Art. 2, g). The Protocol also defines the geographical scope of the coastal zone which extends seaward to the outer limit of the territorial sea of each State and landward to the limit of the competent coastal units defined by each Party in its domestic law (Art. 3). The objectives and general principles of ICZM are particularly relevant for the protection of sites such as the Mar Menor and its basin as they address many of the challenges of this SPAMI and call for institutional coordination and comprehensive approaches (Art. 7)<sup>27</sup>.

The Protocol establishes a 100 meters zone in which all construction is prohibited, with some possible adaptations “for projects of public interest”, as well as other limitations concerning the linear extinction of urban development, the creation of new transport infrastructure along the coast and the circulation of vehicles and boats in fragile natural areas including beaches and dunes (Art. 8). Other provisions of the Protocol concern specific activities, such as agriculture and industry, fisheries, aquaculture, tourism, sports and recreation, utilization of specific natural resources, infrastructure, energy facilities, and ports, maritime structures and works (Art. 9). The Protocol also calls for the adoption of measures

<sup>26</sup> The ICZM Protocol is based on Art. 4.3, B) of the Barcelona Convention, which states that the parties “undertake to promote integrated coastal zone management, taking into account the protection of areas of ecological or scenic interest and the rational use of natural resources”. The Protocol was adopted in Madrid on January 21<sup>st</sup>, 2008, and entered into force on March 24<sup>th</sup>, 2011.

<sup>27</sup> Principles of ICZM include: the formulation of land use strategies, plans and programs for urban development and socio-economic activities, and other relevant sectoral policies, which must take into account in an integrated manner “all elements relating to hydrological, geomorphological, climatic, ecological, socioeconomic and cultural systems”, “not to exceed the carrying capacity of the coastal zone and to prevent the negative effects of natural disasters and development”.

to protect specific coastal ecosystems, such as wetlands and estuaries, marine habitats, coastal forests and woodlands, and dunes (Art. 10). There are also provisions recognizing the aesthetic, natural and cultural value of the coastal landscape, irrespective of its classification as a protected area (Art. 11) and requires Parties to take appropriate measures to protect the cultural heritage of coastal zones (Art. 13).

The ICZM Protocol request the Parties to ensure the participation of all stakeholders (Art. 14) and to carry out awareness-raising activities, education and the promotion of specialized research (Art. 15). Parties shall also adopt national coastal strategies, plans and programs following the Mediterranean Strategy for Integrated Coastal Zone Management (Arts. 17 and 18) and conduct environmental assessments of public and private projects that may have significant environmental effects on the coastal zone (Art. 19). Finally, the Protocol emphasizes the risks affecting coastal zones, especially climate change (Art. 22) and coastal erosion (Art. 23).

In recent decades, new methodologies for the integrated management of coastal areas, based on the concept of “maritime spatial planning” have been developed. In the context of the global action for the conservation of biological diversity there has been a broadening of the concept of protected areas to include “other effective area-based conservation measures” (OECM) and “area-based management tools (ABMT)”<sup>28</sup>. In 2014, the European Union adopted a directive establishing a framework for maritime spatial planning in the Member States, which addresses the integrated management of maritime and coastal activities, but excludes land spatial planning<sup>29</sup>.

### *3.3. Towards a new paradigm of ecological protection based on the rights of nature*

Rights of nature doctrines have diverse origins but in the legal field Christopher D. Stone’s essay “Should Trees Have Standing: Toward Le-

<sup>28</sup> See *passim*: T. SCOVAZZI, *The Global Legal Bases for Marine Area-Based Conservation*, in M. GRBEC, T. SCOVAZZI, I. TANI (eds.), *Legal Aspects of Marine Protected Areas in the Mediterranean Sea. An Adriatic and Ionian Perspective*, London and New York, 2023, pp. 24-46.

<sup>29</sup> Directive 2014/89/EU of the European Parliament and of the Council of July 23<sup>rd</sup>, 2014, establishing a framework for maritime spatial planning OJ L 257, 28.8.2014, pp. 135–145.

gal Rights for Natural Objects” published in 1972 is often cited as a seminal reference. Since then, doctrinal studies and social movements on the rights of nature have gained considerable momentum, contributing to the formulation of what many consider a new paradigm that opens a new legal stage of universal scope, based on ecological justice, Earth jurisprudence and the ecological mandate<sup>30</sup>. The book published by David R. Boyd in 2017 on “The rights of nature, a legal revolution that can save the world”, points out that the three reasons that have led to the current situation of global environmental emergency are: anthropocentrism based on the idea that we are separate and superior to the rest of the natural world; the belief that the elements of nature constitute our property that we can use as we wish; and the aspiration to achieve unlimited economic development<sup>31</sup>.

In current comparative law, there are several examples of the proclamation of the rights of nature at the constitutional, legislative and judicial levels<sup>32</sup>.

The 2008 Constitution of Ecuador, in its Arts. 72 and 73, broadly recognizes the rights of nature, whose respect may be demanded from the public authority by any person, community, people or nationality, but without conferring legal personality on it<sup>33</sup>.

The Bolivian Constitution of 2009 refers to Mother Earth (Preamble)

<sup>30</sup> T. VICENTE JIMÉNEZ, E. SALAZAR ORTUÑO, *La iniciativa legislativa popular para el reconocimiento de la personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca*, in *Revista catalana de dret ambiental*, 2022, p. 1.

<sup>31</sup> D.R. BOYD, *The Rights of Nature, a Legal Revolution that can Save the World*, 2017 pp. xxii-xxiii. Other relevant publications on the rights of nature are: S. BORRÁS PENTINAT, *New Transitions from Human Rights to the Environment to the Rights of Nature*, in *Transnational Environmental Law*, 2016, pp. 113–143; C. LA FOLLETTE, C. MASER, *Sustainability and the Rights of Nature: an introduction*, 2017; L. SHEEHAN, *Implementing Nature’s Rights through Regulatory Standards*, in *Vermont Journal of Environmental Law*, 2019, pp. 227-242; J. BÉTAILLE, *Rights of Nature: Why it Might Not Save the Entire World*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2019, pp. 35-64.

<sup>32</sup> See: L. ESTUPIÑÁN ACHURY, C. STORINI, R. MARTÍNEZ DALMAU, F. DE CARVALHO DANTAS, *La naturaleza como sujeto de Derechos en el Constitucionalismo Democrático*, Bogotá, 2019; L. GÓMEZ SIERRA, M. LEÓN, *De los derechos ambientales a los derechos de la naturaleza: racionalidades emancipadoras del derecho ambiental y nuevas narrativas constitucionales en Colombia, Ecuador y Bolivia*, in *Revista Misión Jurídica*, 2016, pp. 233-260. See also: L. KRAMER, *op. cit.*, pp. 12-17.

<sup>33</sup> E. DALY, *The Ecuadorian Exemplar: The First Ever Vindications of Constitutional*

and affirms that the State shall promote *suma qamaña* (live well) (Art. 8) but does not formally proclaim the rights of nature nor grants legal personality to it. However, Law No. 71 on the Rights of Mother Earth, of December 2010, recognizes nature as a “collective subject of public interest” having rights of its own (Art. 5). Framework Law of Mother Earth and Integral Development for Living Well of 2012 has created an institutional guardianship of the rights of Mother Earth called the Plurinational Authority of Mother Earth (Art. 53)<sup>34</sup>.

In New Zealand, laws of 2014<sup>35</sup> and 2017<sup>36</sup> endow the Te Urewera National Park and the Awa Tupua Whanganui River with legal personality, as a way to recognize and return to Maori traditional control over their lands, waters and precious natural resources. The rights of these new legal entities will be protected respectively by two bodies comprising representatives of the indigenous peoples and the Crown: Te Urewera Board and Te Pou Tupua (“the human voice of the river”).

In Colombia, the Constitutional Court’s ruling of 2016 recognizes the Atrato River, its basin and tributaries as an entity subject to rights to protection, conservation, maintenance and restoration by the State and ethnic communities<sup>37</sup>.

The progressive reception of the doctrine of the rights of nature in international law has been boosted by several factors. First, the growing influence of indigenous peoples in international law which increasingly recognizes their specific rights and their special relationship with nature of which they are an integral part. Secondly, the growing importance that the protection of human rights has acquired in contemporary international law. In this context, a double synergistic movement is taking place, leading, on the one hand, to the “greening” of international human rights law (IHRL) and, on the other hand, to the integration of human rights

*Rights of Nature*, in *Review of European Community and International Environmental Law*, 2012, pp. 63-66.

<sup>34</sup> Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, Ley No. 300 de 15 de octubre de 2012. See: P. VILLAVICENCIO-CALZADILLA, *Los Derechos de la Naturaleza en Bolivia: un estudio a más de una década de su reconocimiento*, in *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2022, pp. 1-40.

<sup>35</sup> New Zealand Legislation. Te Urewera Act 2014, Public Act 2014 No 51.

<sup>36</sup> New Zealand Legislation. Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017. Public Act 2017 No 7.

<sup>37</sup> Judgment T/622-2016, fourth final resolution, as stated in grounds 9.27 to 9.32.

imperatives into international environmental law (IEL). This interaction has led to the adoption by the Human Rights Council of a resolution on the human right to a clean, healthy and sustainable environment of October 8<sup>th</sup>, 2021<sup>38</sup>, followed by General Assembly resolution on the human right to a clean, healthy and sustainable environment of July 28<sup>th</sup>, 2022<sup>39</sup>.

Finally, it is worth noting the growing importance of United Nations action on “harmony with nature” since the adoption by the General Assembly of the first resolution on the matter in 2009<sup>40</sup>. The resolutions on harmony with nature are still more symbolic and commemorative in content than strictly normative. They are also limited in scope by the majoritarian design to present the rights of nature as a vision of “some countries” that share the culture of Mother Earth and to link them to the Sustainable Development Goals expressed in the 2030 Agenda. However, the last General Assembly resolution on the matter adopted in 2022 notes in its preamble that “Earth system science plays an important role in promoting a holistic approach to achieving sustainable development in harmony with nature, including the consideration of humans as part of nature” (p. 3) and recognizes the need to achieve an equitable, balanced and sustainable relationship with the Earth (p. 4). In its operative part, the General Assembly resolution:

“recognizes that protecting and conserving ecosystems and avoiding practices harmful to animals, plants, microorganisms and abiotic environments contributes to the coexistence of humankind in harmony with nature” (par. 12) ... and that “the well-being of humankind depends on the health and integrity of nature” (par. 16).

Discussions on the rights of nature have also made headway at the European Union level with the publication of several studies and reports by the Economic and Social Council contemplating the possible adoption of a European Union Charter on the fundamental rights of nature<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> A/HRC/RES/48/13.

<sup>39</sup> A/RES/76/300.

<sup>40</sup> A/RES/164/196, Harmony with Nature, 21 December 2009.

<sup>41</sup> European Economic and Social Committee, *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*, December 13<sup>th</sup>, 2019.

#### 4. *Systemic gaps: the disconnection between international law and domestic law*

Law 19/2022, which recognizes the legal personality of the Mar Menor and its basin does not grow in a legal desert but in a dense normative space in which national law and international instruments coexist. However, the current legal situation concerning the Mar Menor and its basin evidences not only the failure of both international and national law to cope with the dramatic environmental decline of the area but also that the rules of international law and those of domestic law often ignore each other.

According to basic principles governing the systemic relationship between international and national law States have a legal duty to implement their international obligations, whether customary or conventional, by incorporating its mandates into national law and enforcing them thereafter. This duty is strengthened in the case of the European Union legislation enjoying direct effect in the Member State's legal systems. In Spain, the incorporation of international obligations into national law is ensured by the Constitution of 1978 whose Art. 96, para. 1 provides that:

Validly concluded international treaties, once officially published in Spain, shall form part of the internal legal order. Their provisions may only be repealed, amended or suspended in the manner provided in the treaties themselves or in accordance with the general rules of international law.

Yet, whereas in Spanish legal practice concerning marine protected areas the European Union legislation tends to be taken into account (at list *pro forma*), the obligations arising from international global and regional conventions relating to the protection of coastal areas are not always incorporated into relevant national laws.

In particular, the Spanish national and regional legislation enacted in the last years for the environmental protection of the Mar Menor and its basin generally ignores the existence and applicability of global and regional conventions relating to the environmental protection of coastal areas to which Spain is a Party<sup>42</sup>. Such is the case, for instance, of Law

<sup>42</sup> An exception is Law 1/2018, of February 7, on urgent measures to ensure

3/2020, of July 27<sup>th</sup>, on the recovery and protection of the Mar Menor, which refers in its preamble to several European directives and regulations but totally ignores the obligations contained in the Barcelona Convention and its Protocols<sup>43</sup>. This is even more surprising since the obligations set up in the Barcelona Convention for the Protection of the Environment and the Coastal Region in the Mediterranean and its Protocols include mandatory reporting and compliance mechanisms to ensure their implementation<sup>44</sup>. As Michel Prieur has written, the Barcelona system remains an “*illustre inconnu*” whose institutional and legal capacities are often ignored by Sates and other stakeholders alike<sup>45</sup>.

Likewise, Law 19/2022 for the recognition of legal personality to the Mar Menor and its basin states in its preamble that its objective is to comply with the international commitments undertaken by Spain. But the preamble merely points to the 2015 Paris Agreement on climate change as an example without making any mention of other international agreements more directly connected to the object of the law recognizing legal personality to the Mar Menor and its basin. Neither the Barcelona Convention for the Protection of the Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean and its Protocols nor any other relevant international conventions (such as the 1998 Aarhus Convention on environmental access rights<sup>46</sup>) are referred to by the Law.

For that reason, it shall come as no surprise that the first recommen-

environmental sustainability in the environment of the Mar Menor, which mentions in its preamble Directive 91/676/EEC, of December 12, on the protection of waters against pollution caused by nitrates of agricultural origin and notes the incorporation of the Mar Menor to the Wetlands of International Importance (RAMSAR) and Specially Protected Areas of Mediterranean Importance (ASPIM). BOE no. 148, of June 19, 2018, pages 61723 to 61759).

<sup>43</sup> Law 3/2020, July 27<sup>th</sup>, 2020, *de recuperación y protección del Mar Menor*, BORM no. 177, August 1<sup>st</sup>, 2020, BOE no. 221, August 17<sup>th</sup>, 2020.

<sup>44</sup> Barcelona Convention, arts. 26 (Reports) and 27 (Compliance Control). A Compliance Committee has been established in 2008 by Decision IG.17/2 as amended in 2012 by Decision IG.20/1 and in 2013 by Decision IG/21.1. The rules of procedure of the Compliance Committee have been set up in 2009 by Decision IG.19/1 and amended in 2013 by Decision IG.21/1.

<sup>45</sup> M. PRIEUR, *Le ‘système de Barcelone’ un illustre inconnu?*, in *Droit de l’environnement*, 2023, p. 117.

<sup>46</sup> Aarhus Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters, June 25<sup>th</sup> 1998.

dation of the report prepared by the European Parliament's mission on the environmental deterioration of the Mar Menor:

Urges the Spanish competent authorities, as a basic principle, to comply with all EU environmental legislation, as well as regional, national and international regulations related to the Mar Menor and, in particular, to take, without further delay, all necessary measures to comply with the Nitrates Directive and the Habitats Directive, especially Articles 6.2 (no deterioration) and 6.3 (impact assessment of activities adjacent to the SACs of the Mar Menor) of the latter of the Habitats Directive, taking into account that the Commission has initiated infringement proceedings against Spain and other Member States<sup>47</sup>.

This paradoxical ignorance of the existing body of European legislation and global and regional conventions applicable to the relevant coastal area becomes particularly evident when reviewing the evolution of the communication concerning the situation of the Mar Menor submitted in 2017 by the NGO *Ecologistas en Acción de la Región de Murcia* (EARM) against Spain before the Compliance Committee of the Barcelona Convention. First, the NGO that submitted the communication merely relied on two scientific reports, prepared by the Universities of Murcia and Alicante, highlighting the poor environmental condition of the Mar Menor and its basin, but without identifying the obligations of the Barcelona Convention and its Protocols eventually breached by Spain. When, at the request of the Compliance Committee, this deficiency was remedied EARM limited itself to alleging breaches of the Protocol on Protected Areas and Biodiversity<sup>48</sup>, but without mentioning in any way the possible violations of the Protocol on Integrated Coastal Zone Management and the Protocol on Marine Pollution from Land-based Sources and Activities which contain very specific obligations applicable to the situation of the Mar Menor and its basin<sup>49</sup>.

On the other side, even the Spanish authorities have ignored their

<sup>47</sup> European Parliament. Committee on Petitions. Mission Report following the fact-finding visit to the Mar Menor (Murcia). Spain, of 23-25 February 2022, in relation to environmental deterioration of the Mar Menor.

<sup>48</sup> UNEP/MED CC.16/8.

<sup>49</sup> See: UNEP/MED CC.18/4 p. 1, para 4.

own more innovative national law for the protection of the Mar Menor and its basin, namely Law 19/2022 recognizing its legal personality. Indeed, in the documents submitted by Spain in May 2023, in response to the recommendations of the Compliance Committee of June 30<sup>th</sup>, 2022, no specific mention was made of Law 19/2022 of September 30<sup>th</sup>. Quite surprisingly, the reports submitted by the central and regional authorities of Spain to the Compliance Committee did not explicitly quote the Law recognizing legal personality to the Mar Menor and its basin nor elaborate on its possible contribution to improving the situation of the affected area<sup>50</sup>. This absurd situation has been remedied at the initiative of the Compliance Committee itself, some of whose members were aware of the existence of the Spanish law. Then, the activity report by the Compliance Committee of the biennium 2022-2023 to COP 23 states that:

The Committee wishes to congratulate the Government of Spain for enacting the new legislation for the recognition of legal personality of the Mar Menor and its basin (Law 19/22, of September 30<sup>th</sup>, 2022).<sup>51</sup>

## 5. *Conclusion*

Law 19/2022 of September 30<sup>th</sup>, for the recognition of legal personality to the Mar Menor lagoon and its basin represents a significant milestone in Spanish environmental law. The recognition of the rights of nature follows an evolutionary trend in international and comparative law based on the new paradigms of eco-centrism and harmony with nature. Overall, there is no doubt that the new Spanish law makes a step forward in the modernization of the system of protection of vulnerable areas setting up a new normative stage in the field.

One of the merits of the new law is that it breaks the stagnation in

<sup>50</sup> UNEP/MED.CC 19/5, Note by the Secretariat on the progress report from the Party Concerned (Spain) on the compliance case of Mar Menor. The documents submitted by Spain to the Compliance Committee only made an occasional reference to the draft Royal Decree implementing Law 19/2022, of September 30<sup>th</sup>, for the recognition of legal personality to the Mar Menor lagoon and its basin.

<sup>51</sup> UNEP/MED CC.19/8, Activity report of the Compliance Committee for COP 23, p. 2.

which the preservation of the Mar Menor and its basin has been caught for more than 50 years. The law establishes a new environmental approach based on the rights of nature and on the increase of citizen participation for its defense in accordance with the new orientations of environmental democracy. Thus, the law assigns legal personality to the Mar Menor and its basin as an instrument to reinforce its right to existence, protection, conservation, maintenance and restoration. However, the attribution of legal personality to this new natural person introduces an element of complexity in the future application of the law that some authors consider unnecessary and counterproductive<sup>52</sup>.

Apart from some drafting shortcomings, Law 19/2022 raises some more substantial questions. The first is the insufficient identification of the functions of the Tutorship of the Mar Menor and the sharing of competences among its institutional bodies, specially between the Committee of Representatives and the Monitoring Commission. The second is the apparent lack of administrative and executive powers of the Tutorship of the Mar Menor and its bodies that may compromise their effective action for the protection of the concerned area. The third is the lack of a clear regulation of the modalities for the coordination and synergic application of the new law and the existing laws compatible with it. In short, as underlined by Ludwig Kramer, the main challenge facing the new law is how to ensure its effective implementation by overcoming the obstacles of all kinds that have prevented until now an effective protective action<sup>53</sup>.

The prospects for the new law are exciting, but also worrying. More than one year after the enactment of the Law the draft regulation for its implementation has not yet completed its parliamentary itinerary. In addition, the political controversies that have prevented the implementation of measures for the preservation and recovery of the Mar Menor and its basin in the past fifty years are far from being dissipated. And finally, the Spanish Administration seems to suffer from a kind of legal amnesia that often leads it to ignore the international global and regional

<sup>52</sup> B. SORO MATEO, S. ÁLVAREZ, *The Mar Menor Lagoon Enjoys Legal Standing: and now, what?*, in *VerfBlog*, 2022, p. 3.

<sup>53</sup> L. KRAMER, *op. cit.*, p. 15-16.

conventions applicable to the case at hand and even to forget the very existence of Law 19/2022 itself and its possible contribution to ensure a better future for the Mar Menor and its basin.

## ABSTRACT

*The article examines Spanish Law 15/2022 that recognizes the legal personality of the Mar Menor, placing it in the international context. After reviewing the main characteristics of the Law, a critical assessment is made of how the new Law incorporates the obligations derived from international and regional conventions and European law. To that end, the different methodologies that have marked the evolution of international environmental law in this field are analyzed, namely: the establishment of marine protected areas, the techniques of integrated coastal zone management and maritime spatial planning, and the new paradigm that recognizes the rights of nature. Finally, the article addresses the difficulties that arise in the incorporation of international norms into domestic law and in the functioning of mechanisms for public participation and control of compliance. In conclusion, it is argued that Law 22/2022 highlights the lack of adequate interaction between the multilateral governance system in the Mediterranean and the legal systems of the States.*

*Keywords: Legal personality, rights of nature; Barcelona Convention and Protocols; protected areas; spatial planning; systemic interlinkages; environmental access rights; communications to compliance bodies.*

# Questioni giuridiche sollevate dall'affondamento della portaerei São Paulo

BERNARDO MAGESTE CASTELAR CAMPOS

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti. – 3. I rischi per l'ambiente. – 4. La normativa in tema di trasporto dello scafo. – 4.1. Liceità dell'esportazione. – 4.2. Consenso informato della Turchia. – 4.3. Mancanza di notifica agli Stati di transito. – 5. La normativa relativa all'affondamento dello scafo. – 5.1. Il danno ambientale. – 5.2. Monitoraggio del danno ambientale. – 6. Conclusioni.

## 1. *Introduzione*

L'affondamento della portaerei *São Paulo* nell'Atlantico meridionale il 3 febbraio 2023 da parte della Marina brasiliana ha mosso proteste di alcune organizzazioni ambientaliste a causa dei possibili effetti negativi sull'ambiente marino. L'affondamento della nave è stato considerato “una catastrofe annunciata”<sup>1</sup> e perfino “un crimine ambientale sponsorizzato dallo Stato”<sup>2</sup> in grado di generare un “danno irreparabile all'ambiente marino, alla salute pubblica della popolazione e conseguenze sanitarie irreversibili”<sup>3</sup>. Il caso evidenzia le difficoltà nella disciplina di tali situazioni da parte del diritto internazionale, derivanti dalla mancanza

<sup>1</sup> A. FERRAZ, *Afundamento de porta-aviões desativado é resultado de sequência de erros e catástrofe anunciada, dizem ambientalistas*, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>2</sup> NGO SHIPBREAKING PLATFORM, *Press Release – Brazilian Navy suddenly seizes its old warship forcing it to sea*, in [shipbreakingplatform.org](http://shipbreakingplatform.org), consultato il 18 dicembre 2023.

<sup>3</sup> J.M. SANTOS, *Justiça nega pedido do MPF para impedir Marinha de afundar porta-aviões*, reperibile sulla rete interconnessa.

di regole chiare nei trattati internazionali esistenti e di meccanismi internazionali di controllo della condotta degli Stati e dei soggetti privati. Il presente contributo intende analizzare la fattispecie dal punto di vista del diritto internazionale, senza escludere la rilevanza di norme interne che trattano la materia.

## 2. *I fatti*

La portaerei (conosciuta con l'acronimo in portoghese NAe, "*Navio-Aeródromo*") *São Paulo* (A12) ha servito la Francia tra il 1963 e il 2000 con il nome di *Foch* (N99) ed è stata acquisita nel 2000 per essere la nave ammiraglia della Marina Militare brasiliana. A seguito di una serie di incidenti e lunghi periodi di manutenzione, la Marina brasiliana ha deciso di dismettere la portaerei nel 2017. Nel marzo 2021, lo scafo della nave è stato acquistato all'asta da una società turca, la *Sok Denizcilik*, che ha annunciato la decisione di smantellarlo presso i suoi cantieri navali ad Aliaga (Turchia). Successivamente, nel maggio 2022, l'esportazione è stata autorizzata dalle autorità turche e, il 4 agosto, lo scafo della portaerei ha iniziato a essere rimorchiato verso la Turchia, con le proteste di associazioni ambientaliste che sostenevano la presenza di sostanze tossiche nello stesso. In reazione a tali proteste, la Turchia ha annunciato il ritiro del consenso di esportazione della *São Paulo* il 26 agosto, mentre lo scafo si trovava in prossimità dello Stretto di Gibilterra. Le autorità turche chiedevano nuovi studi di impatto ambientale per determinare la reale quantità di sostanze tossiche a bordo dello scafo.

Le autorità brasiliane hanno chiesto che lo scafo della *São Paulo* rientrasse in Brasile all'inizio di settembre. Su impulso della Marina brasiliana, tra fine settembre e inizio ottobre 2022 lo scafo è arrivato nella zona economica esclusiva brasiliana, dove ha stazionato per diversi mesi in attesa dell'autorizzazione all'ormeggio in un porto del Brasile. A causa della sussistenza di dubbi sulle condizioni di galleggiabilità e stabilità dello scafo, il 9 novembre 2022 la Corte Federale di Pernambuco ha negato l'ingresso dello scafo nel porto di Suape, il più grande della regione nord-orientale del Paese. Allo stesso tempo, le autorità brasiliane hanno chiesto come condizione per l'ingresso in altri porti, che la società acqui-

rente effettuasse ispezioni particolarmente approfondite per verificare le condizioni di navigabilità dello scafo e che presentasse un'assicurazione per coprire eventuali danni causati dall'affondamento della nave e la rimozione del relitto. Tali requisiti non sarebbero stati rispettati e avrebbero causato il ritardo nella definizione della destinazione dello scafo<sup>4</sup>. In violazione della clausola del bando d'asta che vietava alla società acquirente di trasferire la nave, lo scafo è stato venduto verso fine dicembre alla *Msk Maritime Services*, società con sede nelle Isole Marshall che, fino a quel momento, aveva avuto l'incarico da parte della *Sok Denizcilik* di rimorchiare lo scafo in Turchia.

La Marina Militare brasiliana ha preso il controllo dello scafo il 20 gennaio 2023. Affermando che i danni allo scafo ne compromettevano la navigabilità, le Autorità brasiliane hanno ordinato l'affondamento controllato della *São Paulo*, avvenuto il 3 febbraio nell'oceano Atlantico a 350 chilometri dalla costa del Brasile e a una profondità di 5000 metri, dunque al di fuori dalle zone marittime di giurisdizione brasiliana.

Il 15 febbraio è stata intentata una causa per responsabilità civile per danni ambientali da parte dell'Ong *Instituto Bioma Brasil* contro le società coinvolte, il Governo brasiliano e l'ente pubblico responsabile della concessione della licenza di esportazione e prevenzione dei danni ambientali (l'Istituto Brasiliano per l'Ambiente e le Risorse Naturali Rinnovabili, IBAMA). A seguito del respingimento dell'azione – per difetto di *locus standi* dell'Ong – nel mese di marzo un'analogha causa è stata intentata questa volta dallo stesso Governo brasiliano, chiedendo alle società coinvolte e ai loro amministratori il risarcimento dei danni ambientali conseguenti al naufragio della nave e il rimborso dei costi derivati dal processo di affondamento, per complessivi 322 milioni di reais (circa 65 milioni di dollari).

La vicenda della *São Paulo* qui analizzata non è un caso isolato, ma anzi presenta chiare analogie con il caso relativo alla sua nave gemella, la portaerei francese *Clemenceau* (R-98). Nonostante la *Clemenceau* non abbia subito la stessa "tragica" fine della *São Paulo*, il suo smantellamento è stato oggetto di numerose cause legali, sempre relative all'inquina-

<sup>4</sup> Advocacia-Geral da União, *Ação Civil Pública* (Processo 0803727-78.2023.4.05.8300) (10 aprile 2023), pp. 4-6.

mento che sarebbe stato prodotto dalle sostanze tossiche presenti nel suo scafo<sup>5</sup>. Varata appena due anni prima della *Foch* e dismessa nel 2002, la *Clemenceau* è stata venduta l'anno successivo per essere riciclata in Spagna, ma successivamente sequestrata dalle autorità francesi quando veniva indebitamente trasportata in Turchia. Lo scafo ha subito in suolo francese un processo di rimozione parziale delle sostanze tossiche presenti e, successivamente, è stato trasportato ad Alang (India), per essere dismesso. Tuttavia, il suo ingresso in India è stato sospeso per una decisione della Corte Suprema indiana all'inizio del 2006 e lo scafo è stato riportato in Francia per la seconda volta. Venduto per la terza volta nel 2008, lo scafo della *Clemenceau* è stato trasportato nel Regno Unito nel 2009 per essere finalmente smaltito.

### 3. *I rischi per l'ambiente*

I possibili danni ambientali a seguito dell'affondamento della *São Paulo* hanno destato particolari apprensioni. Fin dal momento dell'asta nel 2021, diverse organizzazioni non governative hanno espresso preoccupazione per la presenza di sostanze tossiche sulla nave. Costruita tra il 1957 e il 1960, la portaerei conteneva nella sua struttura diversi materiali che, nei decenni successivi, sarebbero stati riconosciuti pericolosi per la salute umana. In particolare, tra le sostanze tossiche rilevate nella *São Paulo* vi era l'amianto, materiale fibroso di origine minerale utilizzato sulle navi per le sue proprietà di isolamento termico e resistenza al fuoco. L'inventario dei materiali pericolosi della *São Paulo* stimava la presenza di 9,6 tonnellate di amianto nel suo scafo<sup>6</sup>. Attualmente l'amianto è vietato in diversi Paesi a causa dei suoi effetti dannosi sul corpo umano e il suo carattere cancerogeno. Disperso nell'ambiente marino, la sostanza può provocare disturbi nella capacità di filtrazione e nella crescita degli organismi filtranti. In una nota emessa a fine gennaio 2023, l'IBAMA ha riconosciuto l'esistenza di amianto nelle lastre di isolamento termico della portaerei, sottolineando che “la sostanza non è esposta,

<sup>5</sup> Per una panoramica del caso, cfr A. TARDIEU, *Le démantèlement de la coque Q 790 et le droit international*, in *Annuaire Français de Droit International*, 2009, pp. 587-599.

<sup>6</sup> IBAMA, *Nota Técnica n° 1/2023/CGQUA/DIQUA* (13 gennaio 2023) p. 3.

né manipolata. Il rischio esiste solo nell'eventuale affondamento della antica portaerei<sup>7</sup>.

Nello scafo della *São Paulo* si trovano anche metalli pesanti, in particolare piombo, stagno, cadmio e arsenico utilizzati nella verniciatura della nave. Almeno 644 tonnellate di piombo e 10000 lampade contenenti mercurio sono state trovate sulla nave<sup>8</sup>. Questi metalli inquinanti si accumulano negli organismi marini e possono causare diversi effetti dannosi, influenzando la crescita e la riproduzione di diverse specie<sup>9</sup>. Il mercurio, in particolare, ha una grande capacità di concentrazione e di mobilità nelle catene alimentari e di provocare danni al sistema nervoso<sup>10</sup>.

Altro materiale che potrebbe essere presente nella *São Paulo* sono i policlorobifenili (PCB), composti chimici utilizzati nell'isolamento dei cavi e nelle vernici per migliorare l'adesione e la durata. Sebbene i PCB non siano stati rilevati nell'inventario dei materiali pericolosi realizzato sulla *São Paulo*<sup>11</sup>, associazioni ambientaliste sostengono che il loro uso diffuso sulle navi da guerra e il rilevamento sulla *Clemenceau* indicherebbero la possibilità dell'esistenza del componente nello scafo. I PCB non sono biodegradabili e si accumulano negli organismi, il che può causare immunodeficienza e problemi alla riproduzione<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> IBAMA, *Ex-navio São Paulo: informações essenciais*, in gov.br, consultato il 18 dicembre 2023.

<sup>8</sup> IBAMA, *Nota Técnica*, cit., p. 4.

<sup>9</sup> W. J. LANGSTON, *Toxic Effects of Metals and the Incidence of Metal Pollution in Marine Ecosystems*, in *Heavy Metals in the Marine Environment*, a cura di R. W. FURNESS, P. S. RAINBOW, Boca Raton, 1990, pp. 101-120.

<sup>10</sup> L. D. HYLANDER, M. E. GOODSITE, *Environmental costs of mercury pollution*, in *Science of the Total Environment*, 2006, pp. 352-370.

<sup>11</sup> NGO SHIPBREAKING PLATFORM, *Press Release – Brazil silent as renegade aircraft carrier moves in defiance of injunction and international law*, in shipbreakingplatform.org, consultato il 18 dicembre 2023.

<sup>12</sup> P. REIJNDERS, *Environmental impact of PCBs in the marine environment*, in *Environmental protection of the North Sea*, a cura di P. J. NEWMAN, A. R. AGG, Londra, 1988, pp. 85-98.

#### 4. *La normativa in tema di trasporto dello scafo*

Sotto il profilo giuridico, la prima condotta che occorre valutare nel caso della *São Paulo* riguarda l'autorizzazione per il trasporto dello scafo fino alla Turchia, attività svoltasi nel periodo compreso tra l'asta nel 2021 e la revoca del consenso all'esportazione da parte della Turchia nell'agosto 2022. Anche se lo scafo della nave è stato acquisito da una società privata e formalmente non apparteneva più al Brasile, il diritto internazionale impone comunque obblighi al Paese di esportazione per la sua corretta destinazione.

In particolare, tali obblighi sono contenuti nella Convenzione di Basilea del 1989 sul controllo dei movimenti oltre frontiera di rifiuti pericolosi e sulla loro eliminazione<sup>13</sup>, di cui il Brasile è parte dal 1992 e che ha come uno dei suoi pilastri fondamentali la gestione ecologica dei rifiuti (*environmentally sound waste management*). In questo senso, l'art. 4 della Convenzione stabilisce come principio fondamentale in materia l'obbligo per gli Stati di istituire controlli sulla produzione, l'eliminazione e il trasporto dei rifiuti.

La prima questione relativa alla possibilità di applicazione della Convenzione di Basilea nel caso in esame consiste nel comprendere se lo scafo della *São Paulo* possa essere considerato un "rifiuto" ai sensi della Convenzione. L'art. 2(1) della Convenzione definisce "rifiuti" (*wastes*) come "substances or objects which are disposed of or are intended to be disposed of or are required to be disposed of by the provisions of national law". Questa qualifica sussiste anche nel caso in cui lo scafo sia ancora considerato una nave ai sensi di altre convenzioni internazionali, come ad esempio la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982<sup>14</sup>. La Decisione VII/26 del 2004 della Conferenza delle Parti della Convenzione di Basilea ha espressamente riconosciuto che "a ship *may*

<sup>13</sup> *Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e sulla loro eliminazione* (conclusa il 22 marzo 1989, entrata in vigore il 5 maggio 1992) 1673 UNTS 57.

<sup>14</sup> *Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare* (conclusa il 10 dicembre 1982, entrata in vigore il 16 novembre 1994) 1833 UNTS 3. Sulle difficoltà di applicazione della Convenzione in relazione alle navi, cfr V. ROSSI, *The Dismantling of End-of-Life Ships: The Hong Kong Convention for the Safe and Environmentally Sound Recycling of Ships*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2010, pp. 283-284.

become waste as defined in article 2 of the Basel Convention and that at the same time it may be defined as a ship under other international rules”<sup>15</sup>. In questo caso non vi è alcuna controversia in merito, in quanto il governo brasiliano riconosce sia la qualificazione dello scafo della *São Paulo* come un “rifiuto”, sia l’applicazione della Convenzione di Basilea nel caso specifico.

#### 4.1. *Liceità dell’esportazione*

Una volta constatata l’applicazione della Convenzione di Basilea, si tratta dunque di verificare se l’esportazione dello scafo della *São Paulo* è lecito secondo la Convenzione. Nell’azione intentata contro lo Stato brasiliano a seguito dell’affondamento dello scafo della *São Paulo*, l’Ong *Instituto Bioma Brasil* ha affermato che il Brasile avrebbe violato gli obblighi previsti dall’art. 4(2)(b) della Convenzione, che stabilisce l’adozione di procedure per “ensure the availability of adequate disposal facilities, for the environmentally sound management of hazardous wastes and other wastes, that shall be located, to the extent possible, within it, whatever the place of their disposal”. Secondo l’Ong, il Brasile non avrebbe potuto esportare lo scafo, bensì trattarlo sul suolo nazionale.

Anche se, idealmente, gli impianti idonei all’eliminazione dovrebbero essere situati all’interno del Paese, la particolare natura e le dimensioni dello scafo della *São Paulo* pongono un evidente problema. Il governo brasiliano ha affermato infatti di non avere alcun cantiere navale accreditato per una simile operazione<sup>16</sup>. Impianti navali di riciclaggio che accettano navi di grandi dimensioni sono presenti soltanto in pochi Paesi, e solo alcuni di essi dispongono di strutture idonee dal punto di vista ambientale per svolgere tale operazione<sup>17</sup>. L’art. 4(2)(b) della Convenzione

<sup>15</sup> Conference of the Parties to the Basel Convention, *Decision VII/26 (2004) (Environmentally sound management of ship dismantling)* paragrafo 6.

<sup>16</sup> IBAMA, *Nota Técnica*, cit., p. 3.

<sup>17</sup> Il Regolamento UE n. 1257/2013 del 20 novembre 2013 relativo al riciclaggio delle navi (G.U. L 330, del 10 dicembre 2013), ad esempio, stabilisce l’“elenco europeo degli impianti di riciclaggio”. Gli impianti di riciclaggio autorizzati devono soddisfare i requisiti stabiliti dalla *Convenzione di Hong Kong per un riciclaggio sicuro ed ecologicamente adeguato delle navi* (conclusa il 15 maggio 2009, entrerà in vigore il 26 giugno 2025, testo pubblicato in *Diritto dei trasporti*, 2010, pp. 563 ss.) e ulteriori requisiti ambientali e di sicurezza più stringenti, ad esempio riguardanti la costruzione

di Basilea pare ammettere una tale possibilità, stabilendo che l'obbligo dello Stato in questo caso è limitato alla garanzia di disponibilità di adeguati impianti di smaltimento *per quanto possibile*. Inoltre, il comma 9(a) dello stesso articolo stabilisce espressamente che i movimenti di rifiuti pericolosi oltre frontiera possono essere autorizzati se lo Stato di esportazione “does not have the technical capacity and the necessary facilities, capacity or suitable disposal sites in order to dispose of the wastes in question in an environmentally sound and efficient manner”.

Al netto di ciò, e dunque pur considerando che non esistono in Brasile cantieri navali in grado di riciclare la *São Paulo*, ci si deve comunque chiedere se esistano all'interno del Paese dei luoghi in grado di rimuovere sostanze pericolose dalla nave, per poi destinarle al riciclaggio. Il processo di “de-amiantizzazione” dalla *Clemenceau*, realizzata dalla Francia internamente dopo che le era stato negato l'ingresso in India a causa delle sostanze tossiche presenti nello scafo, avrebbe potuto servire da esempio per questo tipo di situazioni. Questa possibilità non è stata tuttavia presa in considerazione dal governo brasiliano, ma in ogni caso non sarebbe un obbligo ai sensi della Convenzione di Basilea.

#### 4.2. *Consenso informato della Turchia*

La società *Sok Denizcilik* che ha acquisito lo scafo della *São Paulo* all'asta tenutasi nel 2021 ha comunicato la decisione di inviarlo ad un suo impianto in Turchia per il riciclaggio. Tuttavia, secondo l'Ong *Basel Action Network*, il trasporto potrebbe risultare illegale, in quanto la Turchia non permette l'importazione di rifiuti pericolosi<sup>18</sup>. L'art. 4(1)

dell'impianto e la gestione e stoccaggio dei materiali e dei rifiuti pericolosi. Dal 31 dicembre 2018, le navi possono essere riciclate solo in uno degli impianti elencati nell'elenco europeo degli impianti di riciclaggio delle navi. Al di fuori dell'Unione Europea, sono elencate solo le strutture in Turchia, Stati Uniti e Regno Unito. Sul rapporto tra i due strumenti cfr D. CASCIANO, *Il riciclaggio delle navi: la Convenzione di Hong Kong del 15 maggio 2009 e il regolamento (UE) n. 1257/2013 del Parlamento e del Consiglio del 20 novembre 2013*, in *Diritto dei trasporti*, 2022, pp. 1 ss.

<sup>18</sup> Secondo l'Ong, la Turchia sarebbe anche parte del *Protocollo di Izmir relativo alla prevenzione dell'inquinamento nel Mediterraneo derivante da movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e dal loro smaltimento* (concluso il 1° ottobre 1996, entrata in vigore il 19 dicembre 2007, 2942 UNTS 155) della *Convenzione di Barcellona sulla prevenzione ed il controllo dell'inquinamento nel Mediterraneo* (conclusa il 16 febbraio 1976, entrata in

(b) della Convenzione di Basilea stabilisce che le Parti “shall prohibit or shall not permit the export of hazardous wastes and other wastes to the Parties which have prohibited the import of such wastes, when notified”. La Turchia, infatti, aveva notificato a termini di tale articolo un divieto nazionale di importazione di rifiuti pericolosi tanto per lo smaltimento finale quanto per il recupero<sup>19</sup>.

Nonostante ciò, la Turchia ha accettato l'importazione della portaerei, essendo a conoscenza dell'esistenza di materiali pericolosi a bordo. Contrariamente a quanto sostiene l'Ong, l'importazione dello scafo in Turchia non sembra costituire una violazione della Convenzione di Basilea *da parte del Brasile*, in quanto è stata effettuata con l'espresso consenso del Paese importatore. L'art. 4 della Convenzione attribuisce alle Parti il diritto di veto all'importazione di prodotti pericolosi, ma tale divieto non impedisce la concessione di autorizzazioni *ad hoc*. Il consenso, inoltre, è considerato una circostanza che preclude l'illecito secondo gli Articoli sulla responsabilità dello Stato per atti internazionalmente illeciti adottati dalla Commissione di diritto internazionale del 2001<sup>20</sup>.

Diverso è, invece, il problema della base fattuale su cui la Turchia ha fondato il suo consenso. L'altro pilastro essenziale della Convenzione di Basilea è il concetto di consenso informato preventivo (*prior informed consent*). L'art. 6 stabilisce l'obbligo per gli Stati di esportazione di notificare allo Stato di importazione l'esistenza dei rifiuti pericolosi trasportati, o di obbligare l'esportatore a farlo (paragrafo 1). Tale notifica deve contenere una serie di informazioni, quali, ad esempio, il nome e la descrizione fisica dei rifiuti; per di più, l'autorizzazione all'esportazione può essere concessa solo previa conferma espressa del consenso dello Stato di importazione (paragrafo 3). La Convenzione di Basilea richiede genericamente soltanto la descrizione fisica e la composizione dei rifiuti<sup>21</sup>. Nello specifico caso di esportazione delle navi per lo sman-

vigore il 12 febbraio 1978, 1102 UNTS 27), che vieta l'importazione di rifiuti pericolosi. BASEL ACTION NETWORK, *Brazil Silent as Renegade Aircraft Carrier Moves in Defiance of Injunction and International Law*, in ban.org, consultato il 18 dicembre 2023.

<sup>19</sup> Informazioni reperibili sulla rete interconnessa.

<sup>20</sup> Progetto di articoli sulla Responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti (2001), Art. 20. *Yearbook of the International Law Commission* 2001, Vol II(2), p. 72.

<sup>21</sup> *Convenzione di Basilea*, cit., Allegato V-A.

tellamento, tale descrizione viene generalmente effettuata attraverso un Inventario dei Materiali Pericolosi (*Inventory of Hazardous Materials*, IHM). Il contenuto di questo documento è precisato in diversi strumenti, come la Convenzione di Hong Kong del 2009 per un riciclaggio sicuro ed ecologicamente adeguato delle navi<sup>22</sup> – non ancora in vigore –, il Regolamento UE sul riciclaggio delle navi del 2013 (n. 1257/2013), nonché le *Guidelines* dell’Organizzazione marittima internazionale per lo sviluppo dell’inventario dei materiali pericolosi del 2015 (Risoluzione IMO MEPC.269 (68)). I tre testi prevedono che l’IHM contenga, come minimo, l’identificazione dei materiali pericolosi, la loro ubicazione nella struttura o nell’equipaggiamento della nave e la loro quantità approssimative<sup>23</sup>. Sebbene non siano vincolanti né per il Brasile né per la Turchia, tali strumenti sono stati utilizzati come criteri di riferimento per la realizzazione dell’IHM della *São Paulo* in diverse occasioni.

Il bando dell’asta tenutasi nel 2021 prevedeva l’obbligo dell’acquirente di procedere al “riciclaggio sicuro ed ambientalmente appropriato” dello scafo della *São Paulo* e di certificare che tale riciclaggio sarebbe stato effettuato con il consenso dello Stato di importazione (ai sensi dell’art. 6(3) della Convenzione di Basilea). Era inoltre richiesta la presentazione dei piani di trasporto e riciclaggio dello scafo e un IHM “approvato da una società di classificazione indipendente” basato sulle *Guidelines* dell’Organizzazione marittima internazionale per lo sviluppo dell’inventario dei materiali pericolosi del 2015 e sul Codice per le organizzazioni riconosciute (codice RO) del 2013 (Risoluzione IMO MSC.349(92))<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> La *Convenzione di Hong Kong per un riciclaggio sicuro ed ecologicamente adeguato delle navi* (cit.) entrerà in vigore il 26 luglio 2025, una volta soddisfatti i tre requisiti stabiliti nell’art. 17. Questi requisiti includono la ratifica da parte di almeno 15 Stati, le cui flotte mercantili rappresentino non meno del 40% della stazza lorda mondiale, con una capacità di riciclaggio annuale combinata di almeno il 3% della stazza lorda della flotta mercantile. Ad inizio 2024, la Convenzione era stata ratificata da 22 Stati, che rappresentano circa il 45,91% della stazza lorda della flotta mercantile mondiale e il 3,31% del volume annuale di riciclaggio richiesto. Tra i paesi che hanno ratificato la convenzione ci sono il Bangladesh, l’India e la Turchia, tre importanti attori nel campo del riciclaggio delle navi.

<sup>23</sup> *Convenzione di Hong Kong*, cit., regulation 5; Regolamento UE n. 1257/2013, cit., art. 5; Resolution MEPC.269(68) (2015 Guidelines for the Development of the Inventory of Hazardous Materials) MEPC 68/21/Add.1, section 4.

<sup>24</sup> Marinha do Brasil, *Edital de Licitação EMGEPRON n° 067/2020*, paragrafo 9.1

L'IHM della *São Paulo* è stato effettuato dall'azienda norvegese *Grieg Green* nel 2021. Secondo quanto affermato dalla società, l'inventario è stato effettuato nel rispetto delle regole internazionali, comprese le *Guidelines* dell'IMO del 2015, il Regolamento UE sul riciclaggio delle navi del 2013 e la Convenzione di Hong Kong<sup>25</sup>. L'IHM ha indicato nello scafo l'esistenza di 10000 lampade al mercurio, circa 645 tonnellate di piombo e 10 tonnellate di amianto<sup>26</sup>. Questi valori sono stati contestati sia da alcune Ong sia da enti ambientali governativi, soprattutto se rapportati alla quantità di sostanze tossiche rinvenute da una precedente valutazione fatta sulla *Clemenceau*. Secondo l'Ong *Shipbreaking Platform*, ad esempio, l'inventario dei materiali pericolosi realizzato nella *São Paulo* “potrebbe aver notevolmente sottovalutato le quantità di amianto cancerogeno, vernici tossiche, sostanze radioattive e bifenili policlorurati (PCB)”<sup>27</sup>. La quantità di amianto nella *Clemenceau* è stata stimata in 760 tonnellate insieme a 65 tonnellate di PCB, contro 10 tonnellate di amianto e nessun PCB nella *São Paulo*<sup>28</sup>. La società *Grieg Green* ha successivamente affermato che le informazioni erano soltanto una stima di massima, non avendo potuto accedere all'intera nave<sup>29</sup>. Secondo la società, “potrebbe esserci un grande divario tra la quantità effettiva [di amianto] esistente a bordo rispetto ai risultati dell'IHM”<sup>30</sup>.

Tale discrepanza dimostra l'assenza di informazioni sufficientemente accurate su cui basare il consenso informato dello Stato di importazione dello scafo della nave. L'accettazione iniziale della Turchia si fondava sulla quantità di rifiuti tossici risultante dall'IHM effettuato nel 2021<sup>31</sup>; di conseguenza, la decisione dell'agosto 2022 di negare il consenso alla

(“Obblighi dell'offerente”).

<sup>25</sup> BASEL ACTION NETWORK, cit.

<sup>26</sup> IBAMA, *Nota Técnica*, cit., pp. 3-4.

<sup>27</sup> BASEL ACTION NETWORK, cit.

<sup>28</sup> BASEL ACTION NETWORK, cit.

<sup>29</sup> Secondo la società, vari luoghi della nave sono stati sigillati oppure erano inaccessibili o senza circolazione d'aria durante l'ispezione a bordo.

<sup>30</sup> BASEL ACTION NETWORK, cit.

<sup>31</sup> Nel luglio 2022, il ministro dell'Ambiente e dei cambiamenti climatici della Turchia si era manifestato nel senso di confermare l'accettazione dell'importazione dovuta alla piccola presenza rilevata di sostanze pericolose. Ministero della Turchia per l'Ambiente, l'Urbanizzazione e il Cambiamento Climatico, Bakan Kurum'dan Asbestli Gemi ddialarina Yanit, in [csb.gov.tr](http://csb.gov.tr), consultato il 18 dicembre 2023.

esportazione dello scafo è stata motivata dalle accuse secondo cui l'IHM non rifletterebe la reale situazione delle sostanze pericolose presenti. In questa occasione, la Turchia ha richiesto un nuovo IHM fatto in conformità con il Regolamento UE sul riciclaggio delle navi insieme a fotografie delle aree di campionamento<sup>32</sup>.

L'art. 6 della Convenzione di Basilea prevede l'obbligo del Brasile di fornire le informazioni necessarie su cui basare il consenso informato della Turchia, compreso un corretto inventario dei materiali pericolosi. Ciò riguarda non solo la richiesta nel bando d'asta dell'IHM da eseguire dalla società acquirente dello scafo, ma anche il controllo, da parte del Brasile, della sua corrispondenza a quanto effettivamente si trova sullo scafo.

#### 4.3. *Mancaza di notifica agli Stati di transito*

Secondo l'Ong *Shipbreaking Platform*, l'esportazione della *São Paulo* è stata effettuata senza notifica e consenso degli Stati di transito<sup>33</sup>. L'art. 6(4) della Convenzione di Basilea richiede, prima dell'esportazione, la notifica formale di qualsiasi "Stato di transito" (*State of transit*), definito dall'art. 2(12) come "any State, other than the State of export or import, through which a movement of hazardous wastes or other wastes is planned or takes place"<sup>34</sup>. Ciò richiederebbe per il trasporto tra Brasile e Turchia la notifica di almeno sei Stati mediterranei (Marocco, Spagna, il Regno Unito per lo Stretto di Gibilterra, Italia, Malta e Grecia), procedura che non è stata rispettata nella vicenda qui in esame.

In risposta a tale accusa, il Governo brasiliano ha affermato che la notifica degli Stati di transito non risulta necessaria nel caso in cui la nave non si ferma in un porto<sup>35</sup>. Questa interpretazione è apparentemente ammessa dalla Convenzione di Basilea dal momento che (per mancanza di accordo tra le Parti) la definizione di Stato di transito contenuta nella

<sup>32</sup> IBAMA, *Nota Técnica*, cit., p. 2.

<sup>33</sup> NGO SHIPBREAKING PLATFORM, *Press Release – Toxic warship "Clemenceau II" starts voyage from Brazil to the Mediterranean Sea*, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>34</sup> *Convenzione di Basilea*, cit., art. 2(12).

<sup>35</sup> BASEL ACTION NETWORK, *Open Response Letter of Basel Action Network to IBAMA regarding Export of the Ship São Paulo from Brazil to Turkey*, reperibile sulla rete interconnessa.

Convenzione non esplicita se il sistema normativo di notifica da essa previsto includa anche il transito nel mare territoriale<sup>36</sup>. Tuttavia, nel 2019, la Conferenza delle Parti della Convenzione di Basilea ha stabilito una guida per l'applicazione dell'art. 6(4), secondo la quale “any transboundary movement crossing the territorial sea and/or exclusive economic zone constitutes a ‘transit’ transboundary movement for the purposes of the Basel Convention, which requires prior notification to and consent of the coastal State”<sup>37</sup>. Sebbene non vincolante, la guida dimostra un'interpretazione accettata dalla maggioranza delle Parti alla Convenzione del termine “Stato di transito” e degli obblighi previsti dalla Convenzione<sup>38</sup>. Inoltre, sebbene la Convenzione di Basilea non preveda esplicitamente l'obbligo di notifica degli Stati di transito, il riconoscimento di tale obbligo si deduce dagli obiettivi fondamentali della Convenzione, che includono la promozione della trasparenza nelle spedizioni transfrontaliere di rifiuti pericolosi e la salvaguardia degli interessi degli Stati coinvolti<sup>39</sup>. Pertanto, il Brasile avrebbe dovuto notificare gli Stati di transito in conformità con tali principi.

##### 5. *La normativa relativa all'affondamento dello scafo*

Il diritto internazionale non disciplina o vieta l'affondamento di navi in generale, soprattutto se effettuato all'interno della giurisdizione degli

<sup>36</sup> K. KUMMER, *International Management of Hazardous Wastes: The Basel Convention and Related Legal Rules*, Oxford, 1995, p. 53.

<sup>37</sup> Conference of the Parties to the Basel Convention, *Guidance on the implementation of paragraph 4 of article 6 of the Basel Convention on transit transboundary movements (UN Doc UNEP/CHW.14/INF/26, 7 marzo 2019)*, pp 6-7.

<sup>38</sup> La guida, tuttavia, non può essere considerata come un “accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato” ai sensi dell'Art. 31, paragrafo 3, lettera b), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), poiché la stessa guida chiarisce che diversi Stati ritengono che un semplice passaggio attraverso la loro zona economica esclusiva o il loro mare territoriale non è considerato un movimento transfrontaliero di “transito” ai fini della la Convenzione di Basilea, compresi Austria, Belgio, Bulgaria, Croazia, Estonia, Germania, Irlanda, Portogallo e Slovacchia.

<sup>39</sup> A. FODELLA, *Il movimento transfrontaliero di rifiuti pericolosi nel diritto internazionale*, Torino, 2004, pp. 227-228. Cfr anche L. PINESCHI, *La Convenzione sul controllo dei movimenti transfrontalieri e il deposito di rifiuti pericolosi (Basilea, 22 marzo 1989)*, in questa *Rivista*, 1989, pp. 605 ss.

Stati. In diverse occasioni le navi vengono affondate per fungere da barriera artificiale, come è il caso della portaerei *USS Oriskany*, affondata nel 2006 al largo delle coste degli Stati Uniti per il ripopolamento della fauna marina e la promozione del turismo subacqueo. Tuttavia, l'esistenza di sostanze pericolose e il rischio per l'ambiente possono aggiungere limitazioni giuridiche a questa condotta, come nel caso della *São Paulo*. La seconda condotta che occorre valutare nel caso della *São Paulo* riguarda, dunque, le azioni intraprese da settembre 2022 al 3 febbraio 2023, periodo durante il quale lo scafo è rimasto nel litorale brasiliano in attesa di una destinazione e, in seguito, è stato affondato.

Dopo la revoca del consenso da parte della Turchia il 26 agosto 2022, anche le autorità brasiliane hanno revocato l'autorizzazione all'esportazione dello scafo e determinato il suo ritorno in Brasile. Lo scafo è tornato in tale Paese ed è rimasto in una zona marittima determinata dalla Marina brasiliana, essendo stato negato il suo ingresso nei porti nazionali sia dalle autorità amministrative locali, sia da quelle giudiziarie. La mancata adozione di misure nel corso di questo arco di tempo ha accelerato il deterioramento dello scafo della nave, aumentando, evidentemente, la possibilità di danni ambientali.

Il 20 gennaio 2023 la Marina brasiliana ha ripreso lo scafo come "autorità con il potere di polizia della navigazione marittima" per "salvaguardare, in caso di emergenza, gli interessi nazionali legati al traffico navale e alla tutela dell'ambiente"<sup>40</sup>. Due settimane dopo, la Marina brasiliana ha effettuato l'affondamento controllato della *São Paulo* utilizzando esplosivi collocati nello scafo. Il Governo brasiliano ha affermato che la decisione di affondare la nave sia stata resa necessaria a causa della negligenza delle società *Sok Denizcilik* e *Msk Maritime Services* nell'adottare le misure necessarie per far attraccare lo scafo in un porto brasiliano per riparazioni. Il governo brasiliano riconosce l'esistenza di danni ambientali causati dal naufragio della *São Paulo*, ma ne attribuisce la responsabilità alle due società coinvolte nell'acquisto e nell'esportazione dello scafo della nave<sup>41</sup>.

Anche se le società possono essere ritenute responsabili delle loro condotte, tuttavia l'affondamento dello scafo della *São Paulo* il 3 feb-

<sup>40</sup> Advocacia-Geral da União, cit., p. 7.

<sup>41</sup> Advocacia-Geral da União, cit., p. 8.

braio è stato effettivamente compiuto dalla Marina brasiliana; tale atto è, dunque, da attribuire al Brasile secondo le regole sulla responsabilità internazionale degli Stati<sup>42</sup>. Occorre però appurare se la condotta in esame costituisca una violazione di un obbligo internazionale incombente in capo al Brasile, tale da far sorgere la sua responsabilità.

### 5.1. *Il danno ambientale*

La mera constatazione del danno ambientale non è sufficiente di per sé per stabilire la responsabilità dello Stato autore della condotta. La responsabilità dello Stato sorge quando non vengono adottate le misure necessarie per prevenire il danno ambientale causato<sup>43</sup>. Il contenuto di questo principio generale di prevenzione, presente nel diritto internazionale dell'ambiente, varia in base all'attività e alle circostanze specifiche di ciascun caso<sup>44</sup>. Pertanto, la legalità o meno della condotta del Brasile nel caso specifico dell'affondamento della *São Paulo* va valutata alla luce dei diversi strumenti pattizi cui tale Stato è parte.

Uno di questi è la Convenzione di Londra del 1972 sulla prevenzione dell'inquinamento marino causato dallo scarico di rifiuti ed altre materie<sup>45</sup>, trattato internazionale a cui il Brasile ha aderito nel 1982. L'art.

<sup>42</sup> La Marina brasiliana si qualifica come un "organo dello Stato" ai sensi dell'art. 4(1) degli Articoli sulla responsabilità dello Stato adottati dalla Commissione di diritto internazionale del 2001 perché appartiene alla struttura dell'organizzazione dello Stato brasiliano.

<sup>43</sup> T. SCOVAZZI, *La responsabilità internazionale per violazione di norme relative alla protezione dell'ambiente*, a cura di FODELLA, PINESCHI, Torino, 2009, pp. 192-195.

<sup>44</sup> Nel suo Parere Consultivo n° 23 del 15 novembre 2017 sull'*Ambiente e i diritti umani*, la Corte interamericana dei diritti umani ha riconosciuto che "it is not possible to enumerate all the measures that could be adopted to comply with the obligation of prevention, because they will vary according to the right in question and according to conditions in each State party", ma che "certain minimum measures can be defined that States must take within their general obligation to take appropriate measures to prevent human rights violations as a result of damage to the environment", quali gli obblighi di regolamentare; supervisionare e monitorare; richiedere e approvare valutazioni di impatto ambientale; stabilire piani di emergenza; e mitigare il danno ambientale (OC-23/17, Series A n° 23, pp. 57-58).

<sup>45</sup> *Convenzione sulla prevenzione dell'inquinamento marino causato dallo scarico di rifiuti ed altre materie* (conclusa il 29 dicembre 1972, entrata in vigore il 30 agosto 1975) 1046 UNTS 120.

IV(1) della Convenzione vieta “the dumping of any wastes or other matter in whatever form or condition except as otherwise specified” nella Convenzione. L'affondamento della portaerei ricade sotto il concetto di “scarico” (*dumping*), poiché l'art. III(1)(ii) comprende nella definizione di scarico “any deliberate disposal at sea of vessels, aircraft, platforms or other manmade structures at sea”.

La Convenzione di Londra disciplina in modo differente le diverse forme di rifiuti elencati nei suoi Allegati. Ad esempio, è vietato lo scarico di composti organo-alogenici, mercurio e cadmio, materiali elencati nell'Allegato I alla Convenzione e presenti nello scafo della *São Paulo*. Già lo scarico di materiali elencati nell'Allegato II – come rifiuti contenenti quantità notevoli di cromo, piombo e rame – è subordinato al preventivo rilascio di una autorizzazione specifica da parte dello Stato. Come detto, nello scafo sarebbero presenti circa 645 tonnellate di metalli pesanti, principalmente piombo<sup>46</sup>.

