

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI
DIRITTO DELL'AMBIENTE

-

Quarterly Journal of Environmental Law

ANNO 2016 / NUMERO 3



G. Giappichelli editore

DIRETTORE*Editor-in-chief*

Giampaolo ROSSI

COMITATO DI DIREZIONE*Board of Editors*

Maurizio CAFAGNO, Francesco DE LEONARDIS,
Andrea FARÌ, Fabrizio FRACCHIA, Stefano GRASSI,
Massimo MONTEDURO, Mauro RENNA

RESPONSABILE DI REDAZIONE**Coordinator of Assistant Editors**

Omar HAGI KASSIM

COMITATO DI REDAZIONE**Assistant Editors**

Giuseppina BUIA, Sergio CANDELA, Carla
CASANUEVA MURUAIS, Elena DE MERICH,
Giorgia DIOTALLEVI, Eugenio FIDELBO,
Annamaria GIGLI, Francesco GRASSI, Alessandro
GRECO, Roberto Franco GRECO, Emanuele
GUARNA ASSANTI, Antonio GUSMAI, Simona
MALERBA, Giulia MENICHELLA, Calogero
MICCICHE', Raffaella PIAGGESI, Francesco ROSSI,
Elena TASCA, Stefano VACCARI, Marco
VENTURA, Serena VINCENTI.

**COMITATO INTERNAZIONALE SCIENTIFICO
E DI REFERAGGIO****International Advisory and Peer Review Board**

Mariagrazia ALABRESE, Marcos ALMEIDA
CERREDA (Spagna), Laura AMMANNATI,
Annamaria ANGIULI, Marco ANTONIOLI, Francesco
ASTONE, Carla BARBATI, Antonio BARONE,
Antonio BARTOLINI, Aretta BENEDETTI, Maria
Valeria BERROS (Argentina), Julien BÉTAILLE
(Francia), Laura BOURIAUD (Romania), Eugenio
BRUTI LIBERATI, Maria Agostina CABIDDU,
Giandonato CAGGIANO, Giuseppe CAIA, Vincenzo
CAPUTI JAMBRENGHI, Beniamino CARAVITA,
Antonio CARULLO, Giovanni Maria CARUSO,
Mauro CATENACCI, Marcello CECCHETTI,
Vincenzo CERULLI IRELLI, Stefano CIVITARESE
MATTEUCCI, Gian Domenico COMPORTI, Guido
CORSO, Pedro COSTA GONÇALVES (Portogallo),
Alessandro D'ADDA, Domenico D'ORSOGNA, Maria
DE BENEDETTO, Gabriella DE GIORGI,
Giancandido DE MARTIN, Daria DE PRETIS,
Giacinto DELLA CANANEA, Benoît DELAUNAY
(Francia), Paolo DELL'ANNO, Giuliana DI FIORE,
Giampiero DI PLINIO, José Manuel DIAZ LEMA
(Spagna), Federico DINELLI, Elizabeth DOOLEY
(Stati Uniti d'America/Gran Bretagna), Leonardo
FERRARA, Giuseppe FERRARI, Gianfrancesco
FIDONE, Francesco FONDERICO, Júlio César
GARCIA (Brasile), Alberto GERMANÒ, Annalaura
GIANNELLI, Guido GRECO, Giuseppe GRISI,
Manuel GROS (Francia), Nicola GULLO, Carole
HERMON (Francia), Brian JACK (Gran Bretagna),
Hope JOHNSON (Australia), Alessandro LOLLI,
Fernando LÓPEZ RAMÓN (Spagna), Rowena
MAGUIRE (Australia), Giuseppe MANFREDI,
Pierluigi MANTINI, Barbara MARCHETTI, Patrizia
MARZARO, Luca MEZZETTI, Francesco MIDIRI,
Giuseppe MORBIDELLI, Giulio NAPOLITANO,
Danilo PAPPANO, Vera PARISIO, Mauro
PENNASILICO, Johann-Christian PIELOW
(Germania), Alessandra PIOGGIA, Aristide POLICE,
Pierluigi PORTALURI, Barbara POZZO, Michel
PRIEUR (Francia), Anikó RAISZ (Ungheria), Nicoletta
RANGONE, Angelo RINELLA, Aldo SANDULLI,
Maria Alessandra SANDULLI, Girolamo SCIULLO,
Giovanni SERGES, Domenico SORACE, Gabriela
STEIER (Stati Uniti d'America), Saverio STICCHI
DAMIANI, János Ede SZILÁGYI (Ungheria), Luisa
TORCHIA, Aldo TRAVI, Francesco VOLPE, Nathalie
WOLFF (Francia), Luo ZHIMIN (Cina), Alberto ZITO

INDICE

Table of contents

SAGGI

GIANFRANCESCO FIDONE, FRANCESCO MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici* Pag. 4

BELÉN OLMOS GIUPPONI, *Setting the stepping stones for environmental democracy in Latin America and the Caribbean (LAC): An analysis of the Draft Regional Agreement on environmental access rights* Pag. 66

JUAREZ FREITAS, JÚLIO CÉSAR GARCIA, *Evolução conceitual do princípio da sustentabilidade* Pag. 99

NOTE E COMMENTI

TERESA MARIA MOSCHETTA, *La coltivazione degli OGM tra “flessibilità” e “coerenza” del mercato interno dell’Unione Europea* Pag. 120

OPINIONI E SEGNALAZIONI

ALBERTO PIEROBON, *Il punto sui rifiuti da manutenzione* Pag. 152

SAGGI

GIANFRANCESCO FIDONE* E FRANCESCO MATALUNI*
Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici

SOMMARIO: 1. *Il Green Public Procurement e lo sviluppo sostenibile.* – 2. *Il recepimento delle istanze ambientali e l'affermarsi del principio di integrazione.* – 3. *Le disposizioni verdi della direttiva 2004/18/CE e il loro recepimento nel Codice del 2006.* – 4. *Il dibattito preparatorio alle nuove direttive.* – 5. *L'eco-efficienza nelle direttive appalti e concessioni del 2014.* – 6. *Le istanze ambientali nel diritto interno: le novità del Codice 2016.* – 6.1. *Principi.* – 6.2. *Specifiche tecniche.* – 6.3. *Cause di esclusione dalla procedura di affidamento.* – 6.4. *Capacità tecnica.* – 6.5. *L'offerta economicamente più vantaggiosa e il costo del ciclo di vita.* – 6.6. *L'esecuzione del contratto.* – 6.7. *La qualificazione delle stazioni appaltanti.* – 6.8. *Le concessioni.* – 7. *Conclusioni: eco-efficienza e complessità del contratto.*

1. *Il Green Public Procurement e lo sviluppo sostenibile*

Le nuove direttive 2014/23/UE sulle concessioni e 2014/24/UE sugli appalti contengono numerose disposizioni volte a garantire la protezione dell'ambiente nella contrattualistica pubblica e sono il frutto di un lungo dibattito che ha coinvolto le istituzioni comunitarie e la stessa Corte di Giustizia.

Con la denominazione *appalti verdi* o *Green Public Procurement* è indicato l'insieme degli strumenti giuridici volti a promuovere la graduale integrazione degli interessi ambientali nella disciplina legislativa dei contratti pubblici¹. Tale espressione non richiama una particolare categoria di contratti ma si riferisce ad un criterio generale, da adottarsi indistintamente per tutti i tipi di appalti, che dovrebbe orientare il settore pubblico verso scelte di acquisto di beni

* Gianfrancesco Fidone è professore associato di diritto amministrativo presso l'Università di Roma "La Sapienza"; Francesco Mataluni è dottore di ricerca in Diritti e Istituzioni, Università di Torino. Il presente lavoro è frutto dell'elaborazione comune. Tuttavia, a Gianfrancesco Fidone devono essere attribuiti i §§ 1, 2, 3, 4, 5 e 7 e a Francesco Mataluni i §§ 6, 6.1, 6.2, 6.3, 6.4, 6.5, 6.6, 6.7.

¹ Sia consentito rinviare a G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, pp. 819 ss. Si confrontino F. SCHIZZEROTTO, *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di Green Public Procurement*, in *Riv. giur. ambiente*, 2004, p. 967. Si confrontino anche: C. GUCCIONE-L. PALATUCCI, *Profili ambientali nelle procedure ad evidenza pubblica*, in P. DELL'ANNO-E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, Padova, Cedam, 2013, pp. 727 ss.; R. DI PACE, *I profili ambientali nella esecuzione delle opere pubbliche*, *ivi*, pp. 787 ss.; R. CORI-C. GIORGIANTONIO, *Profili ambientali della finanza di progetto*, *ivi*, pp. 801 ss.

e servizi caratterizzati da una minore pericolosità per l'ambiente rispetto ad altri beni o servizi ad essi fungibili².