Pur riconoscendo l'esistenza di tali materiali sullo scafo ed i relativi rischi per l'ambiente, il governo brasiliano ha giustificato il suo affondamento “al fine di evitare la possibilità di incagli o affondamenti che potrebbero rappresentare un pericolo per la navigazione o interdire il canale di accesso a un porto nazionale, con perdite logistiche, operative, ambientali ed economiche per lo Stato brasiliano”<sup>47</sup>. La giustificazione del Brasile si basa, quindi, sulla presunta esistenza di un alto rischio di naufragio dello scafo nelle acque interne durante il trasporto verso un porto per le riparazioni. Questo rischio di affondamento è stato accettato dalla Marina brasiliana in una relazione tecnica redatta il 13 gennaio 2022, in cui si prendeva atto dell’“aumento critico del degrado della sicurezza dello scafo”, a causa della perdita delle condizioni di galleggiabilità e stabilità per la navigazione in mare aperto<sup>48</sup>. Il naufragio dello scafo, quindi, sarebbe stato inevitabile e l'operazione di affondamento controllato sarebbe stata la scelta preferibile per ridurre i danni causati da un naufragio vicino alla costa. In altre parole, quello del Brasile è stato configurato come un “provvedimento assolutamente indesiderato,

<sup>46</sup> IBAMA, *Nota Técnica*, cit., p. 4.

<sup>47</sup> Ministério da Defesa, *Nota Oficial sobre desmanche do ex-navio São Paulo*, in gov.br/defesa, consultato il 18 dicembre 2023.

<sup>48</sup> Advocacia-Geral da União, cit., p. 7.

ma che era l'unico provvedimento meno gravoso che si poteva adottare a fronte dell'abbandono dello scafo da parte della società proprietaria (Sok) e della società che successivamente ha preso il controllo dello scafo (Msk)<sup>49</sup>.

L'art. V della Convenzione di Londra prevede, inoltre, che lo scarico dei rifiuti vietati possa essere fatto eccezionalmente “when it is necessary to secure the safety of human life or of vessels, aircraft, platforms or other man-made structures at sea in cases of *force majeure* caused by stress of weather or in any case which constitutes a danger to human life or a real threat to vessels, aircraft, platforms or other man-made structures at sea, if dumping appears to be the only way of averting the threat and if there is every probability that the damage consequent upon such dumping will be less than would otherwise occur”. L'argomentazione presentata dal Brasile sembra giustificare la misura come un “danno meno grave” (*less damage*) ai sensi dell'art. V della Convenzione, in particolare la “tutela della vita umana” a fronte dei rischi all'ambiente e la “sicurezza delle navi” per l'esistenza di un rischio di un “grave incidente di navigazione” sostenuto dal Brasile.

Le condizioni richieste dall'art. V, tuttavia, non sono chiaramente stabilite nel caso. Non è stato dimostrato infatti che l'affondamento dello scafo sarebbe *il solo mezzo* possibile per evitare tali danni o se, invece, sarebbe stato possibile avvalersi di altre possibilità, compresa la riparazione provvisoria dello scafo in mare aperto. Inoltre, non sono stati confrontati i danni dall'affondamento in alto mare con quelli di un affondamento nelle acque interne, al fine di valutare se tale rischio avrebbe potuto ragionevolmente essere sostenuto. Tali fallimenti dimostrano l'assenza di una valutazione completa dell'impatto ambientale da parte del governo brasiliano, come richiesto dal principio di prevenzione esistente nel diritto ambientale internazionale<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Advocacia-Geral da União, cit., p. 8.

<sup>50</sup> L'obbligo di condurre una valutazione di impatto ambientale è stato oggetto di diverse sentenze da parte di tribunali internazionali. Questo obbligo è stato considerato un requisito del diritto internazionale generale quando sussiste il rischio di un impatto negativo significativo a livello transfrontaliero, come evidenziato dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 20 aprile 2010 nell'affare *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina c. Uruguay)* (I.C.J. Reports, 2010, p. 83, par. 204, la sentenza è riprodotta in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, pp. 471 ss.). Inoltre,

In ogni caso, la misura dell'art. V sarà autorizzata soltanto se effettuato “as to minimize the likelihood of damage to human or marine life”. Il Brasile sostiene che i rischi di danno ambientale sarebbero stati ridotti scegliendo come luogo dell'affondamento un'area distante ben 350 km dalla costa e con una profondità di circa 5000 metri. La scelta del luogo sarebbe stata fatta sulla base di studi condotti della Marina brasiliana, che avrebbe dunque tenuto in debita considerazione gli “aspetti relativi alla sicurezza della navigazione e all'ambiente, con particolare attenzione alla mitigazione degli impatti sulla salute pubblica, sulle attività di pesca e sugli ecosistemi”<sup>51</sup>. È stato affermato, inoltre, che la decisione sarebbe stata basata su “criteri che soddisfano i parametri stabiliti [dalla Convenzione di Londra]”<sup>52</sup>. Tuttavia, non sono state rese note né le ragioni tecniche relative alla scelta dell'area né il motivo per cui tale scelta andrebbe a ridurre al minimo gli impatti sulla vita umana e sull'ambiente. Il Governo brasiliano sostiene che “l'affondamento effettuato in un'area profonda, come in questo caso, tende a mitigare alcuni impatti negativi, sebbene [...] persista una serie di effetti negativi e dannosi per l'ambiente”<sup>53</sup>. Una delle possibili azioni che si sarebbero potute adottare sarebbe consistita nella rimozione delle sostanze tossiche dallo scafo prima dell'affondamento. Tuttavia, tale misura sembra essere impraticabile in

il medesimo obbligo è considerato un fattore rilevante per determinare se uno Stato ha agito con la dovuta diligenza, come dichiarato dal Tribunale internazionale del diritto del mare nel parere consultivo n° 17 del 1° febbraio 2011 su *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area* (ITLOS Reports, 2011, p. 49, par. 142). La Corte interamericana dei diritti umani, nel suo parere n. 23/17 del 15 novembre 2017 sull'*ambiente e i diritti umani* (cit.), ha stabilito che, nonostante il contenuto specifico della valutazione di impatto ambientale dipenda dalle circostanze di ciascun caso, devono essere rispettate alcune condizioni. Tra queste, vi sono l'effettuazione della valutazione da parte di entità indipendenti prima dell'inizio dell'attività, l'inclusione dell'impatto cumulativo dell'attività, il rispetto delle tradizioni e della cultura delle popolazioni indigene e la partecipazione di tutti gli Stati interessati (pp. 61-67, par. 156-170). Per una più approfondita analisi su come i tribunali internazionali interpretano questo obbligo, cfr Y. TANAKA, *Princípio 17*, in *Comentário Brasileiro à Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*, a cura di TOLEDO, LIMA, Belo Horizonte, 2022, pp. 411 ss.

<sup>51</sup> Marinha do Brasil, *Nota Oficial*, in [marinha.mil.br](http://marinha.mil.br), consultato il 18 dicembre 2023.

<sup>52</sup> Advocacia-Geral da União, cit., p. 8.

<sup>53</sup> Advocacia-Geral da União, cit., p. 27.

alto mare, presentando non solo sfide tecniche ma anche rischi per la vita dei lavoratori.

Alcuni enti di protezione ambientale hanno affermato che il Brasile ha anche violato la Convenzione di Stoccolma del 2001 sugli inquinanti organici persistenti<sup>54</sup>, ratificata da tale Stato nel 2005. La convenzione mira a proteggere la salute umana e l'ambiente contro gli inquinanti organici persistenti (*Persistent Organic Pollutants*, POPs) categoria a cui appartengono i PCB. Tali sostanze chimiche tossiche non solo permangono nell'ambiente per un lungo periodo di tempo, ma possono anche accumularsi tra loro, nonché passare da una specie all'altra attraverso la catena alimentare. Sebbene l'IHM del 2021 non abbia identificato l'esistenza di PCB nello scafo della *São Paulo*, l'Ong *Shipbreaking Platform* sostiene che un confronto con l'inventario effettuato per la *Clemenceau* indicherebbe l'esistenza di tali sostanze nello scafo<sup>55</sup>.

Secondo l'art. 6(1)(d)(ii) della Convenzione di Stoccolma, ogni Stato ha l'obbligo di adottare delle misure per smaltire i POPs, in modo tale che gli inquinanti organici siano distrutti o trasformati irreversibilmente e non presentino più le caratteristiche inquinanti. Tale articolo ammette che i POP possano essere smaltiti anche "in an environmentally sound manner when destruction or irreversible transformation does not represent the environmentally preferable option or the persistent organic pollutant content is low, taking into account international rules, standards, and guidelines". Sebbene l'affondamento dello scafo non rappresenti in generale "la soluzione preferibile dal punto di vista ambientale" (*environmentally preferable option*) per smaltire i POPs, il Brasile ha ritenuto che quella fosse "l'unica misura meno gravosa che potesse essere adottata"<sup>56</sup>, a causa delle condizioni dello scafo.

Si potrebbe sostenere che l'affondamento della *São Paulo* fosse l'opzione più auspicabile dal punto di vista ambientale, dato il rischio connesso al tentativo di rimorchiarla verso un porto. In linea di principio, tale giustificazione appare conforme alle disposizioni presenti nell'art. V della Convenzione di Londra e nell'art. 6(1)(d)(ii) della Convenzione di

<sup>54</sup> *Convenzione di Stoccolma sugli inquinanti organici persistenti* (conclusa il 22 maggio 2001, entrata in vigore il 17 maggio 2004) 2256 UNTS 119.

<sup>55</sup> NGO SHIPBREAKING PLATFORM, *Press Release - Brazil deliberately sinks its toxic aircraft carrier in the Atlantic Ocean*, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>56</sup> Advocacia-Geral da União, cit., p. 8.

Stoccolma, che ammettono il mancato rispetto di determinati obblighi derivanti dai trattati quando tale mancato rispetto risulta essere il modo migliore per proteggere l'ambiente o altri interessi dello Stato, come la tutela della vita umana.

La preoccupazione per la tutela dell'ambiente è stata invocata dal Brasile per giustificare l'affondamento dello scafo della *São Paulo*. Anche se tale giustificazione appare di per sé appropriata, sembrano essere determinanti ai fini della decisione di affondare lo scafo anche le preoccupazioni di natura economica legate all'accesso ai porti e al potenziale danno per l'economia brasiliana. È opportuno ribadire in questa sede che questi interessi non sono presi in considerazione dalle Convenzioni di Londra e Stoccolma per poter giustificare il mancato rispetto degli obblighi in esse contenuti; proprio questo aspetto pone molte ombre e molti dubbi sulla legittimità della condotta del Brasile.

Va sottolineato che, in astratto, la tutela di interessi diversi da quelli ambientali potrebbe giustificare la condotta del Brasile se basata sull'istituto della necessità. Ai sensi dell'art. 25 dei già richiamati Articoli sulla responsabilità dello Stato del 2001, l'esistenza di uno stato di necessità può giustificare la violazione di un obbligo se la condotta antigiuridica dello Stato costituisce l'unico mezzo a disposizione di quest'ultimo per salvaguardare un "interesse essenziale" da un "pericolo grave e imminente", come nel caso in questione. Tuttavia, la difficoltà nell'adottare tale spiegazione risiede nel fatto che lo stato di necessità non può essere invocato se la condotta dello Stato pregiudica un interesse essenziale dello Stato o degli Stati verso cui l'obbligo violato esiste o della comunità internazionale nel suo insieme (1b). In questo caso, il rischio di inquinamento dell'Atlantico meridionale causato dall'affondamento dello scafo e gli effetti dannosi a lungo termine delle sostanze inquinanti potrebbero ledere gli interessi essenziali degli Stati del Sud America e dell'Africa o della comunità internazionale nel suo insieme. Per di più, la necessità non può essere invocata come scusante quando lo Stato ha contribuito con il proprio comportamento a determinare la situazione di necessità (2a). In tal riguardo, la condotta omissiva delle autorità brasiliane nei mesi in cui lo scafo della portaerei era alla deriva può essere individuata come una delle cause del deterioramento dello scafo e dell'insorgere di tale situazione di necessità. Per questi motivi, il comportamento del Brasile è difficilmente giustificabile alla luce dello stato di necessità.

## 5.2. Monitoraggio del danno ambientale

Alle riflessioni già avanzate, occorre aggiungere che il verificarsi del danno ambientale non va ad estinguere ulteriori obblighi in capo al Brasile, in particolare l'obbligo di monitorare gli effetti dell'inquinamento causato. Generalmente, la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982, ratificata dal Brasile nel 1988, prevede nell'art. 204(1) l'obbligo degli Stati di monitorare degli effetti dell'inquinamento, stabilendo che gli Stati si impegnano, “as far as practicable (...) to observe, measure, evaluate and analyse, by recognized scientific methods, the risks or effects of pollution of the marine environment”<sup>57</sup>. Il paragrafo 2 prevede specificamente che gli Stati “shall keep under surveillance the effects of any activities which they permit or in which they engage in order to determine whether these activities are likely to pollute the marine environment”.

Un anno dopo l'affondamento dello scafo, il Brasile non ha adottato alcuna misura per valutare i danni ambientali causati dall'azione. L'IBAMA, ente pubblico brasiliano responsabile per la protezione dell'ambiente, aveva annunciato nel febbraio 2023 di aver richiesto informazioni alla Marina brasiliana per adottare misure per mitigare, riparare e salvaguardare l'ambiente dopo l'affondamento dello scafo della *São Paulo* in alto mare, inclusa la mappatura dell'area del relitto e la preparazione di un piano di monitoraggio dall'acqua<sup>58</sup>. Tuttavia, l'IBAMA ha dichiarato essere “tecnicamente irrealizzabile o estremamente costoso effettuare il monitoraggio di acqua, suolo, flora e fauna, i cui risultati potrebbero non essere correlati a possibili contaminanti dell'ex NAe *São Paulo*, considerando le varie fonti di contaminazione presenti nell'oceano”<sup>59</sup>.

In linea di principio, la giustificazione dell'IBAMA potrebbe essere accettata, poiché l'art. 204 dell'UNCLOS prevede che il monitoraggio debba essere effettuato *nella misura del possibile*. Altri trattati internazionali che prevedono obblighi di monitoraggio più specifici dei danni ambientali, come, ad esempio, la Convenzione per la protezione del Mare

<sup>57</sup> *Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, cit., art. 204(1).

<sup>58</sup> IBAMA, *Ibama solicita informações à Marinha para reduzir impactos de afundamento do porta-aviões São Paulo em alto mar*, in gov.br, consultato il 18 dicembre 2023.

<sup>59</sup> Advocacia-Geral da União, cit., p. 27.

Mediterraneo dall'inquinamento del 1978 e la Convenzione per la protezione dell'ambiente marino dell'Atlantico nordorientale del 1992<sup>60</sup>, non si applicano al caso e non hanno il Brasile come parte. Tuttavia, sforzi per monitorare il danno ambientale possono essere considerati una buona pratica, soprattutto in relazione agli Stati dell'Atlantico meridionale e altri Stati interessati.

## 6. Conclusioni

L'affondamento della *São Paulo* è il deplorabile risultato di una serie di errori nella gestione dello smantellamento della portaerei, iniziati con la mancanza di controllo sull'esecuzione dell'inventario dei materiali pericolosi presenti a bordo e nella non corretta determinazione della reale entità di sostanze inquinanti nello scafo. Poiché era nota l'esistenza di materiali pericolosi nello scafo della portaerei, le autorità brasiliane avrebbero potuto adottare misure per rimuovere tali sostanze all'interno del territorio brasiliano prima dell'esportazione, evitando così i problemi che si sono invece presentati. In questo senso, i problemi incontrati dalla Francia nello smantellamento della *Clemenceau* avrebbero potuto servire da esempio per le autorità brasiliane nel valutare la migliore strategia da adottare per la destinazione finale della portaerei.

Un altro errore si osserva nell'aver atteso un lungo periodo di tempo prima di prendere una decisione risolutiva, lasciando per mesi lo scafo della *São Paulo* alla deriva sulle coste brasiliane. Se l'affondamento dello scafo era inevitabile a causa dei danni avvenuti durante i mesi trascorsi alla deriva, come affermato dal governo brasiliano, il Brasile ha dunque

<sup>60</sup> La *Convenzione di Barcellona sulla prevenzione e il controllo dell'inquinamento nel Mediterraneo* (cit.) impone alle Parti l'obbligo di istituire programmi congiunti per il monitoraggio dell'inquinamento nel Mar Mediterraneo, stabilendo procedure e standard comuni per il monitoraggio e facilitando lo scambio di dati e informazioni scientifiche. Analogamente, la *Convenzione per la protezione dell'ambiente marino dell'Atlantico nordorientale* (conclusa il 22 settembre 1992, entrata in vigore il 25 marzo 1998, 2354 UNTS 67) stabilisce che le Parti sono tenute a istituire un sistema regolare di monitoraggio e ispezione delle attività che possono incidere negativamente sulla zona marittima e programmi congiunti di ricerca scientifica e tecnica. Inoltre, le Parti sono tenute a pubblicare valutazioni congiunte dello stato di qualità dell'ambiente marino della zona e dell'efficacia delle misure adottate.

concorso a determinare tale situazione. Lo Stato brasiliano ha impiegato diverse settimane per rilevare lo scafo, insistendo affinché le società coinvolte prendessero misure che chiaramente non avevano intenzione di adottare. Il Brasile, invece, avrebbe dovuto adottare misure tempestive per prevenire danni allo scafo e ripararlo, evitando così rischi per l'ambiente. Interessi economici sembrano aver ricoperto un ruolo rilevante nel determinare il comportamento da parte delle autorità brasiliane, indipendentemente dal fatto che, alla fine, sono derivati costi maggiori per il Brasile (e per l'ambiente a lungo termine) rispetto a quelli che si sarebbero potuti sostenere con una strategia efficace di dismissione della nave.

Nonostante gli evidenti errori commessi, è comunque difficile affermare che il Brasile sia responsabile di atti illeciti internazionali nel caso in questione. La responsabilità del Paese in relazione al trasporto dello scafo è dovuta principalmente all'assenza di informazioni sufficientemente accurate sulla quantità di rifiuti tossici presente nello scafo su cui basare il consenso informato della Turchia. Tale responsabilità è tuttavia attenuata, in quanto lo scafo non è arrivato effettivamente in Turchia ed è stato rimorchiato verso il Brasile dopo la notifica della revoca dell'autorizzazione di trasporto da parte delle autorità turche. In relazione al danno ambientale causato dall'affondamento dello scafo, la giustificazione invocata dal Brasile che l'affondamento in alto mare sarebbe il modo migliore per proteggere l'ambiente in confronto con i rischi di un affondamento nelle acque interne sembra rientrare nelle eccezioni previste dell'art. V della Convenzione di Londra e dell'art. 6(1)(d)(ii) della Convenzione di Stoccolma. Anche se non sufficientemente provata, l'esistenza di tale circostanza ostacola il riconoscimento di una violazione degli obblighi contenuti nelle Convenzioni e, conseguentemente, l'accertamento della responsabilità del Brasile. In questo modo, l'eccezionalità del caso e le circostanze relative all'affondamento dello scafo della *São Paulo* sollevano dubbi sul modo in cui vengono applicate le norme internazionali sul trasporto e lo smaltimento di sostanze pericolose. A ciò si aggiunge l'assenza di norme internazionali in grado di regolare chiaramente la condotta dello Stato esportatore nello smantellamento delle navi e nella prevenzione dell'inquinamento marino, soprattutto nella tutela dell'Atlantico meridionale.

## ABSTRACT

*Environmental damage – marine pollution – ship disposal*

*The article addresses the legal aspects arising from the sinking of the Brazilian aircraft carrier São Paulo in February 2023 and the risks of environmental damage caused by it. Through an analysis of pertinent rules of international law, the article evaluates the legality of the exportation of the decommissioned aircraft carrier to Turkey for dismantling and Brazil's decision to sink it in the Southern Atlantic. The case highlights the challenges in establishing accountability for environmental damages in similar situations due to the absence of clear rules and mechanisms of control in international law.*

# L'edilizia sostenibile nella prospettiva del diritto del governo del territorio

LUIGI PISCITELLI

SOMMARIO: 1. Premessa sull'“edilizia sostenibile”. – 2. L'evoluzione della disciplina sull'efficienza energetica in edilizia – 3. Gli strumenti. – 4. (*segue:*) Gli strumenti conformativi. – 5. (*Segue*) Gli strumenti “obbligatorî” e quelli promozionali.

## 1. *Premessa sull'“edilizia sostenibile”*

Il tema dell'edilizia sostenibile viene oggi per lo più collegato alle politiche europee sull'efficienza energetica degli edifici, recentemente oggetto di dibattito in sede nazionale ed europea.

Tuttavia è palese la connessione con le questioni più generali che interessano il governo del territorio. Fra queste, la sostenibilità ambientale è da tempo ineludibile nella disciplina del governo del territorio, ancora segnata dalla impostazione della legge urbanistica nazionale del 1942, improntata allo schema della zonizzazione e degli standard urbanistici di matrice razionalistica, concepito nell'epoca dell'urbanistica dell'espansione.

La percezione del superamento di questo schema è presente da tempo, ma si è tradotta in interventi disorganici e frammentari a livello nazionale, mentre più promettente ed innovativa è stata la legislazione regionale di ultima generazione<sup>1</sup>. Significativa è peraltro ancor

<sup>1</sup> A partire dalle definizioni di principio: si veda ad esempio l'art. 2 della L.R. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12 che indica fra i principi che caratterizzano il governo

oggi la mancanza di una legislazione organica nazionale sulla limitazione del consumo del suolo e sulla rigenerazione urbana, oggetto di progetti di legge mai perfezionati, che potrebbero trovare collocazione nel quadro di una più generale legge di riforma del governo del territorio.

In questo contesto, il tema dell'edilizia sostenibile ha subito una accelerazione per la spinta delle politiche europee.

Invero le attribuzioni delle istituzioni europee non dovrebbero riguardare la materia del governo del territorio, rimessa alla competenza degli stati membri. Ma è ormai osservazione comune che, per la *trasversalità* delle discipline ambientali, gli interventi europei in questo settore incidono profondamente anche sulla disciplina del governo del territorio.

In particolare, l'interessamento alla sostenibilità dell'edilizia da parte delle istituzioni europee risale almeno al 1997 e prende spunto dall'incidenza del settore immobiliare nelle politiche ambientali.

Secondo dati recenti, facilmente reperibili nei documenti della Commissione, il contributo al cambiamento climatico del settore immobiliare è assai significativo: nel 2018 ha inciso per il 36% dei consumi finali di energia a livello mondiale ed è stato responsabile del 39% delle emissioni climalteranti globali. I dati italiani sembrano indicare una percentuale di consumo maggiore, ma una minore percentuale di emissioni<sup>2</sup>. Incidono non solo le emissioni derivanti dai consumi energetici necessari per riscaldare, raffrescare e illuminare l'edificio nella fase di utilizzo, ma anche quelle legate all'intero ciclo di vita dell'edificio, dalla costruzione (estrazione dei materiali, trasporto, costruzione) al fine vita dell'immobile (demolizione e conferimento dei materiali).

del territorio "... c-bis) la riduzione del consumo di suolo, la rigenerazione territoriale e urbana; c-ter) la sostenibilità ambientale e, in particolare, il risparmio di risorse territoriali, ambientali ed energetiche e il riuso di materia in un'ottica di economia circolare".

<sup>2</sup> In base al documento per la consultazione della Strategia per la riqualificazione energetica del parco immobiliare nazionale - STREPIN 2020 il settore civile in Italia è responsabile di circa il 45% dei consumi finali di energia e del 17,5% delle emissioni dirette di CO<sub>2</sub>.

Il raggiungimento dell'obiettivo "zero emissioni" nel 2050 richiede inevitabilmente la decarbonizzazione degli immobili esistenti. Fra questi, gli edifici inefficienti dal punto di vista energetico sono almeno l'85% del complesso (nel 2020). Per raggiungere l'obiettivo indicato occorrerebbe trasformarli ad un ritmo del 2,5% annuo (attualmente si stima che la percentuale sia dell'1%), sempre che dal 2030 si costruiscano nuovi edifici "zero emissioni".

Si comprende come la Unione Europea attribuisca un ruolo chiave all'edilizia sostenibile in sede di attuazione del Green Deal Europeo del 2019, nel quale si promuove l'iniziativa denominata "ondata di ristrutturazioni". Anche a livello nazionale il PNIEC - Piano nazionale integrato per l'energia e il clima per gli anni 2021-2030 in Italia considera questa esigenza ed il PNRR destina il 17,5% delle risorse a sostegno di misure per la rigenerazione del patrimonio immobiliare pubblico e privato (33,56 mld), che comprende il finanziamento del cosiddetto *superbonus*, la riqualificazione degli edifici pubblici ed i sistemi di teleriscaldamento.

Nel contesto descritto diventano oggi prioritarie le politiche sull'efficientamento energetico degli edifici, ancorché queste non esauriscano le questioni legate alla sostenibilità nell'edilizia.

Da tempo infatti compaiono, soprattutto nella legislazione regionale, definizioni di edilizia sostenibile<sup>3</sup>, a volte declinata come "abitare sostenibile"<sup>4</sup>, nelle quali l'efficienza energetica è solo uno dei diversi elementi che concorrono alla sostenibilità nell'edilizia. Il concetto si arricchisce di riferimenti all'ecologia nei suoi diversi aspetti, alla compatibilità con l'ambiente ed al miglioramento della qualità della vita umana, sotto il profilo del benessere, della salute e dell'igiene dei fruitori, ma anche dei rapporti sociali.

Più recentemente l'edilizia sostenibile è richiamata nell'ambito delle politiche regionali nate con il cosiddetto piano casa e, oggi, con la legislazione sulla rigenerazione urbana.

Nella normativa sul piano casa<sup>5</sup>, che almeno all'origine voleva essere

<sup>3</sup> Si vedano ad esempio gli articoli 1 e 2 della L.R. Veneto 9 marzo 2007, n. 4 e l'art. 2 della L.R. Puglia 10 giugno 2008, n. 13.

<sup>4</sup> Si vedano la L.R. Calabria 4 novembre 2011, n. 41 e la L.R. Puglia 10 giugno 2008, n. 13.

<sup>5</sup> A partire dalla intesa tra Stato, regioni ed enti locali, sottoscritta il 1° aprile 2009 e dalle prime leggi regionali attuative.

una misura straordinaria e temporanea prevalentemente finalizzata al rilancio dell'economia mediante il sostegno all'attività edilizia, gli obiettivi del miglioramento della qualità architettonica, energetica, ambientale e di sicurezza del patrimonio edilizio esistente hanno fornito giustificazione a misure agevolative e derogatorie, che hanno consentito importanti interventi sull'esistente con ampliamenti significativi.

Anche nell'ambito delle politiche di "rigenerazione urbana" - che in assenza di una organica normativa di principio di fonte nazionale, hanno trovato attuazione nella legislazione regionale - la sostenibilità edilizia o dell'abitare appare un obiettivo primario, oltre alla riduzione del consumo di suolo ed alla riqualificazione delle aree urbane degradate o dismesse, attraverso la promozione dell'efficienza energetica e l'adeguamento sismico del patrimonio edilizio esistente<sup>6</sup>.

In un concetto allargato di edilizia sostenibile, l'efficienza energetica si coniuga dunque con altre esigenze ambientali, ma anche di sicurezza (adeguamento antisismico), di promozione sociale, di politica abitativa, di rilancio dell'economia.

## 2. *L'evoluzione della disciplina sull'efficienza energetica in edilizia*

Resta tuttavia centrale il tema della prestazione energetica degli edifici, di recente oggetto di una dibattuta proposta di direttiva europea.

La questione dell'efficienza energetica delle costruzioni non è nuova. In Italia la prima legge "per il contenimento del consumo energetico per usi termici negli edifici" è del 1976<sup>7</sup>. All'epoca il tema del cambiamento climatico non era ancora al centro dell'attenzione e la legislazione ambientale era limitata alla tutela dall'inquinamento. Ma la guerra del Kippur aveva provocato la crisi energetica, manifestando la fragilità del sistema di approvvigionamento petrolifero. La normativa dell'epoca ha come obiettivo il risparmio nel consumo dei combustibili e la riduzione dell'inquinamento atmosferico. Interviene tuttavia nella definizione

<sup>6</sup> In questo senso, si veda l'art. 5 del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, intitolato "Norme in materia di rigenerazione urbana", che, nell'introdurre alcune modifiche al testo unico dell'edilizia in tema di interventi di demolizione e ricostruzione, indica con gli obiettivi indicati la finalità della nuova disciplina.

<sup>7</sup> V. L. 30 marzo 1976, n. 373.

dei concetti fondamentali della materia, introducendo parametri e criteri volti a consentire la definizione di isolamento termico e la misurazione della dispersione e del consumo energetico. La disciplina secondaria attuativa della legge fornisce le prime definizioni di quei requisiti, mentre la normativa europea all'epoca era giunta solo all'identificazione di norme tecniche volte a unificare la misurazione del consumo energetico.

A questo primo intervento si aggiunge, in un contesto mutato, anche a livello europeo, la L. 29 maggio 1982, n. 308, che, oltre a proporsi il contenimento dei consumi energetici, si occupa dello sviluppo delle fonti rinnovabili di energia ed introduce, fra l'altro, alcune misure volte ad agevolare gli interventi edilizi di contenimento energetico<sup>8</sup>. La materia viene infine ridefinita dalla L. 9 gennaio 1991, n. 10, sull'attuazione del Piano Energetico Nazionale, che – unitamente al Regolamento d'attuazione (D.P.R. 26 agosto 1993, n. 412) - introduce un articolato sistema di misurazione dei profili energetici, con lo scopo di ridurre i consumi energetici e migliorare le condizioni di compatibilità ambientale dell'uso dell'energia, favorendo e incentivando, in accordo con la politica energetica europea, fra l'altro, l'uso razionale dell'energia, il contenimento dei consumi di energia nella produzione e nell'utilizzo di manufatti, l'utilizzazione delle fonti rinnovabili di energia.

La legge del 1991 ed il suo regolamento attuativo sono confluiti, come è noto, nella parte seconda del testo unico dell'edilizia (D.P.R. n. 380 del 2001), dedicata alla cosiddetta “normativa tecnica per l'edilizia”, che nel Capo IV, riproduce le norme per il contenimento del consumo di energia negli edifici. Il testo unico non ha abrogato però la L. n. 10/1991, creando non pochi difetti di coordinamento<sup>9</sup>.

Ma un nuovo impulso ed un cambiamento di prospettiva vengono, a partire dal 2002, dalla normativa europea unitaria volta a promuovere il miglioramento del rendimento energetico degli edifici della Comunità

<sup>8</sup> In particolare, contributi finanziari per interventi di coibentazione, installazione di impianti ad alto rendimento e simili (art. 6) nonché l'esenzione dal contributo di concessione edilizia di tali interventi, assoggettati alla procedura autorizzatoria semplificata, mediante l'assimilazione agli interventi di manutenzione straordinaria (art. 5).

<sup>9</sup> Si veda l'art. 137, comma 2, del testo unico che fra i testi normativi che restano in vigore, per “i campi di applicazione originariamente previsti”, indica la L. 9 gennaio 1991, n. 10.

(le direttive cosiddette EPBD - Energy performance of buildings). La prima fonte è la direttiva 2002/91/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2002 [EPBD 1], che individua una metodologia comune di calcolo del rendimento energetico integrato degli edifici ed i requisiti energetici minimi degli edifici di nuova costruzione e degli edifici sottoposti a importanti ristrutturazioni, oltre a sistemi di certificazione energetica.

La direttiva del 2002 è sostituita dalla direttiva 2010/31/UE del 19 maggio 2010 “sulla prestazione energetica nell’edilizia” [EPBD 2], che introduce, tra l’altro, la nozione di “Edifici a [domanda di] Energia Quasi Zero” (nZEB) <sup>(10)</sup>, che rappresenta uno standard che tutti gli edifici di nuova realizzazione avrebbe dovuto assicurare entro e non oltre il 2021.

La normativa EPBD si intreccia con le disposizioni più generali sulla *efficienza energetica*, ed in particolare con la direttiva 2012/27/UE del 25 ottobre 2012, che non si occupa direttamente dell’edilizia, ma che tuttavia prevede che gli Stati membri adottino “una strategia a lungo termine per mobilitare investimenti nella ristrutturazione del parco nazionale di edifici residenziali e commerciali, sia pubblici che privati”, con specifico impegno alla ristrutturazione e all’efficientamento energetico almeno del 3% della superficie degli immobili pubblici<sup>11</sup>.

Questo complesso sistema disciplinare è stato riscritto dalla direttiva 2018/844/UE [EPBD 3], dedicata alla “efficienza energetica degli edifici”, che si pone l’obiettivo ambizioso della riduzione delle emissioni di gas a effetto serra di almeno il 40% entro il 2030 e dello sviluppo di un sistema energetico sostenibile, competitivo, sicuro e decarbonizzato entro il 2050, seppure secondo un programma non vincolante. Prevede in particolare un obbligo di migliorare la prestazione energetica di edifici nuovi ed esistenti e l’adozione di strategie nazionali di ristrutturazione degli immobili<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> In base all’art. 2: “edificio ad altissima prestazione energetica, determinata conformemente all’Allegato I. Il fabbisogno energetico molto basso o quasi nullo dovrebbe essere coperto in misura molto significativa da energia da fonti rinnovabili, compresa l’energia da fonti rinnovabili prodotta in loco o nelle vicinanze”.

<sup>11</sup> Inoltre si introduce l’obbligo per le società di vendita e distribuzione di elettricità, gas naturale, teleriscaldamento e teleraffreddamento di fornire ai clienti finali contatori “intelligenti” dei propri consumi.

<sup>12</sup> La direttiva interviene inoltre sulla definizione di “Edifici a energia quasi zero”,

Da qualche anno è tuttavia in corso la revisione della direttiva 2018/844/UE, che dovrà portare alla direttiva EPBD 4, sulle cui disposizioni in corso di elaborazione si è da ultimo sviluppato un acceso dibattito.

Nelle prime bozze della Direttiva comparivano norme piuttosto rigorose, come quella che, a partire dal 2027, avrebbe dovuto comportare il divieto di affittare o di vendere immobili appartenenti a una classe energetica inferiore a E, come documentata dalla relativa attestazione di prestazione energetica (APE), con la conseguenza che tutto il patrimonio edilizio (abitativo) ascrivibile alle classi energetiche G ed F avrebbe dovuto restare inutilizzato, oppure obbligatoriamente assoggettato a pesanti interventi di ristrutturazione, per migliorarne non di poco le prestazioni energetiche<sup>13</sup>.

Attualmente è disponibile un testo della proposta di direttiva adottata dalla commissione il 15 dicembre 2021 e modificato dal parlamento europeo a marzo 2023, ancora in discussione<sup>14</sup>.

La direttiva 2002/91/CE relativa al rendimento energetico nell'edilizia è stata attuata, con un certo ritardo, con il D.Lgs. 19 agosto 2005, n. 192<sup>15</sup>, mentre la direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia (EPBD2) con il D.L. 4 giugno 2013, n. 63<sup>16</sup>.

introduce il c.d. “indicatore di intelligenza”, come nuovo strumento in grado di misurare la capacità degli edifici a migliorare la propria operatività e la interazione con le reti, adattando il consumo energetico alle esigenze reali dei residenti, e promuove il sostegno allo sviluppo di infrastrutture di ricarica per veicoli elettrici.

<sup>13</sup> È noto che il patrimonio edilizio italiano si attesta in prevalenza nelle due classi energetiche più basse.

<sup>14</sup> Con comunicato stampa del 7 dicembre 2023 la Commissione ha preso atto dell'accordo politico provvisorio tra il Parlamento europeo e il Consiglio per ridurre le emissioni e il consumo energetico degli edifici dell'Unione con la revisione della direttiva rafforzata sulla prestazione energetica nell'edilizia. La direttiva riveduta stabilirà misure volte ad aiutare i governi a migliorare strutturalmente l'efficienza energetica, attraverso traiettorie nazionali proprie per ridurre il consumo medio di energia primaria degli edifici residenziali del 16% entro il 2030 e del 20-22% entro il 2035, e stabilirà misure volte a migliorare la pianificazione strategica delle ristrutturazioni e degli strumenti per garantirle. Inoltre gli edifici nuovi dovranno essere ad emissioni zero dal 1° gennaio 2028 per quelli di proprietà pubblica e dal 1° gennaio 2030 per tutti gli altri.

<sup>15</sup> Poi integrato con il D.Lgs. 29 dicembre 2006, n. 311.

<sup>16</sup> Convertito nella L. 3 agosto 2013, n. 90. Tra le novità più significative, viene introdotto l'obbligo per chi vende o affitta un immobile di allegare al contratto

Le direttive generali sull'efficienza energetica sono state recepite in Italia con il D.Lgs. 4 luglio 2014 n. 102<sup>17</sup>.

Infine, la direttiva 2018/844/UE è stata recepita dal D.Lgs. 10 giugno 2020, n. 48<sup>18</sup>, con una operazione tecnicamente piuttosto discutibile: il decreto modifica il testo del decreto legislativo del 2005, fin dal titolo, e lo integra, benché la disciplina Europea sia stata interamente riscritta. Il decreto legislativo inoltre non è coordinato con il testo unico dell'edilizia e con la L. n. 10/1991, che sopravvivono. I suoi contenuti sono ampiamente programmatici e rinviando da un lato alla normativa "tecnica" la cui adozione è rimessa al Ministero, in conferenza unificata, e dall'altro lato alla *normativa regionale*.

La materia della efficienza energetica in generale – e del rendimento energetico degli edifici in particolare – è infatti attribuita alla competenza legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni ai sensi dell'articolo 117, comma 3, della Costituzione, sia perché in qualche modo connessa al governo del territorio, sia in quanto riconducibile alla materia "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" (117 cost), come da tempo ha riconosciuto la Corte costituzionale, precisando che quest'ultima materia deve essere "interpretata in senso ampio (sentenze n. 383 del 2005; nn. 8, 7 e 6 del 2004) e, dunque, anche nel senso di comprendere interventi di efficienza energetica"<sup>19</sup>.

L'art. 17 riformulato del D.Lgs. n. 192/2005 esplicita il rapporto fra legge statale e legge regionale in una apposita *clausola di cedevolezza*, stabilendo che la normativa nazionale primaria e secondaria si applicano alle regioni che non hanno ancora provveduto al recepimento della direttiva 2002/91/CE, fino all'entrata in vigore della normativa di ciascuna regione, fatte salve le norme di attuazione delle regioni che, alla data

l'attestato di prestazione energetica dell'edificio, a pena di nullità dell'atto (previsione poi abrogata e sostituita con la previsioni di sanzioni amministrative); nonché una rigorosa disciplina in materia di controllo degli impianti termici, anche con l'obbligo a carico delle società di distribuzione dei carburanti di comunicare annualmente all'Ente competente i dati relativi alle utenze.

<sup>17</sup> Attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30.

<sup>18</sup> Attuazione della direttiva (UE) 2018/844 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia e la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica.

<sup>19</sup> Così Corte cost., 23 maggio 2008, n. 168; ma anche 28 giugno 2006, n. 246.

di entrata in vigore della normativa statale di attuazione, avessero già provveduto al recepimento. Di fatto la materia è oggetto di disciplina regionale, attuativa delle direttive europee, di livello primario e secondario, anche nel contesto della programmazione regionale energetica (i cosiddetti piani energetici regionali - PEAR o PER), introdotta dall'art. 5 della L. n. 10/1991, e delle competenze di programmazione previste dall'art. 9 del D.Lgs. n. 192/2005.

### 3. *Gli strumenti*

L'articolato complesso normativo, sommariamente richiamato, introduce una pluralità di strumenti e di dispositivi di vario genere per assicurare l'obiettivo della sostenibilità. Senza pretesa di completezza, ci si soffermerà su quelli più prossimi all'oggetto della relazione.

Fra le varie misure, merita di essere segnalata, per la comprensione del sistema normativo, la *definizione di metodologie e criteri tecnici*, uniformi a livello europeo, per la misurazione del rendimento energetico, della prestazione energetica e del fabbisogno di un edificio ed in particolare la identificazione delle classi energetiche degli edifici e più in generale la definizione di standard prestazionali che gli edifici devono avere per rispondere agli obiettivi perseguiti dalla normativa. In questo contesto rileva il concetto di "edificio a energia quasi zero" (o Nearly Zero Energy Building - nZEB), definito dall'art. 2, lett. 1 *octies*, del D.Lgs. n. 192/2005, in coerenza con la definizione di cui al punto 2 dell'articolo 2 della direttiva europea 2010/31/UE, come edificio ad altissima prestazione energetica, in cui il fabbisogno energetico molto basso o quasi nullo è coperto in misura significativa da energia da fonti rinnovabili, prodotta sul luogo. La proposta di direttiva EPBD 4 accosta a questo concetto quello di "edificio a emissioni zero" (ZEB), ossia un edificio ad altissima prestazione energetica, che contribuisce all'ottimizzazione del sistema energetico attraverso la flessibilità della domanda, nel quale qualsiasi fabbisogno residuo molto basso di energia è interamente coperto da fonti rinnovabili. In base all'art. 4-*bis* del D.Lgs. n. 192/2005 tutti gli edifici di nuova costruzione devono adeguarsi dal 2021 allo standard europeo nZEB; gli edifici pubblici già dal 2018, mentre alcune regioni hanno anticipato queste date.

La definizione dei criteri di misurazione dell'efficienza energetica delle costruzioni ha reso possibile l'introduzione di forme di *certificazione energetica*, come l'attestato di prestazione energetica degli edifici e delle unità immobiliari (art. 6 del D.Lgs. n. 192/2005), che contiene i dati relativi all'efficienza energetica indicati nelle disposizioni ministeriali e diviene lo strumento di conoscenza per valutare la prestazione energetica del bene e confrontare i diversi edifici. Da strumento conoscitivo, l'attestazione diviene requisito per la circolazione del bene, attraverso la prescrizione che ne impone la necessaria allegazione agli atti di trasferimento, a pena di severe sanzioni amministrative.

La normativa ha predisposto anche una serie di *strumenti informativi e formativi*, che vanno dalla informazione e sensibilizzazione degli utenti finali, alla formazione e aggiornamento degli operatori del settore, alla raccolta delle informazioni e delle esperienze, delle elaborazioni e degli studi necessari all'orientamento della politica energetica del settore. Un corredo indispensabile per assicurare il rispetto delle norme e dei programmi di efficienza energetica è dato dalla definizione dei compiti di vigilanza e di ispezione nel settore.

Le normative europea e italiana hanno poi dato rilievo agli *strumenti strategici*. Da ultimo il D.Lgs. n. 48/2020 ha previsto (art. 5, che inserisce l'art. 3-*bis* nel D.Lgs. 192/2005) la definizione da parte del Ministero (dello Sviluppo economico, oggi delle imprese e del made in Italy) di una strategia di lungo termine per sostenere la ristrutturazione del parco nazionale di edifici residenziali e non residenziali, sia pubblici che privati, al fine di ottenere un parco immobiliare decarbonizzato e ad alta efficienza energetica entro il 2050, da recepire nel Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC). Il documento strategico ha contenuti conoscitivi (ricognizione del parco immobiliare nazionale e delle politiche e delle azioni in vigore), ma soprattutto propositivi, in ordine alle politiche ed azioni anche di lungo termine volte a stimolare le ristrutturazioni importanti e la riqualificazione energetica degli edifici ed a programmarne le fasi attuative, che ne fanno uno strumento centrale nel coordinamento di iniziative che devono necessariamente collocarsi a livelli diversi, incluso quello legislativo<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Di fatto nel dicembre 2020 è stata sottoposta a consultazione pubblica, come prevede la norma, il documento STREPIN 2020 - Strategia per la riqualificazione

#### 4. (segue) *Gli strumenti conformativi*

Dal punto di vista del governo del territorio la realizzazione degli obiettivi di edilizia sostenibile, con riguardo in modo particolare alle prestazioni energetiche degli edifici, passa anzitutto attraverso i consueti strumenti di conformazione dei beni e delle proprietà. Questa avviene su due livelli: alcune regole sono poste su base normativa primaria o secondaria, altre secondo le regole della pianificazione urbanistica.

Sotto il primo profilo, la normativa generale, come si è già accennato, stabilisce che dal 2021, negli edifici di nuova costruzione o soggetti a ristrutturazione importante devono essere osservati i requisiti tecnici che consentono di raggiungere l'obiettivo NZEB (art. 4 D.Lgs. n. 192/2005). Viene inoltre introdotto l'obbligo di utilizzo dell'energia rinnovabile per il miglioramento della prestazione energetica degli edifici: in base all'art. 26 del D.Lgs. n. 199/2021, dal 2022 i progetti di nuova costruzione ed i progetti di ristrutturazioni rilevanti degli edifici esistenti devono prevedere l'utilizzo di fonti rinnovabili per la copertura dei consumi di calore, di elettricità e per il raffrescamento secondo i principi minimi di integrazione introdotti dal decreto, pena il diniego del titolo edilizio, con qualche eccezione derivante dall'esigenza del rispetto dei vincoli che derivano dalla tutela paesaggistica o culturale o dall'impossibilità tecnica di ottemperare, in tutto o in parte, agli obblighi di integrazione stabiliti. Altre regole generali riguardano l'obbligo di predisposizione di impianti per la ricarica elettrica degli autoveicoli nei nuovi edifici.

Sotto il secondo profilo, la disciplina degli strumenti urbanistici è stata nel tempo adeguata, arricchendone i contenuti e le funzioni. Fin dal 1991 l'art. 5 della L. n. 10/1991 stabiliva che i piani regolatori generali dei comuni con popolazione superiore a cinquantamila abitanti, dovessero prevedere uno specifico piano a livello comunale relativo all'uso delle fonti rinnovabili di energia. L'art. 9, comma 5-*bis*, del D.Lgs. n. 192/2005 ha stabilito che le regioni e gli enti locali debbano "considerare" le norme del decreto "nelle normative e negli strumenti di pianificazione ed ur-

energetica del parco immobiliare nazionale, che "aggiorna e sostituisce la prima versione della Strategia pubblicata nel 2015 e in particolare analizza lo stato dell'arte nazionale del settore civile e propone obiettivi di riqualificazione del parco immobiliare, linee strategiche per l'identificazione delle priorità d'intervento, misure e azioni per il conseguimento dei target e indicatori per un'efficace monitoraggio dei progressi"

banistici di competenza ... ponendo particolare attenzione alle soluzioni tipologiche e tecnologiche volte all'uso razionale dell'energia e all'uso di fonti energetiche rinnovabili, con indicazioni anche in ordine all'orientamento e alla conformazione degli edifici da realizzare per massimizzare lo sfruttamento della radiazione solare e con particolare cura nel non penalizzare, in termini di volume edificabile, le scelte conseguenti". E la legislazione regionale, nella definizione dei poteri comunali di pianificazione urbanistica, ha introdotto fra i contenuti dei piani comunali la definizione delle regole di sostenibilità edilizia<sup>21</sup>.

Il D.Lgs. n. 48/2020 fra le disposizioni finali (art. 18) stabilisce l'esigenza che "nei successivi aggiornamenti del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444", che resta tuttora un testo fondamentale nella disciplina della pianificazione urbanistica, si debba tenere conto delle disposizioni di cui al D.Lgs. 19 agosto 2005, n. 192 e della necessità di promuovere l'efficienza energetica e il miglioramento della prestazione energetica degli edifici.

Anche i regolamenti edilizi locali hanno subito adattamenti per le stesse finalità. Il regolamento edilizio comunale deve oggi conformarsi al regolamento edilizio-tipo definito sulla base dell'intesa del 2016, che indica nei suoi contenuti i requisiti prestazionali degli edifici, con particolare riguardo alla sicurezza e al risparmio energetico. Deve inoltre stabilire che per gli edifici, sia residenziali che ad uso diverso, di nuova costruzione o sottoposti a interventi di ristrutturazione importante, siano rispettati i criteri di integrazione delle tecnologie per la ricarica dei veicoli elettrici negli edifici (art. 16 del D.Lgs. n. 48/2020).

Dal punto di vista edilizio, il rilascio del titolo edilizio è oggi condizionato alla attestazione del rispetto, fra le altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia, di "quelle relative all'efficienza energetica" e alla compatibilità con la normativa sul rendimento energetico nell'edilizia. Gli stessi requisiti devono essere attestati nei procedimenti semplificati SCIA.

Si osservi che i medesimi requisiti sono rilevanti anche per il perfezionamento della cosiddetta agibilità, che deve oggi attestare la sussistenza

<sup>21</sup> V., ad esempio, art. 10 della L.R. Lombardia n. 12/2005 che affida al piano delle regole la definizione dei requisiti qualitativi degli interventi, fra i quali quelli volti alla sostenibilità ambientale, includendovi l'efficienza energetica.

“delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati e, ove previsto, di rispetto degli obblighi di infrastrutturazione digitale valutate secondo quanto dispone la normativa vigente, nonché la conformità dell'opera al progetto presentato e la sua agibilità” (art. 24 testo unico dell'edilizia).

In sostanza, l'ordinamento ha introdotto, in maniera disorganica, una serie di previsioni di conformazione dell'esercizio del diritto di trasformazione del bene immobile, mediante la determinazione di standard qualitativi, in via generale o affidandone la predisposizione ai piani urbanistici o ai regolamenti edilizi, finalizzati ad assicurare quegli obiettivi di efficienza energetica e sostenibilità dell'abitare emersi nel tempo. Si tratta, come è evidente, di strumenti che si impongono quando viene assunta una iniziativa di trasformazione edilizia, generalmente di nuova costruzione o di ristrutturazione di un certo rilievo.

Sul piano storico e sistematico si può osservare come l'implementazione dell'oggetto dei poteri di pianificazione territoriale di contenuti volti ad assicurare la sostenibilità ambientale delle trasformazioni segna l'abbandono di una pianificazione attenta esclusivamente agli aspetti distributivi dell'insediamento, all'accostamento delle funzioni ed al rispetto delle dotazioni territoriali. Oggi è richiesta una attenzione maggiore agli aspetti qualitativi e prestazionali del costruito in coerenza con le esigenze di efficienza energetica, di consumo del suolo, di dotazioni verdi ecc., che implica una visione diversa della pianificazione urbanistica e forse un ripensamento del significato della funzione sociale della proprietà.

Anche l'ambito del potere di controllo edilizio è mutato. All'inizio aveva una funzione limitata alla verifica degli aspetti di sicurezza statica e sanitaria. La legge urbanistica del 1942 lo ha reso ancillare all'attuazione della pianificazione ed è divenuto principalmente lo strumento per controllare preventivamente il rispetto delle scelte di pianificazione.

Il testo unico dell'edilizia ha avuto il merito di riportare l'attenzione sulla “normativa tecnica”, sia pure con soluzioni discutibili ed incomplete. Il controllo edilizio è divenuto oggi lo strumento per assicurare non solo la conformità urbanistica delle trasformazioni, ma anche il raggiungimento di standard qualitativi e prestazionali del manufatto, idonei al conseguimento degli obiettivi di sostenibilità emersi in questi anni.

## 5. (segue) *Gli strumenti “obbligatori” e quelli promozionali*

Il tipo di strumentazione esaminato è peraltro inadeguato rispetto all'esigenza di riconversione del patrimonio edilizio esistente, inefficiente dal punto di vista energetico, che dovrebbe essere oggetto di quella “ondata di ristrutturazioni” preannunciata nell'ambito delle politiche europee. L'implementazione delle regole e degli standard prestazionali opera nel momento in cui il titolare del bene assume l'iniziativa della trasformazione. Più complicato è trovare nel nostro ordinamento strumenti idonei ad indurre o rendere obbligatoria la trasformazione di un bene al fine di adeguarlo ai requisiti stabiliti dalla normativa. In questo senso anche il compito affidato alla strategia di ristrutturazione dal D.Lgs. n. 48/2020 di “valutare l'introduzione di obblighi di ristrutturazione” merita una attenta ricognizione degli strumenti che l'ordinamento attuale prevede.

Fra le soluzioni possibili è emersa quella della coazione indiretta attraverso l'espulsione dal mercato del bene inadeguato. Se l'edificio non ha i requisiti prescritti non può più essere impiegato nel mercato delle abitazioni. È lo strumento che la prima stesura della direttiva EPBD 4 ipotizzava, negando la commerciabilità degli edifici di classe energetica inferiore a quella stabilita. Ciò avrebbe costretto ad abbandonare o a rinnovare gli edifici per raggiungere classi superiori (anche per fasi, attraverso il passaporto di ristrutturazione). La norma peraltro ha suscitato forti reazioni in sede nazionale, soprattutto da parte delle associazioni di categoria, e probabilmente potrebbe presentare anche problemi di compatibilità con la garanzia dell'art. 42 cost. Sembra difficile inoltre escludere l'uso diretto del bene da parte di chi ne è titolare, sicché l'obiettivo potrebbe in parte essere frustrato.

Analogamente, anche una previsione che impedisca, sul piano urbanistico o edilizio, ogni forma di intervento conservativo del bene, che non sia volto a ottenere il raggiungimento dei requisiti stabiliti, potrebbe essere di difficile applicazione. La giurisprudenza ha già più volte censurato previsioni pianificatorie volte a impedire gli interventi meramente conservativi di un bene esistente, ma in contrasto con la pianificazione sopravvenuta, al fine di provocarne la svalutazione e la cessazione di funzionalità e in definitiva ad imporne l'abbandono. In particolare la giurisprudenza amministrativa ha affermato la illegittimità e la sostanziale estraneità all'ambito dei poteri pianificatori delle previsioni che impe-

discono il recupero e la funzionalità degli edifici esistenti al momento dell'entrata in vigore di nuove e differenti prescrizioni pianificatorie<sup>22</sup>. La Corte costituzionale ha poi dichiarato in contrasto con il contenuto minimo della proprietà garantito dall'art. 42 Cost. anche previsioni legislative che introducono regimi analoghi<sup>23</sup>. L'unico modo infatti per far cessare l'attività sarebbe la espropriazione del bene.

Nell'ambito della disciplina del governo del territorio possono rinvenirsi altre soluzioni. La legislazione urbanistica, già in epoca risalente, superando il modello classico della proprietà liberale, si era affidata ai meccanismi della cosiddetta *proprietà onerata* o *proprietà impresa*<sup>24</sup>, nei quali l'inattività del proprietario rispetto agli obiettivi di trasformazione del bene assegnati dalla normativa o dalla amministrazione è superata attraverso l'espropriazione (strumentale) volta a consentire una riassegnazione del bene ad altro soggetto che assicuri la trasformazione prevista (come nei regimi dei beni oggetto di attività di cava o soggetti a bonifica o nell'ambito dell'attuazione dei piani urbanistici). Da questo punto di vista, gli strumenti urbanistici attuativi d'ufficio potrebbero essere lo strumento per consentire trasformazioni di complessi edilizi da recuperare e riqualificare, laddove manchi l'iniziativa privata.

Ma lo strumento giuridico che appare profilarsi come il più idoneo nelle politiche europee e nazionali è legato alla *funzione promozionale del diritto*<sup>25</sup>. Il raggiungimento dell'obiettivo di rinnovamento del parco immobiliare esistente entro il 2050 richiede notevolissimi investimenti che

<sup>22</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 830; Sez. IV, 9 luglio 2011, n. 4134; Sez. IV, 18 giugno 2009 n. 4009, dalle quali si ricava il principio secondo cui, per essere la disciplina contenuta negli strumenti urbanistici generali destinata a svolgere i propri effetti ordinatori e conformativi esclusivamente per il futuro, i limiti e le condizioni cui viene subordinata l'attività edilizia non riguardano le opere già eseguite in conformità della disciplina previgente, che mantengono la loro precedente e legittima destinazione e possono di conseguenza essere assoggettate, pur se difformi dalle nuove prescrizioni, agli interventi necessari a mantenerne la funzione. In dottrina P. MARZARO GAMBA, *Pianificazione urbanistica e immobili esistenti*, Padova, 2002.

<sup>23</sup> Si vedano in particolare: sentenza 23 giugno 2000, n. 238 e sentenza 29 dicembre 1995, n. 529.

<sup>24</sup> Secondo lo schema concettuale proposto da P. MAZZONI, *La proprietà procedimento*, Milano, 1975, 80 ss. e ID., *Diritto Urbanistico*, Milano, 1990, 253 ss.

<sup>25</sup> Scontato il rinvio a N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 1313 ss.

non sempre possono essere sopportati dalla proprietà (soprattutto nella realtà italiana, nella quale la maggioranza delle abitazioni è di proprietà dell'utilizzatore e generalmente si attesta sui livelli bassi di prestazione).

Di qui il tema del finanziamento pubblico attraverso contribuzioni in conto capitale o attraverso agevolazioni fiscali (i cosiddetti *bonus* fiscali), recentemente al centro di una travagliata e discussa vicenda normativa e politica. La disciplina europea e quella nazionale sull'efficienza energetica indicano, sia pure programmaticamente, questa soluzione fra le misure necessarie ad attuare l'ambizioso programma 2050.

Altre forme di incentivo o di promozione sono state introdotte nell'ambito della disciplina del governo del territorio.

Una prima misura è la *neutralizzazione delle strutture di rilievo energetico* nel computo degli indici edificatori e delle distanze fra costruzioni. In questo caso, sembra più esatto parlare non tanto di un *incentivo*, quanto piuttosto di un *correttivo* volto a rendere indifferenti le modifiche strutturali che rispondono all'esigenza di isolamento termico. L'art. 9, comma 5-*bis*, del D.Lgs. n. 192/2005, nell'indicare come oggetti della pianificazione urbanistica le misure per l'efficienza energetica, raccomandava una particolare cura nel non penalizzare, in termini di volume edificabile, le scelte conseguenti. L'art. 14 del D.Lgs. n. 102/2004, ripreso dalla legislazione regionale<sup>26</sup>, stabiliva che nel caso di edifici di *nuova costruzione* che rispettino determinati indici di prestazione energetica gli spessori delle murature e dei solai, oltre la soglia dei 30 cm, non venissero computati nella determinazione dei volumi, delle altezze, delle superfici e nei rapporti di copertura, anche in deroga alle normative nazionali e locali. Questa possibilità è stata abrogata per le nuove edificazioni nel 2020, ma è stata conservata per gli interventi di manutenzione straordinaria, restauro e ristrutturazione edilizia, nei quali il maggior spessore delle murature esterne e degli elementi di chiusura superiori e inferiori, necessario per ottenere il rispetto dei limiti di trasmittanza previsti dalla normativa, non è considerato nel computo dei volumi, delle altezze, delle superfici e dei rapporti di copertura, anche in deroga alle normative nazionali e locali sulle distanze (salve quelle previste dal codice civile). Più in generale l'art. 5 del D.L. n. 32/2019, intitolato alla rigenerazione urbana, modificando l'art. 2 del testo unico dell'edilizia, ha indicato come

<sup>26</sup> V. ad esempio art. 67 della L.R. Liguria 6 giugno 2008, n. 16.

misura espressamente volta a concorrere alla riduzione del consumo del suolo, alla riqualificazione dei tessuti urbani degradati ed allo sviluppo dell'efficienza energetica e delle fonti rinnovabili ed all'adeguamento sismico del patrimonio edilizio esistente la "demolizione e ricostruzione ... nel rispetto delle distanze legittimamente preesistenti" (purché sia assicurata la coincidenza dell'area di sedime e del volume dell'edificio ricostruito con quello demolito, nei limiti dell'altezza massima di quest'ultimo). Alla stessa logica risponde la norma che ridefinisce le categorie degli interventi edilizi, estendendo il concetto di ristrutturazione edilizia agli "interventi di demolizione e ricostruzione di edifici esistenti con diversa sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche, con le innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica, per l'applicazione della normativa sull'accessibilità, per l'istallazione di impianti tecnologici e per l'efficientamento energetico" (art. 3 t.u.ed.).

In altri termini, l'obiettivo di assicurare la sostenibilità edilizia, nei termini che abbiamo visto, ha indotto il legislatore ad adattare la disciplina generale edilizia, affermandone la prevalenza sulle diverse disposizioni locali, in modo da agevolare i progetti coerenti con quel fine.

Altre forme di incentivazione hanno poi riguardato la semplificazione dei procedimenti per gli interventi di adeguamento, a partire dalla L. n. 10/1991, e l'esonero dal contributo di costruzione totale per gli interventi volti alla realizzazione degli impianti e delle installazioni relative alle fonti rinnovabili di energia ed al risparmio energetico e parziale per "gli interventi di rigenerazione urbana, di decarbonizzazione, efficientamento energetico, messa in sicurezza sismica e contenimento del consumo di suolo, di ristrutturazione, nonché di recupero e riuso degli immobili dismessi o in via di dismissione" (art. 17 testo unico dell'edilizia).

Un'altra più incisiva misura di promozione degli interventi che perseguono gli obiettivi di sostenibilità ambientale nell'edilizia è quella delle cosiddette *premialità edilizie*<sup>27</sup>. Un esempio è dato dall'art. 12 del D.Lgs. n. 28/2011, che per i progetti di edifici di nuova costruzione e di ristrutturazioni rilevanti su edifici esistenti che assicurino determinati standard di copertura del consumo mediante energia rinnovabile, beneficiano, in

<sup>27</sup> Sul concetto, in generale, si veda A. BARTOLINI, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, p. 429 ss.

sede di rilascio del titolo edilizio, di un *bonus* volumetrico del 5 per cento<sup>28</sup>. La norma è richiamata dalle leggi regionali<sup>29</sup>, che hanno affidato ai piani comunali la possibilità di prevedere incrementi di cubatura nel rispetto delle condizioni previste dalla norma citata. Ma più in generale la normativa regionale prevede incrementi anche maggiori per gli interventi sul patrimonio edilizio esistente che ottengano determinati requisiti prestazionali dichiaratamente ispirati alla sostenibilità<sup>30</sup>.

Questa forma di incentivo nasce nei piani urbanistici dopo la crisi petrolifera: per promuovere la ristrutturazione dell'esistente si ammettevano modesti incrementi percentuali di superficie. È divenuto lo strumento centrale del cosiddetto piano casa, dove sono ammesse ricostruzioni e delocalizzazioni con cospicui aumenti volumetrici, anche in deroga alle disposizioni dei piani. Lo ritroviamo nella rigenerazione urbana, nella quale il premio volumetrico è legato al raggiungimento di specifici obiettivi di qualità ambientale.