La considerazione delle variabili ecologiche nel settore dei contratti pubblici ha grande rilevanza per la notevole dimensione del fenomeno dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, pari a circa il 17% del PIL dei Paesi membri dell'Unione. Come osservato dalla Commissione Europea, in considerazione del loro enorme potere di acquisto, le stazioni appaltanti sono chiamate ad assumersi la responsabilità di «fungere da traino nel processo di gestione ecologica e nel riorientamento dei consumi verso prodotti più verdi»³. Se, infatti, la maggior parte delle amministrazioni dirigessero la propria domanda verso prodotti a minor impatto ambientale, vi sarebbe un effetto senz'altro notevole sul mercato dei prodotti ecocompatibili e l'industria sarebbe sensibilmente stimolata ad aumentarne la produzione. Dunque, le scelte pubbliche verdi hanno l'attitudine a produrre effetti ulteriori e a cascata sugli operatori economici del mercato, in termini di incentivazione a trovare soluzioni produttive eco-efficienti oltreché di orientare le preferenze dei consumatori, sempre in senso ecologico.

Viene, dunque, superata l'idea che la tutela dell'ambiente possa essere perseguita attraverso l'utilizzo di strumenti di *comando e controllo*. Al contrario, la tutela dell'ambiente deve essere garantita attraverso il mercato, da orientarsi verso scelte eco-compatibili, dando maggior valore economico a nuovi beni e servizi con caratteristiche verdi, che si vanno a differenziare da quelli che ne sono privi⁴.

In tale contesto, assume assoluto rilievo l'innovazione tecnologica che si pone come presupposto dell'individuazione di soluzioni a basso impatto ambientale. Essa diviene il mezzo attraverso il quale realizzare nuovi prodotti verdi e, a sua volta, è stimolata dall'attribuzione di maggior valore economico al bene verde, che indurrà le imprese alla ricerca di soluzioni innovative.

² C. DE ROSE, *Gli appalti "verdi" nel diritto dell'Unione Europea: regole preesistenti e regole recentissime*, in *Cons. Stato*, 2004, p. 1825.

³ Comunicazione interpretativa della Commissione, 4 luglio 2001, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM(2001) 274 def., in *GUCE* del 28 novembre 2001, C 333, pp. 12 ss.

⁴ Si confrontino ancora: M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato (Relazione al Convegno AIPDA "Analisi economica del diritto amministrativo", Venezia 29 settembre 2006)*, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 219 ss.; M. CAFAGNO-F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO-E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, cit., pp. 487 ss.

L'innovazione tecnologica, infine, si traduce in un'opportunità di crescita economica.

Il tema degli appalti verdi si inserisce in quello più ampio dello *sviluppo sostenibile*⁵, per il quale il soddisfacimento dei bisogni della generazione attuale deve essere garantito senza compromissione delle possibilità per le generazioni future di rispondere alle proprie esigenze⁶. Tale concetto presuppone che anche la crescita economica possa essere considerata apprezzabile solo se comporta un miglioramento della qualità dell'ambiente, della vita, della salute, e qualora garantisca un uso razionale delle risorse⁷.

Come noto, alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile è dedicato l'art. 3, par. 3, del Trattato sull'Unione Europea, per il quale l'«Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente». Al tema dell'ambiente è, inoltre, dedicato il titolo XX del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dall'art. 191 all'art. 193. Anche all'art. 37 della Carta di Nizza si ribadisce che «un elevato livello di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile»⁸.

Il fenomeno può essere inquadrato nella progressiva evoluzione della Comunità Europea, nata come comunità economica, in una comunità politica, attenta non solo a problematiche prettamente economiche ma anche a questioni

⁵ Per il tema dello sviluppo sostenibile, si rinvia a: M. MONTINI, *Profili di diritto internazionale*, in P. DELL'ANNO-E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, cit., pp. 37 ss.; P. DELL'ANNO, *Ambiente (diritto amministrativo)*, *ivi*, pp. 285 ss. Per un approccio economicistico al tema, M. CAFAGNO-F. FONDERICO, *op. cit.*, *passim*.

⁶ COMMISSIONE MONDIALE PER L'AMBIENTE E LO SVILUPPO, *Rapporto Brundland*, 1987.

⁷ La Corte di Giustizia ha mostrato sempre attenzione per la tutela dell'ambiente, pervenendo a riconoscere la legittimità degli ostacoli alla libera circolazione delle merci imposti da una disciplina nazionale adottata in materia di ambientale. Il riferimento è, ad esempio, alle pronunce della Corte giust. CE, Quinta Sez., 9 luglio 1989, *Enichem Base e a. c. Cinisello Balsamo*, causa C-380/87, in *Raccolta*, 1989, pp. 2491 ss.; Corte giust. CE, 9 luglio 1992, *Commissione c. Belgio (c.d. Rifiuti dei Valloni)*, causa C-2/90, in *Raccolta*, 1992, pp. I-4431 ss.; Corte giust. CE, Prima Sez., 11 dicembre 2001, *Commissione c. Italia (c.d. Oli usati)*, causa C-376/00, in *Raccolta*, 2001, pp. I-9849 ss.