Il senso di queste operazioni è evidentemente quello di generare un valore che contribuisca al finanziamento dell'operazione di trasformazione. Si crea dunque un *valore urbanistico*, sostitutivo di un incentivo finanziario.

L'incidenza del premio volumetrico può essere relativamente trascurabile per operazioni mirate e occasionali. Tuttavia di fronte ad una esigenza sistematica, come è quella del rinnovamento del parco immobiliare che figura nei programmi europei e nazionali (la strategia "ondata di ristrutturazioni") emergono alcuni elementi critici. Sono infatti evidenti i rischi di un incremento (o di una concentrazione) del peso insediativo, che, per quanto non implichi nuovo consumo del suolo, sicuramente determina nuove (e particolari) esigenze urbanizzative. In contesti di alta densità edilizia, poi, l'incremento può non essere significativo, se deve comunque essere rispettato il limite di densità dello standard generale.

<sup>28</sup> Oggi invero la norma è sopravvissuta al D.Lgs n. 199/2019.

<sup>29</sup> Ad esempio art. 67, terzo comma, della L.R. Liguria n. 16/2008 cit.

<sup>30</sup> Si veda ad esempio l'art. 11 della legge sul governo del territorio della Lombardia n. 12/2005 – dedicato alla compensazione, perequazione e incentivazione urbanistica – che prevede un incremento fino al 20% dell'indice di edificabilità massimo per i progetti di interventi sul patrimonio edilizio che perseguano finalità di sostenibilità ambientale, come coperture verdi, invarianza e risparmio idrico, riduzione fabbisogno energetico, ecc.

Inoltre l'effettiva utilità dell'incentivo volumetrico dipende da un valore di mercato dell'edificazione aggiuntiva che è condizionato da fattori storici, ivi inclusa l'incidenza sui valori immobiliari di queste stesse politiche di riconversione. Si riaffacciano dunque temi già dibattuti nell'ambito delle riflessioni sulle compensazioni e premialità urbanistiche e del più generale tema della perequazione urbanistica, che da un lato mettono in luce le difficoltà latenti in questi modelli e dall'altro accentuano l'esigenza di un ripensamento degli strumenti di pianificazione territoriale e di un affinamento di istituti ancor oggi privi di una disciplina generale e compiuta.

## ABSTRACT

*Sustainability in building - Energy Performance of Buildings  
Urban planning and buildings law - Urban renewal*

*The paper concerns the sustainability in building, in the perspective of urban planning and buildings law. It describes the evolution of the EU legislative framework (that includes the energy performance of buildings directives and the energy efficiency directives) and the national urban planning and construction law tools to achieve the EU's energy and climate objectives.*

# La Chiesa Cattolica torna a parlare di ambiente: l'Esortazione Apostolica *Laudate Deum* sulla crisi climatica tra riaffermazione della Dottrina sociale ed esigenza di azione

ELISA RUOZZI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il rischio di un “punto di svolta” e la denuncia del negazionismo. – 3. Alla radice della crisi ecologica e climatica: il paradigma tecnocratico. – 4. Le Conferenze sul clima come manifestazione dell’inefficacia degli sforzi della Comunità internazionale. – 5. La visione spirituale: tra antropocentrismo e cambiamento individuale. – 6. Cenni conclusivi.

## 1. *Introduzione*

La pubblicazione e diffusione, il 4 ottobre 2023, dell’Esortazione Apostolica *Laudate Deum* forma un ulteriore tassello del ruolo svolto dalla Santa Sede nell’attuale dibattito in materia di protezione dell’ambiente e, più specificamente, del sistema climatico. A cinque anni di distanza dalla nota Lettera Enciclica *Laudato si’*<sup>1</sup>, e sotto un certo profilo a rafforzamento di quest’ultima, il Pontefice torna quindi a comunicare con i fedeli e con “tutte le persone di buona volontà”, circa un tema – il

<sup>1</sup> Lettera Enciclica *Laudato si’* del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune, 24 maggio 2015. La Lettera Enciclica è stata oggetto di ampia attenzione in dottrina; fra i vari contributi, si rinvia a: M. MONTINI, F. VOLPE, *The Need for an “Integral Ecology” in Connection with the UN Sustainable Development Goals*, in F. PASQUALE (a cura di), *Care for the World. Laudato Si’ and Catholic Social Thought in an Era of Climate Crisis*, Cambridge, 2022, pp. 56 e ss.; M. SOMOS, A. PETERS, *Christianity, Global Environmental Protection, and Animal Law*, in R. DOMINGO, J. WITTE, JR. (a cura di), *Christianity and Global Law*, Londra/New York, 2020, pp. 365 e ss.

rapporto con il Creato – che gli è particolarmente caro, e che costituisce al contempo una delle linee direttrici della Dottrina sociale della Chiesa. Quest’ultimo aspetto emerge con forza fin dalle prime righe dell’Esortazione che, nel definire il cambiamento climatico un “problema sociale globale [...] intimamente legato alla dignità della vita umana”<sup>2</sup>, richiama da vicino l’Enciclica *Laudato si’*, nella parte in cui si afferma l’inscindibilità, all’interno dell’attuale crisi ambientale, della dimensione ecologica da quella sociale<sup>3</sup>.

Seppur non paragonabile a quest’ultima in termini di complessità e densità di contenuti, e piuttosto improntata ad una logica ‘emergenziale’, l’Esortazione assume nondimeno rilievo per il vigore con cui ribadisce alcune fondamentali nozioni in un ambito normativo in cui le incertezze sono particolarmente pronunciate. Attesa l’autorevolezza della fonte da cui promanano, tali nozioni non solo costituiscono altrettante linee direttrici di un preminente soggetto di diritto internazionale, ma sono altresì in grado di incidere in maniera rilevante sulla definizione ed evoluzione di taluni aspetti giuridici della tutela internazionale dell’ambiente.

## 2. *Il rischio di un “punto di svolta” e la denuncia del negazionismo*

Uno degli obiettivi perseguiti dall’Esortazione è, come risulta chiaramente fin dai primi paragrafi, la decisa condanna di qualsiasi forma di negazionismo climatico, tramite la puntuale confutazione di alcuni fra i più frequenti argomenti che, ancora oggi, vengono portati a supporto dell’origine esclusivamente naturale del fenomeno, se non addirittura della sua insussistenza. Più specificamente, oltre ad enfatizzare l’accelerazione subita dal problema, viene sottolineato lo scollamento fra l’orizzonte temporale e spaziale dei fenomeni meteorologici da un lato e del cambiamento climatico dall’altro. È quindi scorretto, come afferma l’Esortazione, “porre in ridicolo” coloro che cercano di sollecitare l’attenzione sul problema menzionando singoli episodi a carattere locale

<sup>2</sup> Esortazione Apostolica *Laudate Deum* del Santo Padre Francesco a tutte le persone di buona volontà sulla crisi climatica, 4 ottobre 2023, par. 3.

<sup>3</sup> Lettera Enciclica *Laudato si’*, cit., par. 139.

apparentemente di segno opposto, dal momento che il pericolo che viene paventato assume rilevanza sul medio periodo e su scala globale<sup>4</sup>.

Ciò che al contrario viene posto in evidenza è proprio l'imminenza della crisi climatica, sottolineando come taluni fenomeni siano già irreversibili o in ogni caso assai difficili da arrestare, indipendentemente dall'adozione di eventuali misure riparatorie<sup>5</sup>. In particolare, il documento richiama una nozione che occupa una posizione preminente nelle scienze del clima, ovvero quella di "punto di svolta" (il c.d. "*tipping point*"), caratterizzato da un lato dalla sua irreversibilità e, dall'altro, dalla circostanza di essere innescato da piccoli e a volte impercettibili meccanismi, che tendono ad amplificarsi a causa di "fattori inerziali"<sup>6</sup>.

Nel confutare fermamente i detrattori dell'origine antropica del cambiamento climatico, alcuni dei quali presenti altresì all'interno della Chiesa Cattolica, il Santo Padre ha peraltro cura di precisare due aspetti di costante rilievo per la Dottrina sociale della Chiesa, ovvero la questione demografica e quella occupazionale. Sotto il primo profilo, viene infatti sollevato il tema dell'incidenza sul cambiamento climatico dell'incremento della popolazione mondiale – di cui sarebbero responsabili soprattutto "i poveri"<sup>7</sup>. Tale accusa viene respinta sulla base del limitato apporto al fenomeno di questa fascia della popolazione, ove posto a confronto con quello derivante dalla fascia più abbiente, responsabile invece della più gran parte delle emissioni storiche. In questo modo, il documento si collega a quanto sostenuto con vigore nella Lettera Enciclica *Laudato si'*<sup>8</sup>, nonché in una serie di altre occasioni<sup>9</sup>, circa le responsabilità comuni ma differenziate degli Stati in via di sviluppo rispetto a quelli industrializzati, principio che trova precipua applicazione proprio nell'ambito del cambiamento climatico e che si traduce in un "debito ecologico" dei primi a favore dei secondi<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> Esortazione Apostolica *Laudate Deum*, cit., parr. 5 e ss.

<sup>5</sup> *Ibid.*, parr. 15-16.

<sup>6</sup> *Ibid.*, par. 17.

<sup>7</sup> *Ibid.*, par. 9.

<sup>8</sup> Lettera Enciclica *Laudato si'*, cit., par. 170.

<sup>9</sup> Come è stato evidenziato, il tema della necessaria solidarietà fra Stati in via di sviluppo e Stati industrializzati ha cominciato a emergere già a partire dal Pontificato di Giovanni Paolo II; sul punto cfr. G. CURRÀ, *L'ecologia nell'insegnamento di Giovanni Paolo II*, Cosenza, 1999, pp. 71-72.

<sup>10</sup> Lettera Enciclica *Laudato si'*, cit., parr. 51-52; 170.

Sotto il profilo occupazionale, viene invece contestato un ulteriore argomento, che collegherebbe la lotta al cambiamento climatico al decremento di posti di lavoro, osservando al contrario come la transizione ecologica possa offrire nuove opportunità in questo senso<sup>11</sup>. Oltre a trovare ampio supporto a livello internazionale<sup>12</sup>, tale prospettiva si armonizza con quella, già emersa in documenti precedenti, che vede nell'adozione di sistemi produttivi agricoli di piccola scala uno strumento atto a preservare l'occupazione attraverso un utilizzo accorto delle risorse naturali<sup>13</sup>. Se, da un lato, queste osservazioni devono essere lette anche alla luce dell'attenzione da sempre riservata da Papa Francesco al tema dei diritti delle popolazioni indigene<sup>14</sup>, dall'altro esse sono funzionali, in questa sede, a rafforzare l'idea di un modello economico non incentrato sullo sfruttamento pressoché illimitato della natura.

### 3. *Alla radice della crisi ecologica e climatica: il paradigma tecnocratico*

È quindi nella prospettiva di una relazione equilibrata con l'ambiente che, nell'Esortazione in oggetto, il Pontefice ritorna ad un tema a lui assai caro, vale a dire la “tecnocrazia”, oppure il “paradigma tecnocratico”<sup>15</sup>. Si tratta, secondo la definizione contenuta nella Lettera Enciclica *Laudato si'*, di un approccio consistente in una determinata concezione del soggetto e del suo rapporto con la realtà circostante, basato sulla presunta capacità del primo di possedere, dominare e trasformare la seconda<sup>16</sup>. Applicata al rapporto fra l'essere umano e la natura, l'“ossessione” per la crescita illimitata che è alla base del “paradigma tecnocratico” comporta

<sup>11</sup> Esortazione Apostolica *Laudate Deum*, cit., par. 10.

<sup>12</sup> La correlazione fra decarbonizzazione e creazione di nuove opportunità di occupazione costituisce uno dei pilastri della strategia *Fit for 55* elaborata dalla Commissione europea e ora in fase di attuazione da parte del Consiglio (“*Pronti per il 55 %*”: realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica, COM(2021)550 final, 14 luglio 2021, p. 13).

<sup>13</sup> Lettera Enciclica *Laudato si'*, cit., par. 129.

<sup>14</sup> Ivi, par. 27; il tema è stato oggetto di specifica attenzione nell'Esortazione Apostolica “*Querida Amazonia*” del Santo Padre Francesco al popolo di Dio e a tutte le persone di buona volontà del 2 febbraio 2020.

<sup>15</sup> Esortazione Apostolica *Laudate Deum*, cit., par. 20 e ss.

<sup>16</sup> Lettera Enciclica *Laudato si'*, cit., par. 106.

come inevitabile conseguenza la depredazione e l'esaurimento delle risorse naturali. Il superamento dell'approccio in parola può realizzarsi, al contrario, considerando l'essere umano come parte dell'ambiente e quindi tramite una corretta interazione dei sistemi naturali con quelli sociali<sup>17</sup>.

L'attenzione per la componente umana trova ulteriore conferma nei paragrafi che seguono, dedicati ai riflessi negativi dell'approccio tecnocratico sulla vita delle popolazioni locali, quando queste vengono private delle risorse naturali e delle opportunità che ne derivano<sup>18</sup>. Nel denunciare la "falsa informazione" che spesso caratterizza tali operazioni, l'Esortazione evidenzia altresì la dimensione globale del danno cagionato, incompatibile con qualsiasi sottovalutazione del fenomeno sulla base della presunta natura locale dei suoi effetti. Pur se in filigrana, si ripresenta qui il tema della responsabilità sociale d'impresa e del "significato morale" dell'investimento di capitali all'estero<sup>19</sup>: se, da un lato, la Dottrina sociale della Chiesa non ha mai registrato un orientamento in linea di principio contrario all'esportazione di capitali, dall'altro essa ha sempre enfatizzato come la finalità della delocalizzazione produttiva non debba mai essere speculativa, bensì volta al miglioramento della qualità di vita della popolazione locale<sup>20</sup>. Tale problema è da inquadrarsi, peraltro, all'interno della più generale preoccupazione, da sempre manifestata dalla Chiesa Cattolica, per il crescente divario economico fra Stati industrializzati e Stati in via di sviluppo come conseguenza dell'"intrinseco utilitarismo"<sup>21</sup> che informa la cultura neoliberista, a cui la Dottrina sociale oppone la nozione di "integralità dello sviluppo" e di solidarietà<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Esortazione Apostolica *Laudate Deum*, cit., par. 27.

<sup>18</sup> *Ibid.*, parr. 29 e ss.

<sup>19</sup> Lettera Enciclica *Caritas in veritate* del Sommo Pontefice Benedetto XVI, 29 giugno 2009, par. 40.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> B. SORGE, *Introduzione alla dottrina sociale della Chiesa*, Brescia, 2006, pp. 347 e ss.

<sup>22</sup> R. SPIAZZI, *Enciclopedia del pensiero sociale cristiano*, Bologna, 1992, pp. 829-830. La relazione fra sviluppo integrale dell'essere umano e "comunione fra le nazioni" occupa una posizione preminente nell'Enciclica *Populorum progressio* (Lettera Enciclica di Sua Santità Paolo VI, 26 marzo 1967, par. 43-44). Il tema è riconducibile, in senso più ampio, a quella "preferenza per i poveri" che la stessa Dottrina sociale definisce come una "forma speciale di primato nell'esercizio della carità" e che trova specifica declinazione alla luce della dimensione mondiale assunta dalla questione

È a questo punto che il Pontefice entra nel vivo del problema ambientale, stigmatizzando la “debolezza” della politica internazionale e incoraggiando alla stipulazione di accordi multilaterali in virtù della loro maggiore idoneità, rispetto a quelli bilaterali, a perseguire il bene comune e tutelare gli Stati più vulnerabili<sup>23</sup>. Al multilateralismo e al ruolo delle organizzazioni internazionali vengono dedicati i paragrafi che seguono, nei quali si evidenzia la necessità dell’“efficacia” di queste ultime, intesa come capacità di assicurare la realizzazione del bene comune tramite una “reale autorità”<sup>24</sup>. Il documento richiama al contempo il ruolo delle organizzazioni della società civile e, più precisamente, la loro propensione a controbilanciare “le debolezze della Comunità internazionale, la sua mancanza di coordinamento [...], la sua carenza di attenzione rispetto a diritti umani fondamentali”<sup>25</sup>.

Si tratta di una preziosa occasione, per il Pontefice, di riprendere uno dei pilastri della Dottrina sociale della Chiesa, ovverossia il principio di sussidiarietà, concepito come forma di libertà dell’individuo – e al contempo di solidarietà nei suoi confronti – che trova realizzazione tramite l’azione dei corpi intermedi<sup>26</sup>. Come è noto, il principio, la cui formulazione viene fatta risalire al Pontificato di Leone III, sancisce il ruolo e il valore delle “espressioni aggregative” di diversa natura attraverso cui si esplica la dignità della persona, nonché il dovere dello Stato di riservare a tali entità lo spazio e la libertà di azione necessari<sup>27</sup>. Nel settore ambientale, le organizzazioni non governative che operano a livello inter-

sociale (Consiglio della Giustizia e della pace, *Compendio della Dottrina sociale della Chiesa*, Roma, 2005, pp. 97-98).

<sup>23</sup> Esortazione Apostolica *Laudate Deum*, cit., par. 34. Si veda altresì in questo senso la Lettera Enciclica *Fratelli tutti* del Santo Padre Francesco sulla fraternità e l’amicizia sociale, 3 ottobre 2020, par. 174.

<sup>24</sup> Esortazione Apostolica *Laudate Deum*, cit., par. 35.

<sup>25</sup> *Ibid.*, par. 37; sul ruolo delle organizzazioni della società civile rispetto al governo della globalizzazione cfr. Pontificio Consiglio della Giustizia e della pace, *Compendio della Dottrina sociale della Chiesa*, cit., p. 199.

<sup>26</sup> Lettera Enciclica *Caritas in veritate*, cit., par. 157-158.

<sup>27</sup> Si veda la Lettera Enciclica *Rerum novarum*, in cui si afferma la “naturale socialità dell’uomo” e il conseguente dovere dello Stato di rispettare la formazione di “private associazioni” (*Rerum novarum*, Lettera Enciclica di S.S. Leone XIII, 15 maggio 1891, par. 37 ss.). Sul punto cfr. Pontificio Consiglio della Giustizia e della pace, *Compendio della Dottrina sociale della Chiesa*, cit., pp. 99-100.

nazionale svolgono quindi tale funzione incanalando l'azione dei singoli in forme di pressione sui governi, al fine di promuovere un multilateralismo "dal basso" improntato alla difesa della dignità umana<sup>28</sup>. Ciò che emerge dall'Esortazione e dai documenti che essa richiama è quindi un interessante parallelismo fra la funzione suppletiva delle organizzazioni della società civile rispetto alle lacune che caratterizzano la Comunità internazionale e l'analogo ruolo svolto dai corpi intermedi all'interno di ciascun ordinamento.

L'evoluzione del ruolo e della rilevanza delle organizzazioni della società civile non esclude tuttavia, secondo l'Esortazione, la "vecchia diplomazia" che, seppure in crisi, continua a dimostrare la propria importanza e necessità. La ricerca di soluzioni globali e di regole universali impone al contempo una revisione dei meccanismi decisionali e della loro legittimazione, da perseguirsi tramite una più intensa "democratizzazione" della sfera globale<sup>29</sup>. Seppur in maniera implicita, è difficile non scorgere all'interno del documento un riferimento alla questione della riforma del Consiglio di Sicurezza in chiave "democratica", in particolar modo alla luce di quella multipolarità che caratterizza le relazioni internazionali negli ultimi decenni e che fa sì che "le risposte ai problemi possano venire da qualsiasi Paese"<sup>30</sup>. Tale aspetto era peraltro già stato toccato, in maniera assai più esplicita, dalla Lettera Enciclica *Caritas in veritate* nella quale, sottolineando l'urgenza della riforma sia dell'Organizzazione delle Nazioni Unite sia dell'architettura economica e finanziaria internazionale, si prospettava l'istituzione di una Autorità politica mondiale volta alla realizzazione del bene comune<sup>31</sup>.

#### 4. *Le Conferenze sul clima come manifestazione dell'inefficacia degli sforzi della Comunità internazionale*

I temi qui fin delineati fungono da sfondo e da introduzione alla successiva sezione dell'Esortazione, dedicata più specificamente alla riunione-

<sup>28</sup> Esortazione Apostolica *Laudate Deum*, cit., par. 38-39.

<sup>29</sup> *Ibid.*, par. 41.

<sup>30</sup> *Ibid.*, par. 40.

<sup>31</sup> Lettera Enciclica *Caritas in veritate*, cit., par. 67.

ne della Conferenza delle Parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico (New York, 1992), tenutasi a Dubai dal 30 novembre al 12 dicembre 2023 (“COP28”). Nel menzionare brevemente le Conferenze che hanno avuto luogo a partire dal 1992 – anno della Conferenza di Rio de Janeiro –, il Pontefice pone in evidenza la mancata realizzazione degli obiettivi fissati dal Protocollo di Kyoto alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico (Kyoto, 1997), così come le “importanti discussioni” che si sono susseguite in quelle sedi, fra cui quella relativa all’adozione del meccanismo “*loss and damage*”, volto alla compensazione dei danni legati al cambiamento climatico subiti dagli Stati in via di sviluppo<sup>32</sup>.

Una nota nel complesso negativa è altresì quella che emerge dal paragrafo dedicato all’Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici (Parigi, 2015), del quale si sottolinea l’inefficacia, dovuta all’ampia discrezionalità che le sue disposizioni talvolta lasciano agli Stati Parti, all’assenza di strumenti di attuazione e alla mancanza di criteri generali idonei a quantificare i risultati raggiunti<sup>33</sup>. Medesima sensazione di delusione si percepisce in relazione alle Conferenze successive, fino a quella svoltasi a Sharm el-Sheikh nel 2022, che ha riaffermato la forte dipendenza della Comunità internazionale dai combustibili fossili e offerto un chiaro esempio della difficoltà dei negoziati, soprattutto in relazione al meccanismo “*loss and damage*” menzionato poc’anzi<sup>34</sup>.

Il quadro poco incoraggiante che viene tratteggiato è quindi essenzialmente riconducibile alla scarsa attuazione degli accordi in materia di cambiamento climatico, dovuta a sua volta sia alla mancanza di sanzioni adeguate e di meccanismi di verifica, sia alla prevalenza degli interessi nazionali. Tali elementi portano a scorgere, dietro alla domanda “Cosa ci si aspetta dalla COP28 di Dubai?” che funge da titolo al paragrafo successivo, un certo pessimismo<sup>35</sup>. Ciò risulta evidente, in particolare, dalla decisa stigmatizzazione del diffuso atteggiamento di apparente attenzione al problema, non accompagnata tuttavia da una reale intenzione

<sup>32</sup> Esortazione Apostolica *Laudate Deum*, cit., par. 44 e ss.

<sup>33</sup> *Ibid.*, par. 47.

<sup>34</sup> *Ibid.*, par. 50-51.

<sup>35</sup> *Ibid.*, par. 53 e ss.

di operare cambiamenti sostanziali, così come della persistente ridicolizzazione del problema.

A questo punto si trova, a parere di chi scrive, uno dei tratti di maggiore interesse del documento, là ove viene menzionata l'attività di gruppi detti "radicalizzati" che, secondo il Pontefice, "occupano un vuoto nella società nel suo complesso"<sup>36</sup>. La simpatia che da queste parole traspare rispetto a forme per così dire estreme di esercizio della libertà di espressione da parte di alcuni settori della società civile sembra quindi trascendere la rilevanza normalmente assegnata ai corpi intermedi nel quadro del principio di sussidiarietà. Tale atteggiamento appare infatti attribuire un nuovo significato a quei "legittimi sistemi di pressione" cui anche l'Enciclica *Laudato si'* fa riferimento e che sono volti ad assicurare che ogni Governo "adempia il proprio e non delegabile dovere di preservare l'ambiente e le risorse naturali del proprio Paese"<sup>37</sup>.

Paragonando la "sana pressione" esercitata dai gruppi in parola a quella che spetta a ogni famiglia "la quale abbia a cuore il futuro dei propri figli"<sup>38</sup>, l'Esortazione Apostolica sembra quindi spingersi a legittimare forme di manifestazione del pensiero che si situano, come è noto, al limite della legalità, se non decisamente al di là di essa, in quanto unico antidoto alla delega indebitamente operata dai Governi delle proprie responsabilità rispetto all'ambiente. Il mancato esercizio di tale fondamentale funzione dello Stato sarebbe quindi all'origine della necessità, per i cittadini, di agire se non in sua sostituzione, perlomeno al fine di contrastare la sua negligenza in relazione alla tutela del territorio. Alla luce di questi elementi, e nell'evidente intento di spronare ad un'azione virtuosa in occasione della COP28, viene quindi affermata la necessità che da quella sede emergano forme vincolanti di transizione energetica efficienti e facilmente monitorabili, unico modo per "ripristinare la credibilità della politica internazionale"<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> *Ibid.*, par. 58. Virgolette nel testo.

<sup>37</sup> Lettera Enciclica *Laudato si'*, par. 38.

<sup>38</sup> Esortazione Apostolica *Laudate Deum*, cit., par. 58.

<sup>39</sup> *Ibid.*, par. 59.

### 5. *La visione spirituale: tra antropocentrismo e cambiamento individuale*

Pur essendo rivolta “a tutte le persone di buona volontà”, nella sua parte finale l’Esortazione Apostolica formula alcune considerazioni legate alla dimensione della fede, associando peraltro a questo intento – a conferma della vocazione interreligiosa del messaggio – gli individui che professano altre religioni<sup>40</sup>. Prendendo le mosse, in particolare, da alcuni passi delle Sacre Scritture da cui emergono la responsabilità e il dovere dell’essere umano di rispettare le leggi della natura, il Pontefice attira l’attenzione su un ulteriore aspetto fondamentale della Dottrina sociale della Chiesa in questo ambito, vale a dire la fedeltà a un approccio antropocentrico<sup>41</sup>. Quest’ultimo viene definito, più precisamente, come un “antropocentrismo situato”<sup>42</sup> che poggia, da un lato, sul rifiuto di un approccio esclusivamente ecologico e, dall’altro, sul riconoscimento dell’intimo legame degli individui con la natura.

Sotto il primo profilo, il documento si limita a ribadire una linea tradizionalmente seguita dalla Chiesa Cattolica, consistente nel riconoscimento delle peculiarità dell’essere umano e delle relazioni fra persone, nonché nell’idea che il “biocentrismo” possa essere foriero di nuovi e ulteriori squilibri, fra cui la non adeguata valorizzazione della responsabilità che caratterizza questa specie rispetto alle altre<sup>43</sup>. È proprio alla luce di tale responsabilità che, sotto il secondo profilo, viene enfatizzata la profonda relazione fra l’umanità e il Creato, soprattutto allo scopo di confutare l’idea dell’essere umano “illimitato” che, come si è visto poc’anzi, caratterizza il paradigma tecnocratico e che si esplica in un atteggiamento di tipo predatorio nei confronti delle risorse naturali<sup>44</sup>.

Il contributo individuale alla necessaria “riconciliazione” con il Pianeta costituisce una delle note dominanti a chiusura dell’Esortazione, che si sofferma infatti sulla relazione fra mutamento culturale – soprattutto in materia di consumi – e crisi climatica. Tale relazione si concretizza non tanto in effetti immediatamente rilevanti sotto un profilo quanti-

<sup>40</sup> *Ibid.*, par. 61.

<sup>41</sup> Sul tema cfr. G. CURRÀ, *L’ecologia nell’insegnamento di Giovanni Paolo II*, cit., p. 46.

<sup>42</sup> Esortazione Apostolica *Laudate Deum*, cit., par. 67.

<sup>43</sup> Lettera Enciclica *Laudato si’*, cit., par. 119.

<sup>44</sup> Esortazione Apostolica *Laudate Deum*, cit., par. 68.

tativo, quanto nella capacità del cambiamento di abitudini di stimolare profondi processi di trasformazione nella società, in quanto catalizzatore delle preoccupazioni legate al “disinteresse dei potenti” e alle loro irresponsabilità<sup>45</sup>. Come già evidenziato nella Lettera Enciclica *Laudato si'*, il “potere del consumatore” si esplica nella pressione che esso esercita nei confronti dei decisori politici tramite le scelte in materia commerciale, a loro volta atte a modificare le strategie delle imprese<sup>46</sup>. Il “potere politico” dei consumatori e delle loro associazioni comporta quindi non solo una responsabilità diretta rispetto alle scelte di consumo, ma altresì una concreta incidenza sulla responsabilità sociale d'impresa, idea che viene efficacemente espressa tramite l'affermazione secondo cui “acquistare è sempre un atto morale, oltre che economico”<sup>47</sup>.

## 6. *Cenni conclusivi*

Ben lontana dalla complessità propria dell'Lettera Enciclica *Laudato si'*, dalla quale traspare l'aspirazione a fornire un quadro completo della materia, l'Esortazione Apostolica *Laudate Deum* si caratterizza al contrario per la concisione e la selettività dei temi trattati, generando così l'impressione di essere stata concepita, per così dire, sull'onda dell'urgenza. Quest'ultima è, a sua volta, da riferirsi non solo al problema oggetto di attenzione, ma altresì alla riunione della Conferenza delle Parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico. Nonostante il documento in parola non presenti alcun evidente elemento di innovazione e si trovi in sostanziale linea di continuità con la Dottrina sociale della Chiesa, è comunque possibile sottolinearne alcuni aspetti di interesse sotto il profilo della tutela internazionale dell'ambiente.

L'Esortazione conferma, in primo luogo, l'adozione dell'approccio antropocentrico alla protezione ambientale che caratterizza il pensiero

<sup>45</sup> *Ibid.*, parr. 69 e ss.

<sup>46</sup> Lettera Enciclica *Laudato si'*, cit., par. 206.

<sup>47</sup> Lettera Enciclica *Caritas in veritate*, cit., par. 66; un richiamo a stili di vita più sobri e alla responsabilità di consumatori e produttori è altresì quello che emerge dalla Lettera Enciclica *Centesimus annus* di Giovanni Paolo II (Lettera Enciclica *Centesimus annus* del Sommo Pontefice Giovanni Paolo II nel centenario della “*Rerum novarum*”, 1 maggio 1991, parr. 36, 52).

cristiano. Tramite questa presa di posizione, la Dottrina sociale della Chiesa conferma quindi ancora una volta la propria diffidenza rispetto alla c.d. *deep ecology* e, in certa misura, alla recente tendenza del diritto internazionale dell'ambiente volta ad attribuire un valore all'ambiente in sé<sup>48</sup>. Tale antropocentrismo si fonda, come si è visto, sulla relazione fra essere umano e ambiente che, deviata dal paradigma tecnocratico, ha condotto all'attuale crisi climatica e che dovrebbe al contrario incentrarsi sulla responsabilità nei confronti del Creato: l'uomo, che ha ricevuto la natura come un dono, è infatti tenuto a "custodirla e conservarla"<sup>49</sup>. L'essenza dell'antropocentrismo cristiano risiede quindi nel legame che necessariamente viene a instaurarsi fra il dovere di tutela dell'ambiente e la dignità della persona<sup>50</sup>, coerentemente peraltro con le più recenti formulazioni del diritto umano a un ambiente sano<sup>51</sup>.

Una seconda osservazione concerne il principio di sussidiarietà che, seppur da sempre parte dei precetti chiave della Dottrina sociale della Chiesa e come tale oggetto di diffusa applicazione, trova nella tutela ambientale e del sistema climatico uno degli ambiti di più compiuta realizzazione, in virtù del precipuo ruolo svolto in questo contesto dai "corpi intermedi". È questo il caso, come si è visto, delle organizzazioni della società civile, incluse le associazioni di consumatori e i cosiddetti "gruppi radicalizzati" che, tramite la propria azione, sono in grado di incidere sulla condotta di pubblici poteri e di attori economici privati. Come evidenziato dalle stesse parole del Pontefice, il valore delle iniziative delle

<sup>48</sup> La compensabilità del danno ambientale "in sé e per sé" è stata sancita dalla Corte internazionale di giustizia nella nota sentenza in materia di risarcimento del danno emessa nel caso *Costa Rica c. Nicaragua* (CIG, 2 febbraio 2018, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica c. Nicaragua), par. 41).

<sup>49</sup> Lettera Enciclica *Caritas in veritate*, cit., par. 48. Come è stato evidenziato, la rilevanza della responsabilità individuale è da ricollegarsi alla "forte motivazione morale" che a sua volta discende dalla destinazione universale dei beni (Centro di ricerche per lo studio della dottrina sociale della Chiesa, *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa: scienze sociali e magistero*, Milano, 2004, p. 131).

<sup>50</sup> B. SORGE, *Introduzione alla dottrina sociale della Chiesa*, cit., p. 468.

<sup>51</sup> Cfr. Corte inter-americana dei diritti umani, Opinione consultiva OC-23/17 del 15 novembre 2017, *The Environment and Human Rights*, pp. 20 e ss.; Assemblea Generale delle Nazioni Unite, risoluzione A/RES/76/300, 1 agosto 2022, p. 4, nella parte in cui si afferma "l'importanza di un ambiente pulito, sano e sostenibile ai fini del godimento di tutti i diritti umani".

organizzazioni ambientaliste risiederebbe infatti nella loro capacità di “riempire un vuoto” della società ed esercitare pressione rispetto ai doveri degli Stati in materia di tutela del proprio territorio. Sotto questo profilo, quindi, la visione che emerge dall’Esortazione si trova in sintonia con la più generale tendenza volta a valorizzare l’apporto prestato da attori non statali, e in particolare da organizzazioni non governative, rispetto all’applicazione e alla verifica dell’osservanza del diritto internazionale<sup>52</sup>, se non addirittura alla sua attuazione coattiva<sup>53</sup>.

L’accento posto dall’Esortazione sull’adempimento dei doveri degli Stati conduce ad un’ulteriore e più generale osservazione circa il supporto che da essa emerge rispetto alla loro natura “non delegabile” e, di conseguenza, a una vera e propria responsabilità in questo senso. Tale approccio conferma nell’idea, già emersa in sede giurisprudenziale, di un “*duty of care*” in capo allo Stato<sup>54</sup>, la cui sovranità sempre più difficilmente è in grado di giustificare il degrado del proprio ambiente naturale. L’evidente superamento che da ciò discende della tradizionale concezione del divieto di causare un danno ambientale – così come codificata dal Principio 21 della Dichiarazione di Stoccolma del 1972 – è da ricondursi, oltre che ad aspetti valoriali, all’approccio antropologico di cui si è detto poc’anzi, ponendosi quindi in linea di continuità con la generale tendenza dell’ordinamento internazionale a riconoscere l’esistenza di un diritto umano a un ambiente sano.

Più sullo sfondo, ma ugualmente rilevante nell’economia generale dell’Esortazione Apostolica, è l’esplicitazione dell’esigenza, in nome del perseguimento del bene comune, di una profonda riforma di alcuni mec-

<sup>52</sup> F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Diritto internazionale dell’ambiente e ruolo dei “non-State actors”: alcuni recenti sviluppi*, in *La Comunità internazionale*, 2006, 3, pp. 500 e ss.

<sup>53</sup> La tesi è sostenuta da F. MÉGRET, *Activists on the High Seas: Reinventing International Law from the Mare Liberum?*, in *International Community Law Review*, 2021, 4, pp. 378 e ss.

<sup>54</sup> Con riferimento all’ampia materia del contenzioso climatico, la nozione di “*duty of care*” è emersa, fra gli altri, nel noto caso *Urgenda c. Paesi Bassi*, in cui è stata ricollegata agli articoli 2 e 8 della Convenzione europea dei diritti umani e al Codice civile olandese (M. DELSIGNORE, *Il contenzioso climatico dal 2015 ad oggi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 2, pp. 267-268; T. SCOVAZZI, *L’interpretazione e l’applicazione “ambientalista” della Convenzione europea dei diritti umani, con particolare riguardo al caso “Urgenda”*, in questa *Rivista*, 2019, 3, pp. 619 e ss.)

canismi decisionali attorno a cui si struttura la Comunità internazionale. Tale intento, coerente con la multipolarità che caratterizza l'attuale scenario delle relazioni internazionali e che deve ispirare la riforma in oggetto, non pregiudica tuttavia un ulteriore principio molto caro al Pontefice, ovvero sia quello delle responsabilità comuni ma differenziate fra Stati in via di sviluppo e Stati industrializzati. Il principio in parola, seppur non menzionato esplicitamente, è stato sostenuto con vigore nell'Enciclica *Laudato si'* e trova riflesso nelle considerazioni iniziali relative all'apporto delle fasce più agiate della popolazione mondiale alla crisi climatica. Se, da un lato, la realizzazione del bene comune non può prescindere dalla rappresentazione dell'interesse di tutti gli Stati, dall'altro l'emergere di nuovi "poli" – perlopiù appartenenti alla categoria degli Stati in via di sviluppo – non è in grado di controbilanciare il debito ecologico che su questi ultimi grava e che trova nelle conseguenze della crisi climatica una delle sue più evidenti manifestazioni.

## ABSTRACT

*Climate change - social doctrine of the Catholic Church  
Human rights - multilateral environmental treaties - developing States  
Common but differentiated responsibilities*

*The article provides an overview and a brief comment of the Apostolic Exhortation *Laudate Deum*, adopted by Pope Francesco in view of the 28<sup>th</sup> meeting of the Conference of the Parties of the United Nations Framework Convention on Climate Change. As results from its opening, the main purpose of the Exhortation lies in a strong rejection of any denial of climate change and of its anthropogenic origin that, according to a consolidated view of the Catholic Social Doctrine, are intimately linked to the "technocratic paradigm". The utilitaristic exploitation and the depletion of natural resources, including the climate system, resulting from these trends find reflection in the scarce results brought about by international conferences on climate. This worrying scenario is made even more unacceptable if one considers the unfair consequences of the climate crisis on Developing States, whose contribution to the problem has been limited by their delayed and uncomplete economic development and whose political role is, vice-versa, on the rise. Despite its pessimistic tone, the Exhortation reminds "all people of good will" of the duty and the possibility to remedy the omissive conduct of States and of the international community through the action of environmental NGOs and the influence that consumers can exert on economic actors, in so doing underlying once again the central role, in the creation as a whole, attributed to human beings by Catholic Social Doctrine.*



## Gestione dei rifiuti e privativa comunale: il Consiglio di Stato prova a scrivere la parola “fine” sull’estensione della privativa all’attività di recupero dei rifiuti

RICCARDO D’ERCOLE

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV – 29 maggio 2023, n. 5257 – Pres. Lopilato, Est. Gambato Spisani. – Colombara S.r.l. (Avv.ti Colagrande, Rizzardi e Veronese) c. Città metropolitana di Venezia ed il Consiglio di bacino Venezia Ambiente (Avv.ti Brusegan, Francario e Maretto).

### **Rifiuti urbani – privativa comunale – Testo unico ambientale – diritto della concorrenza – green antitrust**

*Si ritiene che non esista alcuna privativa comunale sull’attività di raccolta rifiuti per l’avvio a recupero. In altre parole, la privativa dei Comuni in materia di gestione dei rifiuti non copre il recupero, operazione non prevista dall’art. 198 del D.Lvo 152/2006. A questa conclusione si giunge ribadendo che il principio di concorrenza di matrice europea, previsto dagli articoli 101-109 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), qualora subisca una limitazione, come la privativa comunale in materia rifiuti, debba essere esplicitato da una norma di legge senza che possa essere ricavato o esteso in via interpretativa. Le uniche norme di legge che richiamano espressamente la “privativa” sono quelle dell’art. 21 del D.L.vo. 22/1997 e quelle dell’art. 198 D.L.vo. 152/2006 che nel primo caso ne eccettuano espressamente il recupero e nel secondo non ne parlano affatto.*

SOMMARIO: 1. I fatti oggetto di causa. – 2. La privativa nel sistema di gestione dei rifiuti: evoluzione normativa. – 2.1. Il D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 - c.d. Decreto Ronchi. – 2.2. La Legge 31 luglio 2002, n. 179. – 2.3. Il D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 - Testo unico ambientale. – 3. Privativa estesa o no al recupero? Il punto sugli orientamenti delle *Authorities* e della giurispru-

denza. – 4. La chiave di volta: la valorizzazione del principio di concorrenza nel sistema di gestione dei rifiuti. – 5. Considerazioni conclusive.

### 1. *I fatti oggetto di causa*

Il presente contributo intende analizzare una recente sentenza con cui il Consiglio di Stato si è pronunciato sulla questione legata all'estensione o meno della privativa comunale in relazione all'attività di recupero dei rifiuti urbani.

Tale tema si inserisce in quello, ben più ampio, afferente ai servizi pubblici<sup>1</sup> e, nello specifico, a quello di gestione del servizio pubblico dei rifiuti<sup>2</sup>.

In quest'ottica, la pronuncia in commento risulta essere particolarmente rilevante poiché chiarisce un aspetto particolare nell'ambito dell'"appassionante"<sup>3</sup> materia dei rifiuti: vale a dire l'asserita esistenza di una privativa comunale estesa anche all'attività di recupero dei rifiuti urbani. La pronuncia si presta così a porre fine ad una querelle che si era, *medio tempore*, creata e che si procederà a ricostruire nel prosieguo

<sup>1</sup> In tema si veda, innanzitutto, A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1897; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, E. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, pp. 917 ss. Più di recente si veda, specialmente, E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; ID. *Servizi pubblici locali* (voce), in *Digesto Discipline Pubblicistiche, Aggiornamento*, Torino, 2011, pp. 629 ss.; G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XI secolo*, in *Diritto amministrativo*, 2010, 1, pp. 1 ss. Da ultimo, in ordine di tempo, R. VILLATA, S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*, Torino, 2022.

<sup>2</sup> Con specifico riferimento al tema del servizio di gestione dei rifiuti quale paradigma del servizio pubblico a tutela ambientale, si veda C. FELIZIANI, *Tutela ambientale e servizio pubblico. Il caso della gestione dei rifiuti in Italia e in Inghilterra*, Roma, 2014.

<sup>3</sup> Ci si riferisce alle parole di M. STUTTMANN, *Der Rechtsbegriff "Abfall"*, in *Neue zeitschrift fur verwaltungsrecht*, 2006, p. 461, per il quale "il diritto dei rifiuti è particolarmente appassionante perché nessuno sa esattamente che cosa significhi la parola rifiuto".

del lavoro. A tal fine si andrà, dapprima, ad analizzare l'evoluzione normativa che regola la gestione dei rifiuti per poi esaminare le ricostruzioni operate dalla giurisprudenza con riguardo all'istituto della privativa comunale.

Questi, brevemente, i fatti oggetto della sentenza che si commenta.

Una società veneta gestisce un impianto di recupero<sup>4</sup> rifiuti e tra le varie attività è autorizzata, con apposita determinazione provinciale, a gestire anche la raccolta dei rifiuti urbani da avviare a recupero – tipicamente soggetti alle logiche del mercato diversamente da quelli da avviare a smaltimento per cui è previsto un sistema di privativa locale<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> L'attività di recupero dei rifiuti è definita dall'art. 183, comma 1, lett. t), Testo unico ambientale (c.d. T.U.A.) come “qualsiasi operazione il cui principale risultato sia di permettere ai rifiuti di svolgere un ruolo utile, sostituendo altri materiali che sarebbero stati altrimenti utilizzati per assolvere una particolare funzione o di prepararli ad assolvere tale funzione, all'interno dell'impianto o nell'economia in generale”. Come si vedrà meglio successivamente, la fase di recupero rappresenta uno degli step di cui si compone la c.d. gerarchia dei rifiuti così come individuata dall'art. 179 T.U.A.: tale articolo stabilisce dei criteri di priorità nelle modalità di approccio alle problematiche ambientali generate dalla produzione dei rifiuti che possono essere individuati nella prevenzione, riutilizzo, riciclaggio, recupero e da ultimo smaltimento in discarica. Proprio quest'ultima attività deve considerarsi in via residuale e come *extrema ratio*. Non a caso, l'art. 183, comma 1, lett. z), definisce lo smaltimento come “qualsiasi operazione diversa dal recupero (individuando già in questa fase una netta separazione rispetto a tale attività) anche quando l'operazione ha come conseguenza secondaria il recupero di sostanze o di energia”. Pertanto, la discarica rappresenta il sistema di smaltimento “residuale”, poiché deve essere inviato in discarica solo il rifiuto dal quale non è più possibile recuperare né materia né energia. Difatti, come emerge nel Rapporto Rifiuti Urbani 2022 pubblicato da ISPRA – e reperibile sulla rete interconnessa – si evidenzia a pagina 159, che “nell'anno 2021, i quantitativi di rifiuti urbani complessivamente smaltiti in discarica ammontano a 5,6 milioni di tonnellate, pari al 19% del quantitativo dei rifiuti urbani prodotti a livello nazionale (circa 29,6 milioni di tonnellate) [...] Rispetto alla rilevazione del 2020, si registra una riduzione del 3,4%, pari a 198 mila tonnellate di rifiuti. In relazione all'andamento dei quantitativi di rifiuti urbani smaltiti nel periodo dal 2002 al 2021, l'analisi dei dati evidenzia una progressiva diminuzione dello smaltimento (-70% tra il 2002 e il 2021; -52% tra il 2012 e 2021)”.

<sup>5</sup> È questa, infatti, la logica interpretativa che muove l'art. 198 T.U.A. – su cui si veda meglio *infra* – e, più in generale, la gestione dei rifiuti urbani nell'ambito dei due diversi flussi dell'indifferenziato e del differenziato. Sul punto occorre precisare che ai sensi dell'art. 183, comma 1, lett. p), T.U.A. per raccolta differenziata si intende “la raccolta in cui un flusso di rifiuti è tenuto separato in base al tipo ed alla natura dei rifiuti al fine di facilitarne il trattamento specifico”; *a contrario* per raccolta indifferenziata si intende

Sennonché, approssimandosi la scadenza della suddetta determinazione ed essendo necessaria la sua proroga, l'ex Provincia di Venezia (dal 1° gennaio 2015 Città Metropolitana<sup>6</sup>) rinnova tale autorizzazione apponendo un'apposita prescrizione relativa al “divieto di ricezione di rifiuti urbani provenienti da abitazioni civili, se non conferiti da soggetto munito di tutte le abilitazioni previste dalla vigente normativa, ivi incluso l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto, avvio a smaltimento e recupero [...]”.

Tale prescrizione viene resa esplicita nell'atto di autorizzazione – oggetto di impugnazione – e giustificata dal tenore letterale dell'art. 3, comma 6, L.R. Veneto 31 dicembre 2012, n. 52, secondo il quale l'intera gestione dei rifiuti urbani (ivi compresa, quindi, la fase di raccolta, trasporto, avvio a smaltimento e recupero ed indipendentemente dalla destinazione finale del prodotto) sarebbe oggetto di privativa comunale.

la raccolta di rifiuti che non vengono separati dagli utenti per tipologia. Orbene, le due tipologie di raccolta danno luogo a due distinte filiere di gestione che si distinguono per destinazione finale dei rifiuti. Nella prima, i rifiuti raccolti sono ulteriormente selezionati e differenziati tra frazione organica e materiali di cui sono composti gli imballaggi. La frazione organica, dopo la raccolta, è sottoposta a trattamento per la produzione di compost, mentre i rifiuti da imballaggio sono dapprima selezionati e poi avviati a riciclo sulla base di un processo che assume le connotazioni di una vera e propria filiera industriale – per tale ragione sottoposta alle tipiche modalità di concorrenza “per il mercato”. Nella seconda, invece, dopo la raccolta, i rifiuti sono sottoposti a trattamento (tipicamente meccanico-biologico) per poi essere smaltiti in discarica, con modalità gestorie ed organizzative che rientrano nel perimetro di applicazione della privativa locale/comunale. Si vedano, sul punto, le indicazioni e le argomentazioni provenienti dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Indagine conoscitiva relativa al mercato della gestione dei rifiuti solidi urbani*, avviata il 1° agosto 2014 - IC49 e chiusa con provvedimento del 21 gennaio 2016, n. 25823, pp. 7 e 68-71.

<sup>6</sup> Sono i noti effetti della Legge 7 aprile 2014, n. 56 (c.d. Legge Delrio) che ha dettato un'ampia riforma in materia di Enti locali, prevedendo l'istituzione e la disciplina delle Città metropolitane e la ridefinizione del sistema delle Province, oltre ad una nuova disciplina in materia di unioni e fusioni di Comuni. Nel fare ciò, la Legge definisce “Enti territoriali di area vasta” sia le Città metropolitane che le Province. Le Città metropolitane sostituiscono le Province in dieci aree urbane, i cui territori coincidono con quelli delle preesistenti Province, nelle Regioni a statuto ordinario: Roma Capitale, Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Bari, Napoli e Reggio Calabria. Per ulteriori approfondimenti si veda il Dossier del Servizio Studi Camera dei deputati del 22 settembre 2022 reperibile sulla rete interconnessa.

A questo punto la società veneta impugna l'autorizzazione dirigenziale di cui sopra con ricorso depositato presso il T.A.R. Veneto, il quale, con sentenza del 20 settembre 2019, n. 1012, lo rigetta poiché considera la privativa comunale legittima e giustificata da un'interpretazione della normativa nazionale corrispondente a quella regionale.

Avverso tale sentenza, la società di gestione dei rifiuti propone ricorso al Consiglio di Stato il quale, con la sentenza in commento, nega l'esistenza di una privativa pubblica estesa anche all'attività di recupero. Il Consiglio di Stato aderisce, pertanto, alle censure sostenute da parte ricorrente e provvede alla riforma della sentenza impugnata con contestuale annullamento della determinazione sottoposta al vaglio di legittimità del giudice amministrativo di primo grado.

## 2. *La privativa nel sistema di gestione dei rifiuti: evoluzione normativa*

### 2.1. *Il D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 - c.d. Decreto Ronchi*

Ricostruiti i fatti di causa, giova anzitutto soffermarsi sull'evoluzione normativa del sistema di gestione dei rifiuti.

In tema, il primo riferimento normativo è rappresentato dall'attuazione della Direttiva n. 75/442/CEE<sup>7</sup> nell'ordinamento nazionale con il

<sup>7</sup> Nota anche come direttiva quadro sui rifiuti, segna il più significativo atto emanato dalla Comunità europea in materia. Con questo provvedimento, il legislatore europeo ha tracciato le linee fondamentali della politica sui rifiuti delineando gli strumenti di programmazione e organizzazione mediante i quali gli Stati membri possono esercitare i controlli sullo smaltimento dei rifiuti. Nello specifico, scopo della direttiva era rappresentato dalla protezione dell'ambiente e della salute umana contro gli effetti nocivi della raccolta, del trattamento e del deposito dei rifiuti favorire il recupero dei rifiuti e l'utilizzazione dei materiali di recupero per preservare le risorse naturali. Per ulteriori e più dettagliati approfondimenti sull'evoluzione normativa della disciplina nazionale ed europea dei rifiuti, si veda P. DELL'ANNO, *Disciplina della gestione dei rifiuti*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, Padova, 2013, pp. 164 ss.; A. BORZI, *La gestione dei rifiuti*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di Diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, pp. 605 ss. Sui profili, già evidenti, di connessione tra tutela dell'ambiente, disciplina dei rifiuti e costruzione del mercato interno presenti nella direttiva quadro, si veda C. FELIZIANI, *Tendenze evolutive della legislazione in materia di ambiente e rifiuti tra diritto dell'Unione europea e diritti nazionali. Dall'assenza dell'Europa alla (quasi) scomparsa dello Stato*, in *Federalismi*.

D.Lgs. n. 22/1997 – meglio noto come Decreto Ronchi, dal nome dell'allora Ministro dell'Ambiente – il quale ha affrontato un riordino generale della materia, con il dichiarato obiettivo di unificare la gestione dei rifiuti, attraverso la riduzione della loro produzione e il miglioramento delle pratiche di riciclo e recupero.

Il Titolo I del citato Decreto si riferiva esplicitamente alla “Gestione dei rifiuti” secondo un preciso criterio gerarchico che vedeva – esattamente come avviene tutt'ora – lo smaltimento in discarica come *extrema ratio*<sup>8</sup>. Nell'individuare funzioni e competenze di soggetti istituzionali, il Decreto attribuiva ai Comuni “la gestione dei rifiuti urbani<sup>9</sup> e dei rifiuti

*it*, 2015, 22, p. 9, la quale ricorda che “con la direttiva 75/442/Cee, vera e propria pietra miliare delle fonti in tema di rifiuti, il Consiglio, facendo leva sugli artt. 100 e 235 del Trattato Cee, da un lato, ha esortato gli Stati membri al «ravvicinamento delle legislazioni» in materia di gestione dei rifiuti, al fine di scongiurare il prodursi di situazioni di «disuguaglianza nelle condizioni di concorrenza», suscettibili di incidere negativamente sul funzionamento del mercato comune, e dall'altro lato, ha manifestato la necessità di un'azione della Comunità tesa a raggiungere «con una più ampia regolamentazione» gli obiettivi della protezione dell'ambiente e del miglioramento della qualità della vita”.

<sup>8</sup> Il sistema di gestione viene così strutturato secondo una scala gerarchica ben precisa che, idealmente, prende avvio dalla prevenzione nella produzione del rifiuto e si chiude con lo smaltimento in discarica. Così, in questo ordine di priorità, in primo luogo si cerca di giungere alla prevenzione tramite la diminuzione della produzione di rifiuti sia in volume che in quantità; in secondo luogo si mira al riutilizzo (prodotti o componenti che non sono rifiuti vengono reimpiegati per la stessa finalità per cui sono concepiti); in terza battuta al riciclaggio (dal prodotto si ricava una nuova materia prima omogenea o materiale fertilizzante); in quarto luogo al recupero (il prodotto viene utilizzato generalmente come combustibile evitando che, per tale fine, si usino materie prime vergini – i.e. utilizzazione come combustibile o come altro mezzo per produrre energia, recupero di metalli, rigenerazione di oli, ecc...); in via assolutamente residuale ed in ultima istanza lo smaltimento in discarica nel solo ed esclusivo caso in cui sia impossibile portare a realizzazione uno dei punti precedenti a mente dell'art. 5, comma, 1 D.Lgs. n. 22/1997: “Lo smaltimento dei rifiuti deve essere effettuato in condizioni di sicurezza e costituisce la fase residuale della gestione dei rifiuti”.

<sup>9</sup> Definiti dall'art. 183, comma 1, lett. b *ter*) T.U.A. come “1. i rifiuti domestici indifferenziati e da raccolta differenziata, ivi compresi: carta e cartone, vetro, metalli, plastica, rifiuti organici, legno, tessili, imballaggi, rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche, rifiuti di pile e accumulatori e rifiuti ingombranti, ivi compresi materassi e mobili; 2. i rifiuti indifferenziati e da raccolta differenziata provenienti da altre fonti che sono simili per natura e composizione ai rifiuti domestici indicati nell'allegato L-*quater* prodotti dalle attività riportate nell'allegato L-*quinquies*; 3. i rifiuti provenienti

assimilati<sup>10</sup> avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui alla Legge 8 giugno 1990, n. 142, e dell'articolo 23<sup>11</sup>“.

Quindi, il Decreto Ronchi prevedeva la privativa comunale per due categorie di rifiuti: quelli urbani da avviare a smaltimento e quelli assimilati, anch'essi destinati ad essere smaltiti<sup>12</sup>.

dallo spazzamento delle strade e dallo svuotamento dei cestini portarifiuti; 4. i rifiuti di qualunque natura o provenienza, giacenti sulle strade ed aree pubbliche o sulle strade ed aree private comunque soggette ad uso pubblico o sulle spiagge marittime e lacuali e sulle rive dei corsi d'acqua; 5. i rifiuti della manutenzione del verde pubblico, come foglie, sfalci d'erba e potature di alberi, nonché i rifiuti risultanti dalla pulizia dei mercati; 6. i rifiuti provenienti da aree cimiteriali, esumazioni ed estumulazioni, nonché gli altri rifiuti provenienti da attività cimiteriale diversi da quelli di cui ai punti 3, 4 e 5; 6-bis. i rifiuti accidentalmente pescati nonché quelli volontariamente raccolti, anche attraverso campagne di pulizia, in mare, nei laghi, nei fiumi e nelle lagune”.

<sup>10</sup> Trattasi di quella particolare categoria di rifiuti speciali che giuridicamente vengono equiparati ai rifiuti urbani per quantità e qualità e, pertanto, la loro gestione rientra nella privativa accordata dall'ente locale al soggetto affidatario del servizio di raccolta dei rifiuti. Sul punto, si legga D. IACOVELLI. *Rifiuti e mercato nell'economia circolare*, Torino, 2021, pp. 134 ss. per cui i rifiuti assimilati “[...] sono tutti quei rifiuti formalmente speciali ma che giuridicamente venivano equiparati a quelli urbani laddove presentassero caratteristiche morfologiche sostanzialmente analoghe per qualità e quantità alla composizione di questi ultimi. Tale tipologia di rifiuti era individuata secondo principi la cui determinazione, in esito ad una complessa evoluzione normativa, era essenzialmente demandata ai Comuni dotati di una potestà ampiamente discrezionale in materia e tendevano ad ampliare il novero dei rifiuti «assimilati» per assoggettarli al regime giuridico dei rifiuti urbani con l'applicazione dei relativi oneri tributari. Tanto è vero che il ricorso eccessivo all'istituto dell'assimilazione ha comportato una significativa erosione degli spazi lasciati ai privati. Con il D.Lgs. n. 116/2020, che ha in parte riscritto la tradizionale classificazione dei rifiuti in aderenza alle più recenti direttive comunitarie, la categoria dei rifiuti assimilati è stata sostituita da quella dei rifiuti indifferenziati e da raccolta differenziata “provenienti da altre fonti che sono simili per natura e composizione ai rifiuti domestici, indicati nell'allegato L *quater* prodotti dalle attività riportate nell'allegato L *quinquies* (art. 184 e 183, comma 1, lett. b *ter*, T.U.A.)”.

<sup>11</sup> Vedi l'art. 21, comma 1, D.Lgs. n. 22/1997.

<sup>12</sup> Per quanto sia necessario ricordare, sul punto, che vi fosse anche una contraria interpretazione della norma citata – sostenuta soprattutto da ANCI e da alcune Pubbliche Amministrazioni – volta a considerare la particella “e” in senso disgiuntivo e considerando quindi la specificazione “avviati allo smaltimento” riferita ai soli rifiuti assimilati. Pertanto, con tale lettura i rifiuti urbani propriamente detti rimarrebbero sempre vincolati al diritto di privativa mentre ne rimarrebbero svincolati i soli rifiuti assimilati se “avviati al recupero”. Interpretazione fortemente criticata perché non

Senonché, il comma 7 dello stesso art. 21 D.Lgs. n. 22/1997, prevedeva un'eccezione alla regola fissata dal comma 1, stabilendo che “la privativa di cui al comma 1 non si applica alle attività di recupero dei rifiuti che rientrano nell'accordo di programma di cui all'articolo 22, comma 11, ed alle attività di recupero dei rifiuti assimilati”. Tale previsione è stata interpretata e applicata nella prassi amministrativa come una forma di estensione della privativa anche alle attività di recupero dei soli rifiuti urbani. Restavano, pertanto, escluse dal regime di privativa le sole attività di recupero dei rifiuti afferenti ad accordi stipulati dal Ministro dell'Ambiente, di concerto con il Ministro dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato, d'intesa con le Regioni, per la realizzazione all'interno di insediamenti industriali di impianti di recupero di rifiuti non previsti dal piano regionale e le attività di recupero dei rifiuti c.d. assimilati.

## 2.2. La Legge 31 luglio 2002, n. 179

La successiva fase evolutiva nella storia normativa della privativa è rappresentata dall'art. 23, comma 1, Legge 31 luglio 2002, n. 179 (recante “Disposizioni in materia ambientale”) che ha modificato l'art. 21, comma 7, D.Lgs. n. 22/1997 nel senso che “la privativa di cui al comma 1 non si applica alle attività di recupero dei rifiuti urbani e assimilati, a far data dal 1° gennaio 2003”.

Nel disposto di questo comma si confermava, quindi, l'intenzione del Decreto Ronchi di escludere dalla privativa, se avviate al recupero, entrambe le fattispecie di rifiuto (*id est* rifiuti urbani e assimilati).

Pertanto, rimaneva esclusa quell'attività di recupero che, come ricordato anche dalla stessa giurisprudenza<sup>13</sup>, rappresentava “una sola fase della più complessa attività di gestione dei rifiuti e che attribuisce al re-

teneva conto della *littera legis* e delle intenzioni del legislatore e si poneva in radicale contrasto con l'interpretazione letterale della norma stessa.

<sup>13</sup> Così Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2005, n. 6736. Si veda anche Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2005, n. 1074, secondo la quale “[n]on è applicabile al servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani l'art. 21, comma 1, D.Lgs. n. 22 del 1997, che prevede lo svolgimento della gestione dei rifiuti urbani in regime di privativa da parte dei Comuni, in quanto, ai sensi del comma 7 dello stesso articolo, come sostituito dall'art. 23, l. n. 179 del 2002, dall'1 gennaio 2003 tale privativa non è più applicabile alle attività di recupero dei rifiuti urbani e assimilati.”

cupero valenza autonoma nel ciclo di eliminazione dei rifiuti dall'ambiente”.

Tale intervento legislativo è stato accolto con favore poiché, almeno nelle intenzioni del legislatore, sembrava aver virtualmente attribuito agli operatori del mercato non affidatari di servizi pubblici una quota rilevantissima di rifiuti, costituita, come minimo, dai rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata, destinati per definizione al recupero e quindi al mercato concorrenziale.