⁸ Per una completa disamina delle tematiche legate all'ambiente, si rinvia a: M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2007; P. DELL'ANNO-E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit.; F. FONDERICO, *La tutela dell'ambiente*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 2015 ss.

politiche e sociali. La ragione economica, motore primo della costituzione dell'Unione Europea, ha abdicato la propria unicità in favore di uno sviluppo equilibrato e integrato dell'intero complesso delle politiche comunitarie. In tale contesto, l'ordinamento comunitario si rivolge alle attività delle amministrazioni affinché l'interesse ambientale venga integrato nelle attività di regolazione del mercato, nelle attività di contrattazione, nelle attività di gestione dei beni pubblici e dei pubblici servizi.

Per la materia dei contratti pubblici, più volte la Commissione Europea ha ricordato che le norme dell'Unione Europea in tale settore, pur avendo natura essenzialmente *economica*, devono essere lette e applicate conformemente al principio dello sviluppo sostenibile⁹. Le misure di salvaguardia dell'ambiente, peraltro, devono essere adottate con equilibrio e costituire applicazione del principio di proporzionalità¹⁰.

2. Il recepimento delle istanze ambientali e l'affermarsi del principio di integrazione

Con specifico riferimento al settore degli appalti, si deve notare come vi sia stata una iniziale resistenza all'ingresso della considerazione delle variabili *verdi*, nonostante una progressiva e crescente attenzione generale per le tematiche ambientali e dello sviluppo sostenibile¹¹.

⁹ Comunicazione della Commissione, COM(2001) 274 def., cit.

¹⁰ Si vedano sul tema, tra gli altri, V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. giur. ambiente*, 2002, pp. 209 ss.; C. ALBERTI, *Tutela ambientale, politica sociale e appalti: verso uno sviluppo sostenibile*, in www.jus.unitn.it, 2003.

¹¹ Da un punto di vista storico, l'attenzione per le tematiche ambientali è piuttosto recente. Tali tematiche furono completamente trascurate fino al 1972, anno in cui si tenne la Conferenza di Stoccolma sull'ambiente umano e fu adottato l'*Action Plan for the Human Environment*, che ha formalmente affermato la responsabilità dei governi nazionali nella promozione di uno sviluppo economico compatibile con la tutela dell'ambiente e con la conservazione delle risorse naturali esauribili. Con tale atto, la protezione dell'ambiente assurge a tema che trascendono le frontiere nazionali e non è più confinato nei confini dei singoli Stati.

I principi affermati nella Conferenza di Stoccolma sono stati successivamente sviluppati dalle Nazioni Unite con l'istituzione nel 1984 della *World Commission on Environment and Development* (WCED), alla quale venne dato il compito dell'elaborazione di una politica ambientale per il futuro. Nel documento finale dei lavori della Commissione, denominato *Our Common Future*, venne, peraltro, introdotto il concetto di sviluppo sostenibile.

La prospettiva ecologica nell'approccio al mercato a livello europeo, trova spazio nelle *Agende 21 locali*. Si tratta di un programma di azione ambientale che trova origine nella Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992, volta allo «sviluppo equo per tutti gli esseri umani, comprese le generazioni

La disciplina comunitaria degli appalti pubblici, limitata alla sola fase dell'aggiudicazione del contratto, era centrata sul solo perseguimento di obiettivi di natura essenzialmente economica, finalizzata a garantire la parità di condizioni tra le imprese partecipanti alla gara e ad assicurare procedure di aggiudicazione trasparenti, non discriminatorie, e accessibili. Tali principi possono essere sintetizzati nella tutela della concorrenza tra le imprese, finalizzata a garantire la pubblica amministrazione (per l'impiego efficiente delle risorse pubbliche) ma anche il mercato, e dunque, gli operatori economici che ne fanno parte, considerato di per sé valore da tutelare. Secondo i principi comunitari, il mercato deve considerarsi unico e devono essere contrastate tutte le possibili discriminazioni degli operatori economici per nazionalità.

Tali considerazioni trovano conferma nel fatto che le Direttive in materia di *public procurement* degli anni novanta (ovvero la n. 92/50/CEE sull'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, la n. 93/36/CEE sull'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e la n. 93/37/CEE sull'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici) non contenevano alcun riferimento alle variabili ambientali e nessun profilo ecologicamente rilevante. Al contrario, le offerte con contenuto attento alle variabili ambientali avrebbero potuto tradursi in maggiori costi da sostenere per il concorrente (per l'adozione delle tutele volte a salvaguardare l'ambiente), che dunque avrebbero comportato una sua penalizzazione nella gara, con minore probabilità di divenire aggiudicatario.