### 2.3. *Il D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 - Testo unico ambientale*

Successivamente, come noto, il Decreto Ronchi è stato abrogato ed integralmente sostituito dal D.Lgs. n. 152/2006 (Testo unico ambientale – T.U.A.)<sup>14</sup> il quale compendia, più o meno interamente<sup>15</sup>, la disciplina dei rifiuti nella sua Parte IV dedicando ad essa gli artt. da 177 al 238 – a

<sup>14</sup> Su cui si veda M.P. CHITI, R. URSI (a cura di), *Studi sul codice dell'ambiente - Atti del Convegno, Palermo, 23-24 maggio 2008*, Torino, 2009; S. NESPOR, A.L. DE CESARIS (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Milano, 2009; M. RENNA, *Le semplificazioni amministrative (nel decreto legislativo n. 152 del 2006)*, in questa *Rivista*, 2009, 5, pp. 651 ss.; F. FONDERICO, *La muraglia e i libri: Legge delega, testo unico e codificazione del diritto ambientale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, 6, pp. 585 ss.; ID., *L'evoluzione della legislazione ambientale*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2007, 2, pp. 97 ss.; F. GIAMPIETRO, *Né testo unico né codice dell'ambiente...ma un unico contenitore per discipline differenziate*, in *Ambiente & sviluppo*, 2006, 5, pp. 405 ss.; P. CERBO, *Le novità nel codice dell'ambiente*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 5, pp. 533 ss. In generale sulla codificazione si veda A. CIOFFI, “Codificazione” e principi generali (dir. amm.) (voce), in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, Torino, 2010, pp. 37 ss.; F. FONDERICO, *La codificazione del diritto dell'ambiente in Italia: modelli e questioni*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, 3, pp. 612 ss.

<sup>15</sup> Il codice dell'ambiente non esaurisce l'intera disciplina giuridica sui rifiuti sia perché a livello europeo vi sono altre norme direttamente applicabili dotati di particolare rilevanza sistematica (si pensi al Regolamento n. 1013/2006/CE sulle spedizioni transfrontaliere di rifiuti e al Regolamento n. 2150/2002/CE relativo alle statistiche sui rifiuti che sottolinea l'importanza di avere informazioni quantitativamente e qualitativamente valide in materia) sia perché diverse norme nazionali si collocano all'esterno del codice dell'ambiente e tra queste un gran numero di norme regionali. Una valida e completa ricognizione di queste ultime è offerta da V. CERULLI IRELLI, G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La disciplina giuridica dei rifiuti in Italia*, II, Napoli, 2011.

cui devono adeguarsi anche le normative regionali (così come prevede l'art. 177, comma 7) – e quindici allegati tecnici<sup>16</sup>.

L'art. 179 T.U.A. individua i criteri di priorità nella gestione dei rifiuti<sup>17</sup> e l'art. 183 T.U.A. mira a delineare il perimetro della disciplina sui rifiuti riportando un elenco sistematico di definizioni<sup>18</sup> applicabili alla Parte IV del Codice dell'ambiente.

L'art. 198 T.U.A. stabilisce, invece, al suo comma 1, che: “i Comuni concorrono, nell'ambito delle attività svolte a livello degli ambiti territoriali ottimali<sup>19</sup> di cui all'articolo 200 e con le modalità ivi previste, alla

<sup>16</sup> Si veda F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: da problema a “risorsa” nel sistema dell'economia circolare*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, pp. 330 ss.

<sup>17</sup> Secondo la seguente gerarchia: a) prevenzione; b) preparazione per il riutilizzo; c) riciclaggio; d) recupero di altro tipo, per esempio il recupero di energia; e) smaltimento. Si preoccupa, altresì, di specificare al comma 2 che “la gerarchia – di cui al comma 1 – stabilisce, in generale, un ordine di priorità di ciò che costituisce la migliore opzione ambientale” e che, proprio per tale ragione, non deve essere derogata a meno che – circostanza più unica che rara – non sia giustificata, a seconda del caso di specie, una sua revisione e una modifica dell'ordine di gestione così come individuato dal comma 1.

<sup>18</sup> La gestione dei rifiuti viene definita come un complesso di attività comprendenti tanto le fasi c.d. a monte quanto quelle a valle della gestione stessa. Nell'ambito di tale contesto, la fase di raccolta è costituita dal prelievo dei rifiuti, compresi la cernita preliminare e il deposito preliminare alla raccolta, ai fini del loro trasporto in un impianto di trattamento. Per trasporto dei rifiuti si intende l'attività con la quale i rifiuti sono trasferiti dal luogo della raccolta ad un impianto di recupero o di smaltimento, ovvero ad un impianto di stoccaggio. Nella fase successiva ‘a valle dalla raccolta’ si tenta di diminuire la quantità di rifiuti da smaltire in discarica – in perfetta aderenza agli obiettivi di prevenzione – procedendo, dapprima, al trattamento degli stessi e, successivamente, al recupero vero e proprio che può essere realizzato o in materia o in energia: quest'ultimo consiste nell'incenerimento dei rifiuti con il fine di produrre energia elettrica, mentre il recupero in materia consiste in qualsiasi operazione di recupero, diversa dal recupero di energia e dal ritrattamento, volto ad ottenere materiali da utilizzare quali combustibili o altri mezzi per produrre energia.

<sup>19</sup> Trattasi dei c.d. A.T.O. i quali hanno sostituito le Autorità d'ambito – c.d. AA.T.O. – a cui nella versione originaria del T.U.A. era affidata la gestione integrata dei rifiuti ex art. 201 T.U.A. Come noto, successivamente le Autorità d'ambito sono state soppresse – per effetto dell'art. 2, comma 186-*bis*, L. 23 dicembre 2009, n. 191, così come modificato dall'art. 1, comma 1-*quinquies*, D.L. 25 gennaio 2010, n. 2 e convertito, con modificazioni, dalla L. 26 marzo 2010, n. 42; lo stesso articolo 201 T.U.A., che le prevedeva, è stato abrogato a decorrere dal 31 dicembre 2012, per effetto di quanto disposto dall'art. 13, comma 2, D.L. 29 dicembre 2011, n. 216, così come convertito, con modificazioni, dalla L. 24 febbraio 2012, n. 14 – tale abolizione ha creato una lacuna normativa che è stata colmata dal Legislatore con l'art. 3-*bis*, comma 1-*bis*, D.L.

gestione dei rifiuti urbani. Sino all'inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara ad evidenza pubblica indetta dall'Autorità d'ambito ai sensi dell'articolo 202, i comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui all'articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267".

Pertanto, il disposto dell'art. 198 del D.Lgs. n. 152/2006 nella parte in cui afferma che "[...] i comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani avviati allo smaltimento [...]" indica chiaramente una continuità di gestione, il che porta a privilegiare il riferimento all'esclusione della privativa di entrambe le categorie di rifiuti, se avviati a recupero, e non di una sola di esse. Una tale lettura si pone in linea con l'interpretazione legislativa sia del Decreto Ronchi che della successiva modifica operata dalla Legge n. 179/2002.

Inoltre, l'art. 181, comma 5, T.U.A.<sup>20</sup> sembra escludere le attività di recupero dal servizio pubblico di gestione integrata<sup>21</sup> dei rifiuti urbani, in

13 agosto 2011, n. 138, convertito in L.14 settembre 2011, n. 148, il quale impone che i servizi pubblici locali – tra cui come detto rientra certamente il servizio di gestione dei rifiuti – debbano essere organizzati sulla base di ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei governati da specifici Enti di governo – i c.d. EGATO – i quali svolgono funzioni di organizzazione del servizio di gestione dei rifiuti, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza, di affidamento della gestione così come previsto e stabilito dall'art. 3-bis, comma 1-bis, D.L. n. 138/2011.

<sup>20</sup> Il quale stabilisce che “per le frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata destinati al riciclaggio ed al recupero è sempre ammessa la libera circolazione sul territorio nazionale tramite enti o imprese iscritti nelle apposite categorie dell'Albo nazionale gestori ambientali ai sensi dell'articolo 212, comma 5, al fine di favorire il più possibile il loro recupero privilegiando, anche con strumenti economici, il principio di prossimità agli impianti di recupero”.

<sup>21</sup> La gestione integrata viene definita dall'art. 183, comma 1, lett. ll), T.U.A. come “il complesso delle attività, ivi compresa quella di spazzamento delle strade come definita alla lettera oo), volte ad ottimizzare la gestione dei rifiuti”. Su di essa si legga anche il punto 13.7 della sentenza in commento Cons. Stato, Sez. IV, 29 maggio 2023, n. 5257, per la quale “[i]l concetto di gestione integrata del servizio rifiuti è invece ora previsto da una norma a sé stante, esterna al d.lgs. 152/2006, ovvero dall'art. 25 comma 4 del d.l. 24 gennaio 2012, n.1, convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27, per cui: «Per la gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani sono affidate ai sensi dell'articolo 202 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e nel rispetto della normativa europea e nazionale sull'evidenza pubblica, le seguenti attività: a) la gestione ed erogazione del servizio che può comprendere le attività di gestione e realizzazione degli impianti; b) la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e l'avvio a

quanto contempla espressamente la possibilità di libera circolazione dei rifiuti da avviare a recupero. Tale conclusione sembra trovare supporto anche nel comma 4 dell'art. 25 Legge 24 marzo 2012, n. 27, il quale prevede che per la gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani sono affidate (ai sensi dell'art. 202 T.U.A.<sup>22</sup>) la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e l'avvio a recupero e a smaltimento in discarica.

Ciononostante, come si legge nella sentenza in commento<sup>23</sup>, una parte della giurisprudenza ha dubitato dell'esclusione della privativa anche all'attività di recupero. Nella specie, si riteneva che l'applicazione della privativa comunale all'attività di recupero fosse avallata dalle prescrizioni dell'art. 14, comma 27, D.L. 31 maggio 2010, n. 78, il quale annovera tra le funzioni fondamentali dei Comuni anche "l'organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi".

Da ciò emerge che a fronte di un quadro normativo ispirato all'ottica della continuità, le disposizioni legislative riferibili alla questione della privativa sono state interpretate in modo disorganico sia dalle autorità di regolazione che dai giudici amministrativi chiamati a pronunciarsi su tali temi.

Si procede, pertanto, nei paragrafi che seguono, all'esame degli indirizzi appena menzionati.

smaltimento e recupero, nonché, ricorrendo le ipotesi di cui alla lettera a), smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani e assimilati prodotti all'interno dell'ATO»".

<sup>22</sup> Con la modalità, quindi, dell'affidamento tramite gara atteso che l'art. 202, comma 1, T.U.A. esordisce affermando che "[l]'Autorità d'ambito aggiudica il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, secondo la disciplina vigente in tema di affidamento dei servizi pubblici locali in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, comma 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché con riferimento all'ammontare del corrispettivo per la gestione svolta, tenuto conto delle garanzie di carattere tecnico e delle precedenti esperienze specifiche dei concorrenti, secondo modalità e termini definiti con decreto dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare nel rispetto delle competenze regionali in materia".

<sup>23</sup> Si fa riferimento a Cons. Stato n. 5257/2023, cit., punto 13.7.

### 3. *Privativa estesa o no al recupero? Il punto sugli orientamenti delle Authorities e della giurisprudenza*

Come più volte ricordato nelle pagine che precedono, la questione dibattuta attiene alla portata applicativa della privativa comunale. Più nel dettaglio ci si chiedeva – ai sensi dell’art. 198 T.U.A. – se detta privativa doveva dirsi estesa anche all’attività di recupero nella gestione dei rifiuti avviati a smaltimento o meno.

Sul punto, occorre esaminare le determinazioni di quell’Autorità che più da vicino si occupa di tutela ambientale e gestione dei rifiuti: l’Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (c.d. ARERA)<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> ARERA è un’authority amministrativa indipendente istituita con la Legge 14 novembre 1995, n. 481. In essa è confluita l’Agenzia nazionale di vigilanza sulle risorse idriche istituita con il Decreto sviluppo 13 maggio 2011, n. 70 e soppressa a dicembre dello stesso anno con la Legge 22 dicembre 2011, n. 214. Attualmente essa si occupa di cinque settori specifici: energia e gas (dal 1995), acqua (dal 2011), teleriscaldamento (dal 2014) e rifiuti (dal 2017). La norma con la quale il legislatore ha aggiunto ai settori di competenza dell’ARERA anche quello dei rifiuti è costituita dall’art. 1, commi 527-529, Legge 27 dicembre 2017, n. 205 (c.d. Legge di bilancio 2018). Essi prevedono che ad ARERA siano attribuite “[...] funzioni di regolazione e controllo in particolare in materia di: a) emanazione di direttive per la separazione contabile e amministrativa della gestione, la valutazione dei costi delle singole prestazioni, anche ai fini della corretta disaggregazione per funzioni, per area geografica e per categorie di utenze, e definizione di indici di valutazione dell’efficienza e dell’economicità delle gestioni a fronte dei servizi resi; b) definizione dei livelli di qualità dei servizi, sentiti le regioni, i gestori e le associazioni dei consumatori, nonché vigilanza sulle modalità di erogazione dei servizi; c) diffusione della conoscenza e della trasparenza delle condizioni di svolgimento dei servizi a beneficio dell’utenza; d) tutela dei diritti degli utenti, anche tramite la valutazione di reclami, istanze e segnalazioni presentati dagli utenti e dai consumatori, singoli o associati; e) definizione di schemi tipo dei contratti di servizio di cui all’articolo 203 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152; f) predisposizione 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»; g) fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento; h) approvazione delle tariffe definite, ai sensi della legislazione vigente, dall’ente di governo dell’ambito territoriale ottimale per il servizio integrato e dai gestori degli impianti di trattamento; i) verifica della corretta redazione dei piani di ambito esprimendo osservazioni e rilievi; l) formulazione di proposte relativamente alle attività comprese nel sistema integrato di gestione dei rifiuti da assoggettare a regime

Quest'ultima, infatti, ha espresso degli orientamenti in relazione ad alcuni atti di regolazione tariffaria in materia di servizio di gestione dei rifiuti urbani e, tra le attività ricomprese nel perimetro del servizio ai fini della determinazione tariffaria, figuravano tanto la raccolta dei rifiuti urbani indifferenziati quanto la raccolta dei rifiuti urbani differenziati.

Tali orientamenti sono contenuti dapprima nel provvedimento di fissazione del metodo tariffario per il servizio integrato di gestione dei rifiuti 2018-2021 (MTR<sup>25</sup>) adottato da ARERA nel 2019 e poi in quello che definisce il metodo tariffario per il servizio di gestione dei rifiuti nel periodo 2022-2025 (MTR-2<sup>26</sup>) adottato sempre da ARERA nel 2021.

In entrambi i provvedimenti citati, infatti, all'articolo 1 comma 2 relativo all'ambito di applicazione delle delibere si legge che "Il perimetro gestionale assoggettato al presente provvedimento è uniforme su tutto il territorio nazionale e, sulla base della normativa vigente, comprende: a) spazzamento e lavaggio delle strade; b) raccolta e trasporto dei rifiuti urbani; c) gestione tariffe e rapporti con gli utenti; d) trattamento e recupero dei rifiuti urbani; e) trattamento e smaltimento dei rifiuti urbani". Benché tali indicazioni non sembrino decisive ai fini della determinazione del perimetro in cui rientra la privativa comunale (dato che attengono esclusivamente a profili tariffari oggetto di determinazione da parte di ARERA) sono comunque indicative della diversità di orientamenti circa la possibilità di estendere tale privativa anche all'attività di recupero.

Senonché tale divergenza di interpretazioni ha caratterizzato anche la giurisprudenza<sup>27</sup>. Così, in una delle prime ricostruzioni giurisprudenziali

di concessione o autorizzazione in relazione alle condizioni di concorrenza dei mercati; m) formulazione di proposte di revisione della disciplina vigente, segnalandone altresì i casi di gravi inadempienze e di non corretta applicazione; n) predisposizione di una relazione annuale alle Camere sull'attività svolta". In dottrina, sul nuovo ruolo di Arera come regolatore nella materia dei rifiuti, si veda A. VENANZONI, *Ciclo dei rifiuti e nuova Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente (ARERA)*, in *Diritto dell'economia*, 2018, 3, pp. 881 ss.

<sup>25</sup> Il riferimento è alla Delibera 31 ottobre 2019, n. 443/2019/R/rif con cui ARERA ha definito i criteri di riconoscimento dei costi efficienti di esercizio e di investimento per il periodo 2018-2021 e reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>26</sup> Il riferimento è alla Delibera 3 agosto 2021, n. 363/2021/R/rif con cui ARERA ha definito i criteri di riconoscimento dei costi efficienti di esercizio e di investimento per il periodo 2022-2025 e reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>27</sup> Nella sentenza in commento Cons. Stato n. 5257/2023, cit. si ricorda – al punto

in tema<sup>28</sup>, i giudici amministrativi chiamati a decidere sull'intervenuta liberalizzazione o meno dell'attività di avvio a recupero della gestione dei rifiuti urbani e assimilati, hanno optato per la prima delle due citate soluzioni. Difatti, nella versione antecedente alle modifiche da ultimo intervenute<sup>29</sup>, l'art. 198 T.U.A. veniva interpretato nel senso di prevedere una riserva di attività a favore dell'ente locale estesa ai soli rifiuti assimilati e non anche a quelli urbani atteso che la locuzione "avviati allo smaltimento" si riferiva solo ai primi e non anche ai secondi. Così, l'esclusione dalla privativa comunale dei rifiuti destinati al recupero doveva riguardare la sola raccolta dei rifiuti assimilati e non anche quella dei rifiuti urbani per i quali non si rendeva necessaria alcuna distinzione tra quelli avviati al recupero e quelli allo smaltimento.

Tuttavia, come già affermato, la questione deve ormai considerarsi superata dall'eliminazione del riferimento alla categoria dei rifiuti assimilati operata dal già ricordato D.Lgs. 3 settembre 2020, n. 116.

A prescindere da tali profili, la giurisprudenza poc'anzi citata ha sta-

16 – che anche la risposta, resa in sede di interpello ambientale ai sensi dell'art. 3-septies D.Lgs. n. 152/2006, dal Ministero della transizione ecologica con nota 8 marzo 2022 prot. n. 28965 (reperibile sulla rete interconnessa) esclude l'estensione della privativa al recupero in quanto "una eventuale raccolta svolta da soggetti terzi, non affidatari del servizio pubblico di gestione e diversi dai soggetti autorizzati dai Consorzi, potrebbe comportare una sottrazione di alcuni flussi di rifiuti per i Comuni sia ai fini delle quantità di rifiuti oggetto dell'affidamento del servizio integrato sia ai fini del raggiungimento degli obblighi di raccolta differenziata, nonché per i consorzi di filiera, i quali potrebbero sia non riuscire ad adempiere agli obblighi ad essi attribuiti sia perderne la tracciabilità, indispensabile per il raggiungimento dei target di recupero. Peraltro, una simile ipotesi potrebbe condurre alla indeterminatezza dei costi delle operazioni di raccolta oltre che per i Comuni anche per l'utenza domestica, che è comunque tenuta alla corresponsione della TARI anche qualora il ritiro venga effettuato da altro soggetto". Pertanto, conclude nel senso che: "le attività di raccolta e di trasporto dei rifiuti urbani, indipendentemente che essi siano destinati allo smaltimento (in regime di privativa) o al recupero (libero mercato), rientrano nella competenza dei Comuni ovvero degli EGATO, anche ai fini del raggiungimento degli obiettivi di raccolta differenziata dei rifiuti urbani. Appare evidente come i cittadini siano tenuti a conferire i propri rifiuti nell'ambito del servizio di raccolta pubblico e non possano autonomamente scegliere soggetti diversi dal gestore, individuato dall'amministrazione, per il ritiro degli stessi".

<sup>28</sup> Ci si riferisce a T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 12 giugno 2018, n. 1253.

<sup>29</sup> Il riferimento è al D.Lgs. n. 116/2020 che ha modificato, tra gli altri, anche l'art. 198 T.U.A. eliminando il riferimento alla categoria – a sua volta eliminata dal D.Lgs. n. 116/2020 – dei rifiuti assimilati. Sul punto ci si richiama integralmente alla nota n. 10.

tuito che “[...] l’art.198 in questione, quindi, costituisce conferma di una volontà che il legislatore ha già esplicitato (da ultimo) nell’art.23, comma 1, lett. e) della legge n. 179/2002, secondo cui «La privativa comunale non si applica alle attività di recupero dei rifiuti urbani e assimilati a far data dal 1° gennaio 2003», ponendosi in linea con tale ultima norma. Conseguentemente, l’attività disimpegnata dalla società ricorrente – volta al recupero e non allo smaltimento – non rientra nella privativa comunale della gestione dei rifiuti”<sup>30</sup>.

Di segno contrario, invece, quell’indirizzo giurisprudenziale<sup>31</sup> che estende la privativa comunale anche alle attività di recupero valorizzando un’interpretazione estensiva dell’art. 25, comma 4, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in Legge 24 marzo 2012, n. 27<sup>32</sup> e con ciò affermando che “[...] il legislatore ha ritenuto opportuno che nell’ambito del servizio di gestione integrata dei rifiuti sia svolta anche l’attività di avvio al recupero dei rifiuti urbani per consentire una migliore programmazione e pianificazione del servizio da parte del gestore, che dal recupero può ritrarre dei proventi, e per consentire un più efficace controllo sulle modalità di gestione di tali rifiuti e sulle percentuali di raccolta differenziata e riciclaggio”<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. T.A.R. Catania, *ult. cit.*, punto 3.1.

<sup>31</sup> Ci si riferisce a T.A.R. Veneto, Sez. II, 20 settembre 2019, n. 1012.

<sup>32</sup> Il quale stabilisce che “[p]er la gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani sono affidate ai sensi dell’articolo 202 del Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e nel rispetto della normativa europea e nazionale sull’evidenza pubblica, le seguenti attività: a) la gestione ed erogazione del servizio che può comprendere le attività di gestione e realizzazione degli impianti; b) la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e l’avvio a smaltimento e recupero, nonché, ricorrendo le ipotesi di cui alla lettera a), smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani e assimilati prodotti all’interno dell’ATO”.

<sup>33</sup> T.A.R. Veneto, *ult. cit.*, la quale prosegue aggiungendo che “[...] Alla luce di tali premesse la norma di cui all’art. 198 del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, letta nella sua interezza e congiuntamente alle disposizioni di cui all’art. 25, comma 4, del decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in Legge 24 marzo 2012, n. 27, e di cui all’art. 3, comma 6, della 31 dicembre 2012, n. 52 sopra citate, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, si presenta oggi come una disposizione ad effetti esauriti, perché volta a disporre che il previgente regime previsto dall’art. 21, comma 7, D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, in cui i Comuni non esercitavano la privativa sull’attività di avvio al recupero dei rifiuti, vale solo fino al subentro dei nuovi gestori, la cui attività è invece disciplinata dalla normativa nazionale e regionale sopravvenuta sopra citata che menziona espressamente tale attività tra quelle oggetto dell’affidamento [...] L’art. 198

Dunque, a differenza del primo indirizzo giurisprudenziale, in base a tale lettura, la privativa comunale si estenderebbe anche all'attività di recupero nella gestione dei rifiuti urbani.

In ogni modo, tale contrasto giurisprudenziale è stato superato dalle rispettive sentenze d'appello alle pronunce di primo grado sopra citate. Difatti, entrambe le sentenze sono state impugnate e, così facendo, si è data occasione di risolvere definitivamente l'annosa questione. Nella prima pronuncia<sup>34</sup> – quantomeno da un punto di vista cronologico – il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha affermato, espressamente, che “[a]i sensi dell’art. 21 comma 7 della legge n. 179 del 2002 è venuta meno la privativa in materia di recupero dei rifiuti... atteso quindi che la disciplina UE consente la liberalizzazione della fase di recupero dei rifiuti e che la disciplina nazionale prevede ipotesi di autorizzazione all’esercizio di impianti di recupero, si rileva che la disciplina di settore non prevede una riserva di attività del Comune in detto settore [...]”<sup>35</sup>.

del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, stabilisce infatti che «Sino all’inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara ad evidenza pubblica indetta dall’ente di governo dell’ambito ai sensi dell’articolo 202, i comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa». Da tali premesse si può quindi affermare che alla disposizione di cui all’art. 198 del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, non può essere fondatamente riconosciuto il significato di una deroga al principio che tutte le attività attribuite all'affidatario del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti, ivi compresa l'attività di avviamento al recupero dei rifiuti urbani, sono da questo svolte in via esclusiva, in quanto è riferita solo ai comuni ed è temporalmente limitata sino al subentro del soggetto aggiudicatario della gara ad evidenza pubblica”.

<sup>34</sup> Ci si riferisce a C.G.A.R.S., Sez. I, 30 marzo 2022, n. 410.

<sup>35</sup> C.G.A.R.S., *ult.cit.*, punto 9.8. la quale prosegue affermando che “[...] dal momento che la previsione di ipotesi di autorizzazione si spiega in ragione delle esigenze di coordinamento e di tutela degli interessi ambientali e della salute dei consociati (coerenti con la definizione dell’attività come di interesse pubblico), espresse attraverso la previsione della necessità di specifiche autorizzazioni, laddove l’istituto che tipicamente consente di superare la riserva di attività è costituito dalla concessione. In ogni caso, al di là del *nomen iuris* (recessivo specie rispetto all’ordinamento UE), si rileva che la disciplina UE e italiana non reca la previsione di una privativa, essendo piuttosto preordinata a garantire che l’attività venga svolta nel rispetto degli interessi pubblici coinvolti. In tal senso è indicativo che la Direttiva 98/2008/CE indichi quale obiettivo principale di qualsiasi politica in materia di rifiuti la riduzione al minimo delle conseguenze negative della produzione e della gestione dei rifiuti per la salute umana e l’ambiente, anche promuovendo la gerarchia nella gestione dei rifiuti (Considerando 6).

A conclusioni analoghe è giunta la seconda delle sopra richiamate pronunce – la quale, non a caso, richiama più volte la prima nella parte in cui ritiene di voler aderire ai “condivisibili argomenti contenuti nella sentenza C.G.A. Sicilia 30 marzo 2022 n. 410” – che ha ricostruito il sistema di gestione dei rifiuti nei seguenti termini: “si osserva che dalle norme sulla gestione integrata del servizio citate dal Giudice di I grado, ovvero attualmente dall’art. 2 comma 186 *bis* l. 191/2009 che prevede la competenza regionale e dall’art. 25 comma 4 del d.l. 1/2012 non si desume in modo espresso l’esistenza di alcuna privativa e tantomeno di una privativa estesa al recupero. Le uniche norme di legge che richiamano espressamente la «privativa» sono allora quelle dell’art. 21 del d. lgs. 22/1997 e quelle dell’art. 198 d. lgs. 152/2006 che nel primo caso

L’art. 15 della medesima direttiva poi, laddove afferma che gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che ogni produttore iniziale o altro detentore di rifiuti provveda personalmente al loro trattamento oppure li consegna ad un commerciante o ad un ente o a un’impresa che effettua le operazioni di trattamento dei rifiuti o ad un soggetto addetto alla raccolta dei rifiuti pubblico o privato, prefigura un sistema complesso nel quale agiscono vari soggetti, pubblici e privati. Allo stesso modo ai sensi dell’art. 177 del d. lgs. n. 152 del 2006 lo Stato, le regioni, le province autonome e gli enti locali esercitano i poteri e le funzioni di rispettiva competenza in materia di gestione dei rifiuti in conformità alle disposizioni di cui alla parte quarta del presente decreto, adottando ogni opportuna azione ed avvalendosi, ove opportuno, mediante accordi, contratti di programma o protocolli d’intesa anche sperimentali, di soggetti pubblici o privati (comma 5) e costituendo «un sistema compiuto e sinergico» (comma 6), nel quale quindi agiscono soggetti privati e pubblici. Ai sensi dell’art. 217 comma 1 del d.lgs. n. 152 del 2006 i sistemi di gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio devono essere aperti alla partecipazione degli operatori economici interessati. Alle predette soggettività pubbliche, peraltro, sono riconosciuti poteri di controllo, di regolazione e di autorizzazione. Ai comuni è sì demandato di concorrere alla gestione dei rifiuti ma nell’ambito delle attività svolte a livello degli ambiti territoriali ottimali e con le modalità ivi previste, specificando che, sino all’inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara ad evidenza pubblica indetta dall’Autorità d’ambito ai sensi dell’articolo 202, i comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo «smaltimento» in regime di privativa (art. 198 del d.lgs. n. 152 del 2006 *ratione temporis* vigente, così come interpretato dal Tar nel capo di sentenza con il quale ha negato la sussistenza di una privativa comunale, con statuizione non ritualmente contestata). Non si rinviene quindi la presenza di quella privativa comunale dell’attività di recupero, rilevando la previsione di autorizzazioni all’esercizio dell’attività, posta alla base del diniego impugnato”.

ne eccettuano espressamente il recupero e nel secondo non ne parlano affatto”<sup>36</sup>.

Con le due pronunce di cui sopra, quindi, viene censurato il convincimento ancora maturato da qualche tribunale amministrativo regionale per cui l’attività di recupero dei rifiuti urbani debba essere annessa al sistema di privativa comunale, procedendo ad una ricostruzione maggiormente ispirata alle logiche di apertura del servizio al mercato e alla concorrenza.

#### 4. *La chiave di volta: la valorizzazione del principio di concorrenza nel sistema di gestione dei rifiuti*

Il substrato a cui si ancora il ragionamento logico-giuridico valorizzato nelle pronunce sopra richiamate sottende quel concetto già presente in atti e documenti programmatici dell’Unione europea<sup>37</sup> tale per cui il rifiuto diviene un bene ostensibile e come tale soggetto alle logiche del

<sup>36</sup> Ci si riferisce al punto 18.2 della sentenza Cons. Stato n. 5257/2023, cit.

<sup>37</sup> Tale prospettiva inizia ad essere tracciata dalla Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 19 novembre 2008, n. 98 (2008/98/CE) la quale ha segnato un vero e proprio capovolgimento di prospettiva quanto alle modalità di approccio alla gestione dei rifiuti nella misura in cui la stessa ha posto per la prima volta al vertice della gerarchia dei rifiuti la prevenzione, assegnando per contro allo smaltimento il ruolo di ultima ratio. In relazione a tale evoluzione e all’analisi di tutti quei documenti programmatici adottati a vario titolo dalle istituzioni europee, si veda C. FELIZIANI, *Tendenze evolutive della legislazione in materia di ambiente e rifiuti tra diritto dell’Unione europea e diritti nazionali*, cit., spec. p. 107 in cui l’autrice afferma che “[i]n tal modo, dunque, la direttiva ha inteso significare come – diversamente da quanto sostenuto ancora nel 2006 – obiettivo prioritario degli Stati membri non dovesse più essere quello di assicurare lo smaltimento dei rifiuti, poiché al contrario una gestione improntata al principio di prevenzione implica «l’adozione di misure [atte a] prevenire ogni possibile danno o deterioramento» dell’ambiente e, quindi, nel caso di specie implica necessariamente misure atte a prevenire la formazione stessa dei rifiuti. Detto in altre parole, l’aspetto «rivoluzionario» della Direttiva 2008/98/Ce è rappresentato specialmente dall’aver imposto il definitivo abbandono della convinzione per cui i rifiuti sarebbero un «prodotto necessario e non eliminabile» della nostra società e dall’aver per contro fatto proprio l’obiettivo di riconsiderare i rifiuti come risorse. Che è poi fondamentalmente l’idea su cui – come osservato poc’anzi – risulta essere imperniato il modello economico circolare”.

mercato<sup>38</sup>. Proprio in riferimento alla valorizzazione di quest'ultimo, è noto che uno degli obiettivi fondamentali dell'Unione europea<sup>39</sup> sia rappresentato dalla messa in rilievo del principio di concorrenza<sup>40</sup>, ritenuto

<sup>38</sup> L'obiettivo, come noto, è quello di trasformare il rifiuto "da problema a risorsa". Tale espressione, in dottrina, è utilizzata da F. DE LEONARDIS, *I rifiuti da "problema" a "risorsa" nel sistema dell'Economia Circolare*, cit., p. 324 e da C. FELIZIANI, *I rifiuti come risorse. L'"anello mancante" per un'economia circolare*, in F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019, pp. 91 ss.

<sup>39</sup> Come ricorda G. CONTALDI, *Diritto europeo dell'economia*, Torino, 2019, p. 169, "Prima del Trattato di Lisbona, la concorrenza era inserita nell'ambito degli obiettivi generali del Trattato CE. In particolare essa era menzionata all'art. 3 lett. f) tra gli strumenti utilizzabili dalle istituzioni per perseguire i fini della Comunità. Nella versione del Trattato oggi vigente è scomparso ogni riferimento alla concorrenza nell'ambito degli obiettivi generali dell'Unione. Tuttavia, essa è inserita nell'ambito del Protocollo 27, secondo il quale il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata. Non sembra, in verità, che il fatto di collocare un richiamo alla concorrenza in un Protocollo allegato al Trattato determini conseguenze concrete sull'esegesi delle disposizioni, le quali rimangono sempre incentrate sul legame intercorrente tra la detta politica ed il funzionamento del mercato interno." Si veda, altresì e per tutti, M. RAMAJOLI, *Concorrenza (tutela della)* (voce), in *Enciclopedia del diritto, Funzioni amministrative*, Milano, 2022, p. 298, secondo la quale "[a] livello europeo la concorrenza originariamente era considerata solo come strumento per la realizzazione di un mercato unico e pertanto la disciplina antitrust era concepita esclusivamente quale elemento qualificante del processo d'integrazione europea. Via via però l'Unione europea ha adottato un'interpretazione più autonoma della tutela della concorrenza e contemporaneamente ha modificato le sue disposizioni di principio. Così nel 2009 ha eliminato tra i suoi obiettivi fondamentali la creazione di «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno», sulla spinta delle richieste francesi, secondo cui la concorrenza è da considerare non un valore in sé, bensì solo un mezzo per ottenere risultati socialmente utili. L'attuale testo dell'art. 3 § 3 Trattato UE pone tra gli obiettivi dell'Unione europea la costruzione di «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva» e questo riferimento si riallaccia alla già sopra menzionata dottrina in base alla quale i mercati, lasciati a sé stessi, conducono alla formazione e al rafforzamento di posizioni di potere privato con la conseguenza che i pubblici poteri devono assumersi il compito di assicurare il libero gioco della concorrenza senza però sconfinare in una direzione pervasiva dei processi economici".

<sup>40</sup> Su cui vedi, da ultimo, F. ARENA, M. MAGGIOLINO, *Commento sub art. 101 TFUE*, in F. ARENA, R. CHIEPPA (a cura di), *Codice della concorrenza*, Milano, 2023, pp. 4-5, in cui si afferma espressamente che "muovendo dalla convinzione secondo cui il meccanismo di selezione delle imprese insito nel mercato sarebbe foriero di occupazione, crescita e progresso, gli ordinamenti dei Paesi occidentali si sono dotati della disciplina antitrust, ossia di un complesso di norme che mira a proteggere tale meccanismo dall'uso che

funzionale a soddisfare le esigenze del *consumer welfare*<sup>41</sup> e dell'efficienza economica<sup>42</sup>.

Da ultimo, la politica della concorrenza si è attestata anche come strumento di tutela dell'ambiente<sup>43</sup> e le stesse istituzioni UE hanno ormai riconosciuto la piena necessità di dialogo tra i due settori<sup>44</sup>, recependo le

le imprese possono fare del proprio potere di mercato, individuale o aggregato che sia. Detto altrimenti, posto che la tutela del fisiologico operare di domanda e offerta è considerata funzionale alla salvaguardia dei valori su cui si fondano le nostre società, come del resto afferma l'art. 3 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), il diritto antitrust, che in sede continentale trova espressione negli art. 101e 102 del medesimo Trattato e nel Regolamento n. 139/2004/CE, vieta i comportamenti tramite i quali le imprese, interessate ad ottenere il consenso del maggior numero possibile di acquirenti tentano di smettere di farsi – anche solo in parte – concorrenza tra loro”. Sul principio di concorrenza la dottrina, come noto, è sterminata. Pertanto, si rinvia, per un primo inquadramento, a M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2014, pp. 440 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, pp. 619 ss.; M. LIBERTINI, *Concorrenza* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2010, pp. 191 ss.

<sup>41</sup> Sul punto si veda R.H. BORK, *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself*, New York, 1993, p. 9, secondo il quale “*antitrust policy, as expressed in our present statutes, cannot properly be guided by any goal other than consumer welfare*”.

<sup>42</sup> Su cui si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 1, p. 17, seconda la quale “[i]l principio di concorrenza presenta una peculiarità che gli deriva dal valore che viene attribuito alla concorrenza quale strumento di efficiente allocazione delle risorse e, per questa via, quale mezzo principe per la promozione della crescita economica. In virtù di questa qualità l'ordine della concorrenza non si presenta come un mezzo tra altri, pure ipotizzabili, per promuovere il benessere economico e si identifica, piuttosto, con quest'ultimo. L'attitudine del mezzo a raggiungere il fine ne fa tutt'uno con il fine.”; in senso analogo, altresì, P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2023, p. 2, il quale afferma che “il diritto antitrust si basa su due assunti principali: primo, l'interpretazione delle norme antitrust va effettuata attraverso le lenti dell'analisi economica e, secondo (ed in conseguenza), l'unico scopo di tale diritto consiste nel perseguimento dell'efficienza economica del mercato, efficienza funzionale alla massimizzazione del benessere aggregato della società (o anche «total welfare»)”.

<sup>43</sup> Su cui si veda, in particolare in relazione ai rapporti tra ambiente e mercato, M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, 2007; Id., *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, pp. 162 ss.; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Diritto pubblico*, 2007, 1, pp. 219 ss.

<sup>44</sup> Ci si riferisce all'intervento della vicepresidente esecutiva della Commissione Europea nonché Commissario europeo per la concorrenza Margrethe Vestager, la quale in occasione della conferenza “*Competition policy contributing to the European*

sollecitazioni provenienti dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>45</sup> che è stata vero e proprio precursore<sup>46</sup> della rilevanza giuridica dell'am-

*Green Deal*" organizzata dalla DG Concorrenza il 4 febbraio 2021 ha eloquentemente affermato che "[l]a politica della concorrenza non sostituirà le leggi ambientali o gli investimenti verdi. La domanda è piuttosto se possiamo fare di più, per applicare le nostre regole in modi che supportino meglio il *Green Deal*. [...] Per avere successo, tutti in Europa dovranno fare la loro parte: ogni individuo, ogni autorità pubblica. E questo include le forze dell'ordine".

<sup>45</sup> La CGUE, infatti, ha giustificato restrizioni alla libera circolazione delle merci e alla concorrenza, qualificando, pertanto, tali valori non già come assoluti e fini a loro stessi bensì derogabili in una logica di contemperamento con altri interessi pubblici ugualmente degni di rilevanza giuridica. Si legga, sul punto, CGUE, 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Cassis De Dijon*, che annovera "la protezione della salute pubblica" tra le "esigenze imperative", in base alle quali possono giustificarsi restrizioni alla libera circolazione delle merci. Successivamente, nella Comunicazione della Commissione sulle conseguenze della sentenza sopra riportata, in GUCE, 3 ottobre 1980, n. C 256, le "esigenze imperative" sono state interpretate estensivamente, affiancando alla tutela dei consumatori e alla tutela della salute uno specifico riferimento alla tutela dell'ambiente. In quest'ottica, si legga anche CGUE, 7 febbraio 1985, causa C- 240/83, *ADBHU*, in materia di oli esausti, in cui si afferma che "la tutela dell'ambiente costituisce uno degli scopi essenziali della Comunità, in virtù del quale possono essere adottate misure restrittive della libertà di scambi intracomunitari, purché non discriminatorie e non eccedenti il limite della proporzionalità". Allo stesso modo, si veda CGUE, 20 settembre 1988, causa C- 302/86, *Commissione c. Danimarca*, in materia di imballaggi, per la quale la tutela ambientale viene vista come una di quelle "esigenze imperative" che consentono ai singoli Stati membri di derogare al principio della libera circolazione delle merci, ovvero come causa di giustificazione di misure nazionali restrittive degli scambi.

<sup>46</sup> Il diritto dell'ambiente è una di quelle materie – se non la materia per eccellenza – in cui è possibile riconoscere il ruolo di precursore svolto dalla giurisprudenza ed in particolare quella europea. Non a caso, la CGUE in materia ambientale è stata considerata un vero e proprio "attivista politico" (così si esprime M. SHAPIRO, *The European Court of Justice*, in A. SBRAGIA (a cura di), *Euro-politics*, Washington, 1992) o, comunque, come "fonte di idee fondamentali del processo di integrazione" (così afferma J. WELER, *Journey to an unknown destination: A retrospective and perspective of the European Court of Justice in the arena of political integration*, in *Journal of Common Market Studies*, 1993, 31, pp. 417-446). Sul punto si veda F. DE LEONARDIS, *Le trasformazioni della legalità nel diritto ambientale*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 131, secondo il quale "il diritto ambientale si atteggia fondamentalmente, e non solo per le sue origini, come diritto di formazione giurisprudenziale: in esso il diritto scritto tende generalmente a venire dopo, quasi come cristallizzazione di ciò che progressivamente la giurisprudenza è andata elaborando".

biente prima ancora che quest'ultimo rientrasse, formalmente, nelle finalità fondamentali a cui si ispira l'azione comunitaria<sup>47</sup>.

Come detto, l'emersione della questione ambientale nelle agende delle Istituzioni europee è segnata dall'adozione di una serie di atti di natura programmatica e politica<sup>48</sup> – non aventi pertanto valore propriamente giuridico ma indubbia rilevanza strategica – che forniscono un rinnovato quadro d'insieme del rapporto tra sostenibilità ambientale e concorrenza nell'Unione europea. Essi, infatti, dimostrano come si sia passati da un'UE tendenzialmente indifferente al tema della sostenibilità ambientale ad un ordinamento che va nella direzione di una conformazione dell'economia e della produzione di beni e servizi improntata alla sostenibilità<sup>49</sup>.

La tutela dell'ambiente diventa, così, un volano<sup>50</sup> in grado di orientare l'attività economica verso un nuovo tipo di sviluppo economico che, a sua volta, diviene nuova occasione di competizione tra gli artefici di quello sviluppo: le imprese. Se, quindi, c'è competizione<sup>51</sup> è evidente che vi sia – e che ci debba essere – concorrenza.

<sup>47</sup> Ci si riferisce all'Atto Unico Europeo, approvato nel 1986, che ha modificato e integrato il Trattato CEE con l'inserimento nella Parte III di un Titolo VII dedicato all'ambiente (art. 130R, 130S e 130T) assegnando all'azione della Comunità il compito di “salvaguardare, proteggere e migliorare la qualità dell'ambiente; di contribuire alla protezione della salute umana; di garantire un'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali”.

<sup>48</sup> Analizzati da F. DE LEONARDIS, *Sustainable production as a driver for rewriting European Treaties*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, 1, p. IV. Trattasi dei seguenti atti di soft-law: “[...] a dozen documents such as the communication on Integrated Product Policy from 2003; the 6th, 7th and 8th Environmental Action Plans from 2002, 2013 and 2022 respectively; the 2018 European Bioeconomy Strategy (the first version was published in 2012); the 2019 European Green Deal; some 2020 documents such as the EU Biodiversity Strategy, the Farm to Fork Strategy, the Circular Economy Action Plan, the Critical Raw Materials Action Plan, the 2020 Industrial Strategy and the EU Soil Strategy for 2030”.

<sup>49</sup> Così F. DE LEONARDIS, *Lo Stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023, p. 81.

<sup>50</sup> L'espressione è di G. ROSSI, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2020, 1, p. 10.

<sup>51</sup> Si veda, proprio con riferimento al tema del servizio pubblico locale quale può essere quello di gestione dei rifiuti, E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 651, secondo la quale “sino ad oggi la concorrenza nei servizi pubblici locali si è esaurita nella tutela della contendibilità dei mercati, sull'assunto che la loro strutturazione monopolistica

Non sorprende, pertanto, che anche il legislatore nazionale – cercando di percorrere il sentiero creato dall'ordinamento europeo verso la valorizzazione della concorrenza nel diritto dell'ambiente – abbia manifestato espliciti segnali di apertura al tema, agendo direttamente sul Testo unico ambientale ed introducendo alcuni significativi riferimenti al principio di concorrenza in particolare nella Parte IV del T.U.A. – come ormai noto dedicata alla disciplina dei rifiuti.

È proprio nel secondo articolo della Parte IV che si trova il primo rilevante riferimento alla concorrenza. Difatti, l'articolo 178 T.U.A. (quello sui principi<sup>52</sup>) annovera – a seguito della riforma operata dal D.Lgs. n. 116/2020 – tra quei principi che devono regolare la gestione dei rifiuti, anche quello di concorrenza. Con tale norma si potrebbe dire che la tutela della concorrenza entra a pieno titolo nel Codice dell'ambiente e in una posizione sistematica – l'articolo di apertura della Parte IV del T.U.A. – che già di per sé ne chiarisce il particolare rilievo.

Stesso discorso vale per un'altra particolare categoria di rifiuti: gli imballaggi. Infatti, in relazione ad essi, il legislatore statuisce nell'art. 217, comma 1, T.U.A. – norma di introduzione della disciplina degli imballaggi stessi – che nella gestione di tali rifiuti si debba “assicurare un elevato livello di tutela dell'ambiente” e si debba altresì “garantire il funzionamento del mercato” prevenendo “l'insorgere di ostacoli agli scambi e distorsioni della concorrenza”.

Ecco quindi che la mancata estensione della privativa comunale anche

fosse un attributo naturale del settore. Oggi la concorrenza, anche con riguardo ai servizi pubblici locali, viene intesa anche nel diverso e più radicale senso di liberalizzazione, cioè di rottura del monopolio e di introduzione della concorrenza nel mercato. Ciò, si sa, è avvenuto a livello nazionale e ha condotto alla liberalizzazione dei principali settori di servizio pubblico”.

<sup>52</sup> Su cui si veda M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2012, pp. 62 ss.; N. OLIVETTI RASON, *La disciplina dell'ambiente nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, in A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bari, 2018, pp. 3 ss.; B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016; M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Padova, 2004; L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, 2002, pp. 83 ss.; F. FRACCHIA, *I principi generali nel codice dell'ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2021, 1, pp. 4 ss.

alle attività di recupero dei rifiuti viene giustificata proprio dalla valenza programmatica di tali norme: attribuire tale privativa – in assenza, come visto, di apposita pattuizione normativa – significa creare effetti distorsivi della concorrenza e dar vita ad una limitazione del corretto funzionamento del mercato palesemente illegittima in quanto non rispondente nemmeno indirettamente al dato normativo ed anzi palesemente avversata da quest'ultimo viste le sopra richiamate recenti riforme modificative che hanno interessato a vario titolo la disciplina sui rifiuti.

Non sorprende, pertanto, constatare che nella sentenza in commento, la prima argomentazione sostenuta dal Consiglio di Stato per censurare l'accoglimento della tesi estensiva della privativa all'attività di recupero sia proprio rappresentata dalla valorizzazione del 'nuovo' principio di concorrenza nell'ambito della disciplina dei rifiuti. Difatti, si legge a chiare lettere<sup>53</sup> che “[i]n primo luogo, e già in termini di puro principio, si ritiene che nel nostro ordinamento, in cui ai sensi dell'art. 117 Cost., vige il principio di concorrenza previsto negli artt. 101-109 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Ne consegue che un regime di privativa e dunque di “riserva di attività”, per essere ammesso nel sistema, deve essere sia previsto da una esplicita norma di legge senza che possa essere ricavato o esteso in via interpretativa, sia giustificato alla luce del principio di concorrenza”<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Si veda il punto 18.1 sentenza Cons. Stato n. 5257/2023, cit.

<sup>54</sup> Tale enunciazione viene ripresa, ulteriormente e ancor più di recente, da Cons. Stato, Sez. IV, 31 luglio 2023, n. 7412, in cui si legge che: “il Collegio evidenzia che: i) in linea generale, la regola che si impone in materia di «gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani» è quella, improntata alla concorrenza, dell'affidamento mediante gara [...] Segnatamente, il Collegio ritiene che vada valorizzata l'affermazione di questo Consiglio, innanzi riportata (ci si riferisce a Cons. Stato, n. 5257 del 2023, §. 18.1, messa in evidenza al §. 8.4. di questa sentenza), che pur riferita al regime della «privativa», si atteggia, in realtà, ad enunciazione di carattere generale e, cioè, che la deroga al principio di concorrenza previsto negli artt. 101-109 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea per essere ammesso nel sistema, deve essere sia previsto da un'esplicita norma di Legge, senza che possa essere ricavato o esteso in via interpretativa, sia giustificato alla luce del principio di concorrenza”. Pertanto, anche sulla base di queste premesse, nella sentenza citata si giunge – al punto 9.2 – ad affermare che “[i]l principio di «prossimità agli impianti di recupero», pur essendo, a sua volta, teleologicamente connesso alla tutela ambientale, non comprime in maniera assoluta la concorrenza, consentendo, come sostenuto dalla Regione, l'affidamento diretto e senza gara di un appalto o di una concessione di servizi, ma

Da questo punto di vista la giurisprudenza si riallinea a quella parte di dottrina<sup>55</sup> che ha già avuto modo di affermare la piena libertà delle attività economiche che producono rifiuti di scegliere se affidarli al sistema pubblico oppure a quello privato pur restando fermo l'obbligo di informazione – come visto proprio nella sentenza in commento – del sistema pubblico ai fini delle attività di programmazione e monitoraggio da quest'ultimo svolte.

### 5. *Considerazioni conclusive*

La sentenza in commento può aspirare ad essere considerata risolutiva della questione relativa alla mancata estensione della privativa comunale anche all'attività di recupero dei rifiuti urbani. Questione che, ad onore del vero, non trovava alcuna giustificazione poiché, come si è visto, neppure legittimata dal dato normativo se non per il tramite di un'interpretazione dello stesso palesemente forzata.

In realtà essa non contrastava solo con quest'ultimo ma anche con il principio di concorrenza che, come ricordato, ha acquisito partico-

permette di valorizzare – in base a quello che si ricava dalla normativa nazionale e salva la pregiudiziale valutazione di compatibilità euro-unitaria ad opera della competente Corte sovranazionale – nell'ambito del procedimento di selezione dell'affidatario del servizio svolto mediante gara, quelle offerte che ne garantiscono maggiormente il rispetto”.

<sup>55</sup> Ci si riferisce a F. DE LEONARDIS, *Codice dell'ambiente e regolazione dei rifiuti nella nuova stagione dell'economia circolare*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2022, 1, p. 78, il quale ricorda che “la privativa comunale è limitata esclusivamente alle attività di raccolta dei rifiuti urbani destinati allo smaltimento come prevede letteralmente l'art. 198, comma 1 T.U.A. mentre essa non vale per le attività di raccolta di rifiuti urbani destinati al recupero o riciclaggio. Oltre alla formulazione letterale della disposizione, al riguardo, rileva la volontà del legislatore intesa in senso oggettivo come volontà della norma espressa nell'art. 21, comma 7, D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 come modificato dall'art. 23, comma 1, lett. e) della l. 31 luglio 2002, n. 179. L'art. 198 T.U.A. – come si evince dal verbo continuano – costituisce conferma di una volontà che era stata già espressa nell'art. 23 citato per cui «la privativa comunale non si applica alle attività di recupero dei rifiuti urbani e assimilati a far data dal 1 gennaio 2003». [...] Ciò ovviamente non significa che si possa provvedere alla raccolta dei rifiuti urbani avviati a recupero senza darne comunicazione ai Comuni e/o ai gestori del servizio di raccolta a cui deve essere garantito il piano monitoraggio delle attività di raccolta dei rifiuti sul territorio per il corretto esercizio di funzioni programmatiche”.

lare rilevanza proprio nel diritto dell'ambiente e che viene modellato<sup>56</sup> da quest'ultimo per adattarsi alla nuova stagione del rifiuto visto come parte integrante di un sistema di economia circolare e quindi come bene giuridico<sup>57</sup> a tutti gli effetti dotato di una propria rilevanza commerciale e di conseguenza concorrenziale.

Tale soluzione è altresì perfettamente corrispondente a quell'orientamento definito in termini di *green antitrust*<sup>58</sup> secondo il quale in ipotesi di conflitto tra istanze a favore della concorrenza e protezione ambientale, deve essere la concorrenza a cedere a condizione che la deroga al rispetto delle regole antitrust produca sufficienti benefici in termini di sostenibilità in modo da compensare i consumatori degli effetti anticoncorrenziali. È questo, tuttavia, un caso limite: in condizioni di normalità – come ad esempio avviene nel caso di specie – promozione della concorrenza e tutela ambientale devono coesistere in quanto interessi pubblici dotati di sicura rilevanza giuridica; in tal modo è altresì possibile ottenere la valorizzazione della seconda per il tramite della prima e viceversa.

Si è quindi visto che aprire le porte della concorrenza alla tutela ambientale significa non solo tutelare diversi interessi ma anche consolidare il bisogno sempre più impellente di influenzare le decisioni operate da imprese, consumatori e cittadini verso il coinvolgimento dell'intero si-

<sup>56</sup> Emblematiche le parole di E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Diritto pubblico*, 2021, 2, p. 424, per il quale “la concorrenza sta apprezzabilmente cessando di essere un fine in sé e un super principio, come era divenuta negli ultimi decenni, per ritornare ad essere solo o fondamentalmente uno strumento di efficienza; ma essa comunque comporta vincoli non irrilevanti per le scelte che possono essere assunte per promuovere la decarbonizzazione dell'economia o altre finalità di carattere generale.”

<sup>57</sup> Superando ed anzi capovolgendo il precedente orientamento che vedeva il rifiuto non già come un bene bensì come una negatività, un qualcosa di cui disfarsi ad ogni costo. Si veda, sul punto, R. FEDERICI, *I rifiuti e le cose in senso giuridico*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli, 2005, p. 1079, secondo il quale i rifiuti non possono essere considerati bene, in quanto “se fossero beni sarebbero oggetto di diritti, mentre nei confronti dei rifiuti la situazione giuridica del titolare è quella (opposta) di voler rinnegare (o meglio) di volersi privare di ogni diritto e così anche di ogni responsabilità in relazione ad una certa cosa che non è più bene”.

<sup>58</sup> Ci si riferisce a M.P. SCHINKEL, L. TREUREN, *Green antitrust: (more) friendly fire in the fight against climate change*, in S. HOLMES, D. MIDDELSCHULTE, M. SNOEP (a cura di), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, in *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, New York, 2021.

stema economico – ritenuto vero e proprio ago della bilancia – nel conseguimento di obiettivi e risultati ambientali di maggiore sostenibilità<sup>59</sup>.

Così, ad esempio, particolarmente rilevante in merito al mutamento di prospettiva e alla necessità di conformare l'economia e la produzione compatibilmente alle esigenze ambientali è il Settimo programma di azione ambientale<sup>60</sup> – il cui riferimento temporale è segnato dal 2013 al 2020 – in cui si legge che “per garantire il conseguimento del progresso economico e sociale nel rispetto della capacità di sostentamento della Terra” è necessario chiamare più direttamente in causa gli attori fuori dallo Stato (c.d. *non State actors*) e quindi, primariamente, le imprese e consumatori.

Percorre la stessa linea, la Strategia industriale Europea del 2020<sup>61</sup> che mette in luce la necessità di riformare il processo industriale di progettazione, di produzione e di utilizzo dei beni coinvolgendo i consumatori<sup>62</sup> in opzioni di consumo che li orientino, attraverso informazioni affidabili e pertinenti, preferibilmente su prodotti durevoli, riparabili e riutilizzabili<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Secondo G.D. COMPORI, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Federalismi*, 2023, 13, p. 182, l'ambiente “rappresenta il “lievito del futuro, nel senso che incoraggia i suoi abitanti non a starsene seduti in splendido isolamento sforzandosi di concepire grandi pensieri ma a confrontarsi sui problemi comuni ed esplorare l'adiacente possibile che aleggia ai margini dello stato attuale delle cose, come una mappa di tutti i modi possibili in cui il presente potrebbe reinventarsi”.

<sup>60</sup> Decisione n. 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013 istitutiva del programma generale di azione dell'Unione in materie di ambiente fino al 2020 “Vivere bene entro i limiti del nostro Pianeta” entrata in vigore il 17 gennaio 2014. Il primo programma d'azione ambientale (detto anche “piano di azione”) è del 1973 ed è stato pubblicato in GUCE C 112/1, l'ultimo è l'ottavo programma (Decisione UE n. 2022/591 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 aprile 2022 relativa a un programma generale di azione dell'Unione per l'ambiente fino al 2030).

<sup>61</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, “Una nuova strategia industriale europea”, Bruxelles, 10 marzo 2020, COM (2020), 102 final.

<sup>62</sup> Sulla necessità di orientare il consumatore verso scelte ambientali, si veda C. LAURI, *Lo statuto del “consumatore ambientale”*, in *Consumerism 2019. Dodicesimo rapporto annuale. Dal codice del consumo al Digital Service Act. Quella dal consumatore al cittadino digitale è vera evoluzione?*, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>63</sup> Così M. COCCONI, *La transizione europea verso la circolarità economica nel nuovo*

Anche per tale ragione, quantomeno negli ultimi tempi<sup>64</sup>, la concorrenza cessa di essere utilizzata come termometro della sola efficienza economica per aprirsi a strumento volto al perseguimento di una pluralità di obiettivi (non solo economici) tra i quali l'equità sociale, lo sviluppo sostenibile e ovviamente, anche la tutela dell'ambiente<sup>65</sup>.

*quadro geopolitico*, in S. GARDINI (a cura di), *Diritto dell'economia, Percorsi di circolarità, tra diritto ed economia*, 2023, p. 48.

<sup>64</sup> Ci si riferisce ad interventi e misure appositamente dedicate alla sostenibilità ambientale, decarbonizzazione e crisi climatica quali *Green Deal* europeo del 2019, il Regolamento n. 2021/1119/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, recante la Normativa europea sul clima, che ha codificato sul piano legislativo gli obiettivi europei di riduzione e poi azzeramento delle emissioni nette di anidride carbonica, il pacchetto *Fit for 55* che sancisce l'obiettivo dell'UE di ridurre le emissioni nette di gas a effetto serra di almeno il 55% entro il 2030. In relazione ad essi si legga E. BRUTI LIBERATI, *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2022, 1, p. 6, secondo il quale “[n]é nella Comunicazione sul *Green Deal* europeo né nelle proposte normative successivamente presentate si rinviene l'intenzione di rinunciare ad obiettivi di crescita economica, o anche quella di abbandonare le politiche di concorrenza e la ricerca di condizioni istituzionali volte a promuovere larghi investimenti da parte del capitale privato. Al contrario, in tali atti si afferma esplicitamente che dinamiche competitive e investimenti privati continuano a rappresentare tasselli fondamentali non solo del modello di disciplina dei mercati accolto a livello europeo ma anche della strategia di decarbonizzazione seguita dalla Commissione. Rispetto al passato anche recente e agli accordi raggiunti a livello internazionale, non mancano peraltro, in tale strategia, novità rilevanti, che sembrano attenere in particolare a quattro profili fondamentali. Innanzitutto, la Commissione mostra chiaramente di voler introdurre e attuare, insieme agli Stati membri, una *Green Industrial Policy*, una nuova politica industriale specificamente preordinata ad indirizzare in molti ambiti le scelte produttive e commerciali delle imprese, così da renderle coerenti con gli obiettivi di riduzione e poi di azzeramento delle emissioni fissati a livello europeo. Come emerge anche dal Pacchetto *Fit for 55* e dalle altre proposte normative della Commissione, tale politica industriale è destinata a tradursi in misure di incentivazione e di *command and control* che, per quanto non includano forme di pianificazione autoritativa dell'attività delle imprese, sembrano implicare, negli ambiti individuati come strategici, un ruolo pubblico di guida e di regia complessiva dello sviluppo, ovviamente nei limiti in cui ciò risulta possibile nella dimensione europea. Libertà di iniziativa, meccanismi concorrenziali e rilievo del capitale privato non sono rinnegati: ma essi devono fare i conti con un ruolo più forte e finalizzato delle istituzioni pubbliche, che riduce innanzitutto significativamente lo spazio riservato all'auto-regolazione da parte dei mercati”.

<sup>65</sup> In relazione alla necessità di abbandonare l'approccio puramente economico della disciplina antitrust, si veda V. MELI, *Il public interest nel diritto della concorrenza UE*, in *Mercato concorrenza regole*, 2020, 3, pp. 439 ss. Emblematica, sul punto, la comparazione

Ecco, dunque, che la pronuncia in commento può ricondursi a quell'orientamento che intende coniugare le pretese concorrenziali con la tutela ambientale, con il dichiarato obiettivo, quindi, di unire questi due mondi molto più vicini di quanto possa sembrare<sup>66</sup> e di valorizzare il ruolo di quella parte di soggetti non istituzionali – le imprese appunto – a cui la sentenza citata, per il tramite del principio di concorrenza, spalanca le porte del mercato in una nuova ottica *mission-oriented*<sup>67</sup>.

operata da G. AMATO, *Relazione generale*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019, p. 27, secondo il quale “[...] qui viene la mia seconda osservazione preliminare, relativa alla questione se la tutela della concorrenza sa tutela di un fine, di un valore o semplicemente di un mezzo, strumentale ad altri fini. Vale a mio avviso per la concorrenza ciò che vale per la democrazia: sono entrambi strumentali ad altri fini, ma entrambe sono un valore in sé, né l’una cosa esclude l’altra.”; in senso analogo R. BIN, *La concorrenza nel bilanciamento tra valori*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, cit., p. 65, per il quale “[...] la concorrenza non può essere un fine, la concorrenza è un mezzo e non un fine in sé perché il fine è garantire il buon funzionamento dell’attività economica e condizioni di vita decenti ed umane. Naturalmente esistono fini ultimi e fini strumentali: è evidente che la concorrenza appare come un mezzo necessario dove si tratti di garantire l’accesso a risorse limitate. La concorrenza è appunto questo, insegnava Adam Smith, una gara per conquistare le risorse limitate. Regolare questa gara è il compito del diritto, quale sia l’ambito a cui si riferisce”.