Tuttavia, nonostante tale impronta indiscutibile, nei primi anni novanta, l'inserimento di criteri ambientali nelle procedure di acquisto della pubblica amministrazione, volto a conciliare l'interesse economico dell'ente aggiudicatore

future, conservando al contempo l'integrità dell'ambiente mondiale» e fondato, in particolare, sul Capitolo 28 dedicato alla promozione di strategie comuni di sostenibilità definite congiuntamente dalle amministrazioni locali, dalle imprese, dalle associazioni e dalla comunità territoriale.

Gli obiettivi fondamentali di tali programmi sono la valutazione dei costi ambientali delle decisioni dei produttori e dei consumatori; il ricorso a principi economici per incoraggiare la creazione di nuove fasce di mercato e aree di lavoro nei settori del controllo ambientale e della tutela e gestione delle risorse naturali; la dinamica dei prezzi da correlare alla penuria dei beni naturali e al loro effettivo valore.

Sul punto, si può anche ricordare che nel 1994, alla Conferenza delle città europee per uno sviluppo durevole e sostenibile di Aalborg (Danimarca), fu firmata la *Carta di Aalborg*, attraverso la quale le amministrazioni e gli organismi internazionali firmatari si impegnavano ad attuare l'*Agenda 21*. A livello Legislativo, le prime prescrizioni comunitarie di politica ambientale sono state affidate ad una molteplicità di provvedimenti settoriali volti a contrastare l'inquinamento in taluni settori quali i rifiuti, l'acqua, l'aria.

con i principi propri dello sviluppo sostenibile, cominciò a divenire un tema dibattuto e a trovare un crescente interesse¹². Ad esempio, già il Trattato di Maastricht, sottoscritto il 7.2.1992 ed entrato in vigore il 1.11.1993, affermava che la Comunità Europea aveva il compito di garantire uno sviluppo equilibrato delle attività economiche e una crescita *sostenibile*, compatibile con le istanze ambientali.

Il primo documento Comunitario che espressamente riconosce la possibilità di conciliare la tutela del libero mercato con una politica ambientale e sociale è il Libro Verde sugli appalti pubblici del 1996¹³. Tale documento sottolinea la rilevanza del settore degli appalti pubblici, anche in considerazione della sua grande dimensione, al fine del perseguimento degli obiettivi della tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile. Il documento apre così la strada all'acquisto di prodotti o servizi *verdi*, suggerendo la composizione di istanze di natura strettamente economiche, tipiche del sistema degli appalti pubblici, con quelle ambientali e sociali. Si prende, inoltre, atto dell'attenzione che alcuni Stati Membri, pur in assenza di una disciplina comunitaria, hanno riservato alle variabili ambientali nel settore.

Tuttavia, il momento di svolta nel percorso che si sta descrivendo deve essere considerato il Trattato di Amsterdam del 1997 che ha sancito il *principio di integrazione* che comporta l'obbligo per gli organismi comunitari di ponderare e bilanciare gli interessi ambientali integrandoli all'interno di tutte le altre politiche da perseguire. Il principio fu recepito all'art. 6 del Trattato CE ove era detto che «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'art. 3, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile». Peraltro, tra le politiche dell'art. 3 del Trattato CE rientrava la creazione di un «mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati Membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone e dei

¹² F. SPAGNUOLO, *Il Green Public Procurement e la minimizzazione dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, pp. 397 ss.

¹³ Comunicazione della Commissione, 27 novembre 1996, *Libro Verde. Gli appalti pubblici nell'Unione Europea. Spunti di riflessione per il futuro*, COM(96) 583 def.

servizi». Oggi la norma che recepisce il principio di integrazione è traslocata all'art. 11 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea¹⁴.

Tale previsione è particolarmente importante perché afferma il principio che tutte le politiche comunitarie producono effetti, diretti o mediati, sull'ambiente, con la conseguenza che la protezione ambientale non può più essere perseguita isolatamente, ma necessita di essere opportunamente integrata in tutte le altre politiche comunitarie. La tutela dell'ambiente assume, dunque, un carattere trasversale che orienta il perseguimento di tutte le altre politiche comunitarie ed è in esse integrata¹⁵.

Il Libro Bianco sugli appalti pubblici del 1998 conferma la nuova impostazione conseguente al Trattato di Amsterdam, riconosce la tutela dell'ambiente come «componente fondamentale dell'economia moderna», e conferma l'esigenza di armonizzare la politica degli appalti pubblici e le istanze ecologiche, sottolineando che l'uso efficiente delle risorse pubbliche non esclude che possano essere considerati aspetti di ordine ecologico o sociale¹⁶. Ciò, vale la pena sottolinearlo, pur ribadendo la natura essenzialmente economica della regolazione degli appalti pubblici.

Il Libro Bianco sottolinea anche che devono essere definiti i limiti entro i quali le stazioni appaltanti possono ponderare gli aspetti ambientali e sociali nelle procedure di aggiudicazione, nel rispetto del diritto comunitario e dei principi di trasparenza e non discriminazione. Su tale base, sono indicati gli ambiti in cui le vigenti Direttive sugli appalti pubblici consentono di introdurre gli aspetti ambientali negli acquisti delle pubbliche amministrazioni e cioè nella

¹⁴ L'art. 11 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea afferma che «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».

¹⁵ Si veda, F. POCAR, *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2001, p. 112, citato in G. GARZIA, *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. "ecologiche"*, in *Foro amm. CdS*, 2003, pp. 3515 ss. Il principio di integrazione comporta l'obbligo per gli organismi comunitari di ponderare e bilanciare gli interessi ambientali all'interno di tutte le altre politiche; inoltre, in caso di conflitto con altri e differenti interessi, anche gli interessi ambientali dovranno essere convenientemente bilanciati. Come è stato osservato da F. DE LEONARDIS, *La disciplina dell'ambiente tra Unione Europea e WTO, Dir. amm.*, 2004, pp. 513 ss., tale principio prescrive che tutte le attività, anche quelle di interesse generale, devono considerare la componente ambientale, «misurarsi con essa», e integrarla quale «elemento inderogabile del bilanciamento di interessi occupazione e al progresso sociale, e un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente». Si veda anche L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 90.

¹⁶ Comunicazione della Commissione, 11 marzo 1998, *Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*, COM(98) 143 def.

scelta di prodotti o servizi compatibili con le preoccupazioni ambientali; nella possibilità di esclusione di candidati riconosciuti colpevoli di violazioni della normativa ambientale nazionale; nell'elaborazione di specifiche tecniche espressive anche di valori ecologici, nell'integrazione della tutela ambientale nei criteri di selezione dei candidati attinenti alle capacità tecniche; nella possibilità di inserire aspetti ambientali nella definizione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, «quando il riferimento a questi elementi implichi un vantaggio economico attinente alla prestazione oggetto dell'appalto di cui benefici direttamente l'ente acquirente».

L'esigenza di considerare variabili ambientali nell'attuazione delle politiche comunitarie assume maggiore rilievo a partire dall'inizio del nuovo millennio, come dimostra anche il contenuto della Comunicazione «Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione Europea per lo sviluppo sostenibile» del 2001¹⁷.

Nello stesso anno, deve essere ricordato anche il Sesto programma di azione per l'ambiente della Comunità Europea, «Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta»¹⁸, che muove dalla indifferibile necessità di «sganciare l'impatto e il degrado ambientale dalla crescita economica», da un lato, attraverso una maggiore efficienza della produzione sotto il profilo ecologico (c.d. eco-efficienza, ovvero la produzione della medesima o più elevata quantità di prodotti attraverso l'impiego di minori quantità di risorse e generando meno rifiuti) e, dall'altro lato, attraverso modelli di consumo più sostenibili. Tali obiettivi, peraltro, non devono considerarsi alternativi al mercato ma con esso compatibili e tali da costituire una nuova opportunità per la crescita dell'economia e

¹⁷ Comunicazione della Commissione, 15 maggio 2001, *Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione Europea per lo sviluppo sostenibile*, COM(2001) 264 def. In un passaggio, ad esempio, la Commissione osserva che «lo sviluppo sostenibile offre all'Unione Europea una visione positiva sul lungo termine di una società più prospera e giusta, con la promessa di un ambiente più pulito, più sicuro e più sano: una società che garantisca una migliore qualità della vita per noi, per i nostri figli e per i nostri nipoti. Per raggiungere questi obiettivi nella pratica è necessario che la crescita economica sostenga il progresso sociale e rispetti l'ambiente, che la politica sociale sia alla base delle prestazioni economiche e che la politica ambientale sia efficace sotto il profilo dei costi».

¹⁸ Comunicazione della Commissione, 24 gennaio 2001, *Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta – Sesto programma di azione per l'ambiente*, COM(2001) 31 def.

l'incremento dell'occupazione, anche attraverso l'introduzione di innovazioni tecnologiche e manageriali¹⁹.