<sup>66</sup> Ampiamente, in tema, si veda C. MURACA, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2021, 1, pp. 70 ss.

<sup>67</sup> M. MAZZUCATO, *Missione economia. Una guida per cambiare il capitalismo*, Roma, 2021, p. 9, per cui l’approccio *mission-oriented* è stato definito come quello che richiede di “decidere la direzione che vogliamo imprimere all’economia e poi mettere i problemi che devono essere risolti per ottenere quel risultato al centro del nostro modo di progettare il sistema economico. Significa realizzare politiche che catalizzano gli investimenti, l’innovazione e la collaborazione tra un’ampia varietà di attori dell’economia, coinvolgendo sia le imprese sia i cittadini”.

## ABSTRACT

*Urban waste - Municipal exclusivity - Consolidated environmental text  
Competition law - Green antitrust*

*The issue of the extension of municipal privative rights to the activity of municipal waste recovery has been the subject of heated debate: in particular, the question is whether such privative rights should be said to apply only to municipal waste sent for disposal or also to waste to be sent for recovery.*

*This paper aims, therefore, to reconstruct the institution of privative rights through the analysis, first, of legislation and then of case law.*

*Specifically, in relation to the former, there are three fundamental norms that characterize the evolutionary path of the aforementioned institution: the Ronchi Decree, Law No. 179/2002 and, most recently, the Consolidated Environmental Text.*

*In relation to the second, there were jurisprudential contrasts: one strand in favor of the extension of the private right and another against it. The Council of State, in the commented judgment, joined the second strand by ruling that the privative should apply only to municipal waste sent for disposal.*



## Il nuovo episodio della vicenda “Dieselgate”: la CGUE riconosce il diritto al risarcimento degli acquirenti di veicoli non a norma – *stay tuned*

CECILIA CATERINA DI PRISCO

Corte di Giustizia dell’Unione europea, Grande Sezione – 21 marzo 2023 – C-100/21 – *QB c. Mercedes-Benz Group AG*.

**Rinvio pregiudiziale – Ravvicinamento delle legislazioni – Omologazione dei veicoli a motore – Direttiva 2007/46/CE – Articolo 18, paragrafo 1 – Articolo 26, paragrafo 1 – Articolo 46 – Regolamento (CE) n. 715/2007 – Articolo 5, paragrafo 2 – Veicoli a motore – Motore diesel – Emissioni di agenti inquinanti – Valvola di ricircolo dei gas di scarico (valvola EGR) – Riduzione delle emissioni di ossido di azoto (NOx) limitata da un “intervallo termico” – Impianto di manipolazione – Tutela degli interessi del singolo acquirente di un veicolo munito di un impianto di manipolazione illecito – Diritto al risarcimento per illecito civile nei confronti del costruttore del veicolo – Modalità di calcolo del risarcimento – Principio di effettività – Articolo 267 TFUE – Ricevibilità – Ricorso alla Corte da parte di un giudice monocratico.**

*L’articolo 18, paragrafo 1, l’articolo 26, paragrafo 1, e l’articolo 46 della direttiva quadro, in combinato disposto con l’articolo 5, paragrafo 2, del regolamento n. 715/2007, devono essere interpretati nel senso che essi tutelano, oltre agli interessi generali, gli interessi particolari del singolo acquirente di un veicolo a motore nei confronti del costruttore di quest’ultimo qualora tale veicolo sia munito di un impianto di manipolazione vietato, ai sensi di quest’ultima disposizione.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il retroscena fattuale e giuridico. – 2.1. La vicenda “Dieselgate”. – 2.2. Tre precedenti austriaci. – 3. L’inquadramen-

to della fattispecie. – 3.1. QB c. MercedesBenz: le questioni pregiudiziali. 3.2. Il quadro normativo rilevante. – 4. Le risposte della Corte: il riconoscimento della tutela degli interessi particolari e i princìpi in materia di quantificazione del risarcimento. – 5. Considerazioni conclusive: l'eredità del *Dieseldgate*.

## 1. *Introduzione*

Da quando il *Dieseldgate*, lo scandalo più celebre che abbia mai interessato il settore *automotive*, si è affacciato sulla scena europea (dove più della metà dei veicoli compravenduti sono dotati di motore *diesel*<sup>1</sup>), i tribunali e le autorità nazionali degli Stati membri non hanno smesso di interrogarsi su una varietà di questioni giuridiche, spesso chiamando in causa – con alterna fortuna – la Corte di giustizia dell'Unione Europea (di seguito anche “CGUE”), in considerazione dell'applicabilità di norme di matrice eurounitaria, quali, in particolare, la Direttiva n. 46/2007/CE e il Regolamento n. 715/2007/CE (nel prosieguo anche, rispettivamente, Direttiva Quadro e Regolamento) in materia di omologazione dei veicoli a motore.

Nel caso di specie, oggetto del rinvio pregiudiziale del giudice tedesco erano, da un lato, la possibilità di riconoscere, ai sensi delle normative sopra citate, l'esistenza in capo all'acquirente di un'autovettura non conforme alle prescrizioni di settore di un diritto al risarcimento del danno; e, dall'altro, l'eventuale necessità di riconoscere un'indennità commisurata all'uso effettivo del veicolo (cfr. §3.1).

Ma se, per un verso, le risposte della Corte, che si inseriscono in un solco già tracciato da tre precedenti del 2022 (cfr. §2.2), hanno importanti (positive) conseguenze per gli acquirenti di veicoli manomessi, siano essi tedeschi (la pronuncia in esame ha completamente sovvertito, infatti, la giurisprudenza della Corte Federale della Germania in materia) o di altri paesi UE, per altro verso non si può trascurare come il contesto giuridico europeo fatichi, più di altri, a stare al passo con le evoluzioni del mondo reale, come testimoniato in maniera esemplare dal *Dieseldgate* con specifico riferimento al diritto dei consumatori.

<sup>1</sup> C. SCHMID, in M. FRIGESSI DI RATTALMA, *The Dieseldgate. A Legal Perspective*, Cham, 2017, p. 193.

## 2. *Il retroscena fattuale e giuridico*

### 2.1. *La vicenda “Dieselgate”*

La più grave crisi della storia dell’automobile ha origine nel 2014, quando, nell’ambito di uno studio indipendente promosso dalla *onlus* statunitense *International Council for Clean Transportation* (ICCT) che mirava a indagare il tasso di consumo di carburante dei motori *diesel*<sup>2</sup>, i ricercatori del *Center for Alternative Fuels Engines and Emissions* (CAFEE) dell’Università della West Virginia, supportati dal *California Air Resource Board* (CARB), hanno scoperto che i livelli di ossido di azoto (NOx) emessi dai veicoli *Volkswagen* con motore *diesel* oggetto delle loro analisi erano significativamente più alti rispetto sia a quelli dichiarati dal produttore sia a quelli rilevati in precedenza durante i *test drive*.

I risultati ottenuti dagli studiosi del CAFEE<sup>3</sup> furono immediatamente sottoposti all’attenzione dell’agenzia governativa per la protezione dell’ambiente (U.S. *Environmental Protection Agency* – EPA), la quale si imbarcò in un defatigante *iter* di interlocuzioni con la casa automobilistica tedesca (e, in particolare, con la *task force* appositamente istituita, composta da ingegneri del dipartimento di *Brand Engine Development*<sup>4</sup>). Quest’ultima, pur ostentando affettata collaborazione, manteneva inizialmente occultata la causa profonda sottesa all’eccessivo livello di NOx emesso dai propri veicoli (e cioè l’esistenza di impianti di manipolazione), fornendo invece in merito spiegazioni poco convincenti.

Solo l’inaspettata confessione, durante una riunione con la CARB, di un dipendente *Volkswagen* portò la multinazionale tedesca ad ammettere, il 3 settembre 2015, l’installazione in una serie di motori 2.0 litri prodotti tra il 2009 e il 2015 (ben 11 milioni a livello globale, di cui circa

<sup>2</sup> Tale studio rientrava in un’indagine di più ampia portata volta ad analizzare il divario tra le emissioni effettive e i livelli di certificazione regolamentari in un’ottica comparatistica tra Stati Uniti e Unione Europea.

<sup>3</sup> G. THOMPSON, *In-Use Emissions Testing of Light-Duty Diesel Vehicles in the United States*, *Center for Alternative Fuels Engines and Emissions*, 2014.

<sup>4</sup> *United States District Court, Eastern District of Michigan*, *United States of America v. Volkswagen AG, Rule 11 Plea Agreement*, No. 16-CR-20394, paragrafo 54, reperibile sulla rete interconnessa.

500.000 negli Stati Uniti e 700.000 in Italia)<sup>5</sup> di un “*defeat device*”<sup>6</sup> in grado di “ingannare” i sistemi di controllo delle emissioni. Tale dispositivo si attiva automaticamente quando capta specifiche sequenze di guida indicative della probabile esecuzione di *test* di controllo (sfuggendo così a segnalazioni di non conformità), mentre si spegne in condizioni di guida reali. Il risultato? Le emissioni di ossido di azoto durante il normale utilizzo dell’automobile erano fino a 38 volte superiori rispetto a quelle rilevate in sede di controlli.

Con la pubblicazione da parte dell’EPA di un avviso di accertamento<sup>7</sup> che esponeva la violazione da parte del gruppo *Volkswagen* del *Clean Air Act*<sup>8</sup> – per aver installato taluni *software* di manipolazione che rendevano inoperanti quei sistemi di controllo atti a garantire il rispetto degli *standard* normativi di emissione<sup>9</sup> e, conseguentemente, per le dichiarazioni non veritiere sulle caratteristiche dei veicoli rese in occasione della richiesta dei certificati di conformità<sup>10</sup> — *Volkswagen* si ritrovò al

<sup>5</sup> F. BERTELLI, *Dealing with the Dieselgate Scandal in the US and EU*, in *The Italian Law Journal*, 2021, pp. 619 ss.

<sup>6</sup> *United States District Court, Eastern District of Michigan, United States of America v. Volkswagen AG, Rule 11 Plea Agreement*, No. 16-CR-20394, reperibile sulla rete interconnessa, paragrafi 62 e 63.

<sup>7</sup> *United States Environmental Protection Agency, Office of Enforcement and Compliance Assurance, Notice of Violation*, 18 settembre 2015, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>8</sup> Il *Clean Air Act* è la legge federale statunitense incorporata nel Titolo 42 (*The Public Health and Welfare*), Capitolo 85 (*Air Pollution Prevention and Control*) dello *United States Code* ed emendata, da ultimo nel 1990, che regola le emissioni atmosferiche da fonti fisse e mobili. Il *Clean Air Act* è reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>9</sup> *United States Code*, Paragrafo 7522(a)(3)(B): “*The following acts and the causing thereof are prohibited: [...] for any person to manufacture or sell, or offer to sell, or install, any part or component intended for use with, or as part of, any motor vehicle or motor vehicle engine, where a principal effect of the part or component is to bypass, defeat, or render inoperative any device or element of design installed on or in a motor vehicle or motor vehicle engine in compliance with regulations under this subchapter, and where the person knows or should know that such part or component is being offered for sale or installed for such use or put to such use*”.

<sup>10</sup> *United States Code*, Paragrafo 7522(a)(1): “[...] *in the case of a manufacturer of new motor vehicles or new motor vehicle engines for distribution in commerce, the sale, or the offering for sale, or the introduction, or delivery for introduction, into commerce, or (in the case of any person, except as provided by regulation of the Administrator), the importation into the United States, of any new motor vehicle or new motor vehicle engine,*

centro di uno “scandalo” che assunse ben presto proporzioni internazionali, complice la reputazione del soggetto coinvolto, a quel tempo uno dei principali produttori di automobili a livello globale<sup>11</sup>.

Tuttavia, gran parte della notorietà del caso, oggi conosciuto come *Dieseldgate* o *Emissiongate*, deriva dalla numerosità e varietà (soprattutto dal punto di vista degli esiti) delle decisioni ad esso riconducibili emanate da autorità giudiziarie e amministrative<sup>12</sup> in tutto il mondo, decisioni che spesso si pongono nell’intersezione tra il diritto dell’ambiente, della concorrenza e dei consumatori<sup>13</sup>.

Profusamente si è scritto in merito agli sviluppi giudiziari che la vicenda ha avuto, tanto negli Stati Uniti quanto nei diversi Paesi europei<sup>14</sup>.

*manufactured after the effective date of regulations under this part which are applicable to such vehicle or engine unless such vehicle or engine is covered by a certificate of conformity issued (and in effect) under regulations prescribed under this part or part C in the case of clean-fuel vehicles”.*

<sup>11</sup> *International Organization of Motor Vehicle Manufacturers, World Ranking of Manufacturers*, anno 2015, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>12</sup> In Italia, ad esempio, si è pronunciata l’AGCM con provvedimento del 4 agosto 2016, n. 26137, che ha intimato l’interruzione delle condotte illecite accertate e comminate a *Volkswagen AG* e *Volkswagen Italia* una sanzione amministrativa pari ad Euro 5 milioni ai sensi dell’art. 27, commi 9 e 13, del Codice del Consumo. In seguito, tuttavia, al pagamento, da parte di *Volkswagen*, di una multa ammontante a circa un miliardo di Euro nel contesto di un procedimento penale avviato nel 2018 dalla Procura di Braunschweig, in Germania, il Consiglio di Stato (sez. VI, 7 gennaio 2022, ordinanza n. 68) ha proposto un rinvio pregiudiziale alla CGUE, domandando, *inter alia*, se le sanzioni irrogate in tema di pratiche commerciali scorrette, ai sensi della normativa interna attuativa della Direttiva 2005/29/CE, siano qualificabili come sanzioni amministrative di natura penale. In altre parole, si pone il dubbio di una potenziale violazione transfrontaliera del fondamentale principio del “*ne bis in idem*”. Nonostante la CGUE non si sia ancora pronunciata in merito, l’Avvocato Generale si è recentemente espresso a favore della natura penale della sanzione inflitta dall’AGCM in Italia (in particolare, in considerazione della sua finalità repressiva) e, di conseguenza, a favore della violazione, in linea di principio, del diritto a non essere puniti due volte per lo stesso reato (Conclusioni dell’Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, C-27/22, 30 marzo 2023).

<sup>13</sup> Sull’importanza della “cooperazione” tra strumenti privatistici e pubblicistici per l’*enforcement* della tutela ambientale, e sul rinnovato (virtuoso) ruolo che possono rivestire i privati nell’attuale contesto giuridico, permeato dal principio di sostenibilità, cfr. A. PISANI TEDESCO, *Tutela ambientale e transizione ecologica: itinerari del diritto privato*, in questa *Rivista*, 2023, p. 473 ss.

<sup>14</sup> J. CRUDEN, B. ENGEL, N. COONEY, J. VAN EATON, *Dieseldgate: how the investigation*,

Pertanto, nel prossimo paragrafo, ci si concentrerà, in particolare, su tre specifici precedenti della Corte di giustizia UE che ci paiono rilevanti ai fini dell'analisi della sentenza oggetto del presente contributo (e da questa, in parte, espressamente richiamati).

## 2.2. *Tre precedenti austriaci*

Si ritiene che l'analisi della decisione della CGUE sul caso *QB c. Mercedes-Benz* non possa prescindere da un preliminare *excursus* sulla triade di sentenze emanate dalla stessa nel luglio 2022, accomunate<sup>15</sup>, oltre che dai temi giuridici affrontati<sup>16</sup>, dalla provenienza di matrice austriaca.

Trattasi, infatti, di rinvii pregiudiziali ai sensi dell'art. 267 TFUE, sui quali gli euro-giudici sono stati chiamati a pronunciarsi dai Tribunali di

*prosecution, and settlement of Volkswagen's emissions cheating scandal illustrates the need for robust environmental enforcement*, in *Virginia Environmental Law Journal*, Vol. 36, No. 2, 2018, pp. 118-184. Per un'analisi comparativa dei diversi approcci adottati rispetto alla vicenda *Dieselsgate* dalle corti degli Stati Uniti e da quelle degli Stati dell'Unione, si v. F. BERTELLI, *Dealing with the Dieselsgate Scandal in the US and EU*, in *The Italian Law Journal*, 2021, pp. 619 ss. In particolare, l'Autrice sostiene che, mentre negli Stati Uniti, lo strumento dell'azione collettiva ha consentito una risoluzione efficiente ed economica delle controversie, rivelandosi fondamentale nell'applicazione dei diritti dei consumatori, così non è avvenuto in Europa, dove si è invece riscontrata una grave mancanza di armonizzazione tra i diversi Stati membri. Per una disamina relativa, in particolare, alle diverse soluzioni adottate negli ordinamenti tedesco e italiano, si v. E. TUCCARI, *Verso una disciplina consumeristica "sostenibile" del settore automotive?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 18, febbraio 2023, pp. 108-147.

<sup>15</sup> Come testimoniato anche dall'unico comunicato stampa (124/22) pubblicato dalla Corte di Giustizia stessa (reperibile sulla rete interconnessa).

<sup>16</sup> Le tre controversie sono state proposte dagli acquirenti di veicoli *Volkswagen* dotati di particolari impianti di manipolazione, i quali hanno domandato ai giudici rispettivamente aditi la dichiarazione dell'invalidità del contratto di compravendita, ai sensi degli articoli 871 e 879 dell'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) – che sanciscono la mancanza di responsabilità della parte acquirente incorsa in un errore sul contenuto della dichiarazione ricevuta dalla parte venditrice riguardante una qualità essenziale laddove l'errore sia stato causato dalla parte venditrice stessa e la nullità di un contratto contrario a un divieto di legge – ovvero lo scioglimento del contratto in virtù degli articoli 922 e 932 ABGB, che stabiliscono che chiunque ceda ad altri una cosa in cambio di un corrispettivo garantisce la conformità della stessa al contratto e che la risoluzione contrattuale può essere richiesta in presenza di difetti.

*Klagenfurt* (C-128/20) ed *Eisenstadt* (C-134/20) e dall’*Oberster Gerichtshof*, la Corte Suprema Austriaca (C-145/20)<sup>17</sup>.

Una delle questioni più rilevanti affrontate dalla Corte del Lussemburgo riguarda la presunta liceità del *software* di programmazione del motore installato da *Volkswagen* nell’ambito di una procedura di aggiornamento del sistema di ricircolo delle emissioni autorizzata dall’autorità federale tedesca competente in materia di omologazione, il quale comporta una riduzione delle prestazioni ambientali delle autovetture qualora la temperatura esterna superi, o scenda al di sotto di, un cosiddetto “intervallo termico” compreso tra 15 e 33 gradi Celsius (con riferimento ad un’altitudine inferiore a 1000 metri). Ciò significa, in sostanza, che il tasso di ricircolo dei gas di scarico si riduce al progressivo allontanarsi dai valori di temperatura ricompresi nell’intervallo termico, con conseguente aumento delle emissioni di NO<sub>x</sub> prodotte dal veicolo.

Con sentenza del 14 luglio 2022, i giudici europei hanno chiaramente statuito come il dispositivo sopra descritto costituisca, ai sensi dell’art. 3, punto 10 del Regolamento, un “impianto di manipolazione”<sup>18</sup>, dovendosi con tale termine intendere un qualsiasi elemento che rilevi determinati parametri – quali, ad esempio, temperatura o velocità del veicolo – al fine di

“attivare, modulare, ritardare o disattivare il funzionamento di una qualsiasi parte del sistema di controllo delle emissioni che riduca l’efficacia di tale sistema in modi che è lecito attendersi durante il normale funzionamento e il normale uso del veicolo”.

Chiarendo, di conseguenza, come lo stesso sia, in linea di principio, vietato ai sensi dell’articolo 5, paragrafi 1 e 2, del citato Regolamento<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Per una più approfondita analisi delle tre cause, si rimanda a E. TUCCARI, *Rinvio pregiudiziale - La CGUE ritorna sul “Dieselgate” e disegna una disciplina sempre più “sostenibile” del settore automotive*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 5, 1 maggio 2023, pp. 1010 ss.

<sup>18</sup> CGUE, *GSMB Invest GmbH & Co. KG contro Auto Krainer GesmbH*, C-128/20, Sentenza, 14 luglio 2022, punto 47.

<sup>19</sup> Art. 5, par. 1, Regolamento n. 715/2007/CE: “Il costruttore produce i veicoli in modo che progetto, costruzione e assemblaggio dei componenti che influiscono sulle emissioni permettano che il veicolo, nell’uso normale, soddisfi il presente regolamento e i relativi provvedimenti d’attuazione”.

nella misura in cui influisce negativamente sull'efficacia dei sistemi di controllo delle emissioni in condizioni di uso normale del veicolo<sup>20</sup>.

Non solo. Con riguardo, d'altro canto, alla possibilità che il *software* oggetto di esame sia riconosciuto come legalmente consentito in virtù dell'eccezione stabilita dall'articolo 5, paragrafo 2, lettera a) del Regolamento (che concerne il caso in cui l'installazione dell'impianto di manipolazione di cui trattasi sia giustificata dalla necessità di proteggere il motore da danni o avarie e di un funzionamento sicuro dei veicoli), la Corte ha affermato con fermezza che tali deroghe al divieto di utilizzo di dispositivi di manipolazione devono essere interpretate restrittivamente<sup>21</sup>, in linea con le finalità del Regolamento stesso, ovvero a garantire un elevato livello di tutela dell'ambiente e migliorare la qualità dell'aria all'interno dell'Unione. Finalità che implicano la riduzione effettiva delle emissioni di gas nocivi da parte dei mezzi di trasporto per tutta la normale durata di vita degli stessi.

Da ciò discendono due importanti corollari.

*In primis*, si deve ritenere che unicamente i rischi immediati di danni o avarie al motore che generano un pericolo concreto durante la guida di un veicolo (e non, invece, eventi che siano in linea di principio prevedibili e inerenti al normale funzionamento dell'autovettura<sup>22</sup>) possano giustificare l'utilizzo di un impianto di manipolazione<sup>23</sup>. Pena il rischio (concreto) di svuotare la normativa comunitaria del proprio contenuto.

In secondo luogo, le due condizioni poste dal dettato normativo ai

Art. 5, par. 2, Regolamento n. 715/2007/CE: "L'uso di impianti di manipolazione che riducono l'efficacia di sistemi di controllo delle emissioni è vietato. [...]".

<sup>20</sup> Al riguardo, i giudici europei hanno altresì stabilito l'irrelevanza della circostanza che l'impianto di manipolazione fosse stato installato dopo la messa in servizio del veicolo (*i.e.*, in occasione di una riparazione) ai fini della valutazione della liceità dell'utilizzo di tale dispositivo (v. CGUE, *IR c. Volkswagen AG*, C-134/20, Sentenza, 14 luglio 2022, punto 94).

<sup>21</sup> CGUE, *GSMB Invest GmbH & Co. KG contro Auto Krainer GesmbH*, C-128/20, Sentenza, 14 luglio 2022, punto 50. In tal senso, v. anche CGUE, *CLCV e a.*, C-693/18, Sentenza, 17 dicembre 2020, punti 111 e 112.

<sup>22</sup> Tali sono stati ritenuti in precedenza dalla Corte la formazione di incrostazioni e l'invecchiamento del motore (v. CGUE, *CLCV e a.*, C-693/18, Sentenza, 17 dicembre 2020, punto 110).

<sup>23</sup> CGUE, *GSMB Invest GmbH & Co. KG contro Auto Krainer GesmbH*, C-128/20, Sentenza, 14 luglio 2022, punto 56.

fini dell'identificazione dell'ambito applicativo della disposizione derogatoria in questione (*i.e.*, la necessità di proteggere il motore da danni o avarie e il funzionamento sicuro dei veicoli) devono essere considerate cumulative<sup>24</sup>.

Un'ulteriore questione di cui la Corte è stata investita concerne, invece, l'omologazione CE<sup>25</sup>: in particolare, il giudice del rinvio si è chiesto se un veicolo a motore munito di valida omologazione (e pertanto utilizzabile su strada), ma al tempo stesso dotato di impianto di manipolazione vietato ai sensi della normativa comunitaria, presenti la qualità abituale di un bene dello stesso tipo che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della Direttiva UE 1999/44<sup>26</sup>.

Premesso che i veicoli rientranti nell'ambito di applicazione della Direttiva Quadro devono essere oggetto di omologazione<sup>27</sup> e che tale omologazione può essere emessa solo laddove la tipologia di automezzo in questione soddisfi i requisiti fissati dal Regolamento, la Corte di Giustizia ha ritenuto che l'acquirente di un'autovettura appartenente alla serie di un tipo di veicolo omologato – e, pertanto, corredata da un certificato

<sup>24</sup> *Ibidem*, punto 62. Depone a favore di tale interpretazione la lettera stessa della norma, in considerazione l'utilizzo della congiunzione “e”.

<sup>25</sup> L'articolo 3 della Direttiva n. 46/2007/CE definisce l'omologazione CE come “la procedura con cui uno Stato membro certifica che un tipo di veicolo, sistema, componente o entità tecnica è conforme alle disposizioni amministrative e alle prescrizioni tecniche pertinenti della presente direttiva e degli atti normativi elencati negli allegati IV [requisiti per l'omologazione CE dei veicoli] o XI [elenco degli atti normativi che fissano i requisiti per l'omologazione CE per tipo dei veicoli a uso speciale]”.

<sup>26</sup> Tale articolo sancisce una presunzione di conformità rispetto al contratto di vendita per ogni bene di consumo che presenti la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, in particolare tenendo conto della natura del bene. L'articolo 2, paragrafo 1, della stessa direttiva, obbliga il venditore a consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita.

<sup>27</sup> L'articolo 4, paragrafo 3, primo comma, di tale direttiva dispone, infatti, che gli Stati membri immatricolano o autorizzano la vendita o la messa in circolazione unicamente dei veicoli conformi alle disposizioni della direttiva stessa. Inoltre, l'articolo 4, paragrafo 1, del Regolamento n. 715/2007/CE stabilisce che i costruttori dimostrino che tutti i nuovi veicoli venduti, immatricolati o messi in servizio all'interno del territorio dell'Unione sono stati omologati conformemente a tale regolamento e ai suoi provvedimenti di esecuzione.

di conformità<sup>28</sup> – possa ragionevolmente fare affidamento sul fatto che le disposizioni del regolamento sopra citato (ivi incluse, in particolare, quelle relative alle emissioni) siano pienamente rispettate. E ciò anche in assenza di clausole contrattuali specifiche<sup>29</sup>.

Conseguentemente, la presenza di un impianto di manipolazione illecito su un veicolo comporta *ipso facto* la mancata soddisfazione delle aspettative del consumatore, malgrado la sussistenza di valida e regolare omologazione.

Alla luce di quanto sopra esposto, si è posta come necessaria una precisa qualificazione degli impianti di manipolazione vietati in termini di difetti di conformità.

In primo luogo, devono questi essere considerati quali difetti minori – con il risultato di precludere all’acquirente la possibilità di chiedere giudizialmente la risoluzione del contratto di compravendita<sup>30</sup> – laddove il consumatore, pur al corrente dell’esistenza di tale dispositivo, avrebbe nondimeno acquistato il veicolo?

<sup>28</sup> *Ex* articolo 18, paragrafo 1, della Direttiva n. 46/2007/CE, il costruttore rilascia, quale titolare di una scheda di omologazione CE, un certificato di conformità che accompagna ciascun veicolo completo, incompleto o completato, fabbricato in conformità del tipo di veicolo omologato. Tale certificato è obbligatorio ai fini dell’immatricolazione, della vendita o della messa in circolazione di un veicolo.

<sup>29</sup> CGUE, *DS c. Porsche Inter Auto GmbH Co. KG, Volkswagen AG*, C-145/20, Sentenza, 14 luglio 2022, punto 54.

<sup>30</sup> L’articolo 3, paragrafo 6, della Direttiva n. 44/1999/CE stabilisce che un difetto di conformità minore “non conferisce al consumatore il diritto di chiedere la risoluzione del contratto”. La risoluzione contrattuale costituisce, infatti, il rimedio giuridico più incisivo di cui dispone il consumatore e può essere pertanto richiesta solo laddove il difetto di conformità sia ritenuto sufficientemente significativo. Sull’apparato rimediabile accordato al consumatore nelle ipotesi di difetto di conformità, si vedano: G. DE NOVA, *La proposta direttiva sulla vendita e la garanzia dei beni di consumo*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, pp. 22 ss.; F. RUSCELLO, *Le garanzie post-vendita nella direttiva 1999/44/CE del 25 maggio 1999*, in *Studium Iuris*, 2001, pp. 832 ss.; e M. BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell’attuazione: ripensare l’intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in *Contratto e impresa Europa*, 2000, pp. 403 ss. Con particolare riferimento all’impatto delle pronunce “Dieselgate” sul funzionamento di tale apparato rimediabile, si veda S. VANINI, *Violazione di norme pubblicistiche di tutela ambientale da parte del produttore e difetto di conformità al contratto del bene consegnato al consumatore: la Corte di Giustizia UE e il Caso “Dieselgate”* (C. Giust. UE 14 luglio 2022, in causa c-145/20, *Porsche Inter Auto e Volkswagen*), in *Rivista di Diritto Civile*, n. 1, gennaio 2023, pp. 166 ss.

La risposta della Corte in merito è fermamente negativa nel ritenere che il carattere “minore” di un difetto di conformità non sia subordinato, sulla base della lettera della legge, ad alcun elemento soggettivo e che, pertanto, la circostanza che il compratore avrebbe acquistato il bene seppur a conoscenza della presenza di un difetto di conformità non è rilevante ai fini dell’attribuzione allo stesso della qualifica di “minore”<sup>31</sup>.

In seconda istanza: l’installazione di un *software* di manipolazione il cui uso è vietato dalla normativa comunitaria deve essere considerata un difetto di conformità di scarsa importanza, tenendo conto del contesto nel quale tale nozione viene utilizzata e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di riferimento.<sup>32</sup>

Con particolare riguardo a quest’ultimo punto, i giudici del Lussemburgo, sulla scorta del fatto che la citata Direttiva del ’99 si ripropone di instaurare un giusto equilibrio tra gli interessi del venditore e quelli del consumatore e garantire a quest’ultimo (identificato quale parte contrattuale debole) una tutela pienamente efficace contro l’eventuale inesatta esecuzione degli obblighi contrattuali da parte del venditore<sup>33</sup>, hanno reputato che la presenza di un impianto di manipolazione in un veicolo configuri un difetto di non scarsa importanza, in quanto l’illiceità dello stesso impedisce l’omologazione del veicolo di cui trattasi, oltre che comportare una violazione dei limiti di emissione di ossido di azoto<sup>34</sup>.

Le soluzioni offerte dalla Corte di Giustizia, e in questa sede sinteticamente delineate, hanno senza dubbio fornito ai giudici nazionali importanti capisaldi su cui fondare le successive sentenze riferibili ‘all’odissea’

<sup>31</sup> CGUE, *DS c. Porsche Inter Auto GmbH Co. KG, Volkswagen AG*, C-145/20, Sentenza, 14 luglio 2022, punto 86.

<sup>32</sup> Si consideri, in merito, che la Direttiva 1999/44 non fornisce alcuna definizione di “difetto di conformità minore”; pertanto, il significato e la portata di tale nozione devono essere chiariti conformemente al significato abituale attribuito alla stessa nel linguaggio corrente, in considerazione altresì del contesto nel quale essa viene utilizzata e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (v., in questo senso, CGUE, *Constantin Film Verleih*, C-264/19, Sentenza, 9 luglio 2020, punto 29).

<sup>33</sup> V., in questo senso: CGUE, *Gebr. Weber e Putz*, C-65/09, Sentenza, 16 giugno 2011, punto 75; CGUE, *Füllä*, C-52/18, Sentenza, 23 maggio 2019, punti 41 e 52. Entrambe le sentenze citate ribadiscono, in ogni caso, la necessità di tenere conto anche delle considerazioni di carattere economico fatte valere dal venditore.

<sup>34</sup> CGUE, *DS c. Porsche Inter Auto GmbH Co. KG, Volkswagen AG*, C-145/20, Sentenza, 14 luglio 2022, punto 96.

del *Dieselgate*, segnatamente in materia di identificazione dei dispositivi di manipolazione e qualificazione degli stessi in termini di difetti di conformità. I nodi da sciogliere, tuttavia, non paiono ancora essersi esauriti, come dimostra chiaramente il caso in commento.

### 3. *L'inquadramento della fattispecie*

#### 3.1. *QB c. MercedesBenz: le questioni pregiudiziali*

Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale del *Land* di *Ravensburg* (Germania) contro il costruttore di autoveicoli *Mercedes-Benz Group AG* (già *Daimler AG*), QB ha domandato il risarcimento del danno causato dall'installazione sulla propria automobile (una vettura di marca *Mercedes-Benz* di seconda mano con motore *diesel*<sup>35</sup> acquistata nel marzo 2014) di un *software* di programmazione che riduce il ricircolo dei gas di scarico qualora le temperature esterne si trovino al di fuori di un certo intervallo termico.

A fronte della qualificazione, da parte della Corte di Giustizia, di un siffatto dispositivo quale impianto di manipolazione, perlomeno in linea di principio<sup>36</sup>, illecito (cfr. §2.2), il giudice monocratico tedesco ha adito la Corte al fine di chiarire la portata degli articoli 18, 26 e 46 della Direttiva Quadro, in combinato disposto con l'articolo 5 del Regolamento, in relazione alla sussistenza in capo ai singoli acquirenti di veicoli non

<sup>35</sup> Trattasi specificamente di un veicolo di marca *Mercedes-Benz*, modello C 220 CDI, dotato di un motore *diesel* di generazione Euro 5, con un chilometraggio di 28.591 km, immesso sul mercato dal costruttore di automobili Daimler e immatricolato per la prima volta il 15 marzo 2013. Tale veicolo è stato acquistato da QB al prezzo di Euro 29.999,00.

<sup>36</sup> Spetta infatti al giudice del rinvio decidere, in ultima analisi, se il *software* in questione è da considerarsi, alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni normative rilevanti fornita dalla Corte, un impianto di manipolazione illecito. Ciò sulla scorta della netta e necessaria separazione tra le funzioni della CGUE e quelle dei giudici nazionali, ai quali sono demandati, in via esclusiva, l'accertamento e la valutazione dei fatti costituenti l'oggetto della controversia (nel caso di specie, l'esatta temperatura esterna al di sotto della quale interviene la riduzione del tasso di ricircolo dei gas di scarico e la portata di tale riduzione), oltre che l'applicazione del diritto nazionale.

conformi di un diritto al risarcimento che discenda direttamente dall'apparato normativo comunitario<sup>37</sup>.

In merito, il giudice del rinvio ha segnalato l'esistenza, in Germania, di orientamenti giurisprudenziali e dottrinali divergenti sul punto.

Da un lato, il *Bundesgerichtshof* ritiene che gli atti dell'Unione sopra citati si pongano come scopo essenziale quello di garantire ai cittadini UE elevati livelli di sicurezza stradale, nonché di tutela della salute e dell'ambiente; e non, anche, il diritto all'autodeterminazione economica del singolo acquirente di un automezzo.

Di diversa opinione sono, invece, alcuni Tribunali dei *Länder*, secondo i quali le richiamate disposizioni mirerebbero altresì a tutelare gli acquirenti di veicoli. In tal senso, deporrebbe l'allegato IX della Direttiva Quadro, che stabilisce espressamente come l'obiettivo principe del certificato di conformità sia, oltre che facilitare la procedura amministrativa di immatricolazione e la libera circolazione delle merci all'interno del territorio dell'Unione, quello di assicurare al compratore che il veicolo acquistato sia, al momento della sua fabbricazione, conforme alla legislazione comunitaria<sup>38</sup>.

L'altra fondamentale questione che il giudice di *Ravensburg* ha demandato alla competenza della Corte di Giustizia verte sulla necessità o meno di svolgere una sorta di *compensatio lucri cum damno* a fronte dell'utilità ritratta dall'uso effettivo del veicolo da parte acquirente. Questione da valutare tenendo in considerazione, tra le altre cose, il ruolo

<sup>37</sup> Il giudice del rinvio ha proposto domanda di pronuncia pregiudiziale anche in relazione a diverse, ma correlate, questioni, e specificamente: (a) se sia incompatibile con il diritto dell'Unione il fatto che l'acquirente di un veicolo immesso in commercio dal costruttore munito di un impianto di manipolazione vietato possa far valere nei confronti del costruttore il proprio diritto al risarcimento del danno da illecito civile nel solo caso in cui il costruttore abbia agito in modo doloso e fraudolento; e, in caso di risposta affermativa, (b) se il diritto europeo esige la sussistenza di un diritto dell'acquirente al risarcimento per illecito civile nei confronti del costruttore del veicolo per qualsiasi attività colpevole (sia essa negligente o dolosa) di quest'ultimo con particolare riferimento all'immissione in commercio di un veicolo dotato di un impianto di manipolazione vietato. La Corte non ha fornito risposta a tali questioni, in quanto ritenute riassorbite dalla pronuncia sulle questioni prima e seconda.

<sup>38</sup> Regolamento n. 715/2007/CE, Allegato IX, articolo 0.

cruciale che il divieto di indebito arricchimento può (e deve) assumere nell'ambito della relativa decisione<sup>39</sup>.

Prima di analizzare le risposte fornite dalla Corte di Giustizia ai quesiti menzionati, e ai fini di una migliore comprensione delle stesse, si ritiene necessario tratteggiare, nel successivo paragrafo, una sommaria panoramica delle norme di diritto europeo e tedesco che la Corte stessa ha preso in considerazione per la definizione della causa.

### 3.2. *Il quadro normativo rilevante*

#### a) *a livello UE*

Dal punto di vista del diritto europeo, le questioni pregiudiziali proposte dal giudice del rinvio vertono sull'interpretazione di alcune disposizioni contenute all'interno della Direttiva n. 46/2007/CE<sup>40</sup>. Trattasi di uno strumento normativo che istituisce un quadro per l'omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli, con l'obiettivo di potenziare lo sviluppo del mercato interno dell'Unione e nell'ottica di garantire un elevato livello di sicurezza stradale, efficienza energetica e protezione della salute e dell'ambiente.

Nello specifico, le disposizioni di tale direttiva riguardo alle quali il giudice di *Ravensburg* ha richiesto l'opinione della Corte sono gli articoli 18, 26 e 46.

In particolare, gli articoli 18 e 46 stabiliscono che il costruttore di veicoli rilascia, per ciascun automezzo fabbricato in conformità del tipo

<sup>39</sup> L'imputazione del beneficio derivante dall'uso del veicolo manomesso è un punto su cui le posizioni di giurisprudenza e dottrina tedesche risultano nettamente divise, oscillanti tra le due soluzioni estreme e una molteplicità di posizioni intermedie, come rilevato dal giudice del rinvio (v. *Landgericht Ravensburg*, C-100/21, Domanda di pronuncia pregiudiziale, 17 febbraio 2021).

<sup>40</sup> Come modificata dal Regolamento n. 385/2009/CE. Si segnala altresì che tale direttiva quadro è stata abrogata, con effetto dal 1° settembre 2020, dal Regolamento n. 858/2018/UE (il quale ha, tra l'altro, anche apportato alcune modifiche al Regolamento n. 715/2007/CE); tuttavia, ai fini della decisione del caso *QB c. Mercedes-Benz*, essa è stata ritenuta nondimeno applicabile, stante la risalenza dei fatti di causa ad un periodo in cui essa era pienamente in vigore.

di veicolo omologato, un certificato di conformità in mancanza del quale gli Stati membri non possono immatricolare né autorizzare la vendita o la messa in circolazione del veicolo.

L'articolo 46 concerne, invece, le sanzioni connesse alla violazione della direttiva e prevede che le stesse siano determinate dagli Stati membri (i quali devono altresì garantirne la piena applicazione) in un'ottica di effettività, proporzionalità e dissuasività.

Si tenga conto che le norme sopracitate devono necessariamente essere lette alla luce del Regolamento n. 715/2007/CE, relativo all'omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri (Euro 5 ed Euro 6): tale regolamento, nel contesto di una più ampia strategia tematica sull'inquinamento atmosferico riconducibile al programma *Clean Air For Europe*<sup>41</sup>, mira ad uniformare le prescrizioni tecniche richieste per l'omologazione dei veicoli in una prospettiva di tutela dell'ambiente declinata nella riduzione delle emissioni prodotte dal settore dei trasporti e diretta al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione in termini di qualità dell'aria. Ed è proprio questo regolamento a fornire un'esatta definizione degli impianti di manipolazione (cfr. §2.2), oltre che a vietarli nella misura in cui questi influiscono negativamente sull'efficacia dei sistemi di controllo delle emissioni di gas nocivi (art. 5, paragrafo 2 del Regolamento).

*b) a livello nazionale: brevi cenni al sistema della responsabilità extra-contrattuale nel diritto tedesco...*

Poiché la controversia oggetto di analisi nel presente contributo affonda le sue radici nel contesto giuridico germanico, pare utile esaminare, seppur sinteticamente, le norme del diritto tedesco in tema di risar-

<sup>41</sup> In merito, si vedano le seguenti comunicazioni della Commissione Europea: Commissione UE, *Comunicazione della Commissione. Il programma "Aria pulita per l'Europa" (CAFE): verso una strategia tematica per la qualità dell'aria*, COM(2001)245, 4 maggio 2001; Commissione UE, *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Verso una strategia tematica sull'ambiente urbano*, COM(2004)60, 11 febbraio 2004; Commissione UE, *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo. Strategia tematica sull'inquinamento atmosferico*, COM(2005)446, 21 settembre 2005.

cimento del danno e l'approccio di tale sistema giuridico nei confronti dello "scandalo" *Dieselgate*.

A seguito del fallimentare tentativo dei proprietari di veicoli non conformi alle normative comunitarie di far valere le proprie richieste di risarcimento contro i venditori di tali veicoli su base contrattuale (per via, in particolare, dai brevi termini di prescrizione applicabili)<sup>42</sup>, i consumatori danneggiati hanno scelto di rivolgere i propri *claim* direttamente contro i produttori delle autovetture<sup>43</sup>. Tuttavia, poiché il diritto tedesco non contempla un'azione diretta nei confronti del produttore (le azioni contrattuali possono essere esperite, infatti, unicamente contro il venditore), la giurisprudenza tedesca ha individuato nella responsabilità da fatto illecito lo strumento più congeniale per tutelare i diritti dei consumatori<sup>44</sup>.

Tale strategia è stata consacrata dalla sentenza della Corte Federale tedesca del 25 maggio 2020<sup>45</sup>, storica tappa nel tortuoso percorso giudiziario del *Dieselgate*, nonché prima sentenza emanata in relazione a tale caso da una corte suprema europea. In particolare, essa ha fondato il riconoscimento della responsabilità di *Volkswagen* sull'articolo 826 del BGB, in virtù del quale è tenuto al risarcimento del danno ogni soggetto che, agendo in modo non conforme al buon costume, arreca delibera-

<sup>42</sup> C. SCHMID, in M. FRIGESSI DI RATTALMA, *The Dieselgate. A Legal Perspective*, Cham, 2017, pp. 34-46.

<sup>43</sup> In merito, si segnala che nel febbraio 2020 è stato siglato in Germania un accordo transattivo che ha coinvolto circa 430.000 acquirenti di veicoli non a norma; in virtù di tale accordo, *Volkswagen* si è impegnata a versare a ogni aderente una somma ricompresa tra Euro 1.350 e 6.275 (calcolata sulla base di parametri quali il modello di automobile e l'anno di immatricolazione). Cfr. BEUC, *Settlement reached: Volkswagen to compensate consumers in Germany affected by Dieselgate*, Press Release, 28 febbraio 2020, reperibile sulla rete interconnessa. La notizia è riportata anche dalla stessa *Volkswagen* sul proprio portale.

<sup>44</sup> M. HUEMER, *The Volkswagen Federal Court of Justice Ruling of 25 May 2020: A Landmark Judgment for Consumers in the VW Diesel Scandal*, in *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, University of Finland, vol. 3, 2020, pp. 375-387.

<sup>45</sup> *Bundesgerichtshof*, VI ZR 252/19, Sentenza, 25 maggio 2020, reperibile in lingua originale sulla rete interconnessa. Come nota F. BERTELLI in *Profili Civilistici del "Dieselgate"*. *Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 74 ss., l'intervento del *Bundesgerichtshof* ha arricchito lo scenario rimediabile previgente, delineando "un principio di diritto favorevole a riconoscere valore giuridico autonomo alle dichiarazioni di conformità ambientale del venditore".

tamente un danno a un altro<sup>46</sup>, e condannato la casa automobilistica a pagare un risarcimento pari al rimborso del prezzo di acquisto dell’autovetture in questione, opportunamente diminuito in considerazione del beneficio derivante dall’utilizzo della stessa da parte dell’attore<sup>47</sup>.

Nello specifico, la Corte ha classificato le azioni di *Volkswagen* come contrarie al buon costume in quanto, attraverso l’installazione dei “*defeat device*”, il produttore di automobili ha perseguito l’obiettivo di massimizzazione dei profitti – obiettivo di per sé lecito – in completa violazione delle disposizioni di legge volte alla tutela della salute pubblica, dell’ambiente e della sicurezza stradale e altresì ingannando in modo fraudolento sia l’autorità competente per l’omologazione dei veicoli sia i consumatori. In merito, i giudici tedeschi hanno ritenuto particolarmente biasimevole l’atteggiamento di *Volkswagen* nella misura in cui essa, immettendo sul mercato autoveicoli non conformi, ha aggirato singoli acquirenti privi – come si può ragionevolmente ipotizzare – di conoscenze tecniche in materia, fiduciosi nella diligenza del produttore e, in particolare, nel rispetto, da parte di costui, dei requisiti legalmente richiesti per l’omologazione<sup>48</sup>.

Oltre alla fattispecie regolata dall’articolo 826<sup>49</sup>, il Codice Civile Tedesco contempla però altre ipotesi tipiche di illecito civile disciplinate dall’articolo 823 BGB – norma fondamentale in materia di responsabilità extracontrattuale colposa, ai commi 1 e 2<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> In tedesco: “*Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet*”.

<sup>47</sup> *Bundesgerichtshof*, VI ZR 252/19, Sentenza, 25 maggio 2020, paragrafo 6. Al riguardo, la stessa Corte Federale ha chiarito, in una successiva pronuncia (*Bundesgerichtshof*, VI ZR 354/19, Sentenza, 30 luglio 2020, reperibile in lingua originale sulla rete interconnessa), che, in generale, tanto maggiori sono le distanze percorse dal veicolo, tanto è minore il risarcimento che il consumatore può attendersi.

<sup>48</sup> *Ibid.*, paragrafi 23 ss.

<sup>49</sup> L’articolo 826 BGB non è stato ritenuto applicabile dal giudice del rinvio nella causa oggetto del presente contributo in quanto “non è possibile escludere che, al momento della commercializzazione del veicolo manomesso, la *Mercedes-Benz Group* non avesse intenzione di danneggiare i potenziali acquirenti mediante la sua interpretazione dell’art. 5, paragrafo 2, del regolamento n. 715/2007” (v. Avvocato Generale Athanasios Rantos, Conclusioni, C-100/21, 2 giugno 2022, punto 23), con il risultato di escludere il risarcimento in favore di QB sulla base di tale disposizione.

<sup>50</sup> Art. 823 BGB: “(1) *Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen*

Tali disposizioni fissano un obbligo di risarcimento del danno in capo, rispettivamente, a: (i) chiunque, intenzionalmente o per negligenza, provochi una lesione illecita alla vita, all'integrità fisica, alla salute, alla libertà, alla proprietà o a un 'diverso diritto'<sup>51</sup> di altri<sup>52</sup>; e (ii) chiunque violi una legge volta a proteggere un'altra persona<sup>53</sup>, con l'esclusione, dunque, di leggi che mirano a tutelare interessi generali.

Dal momento che proprio il citato secondo comma ha rappresentato la principale base legale della richiesta di risarcimento avanzata da QB contro il gruppo *Mercedes-Benz* – e, quindi, la ragione che ha portato il

*widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.*

(2) *Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein*". Sulla tipicità dell'illecito nel sistema tedesco, cfr.: F. FERRARI, *Tipicità e atipicità del fatto illecito. I contrapposti modelli francese e tedesco*, in *Atlante di diritto privato comparato* (a cura di F. GALGANO), Bologna, 1998, p. 135, il quale sottolinea come "con le codificazioni dell'Ottocento si apre, nei Paesi dell'Europa continentale, e nonostante la comune base romanistica, una netta divaricazione tra il modello francese, adottato dal Code Napoleon nel 1804 e il modello tedesco, elaborato dalla Pandettistica e confluito alla fine del secolo nel BGB. Il primo opta per l'atipicità dell'illecito, innovando rispetto al diritto romano, il secondo per la tipicità, restando fedele alle fonti romanistiche"; e V. ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità civile*, in AA.VV., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Bari-Roma, 2004, pp. 378 ss.

<sup>51</sup> Tale "valvola di sfogo" apre l'ingresso alla tutela di diritti ulteriori rispetto a quelli elencati.

<sup>52</sup> In sede di applicazione dell'art. 823, comma 1, BGB, la giurisprudenza tedesca afferma che il produttore sia tenuto all'adempimento di cc.dd. "obblighi di tutela dei terzi", concetto il cui contenuto deve essere determinato avuto riguardo tanto ad elementi relativi alla figura del produttore (tra gli altri, l'organizzazione aziendale del costruttore, il processo di fabbricazione del prodotto, il monitoraggio dello stesso a seguito dell'immissione in commercio e la comunicazione di eventuali pericoli noti, nonché l'esigenza di richiamo di prodotti difettosi): v. H. ASAM, K. REIERER, *La responsabilità extracontrattuale da prodotto difettoso in Germania (prima parte)*, in *Studium Iuris*, Padova, vol. 6, 2014, pp. 702 ss.). Quanto alle aspettative che un utente medio può ragionevolmente attendersi sotto il profilo della sicurezza del prodotto v. H. ASAM, K. REIERER, *La responsabilità extracontrattuale da prodotto difettoso in Germania (seconda parte)*, in *Studium Iuris*, Padova, vol. 7, 2014, pp. 818 ss.).

<sup>53</sup> Con la precisazione che, ove, in base al contenuto della legge, una violazione della stessa sia configurabile anche senza colpa, l'obbligo di risarcimento deve applicarsi unicamente in presenza di colpa.

giudice del rinvio a interrogare la Corte di Giustizia, in merito, *inter alia*, alla portata della Direttiva Quadro in termini di interessi tutelati (*i.e.*, generali o individuali), con i risultati illustrati nel successivo paragrafo (§4) – è intuitivo come occorra fare luce sui principali concetti introdotti da tale disposizione.

In particolare, tre sembrano gli elementi chiave caratterizzanti l’art. 823 comma 2, BGB da tenere in considerazione ai fini dell’analisi, e precisamente: (1) può costituire legge di tutela (in tedesco, “*Schutzgesetz*”<sup>54</sup>) qualunque norma giuridica materiale: sia essa di diritto privato o pubblico, di matrice nazionale o euro-unitaria; (2) la configurazione di una disposizione legislativa come norma di protezione dipende dalla possibilità di accertare, sulla base del suo contenuto e scopo, che essa miri alla tutela di particolari interessi riconosciuti a un singolo (o a una determinata categoria di soggetti) a fronte della lesione di un determinato bene giuridico<sup>55</sup>; e (3) diversamente rispetto a quanto previsto dall’art. 826 BGB, la colpa è identificata come criterio generale di imputazione della responsabilità.

### c) ... e nel sistema italiano

In Italia, la strada alle azioni giudiziarie è stata aperta dall’intervento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che, con provvedimento n. 26137 del 4 agosto 2016<sup>56</sup>, ha accertato l’illiceità dei “*defeat device*” installati sulle vetture *Volkswagen*, intimando alla casa automobilistica l’interruzione delle condotte illecite, nonché il pagamento di una sanzione amministrativa pari a 5 milioni di Euro.

<sup>54</sup> Cfr. A. CORDIANO, *La disciplina sulla sicurezza generale dei prodotti e la disciplina tedesca del Schutzgesetz*, in *Rass. dir. civ.*, 2/2005, pp. 486-507, ed ivi riferimenti.

<sup>55</sup> V. H. ASAM, K. REIERER, *La responsabilità extracontrattuale da prodotto difettoso in Germania (terza parte)*, in *Studium Iuris*, Padova, vol. 9, 2014, pp. 1030 ss. e giurisprudenza ivi citata. Normalmente, sono qualificate come leggi di tutela le norme che impongono obblighi e divieti, e non, invece, quelle che si limitano a fissare principi generali. Esempi di leggi nelle quali si rinvengono norme di tutela sono: l’*Atomgesetz* (legge sull’energia atomica), il *Chemikaliengesetz* (legge sui prodotti chimici), l’*Energiewirtschaftsgesetz* (legge sulla somministrazione energetica), il *Produktsicherheitsgesetz* (legge sulla sicurezza del prodotto) e lo *Strassenverkehrs-Zulassungs-Ordnung* (codice della strada).

<sup>56</sup> Il provvedimento dell’AGCM è reperibile sulla rete interconnessa.

L'Autorità ha infatti ritenuto che l'installazione di tali *software* sia qualificabile quale pratica commerciale scorretta ai sensi del Codice del Consumo<sup>57</sup>, e in particolare dei seguenti articoli:

- articolo 20, comma 2, clausola generale che definisce le pratiche commerciali scorrette (vietate ai sensi del comma 1 del medesimo articolo) come condotte contrarie alla diligenza professionale, false o idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio;

- articolo 21, comma 1, lett. b), che identifica il carattere ingannevole di una pratica commerciale nella circostanza che essa non sia veritiera in quanto contenente informazioni false o che, in linea di principio, inganni o possa ingannare il consumatore medio (in particolare, quanto alle caratteristiche principali di un prodotto) e che, in tal modo, sia idonea a indurre detto consumatore ad adottare una decisione di natura commerciale che non avrebbe adottato in assenza di tale pratica;

- articolo 23, comma 1, lett. d), che ricomprende nell'elenco delle pratiche che sono da considerarsi in ogni caso ingannevoli la dichiarazione (non veritiera) di aver ottenuto determinate autorizzazioni da parte di organismi pubblici o privati o che sono state rispettate le condizioni di tali autorizzazioni.

In particolare, l'AGCM ha rilevato come la diffusione, da parte di *Volkswagen*, di messaggi promozionali diretti a suggerire il proprio impegno in termini ambientali e il rispetto della normativa vigente in materia<sup>58</sup> fosse pienamente suscettibile di ingannare un pubblico sensibile a tali tematiche e influenzarne le decisioni di acquisto.

<sup>57</sup> Si evidenzia che l'AGCM, nel provvedimento in oggetto, ha mostrato di aderire all'orientamento giurisprudenziale (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sentenza n. 3896, 22 luglio 2014; Consiglio di Stato, sentenza n. 6050, 10 dicembre 2014; TAR Lazio, sentenza n. 5101, 5 giugno 2012; TAR Lazio, sentenza n. 9349, 14 novembre 2012; TAR Lazio, sentenza n. 1575, 15 febbraio 2012) che qualifica le pratiche commerciali scorrette come illeciti di pericolo in relazione ai quali non è necessario analizzare l'entità del danno economico cagionato, quanto piuttosto l'idoneità della condotta stessa, sulla base di un giudizio prognostico, a creare distorsioni nelle scelte economiche del consumatore.

<sup>58</sup> Tra i messaggi pubblicitari citati dall'AGCM nel provvedimento in esame: "La responsabilità ambientale è uno dei capisaldi della strategia di Audi"; "Il logo verde di SKODA esprime la consapevolezza della casa automobilistica di potersi sviluppare in maniera sostenibile, agendo responsabilmente nei confronti dell'ambiente e facendo

Sebbene l'importo della sanzione comminata alla casa automobilistica appaia quasi irrisorio se rapportato al fatturato della stessa o alle ben più gravose misure imposte in Paesi quali gli Stati Uniti<sup>59</sup>, l'intervento dell'Autorità ha avuto l'indubbio pregio di tracciare il solco giuridico in cui si sono inseriti i *claim* giudiziarie portati all'attenzione dei tribunali civili.

Tra le pronunce in materia, merita particolare attenzione, la decisione resa dal Tribunale di Venezia nel luglio 2021<sup>60</sup> – e recentemente riformata dalla competente Corte d'Appello<sup>61</sup> – nell'ambito dell'azione di classe avviata da Altroconsumo contro *Volkswagen AG* e *Volkswagen Group Italia*<sup>62</sup>, la quale si è occupata sia della qualificazione giuridica delle con-

tutto il possibile per muoversi in questa direzione, con un profondo rispetto per la vita e per la natura”; e “Le motorizzazioni della nostra gamma ottemperano alle normative vigenti in materia”.

<sup>59</sup> Per un approfondimento in merito alle soluzioni giuridiche proposte nell'ordinamento statunitense (e ai relativi esiti), si veda F. BERTELLI, *Dealing with the Dieselgate Scandal in the US and EU*, in *The Italian Law Journal*, 2021, pp. 619 ss. Sulla mancanza di effettività e inadeguatezza dei rimedi esperibili in Italia per far fronte a fattispecie analoghe al *Dieselgate*, si veda F. BERTELLI in *Profili Civilistici del “Dieselgate”. Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 143 ss.

<sup>60</sup> Tribunale di Venezia, Sez. II, sentenza n. 1423/2021, 7 luglio 2021, in *Foro it.*, 2021, I, 4023 con note di A.D. DE SANTIS e A. PALMIERI e reperibile sulla rete interconnessa. A tale sentenza va riconosciuto il ruolo di *leading case* “sia perché rappresenta uno dei pochi casi di decisione di una class action in Italia, sia perché affronta con completezza di argomentazione le problematiche sottese al risarcimento del danno da illecito consumeristico” (P. SANTORO, *Dieselgate italiano: (e)mission impossible. Il Tribunale di Venezia accoglie la class action e, in sintonia con i Tribunali di Avellino e Genova, riconosce il risarcimento dei danni da illecito antitrust e da pratiche commerciali scorrette*, in *Danno e Responsabilità*, n. 2, 1 marzo 2022, pp. 239 ss.). Oltre a detta sentenza, pare opportuno menzionare altresì le decisioni rese dai Tribunali di Avellino (Tribunale di Avellino, sentenza n. 1855, 10 dicembre 2020, in *Foro it.*, 2021, I, pp. 1482 ss. e già in *ForoNews*, [www.foroitaliano.it](http://www.foroitaliano.it), 4 marzo 2021, con nota di F. BERTELLI, *Dieselgate e tutela risarcitoria del consumatore*) e Genova (Tribunale di Genova, Sez. I, sentenza n. 2160, 5 ottobre 2021).

<sup>61</sup> Corte di Appello di Venezia, Sez. IV, sentenza n. 2260/2023, 16 novembre 2023, reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>62</sup> I risultati dell'inchiesta condotta da Altroconsumo sono reperibili sulla rete interconnessa. In generale, sulla *class action* nell'ordinamento italiano v. R. PARDOLESI, P. PARDOLESI, *Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019 n. 31). La (azione di)*

dotte attribuite alla multinazionale (e della responsabilità da queste derivante) sia del problema della quantificazione del danno.

In linea con le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza tedesca, la Corte veneta ha affermato, in assenza di rapporti contrattuali diretti tra gli aderenti alla *class action* e le convenute, la natura extracontrattuale della responsabilità di *Volkswagen*<sup>63</sup>, ritenendo pienamente integrati tutti gli elementi dell'illecito civile. In particolare, i giudici hanno ritenuto sussistenti sia l'ingiustizia del danno (sulla base della lesione del diritto all'autodeterminazione, sancito dall'art. 2 del Codice del Consumo<sup>64</sup>) sia l'elemento soggettivo (consistente nell'assenza, nella strutturazione delle campagne pubblicitarie di *Volkswagen*, di quella specifica competenza e attenzione ragionevolmente attesa dai consumatori), nonché il nesso causale, ricostruibile sulla base dell'idoneità dei messaggi promozionali a trarre in inganno il pubblico.

Con riferimento, invece, al *quantum debeatur*, il collegio è pervenuto a una soluzione risarcitoria uniforme nei confronti degli aderenti<sup>65</sup> fondata sull'applicazione dell'art. 140-*bis* Codice del Consumo, che – richiamando espressamente l'art. 1226 c.c. – demanda la liquidazione

*classe non è acqua*, in *Foro it.*, 2019, I, pp. 325 ss.; e C. CONSOLO, B. ZUFFI, *L'azione di classe - ex art. 140 bis codice del consumo*, Padova, 2012.

<sup>63</sup> Sul tema del rapporto tra produttore e acquirente finale si segnalano, *ex multis*: D. CERINI, V. GORLA, *Il danno da prodotto. Regole, responsabilità, assicurazione*, Torino, 2011; U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1974; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Studi di diritto privato, Milano, 1979; e G. GHIDINI, *La responsabilità del produttore di beni di consumo. Profili precontrattuali*, Milano, 1970.

<sup>64</sup> Per un approfondimento sul tema dei diritti fondamentali del consumatore si vedano, *ex multis*: F. CAMILLETI, *L'art. 2 del Codice del Consumo e i diritti fondamentali del consumatore nei rapporti contrattuali*, in *I Contratti*, n. 10, 1 ottobre 2007, pp. 907 ss.; e G. CASSANO, M. DONA, R. TORINO, *Il diritto dei consumatori*, Milano, 10 maggio 2021, pp. 53 ss.