In tale contesto, viene esplicitamente menzionato il *Green Public Procurement*, con particolare rilievo per la riduzione della produzione dei rifiuti, orientando cioè le amministrazioni verso la scelta di beni e servizi che, appunto, generino una quantità minore di rifiuti. Anche l'allegato «Programma comunitario di azione in materia di ambiente 2001-2010» fa esplicito riferimento agli appalti verdi²⁰.

Dello stesso anno è anche il «Libro Verde sulla politica integrata relativa ai prodotti»²¹, che muove dal presupposto che l'incremento indiscriminato dei consumi sia la causa principale dell'inquinamento e dell'impoverimento delle risorse. Attraverso tale documento, la Commissione, al fine del perseguire la sostenibilità dello sviluppo, propone di superare l'utilizzo di soli strumenti come i controlli amministrativi e il sistema sanzionatorio, rivelatisi poco efficaci sia nel reprimere che nel prevenire comportamenti dannosi per l'ambiente, per adottare politiche ambientali incentrate sulla promozione e incentivazione alla produzione di beni più ecologici²².

Deve anche essere segnalata la comunicazione sullo «Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione Europea per lo sviluppo sostenibile», COM(2001) 264, in linea con quelle precedenti già descritte.

¹⁹ Tra le altre misure, la Commissione propone di «indurre il mercato a lavorare per l'ambiente», con l'introduzione di marchi ecologici che consentano di comparare le prestazioni ambientali di prodotti diversi dello stesso tipo, da incoraggiarsi anche mediante l'utilizzo delle ecotasse, finalizzate a orientare la domanda dei consumatori verso prodotti e servizi con migliore impatto sull'ambiente. Sul punto si confronti anche la Comunicazione della Commissione, 20 settembre 2000, *Conciliare bisogni e responsabilità. L'integrazione delle questioni ambientali nella politica economica*, COM(2000) 576 def.

²⁰ Art. 3, pt. 5 laddove è affermato che occorre «promuovere gli appalti verdi, nel rispetto delle regole comunitarie di concorrenza e del mercato interno, attraverso linee guida sulle buone prassi e partendo da un riesame degli appalti verdi all'interno delle istituzioni comunitarie».

²¹ Comunicazione della Commissione, 7 febbraio 2001, *Libro Verde sulla politica integrata relativa ai prodotti*, COM(2001) 68 def.

²² Il presupposto è che tutti i prodotti, i beni e i servizi scambiati nel mercato interagiscono con l'ambiente durante il loro intero ciclo di vita. Conseguentemente, se l'impatto ambientale di un determinato prodotto diventasse un motivo di scelta del consumatore, sarebbe possibile, con l'ausilio delle leggi del mercato e dell'autonomia, attrarre il settore industriale sui temi ambientali. Il libro verde, a tale fine, propone una combinazione di strumenti che considerano tanto la produzione del bene, favorendo approccio tecnologico, quanto quella del consumo, al fine di favorire l'informazione e l'introduzione di incentivi che per l'uso di prodotti ecocompatibili.

Con riferimento specifico agli appalti verdi, il documento più importante, che conferma la nuova attenzione Comunitaria per le tematiche ambientali, è la Comunicazione su «Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici», COM(2001) 274²³.

Tale documento si muove nella cornice della disciplina dei contratti pubblici contenuta nelle Direttive comunitarie allora vigenti, che non contenevano alcuna disposizione in materia di tutela ambientale, e non poteva entrare, ovviamente, in contraddizione con le stesse. Come esplicitamente dichiarato nello stesso documento, «...la Commissione non può, in un documento di carattere interpretativo come questo, proporre soluzioni che esulino dall'attuale regime degli appalti pubblici. Inoltre, l'interpretazione del diritto comunitario resta di esclusiva competenza della Corte di Giustizia»²⁴. In tale cornice, tuttavia, la Commissione si propone di individuare gli spazi entro i quali le pubbliche amministrazioni avrebbero potuto operare in modo ecologicamente virtuoso nell'aggiudicazione delle proprie commesse, applicando i principi degli appalti verdi.

Su tale base, pur confermando una visione prettamente economicistica della disciplina che regola il settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, la Commissione afferma che «la crescita economica e il mantenimento di un livello accettabile di qualità ambientale non sono necessariamente in contraddizione». Ancora, viene affermato che il documento si propone «di analizzare e di mettere in luce le possibilità che la legislazione comunitaria vigente offre alle pubbliche autorità di integrare le considerazioni di carattere ambientale nella loro politica degli appalti, e di contribuire in tal modo a uno sviluppo sostenibile». Si tratta, dunque, dell'applicazione al settore dei contratti pubblici del principio di integrazione, già sancito nel Trattato di Amsterdam, che prescrive che la realizzazione del Mercato Unico concorrenziale e la diffusione di comportamenti ecologicamente virtuosi avvenga in modo coordinato e sinergico.