<sup>65</sup> Sulla scorta dell'intervento dell'AGCM e di altri precedenti europei, il collegio ha riconosciuto in capo a consumatore coinvolto il diritto ad ottenere un risarcimento pari a 3.000 Euro (somma corrispondente al 15% del prezzo medio di acquisto, in Italia, dei veicoli manomessi) a titolo di danno patrimoniale, oltre a una somma di 300 Euro a titolo di danno morale quale *pretium doloris* a fronte della sussunzione delle pratiche commerciali scorrette poste in essere da *Volkswagen* al reato di frode in commercio *ex art. 515 c.p.* Eccezionalmente, nei casi in cui gli interessati avessero acquistato veicoli usati ovvero rivenduto il veicolo acquistato, l'importo dovuto a titolo di risarcimento è stato decurtato.

del danno alla valutazione equitativa del giudice. Soluzione che, tuttavia, nel timore di sovrastimare il pregiudizio non patrimoniale sofferto dai consumatori a detrimento del principio di indifferenza<sup>66</sup>, si è soffermata principalmente sulla dimensione patrimoniale del danno, trascurando la risarcibilità della lesione del diritto di autodeterminazione.

In ciò deve riscontrarsi la principale discrepanza tra la pronuncia del Tribunale italiano e quella del BGH: quest’ultimo, infatti, ha compiuto un passo ulteriore affermando che, nei casi di danno immorale intenzionale, la richiesta di risarcimento non mira unicamente a compensare il danneggiato della perdita patrimoniale subita. Bensì, anche a liberarsi dal “peso” di un obbligo non voluto connesso all’altrui comportamento fraudolento, il quale rappresenta un danno risarcibile ai sensi dell’art. 826 BGB (che si considera posto a protezione della generale libertà di agire, e, in particolare, del diritto all’autodeterminazione economico-negoziale)<sup>67</sup>.

I limiti dell’approccio italiano sono stati resi ancora più evidenti dal recente intervento della Corte di Appello di Venezia, che si è pronunciata sull’impugnazione proposta dalla casa automobilistica. E infatti, il collegio, pur confermando la sussistenza di pratiche commerciali scorrette e ingannevoli, ha ritenuto non provato il danno patrimoniale<sup>68</sup>, riducen-

<sup>66</sup> Il Tribunale di Venezia ha, infatti, espressamente affermato che: “[...] la lesione del diritto dei consumatori all’autodeterminazione possa trovare adeguato - ed esaustivo - ristoro nella dimensione patrimoniale sopra richiamata, e non sia possibile dare rilievo in questa sede, connotata dall’omogeneità dei diritti oggetto di tutela e dall’impossibilità di dare spazio a profili individuali e idiosincratici, ad ulteriori diritti della persona di rango costituzionale meritevoli di tutela risarcitoria (a condizione che la lesione inferta sia grave ed il danno determinato sia serio) se non a rischio di operare una duplicazione del risarcimento, alla luce di quanto infra, scadendo in una *overcompensation* in violazione del principio di integrale risarcimento del danno”.

<sup>67</sup> *Bundesgerichtshof*, VI ZR 252/19, Sentenza, 25 maggio 2020, paragrafi 46 e 47. Sulle differenze tra gli approcci adottati dalla giurisprudenza italiana e tedesca, si veda F. BERTELLI, *Dealing with the Dieselgate Scandal in the US and EU*, in *The Italian Law Journal*, 2021, pp. 619 ss. In particolare, l’Autrice lamenta la circostanza che “*Neither the nature of recognized damage, nor the entity of the awarded monetary compensation are, indeed, fully convincing, especially when it is clearly stated that the will to protect the authenticity of consumers’ choice is the final purpose of the legislator*”.

<sup>68</sup> In particolare, la Corte ha motivato la riforma della sentenza impugnata dando rilievo agli interventi correttivi offerti gratuitamente da *Volkswagen* (che ha richiamato i

do la condanna unicamente al danno non patrimoniale, pari a (soli) 300 Euro.

Resta da vedere come la Cassazione affronterà il tema della risarcibilità delle due diverse tipologie di danno (Altroconsumo ha annunciato la propria volontà di proporre ricorso<sup>69</sup>) e se coglierà gli spunti offerti dalla pronuncia del *Bundesgerichtshof* in un'ottica di potenziamento della protezione consumeristica.

#### 4. *Le risposte della Corte: il riconoscimento della tutela degli interessi particolari e i principi in materia di quantificazione del risarcimento*

Quasi un anno dopo la presentazione da parte dell'Avvocato Generale Rantos delle proprie conclusioni<sup>70</sup>, i giudici del Lussemburgo hanno emanato la propria decisione sul caso *QB c. Mercedes-Benz*, decisione che rappresenta una svolta cruciale nella ricerca di giustizia da parte degli acquirenti di automobili manomesse, nella misura in cui essa ribalta l'impostazione data dalla giurisprudenza tedesca ai casi riconducibili al fenomeno *Dieselgate*.

Nel riconoscere, infatti, che la Direttiva Quadro (e, in particolare, gli articoli 18, 26 e 46, in combinato disposto con l'articolo 5 del Regolamento) si ripropone di tutelare anche gli interessi individuali, la Corte di Giustizia ha aperto le porte a tutte quelle situazioni giuridiche in relazione alle quali non poteva configurarsi una domanda di risarcimento fondata sull'art. 826 BGB, stante l'assenza ovvero la difficoltà di dimostrare l'intenzionale violazione dei "*guten Sitten*" (*alias*, il buon costume) e che erano, per ciò, rimaste finora escluse dalla possibilità di esperimento dei rimedi risarcitori extracontrattuali.

Ma andiamo con ordine.

Il ragionamento della CGUE non si è limitato alla mera analisi

veicoli per la rimozione del *software* illegale) e all'assenza di deprezzamento degli stessi sul mercato dell'usato (in virtù della conservazione della classe Euro 5).

<sup>69</sup> Altroconsumo, *Class action Dieselgate: Altroconsumo annuncia il ricorso in Cassazione*, Press Release, 14 dicembre 2023. La comunicazione di Altroconsumo è reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>70</sup> Avvocato Generale Athanasios Rantos, Conclusioni, C-100/21, 2 giugno 2022.

della lettera del Regolamento<sup>71</sup> ma, utilizzando opportunamente il canone ermeneutico sistematico, la Corte ha privilegiato un’interpretazione che tenesse conto del contesto in seno al quale detto strumento giuridico è stato concepito, con particolare attenzione, quindi, alla Direttiva Quadro, che ne rappresenta l’atto base. Pertanto, è alla luce delle disposizioni di tale direttiva che deve essere valutata l’esistenza di un legame diretto tra il costruttore del veicolo e il suo acquirente.

E, secondo la Corte, tale legame, volto ad assicurare la conformità del veicolo acquistato alla normativa comunitaria applicabile, esiste<sup>72</sup> in virtù dell’obbligo imposto al costruttore, nella sua qualità di detentore di un’omologazione CE, di rilasciare all’acquirente il certificato di conformità a garanzia del rispetto delle prescrizioni di settore: certificato che, nel caso in cui il veicolo compravenduto sia manomesso, è inesatto. A fronte di ciò, deve ritenersi, dunque, che il singolo acquirente abbia un interesse diretto circa la conformità del veicolo ai requisiti legali, in quanto un automezzo dotato di un impianto di manipolazione illecito non potrebbe essere immatricolato né rivenduto ai sensi dell’art. 26 della Direttiva Quadro, con il conseguente prodursi di un danno materiale in capo all’acquirente riconducibile alla perdita di valore del veicolo acquistato<sup>73</sup>. Tenendo, tra l’altro, conto del fatto che la validità dell’omologa-

<sup>71</sup> Come fa notare, infatti, l’Avvocato Generale, il Regolamento utilizza i termini “cliente”, “acquirente” e “utente” solo in maniera sporadica, concentrandosi, piuttosto, sull’imposizione di obblighi in capo ai costruttori: “Condivido, quindi, l’opinione della Commissione secondo la quale detto regolamento, in quanto tale, e in particolare l’articolo 5, paragrafi 1 e 2, non sia direttamente volto alla tutela degli interessi del singolo acquirente di un veicolo a motore dotato di un impianto di manipolazione vietato” (Avvocato Generale Athanasios Rantos, Conclusioni, C-100/21, 2 giugno 2022, punto 41). Secondo l’Avvocato Generale, gli unici obblighi a sostegno dell’esistenza di un legame diretto tra costruttore e acquirente dell’autoveicolo rinvenibili nel Regolamento in questione sarebbero gli obblighi di informazione relativi al consumo delle autovetture imposti al produttore nei confronti dei clienti.

<sup>72</sup> CGUE, *QB c. Mercedes-Benz Group AG*, C-100/21, Sentenza, 21 marzo 2023, punto 82.

<sup>73</sup> V., in tal senso, CGUE, *Verein für Konsumenteninformation c. Volkswagen AG*, C-343/19, Sentenza, 9 luglio 2020, punto 34: “Pertanto, più che di un danno meramente patrimoniale, si tratta, nella fattispecie, di un danno materiale che si traduce in una perdita di valore di ciascun veicolo interessato e derivante dal fatto che, con la

zione (e per estensione, del certificato di conformità) può essere rimessa in discussione dalla scoperta – sebbene avvenuta in un momento successivo – dell’illiceità del dispositivo di manipolazione di cui sia eventualmente munito l’autoveicolo<sup>74</sup>.

La risposta della Corte – in piena contrapposizione rispetto all’orientamento del *Bundesgerichtshof* (cfr. §3.1) – non dà, dunque, adito ad alcun dubbio: la Direttiva Quadro, in combinato disposto con il Regolamento, tutela – oltre che interessi generali quali la sicurezza stradale, la salute e l’ambiente – anche gli interessi particolari dei singoli acquirenti di veicoli *vis-à-vis* il costruttore degli stessi, laddove questi siano muniti di impianti di manipolazione vietati. Pertanto, gli Stati membri sono tenuti a prevedere che l’acquirente di un tale veicolo abbia diritto a ottenere un risarcimento dal costruttore.

Da questa affermazione discendono, come anticipato, importanti conseguenze per i consumatori europei, e, in particolare, tedeschi.

Con riguardo alla generalità dei cittadini dell’Unione, si deve considerare, da un lato, che essi, a seguito della sentenza della CGUE, sono espressamente riconosciuti titolari di un diritto al risarcimento del danno ove abbiano acquistato un veicolo dotato di un “*defeat device*” illegale: di conseguenza, gli Stati membri hanno il dovere di implementare le condizioni di accesso ai relativi rimedi. D’altro canto, non si può sottovalutare la possibilità che la Corte lussemburghese possa tornare ad applicare, in futuro, la stessa ermeneutica utilizzata per risolvere le questioni ad essa sottoposte dal giudice di *Ravensburg* anche ad altre disposizioni comunitarie, con la conseguenza di riconoscere l’esistenza, in capo ai cittadini UE, di nuovi interessi particolari.

Effetti più immediati ha, invece, la medesima pronuncia per gli attori tedeschi. Lo spiraglio aperto dalla Corte in merito alla possibilità di fondare le future domande di risarcimento sull’art. 823, comma 2, BGB – invece che sull’art. 826 BGB – consentirà, infatti, ai *claimant* di ottenere una più agevole soddisfazione delle proprie pretese, in vista del

rivelazione dell’installazione del software che manipola i dati relativi alle emissioni dei gas di scarico, il pagamento effettuato per l’acquisto di un simile veicolo trova come contropartita un veicolo affetto da un vizio e, quindi, di valore inferiore”.

<sup>74</sup> CGUE, *QB c. Mercedes-Benz Group AG*, C-100/21, Sentenza, 21 marzo 2023, punto 84.

criterio meno rigoroso (*i.e.*, la semplice negligenza) di attribuzione della responsabilità al produttore.

Tale nuova impostazione è stata, tra l'altro, prontamente confermata dai giudici del *Bundesgerichtshof* che, con tre sentenze gemelle emanate lo scorso 26 giugno<sup>75</sup>, hanno affermato la responsabilità per colpa del produttore di veicoli dotati di *software* di manipolazione illeciti e stabilito che l'indennizzo conseguibile dall'acquirente danneggiato deve essere ricompreso tra il 5% e il 15% del prezzo di acquisto originariamente pagato dall'acquirente<sup>76</sup>.

La facoltà di fissare, discrezionalmente, tali limiti in relazione al *quantum* del risarcimento dovuto è stata accordata ai giudici nazionali proprio dalla pronuncia in esame, che ha rilevato l'assenza di disposizioni di matrice europea riguardo alle modalità di calcolo del risarcimento spettante ai singoli acquirenti, le quali devono pertanto essere determinate a livello nazionale<sup>77</sup>. La Corte di Giustizia fa però due precisazioni in merito: (1) il risarcimento deve sempre essere adeguato al danno subito e non comportare un indebito arricchimento dell'avente diritto<sup>78</sup>; e (2) in ossequio al principio di effettività, la normativa nazionale non deve rendere l'ottenimento del risarcimento pressoché impossibile, o anche solo eccessivamente difficile.

<sup>75</sup> Bundesgerichtshof, VIa ZR 335/21, Sentenza, 26 giugno 2023; Bundesgerichtshof, VIa ZR 533/21, Sentenza, 26 giugno 2023; Bundesgerichtshof, VIa ZR 1031/22, Sentenza, 26 giugno 2023 (reperibile sulla rete interconnessa). I produttori di veicoli coinvolti sono, rispettivamente: *Volkswagen AG*, *Audi AG* e *Mercedes-Benz Group AG*. Si segnala che i relativi procedimenti erano stati sospesi nell'attesa della pronuncia della Corte di Giustizia.

<sup>76</sup> Bundesgerichtshof, “*Bundesgerichtshof entscheidet zum Differenzschaden in “Dieselverfahren” nach dem Urteil des EuGH vom 21. März 2023 (C-100/21)*”, Comunicato Stampa, n. 100/2023, 26 giugno 2023.

<sup>77</sup> CGUE, *QB c. Mercedes-Benz Group AG*, C-100/21, Sentenza, 21 marzo 2023, punto 96.

<sup>78</sup> Sull'approccio (ondivago) del diritto UE al risarcimento del danno e sui limiti di un modello puramente compensativo per reagire ad illeciti lucrativi, quali quelli riconducibili al *Dieselgate*, cfr. A. PISANI TEDESCO, *Il problema della responsabilità civile compensativa*, Torino, 2022, spec. pp. 50 ss. e 64 ss.

## 5. Considerazioni conclusive: l'eredità del Dieselgate

Sulla scia della recente pronuncia della Corte di Giustizia, è prevedibile che i tribunali dell'intera Germania saranno investiti da una nuova ondata di ricorsi concernenti l'installazione di "defeat device"<sup>79</sup>.

Tuttavia, nonostante l'indubbia maggiore facilità con cui sarà possibile presentare tali nuovi *claim*, le azioni legali relative a casi riconducibili al *Dieselgate* risultano ancora troppo spesso intralciate, nella prassi, da ostacoli di stampo, per così dire, pratico.

*In primis*, l'ottenimento del risarcimento è necessariamente subordinato all'accertamento dell'inammissibilità, in concreto, dell'impianto di manipolazione installato sul veicolo<sup>80</sup>.

In secondo luogo, dal momento che l'ammontare oggetto delle richieste di risarcimento è tendenzialmente piuttosto esiguo, rappresentare in tribunale il danneggiato non risulta particolarmente redditizio per gli studi legali (i cui onorari sono normalmente proporzionati al valore della controversia)<sup>81</sup>.

Inoltre, la lentezza e l'onerosità dei processi, che si protraggono, di solito, per diversi anni, tende a scoraggiare il consumatore medio e distoglierlo dal proposito di intentare un'azione legale, soprattutto quando il risarcimento potenzialmente ottenibile è minimo<sup>82</sup>, con il rischio di far ricadere sulla vittima l'onere di sopportare i danni e consentire al danneggiante di incamerare arricchimenti ingiustificati (configurandosi, paradossalmente, un incentivo per la commissione dell'illecito)<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> V., *inter alia*, A. BURRI, J. NICK, *ECJ opens floodgates for new wave of Diesel litigation*, Perfectlaw - Global mass actions and mass torts conference, Blog, News, 30 marzo 2023.

<sup>80</sup> Cfr. nota 36.

<sup>81</sup> T. EISENBLAETTER, M. SCHWEIGER, *Collective actions on the horizon after this week's BGH rulings on damages in emission matters*, Hogan Lovells, 29 giugno 2023.

<sup>82</sup> Come affermato da Ursula Pacht, Vicedirettore del BEUC: "Going to court individually is expensive, time-consuming and the compensation amounts might not always be large. For smaller amounts, for items like defective smartphones or illegal processing of personal data, it is often not viable for people to seek justice alone" (v. BEUC, *Landmark EU law allowing consumers to seek collective redress finally a reality after 30-year struggle*, Comunicato stampa, BEUC-PR-2023-0027, 23 giugno 2023).

<sup>83</sup> Critica tale risultato, consentito da un'applicazione irrazionale del paradigma risarcitorio meramente compensativo, A. PISANI TEDESCO, *op. ult. cit., passim*.

Tra l'altro, tali questioni rappresentano solo la punta dell'*iceberg* di uno scandalo che ha fatto emergere una molteplicità di profili problematici relativi, specialmente, alla mancanza di uniformità nelle risposte giuridiche date dai competenti organi dei diversi Paesi europei<sup>84</sup> e all'inidoneità dei mezzi di tutela offerti dalla disciplina consumeristica<sup>85</sup>.

C'è però un rovescio “chiaro” della medaglia. Se è vero che, da un lato, il *Dieselgate* ha bruscamente esposto talune gravi lacune del sistema giuridico europeo, è, però, innegabile che esso abbia offerto inediti spunti di riflessione tanto alla giurisprudenza nazionale ed eurounitaria e al legislatore europeo quanto alla dottrina.

Si fa qui particolare riferimento all'impulso cruciale dato allo sviluppo di una politica più incisiva in tema di potenziamento della tutela dei consumatori<sup>86</sup>. Sulla scorta della riscontrata necessità di rafforzare meccanismi procedurali per la protezione degli interessi collettivi dei consumatori<sup>87</sup>, la cui fiducia nel mercato interno risulta minata dall'assenza di mezzi efficaci per ottenere la cessazione di pratiche illecite e il risarcimento dei danni subiti, è stata infatti adottata, nel novembre 2020, una direttiva<sup>88</sup> volta a garantire a tutti i consumatori europei l'accesso ad un meccanismo procedurale – in tesi efficace ed efficiente – che consenta a determinati enti legittimati di farsi portatori degli interessi collettivi dei

<sup>84</sup> Per una rassegna delle soluzioni giuridiche adottate nei principali Stati membri, si veda C. SCHMID, in M. FRIGESSI DI RATTALMA, *The Dieselgate. A Legal Perspective*, Cham, 2017. A denunciare la mancanza di armonizzazione nel contesto europeo è anche F. BERTELLI, *Dealing with the Dieselgate Scandal in the US and EU*, in *The Italian Law Journal*, 2021, pp. 619 ss.

<sup>85</sup> E. TUCCARI, *Verso una disciplina consumeristica “sostenibile” del settore automotive?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 18, febbraio 2023, pp. 108-147

<sup>86</sup> BEUC (*Bureau Européen Des Unions De Consommateurs*), *Seven years of Dieselgate. A never-ending story*, BEUC-X-2022-130, 12 dicembre 2022.

<sup>87</sup> Secondo uno studio condotto dall'Ufficio Europeo delle Unioni dei Consumatori (UEUC), solo cinque Stati membri disponevano di sistemi di ricorso collettivo dei consumatori pienamente funzionanti. Con riferimento agli altri Stati, invece, nove non disponevano di alcun sistema di ricorso collettivo dei consumatori e quattordici avevano sistemi che presentavano gravi pecche oppure che erano troppo recenti per essere valutati (v. Corte dei Conti Europea, *La risposta dell'UE allo scandalo dieselgate*, Documento di riflessione, febbraio 2019, p. 42).

<sup>88</sup> Direttiva (UE) 2020/1828 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, emanata il 25 novembre 2020. Tale direttiva ha abrogato la Direttiva CE 2009/22.

consumatori e proporre azioni rappresentative volte all'ottenimento di provvedimenti inibitori e risarcitori nei confronti di professionisti che violano le disposizioni del diritto dell'Unione<sup>89</sup>.

Uno dei punti focali di tale direttiva è rappresentato dall'imposizione, in capo agli Stati, dell'obbligo di adottare misure intese a garantire che le spese di procedimento relative alle azioni rappresentative non impediscano agli enti legittimati l'effettivo esercizio delle loro prerogative<sup>90</sup> (spesso ostacolato, anche, da tecniche ostruzionistiche alla stregua di quelle impiegate da *Volkswagen*), in un'ottica di contemperamento tra il potenziamento dell'accesso alla giustizia per i consumatori, da un lato, e la protezione dei professionisti da abusi di contenzioso atti a impedirne l'operatività nel mercato interno, dall'altro.

In ogni caso, il successo di questo nuovo strumento giuridico dipenderà, in larga misura, dalle scelte adottate dai Paesi europei nella relativa fase di recepimento<sup>91</sup>, in quanto la direttiva lascia agli stessi un ampio margine di discrezionalità anche riguardo a questioni chiave, quali, ad

<sup>89</sup> Per un approfondimento sul contenuto della direttiva in questione, si rimanda a: G. DE CRISTOFARO, *Azioni "rappresentative" e tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La "lunga marcia" che ha condotto all'approvazione della dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 4, 1 luglio 2022, pp. 1010 ss.; e P. MARTINELLO, *La nuova class action tra legge nazionale e direttiva europea (che ha "dimenticato" gli illeciti antitrust)*, in via di pubblicazione negli atti della XV edizione della Treviso Antitrust Conference sul tema "Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea", 20 novembre 2022, reperibile sulla rete interconnessa. In generale sul tema delle azioni di classe, si veda F. AULETTA, *L'azione rappresentativa come strumento di tutela dei diritti*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 6, 1 novembre 2022, pp. 1670 ss. Con specifico riguardo alla disciplina italiana si rimanda a DE CRISTOFARO G., *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 1, 1 gennaio 2022, pp. 1 ss.

<sup>90</sup> Le misure previste dalla direttiva in questione comprendono, tra l'altro, il finanziamento pubblico, il sostegno strutturale agli enti legittimati e la possibilità che le azioni rappresentative siano finanziate da terzi.

<sup>91</sup> Al riguardo, si è notata scarsa sollecitudine nella trasposizione nazionale della direttiva in questione, la cui data di scadenza per il recepimento (*i.e.*, il 25 dicembre 2022) non è stata rispettata da diversi Stati membri, tra cui anche la Germania e l'Italia, che hanno comunicato ufficialmente il recepimento della direttiva solo, rispettivamente, nel novembre e nel marzo 2023. Con particolare riferimento all'Italia, tale recepimento è stato attuato mediante il D.Lgs. n. 28 del 10 marzo 2023 che ha apportato significative modifiche alla parte V del Codice del Consumo.

esempio, l'utilizzo di sistemi di *opt-in* o *opt-out*<sup>92</sup> e le modalità di agevolazione del finanziamento delle azioni rappresentative.

Con riguardo all'Italia, dopo l'infelice parentesi dell'azione di classe consumeristica (che, come noto, ha portato scarsi risultati), con l'introduzione dei procedimenti collettivi nel codice di rito (artt. 840-*bis* ss. c.p.c.) il legislatore ha coniato degli strumenti sicuramente più incisivi per la tutela dei diritti individuali omogenei. Come rilevato da autorevole dottrina, tuttavia, il problema che impedisce il buon funzionamento di tali rimedi sembra di indole culturale anziché tecnico: sotto la tirannia di vecchi schemi, tipici dell'azione singolare, si fatica a cogliere la necessaria funzione deterrente e regolatoria espressa dalle azioni di classe<sup>93</sup>.

In termini generali, la speranza è che, dovesse ripresentarsi in futuro un fenomeno come il *Dieselgate*, questo trovi, in Europa, un contesto giuridico il più possibile armonizzato in grado di reagire in maniera efficace e compatta, mediante l'utilizzo di strumenti di diritto consumeristico quali appunto le azioni rappresentative, di fronte al pericoloso sviluppo di pratiche commerciali scorrette atte ad alterare, anche, le regole della concorrenza.

Nell'era post-*Dieselgate*, non si può più trascurare il fatto che viviamo in un mondo sempre più globalizzato e digitalizzato, in cui il rischio che un elevato numero di consumatori sia danneggiato dalla stessa pratica illecita è notevolmente accresciuto; un mondo in cui, pertanto, un sistema fondato unicamente sui ricorsi giudiziali individuali dei soggetti danneggiati non è più capace di garantire risultati soddisfacenti in termini di accesso alla giustizia<sup>94</sup> e regolazione del mercato.

<sup>92</sup> Come noto, in un meccanismo di *opt-in*, solo i consumatori che hanno espressamente richiesto di essere rappresentati beneficeranno dell'azione. In un meccanismo di *opt-out*, tutti i consumatori per conto dei quali l'ente legittimato ha deciso di intentare l'azione saranno rappresentati e vincolati dai suoi risultati, a meno che non esprimano esplicitamente la volontà di essere esclusi dall'azione.

<sup>93</sup> Cfr. Corte Cass., Sez. III, 31 maggio 2019, n. 14886, in *Foro it.*, 9/22, V, c. 244 s., con nota di B. SASSANI, *Il difficile cammino dell'azione di classe risarcitoria*; nonché M. FRANZONI, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno e resp.*, 3/2019, p. 309 ss.

<sup>94</sup> Sul tema dell'accesso alla giustizia ambientale, peraltro proprio con riferimento alla vicenda *Dieselgate*, cfr. M. 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)*, in questa *Rivista*, n. 4, pp. 1405-1423, Dicembre 2023. L'Autore, commentando una pronuncia

## ABSTRACT

*Dieseldate – Directive 2007/46/EC – Regulation 2007/715/EC  
Emissions of pollutants – Defeat device – Protection of the interests  
of an individual purchaser of a vehicle equipped with an unlawful defeat device  
Right to compensation from the vehicle manufacturer on the basis of tortious liability  
Method of calculating compensation – Consumer protection*

*In the context of the case *QB v. Mercedes-Benz* (Case C-100/21), the Court of Justice of the European Union was once again called upon to rule on a preliminary question pertaining to the strand of the infamous Dieseldate affair.*

*Specifically, a German court addressed the Court on, inter alia, whether the purchaser of a car that does not comply with the industry requirements has a right to damage compensation directly arising from the relevant EU legislation (namely, Directive 2007/46/EC and Regulation 2007/715/EC).*

*Following in the footsteps of previous rulings by the Court itself, the European judges provided a positive answer to the question, likely paving the way for a new wave of litigation directed against the automakers involved.*

*After analyzing the factual and legal issues relevant to this case, this paper briefly discusses the new developments in the field of consumer protection that have become necessary precisely because of the grim landscape uncovered by the Dieseldate scandal.*

della CGUE in tema di legittimazione delle associazioni di protezione ambientale ad impugnare una decisione amministrativa con cui si autorizza la produzione di autovetture *diesel* dotate di impianti di manipolazione (*Deutsche Umwelthilfe eV c. Germania*, C-873/19, 8 novembre 2022), evidenzia l'esistenza di gravi lacune nel *private enforcement* del diritto ambientale al livello degli Stati membri e accoglie con favore il ruolo della giurisprudenza della Corte che sopperisce alla mancanza di efficacia diretta della Convenzione di Aarhus, pur auspicando un intervento del legislatore europeo ai fini della certezza del diritto.

## L'atipicità come *discrimen* fra le ordinanze contingibili e urgenti e i provvedimenti ordinari in materia di rifiuti e bonifica di aree inquinate

STEFANIA SQUILLACE

T.A.R. LOMBARDIA, MILANO, Sez. III - 17 gennaio 2023, n. 167 – Pres. Marco Bignami – Est. Stefano Celeste Cozzi – Consorzio Di Bonifica Est Ticino Villoresi (Avv. A. Barra) - Comune Di Magenta (Avv. G. Franco Ferrari) – Ministero dell'Interno (Avvocatura dello Stato) - Terna Rete Elettrica Nazionale S.p.A. (Avv.ti Giuliana Moroni e Claudio Martino) e altri.<sup>1</sup>

### **Ordinanze contingibili e urgenti – Provvedimenti ordinari in materia di rifiuti e bonifica di aree inquinate- Insussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere *extra ordinem* – Illegittimità**

*Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, affinché un provvedimento amministrativo possa essere ascritto alla categoria delle ordinanze contingibili e urgenti non è sufficiente che la sua funzione sia quella di ovviare prontamente ad una situazione di pericolo, ma è altresì necessario che con il provvedimento stesso venga esercitato un potere il cui contenuto non sia specificamente determinato dalla legge. Molteplici sono invero i provvedimenti tipici funzionali alla prevenzione di un pericolo (cd. atti necessitati) i quali, proprio perché tipici, non possono essere qualificati alla stregua di ordinanze contingibili e urgenti.*

*Il d.lgs. 152 del 2006 attribuisce specifici poteri in materia di abbandono dei rifiuti e inquinamento ambientale, dettandone però presupposti e mo-*

<sup>1</sup> Città Metropolitana Di Milano (n.c.) - Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Lombardia (n.c.)

*dalità, e l'Amministrazione non può sottrarsi a tali disposizioni facendo ricorso alle ordinanze contingibili e urgenti, se non quando venga offerta una rigorosa motivazione in ordine alla inadeguatezza dello strumento ordinario a fronteggiare una condizione di pericolo, tale da imporre il ricorso al provvedimento contingibile. Diversamente operando, non vi sarebbe modo per evitare la 'fuga' dalle forme tipizzate dell'agire amministrativo.*

Con la sentenza 17 gennaio 2023, n. 167, il T.A.R. di Milano si pronuncia su uno strumento che le amministrazioni comunali spesso non conoscono adeguatamente e talvolta utilizzano in modo improprio: le ordinanze contingibili e urgenti, provvedimenti 'atipici', la cui disciplina residuale è da sempre stata arricchita di contenuto dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa, intervenute a sopperire alla mancanza di una vera e propria definizione legislativa e ad una normazione frammentaria e lacunosa.

Prima di approfondire la disamina della sentenza in epigrafe, occorre però argomentare in via generale su un tema che – già prima della Costituzione repubblicana e ancora oggi a seguito della gestione dell'epidemia da Covid-19<sup>2</sup> – ha suscitato e suscita ampio dibattito nella dottrina giurispubblicistica, afferendo al fondamentale rapporto fra *Potere di ordinar-*

<sup>2</sup> Sul regime dell'emergenza dallo statuto albertino alla Costituzione, si veda il contributo di F. GIUFFRÈ, *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana: spunti a proposito di retaggi statualistici e nuova ispirazione autonomistica*, in *Diritto e società*, 2001, pp. 118 ss. Secondo l'Autore, nell'esperienza italiana, gli eventi tellurici che sconvolsero le città di Messina e Reggio Calabria del 28 dicembre 1908 segnarono l'inizio di un mutamento di prospettiva rispetto allo *stato di assedio* – finalizzato al pronto ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica – e possono considerarsi l'origine dell'attuale configurazione dei presupposti e degli obiettivi del regime di emergenza pubblica, cagionata da calamità o catastrofi naturali. Il Governo adottò provvedimenti di emergenza (ordinanze e decreti), per lo più in deroga alla legge, privi di qualsiasi forma preventiva di autorizzazione legislativa, salvo la successiva sanatoria emanata dopo circa quattordici giorni con l. 12 gennaio 1909, n. 12. In tal senso E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2-2021, 64 e ss.

za e Stato di diritto<sup>3</sup> ed alle difficoltà di coniugare sul piano sistematico il principio di legalità<sup>4</sup> con le ordinanze di necessità e urgenza.

A riguardo, come puntualmente ricostruito<sup>5</sup>, secondo un approccio dottrinario più tradizionale, le ordinanze costituiscono manifesta violazione del principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi, in quanto prive di contenuto ed effetti predeterminati, e rappresentano dunque una deroga al principio di legalità; in considerazione di ciò sono viste come male necessario da contenere entro ambiti ristretti e rigidi di applicazione<sup>6</sup>.

Vi è poi una diversa impostazione interpretativa che rifugge dal binomio legalità-tipicità quale sintesi paradigmatica dell'azione amministra-

<sup>3</sup> Il tema è oggetto di un interessante approfondimento dal medesimo titolo di M. RAMAJOLI, in *Studi in onore di A. Romano*, Napoli 2011, p. 735 e ss.

<sup>4</sup> Preme qui vi accennare che il principio di legalità inevitabilmente pone come questione interpretativa l'individuazione e delimitazione dei c.d. 'poteri impliciti', argomento da sempre complesso in diritto pubblico (ma anche in diritto privato), che ha avuto come matrice speculativa l'ultimo comma della sez. 8a dell'art. 1 della Costituzione USA (c.d. *implied powers clause*). La disposizione attribuisce al Congresso il potere di fare tutte le leggi necessarie e opportune per l'esercizio dei poteri enumerati nella sezione stessa e tutti gli altri poteri che la Costituzione conferisce al Governo degli Stati Uniti o ai suoi dicasteri e uffici, di qui l'elaborazione della teoria degli *implied powers*. Si veda al riguardo l'ampia trattazione di G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in relazione al 53° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna 20-22 settembre 2007. L'Autore, con una similitudine naturalistica, rileva che "i poteri impliciti sono come un fiume carsico, che scorre sotto il nostro ordinamento". Distinguendo poi fra poteri normativi e provvedimentali, con riferimento ai primi aggiunge che "la loro presenza è direttamente proporzionale alla genericità delle clausole attributive del potere e alla loro caratterizzazione in senso teleologico". Quanto ai secondi, precisa che l'"antico" implicito è in fase recessiva: o perché positivizzato, o perché espressamente ripudiato, o per l'affermarsi di interpretazioni meno estensive (ad es. circa i poteri di vigilanza), ravvisando tuttavia nuovi spazi applicativi quanto ai poteri delle Autorità indipendenti, le cui attribuzioni "sono dettate in prevalenza per valori e per obiettivi, talché hanno una ridotta compiutezza e tassatività", ragion per cui frequentemente "i provvedimenti vengono costruiti in funzione della finalità, estendendone così il contenuto tipico".

<sup>5</sup> M. RAMAJOLI, *op. cit.*

<sup>6</sup> In proposito cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XVI ed. Napoli, 1984, p. 73, p. 596; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II ed., Milano, 1993, 706; G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2005, 41-42; S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, III ed., Milano, 2009, pp. 299-300; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, II ed. Torino, 2010, pp. 299 e ss.

tiva, tenuto conto che nella realtà non è possibile ricondurre *ad unum* il rapporto tra legge e Pubblica amministrazione, dovendo sottostare di volta in volta a condizioni diverse di tipicità<sup>7</sup>. In quest’ottica, le ordinanze evocano un modello di giuridicità inteso in senso estensivo fondato, non sul principio di legalità, ma sulla necessità.

Del resto, la necessità – con i suoi precipui caratteri di *contingibilità*, intesa come l’esistenza di un evento imprevedibile di natura provvisoria e temporanea, di *necessità in senso stretto* come impossibilità di affrontarlo con misure ‘ordinarie’, dovendo ricorrere a misure ‘straordinarie’ anch’esse temporanee e provvisorie, e *urgenza* dell’intervento, in ragione del danno che ne deriverebbe – è stata ritenuta la fonte legittimante e il limite del potere di ordinanza, in sede di interpretazione sistematica<sup>8</sup>.

In quanto espressione di potere eccezionale e straordinario, le ordinanze hanno come elemento distintivo quello di derogare<sup>9</sup> alle norme primarie e fin da subito la Corte costituzionale è intervenuta ad indicare, quale limite esogeno, il rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico<sup>10</sup>. Questo limite, che dalla Corte è inteso sostanzialmente come

<sup>7</sup> M.S. GIANNINI, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, 319, ora in *Scritti*, vol. IX, Milano, 2006, p. 453 ss.

<sup>8</sup> Per Santi Romano la necessità è fonte del diritto scritto e del diritto non scritto e costituisce limite alla sovranità. Con riferimento ai poteri d’urgenza, aveva affermato che la necessità può implicare la materiale e assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le leggi vigenti e, in questo caso, può dirsi che “necessitas non habet legem”. Può anche implicare l’imprescindibile esigenza di agire secondo nuove norme da essa determinate e, in questo senso, come dice un altro comune aforisma, la necessità fa legge. In ogni caso, “*salus rei publicae suprema lex*”. Si veda in proposito il contributo con citazioni di F. VANNA, *L’ordinamento giuridico di Santi Romano e il pluralismo oltre l’orizzonte dello Stato: alcuni percorsi interpretativi*, in *Jura Gentium*, XV (2018), 2, pp. 37 e ss.

Per M.S. GIANNINI le ordinanze di necessità e urgenza sono “una valvola a disposizione della pubblica amministrazione per sfuggire alla condizione rigidissima della legge”, in *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 102; espressione spesso citata in dottrina e giurisprudenza.

<sup>9</sup> Si vedano ad esempio l’art. 153 t.u. com.prov. del 1915 sindacale, all’art 2 t.u.l.p.s. del 1931 prefettizio, l’art. 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833 di istituzione del Servizio sanitario nazionale, gli artt. 5 e 2, lett. c) della l. 42 febbraio 1992, n. 225, di istituzione del Servizio di protezione civile.

<sup>10</sup> La giurisprudenza costituzionale ha passato al vaglio il potere di ordinanza per la prima volta con la sentenza 2 luglio 1956, n. 8, con riferimento alle ordinanze emanate ai sensi dell’art. 2 R.D. n. 773 del 1931 t.u.l.p.s. da diversi prefetti per “disciplinare lo

il rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti, ha finito per essere inserito in modo pedissequo dal legislatore nelle varie norme attributive del potere, senza consentire di comprenderne davvero il perimetro di operatività, in quanto riferimento evidentemente indeterminato ed astratto, come evidenziato da taluna dottrina<sup>11</sup>.

Con il passare del tempo, il potere di ordinanza ha visto dilatare il proprio ambito applicativo e perdere i suoi caratteri precipui, per diventare strumento – anche politico – atto a gestire con provvedimenti *ad hoc* un'emergenza ormai indistinta e normalizzata che va oltre le materie di riferimento, ricomprende anche situazioni prevedibili o permanen-

strillonaggio dei giornali nelle pubbliche vie e la vendita degli stessi a domicilio”, sulla vicenda si veda CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, pp. 79 e ss.

Sullo spazio di derogabilità delle norme in ambito di competenza Stato-regioni la Corte Costituzionale ha precisato che: “Va premesso che situazioni di emergenza, specialmente connesse a calamità naturali, che reclamano la massima concentrazione di energie umane e di mezzi materiali, possono anche giustificare, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, interventi statali straordinari suscettibili anche di arrecare compressioni della sfera di autonomia regionale (cfr. sentenze n. 520 e n. 127 del 1995). [...] L' 'emergenza' tuttavia non legittima di per sé [...] il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale e quindi l'esercizio del previsto potere di ordinanza deve risultare circoscritto in modo tale da non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali”, Corte cost., 5 febbraio 2003, n. 39.

<sup>11</sup> In tal senso V. CERULLI IRELLI ha affermato che “la limitazione posta ripetutamente dalla Corte costituzionale con riferimento al rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico è di perplessa decifrazione. Infatti, al di là dei principi che reggono la funzione amministrativa non si comprende di quali principi si tratti nel riferimento della Corte e della costante dottrina” da *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubbl.* 2007, p. 360 e ss.; anche M. RAMAJOLI ne sottolinea “la sua estrema indeterminatezza, che lo rende un vincolo quasi evanescente”, cosicché lo strumento delle ordinanze viene legittimato soltanto in superficie e conclude che “il rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico significa in primo luogo per la Corte costituzionale il rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti e questo consente di distinguere il potere di ordinanza dallo stato di eccezione vero e proprio, senza però ridurre minimamente il suo tasso di anomalia rispetto al modo ordinario di procedere alla cura degli interessi pubblici.” Cfr. *Potere di ordinanza* cit.

Per una panoramica sulla giurisprudenza costituzionale e amministrativa inerente al tentativo di riempire di contenuto la previsione si veda di A. NEGRELLI, *Il limite dei principi generali al potere di ordinanza di necessità e urgenza nella giurisprudenza italiana*, in *Foro amm.*, 2012, p. 3009 e ss.

ti<sup>12</sup> e consente anche di dare un assetto stabile e definitivo agli interessi coinvolti, legittimando misure che possono essere definitive o soltanto temporanee, dovendo piuttosto valutarsi la loro idoneità rispetto alla situazione da fronteggiare<sup>13</sup>.

Sul piano legislativo, infatti, gli articoli 50, comma 5, e 54, comma 4, D.lgs. 267 del 2000 T.U. Enti locali, riconoscono al sindaco il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti in un'ottica di perseguimento di specifici fini. Più precisamente, in qualità di rappresentante della comunità, gli è attribuito il potere di ordinanza per interventi volti "a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana", mentre, in qualità di ufficiale del Governo, il medesimo potere è ammesso "per salvaguardare l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana"<sup>14</sup>.

Ad arginare taluni eccessi è dovuta intervenire la Corte Costituzionale, che ha emendato la locuzione "anche" inserita prima di "contingibili e urgenti" nel comma 4, dell'art. 54 del T.U. Enti locali con il D.L. 23 maggio 2008, n. 125. La previsione, dichiarata illegittima con sentenza 7 aprile 2011, n. 115, consentiva ai sindaci di emettere ordinanze di 'ordinaria' amministrazione, che pur non potendo derogare a norme legislative o

<sup>12</sup> Cfr. art. 2 lett. c) della L. 225 del 1992 che ha istituito il Servizio nazionale di protezione civile ricomprende nella tipologia di eventi e ambiti di competenze: "c) calamità naturali o connesse con l'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità ed estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo"; lettera sostituita dall'art. 1, comma 1, lettera b) del D.L. 15 maggio 2012, n. 59; l'intero articolo è stato abrogato dall'art. 48, comma 1, lettera a) del D.lgs. 2 gennaio 2018, n.1.

<sup>13</sup> In questo senso è stato affermato che "È innanzi tutto inesatto, in linea di principio, che le ordinanze contingibili ed urgenti devono avere il carattere della provvisorietà; ciò che al contrario le connota è la necessaria idoneità delle misure, da esse imposte, ad eliminare la situazione di pericolo che costituisce il presupposto della loro adozione con la conseguenza che dette misure possono essere definitive o provvisorie a seconda del tipo di rischio che a mezzo di esse s'intende fronteggiare." Cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 1998, n. 1128.

<sup>14</sup> L'art. 54, comma 4, D.lgs. 267 del 2000 T.U. Enti locali conclude "[...] con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche".

regolamentari vigenti, si presentavano come esercizio di discrezionalità praticamente senza alcun limite, se non quello finalistico<sup>15</sup>.

Oltre all'ordine pubblico, in tempi recenti, anche la gestione pandemica ha costituito terreno di scontro e di verifica della tenuta del sistema giuridico<sup>16</sup>.

D'altra parte, sotto il profilo ermeneutico, la giustizia amministrativa ha contribuito al progressivo sfaldamento dei contenuti del potere derogatorio necessitato<sup>17</sup> e individua nell'atipicità quel *minimum* imprescindibile per riconoscerne la legittimità.

<sup>15</sup> La norma è stata ritenuta in contrasto, *da un lato*, con la riserva di legge relativa di cui all'art. 23 cost., in quanto non prevedeva alcuna delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito, quello dell'imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati; *dall'altro*, ancora con l'ulteriore riserva di legge relativa di cui all'art. 97 cost., poiché l'Amministrazione può soltanto dare attuazione, a quanto in via generale è previsto dalla legge; e infine, con l'art. 3, comma 1, cost., in quanto, in assenza di una valida base legislativa, gli stessi comportamenti potrebbero essere ritenuti variamente leciti o illeciti, a seconda delle numerose frazioni del territorio nazionale rappresentate dagli ambiti di competenza dei sindaci, in *Giur. Cost.* 2011, 2, 1581, con nota di V. CERULLI IRELLI.

<sup>16</sup> M. RAMAJOLI ha affrontato nuovamente l'argomento dall'angolo prospettico della gestione pandemica, comparando due significativi esponenti della filosofia del diritto, e così concluso "L'incessante produzione normativa per la gestione dell'emergenza pandemica costituisce un interessante banco di prova per verificare la tenuta del nostro sistema tradizionale di tutela degli interessi generali che si identifica nel binomio legge generale, astratta e durevole nel tempo, da un lato, e provvedimento amministrativo tipico e puntuale, dall'altro. Le ordinanze di necessità e urgenza rivestono valore fortemente simbolico e carattere emblematico, perché mostrano un problematico rapporto tra diritto e potere. Per trovare un punto d'equilibrio tra regola ed eccezione occorre raffinare la tecnica del ricorso ai principi generali (principio di leale collaborazione, principio di supremazia dello Stato, principio di sussidiarietà, principio di ragionevolezza, principio di proporzionalità, principio di precauzione e principio di solidarietà). Gli eccessi – di centralismo, di regionalismo, di autoritarismo, di individualismo – sono sempre pericolosi." in *La gestione dell'emergenza pandemica fra Schmitt e Kelsen*, in *CERIDAP, Rivista interdisciplinare di diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2/2021. Si veda anche G. TROPEA, *Potere di ordinanza, normalizzazione dell'emergenza e trasformazioni dell'ordinamento*, in *Dir. Amm.*, 1° dicembre 2021, p. 885 e ss.

<sup>17</sup> L'espressione è di M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, ora in *Scritti*, vol. II, Milano, 2002, p. 949 ss., che individua nell'urgenza l'elemento comune degli atti amministrativi necessitati e delle ordinanze, ritenendoli strumenti per provvedere a situazioni eccezionali in senso temporale, i primi, e in senso giuridico, le seconde, che richiedono "[...] deroghe alle norme vigenti".

A riguardo, è stato sottolineato che:

“Il potere di ordinanza di cui si discute presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione, e in ragione di tali situazioni si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedimento<sup>18</sup>”.

In mancanza di una definizione a monte, il perimetro del potere di ordinanza sembra doversi definire di volta in volta a valle, in quello spazio giuridico che esula dal predeterminato.

Quanto poi ai requisiti specifici del potere di ordinanza, in un’ottica più restrittiva, il Consiglio di Stato<sup>19</sup> ha anche affermato che la “contingibilità” deve identificarsi con la “necessità” – diversamente dalla dottrina che invece separa i due predicati, individuando, nella prima, l’esistenza di un fatto imprevedibile che abbia durata provvisoria – e implica l’insussistenza di rimedi tipici e nominati per fronteggiare efficacemente il pericolo, oppure che quelli sussistenti non siano adeguati ad affrontare, tempestivamente, la situazione di pericolo o di danno insorta; mentre l’“urgenza” non si pone in “endiadi” rispetto al primo presupposto e consiste nella “materiale impossibilità di differire l’intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di danno a breve distanza di tempo”.

Gli ulteriori presupposti individuati dalla stessa giurisprudenza, quali: la “straordinarietà dell’evento”, la sua “imprevedibilità” oppure la “necessaria temporaneità della misura adottata”, sono stati invece ritenu-

<sup>18</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 marzo 2016, n. 1189; id., 25 maggio 2015, n. 2967; id., 5 settembre 2015, n. 4499; id. 25 maggio 2012, n. 3077; Sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774; v. anche T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 9 agosto 2021, n.246.

<sup>19</sup> La pronuncia è del Consiglio di Stato, sez. IV, 23 giugno 2021, n. 4802. In riforma alla sentenza del giudice di *prime cure*, ha annullato l’ordinanza contingibile e urgente ex artt. 50 e 54 T.U. Enti locali, con la quale il sindaco di Taranto aveva imposto ai soggetti che gestiscono lo stabilimento “ex Ilva” l’eliminazione di una serie di criticità o, in caso contrario, lo spegnimento della cd. “area a caldo”. Nel caso di specie, la pronuncia richiama nello sviluppo argomentativo numerosi arresti giurisprudenziali. Cfr. G. TROPEA, *op. cit.*

ti come contingenze del singolo caso, che “non costituiscono requisiti necessari per il legittimo esercizio del potere”, quanto piuttosto “criteri di carattere logico adoperabili per lo scrutinio della legittimità in concreto del provvedimento e quindi possono disvelare la sussistenza di eventuali vizi di eccesso di potere”<sup>20</sup>.

Ciò detto, è in sede di istruttoria procedimentale e, conseguentemente, nella motivazione del provvedimento, che la Pubblica amministrazione deve verificare la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere *extra ordinem*, specificamente argomentando sulle ragioni che l'hanno condotta, nella valutazione comparativa con le fattispecie disciplinate dagli atti cd. *necessitati*, ad obliterare tale scelta.

La *ratio*, come rilevato nella decisione in commento, risiede espressamente nell'evitare: “una fuga dalle forme tipizzate dell'agire amministrativo”<sup>21</sup>, ovvero, impedire che di fronte ad una situazione di pericolo l'Amministrazione possa abbandonare il modello legale, con i suoi vincoli e le garanzie procedurali a tutela dell'interessato, facendone in concreto un uso illegittimo o arbitrario, in ipotesi emanando un'ordinanza sindacale per ottenere la demolizione di un immobile o la rimozione di rifiuti pericolosi, come accaduto nella specie.

La sentenza conferma questa impostazione e gli arresti giurisprudenziali precedenti, ribadendo taluni principi in ordine ai presupposti per l'imputazione della responsabilità in materia di abbandono di rifiuti e bonifica di aree inquinate, come vedremo nel prosieguo.

Nel caso in esame, infatti, il sindaco del comune di Magenta, a fronte del pericolo di incendio in un'area<sup>22</sup> in cui erano stati abbandonati rifiuti contenenti amianto e del connesso rischio di dispersione nell'ambiente di fibre nocive per la salute umana, emette l'ordinanza n. 19 del 28 giugno 2017, imponendo al Consorzio di Bonifica Est Ticino (proprietario dell'area) e a Terna Rete Elettrica Nazionale Spa (erroneamente ritenuta proprietaria) la messa in sicurezza, la rimozione e lo smaltimento di tali materiali entro la successiva data del 28 luglio 2017.

<sup>20</sup> Cons. Stato, sez. IV, 4802/21 cit.

<sup>21</sup> Così la sentenza T.A.R. Milano in epigrafe, che richiama i precedenti T.A.R. Toscana, sez. II, 31 maggio 2021, n. 828; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 18 maggio 2021, n. 154; T.A.R. Lombardia, MI, sez. IV, 17 dicembre 2020, n. 2516.

<sup>22</sup> Nei pressi di una stazione elettrica ed un campo fotovoltaico in comune di Magenta.

Entrambi i soggetti obbligati propongono ricorso, dando luogo a due giudizi conclusi con l'annullamento del provvedimento sindacale, rispettivamente, il primo con la sentenza T.A.R. Lombardia, Milano, 15 novembre 2022, n. 2537 per TERNA<sup>23</sup>, ed il secondo con la successiva 17 gennaio 2023, n. 167 – quivi in commento – per il Consorzio, che ottiene anche il risarcimento del danno, avendo effettivamente provveduto ad eseguirlo.

L'ordinanza, invero, richiamava sia l'art. 50 del D.lgs. n. 267 del 2000 T.U. Enti locali, relativo alle ordinanze contingibili e urgenti emesse dal Sindaco quale rappresentante della comunità, sia gli artt. 192, 255 e 256 del D.lgs. n. 152 del 2006, attinenti ai provvedimenti ordinari in materia di rifiuti e bonifica delle aree inquinate, nel tentativo di rafforzarne il contenuto motivazionale. A fronte del duplice richiamo normativo, la difesa comunale argomenta in giudizio che, al di là della qualificazione formale (*nomen iuris*) il provvedimento – evidentemente carente dei requisiti per l'esercizio dei poteri ordinari attribuiti dal D.lgs. 152 del 2006 – aveva natura sostanziale di ordinanza contingibile e urgente. Il T.A.R. di Milano, però, respinge anche questa ricostruzione che vorrebbe sottrarre il provvedimento all'illegittimità, richiamando la giurisprudenza pacifica sull'esercizio del potere *extra ordinem*.

Nella decisione n. 167 del 2023, viene in via di principio ribadito che:

“[...] le ordinanze contingibili e urgenti sono provvedimenti atipici che possono essere adottati quando gli ordinari poteri conferiti dalla legge risultano inadeguati (contingibilità) per ovviare ad una situazione di imminente pericolo che deve essere prontamente fronteggiata (urgenza).”

La situazione di pericolo, dunque, non legittima *tout court* l'esercizio del potere straordinario, dovendosi contestualmente escludere che vi sia nella fattispecie altro provvedimento adeguato allo scopo, tenuto

<sup>23</sup> Nella decisione il T.A.R. accoglie il ricorso sul presupposto che “[...] in base al richiamato art. 192, terzo comma, del d.lgs. n. 152 del 2006, Terna non può essere individuata quale soggetto a cui rivolgere l'ordine previsto da tala norma (Terna, come detto, non è proprietaria dell'area né tanto meno è autore della violazione)”. La ricorrente, infatti, era proprietaria di altra area adiacente non interessata dal provvedimento.

conto che “Molteplici sono invero i provvedimenti tipici funzionali alla prevenzione di un pericolo (cd. atti necessitati) i quali, proprio perché tipici, non possono essere qualificati alla stregua di ordinanze contingibili e urgenti”.

In particolare, con riferimento all’abbandono dei rifiuti, il Giudice amministrativo ricorda che la disciplina di riferimento è contenuta nell’art. 192 del d.lgs. 152 del 2006 (Codice dell’ambiente) ed il ricorso alle ordinanze contingibili e urgenti, pur ammesso in ipotesi di pericolo per la salute pubblica, non può tradursi in una elusione degli oneri istruttori e motivazionali prescritti dallo stesso decreto<sup>24</sup>. Nel caso di specie, dunque, tiene a precisare: “[...] è del tutto indimostrata, ed anzi è inverosimile, l’inadeguatezza degli ordinari poteri previsti dalle norme contenute nel D.lgs. n. 152 del 2006”.

Innanzitutto, sul piano oggettivo, il T.A.R. riconduce gli obblighi<sup>25</sup> posti dall’ordinanza a due fattispecie sostanziali: da un lato, quali misure di carattere urgente atte a contrastare il pericolo per la salute e la sicurezza derivante dall’abbandono dei rifiuti e, dall’altro, come rimedi al rischio di inquinamento ambientale. I poteri tipici applicabili vengono quindi individuati negli artt. 240, primo comma, lett. *i*), 242, comma 2, e 245 comma 2 del D.lgs. 152 del 2006, nonché dagli artt. 192 e 242, comma 2 e seg., del medesimo decreto.

Sul piano soggettivo, in applicazione del principio “Chi inquina paga” di matrice comunitaria<sup>26</sup>, ricorda che la responsabilità è dal legislatore posta a carico dell’autore delle violazioni, mentre il proprietario o altro titolare di diritto di godimento sull’area rispondono soltanto nell’ipotesi sia accertata una loro condotta dolosa o colposa, imponendo

<sup>24</sup> Sotto questo profilo, cita le seguenti pronunce: Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2019, n. 3316; T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 12 novembre 2018, n. 6550; T.A.R. Puglia Bari, sez. III, 5 maggio 2007, n. 2087.

<sup>25</sup> L’Amministrazione aveva ordinato al Consorzio (e a Terna) di: a) procedere immediatamente alla messa in sicurezza dell’area; b) procedere nel termine perentorio di trenta giorni a rimuovere e a smaltire il materiale contenente amianto; c) procedere nel termine perentorio di trenta giorni alla rimozione ed allo smaltimento di tutti gli altri rifiuti; d) procedere nel termine perentorio di trenta giorni alla presentazione dell’indagine preliminare dei terreni al fine di verificarne lo stato di contaminazione; e) presentare al termine degli interventi la documentazione attestante il corretto smaltimento dei rifiuti o dell’amianto.

<sup>26</sup> Principio sancito, come noto, dalla direttiva 2004/35/CE.

la rimozione, il recupero o lo smaltimento dei rifiuti, nonché in caso di inquinamento le ulteriori operazioni per porvi rimedio (indagine preliminare, bonifica, messa in sicurezza, *etc.*). Alla stessa stregua l'indagine preliminare volta a verificare la sussistenza dell'inquinamento ambientale ricade sempre sul responsabile e non può essere richiesta al proprietario dell'area in ragione di tale sua qualità<sup>27</sup>. L'Amministrazione, *a contrario*, aveva imposto al Consorzio di provvedere allo smaltimento dei rifiuti sull'area di proprietà ed effettuare l'indagine preliminare, senza procedere ad alcuna verifica in ordine alla sua concreta responsabilità -anche omissiva- in ordine al rinvenimento dei rifiuti.

Stante l'insussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere 'straordinario' e l'erronea applicazione delle norme contenute negli artt. 192, comma 3, e 242, comma 2, d.lgs. 152 del 2006, la terza Sezione del T.A.R. di Milano ha quindi annullato l'ordinanza contingibile e urgente impugnata, con la decisione n. 167 del 2023 in epigrafe, riconoscendo al Consorzio anche il risarcimento del danno subito per avere dato esecuzione al provvedimento illegittimo<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 13 novembre 2013, n. 25; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 5 novembre 2020, n. 2064.

<sup>28</sup> Nella sentenza, il T.A.R. conferma la responsabilità per colpa dell'Amministrazione e la sussistenza del nesso di causalità, rilevando: "[...] qualora tale illegittimo ordine non fosse stato impartito ed in mancanza di individuazione del responsabile, le spese di rimozione dei rifiuti e di eventuale bonifica dell'area avrebbero dovuto essere sostenute dall'amministrazione resistente la quale, ai sensi dell'art. 192, comma 3, e 250, primo comma, del d.lgs. n. 152 del 2006, avrebbe dovuto intervenire d'ufficio, salvo, per le spese di bonifica, l'eventuale compartecipazione del proprietario nei limiti sanciti dall'art. 253 del medesimo d.lgs. 152 del 2006."

## ABSTRACT

*Contingent and urgent ordinances – Ordinary measures on waste and reclamation of polluted areas – Atypicality as a discrimen between them*

*According to a well-established guideline of administrative justice, in order for an administrative measure to be ascribed to the category of contingent and urgent ordinances, it is not sufficient that its function is to promptly remedy a dangerous situation, but it is also necessary that with the measure itself a power is exercised whose content is not specifically determined by law. There are many typical measures functional to the prevention of a danger (so-called necessitated acts) which, precisely because they are typical, cannot be qualified in the same way as contingent and urgent ordinances.*

*Legislative Decree No. 152 of 2006 grants specific powers in the areas of waste abandonment and environmental pollution, dictating their prerequisites and modalities, and the administration cannot evade these provisions by resorting to contingent and urgent ordinances, except when stringent reasons are offered for the inadequacy of the ordinary instrument to deal with a dangerous condition, such as to require recourse to the contingent measure. Otherwise operating, there would be no way to avoid the “escape” from the typified forms of administrative action.*



## Il bilanciamento tra i principi di tutela del patrimonio culturale e di sviluppo sostenibile e l'integrazione delle tutele

ENRICO VENOSTA

CONSIGLIO DI STATO, sez. VI – 23 novembre 2022, n. 8167 – *Pres. Volpe, Est. Simeoli* – Ministero della cultura (Avv. Stato) c. Comune di Tufara, Sicop S.r.l. e Lu. Pa. (Avv.ti Rosario, Lioi e Viti).

**Energia eolica – Tutela dei beni culturali – Vincolo di tutela indiretta – Procedure autorizzative FER – Bilanciamento degli interessi sensibili – Principio di massima diffusione delle FER – Discrezionalità tecnica.**

*La Costituzione non stabilisce, fra gli interessi che essa tutela, una precisa gerarchia e, quindi, non è possibile interpretare in senso totalizzante alcuno di essi. È, viceversa, sempre necessario operare un bilanciamento fra gli interessi costituzionalmente tutelati secondo i criteri di proporzionalità e ragionevolezza.*

*È, dunque, non solo possibile ma doveroso il bilanciamento, nell'ambito del procedimento amministrativo (e, segnatamente, in quello disciplinato dall'art. 12 del D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387) e dalla medesima Soprintendenza, fra l'interesse pubblico alla tutela del patrimonio culturale e l'interesse ambientale indifferibile alla transizione ecologica nel rispetto del principio dell'integrazione delle tutele.*

SOMMARIO: 1. Breve riepilogo della vicenda. – 1.1. Un difficile bilanciamento. – 1.2. I fatti oggetto della vicenda. – 1.3. Le conclusioni del Consiglio di Stato. – 2. La tutela del paesaggio e del patrimonio culturale. – 2.1. Premesse. – 2.2. Logica delle ‘tutele parallele’ e prevalenza degli interessi sensibili. – 2.3. Concezione statica e concezione dinamica del paesaggio. – 3. Gli approdi della giurisprudenza costituzionale e amministrativa. – 3.1. La Corte costituzionale. – 3.2. Il Giudice Amministrativo. – 4. Principio di diritto della sentenza e conclusioni.

## 1. *Breve riepilogo della vicenda*

### 1.1. *Un difficile bilanciamento*

La sentenza del Consiglio di Stato n. 8167 del 2022 rappresenta una tappa molto rilevante nell’evoluzione della giurisprudenza amministrativa sul tema del contemperamento fra interessi contrapposti nel caso della realizzazione di impianti eolici.

In essa viene espressa con chiarezza la preferenza per una delle due posizioni che negli anni si sono contrapposte nelle pronunce del giudice amministrativo: quella secondo cui il bilanciamento fra la tutela fra quelli che storicamente venivano identificati come interessi sensibili (fra cui vi sono, com’è ben noto, la tutela del paesaggio e dei beni culturali, della salute o della pubblica incolumità) e altri ‘nuovi’ interessi (in particolare, quello al c.d. sviluppo sostenibile) è oggi, oltre che possibile, necessario.

Il tema della produzione di energia eolica si presta particolarmente a far emergere – nei suoi caratteri più ‘estremi’ – l’antinomia fra le esigenze di produzione di energia elettrica ‘pulita’ funzionali allo sviluppo economico del Paese e quelle di tutela del patrimonio culturale e del paesaggio. Questo nella consapevolezza che le turbine eoliche sono considerate fra le strutture per la produzione di energia elettrica più impattanti a livello visivo sul paesaggio<sup>1</sup>.

Anzitutto, si pone, dunque, la problematica della gerarchia fra interessi pubblici e, in particolare, fra quelli costituzionalmente tutelati<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> In questo senso, fra gli altri, S. NESPOR, nota a Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2005, n. 2671 (ord.), in questa *Rivista*, 2005, 3/4, pp. 580 e ss.

<sup>2</sup> Sul tema della gerarchizzazione degli interessi costituzionalmente tutelati appare

In secondo luogo, emerge il tema – conseguente – della possibilità/dovere dell'Amministrazione competente di operare un bilanciamento fra siffatti interessi.

Le soluzioni che paiono astrattamente possibili sono, *in nuce*, tre: si può interpretare la tutela del paesaggio in termini assoluti e, dunque, considerare non possibile alcun tipo di ponderazione di questo con altri interessi contrapposti; si può assolutizzare l'interesse allo sviluppo del paese; si può, infine, ammettere che i due interessi possano e debbano, in qualche misura, essere bilanciati<sup>3</sup>.

La Sesta Sezione nel 2022 propende, senza ambiguità, per la terza soluzione menzionata e, dunque, adotta l'impostazione che, come si dirà, è quella delineata, ormai da più di vent'anni, dal legislatore europeo e seguita dalla Corte costituzionale.

### 1.2. *I fatti oggetto della vicenda*

Oggetto della controversia è l'operato della Soprintendenza per i beni architettonici e Paesaggistici del Molise nell'ambito di due distinti procedimenti unici ai sensi dell'art. 12 del D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 per la realizzazione di due turbine eoliche.

Durante la conferenza di servizi, in entrambi i casi, la Soprintendenza aveva espresso parere negativo all'accoglimento delle richieste del privato nella misura in cui gli impianti eolici interferivano visivamente con taluni beni culturali localizzati nelle vicinanze delle aree individuate per la loro realizzazione. L'Autorità, in particolare, subordinava il proprio parere positivo ad una modifica progettuale che avrebbe diminuito consistentemente l'altezza delle pale.

In entrambi i casi, tuttavia, ritenendo che siffatte modifiche proget-

ancora attuale quanto affermava G. PERICU, *Energia e ambiente: emersione e composizione dei vari interessi concorrenti*, in *Rass. giur. en. el.*, 1987, p. 578: “su questo tema le affermazioni si risolvono frequentemente in petizioni di principio; né d'altronde pare convincente il riconoscimento della loro pari ordinazione, in quanto è nella coscienza di ognuno di noi la percezione dell'esistenza di una gerarchia di valori, probabilmente storicamente condizionata, ma sicuramente ricostruibile, sia pure con approssimazione, in rapporto a ogni diverso momento storico”.

<sup>3</sup> F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, pp. 890 e ss.

tuali avrebbero compromesso la fattibilità tecnica ed economica delle opere, la Regione disattendeva quanto affermato dalla Soprintendenza, emanando l'autorizzazione richiesta dal privato.

La Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici del Molise, dopo l'emanazione delle due autorizzazioni *ex art.* 12 del D.Lgs. n. 387 del 2003, avviava il procedimento e, dunque, emanava due differenti decreti – ai sensi degli art. 10 e 13 del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio (D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42) – con cui dichiarava l'interesse culturale del sistema di croci votive presente nell'area interessata dagli impianti eolici e imponeva, su una vasta area territoriale, un vincolo di tutela indiretta ai sensi degli artt. 45 e ss. del medesimo testo normativo.

Questi decreti venivano, dunque, contestati innanzi al Giudice Amministrativo sulla scorta di una pluralità di censure. Per quanto qui rileva, in particolare, venivano impugnati per “violazione del d.lgs. n. 387 del 2003 e del d.lgs. n. 42 del 2004, eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento e del difetto di presupposti, violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza”. In altre parole, secondo i ricorrenti i vincoli imposti dall'Autorità competente alla tutela dei beni culturali erano unicamente funzionali ad ostacolare la realizzazione dell'impianto eolico già autorizzato.

Il T.A.R. per il Molise<sup>4</sup>, pur accogliendo altri motivi di diritto e, quindi, annullando i provvedimenti impugnati<sup>5</sup>, respingeva la censura sostenendo che i privati non avevano offerto una prova sufficiente del fatto che l'esercizio del potere da parte dell'Amministrazione fosse affetto dal vizio di sviamento dalla sua funzione tipica.

Avverso tale conclusione veniva, dunque, proposto appello dalle ricorrenti in primo grado.

<sup>4</sup> Il riferimento è a T.A.R. Molise – Campobasso, sez. I, 10 agosto 2021, n. 300 reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>5</sup> È necessario precisare che il Giudice di primo grado aveva accolto la censura di carenza di istruttoria e motivazione. Si affermava, cioè, che la Soprintendenza si sarebbe discostata dai criteri, determinati dal Ministero della Cultura e che devono essere utilizzati nello svolgimento del giudizio tecnico-discrezionale di interesse culturale. In altre parole, l'Autorità avrebbe, secondo il T.A.R. Molise, fondato le proprie valutazioni su dati tecnici insufficienti. Si nota che, tuttavia, il Consiglio di Stato, pur mantenendo ferma la decisione sulla declaratoria di illegittimità dei provvedimenti della Soprintendenza, ne ‘inverte’ l'*iter* motivazionale accogliendo la censura di sviamento del potere e rigettando quella di carenza di istruttoria e motivazione.

### 1.3. *Le conclusioni del Consiglio di Stato*

La Sesta Sezione, dopo aver premesso che la legge rimette all'Amministrazione competente la facoltà di vincolare un determinato bene sulla base della sua natura di interesse culturale salvo l'obbligo di rispettare i generalissimi criteri forniti dall'ordinamento<sup>6</sup> e affermato che il giudice può solamente valutare se la decisione assunta dall'Autorità rientri fra quelle maggiormente plausibili alla luce delle scienze di riferimento nel caso concreto<sup>7</sup>, riforma la pronuncia del T.A.R. Molise nella misura in cui aveva rigettato la prima censura dei ricorrenti<sup>8</sup>. Viene, cioè, affermata l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione per eccesso di potere per sviamento della funzione e per “[...] l’abnorme sproporzione delle prescrizioni di tutela indiretta involgenti le aree circostanti i manufatti in oggetto”.

<sup>6</sup> Questo nell'ottica della discrezionalità c.d. tecnica (*rectius* delle valutazioni tecniche) spettante all'Autorità preposta alla tutela dei beni culturali. In particolare, la pronuncia afferma che “[...] la nozione di bene culturale è un concetto giuridico indeterminato, per la cui definizione l'ordinamento giuridico fornisce solo generalissimi criteri: viene stabilito che bene culturale deve essere una ‘testimonianza’ materiale ‘avente valore di civiltà’, rivestire un ‘particolare’ o ‘eccezionale’ interesse culturale tale da giustificare il vincolo ed avere una certa vetustità. Il potere ministeriale di vincolo richiede, quale presupposto, una valutazione basata non sulle acquisizioni delle scienze esatte, bensì su riflessioni di natura storica e filosofica, spesso strettamente legate al contesto territoriale di riferimento, per loro stessa natura in continua evoluzione [...]”. Sul tema dei cc.dd. concetti giuridici indeterminati, quali componenti della norma attributiva del potere nel caso in cui all'Amministrazione sia attribuita una facoltà di scelta (e, dunque, nel caso sia del potere amministrativo discrezionale, sia nel caso delle valutazioni tecniche) è chiara la spiegazione offerta da M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022, pp. 116 e ss.

<sup>7</sup> Il giudice può operare, in altre parole, un controllo sull'attendibilità del criterio tecnico-scientifico utilizzato nel caso concreto. In altre parole, il giudice svolge un controllo del fatto che la decisione presa dall'Autorità rientri fra quelle maggiormente plausibili alla luce delle leggi scientifiche di riferimento nel caso di specie. Secondo il Giudice Amministrativo, peraltro, se il ricorrente non esponesse argomentazioni sufficientemente serie da mettere in discussione l'attendibilità della valutazione operata dalla p.a. e, dunque, “[...] si fronteggiassero soltanto opinioni divergenti, tutte parimenti plausibili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito [...] della competenza ad adottare decisioni collettive, rispetto alla prospettazione individuale dell'interessato”.

<sup>8</sup> Da questi risolledata innanzi al Consiglio di Stato tramite la proposizione di appello incidentale.

L'aspetto che, nel caso di specie, veniva contestato era il fatto che, al fine di tutelare le condizioni di contesto ambientale, di prospettiva e di visuale dei beni oggetto di dichiarazione di interesse culturale (nel caso delle croci votive), l'Amministrazione aveva imposto un vincolo di tale ampiezza da impedire – nella sostanza – qualsiasi diversa destinazione dell'area (che, segnatamente, era la medesima interessata dal progetto presentato dal ricorrente e autorizzato dalla Regione Molise)<sup>9</sup>.

La conclusione espressa dalla Sesta Sezione è che, al contrario, l'Autorità preposta alla tutela degli interessi pubblici debba necessariamente operare un bilanciamento – nell'ambito del procedimento amministrativo – fra i differenti valori in contrasto senza 'assolutizzare' nessuno di essi. L'amministrazione, in situazioni come quella qui oggetto di controversia, dovrebbe agire secondo i principi di proporzionalità e ragionevolezza e, in secondo luogo, nel rispetto del principio di integrazione delle tutele.

Per quanto concerne il primo, il Giudice Amministrativo afferma che la proporzionalità è da intendere, in questo caso, 'in senso stretto' ovvero che quanto disposto dall'Autorità non debba avere effetti tali da "[...] gravare in maniera eccessiva sul titolare dell'interesse contrapposto, così da risultargli un peso intollerabile".

Dall'altro lato, il principio di integrazione delle tutele impone che "[...] le esigenze di tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre pertinenti politiche pubbliche, in particolare al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile". In altre parole, sarebbe – secondo la pronuncia – da abbandonare il modello delle 'tutele parallele' dei differenti interessi pubblici rilevanti.

Sulla base di questi argomenti, dunque, la Sesta Sezione ha accolto la censura – proposta dal privato – di eccesso di potere per sviamento della funzione e per abnormità di sproporzione delle prescrizioni di tutela indiretta.

<sup>9</sup> È bene considerare che i decreti impositivi del vincolo indiretto prescrivevano che "[...] è vietata la trasformazione, sia di carattere permanente che temporaneo, dell'aspetto esteriore dei luoghi ricompresi nell'ambito del vincolo indiretto; per i medesimi luoghi è prescritto il mantenimento dell'uso agricolo attuale del suolo; è vietata, altresì, nei medesimi luoghi, l'apertura di cave, la posa in opera di condotte per impianti industriali e civili, nonché la realizzazione di palificazioni, sia se articolate su elementi puntuali, sia se articolate in sistemi a rete".

## 2. *La tutela del paesaggio e del patrimonio culturale*

### 2.1. *Premesse*

Appare opportuno, prima di passare all'analisi dei principi affermati dalla sentenza, operare una breve premessa. Bisogna, anzitutto, considerare che il Consiglio di Stato affronta il tema della concezione totalizzante di taluni interessi (nel caso di specie si tratta della tutela dei beni culturali) e, dunque, della loro insuscettibilità a essere contemperati con altri interessi (pubblici o privati) che vengono intesi – talvolta – come di rango inferiore (nel caso di specie l'interesse ad uno sviluppo produttivo sostenibile).

Il Giudice, si noti, adotta un iter logico che, sovente, viene seguito quando l'interesse sensibile oggetto di controversia è quello alla tutela del paesaggio e non, come nel caso in esame, quello – differente – alla tutela di beni culturali<sup>10</sup>.

Tuttavia, nel caso qui in esame, i problemi sorgono dal fatto che la Soprintendenza avrebbe imposto, oltre a dichiarare l'interesse culturale delle croci votive ai sensi degli artt. 10 e 13, anche un vincolo di tutela c.d. indiretta ai sensi dell'art. 45 del D.Lgs. n. 42 del 2007 che avrebbe determinato la sostanziale assoluta inedificabilità della consistente porzione di territorio oggetto delle prescrizioni<sup>11</sup>, piuttosto che dall'esistenza di un vincolo paesaggistico<sup>12</sup>.

Questa disposizione, in particolare, stabilisce che l'Autorità competente ha facoltà di stabilire specifiche prescrizioni di utilizzo del territorio

<sup>10</sup> Sulla differenza fra la nozione di beni culturali e di paesaggio è chiaro P. STELLA RICHTER, *La nozione di patrimonio culturale*, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2004, 4, pp. 1280 e ss.; cfr., inoltre, Cons. Stato, sez. V, 11 febbraio 2014, n. 662 reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>11</sup> *Rectius*, come risulta dalla pronuncia in commento, sarebbe – si ripete – “[...] vietata la trasformazione, sia a carattere permanente che temporaneo, dell'aspetto esteriore dei luoghi ricompresi nell'ambito del vincolo indiretto; per i medesimi luoghi è prescritto il mantenimento dell'uso agricolo attuale del suolo; è vietata, altresì, nei medesimi luoghi, l'apertura di cave, la posa in opera di condotte per impianti industriali e civili, nonché la realizzazione di palificazioni, sia se articolate su elementi puntuali, sia se articolate in sistemi a rete”.

<sup>12</sup> Come avviene, per esempio, in Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039 in *Riv. giur. ed.*, 2012, 3, p. 707 (s.m.) con nota di A. CARBONE.

funzionali ad una più piena tutela del bene – ovvero, più specificamente, alla tutela del contesto ambientale in cui questo si colloca<sup>13</sup> – il cui interesse culturale è stato dichiarato ai sensi dell’art. 13 e ss. del codice dei beni culturali e del paesaggio<sup>14</sup>.

Da quanto appena rilevato si evince, pertanto, che il tipo di tutela assicurato da un vincolo ai sensi dell’art. 45 dovrebbe essere – in linea di massima – più contenuto rispetto a quello assicurato dal vincolo di natura paesaggistica<sup>15</sup>. Questo poiché, come conferma la giurisprudenza, le prescrizioni dovrebbero essere strettamente connesse alla tutela dell’ambiente in cui il bene culturale si colloca e, pertanto, l’Amministrazione nel determinare l’estensione del vincolo deve osservare – strettamente – i criteri di “[...] congruenza, ragionevolezza e proporzionalità [...]”<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> M.A. CABIDDU - N. GRASSO (a cura di), *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2021, pp. 99 e ss.; il vincolo c.d. indiretto costituirebbe, secondo Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2021, n. 6253 reperibile sulla rete interconnessa, uno strumento di tutela del paesaggio inteso “[...] non solo quale valore autonomo, ma anche in funzione della tutela culturale”. Cfr. in questo senso Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4923 reperibile sulla rete interconnessa, dove si afferma che “[...] i valori tutelati dalla norma citata [l’art. 45 del D.Lgs. 42/2004] hanno carattere ambivalente ed investono l’ambito territoriale interessato nel loro insieme in ragione della peculiarità dei beni da tutelare, con la conseguenza che il vincolo indiretto può essere apposto per consentire di comprendere l’importanza dei luoghi in cui gli immobili tutelati dal vincolo diretto si inseriscono mediante la loro conservazione pressoché integrale [...]”.

<sup>14</sup> Il primo comma dell’art. 45 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, nello specifico, stabilisce che “il Ministero ha facoltà di prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l’integrità dei beni culturali immobili, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro”.

<sup>15</sup> B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative per fonti rinnovabili di energia e il rapporto tra obiettivi di decarbonizzazione e tutela di altri interessi pubblici: i mercati dell’energia e il ruolo delle istituzioni e delle imprese*, in *L’attuazione dell’European Green Deal* (a cura di E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI), Milano, pp. 129 e 130.

<sup>16</sup> In questo senso, oltre che il tenore letterale dell’art. 45 menzionato alla nota precedente, milita anche Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2018, n. 2839 in *Foro amm.*, 2018, 5, pp. 831 e ss., secondo cui lo “[...] scopo legale [...], nel caso del vincolo indiretto, concerne [...] la cosiddetta cornice ambientale di un bene culturale: ne deriva che il limite di legittimità in cui si iscrive l’esercizio di tale funzione deve essere ricercato nell’equilibrio che preserva, da un lato, la cura e l’integrità del bene culturale e, dall’altra, che ne consenta la fruizione e la valorizzazione dinamica [...]”.

## 2.2. Logica delle 'tutele parallele' e prevalenza degli interessi sensibili

Il Consiglio di Stato, in uno dei punti più significativi della sentenza, afferma che “[...] la piena integrazione tra le varie discipline incidenti sull’uso del territorio, richiede di abbandonare il modello delle ‘tutele parallele’ degli interessi differenziati, che radicalizzano il conflitto tra diversi soggetti chiamati ad intervenire nei processi decisionali [...]”. E questo segue, si aggiunge, un altro passaggio dove si postula che “[...] la primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell’ambiente implica che gli stessi non possano essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi [...] e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione ‘totalizzante’ come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto”.

Come evidenziato dai passaggi menzionati, la questione problematica a cui la pronuncia prova a fornire una soluzione è, dunque, quella della gerarchia degli interessi. Ci si domanda, cioè, se possa dirsi esistente una gerarchia fra gli interessi pubblici (anche fra quelli esplicitamente tutelati dalla Costituzione) e se, dunque, si debba ritenere che, al presentarsi di quelli che sono tradizionalmente ritenuti gerarchicamente sovraordinati (sovente definiti ‘interessi sensibili’)<sup>17</sup>, gli altri che ad essi, di volta in volta, si contrappongono, debbano nella totalità dei casi cedere il passo.

Una tale linea di pensiero – come rileva la dottrina – era nata nel scorso secolo, nel secondo dopoguerra, all’emersione del forte incremento nel nostro paese delle attività produttive. In tale contesto, infatti, si poneva il problema di apprestare una tutela nei confronti di specifici interessi che, per loro natura, da un lato, entravano in conflitto con quello dello sviluppo delle attività produttive<sup>18</sup> e che, dall’altro, difficilmente

<sup>17</sup> Come nota G. MARI, *‘Primarietà’ degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra pp.aa. e nella conferenza di servizi*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 5, p. 306, questi vengono identificati tradizionalmente fra quelli a cui è data rilevanza costituzionale come la tutela della salute, dell’ambiente, del paesaggio, dei beni storico-artistici e la pubblica incolumità.

<sup>18</sup> In questo senso F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento*, cit., pp. 889 e ss., dove nota che “l’accostamento dei termini «paesaggio» e «attività produttive» richiama immediatamente l’idea di conflitto. Una piena ed efficace tutela del paesaggio, almeno

avrebbero potuto essere efficacemente protetti (in particolare, da parte delle logiche proprie degli interessi privati) senza un intervento in questo senso dello Stato<sup>19</sup>.

Queste esigenze portarono, dunque, da un lato alla formazione di un panorama di Enti Pubblici estremamente frammentato ai quali – singolarmente – veniva demandato il compito di tutelare ogni interesse sensibile e, dall’altro, si venivano a costituire processi decisionali molto complessi al fine di garantire una loro ponderazione procedimentale rafforzata<sup>20</sup>.

In questo contesto, pertanto, si delineava un sistema di tutele differenziate dove la cura degli interessi sensibili veniva esclusa dall’applicazione dei regimi ordinari di tutela al fine di favorire, appunto, nei loro confronti un sistema rafforzato di protezione. Si pensi, a titolo esemplificativo, che nell’ambito del governo del territorio si delineò una tutela generale affidata all’urbanistica (attraverso la predisposizione dei piani urbanistici) e un regime di tutela speciale demandata a piani specifici. Dagli anni ’80 dello scorso secolo si iniziarono, quindi, a formare una serie di discipline settoriali (per esempio, per quanto riguarda il paesaggio) che andarono a costituire un sistema articolato su vere e proprie tutele parallele<sup>21</sup>.

Ogni interesse sensibile, in questa logica, si rendeva idoneo a essere tutelato in maniera assoluta – e, pertanto, inderogabile – nei confronti degli altri interessi contrapposti<sup>22</sup>. In un siffatto sistema, in altre parole, l’interesse sensibile si poneva come un limite esterno all’attività di governo del territorio<sup>23</sup>. Una tale modalità di tutela acquisì, dunque, portata sempre più generale, perdendo il suo carattere meramente occasionale<sup>24</sup>.

prima vista, sembra incompatibile con l’insediamento di nuove attività di produzione di beni o servizi [...]”.

<sup>19</sup> Così A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, 4, pp. 701 e ss.

<sup>20</sup> A. MOLITERNI, *op. ult. cit.*, pp. 702 e 703.

<sup>21</sup> In questo senso P. CHIRULLI, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. amm.*, 2015, 1, pp. 62 e ss.

<sup>22</sup> P. CHIRULLI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>23</sup> A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa*, cit., pp. 746 e ss. Questo, secondo l’Autore, avrebbe implicato la “[...] radicalizzazione del conflitto tra i soggetti chiamati ad intervenire nei processi decisionali [...]”.

<sup>24</sup> In questo senso P. CHIRULLI, *op. cit.*, p. 63.

### 2.3. *Concezione statica e concezione dinamica del paesaggio*

Un importante cambio di paradigma si è verificato quando – nello specifico caso del paesaggio –, negli anni '80 del secolo scorso, ha fatto la sua comparsa nel panorama dottrinale (e giurisprudenziale), una nozione differente da quella tradizionalmente accolta: la concezione c.d. dinamica di paesaggio.

Bisogna, infatti, considerare che era prassi invalsa, prima di questo momento, concepire il paesaggio in una dimensione meramente 'estetizzante'. Secondo quanto affermato da autorevole dottrina, cioè, il concetto di paesaggio coincideva con quello di bellezze naturali e la sua tutela si identificava con il preservare i 'quadri naturali' che i valori paesaggistici realizzano. In questa logica, il fine da perseguire era unicamente quello di conservare i beni tutelati e, dunque, scongiurare qualsiasi loro modificazione<sup>25</sup>.

Secondo chi sosteneva la nuova interpretazione, non ci si poteva limitare a concepire il paesaggio nella sua prospettiva statica e, dunque, attribuire all'estensione dell'art. 9 della Costituzione una portata estremamente ridotta, bensì era necessario allargarne la nozione giuridica fino a far rientrare in questa sia gli altri fattori che contribuiscono alla conformazione del territorio, sia le sue modificazioni su questo derivanti dagli interventi antropici<sup>26</sup>.

In questa misura, pertanto, è utile notare che già l'Autore che per

<sup>25</sup> Questa è la nozione c.d. statica del paesaggio nel senso prospettato, anzitutto, da A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. ed.*, 1967, parte II, pp. 72 e 73. In particolare, questa autorevole dottrina afferma che “[...] debbono essere apprestati dai pubblici poteri strumenti giuridici idonei ad assicurare effettivamente la conservazione e la cura (oltre che dei beni di interesse artistico e storico, anche) di quei beni che costituiscono il paesaggio, vale a dire di quei beni che la tradizione legislativa indica col nome di bellezze naturali [...]. Dovendosi poi il concetto di paesaggio, come si è detto, accostare a quello di bellezze naturali, nel senso tradizionale della nostra legislazione, e cioè in un senso che ha di mira unicamente i valori paesaggistici sotto il profilo dei quadri naturali che essi realizzano [...]”. Viene affermato, poi, che “[...] in ordine alla delimitazione del concetto di tutela del paesaggio occorre osservare che esso non comprende anche la valorizzazione del paesaggio. Fermo restando che l'attività di valorizzazione – ad opera di privati o di enti pubblici – non può svolgersi se non nel rispetto delle norme dettate per la protezione e la cura del paesaggio [...]”.

<sup>26</sup> A. CROSETTI, (voce) *Paesaggio (I agg.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2008, p. 543.

primo elaborò questa nuova nozione di paesaggio<sup>27</sup>, pur ammettendo l'esistenza di una gerarchia fra gli interessi, affermava che fosse necessaria una modifica del modo di agire degli apparati istituzionali nella misura in cui sarebbe stato necessario “[...] attivare [...] strutture e procedimenti che consentano di comprendere le connessioni, di arrivare ad una valutazione delle interazioni, ad una ponderazione dei diversi interessi implicati: in parte privati, in parte pubblici ma che sono comunque [...] conflittuali fra di loro e da prescegliere mediante quella complessa attività decisionale tra interessi contrapposti che è esigenza caratteristica degli apparati dei nostri tempi”<sup>28</sup>.

Questa medesima tesi veniva, peraltro, sostenuta, già pochi anni dopo la pubblicazione della voce enciclopedica appena citata, dalla stessa Corte Costituzionale la quale rendeva esplicito il principio secondo cui la tutela del paesaggio non possa risolversi in una “[...] assoluta immodificabilità dei valori paesaggistici registrati in un dato momento [...]”, bensì deve tenere conto “[...] delle esigenze poste dallo sviluppo socio-economico del paese per quanto la soddisfazione di esse può incidere sul territorio e sull'ambiente”<sup>29</sup>.

La novità è, dunque, evidente. Si passa da una tutela volta alla sola conservazione del paesaggio e, quindi, tendente a impedire qualsiasi intervento che lo possa, in qualche modo, modificare a una interpretazione che ammette, viceversa, la valorizzazione dello stesso e, perciò, che l'in-

<sup>27</sup> Si tratta della concezione c.d. dinamica del paesaggio come elaborata da A. PREDIERI, (voce) *Paesaggio*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXI, 1981, pp. 503 e ss. L'Autore, dopo aver affermato che la nozione di paesaggio non possa limitarsi alle cc.dd. bellezze naturali ma debba estendersi alla “[...] forma del territorio, o dell'ambiente, creata dalla comunità umana che vi è insediata, con una continua interazione della natura e dell'uomo”, conclude che “dalla nozione di paesaggio accolta deriva che la tutela non è limitata alla conservazione o salvaguardia o difesa e neppure alle più ampie accezioni che comprendono la valorizzazione, ma si estende ad ogni intervento umano che operi nel divenire del paesaggio, qualunque possa essere il valore culturale che, antecedentemente all'intervento, è stato attribuito a quella area o immobile. Se il paesaggio è dinamicamente inteso come continua modificazione della natura e delle precedenti opere dell'uomo, la tutela del paesaggio consiste nel controllo e nella direzione che la comunità stessa effettua attraverso i suoi apparati, con interventi che si esplicano sul territorio e che agiscono sulla sua forma in modo diretto o indiretto [...]”.

<sup>28</sup> Così A. PREDIERI, *op. cit.*, p. 511.

<sup>29</sup> Corte Cost., 1° aprile 1985, n. 94 reperibile sulla rete interconnessa.

teresse alla tutela del paesaggio possa in certa misura essere oggetto di bilanciamento con valori di altro genere (come, ad esempio, quello allo sviluppo economico)<sup>30</sup>.

Quanto si è appena detto è, in conclusione, ben evidente se si opera un confronto fra la lettera dell'art. 1 della L. 29 giugno 1939, n. 1497 e quella dell'art. 131 del D.Lgs. n. 42 del 2004. Se, infatti, la prima utilizza diffusamente quale parametro per distinguere i beni tutelati da quelli non tutelati la 'bellezza' dei primi<sup>31</sup>, l'art. 131, comma 1, del Codice dei beni culturali e paesaggistici del 2004, invece, stabilisce che "per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni".

### 3. *Gli approdi della giurisprudenza costituzionale e amministrativa*

#### 3.1. *La Corte costituzionale*

La prima considerazione che si deve fare è che l'identificazione della tutela del paesaggio e dei beni culturali quale interesse generalmente sovraordinato e inderogabile è tradizionalmente fatta derivare dalla giurisprudenza dal fatto che essi sono enunciati dall'art. 9 della Costituzione e, dunque, sono contemplati nell'ambito dei principi fondamentali della Repubblica<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> P. CHIRULLI, *op. cit.*, p. 66.

<sup>31</sup> L'art. 1 della L. n. 1497/1939 stabilisce che "sono soggette alla presente legge a causa del loro notevole interesse pubblico: 1° le cose immobili che hanno cospicui caratteri di bellezza naturale o di singolarità geologica; 2° le ville, i giardini e i parchi che, non contemplati dalle leggi per la tutela delle cose d'interesse artistico o storico si distinguono per la loro non comune bellezza; 3° i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale; 4° le bellezze panoramiche considerate come quadri naturali e così pure quei punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, dai quali si goda lo spettacolo di quelle bellezze".

<sup>32</sup> Ad esempio, Cons. Stato, ad. plen., 14 dicembre 2001, n. 9 reperibile sulla rete interconnessa: "[...] sotto il profilo dei valori coinvolti, l'art. 9 della Costituzione ha disposto che la tutela del paesaggio rientra nell'ambito dei principi fondamentali della Repubblica. Come si evince anche dai lavori dell'Assemblea Costituente, si è così ampliato il novero delle aree sottoponibili alla protezione ambientale, non limitate alle sole bellezze naturali, ma estese al paesaggio nel suo complesso, e cioè alla parte

Ciò premesso, bisogna prendere le mosse dalla linea interpretativa seguita dalla Corte costituzionale. Le sue pronunce che hanno trattato il tema qui di interesse sono, infatti, copiose sin dagli anni '80 del secolo scorso.

La Consulta, va detto, è sempre stata coerente nell'affermare che l'interesse alla tutela del paesaggio e dei beni culturali è di natura fondamentale e sovraordinata – in quanto previsto fra i principi fondamentali della Costituzione – rispetto ad altri interessi che, di volta in volta, possono essere tutelati dall'ordinamento.

Questo emerge evidentemente da quanto veniva postulato dalla Corte in tempi risalenti, in una sentenza avente ad oggetto la legittimità costituzionale della c.d. legge Galasso (L. 8 agosto 1985, n. 431), ove si affermava che la concezione di tutela del paesaggio contenuta nel menzionato testo legislativo “[...] si discosta nettamente dalla concezione della tutela delle bellezze naturali assunta dalla legislazione precostituzionale di settore, implicando una tutela paesaggistica che si sostanzia di una riconsiderazione assidua dell'intero territorio nazionale alla luce della primarietà del valore estetico-culturale. Per altro verso, è proprio tale primarietà – la quale impedisce di subordinare l'interesse estetico-culturale a qualsiasi altro, ivi compresi quelli economici, nelle valutazioni concernenti i reciproci rapporti – a costituire la scelta di fondo della normativa e a manifestarne la rilevanza economico-sociale [...]”<sup>33</sup>.

Tuttavia, la Corte costituzionale affermava, in un altro passaggio della medesima pronuncia, altresì che “è [...] regolato [...] l'esercizio qualificato, e teleologicamente orientato in senso estetico-culturale, di competenze regionali in tema di urbanistica [...]. Momento, questo – di proiezione della tutela del paesaggio sul piano dell'urbanistica – di grande rilevanza, perché, pur non obliterando la distinzione fra le due materie e le relative discipline [...] fa emergere della tutela del paesaggio il carattere non più conservativo e statico, ma gestionale e dinamico (l'intervento umano è valutato positivamente se controllato e mirato) [...]”.

Da quanto appena rilevato emergerebbe che se, da un lato, la Con-

del territorio che il legislatore (con norme impositive del vincolo o per il tramite di atti amministrativi) ritenga meritevole di particolare protezione per ragioni di ordine ambientale, ecologico o culturale”.

<sup>33</sup> Così Corte Cost., 27 giugno 1986, n. 151 in *Foro amm.*, 1987, 1, pp. 3 e ss.

sulta delinea l'interesse alla tutela del paesaggio e dei beni culturali come fondamentale e preminente nell'ordinamento, dall'altro, viceversa, sembra accogliere la, già menzionata, concezione c.d. dinamica del paesaggio<sup>34</sup> e, di conseguenza, ammettere l'intervento modificativo dell'uomo su questi, purché sia "controllato e mirato".

In altre parole, sembra venire respinta l'idea per cui il bene *de quo* non possa, in alcun caso, subire modificazioni e, dunque, parrebbe implicitamente ammessa la possibilità che l'interesse alla tutela dei beni di cui all'art. 9 della Costituzione venga bilanciato con altri contrapposti<sup>35</sup>. La tutela di siffatti beni sarebbe, dunque, preminente e fondamentale ma non assolutizzabile<sup>36</sup>.

Il passaggio successivo compiuto – in periodi più recenti – dalla Corte costituzionale è stato quello di mettere in rapporto il principio di tutela del paesaggio con quello di massima diffusione delle energie rinnovabili<sup>37</sup>. Questa è stata infatti la linea che la Consulta ha affermato, a più riprese e apparentemente senza eccezioni, sin dai primi anni duemila in materia di produzione di energia da impianti FER<sup>38</sup>.

La Corte costituzionale, in questa logica, afferma esplicitamente la

<sup>34</sup> Cfr. paragrafo 3.3.

<sup>35</sup> Nel medesimo senso si esprimeva la Consulta nella – già citata – pronuncia Corte Cost., 1 aprile 1985, n. 94.

<sup>36</sup> Il medesimo concetto è riproposto in tempi più recenti, più in generale per quanto riguarda tutti i valori Costituzionalmente tutelati a cui si tende a dare valore sovraordinato e non bilanciabile, in Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85 in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2013, 5, pp. 1152 e ss., dove si è affermato che "[...] 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 «sistematica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto fra di loro» [...]. 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".

<sup>37</sup> Cfr., *ex multis*, Corte Cost., 19 giugno 2019, n. 148 in *Giur. Cost.*, 2019, 3, p. 1655.

<sup>38</sup> *Rectius* almeno da quando è stata emanata la direttiva n. 2001/77/CE – recepita nel nostro ordinamento col D.Lgs. n. 387 del 2003 – che, fra i propri *consideranda* afferma esplicitamente che "la promozione dell'elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili è un obiettivo altamente prioritario a livello della Comunità [...], per motivi di sicurezza e diversificazione dell'approvvigionamento energetico, protezione dell'ambiente e coesione economica e sociale [...]" (considerando 2).

necessità che l'Amministrazione operi un bilanciamento fra l'interesse alla massima diffusione delle fonti rinnovabili per la produzione di energia elettrica e l'interesse alla tutela del 'territorio nella dimensione paesaggistica'. Essa individua, dunque, quale luogo preposto per pervenire a siffatto risultato il procedimento amministrativo e, più specificamente, il procedimento unico ai sensi dell'art. 12 del D.Lgs. n. 387 del 2003<sup>39</sup> e disciplinato ai sensi delle c.d. Linee Guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili emanate con D.M. del Ministro dello Sviluppo Economico del 10 settembre 2010<sup>40</sup>.

L'autorizzazione unica ai sensi dell'art. 12 del D.Lgs. n. 387 del 2003 viene, in altre parole, identificata come istituto cardine nel perseguimento dell'interesse alla massima diffusione delle energie rinnovabili ovvero quale strumento predisposto, da un lato, per la semplificazione delle procedure amministrative e, dall'altro, luogo in cui "[...] confluiscano, per essere ponderati, gli interessi correlati alla tipologia di impianto, quale, nel caso di impianti energetici da fonte eolica, quello potenzialmente confligente, della tutela del territorio nella dimensione paesaggistica [...]"<sup>41</sup>.

La linea interpretativa seguita dalla Corte costituzionale in materia sembra essere, in conclusione, solida nell'affermare la valenza primaria dell'interesse alla massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile

<sup>39</sup> In questo senso, da ultimo, Corte Cost., 3 aprile 2023, n. 58 reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>40</sup> Così Corte Cost., 13 maggio 2022, n. 121 in *Riv. giur. ed.*, 2022, 4, pp. 950 e ss. La questione posta alla valutazione della Consulta, in questo caso, atteneva al fatto che la legge regionale della Basilicata aveva introdotto delle limitazioni 'tecniche' sia alla realizzazione di impianti fotovoltaici, sia alla realizzazione di impianti eolici. La conclusione della Corte, innanzi alle censure di legittimità costituzionale proposte, ha affermato che "[...] le disposizioni impugnate violano i [...] principi fondamentali della materia sotto due diversi profili: per un verso, in quanto riguardano genericamente porzioni significative del territorio, e, per un altro verso, poiché non rispettano la riserva di procedimento amministrativo e la relativa istruttoria, finalizzate a comporre gli interessi pubblici coinvolti e a garantire una loro corretta valorizzazione [...]"

<sup>41</sup> Così Corte Cost., 23 marzo 2021, n. 46 in *Foro amm.*, 2021, 10, pp. 1405 e ss.; in questo medesimo senso, *ex multis*, Corte Cost., 11 ottobre 2012, n. 224 in *Foro amm. (C.d.S.)*, 2012, 10, p. 2481; Corte Cost., 16 luglio 2014, n. 199 in *Foro amm.*, 2015, 1, p. 15.

e, dunque, della bilanciabilità di esso con gli altri valori costituzionalmente tutelati come, ad esempio, la tutela del paesaggio e dei beni culturali<sup>42</sup>.

### 3.2. *Il Giudice Amministrativo*

La giurisprudenza amministrativa, contrariamente a quella costituzionale, non sembra, ad oggi, aver assunto un orientamento uniforme – anche se, come si è detto, la pronuncia in commento parrebbe attualmente far prevalere la linea interpretativa che essa sostiene – sul tema della bilanciabilità fra l'interesse alla massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile e quello alla tutela dei c.d. interessi sensibili.

In particolare, è possibile individuare due differenti filoni giurisprudenziali contrapposti. Il primo delinea la tutela degli interessi sensibili – e, più specificamente, del paesaggio e dei beni culturali – come preminente e, dunque, non bilanciabile con altri interessi; la seconda afferma, viceversa, il carattere primario anche dell'interesse al massimo sviluppo delle FER e, dunque, la sua bilanciabilità con la tutela del paesaggio e dei beni culturali<sup>43</sup>.

Prima di passare alla trattazione delle due tesi menzionate è doveroso premettere che le controversie da cui emergono siffatti orientamenti giurisprudenziali possono essere di varia natura<sup>44</sup>. In questa sede l'esame sarà limitato ai casi in cui le problematiche concernenti il bilanciamento

<sup>42</sup> In questo senso anche M. CLARICH, (voce) *Energia*, in *Enc. Dir. (I tematici)*, vol. III, 2022, p. 456.

<sup>43</sup> La pronuncia che è qui in commento – è bene precisare sin da subito – si pone evidentemente in questo secondo filone giurisprudenziale affermando che l'Amministrazione deve trovare un punto di equilibrio fra tutela del bene paesaggio e quello alla diffusione delle fonti di energia rinnovabile e che, più in particolare, deve far ciò nell'ambito del procedimento amministrativo che è la sede naturale deputata a questo scopo.

<sup>44</sup> A titolo esemplificativo si pensi al caso in cui l'Amministrazione competente emani un piano paesaggistico che vieti l'edificazione di qualsiasi impianto per la produzione di energia da fonti rinnovabile su tutto il territorio su cui esso insiste. È evidente che, anche in questo caso, sarebbe attribuita all'interesse alla tutela del paesaggio e dei beni culturali una valenza assoluta. Così è successo, ad esempio, in C.G.A.R.S., sez. giurisdiz., 27 agosto 2013, n. 763 reperibile sulla rete interconnessa.; in questo senso B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative*, cit., *passim*.

dell'interesse alla tutela del paesaggio e dei beni culturali con quello alla massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile emergono nell'ambito di procedimenti autorizzativi per la realizzazione dei progetti per la produzione di energia elettrica da siffatte fonti.

Convieni, dunque, partire dal primo filone giurisprudenziale citato. Un argomento che sovente viene richiamato dalle pronunce che seguono la linea della 'assolutizzazione' della tutela paesaggistica è quello secondo cui un siffatto interesse non potrebbe essere soggetto ad alcun bilanciamento dal momento che rappresenterebbe l'esercizio di un potere connotato da piena discrezionalità tecnica<sup>45</sup>.

In altre parole, il Giudice Amministrativo in questi casi sostiene che, l'intervento dell'Autorità preposta alla tutela dell'interesse sensibile (*rectius* del paesaggio), sarebbe espressivo di una sua valutazione di carattere eminentemente tecnico e, quindi, per sua natura non frutto di una ponderazione fra i differenti interessi pubblici e privati contrapposti nel caso di specie bensì attinente al piano dell'accertamento dei fatti secondo criteri di natura tecnico-scientifica<sup>46</sup>. In questa logica, pertanto, si afferma che "[...] questa regola [ovvero quella per cui la valutazione è finalizzata a scongiurare qualsiasi inaccettabile alterazione al valore protetto] essenziale di tecnicità e di concretezza, per cui il giudizio di compatibilità dev'essere appunto, 'tecnico' e 'proprio' del

<sup>45</sup> In questo senso a titolo esemplificativo, fra le più recenti, Cons. Stato, sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640 reperibile sulla rete interconnessa; cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1486 reperibile sulla rete interconnessa; cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 15 gennaio 2013, n. 220 reperibile sulla rete interconnessa; Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2378 reperibile sulla rete interconnessa; Cons. Stato, sez. VI, 21 giugno 2006, n. 3733 reperibile sulla rete interconnessa; in dottrina una siffatta interpretazione è seguita da P. CARPENTIERI, *Eolico e paesaggio*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 1, pp. 334 e ss.

<sup>46</sup> M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 126; è chiara in questo senso Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2015, n. 3652 reperibile sulla rete interconnessa, dove afferma che "[...] la discrezionalità tecnica non può dar luogo ad alcuna forma di comparazione e valutazione eterogenea. Nell'esercizio della funzione di tutela spettante al MIBAC, l'interesse che va preso in considerazione è solo quello circa la tutela paesaggistica, il quale non può essere aprioristicamente sacrificato dal MIBAC stesso, nella formulazione del suo parere, in considerazione di altri interessi pubblici la cui cura esula dalle sue attribuzioni"; nel medesimo senso C.G.A.R.S., sez. giurisdiz., 3 agosto 2007, n. 711 in *Riv. giur. ed.*, 2008, 1, p. 322 (s.m.) con nota di P. CARPENTIERI.

caso concreto, applica il principio fondamentale dell'art. 9 della Costituzione [...]”<sup>47</sup>.

In conclusione, pertanto, se il punto di partenza di questo orientamento sembrerebbe essere quello per cui la tutela del paesaggio è valore preminente nel nostro ordinamento in quanto contemplato nell'art. 9 della Costituzione che, dunque, imporrebbe di “evitare qualsiasi alterazione inaccettabile del preesistente valore protetto”<sup>48</sup>, la strada tramite cui questo obiettivo viene perseguito dall'ordinamento sarebbe quello dell'attribuzione all'Amministrazione del potere di operare valutazioni di natura tecnica di tale compatibilità. È evidente che la conclusione raggiunta dall'Autorità diviene decisiva per l'autorizzazione dei progetti nella misura in cui la disciplina non permette che questa possa essere ‘facilmente’ superata dall'Amministrazione procedente<sup>49</sup>.

Secondo questa linea interpretativa, si aggiunge, la natura sovraordinata dell'interesse alla tutela del paesaggio e dei beni culturali costituirebbe una limitazione all'applicazione delle regole di semplificazione

<sup>47</sup> Così postula la già citata pronuncia del Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1486 cit.; siffatto principio è chiaramente esplicitato da Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039 cit. dove si afferma che “[...] l'interesse paesaggistico ha carattere preminente, perché la tutela del paesaggio è principio fondamentale della Costituzione (art. 9); che perciò anche in questo speciale procedimento abilitativo [il riferimento è al procedimento unico di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003], che richiede il ricordato ‘rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storicoartistico’, occorre assicurare – pena il sospetto di incostituzionalità – adeguatamente la difesa di questo interesse mediante l'esercizio, ove occorra, di poteri senz'altro interdittivi [...]; che la semplificazione procedimentale può si perseguire l'obiettivo di speditezza del procedimento [...] ma [...] non surrettiziamente invertire il rapporto sostanziale tra interessi e sottrarre effettività a un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale”.

<sup>48</sup> Così Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2015, n. 3652 cit.; cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3770 reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>49</sup> B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative* cit., p. 91 parla di un vero e proprio potere di veto delle autorità preposte alle valutazioni di compatibilità paesaggistica e ambientalistica alla localizzazione degli impianti eolici; S. AMOROSINO, “Nobiltà” (dei proclami politici) e “miseria” (dell'amministrazione ostativa) in materia di impianti di energia da fonti rinnovabili, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 6, p. 497 e ss.

sostanziale nella misura in cui queste comporterebbero “[...] un’attenuazione della rilevanza della tutela paesaggistica [...]”<sup>50</sup>.

La seconda interpretazione delineata dalla giurisprudenza amministrativa, viceversa, ritiene che, seguendo i principi stabiliti dalla giurisprudenza costituzionale e dal diritto dell’Unione Europea, l’interesse alla massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile è di carattere preminente e che, pertanto, non possa essere interamente sacrificato *sic et simpliciter* perché si pone in contrasto con l’interesse alla tutela del paesaggio o dei beni culturali<sup>51</sup>.

In altre parole, questa giurisprudenza ritiene che sia sempre necessario che l’Autorità preposta operi un bilanciamento – secondo il principio di proporzionalità<sup>52</sup> – fra i singoli interessi che assumono rilievo nel caso di specie e, dunque, anche qualora fra questi vi sia la tutela del paesaggio e dei beni culturali<sup>53</sup>.

In questa logica, pertanto, si afferma che il provvedimento con cui l’Autorità preposta alla tutela del paesaggio opponga un diniego all’istanza del privato di autorizzazione paesaggistica per la realizzazione di un impianto di produzione di energia da fonti rinnovabili debba essere sorretto da una stringente motivazione. Viene, in particolare, ritenuta

<sup>50</sup> In questo senso Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2015, n. 3652 cit.; cfr. anche A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa* cit., p. 704.

<sup>51</sup> In termini generali cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 febbraio 2010, n. 1020 reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>52</sup> Fa esplicito rimando all’applicazione del principio di proporzionalità T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. I, 12 gennaio 2011, n. 32 reperibile sulla rete interconnessa; T.A.R. Puglia (Bari), sez. I, 15 aprile 2022, n. 488 reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>53</sup> La giurisprudenza si determina in questo senso anche per quanto concerne l’imposizione del vincolo di tutela c.d. indiretto ai sensi dell’art. 45 del D.Lgs. n. 42 del 2004. In particolare, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2021, n. 6253 cit., dove afferma che “[...] stante la mancata predeterminazione di un contenuto tipico del vincolo indiretto, l’Amministrazione, nell’esercizio del potere discrezionale di cui è attribuitaria, è tenuta a valutare, nel caso concreto, altresì, la proporzionalità delle misure limitative delle facoltà proprietarie in concreto da imporre [...]. Il sindacato di proporzionalità, in particolare, è volto a verificare se una misura limitativa dell’altrui sfera giuridica [...] sia idonea a conseguire l’obiettivo di tutela prefissato, sia necessaria (non sussistendo misure alternative meno restrittive), nonché sia sostenibile per il destinatario, non elidendo il contenuto essenziale del diritto o della libertà all’uopo [...]”.

insufficiente quella che giustifica il provvedimento di rigetto sulla mera “[...] minor fruibilità del paesaggio sotto il profilo del decremento della sua dimensione estetica”<sup>54</sup>.

È interessante notare come siffatta interpretazione non neghi la rilevanza primaria della tutela del paesaggio e del patrimonio culturale nell’ordinamento come delineata dall’art. 9 della Costituzione, bensì imponga che, al verificarsi di un possibile contrasto fra l’interesse sensibile in questione e un altro interesse, l’Amministrazione competente operi una valutazione analitica di tutti gli interessi rilevanti posta la pubblica utilità dell’opera la cui realizzazione comporterebbe un danno alla fruibilità paesaggistica del territorio<sup>55</sup>. Va aggiunto che, peraltro, la giurisprudenza accoglie le medesime conclusioni per quanto concerne l’imposizione del vincolo di tutela c.d. indiretta ai sensi dell’art. 45 del D.Lgs. n. 42 del 2004<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Così Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2020, n. 3696 reperibile sulla rete interconnessa. Nella medesima occasione la Sesta sezione aggiunge che “[...] il giudizio di compatibilità paesaggistica non può limitarsi a rilevare l’oggettività del novum sul paesaggio preesistente, posto che in tal modo ogni nuova opera, in quanto corpo estraneo rispetto al preesistente quadro paesaggistico, sarebbe di per sé non autorizzabile”.

<sup>55</sup> In questo senso sempre Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2020, n. 3696 cit. ove afferma che, ove si tratti di valutare la compatibilità paesaggistica di un impianto di produzione di energia da fonte rinnovabile, la comparazione fra i differenti interessi in gioco “[...] non può ridursi all’esame dell’ordinaria contrapposizione interesse pubblico/interesse privato, che connota generalmente il tema della compatibilità paesaggistica negli ordinari interventi edilizi, ma impone una valutazione più analitica che si faccia carico di esaminare la complessità degli interventi coinvolti [...]”; analogamente, più recentemente, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2022, n. 1742 in *Foro amm.*, 2022, 4, p. 515 (s.m.); Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1201 reperibile sulla rete interconnessa.

<sup>56</sup> In questo senso Cons. Stato, sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3932 reperibile sulla rete interconnessa, dove si afferma che la Soprintendenza, all’atto di imporre un vincolo di tutela indiretta, deve valutarne la effettiva adeguatezza e proporzionalità in considerazione del grado di tutela che è necessario assicurare al bene culturale. In particolare, si afferma che, nonostante “[...] la funzione di tutela del bene culturale si traduca nell’esercizio di discrezionalità amministrativa, ma tecnica (non essendo consentito che l’interesse culturale paesaggistico – stante il primario valore costituzionale desumibile dal principio fondamentale sancito dall’art. 9 Cost. – possa essere sacrificato in nome di altri interessi) è, altrettanto, vero, tuttavia, che l’Amministrazione dei beni culturali ha, comunque, l’onere di verificare l’effettiva necessità e proporzionalità delle misure di tutela che prescrive”.

Sembra, dunque, che il Giudice Amministrativo affermi – anche se non sempre esplicitamente – l’equiordinazione fra l’interesse alla tutela del paesaggio e quello alla massima diffusione delle fonti rinnovabili<sup>57</sup>.

La giurisprudenza che accoglie questa tesi, inoltre, giunge ad affermare che dovrebbe essere la stessa Soprintendenza (ovvero l’Autorità pubblica deputata alla tutela del paesaggio e dei beni culturali) a operare una ponderazione fra i differenti interessi confliggenti. Risulta, in questo caso, evidente, il cambio di paradigma rispetto alla prima tesi menzionata che postula, al contrario, l’impossibilità per siffatto Ente di operare un bilanciamento fra gli interessi confliggenti posto che esso sarebbe competente all’espletamento di valutazioni tecniche e non all’esercizio di poteri aventi natura discrezionale<sup>58</sup>.

In altre parole, la valutazione di comparazione dei contrapposti interessi paesaggistici e alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili dovrebbe essere espletata – quantomeno in termini negativi ovvero limitando il grado di tutela attribuito al paesaggio o ai beni culturali ad un livello sufficiente (*rectius* proporzionato) per la tutela dei beni *de quibus* ma tale, viceversa, da non impedire qualsiasi installazione di impianti FER – già dall’Amministrazione preposta alla tutela dell’interesse paesaggistico<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> In questo senso, più esplicitamente, Cons. Stato, sez. VI, 24 febbraio 2005, n. 680 reperibile sulla rete interconnessa; T.A.R. Puglia - Bari, sez. I, 15 aprile 2022, n. 488 cit., che esplicita la natura costituzionale dell’interesse “[...] all’approvvigionamento energetico, soprattutto se in forme non inquinanti [...]”.

<sup>58</sup> Così Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1201 cit.

<sup>59</sup> Sul tema è interessante quanto rilevato in R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, pp. 126 e ss., dove si afferma che, nello specifico caso dei vincoli posti a tutela di beni culturali, emergono dubbi sulla natura delle valutazioni operate dalle Autorità preposte. In particolare, secondo gli Autori “[...] non è del tutto chiaro, e di ciò è spia il profondo contrasto giurisprudenziale esistente in materia, se il provvedimento di vincolo debba semplicemente fare applicazione delle conoscenze tecniche e culturali proprie dell’epoca in cui avviene la relativa identificazione e solamente nella successiva fase della gestione del vincolo vi sia spazio per valutazioni discrezionali, oppure, invece, il provvedimento di vincolo sia il risultato di un giudizio frutto di valutazioni non solo tecniche, ma anche di carattere discrezionale [...]”.

#### 4. *Principio di diritto della sentenza e conclusioni*

La pronuncia in commento afferma esplicitamente che non è possibile, negli ordinamenti democratici, un'interpretazione assolutizzante di principi, diritti o interessi anche se questi sono di rango costituzionale, benché si debba continuare a ritenere che quelli alla tutela del paesaggio e del patrimonio culturale sono interessi primari dell'ordinamento<sup>60</sup>.

Nel fare ciò il Consiglio di Stato trova importante appoggio nella giurisprudenza Costituzionale e, più nello specifico, nella sentenza n. 85 del 2013. In quella sede la Consulta sottolineava la necessità di “[...] un ragionevole bilanciamento tra i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione [...]” che deve trovare attuazione tramite “[...] un rapporto di integrazione reciproca [...]”. Questo – considerato che la qualificazione degli interessi come primari non implica automaticamente che questi debbano essere intesi come posti al vertice di un ordine gerarchico assoluto – la porta ad affermare che il punto di equilibrio “[...] deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”.

Tornando alla pronuncia in commento, la conclusione della Sesta Sezione è, dunque, quella di ritenere imprescindibile per l'Amministrazione, nell'ambito dell'esame di compatibilità degli impianti FER con il paesaggio e il patrimonio culturale, di operare una loro contemperazione – nell'ambito del procedimento amministrativo – sulla base dei principi di proporzionalità e di integrazione delle tutele<sup>61</sup>.

Non sarebbero più ammissibili, in altre parole, decisioni da parte dell'Autorità che precludono l'utilizzo di ampie porzioni di territorio senza che esse siano strettamente motivate sulla base delle specifiche esigenze di tutela del paesaggio e dei beni culturali che ricorrono nel caso concreto.

<sup>60</sup> Questa affermazione, è bene ripetere, ha come effetto che di questi interessi “sensibili” debbano sempre esser tenuti in conto nei processi decisionali pubblici.

<sup>61</sup> Ai sensi dell'art. 11 del 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”.

Risulta chiaro, dunque, che dal punto di vista pratico più il vincolo sarà fisicamente esteso ovvero preclusivo di ulteriori utilizzazioni del territorio, più la sua imposizione sarà difficile da giustificare per l'Amministrazione e comporterà, per essa, un aumento degli oneri di motivazione.

Quanto appena detto è reso particolarmente evidente dal fatto che, secondo il Giudice, nel caso in esame, "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".

Le conclusioni a cui la pronuncia n. 8167 del 2022 (e la conforme giurisprudenza amministrativa e costituzionale)<sup>62</sup> paiono avvicinarsi molto a quelle della – già citata – risalente dottrina<sup>63</sup> che ammetteva la necessità che non ci si potesse limitare a concepire il paesaggio come un'entità immodificata e, dunque, immodificabile, bensì che si dovesse contemplare l'influenza, sul bene in questione, degli interventi modificativi esterni. La questione problematica, in questa logica, parrebbe risolversi nel dovere, da parte dell'Autorità, di controllare che gli interventi modificativi sul

<sup>62</sup> Tali conclusioni sono state, peraltro, confermate e ulteriormente avallate da Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610 reperibile sulla rete interconnessa, dove viene affermato, per quanto concerne l'applicazione dell'istituto del silenzio-assenso anche del parere di competenza della Soprintendenza nell'ambito della conferenza di servizi, che "[...] dall'esame delle varie disposizioni della legge generale sull'azione amministrativa, emerge la equiordinazione, della tutela del paesaggio e di quella dell'ambiente, quali interessi di rilievo costituzionale, a tutela rinforzata. Come è stato attentamente rilevato in dottrina, anche in ragione di tale equiordinazione, il legislatore ha assegnato alla conferenza di servizi la funzione precipua di costituire la sede di rappresentazione, prima, e di composizione, poi (mediante le necessarie modifiche e mediazioni), degli interessi pubblici – compresi in primo luogo quelli sensibili o 'superprimari' – e privati che caratterizzano le specifiche fattispecie sulle quali la p.a. è chiamata a decidere. La tesi secondo cui, finanche nell'ambito del confronto aperto e paritario che caratterizza la conferenza di servizi, la Soprintendenza non possa e non debba minimamente curarsi degli altri interessi pubblici a rilevanza costituzionale, rappresentati in conferenza, contrasta, [...] anche con il dovere di leale collaborazione tra amministrazioni e con la finalità compositiva sottesa al coordinamento amministrativo tra pari".

<sup>63</sup> A. PREDIERI, *op. loc. ult. cit.*

paesaggio proposti dai privati siano proporzionati rispetto alle esigenze di tutela del caso concreto.

È bene precisare che la sentenza, tuttavia, non giunge ad affermare che qualsiasi interesse confliggente con quello alla tutela del paesaggio o del patrimonio culturale sia astrattamente idoneo a entrare nel bilanciamento con questi. Il Giudice Amministrativo, in altre parole, sembra limitare questa possibilità ai soli interessi che sono indicati dall'ordinamento come di rango costituzionale.

Nella logica della sentenza in commento appare fondamentale, dunque, che l'interesse ambientale alla transizione ecologica e allo sviluppo sostenibile – e, dunque, alla produzione di energia elettrica tramite lo sfruttamento delle fonti rinnovabili<sup>64</sup> – sia considerato di natura costituzionale. In questo senso, pertanto, sono di centrale importanza i principi stabiliti in merito dalla Consulta e le innovazioni normative introdotte sia dal legislatore nazionale che da quello europeo<sup>65</sup>.

Di ovvia rilevanza, anche in questa prospettiva è naturalmente il fatto che con Legge Costituzionale dell'11 febbraio 2022, n. 1 sia stato inserito nell'art. 9 della Costituzione il riferimento esplicito alla tutela dell'ambiente al fianco della tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della nazione<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Principio che, come nota F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, pp. 783 e 784, è connaturale al perseguimento degli obiettivi della transizione ecologica.

<sup>65</sup> Si pensi, per esempio, – oltre alle direttive 2001/77/CE, 2009/28/CE e 2018/2001/UE a cui la Corte Costituzionale fa sovente riferimento per affermare la primarietà dell'interesse alla massima diffusione delle FER – al recente Regolamento UE n. 2577 del 22 dicembre 2022, il quale, al suo art. 3, comma 1, stabilisce che “[...] la pianificazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, la loro connessione alla rete, la rete stessa, gli impianti di stoccaggio sono considerati d'interesse pubblico prevalente e d'interesse per la sanità e la sicurezza pubblica nella ponderazione degli interessi giuridici nei singoli casi [...]”.

<sup>66</sup> Tale aggiunta appare di notevole rilevanza se si considera che, nello specifico caso degli impianti eolici, essi rappresentano, come ha affermato la dottrina, da una parte, un importante strumento per la produzione di energia elettrica senza l'emissione di gas serra e, dunque, per la tutela dell'ambiente. Dall'altra parte, tuttavia, essi hanno una forte incidenza negativa sul paesaggio. Così, in particolare, F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento* cit., pp. 895 e 896. In conclusione, anche se – come nota M. DELSIGNORE, (voce) *Ambiente*, in *Enc. Dir. (I tematici)*, vol. III, 2022, p. 50 – la tutela dell'ambiente assurgeva già a valore costituzionalmente tutelato, appare utile che, nello specifico caso

È interessante, sul tema, quella lettura dottrinale<sup>67</sup> che attribuisce all'innovazione dell'art. 9 Cost. specifica rilevanza, nella misura in cui concilierebbe la tutela del paesaggio e dei beni culturali con quella dell'ambiente entro la categoria, più ampia, della tutela dell'interesse delle generazioni future. In altre parole, posto che tali interessi appaiono essere come 'potenzialmente antagonisti', la loro reciproca compenetrazione – e, quindi, il loro bilanciamento – si renderebbe imprescindibile se l'interesse ultimo che la Costituzione mira a tutelare è quello della qualità della vita e delle possibilità delle generazioni future<sup>68</sup>.

Si deve aggiungere, in conclusione, che anche le Sezioni Unite della Cassazione – con una pronuncia che, pur avendo ad oggetto il tema della produzione di energia idroelettrica ha affermato principi generali in tema di fonti di energia rinnovabili – hanno preso, di recente posizione, sulla questione affermando la centralità e preminenza dell'interesse alla massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile<sup>69</sup>.

dell'eolico, questa venga – anche formalmente – contemplata fra i principi fondamentali dell'ordinamento.

<sup>67</sup> Il riferimento è a F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Decider(c) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedurali*, Napoli, 2022, pp. 50 e ss.

<sup>68</sup> Secondo F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *op. ult. cit.*, p. 54, dunque, “[...] la norma costituzionale valorizz(a) chiaramente un obiettivo funzionale traducibile in termini di profondità e responsabilità intergenerazionale. Il relativo vincolo deve certamente entrare in gioco (ed essere studiato) nella logica della discrezionalità e della ponderazione degli interessi (operazione che impone di cogliere il ‘peso’ degli stessi: combattere il cambiamento climatico o preservare il paesaggio attuale?), fermo, però, restando che la scelta che guardi alle generazioni future non solo non è preclusa, ma risulta addirittura ammessa e in qualche modo indicata dalla Costituzione”.

<sup>69</sup> Cass., S.U., 26 gennaio 2023, n. 2404 reperibile sulla rete interconnessa: “[...] il principio di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile, derivante dalla normativa Europea e recepito dal legislatore nazionale non consente alle singole Regioni di adottare legittimamente una normativa regionale concorrente contrastante con questi principi, che ponga dei divieti assoluti di realizzazione di impianti di energie da fonti rinnovabili, né di adottare provvedimenti amministrativi che precludano la realizzazione di tale finalità in assoluto, ma lasciano spazio alle Regioni di individuare, caso per caso, situazioni in cui l'interesse allo sfruttamento dell'energia da fonte rinnovabile debba essere recessivo rispetto ad altri interessi costituzionalmente protetti, che rispondano anch'essi a principi affermati a livello Europeo. Il favore che assiste la produzione dell'energia idroelettrica deve essere bilanciato, nell'ambito dei procedimenti, con altre esigenze sottese alla competenza regionale in materia di acque [...]”.

## ABSTRACT

*The essay aims to analyze the changes that have occurred on how the protection of the cultural heritage is interpreted by the Italian administrative law doctrine, the Constitutional Court and the Administrative law Justices throughout the years.*

*The administrative law doctrine and the Italian Constitutional Court have progressively swung from interpreting the protection of cultural heritage as a prohibition to cause any alteration on the cultural buildings to seeing that protection as a balance of different interests: the public interest to defend the integrity of the cultural building and the public/private interest to promote the sustainable development.*

*Nonetheless, administrative case law has been uncertain until now.*

*The judgment nr. 8167/2022 of the Council of State seems to agree definitively with the thesis that claims the protection of cultural heritage as a balance of different private and public interests.*

*Keywords: Wind power; Protection of cultural heritage; Cultural buildings protection constraints; renewable sources plants; Administrative authorization procedures; Balancing of interests; Penetration of renewable energies; Administrative discretion*



Tutela dell'ambiente e diritto di proprietà: note  
a margine della sentenza della Corte costituzionale  
sul regime giuridico dei fondi privati  
gravati da usi civici

VALENTINA ZAMPAGLIONE

CORTE COSTITUZIONALE, sentenza del 15 giugno 2023, n. 119.

**Usi civici – tutela dell'ambiente – diritto di proprietà – diritto di difesa – dema-  
ni collettivi – *ius in re propria* – *ius in re aliena*.**

*Con la sentenza n. 119/2023 la Corte costituzionale ha dichiarato costituzional-  
mente illegittimo l'art. 3, comma 3, della L. n. 168 del 2017, nella parte in cui  
non esclude dal regime dell'inalienabilità le terre di proprietà privata gravate  
da usi civici non ancora liquidati. Invero, presentando gli usi civici i caratteri  
propri dei diritti reali, il loro esercizio non è impedito dal trasferimento inter  
vivos o mortis causae del fondo gravato. Il diritto si trasmette unitamente al  
fondo ed è garantito dal vincolo paesaggistico che non consente modificazioni  
pregiudizievoli.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso al vaglio della Consulta. – 3. La  
decisione n. 119/2023 della Corte costituzionale. – 4. Spunti di riflessio-  
ne. – 5. Conclusioni.

## 1. *Introduzione*

La sentenza in commento costituisce lo spunto per fare chiarezza su un istituto di età feudale<sup>1</sup> in vigore ancora oggi, nonostante l'affermarsi, alla fine del Settecento, di quell'approccio individualistico che, sulla spinta della rivoluzione francese e con la caduta dell'*ancien régime*, ha contrastato ogni forma di gestione collettiva e favorito un modello di proprietà unica e assoluta sulla scorta del diritto romano classico (c.d. *dominio ex iure quiritum*) e ha portato, poi, alla legislazione sulla liquidazione degli usi civici.

Con il sintagma “usi civici”<sup>2</sup>, che come ha precisato la Consul-

<sup>1</sup> In età feudale era principio fondamentale dell'ordinamento quello secondo cui ogni rapporto immediato e diretto con la terra porti alla costituzione di un diritto di proprietà, inteso come diritto del soggetto che insiste sul fondo di continuare questa relazione con esso, esercitandovi talune attività, che costituiscono per questo il contenuto del suo diritto sulla cosa. Fino al tardo Settecento era riconosciuta la proprietà plurale, per cui su uno stesso terreno potevano coesistere più diritti di proprietà appartenenti a soggetti diversi. Si distingueva, poi, tra proprietà formale e proprietà sostanziale. La prima si presumeva del soggetto preminente, che esercitava poteri sul territorio (si pensi al Re, al Vescovo, al feudatario, a un monastero o a un'abazia). Invece, colui che coltivava la terra e ne traeva sostentamento e ne migliorava la qualità agraria era il proprietario sostanziale del fondo, il quale tuttavia non poteva acquistarne per usucapione la proprietà formale. Ciò si è tradotto nella teoria del dominio diviso, per cui si è iniziato a distinguere il dominio diretto da quello utile, a seconda del se si avesse o no un rapporto materiale con il bene. Entrambe le situazioni erano tutelabili con l'azione di rivendica, esercitabile *erga omnes*, e in quanto diritti autonomi sullo stesso bene, questi potevano essere alienati l'uno indipendentemente dall'altro. Vasti fondi erano percepiti come proprietà dei villaggi adiacenti, che ivi vi raccoglievano la legna da ardere, pascolavano il bestiame e svolgevano attività agricole importanti per la loro sopravvivenza. Caratteristica della proprietà collettiva (anche detta proprietà universale) era che ogni membro della comunità (*universitas*) aveva il pari diritto di usare il bene e di escludere i terzi. Cfr. P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1967 e ID., *Domina e servitutes. Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù*, in *Il dominio e le cose*, Milano, 1992, p. 58.

<sup>2</sup> In dottrina v. in particolare, S. CARMIGNANI, *Disciplina dell'esercizio delle funzioni in materia di demanio collettivo civico e diritti di uso civico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 2, p. 235; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà collettiva e diritti collettivi*, Padova, 1983; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, 2014; S. DELIPERI, *Gli usi civici e gli altri diritti d'uso collettivi in Sardegna*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2011, p. 387; L. FULCINITI, *I domini collettivi tra archetipi e nuovi paradigmi*,

ta<sup>3</sup> è un'espressione di comodo, si allude ad istituti e discipline varie, affermatesi sull'intero territorio nazionale, accomunate unicamente dall'essere diritti reali nati per garantire i bisogni primari di una comunità stanziata su un determinato territorio. Essi consentono ai *cives* di trarre dai beni altrui – come boschi, terre e acqua – le utilità necessarie per la propria sopravvivenza, attraverso attività temporanee di agricoltura, pesca, caccia, raccolta e pastorizia.

Negli ultimi decenni a questa funzione meramente economica è stata accostata quella di conservazione e di tutela dell'ambiente, risultate poi preminenti, per cui si tende alla conservazione degli usi civici e non più alla loro liquidazione<sup>4</sup>. Quest'ultima è stata disposta con la L. 16 giugno 1927 n. 1766, con cui il legislatore statale, nell'ispirarsi anche alle statuizioni della commissione feudale napoletana<sup>5</sup>, ha uni-

in *Diritto Agroalimentare*, 2018, p. 547; W. GIULIETTI, *Norme in materia di domini collettivi ed assetti organizzativi*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, p. 1041; P. GROSSI, "Usi civici": una storia vivente, in *Archivio Scialoja-Bolla, Annali di studi sulla proprietà collettiva*, Milano, 2008, 20; ID., *Aspetti storico-giuridici degli usi civici*, in *I Georgofili - quaderni*, Firenze, 2005, p. 21; ID., *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977; M.A. LORIZIO, voce "Usi civici", in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, 1994; A. JANNARELLI, *Gli usi civici ed i "beni comuni": un accidentato percorso giurisprudenziale*, in *Rivista di diritto agrario*, 2014, I, p. 565; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *CICU, MESSINEO (a cura di), Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 2022; ID., *Un'altra proprietà, usi civici, assetti fondiari collettivi, beni comuni*, Pisa, 2019; I.D., *Dagli usi civici ai domini collettivi*, in *Giustizia civile*, 2017; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011; G. PALERMO, *I beni civici, la loro natura e la loro disciplina*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 602; U. PETRONIO, voce "Usi civici", in *Enc. dir.*, 1992, p. 930; A. SIMONCINI, *Il rilievo costituzionale degli usi civici*, in *Studi in memoria di Fulvio Fenucci*, Milano, 2010; R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà. La L. 20 novembre 2017 n. 168, in materia di domini collettivi*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018.

<sup>3</sup> In tal senso Corte cost. 24 luglio 1972, n. 142.

<sup>4</sup> M. COSULICH, *Gli assetti fondiari collettivi nell'ordinamento Repubblicano: dalla liquidazione alla valorizzazione?*, in *Archivio Scialoja - Bolla*, 2018, p. 9.

<sup>5</sup> La legislazione napoletana aveva istituito una commissione feudale competente sulle controversie tra i comuni amministrativi e gli *ex* baroni circa l'estensione delle terre da riconoscere come demanio comunale, destinate alla divisione. L'accertamento negativo della natura collettiva delle terre o la ripartizione delle stesse tra il barone e la comunità importavano la liquidazione dei diritti civici con efficacia di giudicato (riconosciuta anche dalla Cassazione cfr. sentenza n. 6231/1992). Sul modello della Commissione feudale napoletana, v. F. MARINELLI, *Giacinto Dragonetti e la commissione feudale napoletana*, in *Bullettino della Deputazione abruzzese di storia patria*, 2016,

ficato in un unico testo le diverse normative vigenti prima dell'unità d'Italia<sup>6</sup>.

La normativa del 1927 è stata via via adeguata al mutato contesto socio-economico dalla giurisprudenza<sup>7</sup>, tanto che solamente di recente il

199. Adde D. WINSPEARE, *Storia degli abusi feudali*, Napoli, 1811; R. TRIFONE, *Feudi e demani*, Roma, 1909.

<sup>6</sup> Va precisato che la prima legislazione unitaria era contenuta nel R.D. 22 maggio 1924, n. 751, riguardante il riordinamento degli usi civici nel Regno, modificato con il R.D. 28 agosto 1924, n. 1484 e, poi, convertito nella L. 1766 del 1927. A seguito di quest'ultima la giurisprudenza ha inteso il termine "demanio" come la pluralità dei diritti dominicali eminenti, detti anche diretti, dell'ordinamento giuridico medievale. Per cui, accanto al demanio regio e a quello feudale, si poneva anche il demanio ecclesiastico. Cfr. FLORE, SINISCALCHI, TAMBURRINO, *Rassegna di giurisprudenza degli usi civici*, Milano, 1956, p. 8.

<sup>7</sup> L'applicazione della legge si presentava problematica sotto molteplici profili. Basti pensare alla previsione del breve termine entro cui denunciare l'esistenza degli usi civici, al richiamo ad istituzioni scomparse e ancora all'attribuzione in via esclusiva al Commissario di ogni questione in materia, anche di quelle incidentali, e alla commistione nelle mani di quest'ultimo sia delle funzioni amministrative che di quelle giurisdizionali; con l'avvento della Costituzione, si è posto anche il problema della compatibilità con gli artt. 2, 42 e 43 Cost. Le difficoltà maggiori si sono avute con l'istituzione delle regioni e con il trasferimento ad esse, nel 1972, del potere di promuovere la verifica dell'esistenza degli usi civici, l'assegnazione in quota, l'approvazione degli statuti delle associazioni agrarie, il controllo della gestione dei terreni di bosco e pascolo attribuiti ai comuni e alle frazioni e, nel 1977, delle funzioni amministrative relative alla liquidazione degli usi civici, alla verifica delle occupazioni, all'assegnazione a categoria e alla destinazione delle terre frutto di affrancazione. Invero, da quel momento le regioni iniziarono a ritenersi competenti sull'intera materia e iniziarono a dettare un proprio ordinamento, contrastante con i dettami della legge statale. Per meglio comprendere la questione si veda, a titolo esemplificativo, il caso della Regione Calabria o quello della Regione Sardegna, su cui si è pronunciata la Corte costituzionale. Per un commento v. quanto al primo caso: V. ZAMPAGLIONE, *L'inclusione dei fondi in piani di sviluppo industriale non estingue gli usi civici su di essi esistenti*, in *Ordines*, 2021, 2, p. 246. Quanto al caso della Regione Sardegna v: N. COLLEO, *La dimensione paesaggistico - ambientale dell'uso civico. Riflessioni sulle origini e proiezione verso una moderna dimensione della gestione delle terre di dominio collettivo*, in *Federalismi.it*, 2020, 2, p. 47. Interessante anche A. JANNARELLI, *La Corte costituzionale e la "sclassificazione" dei beni civici: una felice messa a punto nella decisione 11 maggio 2017 n. 193*, in *Rivista di diritto agrario*, 2017, II, p. 91. Per un approfondimento, in generale, sugli usi civici nelle regioni a statuto speciale v.: A. SIMONATI, *Gli usi civici nelle regioni a Statuto speciale, tra tutela delle autonomie e salvaguardia dell'interesse nazionale*, in *Le Regioni*, 2015, p. 411; G. SILVESTRI, *Le autonomie regionali speciali: una risorsa costituzionale da valorizzare*, Trieste, 2014; F. VANETTI, L. UGOLINI, *I Limiti alla potestà legislativa delle Regioni a statuto speciale nelle*

legislatore è intervenuto nuovamente in materia adottando la L. 20 novembre 2017, n. 168<sup>8</sup>, con cui ha istituito la nuova categoria dei demani collettivi e ha valorizzato, recependo orientamenti giurisprudenziali, la proprietà collettiva e gli usi civici, in quanto strettamente collegati con la tutela dell'ambiente e del paesaggio.

La Corte costituzionale con la sentenza n.119 del 2023 ha contribuito in modo rilevante alla precisazione della moderna disciplina degli usi civici, chiarendo il particolare regime giuridico dei fondi privati gravati da usi civici non ancora liquidati, come vadano coordinate la L. n. 1766 del 1927 e la L. n. 168 del 2017 e quale sia la portata della funzione sociale del diritto di proprietà anche alla luce delle nuove esigenze intergenerazionali.

L'occasione della pronuncia è la previsione dell'inalienabilità dei fondi privati gravati da usi civici non ancora liquidati, contenuta nell'art. 3, comma 3, della L. n. 168 del 2017, che ha equiparato gli *ius in re propria* e gli *ius in re aliena*, tenuti in debita distinzione con il precedente intervento normativo.

Fatta questa breve premessa, è possibile approfondire il caso sottoposto all'attenzione della Consulta.

## 2. *Il caso al vaglio della Consulta*

In tema di circolazione dei beni collettivi l'art. 3, comma 3, della L. 20 novembre 2017 n. 168, dispone che “il regime giuridico dei beni di cui al comma 1 resta quello dell'inalienabilità, dell'indivisibilità, dell'insuscipibilità e della perpetua destinazione agro-silvo-pastorale”. La disposizione potrebbe indurre ad alcuni dubbi di legittimità costituzionale stante l'inclusione, al precedente comma 1 lett. d), tra i beni collettivi anche delle “terre di proprietà di soggetti pubblici o privati, sulle quali i residenti dei comuni o della frazione esercitano usi civici non ancora liquidati”.

*materie di competenza esclusiva dello Stato*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2016, p. 453.

<sup>8</sup> M. COSULICH, *La legge 20 novembre 2017, n. 168: Norme in materia di domini collettivi. Osservazioni a prima lettura*, in *Rivista di diritto agrario*, 2017, p. 705.

L'occasione della pronuncia, che qui si commenta, è stata la disputa sull'alienabilità o meno di alcuni fondi di proprietà privata gravati da usi civici non ancora liquidati oggetto di due procedure esecutive, nelle more del cui giudizio era entrata in vigore la predetta L. n. 168 del 2017. A sollevare la questione è stata la sezione civile del Tribunale di Viterbo<sup>9</sup>, in funzione di giudice dell'esecuzione, attraverso due ordinanze gemelle iscritte ai numeri 114 e 127, depositate rispettivamente il 28 marzo e il 9 maggio 2022, emesse nell'ambito delle predette due procedure esecutive immobiliari.

Il giudice rimettente rilevava che il legislatore del 2017 sebbene avesse dichiarato il proprio intento ricognitivo del regime esistente e avesse distinto i fondi privati gravati da usi civici dal patrimonio antico dell'ente collettivo (anche detto patrimonio civico o demanio) aveva innovato rispetto all'art. 11 della L. n. 1766 del 1927<sup>10</sup> ancora vigente sottoponendo le due fattispecie al medesimo regime giuridico, caratterizzato dall'inalienabilità, dall'indivisibilità, dall'inusucapibilità e dalla perpetua destinazione agro-silvo-pastorale.

Da qui la decisione di emettere le ordinanze di remissione alla Corte costituzionale per violazione degli artt. 3, 24 e 42 Cost.

Più precisamente, ad avviso del Tribunale di Viterbo, ad essere violato era l'art. 3 Cost. essendo ingiustificatamente disciplinate in modo eguale situazioni giuridiche differenti e per l'irragionevole compromissione del diritto proprietario. Invero, mentre per i demani collettivi l'inalienabilità

<sup>9</sup> Solamente nel caso in cui sia in discussione la *qualitas soli*, sia nei giudizi di accertamento che in quelli di rivendicazione, la giurisdizione è dei commissari per gli usi civici. Più precisamente, le SS.UU., con la sentenza del 3 dicembre 2008, n. 28654 (in *Urbanistica e appalti*, 2009, I, p. 39), hanno precisato che a questi speciali organi di giurisdizione, rimasti in funzione ai sensi della VI disposizione transitoria della Costituzione, gli artt. 29 e 32 della L. n. 1766/1927 riservano "tutte le questioni concernenti l'esistenza, la natura e l'estensione" dei diritti di promiscuo godimento e "la rivendicazione delle terre" che ne sono gravate. Per un approfondimento sulla figura del commissario per gli usi civici e degli aspetti della tutela giurisdizionale dei beni d'uso civico v.: M.L. LUMETTI, *Gli usi civici e la tutela ambientale*, in E. PICOZZA, P. DELL'ANNO (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, *Tutele parallele. Norme processuali*, Padova, 2015, p. 359.

<sup>10</sup> All'art. 11, infatti, i divieti di alienazione, divisione o cessione delle terre gravate da usi civici sono testualmente riferiti solamente alle terre appartenenti alle collettività (o comunque a soggetti pubblici) e non anche alle terre private gravate da diritti in favore della collettività.

è giustificata dallo speciale procedimento previsto dalla L. n. 1766 del 1927, per le terre private gravate da usi civici il divieto di alienazione non è in alcun modo giustificabile, nemmeno con l'esigenza di tutelare l'esistenza dell'uso civico, poiché questo non si estingue con l'alienazione del bene sul quale insiste.

Altrettanto importante era l'irragionevole compromissione del diritto ad agire in giudizio per la tutela dei propri diritti. Invero, poiché il proprietario (debitore esecutato) del bene gravato dall'uso civico *in re aliena* può continuare ad utilizzare il fondo, con il solo limite di garantire alla collettività la fruizione dei diritti di uso civico, è probabile che questi si astenga, non essendo a tanto obbligato, dal concludere il procedimento di liquidazione, che non si dimentichi può essere avviato solo dal proprietario. Ad essere lesa non è solamente il diritto dei creditori di procedere ad esecuzione forzata. Parimenti i titolari del diritto d'uso civico, cui sia impedito illegittimamente l'esercizio del loro diritto, sono esposti al rischio di non riuscire a ottenere neppure un risarcimento del danno essendo il proprietario un soggetto inadempiente e non essendo previsto alcuno strumento che consenta la conservazione del bene, ancorché esposto al rischio di decadenza per la deficitaria situazione economica del proprietario.

Inoltre, veniva evidenziata la violazione anche dell'art. 42 Cost. laddove il proprietario veniva equiparato all'occupante in attesa di legittimazione. Questa limitazione del diritto di proprietà, tra l'altro non corrisposta ad un indennizzo come per il caso delle espropriazioni, evidenziava il giudice rimettente, lede in via mediata anche il diritto di credito vantato dal ceto creditorio.

Il Presidente del consiglio dei ministri, intervenuto nei due giudizi l'8 ed il 25 novembre, al contrario, sosteneva l'inammissibilità e comunque la non fondatezza della questione sollevata osservando come per principio pacifico i beni gravati da usi civici, a chiunque appartenenti, sono inalienabili, inusucapibili, e conseguentemente non suscettibili di esecuzione forzata, in quanto l'esistenza dell'uso civico equiparerebbe il regime del relativo bene alla demanialità. Ciò in conformità con l'art. 586 c.p.c. in cui è testualmente prevista l'automatica liberazione del bene da pesi e formalità che impediscono l'immissione nel traffico giuridico, per effetto della vendita forzata. La parte pubblica sosteneva che la disposizione non viola nè l'art. 3 Cost., perché tutte le fattispecie perseguono

la medesima finalità, né l'art. 24 Cost., perché la tutela degli interessi pubblici è un valido limite al diritto di difesa, né l'art. 42 Cost., laddove il vincolo sul bene discende dallo stesso uso civico e non dalla previsione dell'inalienabilità, che non è altro che una conseguenza.

### 3. *La decisione n. 119/2023 della Corte costituzionale*

Le questioni di legittimità costituzionale sollevate con le due ordinanze di rimessione sono state decise il 15 giugno 2023 con la sentenza n. 119/2023, una volta disposta la riunione dei due giudizi<sup>11</sup>.

La Corte costituzionale ha ritenuto fondate le censure sollevate dal Tribunale ordinario di Viterbo, con riferimento agli artt. 3 e 42, comma 2, Cost.

Più precisamente la Corte ha ribadito come la giurisprudenza si sia costantemente espressa a favore della persistente vigenza della L. n. 1766 del 1927, assunto condiviso anche dal legislatore del 2017 che più volte nel testo di legge richiama il meccanismo di liquidazione degli usi civici, disciplinato dalla L. n. 1766/1927. Un discorso a parte, però, va fatto per la norma censurata, l'art. 3 comma 3, contenente un richiamo solamente apparente. Invero, sebbene sia dichiarato che il regime giuridico dei beni "resta" quello della inalienabilità, indivisibilità, insuscipibilità e perpetua destinazione, di fatto il legislatore ha innovato sia il regime giuridico delineato nel precedente atto normativo per il demanio civico sia il relativo ambito d'applicazione. Invero, il silenzio del legislatore del 1927 è stato pacificamente interpretato nel senso dell'alienabilità della proprietà privata gravata da usi civici non ancora liquidati, che si trasmette unitamente all'uso civico ed al vincolo paesaggistico<sup>12</sup>.

L'inalienabilità della proprietà privata gravata da usi civici non liquidati, ha continuato la Corte, si evince in maniera chiara dal tenore letterale dell'art. 3, comma 3, che, diversamente dal comma 2, rinvia *tout court* ai beni di cui al comma 1 senza alcuna eccezione. Che non si

<sup>11</sup> Ciò è stato possibile in quanto le due questioni avevano ad oggetto la medesima norma ed erano costruite su motivazioni perfettamente coincidenti.

<sup>12</sup> Punto 9.1 della sentenza in commento.

tratti di una dimenticanza lo si evince dal precedente comma 1, laddove si fa dipendere il regime giuridico del bene, e di riflesso della proprietà, dalla destinazione dello stesso, e non dalla titolarità del diritto. Siffatto regime, ad avviso della Consulta, non solo non è posto a tutela di interessi generali, ma realizza anche una illegittima compromissione della proprietà privata. Invero, la funzione sociale della proprietà “non è minimamente intaccata dalla circolazione del fondo”<sup>13</sup> in quanto “i diritti di uso civico *in re aliena*, pur non essendo riconducibili ad alcuno dei diritti reali tipizzati dal legislatore codicistico, presentano i caratteri propri della realtà”<sup>14</sup>, per cui la tutela e l’esercizio dell’uso civico è del tutto indifferente alla circolazione del diritto di proprietà. A ciò si aggiunga l’ulteriore garanzia impressa dal vincolo paesaggistico – che reca con sé la proprietà privata gravata da usi civici – che impedisce modificazioni che possono arrecare pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione. Né l’opponibilità del diritto di uso civico viene meno per effetto di una vendita disposta in via giudiziale in seno ad una procedura esecutiva, in quanto l’art. 586 c.p.c. riguarda le pretese fatte valere dai creditori e l’opponibilità degli usi civici opera a prescindere dal rispetto degli oneri pubblicitari (v. art. 173 *bis*, primo comma, numero 8, disp. Att. Cod. proc. civ.)<sup>15</sup>.

Da qui la violazione degli artt. 3 e 42 Cost. e per l’effetto la libera circolazione della proprietà privata gravata da usi civici.

#### 4. *Spunti di riflessione*

La vicenda è stata l’occasione per fare luce su molteplici profili controversi dell’istituto. Oltre al regime giuridico delle proprietà private gravate da usi civici non ancora liquidati, si pone la questione del coordinamento della L. n. 168 del 2017 con la L. n. 1766 del 1927, e di quale sia la portata da attribuire alla funzione sociale del diritto di proprietà, anche alla luce della nuova esigenza di tutela intergenerazionale.

<sup>13</sup> Punto 10.2 della sentenza.

<sup>14</sup> Punto 10.2 della sentenza.

<sup>15</sup> Punto 10.2 della sentenza annotata.

Per ben comprendere la questione occorre brevemente precisare che sull'esistenza e sull'essenza dell'istituto ha inciso fortemente il suo collegamento con la tutela dell'ambiente e del paesaggio. Tappa importante di questa evoluzione è stata la c.d. Legge Galasso<sup>16</sup>, con cui le aree assegnate ad università agrarie e le zone gravate da usi civici sono state sottoposte a vincolo paesaggistico, e sono state incluse nei piani territoriali paesistici. Degno di nota è anche il successivo codice dell'ambiente, con cui le aree di uso civico sono state incluse tra quelle aventi interesse paesaggistico<sup>17</sup>.

A partire dagli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso, questa nuova funzione attribuita agli usi civici è stata condivisa anche dalla giurisprudenza. Tra le pronunce va ricordata la n. 133 del 1993 con cui la Corte, nel dichiarare la fondatezza dei poteri d'ufficio del Commissario<sup>18</sup>, ha evidenziato la ragionevolezza degli stessi in quanto alla base della conservazione degli usi civici vi è anche l'interesse della collettività di tutela dell'ambiente. In un'altra pronuncia, la n. 46 del 1995, invece, la

<sup>16</sup> L. 8 agosto 1985, n. 431.

<sup>17</sup> Per un approfondimento v.: A. CIOFFI, *Paesaggio, ambiente e beni comuni nella giurisdizione amministrativa*, in *Il diritto agroalimentare*, 2016, p. 463; E. BOSCOLO, *Appunti sulla nozione giuridica di paesaggio identitario*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, p. 797; E. BUOSO, *Gli usi civici come valori paesaggistici della comunità nazionale*, in *Le Regioni*, 2018, p. 453; EAD., *La disciplina dei terreni gravati da usi civici e delle terre collettive tra paesaggio e ordinamento civile*, in *Le Regioni*, 2018, p. 1074; M. DE PAOLIS, *Enti locali e pianificazione del paesaggio*, in *Azienditalia*, 2017, p. 373. Sulla modifica del codice dei beni culturali e del paesaggio, avvenuta con D.Lgs. 26 marzo 2008, n. 63 e sui riflessi che la stessa ha avuto sul riparto dei ruoli tra Stato e Regioni v.: E. BUOSO, *Riflessioni sulla ridefinizione dei ruoli tra Stato e Regioni dopo la modifica del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. 63 del 2008: le competenze legislative e le funzioni amministrative in materia di paesaggio*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2009, p. 114.

<sup>18</sup> Il Commissario per gli usi civici è stato istituito con la L. 16 giugno 1927, n. 1766, con il compito di liquidare gli usi demaniali e civici esistenti sui terreni privati, mediante la cessione alle comunità utenti di una porzione delle terre gravate. Nell'originario impianto legislativo, i commissari svolgevano in prevalenza funzioni amministrative, ma quando sorgevano contestazioni sui diritti, essi dovevano risolverle in via incidentale sospendendo nel frattempo il procedimento. Con il trasferimento delle funzioni amministrative alle regioni – operato con il D.P.R. n. 616/1977 – i commissari per la liquidazione degli usi civici sono rimasti quasi unicamente titolari di funzioni giurisdizionali in ordine all'esistenza, natura e estensione dei diritti civici. Come funzioni di natura amministrativa, invece, ad essi spetta la legittimazione delle occupazioni abusive di terreni d'uso civico.

Corte ha parlato di interesse nazionale alla conservazione degli usi civici per la capacità degli stessi di preservare l'ambiente naturale<sup>19</sup>. Da ultimo, il collegamento degli usi civici con la tutela ambientale e paesaggistica è stato consacrato nell'art. 2, comma 1, della L. 168/2017 in cui i beni di collettivo godimento sono stati definiti come “elementi fondamentali per la vita e lo sviluppo delle collettività locali” cui forniscono anche “fonti di risorse rinnovabili”, e quali “componenti del sistema ambientale” e del paesaggio, nella sua triplice dimensione “agro-silvo-pastorale”, il che palesa la loro vocazione a salvaguardare il “patrimonio culturale e naturale”. Ancora, all'art. 3, comma 6, della stessa legge, è stabilito che con l'imposizione del vincolo paesaggistico sulle zone gravate da uso civico, e in generale con la conservazione degli usi civici, si contribuisce alla tutela dell'ambiente e del paesaggio. Si tratta, questa, di una tutela rafforzata dalla previsione della permanenza del vincolo anche in caso di liquidazione degli usi civici e del necessario coinvolgimento in via preventiva dello Stato.

La tutela paesistico-ambientale e la salvaguardia del regime dei beni d'uso civico sono strettamente collegate tra di loro. Tra di esse, però, non vi è equi-ordinazione, ma la prima incorpora la seconda<sup>20</sup>. Infatti, la tutela paesistico ambientale dipende dalla gestione del territorio e dall'apporto delle popolazioni, soprattutto per quanto riguarda le aree degradate o apparentemente prive di pregio<sup>21</sup>.

Tutelare non significa limitarsi a meri atti di conservazione, ma tenere conto dell'evoluzione ecosistemica e di quella dell'economia agricola, delle nuove conoscenze nella materia ambientale e dell'agricoltura, delle tecniche silvo-pastorali e porre in essere anche attività di valorizzazione degli interessi pubblici e delle collettività locali.

<sup>19</sup> La giurisprudenza ha valorizzato le “numerose forme, molteplici e diverse [...] di godimento [...] di un bene fondiario da parte dei membri di una comunità” in virtù del loro collegamento con l'ambiente e col paesaggio. In tal senso v.: Corte cost. 2 dicembre 2021, n. 228; Corte cost. 27 giugno 1986, n. 151; Corte Cost. 28 novembre 2022, n. 236; Corte cost. 2 dicembre 2021, n. 228; Corte Cost. 24 aprile 2020, n. 71; Corte cost. 31 maggio 2018, n. 113; Corte cost., 11 maggio 2017, n. 103.

<sup>20</sup> L'esercizio degli usi civici deve operare in assoluta sinergia con la tutela paesistico ambientale. In tal senso Corte cost. n. 71 del 2020, cit.

<sup>21</sup> Questo è quanto si evince dalla Convenzione europea e del paesaggio adottata a Strasburgo dal comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 19 luglio 2000 e ratificata con la L. del 9 gennaio 2006, n. 14.

Alla base di questo indirizzo vi è la consapevolezza che il “suolo è una risorsa naturale ecosistemica non rinnovabile, essenziale ai fini dell’equilibrio ambientale, capace di esprimere una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale”<sup>22</sup>. L’integrità ambientale va vista, quindi, come un bene unitario e va perseguita attraverso il più ampio coinvolgimento delle aree allo stato naturale o che hanno subito minori alterazioni da parte dell’uomo.

Conseguenza di questa nuova prospettiva è che non rileva più la titolarità della proprietà, ma l’uso, il godimento, l’effettiva fruizione e sfruttamento delle utilità che quei beni possono offrire, nel rispetto delle generazioni future. Lo si percepisce chiaramente anche nella L. 168 del 2017 dove è configurata una “proprietà inter-generazionale” (v. art. 1, comma 1, lett c.), quel paradigma di proprietà collettiva che aveva animato il dibattito nell’Assemblea costituente<sup>23</sup>.

In questi termini va letta la funzione sociale della proprietà e il paradigma dell’utilità sociale, la riserva di competenza in favore del legislatore statale<sup>24</sup>, l’attenzione per la pianificazione e per la propedeutica valu-

<sup>22</sup> Corte cost. 23 maggio 2019, n. 179.

<sup>23</sup> Dall’attribuzione della nuova funzione di tutela ambientale discendono importanti conseguenze anche sul piano processuale. Con la sentenza n. 113 del 2018, la Corte ha riconosciuto la legittimazione di alcuni utenti-condomini a rappresentare gli interessi alla conservazione del regime giuridico, anche in opposizione all’ente esponenziale di tali patrimoni. Invero, i singoli condomini hanno la facoltà di promuovere provvedimenti petitori e possessori, *uti singuli et cives*, a beneficio della collettività cui appartengono.

<sup>24</sup> La conseguenza più importante della nuova funzione attribuita agli usi civici riguarda la ripartizione delle competenze, che devono essere necessariamente riservate al legislatore statale. Invero, come dichiarato più volte dalla Consulta e, poi, ribadito dalla legge n. 168/2017, i beni di collettivo godimento sono fondamentali per la vita e lo sviluppo delle collettività locali. Essi sono strumenti primari per la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale e componenti stabili del sistema ambientale. Tuttavia, come ha ricordato la Corte costituzionale nella sentenza n. 71 del 2020, non si tratta di una novità, in quanto la competenza statale era stata già prevista dall’art. 142 del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, le cui norme si impongono al legislatore regionale. Interessante è anche la sentenza n. 113/2018, in cui è sottolineato che è da escludere che “nell’intero arco temporale di vigenza del titolo V, parte II, della Costituzione – sia nella versione antecedente alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, sia in quella successiva – e, quindi, neppure a seguito dei D.P.R. n. 11 del 1972 e n. 616 del 1977 [...], il regime civilistico dei beni civici sia mai passato nella sfera di

tazione e autorizzazione degli interventi innovativi da parte dell'autorità preposta al vincolo<sup>25</sup>.

Fatta questa preliminare precisazione è possibile soffermarsi sul regime giuridico dei beni coordinando le disposizioni della L. n. 168/2017 con quelle della L. n. 1766/1927 e del relativo regolamento attuativo<sup>26</sup>.

La persistente vigenza della pregressa disciplina del 1927 non è contestata dal legislatore del 2017. All'art. 3, comma 6, infatti, si fa riferimento al procedimento di liquidazione, regolato dalla L. n. 1766/1927<sup>27</sup>. Tuttavia, problemi di coordinamento si pongono tra le due normative quanto al regime giuridico. Per ben comprendere la questione occorre partire dalla legge del 1927. Questa dispone la liquidazione dei diritti collettivi insistenti su terre di proprietà privata e denunciati entro sei mesi dalla pubblicazione della legge<sup>28</sup>, attraverso la cessione al Comune – o a una sua frazione – di parte del fondo<sup>29</sup>. La stessa legge prevede che i terreni ceduti al comune siano assegnati ad una delle categorie indicate all'art. 11, che detta una disciplina differente a seconda che si tratti di terreni utilizzabili come bosco o come pascolo permanente (facenti parte della categoria A) e terreni utilizzabili per la coltura agraria (facenti parte della categoria B). I primi sono vincolati alla destinazione pubblica di conservazione ambientale, consentendo agli abitanti del comune di continuare ad esercitare gli usi civici, così come sulle originarie terre di appartenenza del comune, sulle quali non si è mai costituita una proprietà privata; i secondi sono assegnati in enfiteusi ai singoli (c.d. quotizzazione), che pos-

competenza delle Regioni. Infatti, la materia “agricoltura e foreste” di cui al previgente art. 117 Cost., che giustificava il trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni e l'inserimento degli usi civici nei relativi statuti, mai avrebbe potuto comprendere la disciplina della titolarità e dell'esercizio di diritti dominicali sulle terre civiche”.

<sup>25</sup> Per un maggior approfondimento v.: V. ZAMPAGLIONE, *L'inclusione dei fondi in piani di sviluppo industriale non estingue gli usi civici su di essi esistenti*, in *Ordines*, 2021, 2, p. 246.

<sup>26</sup> R.D. del 26 febbraio 1928, n. 332.

<sup>27</sup> La persistente vigenza della pregressa normativa è stata affermata più volte in giurisprudenza. Sul punto v.: Corte cost. 28 novembre 2022, n. 236; Corte cost. 2 dicembre 2021, n. 228; Corte cost. 26 luglio 2018, n. 178; Corte cost. 11 maggio 2017, n. 103.

<sup>28</sup> La denuncia poteva essere fatta da chiunque potesse far valere diritti sul fondo.

<sup>29</sup> La restante parte rimaneva in piena e libera proprietà all'intestatario.

sono alienarli, previa affrancazione del canone enfiteutico<sup>30</sup>. Solamente i beni di cui alla categoria A sono soggetti ad un regime di indisponibilità e sono alienabili solo a seguito dell'autorizzazione del Ministero; per essi il mutamento di destinazione, sempre se autorizzato, può avvenire esclusivamente per esigenze di pubblico interesse (c.d. sdemanializzazione)<sup>31</sup>. In applicazione dell'art. 9 della stessa legge, le occupazioni delle terre appartenenti ai comuni, alle frazioni e alle associazioni possono essere legittimate (c.d. legittimazione) a condizione che l'occupante vi abbia apportato sostanziali e permanenti migliorie, che la zona occupata non interrompa la continuità dei terreni del demanio civico e che l'occupazione duri da almeno dieci anni.

La bipartizione fra *iura in re aliena* (gli usi civici che gravano sulla proprietà privata) e *iura in re propria* (demanio civico), su cui si basa la legge del 1927, permane anche nella legge del 2017, ma solamente in astratto. In concreto, il legislatore sottopone le due categorie allo stesso regime giuridico, quello dell'inalienabilità. Ciò in contrasto sia con l'obiettivo di continuità enunciato dal legislatore stesso nel preambolo della legge, sia con il consolidato orientamento giurisprudenziale che sposa la tesi di un regime differenziato tra demanio civico e proprietà privata gravata da usi civici non ancora liquidati<sup>32</sup>, confermata da ultimo, il 10 maggio 2023,

<sup>30</sup> La legge del 1927 prevede l'affrancazione dell'uso (artt. 5 e 34) e la conciliazione (artt. 8 e 29), atti negoziali finalizzati a sciogliere le promiscuità e a risolvere l'esercizio degli usi *in re aliena*, in favore della stabilizzazione di situazioni di diritto singolare esercitate da lunghissimo tempo senza opposizione della comunità di riferimento, che in cambio riceveva un'indennità pari al valore dell'uso non più esercitato. L'indennità non ricomprende il valore delle opere realizzate secondo i canoni dell'art. 934 cod. civ., poiché, a differenza della fattispecie decisa dalla Corte di cassazione, a sezioni unite, con la sentenza 16 febbraio 2018, n. 3873, il rapporto tra il proprietario e la comunità titolare dell'uso non è riconducibile alla disciplina del condominio. Gli altri istituti, come lo scorporo e lo scioglimento delle promiscuità – ancorché collegati a situazioni ormai rare – meritano, da parte delle amministrazioni competenti, l'esercizio di una discrezionalità più complessa nella scelta di mantenere o risolvere la commistione tra proprietà privata e utile dominio della collettività, poiché, in relazione a beni di notevole entità territoriale, potrebbe prevalere l'opzione di conservare il vincolo paesistico-ambientale sul patrimonio.

<sup>31</sup> Per effetto della sdemanializzazione viene meno la destinazione pubblica del bene, per cui questo è soggetto al regime privatistico e non più a quello previsto per i beni demaniali.

<sup>32</sup> Già nel 1973 con la n. 1671 le SS.UU. avevano affermato il seguente principio:

anche dalle SS. UU. della Corte di cassazione con la sentenza n. 12570, emessa in tema di sdemanializzazione dei demani collettivi in vista di una procedura di espropriazione per pubblica utilità<sup>33</sup>.

Come precisato dalla Corte nella sentenza in commento, l'inalienabilità della proprietà privata gravata da usi civici non troverebbe giustificazione nemmeno con il limite dell'utilità sociale di cui all'art. 42 Cost. L'esigenza, sottesa alla disciplina degli usi civici, di preservare profili dell'ambiente e del paesaggio, a beneficio di interessi generali che si proiettano anche verso generazioni future, senza dubbio evoca una finalità idonea a plasmare la proprietà privata, al fine di renderla coerente con la funzione sociale<sup>34</sup>. Tuttavia, non è sufficiente attrarre nel paradigma della funzione sociale lo scopo perseguito dal legislatore per ritenere che la

“Qualora i beni appartenenti a privati, sui quali si esercita l'uso civico, vengano espropriati per pubblica utilità prima della liquidazione prevista dalla legislazione in materia, le ragioni derivanti dai diritti di uso civico si trasferiscono sulla indennità di espropriazione. Se, invece, l'uso civico si esercita su beni appartenenti alla collettività (terre possedute dai comuni, frazioni di comune, comunanze, partecipanze, università ed altre associazioni agrarie), il regime di inalienabilità e di indisponibilità cui i beni stessi sono assoggettati – e che permane, per quelli concessi in enfiteusi, fino all'eventuale affrancazione, e per quelli conservati ad uso civico fino al decreto del ministro dell'agricoltura che ne autorizza l'alienazione – comporta che i beni anzidetti non sono espropriabili per pubblica utilità se non previa “sdemanializzazione”. Ed inoltre sempre in questa pronuncia la Corte ha precisato che “poiché l'atto di sdemanializzazione può ravvisarsi soltanto nel provvedimento previsto dalla legge, il Commissario per gli Usi civici conserva la propria giurisdizione – in tema di verifica delle occupazioni arbitrarie secondo le norme della citata legislazione – anche se il terreno oggetto d'indagine, ai fini della sua appartenenza o meno alla collettività degli utenti, risulti espropriato per pubblica utilità, in quanto né la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, né il provvedimento di espropriazione possono avere efficacia equipollente all'atto di sdemanializzazione del bene”.

<sup>33</sup> Nella sentenza citata le SS.UU. hanno affermato che: “I diritti di uso civico gravanti su beni collettivi non possono essere posti nel nulla (ovvero considerati implicitamente estinti) per effetto di un decreto di espropriazione per pubblica utilità, poiché la loro natura giuridica assimilabile a quella demaniale lo impedisce, essendo, perciò, necessario, per l'attuazione di una siffatta forma di espropriazione, un formale provvedimento di sdemanializzazione, la cui mancanza rende invalido il citato decreto espropriativo che implichi l'estinzione di eventuali usi civici di questo tipo ed il correlato trasferimento dei relativi diritti sull'indennità di espropriazione”.

<sup>34</sup> Corte cost. 23 marzo 2021, n. 46; Corte cost. 11 novembre 2021, n. 213; Corte cost. 30 aprile 2015, n. 71; Corte cost. 29 maggio 2009, n. 167; Corte cost. 9 novembre 2000, n. 482.

norma censurata sia automaticamente compatibile con l'art. 42, secondo comma, Cost.<sup>35</sup>. Invero, ad avviso dell'organo giudicante, è orientamento consolidato<sup>36</sup> quello secondo cui occorre accertare che la disciplina volta a definire il modo di essere della proprietà privata, nella sua relazione con gli interessi generali, non risulti affetta da illogicità, incoerenza e intrinseca irragionevolezza, oltre che da sproporzione, rispetto all'obiettivo prefissato.

Illogica, incoerente e irragionevole è la previsione dell'inalienabilità dei fondi privati gravati da usi civici di cui all'art. 3, comma 3, della L. n. 168/2017, in quanto pur non essendo ricompresi in alcuno dei diritti tipizzati dal legislatore codicistico, gli usi civici presentano tutti i caratteri propri della realtà: l'inerenza, lo *ius sequelae*, l'immediatezza, l'autosufficienza, l'assolutezza e l'opponibilità *erga omnes*<sup>37</sup>. Ne discende che il loro esercizio non è intaccato dalla cessione *inter vivos* o *mortis causae* del fondo al quale afferiscono e sono trasferiti unitamente al fondo.

## 5. Conclusioni

Il caso portato all'attenzione della Consulta costituisce una chiara riprova del fatto che “la questione ambientale si scontra inevitabilmente con quella proprietaria nella misura in cui i terreni di proprietà privata costituiscono un'importante fonte di servizi ecosistemici”<sup>38</sup>. Il profilo merita attenzione soprattutto in un ordinamento giuridico come quello italiano dove, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, gli obiettivi di conservazione ambientale sono stati perseguiti attraverso l'imposizione di vincoli all'esercizio del diritto di proprietà come limiti alla possibilità di edificare e/o di svolgere attività anche solo potenzialmente pregiudizievoli per l'ambiente.

<sup>35</sup> Sentenza in commento, punto 9.3

<sup>36</sup> V. Corte cost. 11 novembre 2021, n. 213; Corte cost. 23 marzo 2021, n. 46; Corte cost. 9 novembre 2000, n. 482.

<sup>37</sup> Punto 10.2 della sentenza in commento.

<sup>38</sup> S. PRADUROUX, *Il privato, la proprietà e l'ambiente: spunti di riflessione da un confronto tra il diritto italiano e quello francese*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2021, 2, p. 520, cit.

La pronuncia in commento apre le porte ad una riflessione sul rilievo assunto dall'ambiente, sul ruolo che il proprietario terriero è chiamato a svolgere, sugli strumenti che questi ha a disposizione nella protezione dell'ecosistema e sui limiti che il potere statale incontra nell'interferire nei diritti dei singoli.

La risposta a quest'ultimo profilo la si rinviene nell'art. 1 del Protocollo 1 CEDU<sup>39</sup>, rubricato "Protezione della proprietà", in forza del quale spetta alla Corte EDU, in qualità di arbitro di ultima istanza, valutare la proporzionalità delle interferenze statali nel diritto di ciascuno rispetto ai propri beni. La Corte, come si evince da una lettura della principale casistica in materia, è sicuramente propensa a far prevalere le esigenze ambientali su quelle di ordine economico, ove proporzionate<sup>40</sup>.

Ciò posto, la costituzionalizzazione dell'ambiente come valore assoluto e primario è stata raggiunta in tempi diversi nei vari Stati europei. Sicuramente tra i più virtuosi vanno ricordati la Svezia, la Grecia, il Portogallo e la Spagna, che negli anni immediatamente successivi alla Dichiarazione di Stoccolma del 1972 hanno inserito l'ambiente tra i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. In Italia questo è avvenuto solo di recente<sup>41</sup>, con la Legge di riforma costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1<sup>42</sup> essendosi preferito fino a quel

<sup>39</sup> La Corte abbraccia un'interpretazione ampia del concetto di bene, così da ricomprendere un'ampia gamma di diritti e interessi patrimoniali. Ne risulta un sistema di tutela dei diritti patrimoniali che include, ma non si esaurisce, con il diritto di proprietà privata. In toni critici v.: A GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, Giuffrè, 1990, p. 202.

<sup>40</sup> In tal senso v.: Corte EDU, 27 novembre 2017, n. 21861/03, *Hamer c. Belgio*, par. 79. Quanto alla proporzionalità la Corte in alcuni casi l'ha esclusa per mancanza di indennizzo (v. Corte EDU, 1 settembre 2016, ric. N. 46154/11, *Valle Pierimpie Società agricola s.p.a. c. Italia*; Corte EDU, giugno 2020, ric. N. 12131/18, *Neši V. Montenegro*) o per mancanza di garanzie procedurali (v. Corte EDU, 28 giugno 2018, n. 1828/06, *G.I.E.M. S.R.L. e altri c. Italia*) o per contrasto con i principi di buona amministrazione (v. Corte EDU, 9 gennaio 2018, n. 25545/14, *Tumeliai c. Lituania*).

<sup>41</sup> La ragione della riforma va individuata soprattutto nel cambiamento climatico e nella sua pressante presenza sui tavoli politici a tutti i livelli, dalla COP 21 al *Green Deal* europeo.

<sup>42</sup> Per un valido commento v.: M. DELSIGNORE, A. MARRA, M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Rivista giuridica ambiente*, 2022, p. 1. In particolare gli autori, dopo aver rilevato che "nulla di nuovo

momento non intervenire sul testo della Costituzione, garantendo comunque una tutela costituzionale all'ambiente attraverso l'interpretazione evolutiva degli articoli della Costituzione relativi al paesaggio (art. 9), alla salute (art. 32), alla proprietà (art. 42) e all'assetto del territorio (art. 44).

Questo atteggiamento della giurisprudenza italiana, tutt'altro che insensibile alla questione ambientale, unitamente all'affermarsi di quell'orientamento – inaugurato dalle corti tedesche a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso e oggi condiviso anche dalla CEDU – volto ad internalizzare nella nozione e nella struttura del diritto di proprietà i limiti derivanti dalla dimensione ecologica dei beni<sup>43</sup>, ha contribuito alla nascita anche nell'ordinamento italiano del dibattito sul limite sociale della proprietà<sup>44</sup> e all'affermazione del principio secondo cui la tutela dell'ambiente naturale opera, per il tramite dell'art. 42 Cost., come criterio di conformazione dei diritti reali<sup>45</sup>.

vi è nelle affermazioni di principio di cui ai riformulati artt. 9 e 41 Cost.», si augurano “una rinnovata attenzione del legislatore, che, insieme al vigilante controllo della Corte costituzionale, funga da guida per avviarci sulla strada di nuovi modelli in grado di fare fronte alle esigenze di una tutela giuridica dell'ambiente che deve spingersi ben oltre la mera conservazione dell'esistente”.

<sup>43</sup> R. DOLZER, *Property and environment: The social obligation inherent in ownership. A study of the german constitutional setting*, in *IUCN Environmental policy and law paper*, 1976; M. RAFF, *Environmental obligations and the western liberal property concept*, in *Melbourne university law review*, 1998, p. 691.

<sup>44</sup> Il vivace dibattito è iniziato negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione. S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1960, p. 1252; G.B. FERRI, *La formula “funzione sociale” dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in *Rivista di diritto privato*, 2003, p. 673; C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, p. 409; L. NIVARRA, *“Così c'è stata la storia, ma ormai non c'è più”*. *“La funzione sociale” dissolta e l'eterno ritorno della proprietà borghese*, in *Rivista di diritto privato*, 2013, p. 531; M.R. MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, in *Rivista di diritto privato*, 2013, p. 551; U. MATTEI, *Una primavera di movimento per la “funzione sociale della proprietà”*, in *Rivista di diritto privato*, 2013, p. 531; A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, 2 ed., Milano, 2017, p. 176.

<sup>45</sup> Corte cost. 11 luglio 1989, n. 381, in *Foro.it.*, 1990, parte I, p. 1805. In particolare nella pronuncia indicata la Corte ha ritenuto che i vincoli imposti dal legislatore all'esercizio dei diritti di uso civico sulle terre incluse in un Parco naturale, sono espressione del potere conformativo del diritto di proprietà.

Quanto, infine, al ruolo che il proprietario è chiamato a svolgere, anche in una prospettiva *de iure condendo*, preme comparare brevemente l'esperienza italiana con quella francese. Come nella Costituzione italiana anche in quella francese, del 1958, nella sua versione originale, non vi era alcun accenno all'ambiente. Poi, nel 2005 con la L. costituzionale n. 205/2005 è stato introdotto nel preambolo della Costituzione un riferimento alla Carta dell'ambiente del 2004<sup>46</sup>, cui è riconosciuto rango costituzionale<sup>47</sup>. Se sotto questo profilo appaiono molto simili tra di loro, le due esperienze, quella italiana e quella francese, si differenziano quanto al coinvolgimento dei privati nella realizzazione degli interessi ambientali. Invero, mentre nell'ordinamento giuridico italiano la protezione dell'ambiente è riservata allo Stato<sup>48</sup>, nell'ordinamento francese,

<sup>46</sup> Nel preambolo la protezione dell'ambiente è espressamente indicata quale interesse fondamentale dello Stato. Nei successivi dieci articoli sono, invece, enunciati i diritti e i doveri individuali, ma anche principi generali e obiettivi di politica economica.

<sup>47</sup> Cons. Const., 19 giugno 2008, no. 2008-564 DC; Cons. Const., 7 maggio 2014, no. 2014-394 QPC.

<sup>48</sup> Se si guarda al diritto comune della proprietà e del contratto, nell'ordinamento giuridico italiano, mancano gli strumenti adeguati per consentire al proprietario di far fronte a esigenze specifiche di tutela dell'ambiente e degli ecosistemi. La politica ambientale è basata su vincoli che si impongono al proprietario. In questo quadro si inserisce la L. n. 168/2017 – la cui disposizione è stata oggetto di censura da parte della Corte costituzionale nella sentenza in commento – con cui il legislatore ha recepito l'orientamento della giurisprudenza costituzionale e ha riconosciuto gli usi civici e i domini collettivi come importanti strumenti di tutela dell'ambiente. Interessante è la proposta del “contratto ecologico” quale nuovo paradigma contrattuale, che impone una conformazione “ecologica” all'autonomia negoziale, in applicazione del principio dello sviluppo sostenibile. Alla luce di questo indirizzo la funzione del contratto si evolve dalla tradizionale funzione di scambio o di circolazione dei beni individuali a quella di godimento e gestione condivisa dei beni comuni, di realizzazione di un'economia circolare, equa e solidale. In tal senso v.: M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2014, 3, p. 767; ID., *Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi*, in *Benessere e rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. in ricordo di G. Gabrielli, Napoli 8-9-10 maggio 2014, ESI, Napoli, 2015, p. 268; ID., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2017, 1, p. 4. Più in generale, per l'incidenza dell'interesse ambientale sugli istituti e le categorie tradizionali del diritto civile, al punto da imporne una profonda revisione concettuale, M. PENNASILICO., *Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione delle categorie civilistiche*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, ESI, Napoli, 2014, p. 34; ID., *Le categorie del diritto civile*

accanto a restrizioni del diritto di proprietà, come le servitù per pubblica utilità<sup>49</sup>, il legislatore ha predisposto strumenti specifici di autonomia privata che consentono al privato di contribuire in concreto alla realizzazione dell'obiettivo ambientale<sup>50</sup>. Si pensi in particolare alle *obligations réelles environnementales* (ORE), disciplinate dall'art. L. 132-3, comma 1, del codice dell'ambiente, introdotto con la L. dell'8 agosto 2016, n. 1087. Questo istituto, di ispirazione anglosassone, consente all'autonomia privata di porre in capo al privato proprietario obblighi di tutela dell'ambiente, attraverso contratti il cui contenuto non è predeterminato dal legislatore. Non sono posti limiti di durata del contratto, né è limitato il campo d'applicazione, potendo riguardare qualsiasi fondo anche privo di un interesse ambientale particolare. Inoltre, l'obbligazione reale di mantenimento, conservazione, gestione o ripristino della biodiversità o di funzioni ecologiche può consistere sia in un *facere* quanto in un *non facere*. A sostegno del proprietario sono stati previsti incentivi di natura fiscale<sup>51</sup> e la collaborazione dell'altra parte contrattuale (una persona giuridica di diritto pubblico o privato che opera nel campo della tutela ambientale) che è obbligata a porre in essere attività di assistenza tecnica e finanziaria.

Sebbene ad oggi non sia possibile quantificare i risultati raggiunti, l'iniziativa francese è degna di lode e deve essere presa come punto di riferimento anche nell'ordinamento italiano, che non può più basare la propria politica ambientale solamente sull'imposizione di "vincoli". Risultati soddisfacenti si potranno vedere solamente coinvolgendo i proprietari nel perseguimento degli obiettivi ambientali attraverso strumenti

*tra metodo e storia* (A proposito del libro di Nicola Lipari), in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1246.

<sup>49</sup> Queste consentono di incidere sulle facoltà di disposizione e di godimento del bene e di porre obblighi positivi in capo al proprietario. Si v. V.A. REBILLARD, *La notion de servitude environnementale, Essai d'identification des critères constitutifs*, in *Les ressources foncières*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 160; B. GRIMONPREZ, *Servitudes et contrats: instruments de protection des espaces naturels et agricoles*, in *Revue droit et patrimoine*, 2012.

<sup>50</sup> Si noti inoltre che il dovere di garantire la tutela dell'ambiente che grava in capo ai privati è sancito a livello costituzionale nell'ordinamento francese (v. art. 2 della carta dell'ambiente), mentre a livello legislativo nell'ordinamento italiano (v. art. 3-ter del codice dell'ambiente).

<sup>51</sup> V. Legge finanziaria del 29 dicembre 2020, n. 1721.

flessibili come quello francese che, tra l'altro, presenta l'ulteriore pregio della notevole forza vincolante: gli obblighi sanciti, infatti, hanno efficacia *ultra partes*, vincolando tutti i proprietari del fondo che si succederanno nell'arco di tempo di durata del contratto.

## ABSTRACT

*Usi civici – environmental protection – property right – right of defense  
state property – ius in re propria – ius in re aliena*

*With the sentence no. 119/2023 the Italian Constitutional Court censured the art. 3, paragraph 3, of law no. 168/2017, that provided that privately owned lands encumbered by “usi civici” not yet liquidated are non-alienable. The practice of these rights is not prevented by the inter vivos or mortis causae transfer of the encumbered land, because usi civici presents all the typical characteristic of italian real rights. Therefore all they are transmitted together with the fund. These rights are also guaranteed by the landscape constraints imposed on the land.*



REGOLAMENTO  
SULLA PUBBLICAZIONE DEI LAVORI  
DESTINATI ALLA RIVISTA GIURIDICA DELL'AMBIENTE

*Art. 1 - Lavori pubblicabili*

Sono pubblicabili sulla Rivista articoli, rassegne o note a sentenza (qui di seguito "lavori"). Con la proposta di pubblicazione, gli autori garantiscono che i loro lavori siano originali e che siano opportunamente parafrasati o citati letteralmente i lavori o le parole di altri autori, indicando in ogni caso il relativo riferimento.

Salvo deroga a discrezione del Comitato direttivo, i lavori proposti non devono essere stati pubblicati in altri periodici o riviste, né essere sottoposti, durante la procedura di valutazione esterna, ad altri periodici o riviste ai fini della pubblicazione.

Ogni lavoro deve essere corredato da un riassunto scritto direttamente dall'autore in inglese. Inviando un lavoro, l'autore concorda sul fatto che, se esso è accettato per la pubblicazione, tutti i diritti di sfruttamento economico, senza limiti di spazio e con tutte le modalità e le tecnologie attualmente esistenti o in futuro sviluppate, sono trasferiti alla Rivista.

*Art. 2 - Pubblicazione*

Il Comitato direttivo decide preliminarmente se accettare o non accettare per la pubblicazione i lavori che ha ricevuto.

Il Comitato direttivo sottopone a valutazione esterna anonima tra pari i lavori che ha accettato e, terminata tale valutazione, decide definitivamente sulla loro pubblicazione.

Il Comitato direttivo può eccezionalmente decidere di non sottoporre a valutazione esterna i lavori di autori di chiara fama.

Il Comitato direttivo è tenuto a non divulgare alcuna informazione sui lavori ricevuti a soggetti diversi dagli autori, revisori o potenziali revisori, né a utilizzarli senza il consenso dell'autore.

Il Comitato direttivo agisce per garantire la miglior qualità della Rivista. Se sono ricevute segnalazioni in merito a errori o imprecisioni, conflitti di interessi o plagio in un lavoro pubblicato, il Comitato direttivo ne dà tempestiva comunicazione all'autore e all'editore e intraprende le azioni necessarie per chiarire la questione. Se del caso, il Comitato direttivo, ritira il lavoro o dispone per la pubblicazione di una correzione o di una ritrattazione.

Ai fini del presente regolamento, il Comitato direttivo include i direttori della Rivista.

*Art. 3 - Valutazione esterna*

Il Comitato direttivo invia i lavori da sottoporre a valutazione esterna a un professore universitario, anche fuori ruolo, esperto del tema trattato dallo scritto da valutare, purché questi non faccia parte né dello stesso Comitato direttivo, né del Comitato scientifico, né del Comitato editoriale della Rivista.

I lavori non sono inviati a valutatori esterni che, a giudizio del Comitato direttivo, si trovino in una situazione di conflitto d'interessi per rapporti personali o economici con l'autore.

Il Comitato direttivo indica ai valutatori esterni un termine per l'invio del giudizio.

I valutatori esterni procedono secondo il sistema di valutazione anonima c.d. a doppio cieco:

il lavoro è inviato al valutatore esterno senza la firma dell'autore ed è privato di altre indicazioni che possano rivelarne l'identità; il nome del valutatore esterno non è comunicato né all'autore, né a terzi.

Ai lavori da valutare è allegata una scheda predisposta dal Comitato direttivo, contenente i criteri per la formulazione del giudizio.

Il valutatore esterno selezionato che non si senta qualificato alla valutazione del lavoro assegnato o che ritenga di non essere in grado di eseguire la valutazione nei tempi richiesti comunica al Comitato direttivo la sua rinuncia a partecipare alla procedura di valutazione.

Il Comitato direttivo è tenuto a mantenere il riserbo sulle scelte dei valutatori esterni e questi ultimi sulle opinioni e sui giudizi espressi.

#### *Art. 4 - Procedura di valutazione esterna*

Nella valutazione esterna si tiene conto del genere scientifico e della diversa funzione e destinazione dei lavori.

La valutazione esterna è condotta con obiettività e chiarezza ed è accompagnata da una motivazione.

I valutatori esterni richiamano l'attenzione del Comitato direttivo sulle somiglianze sostanziali o sovrapposizioni che abbiano ravvisato tra il lavoro in esame e qualunque altro scritto pubblicato di cui siano a conoscenza.

I valutatori esterni possono subordinare l'approvazione del lavoro a miglioramenti del testo e a integrazioni bibliografiche. Il Comitato direttivo invia tali indicazioni all'autore e decide definitivamente sulla sufficienza e sulla coerenza degli adeguamenti che quest'ultimo ha apportato.

Resta ferma l'esclusiva responsabilità dell'autore per i contenuti del suo lavoro.

#### *Art. 5 - Pubblicità del procedimento di valutazione*

Il presente regolamento è pubblicato sulla Rivista.

Ogni cinque anni la Rivista pubblica l'elenco dei valutatori esterni utilizzati, senza riferimento ai lavori valutati.

I direttori curano la conservazione per cinque anni delle schede di valutazione ricevute.

Finito di stampare nel mese di aprile 2024  
dalla Vulcanica srl - Nola (NA)