²³ Sul tema, si confronti: A. GRATANI, *La tutela dell'ambiente nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Riv. giur. ambiente*, 2003, pp. 857 ss.

²⁴ Il documento, peraltro, ricorda che la disciplina comunitaria degli appalti deve primariamente contribuire alla realizzazione del mercato unico, creando le condizioni di concorrenza che consentono l'aggiudicazione non discriminatoria degli appalti pubblici e un migliore utilizzo del denaro pubblico.

La Commissione analizza tutte le fasi rilevanti di un procedimento di aggiudicazione e individua, nel limite della disciplina comunitaria vigente, le occasioni per introdurre criteri di scelta legati a fattori ambientali, che potevano costituire una libera scelta delle amministrazioni aggiudicatrici, in mancanza di prescrizioni comunitarie vincolanti in tale senso²⁵. Peraltro, il limite alla possibilità di ricorrere a scelte orientate in senso ambientale doveva essere costituito dallo stesso rispetto dei principi comunitari che regolano l'aggiudicazione, con la conseguenza che l'effetto dell'introduzione di variabili ambientali non poteva essere quello di restringere illecitamente la concorrenza o di creare discriminazioni per nazionalità tra i concorrenti.

Il documento in questione deve considerarsi di estrema importanza per l'evoluzione successiva del tema trasversale degli appalti verdi e costituisce la base per il suo successivo recepimento nelle direttive di settore.

3. Le disposizioni verdi della direttiva 2004/18/CE e il loro recepimento nel Codice del 2006

Le Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE riconoscono per la prima volta esplicitamente la possibilità degli enti aggiudicatori di prendere in considerazione fattori di ordine non economico, tra i quali quelli volti alla tutela dell'ambiente, al fine della selezione del contraente della pubblica amministrazione. La scelta è coerente con la linea della maggior flessibilità delle procedure di aggiudicazione nelle quali è riconosciuta ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti di procedere a valutazioni che non si traducano in apprezzamenti solo quantitativi.

Tale riconoscimento è esplicitamente richiamato nel *considerando* 1 della direttiva 18, ove è affermato che la direttiva si fonda sulla giurisprudenza della Corte di giustizia e, in particolare, su quella relativa ai criteri di aggiudicazione, che chiarisce le «possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare le esigenze del pubblico interessato, tra l'altro in materia ambientale e sociale, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati e rispettino i principi fondamentali di cui

²⁵ La Commissione, data la neutralità delle Direttive rispetto alla introduzione di fattori ambientali nell'oggetto dell'appalto afferma che «se esistono diverse possibilità per soddisfare le proprie esigenze, gli enti aggiudicatori sono liberi di definire l'oggetto dell'appalto nel modo che essi ritengono meglio corrispondente ai requisiti ambientali».

al *considerando 2*». Ancora, nel *considerando 5*, è richiamato il principio di integrazione, laddove è detto che «Conformemente all'articolo 6 del trattato, le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente sono integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'articolo 3 del trattato, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile». Lo stesso *considerando* aggiunge che «La presente direttiva chiarisce dunque in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile garantendo loro al tempo stesso di poter ottenere per i loro appalti il miglior rapporto qualità/prezzo».

Si può notare che la menzione delle istanze ambientali deve essere conciliata con l'applicazione dei principi del Trattato, ovvero la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, la parità di trattamento, la non discriminazione, il riconoscimento reciproco, la proporzionalità e la trasparenza che, come già detto, si traducono nella necessità di assicurare la concorrenza effettiva e libera nell'aggiudicazione degli appalti.

A tale riguardo, deve però preliminarmente essere ribadito il principio di base che, come stabilito dalle stesse direttive comunitarie, ogni tipo di scelta dell'amministrazione deve essere collegata all'oggetto del contratto e da esso non può prescindere²⁶. Lo stesso principio, conseguentemente, deve essere applicato anche alle scelte delle amministrazioni a contenuto ecologico, che potranno essere consentite solo quando siano collegate e proporzionate all'oggetto del contratto da aggiudicare. Al contrario, non devono essere considerate legittime scelte che siano slegate dall'oggetto del contratto o rispetto a questo sproporzionate.

Il primo momento nel quale possono essere effettuate scelte verdi, a condizione che non si crei una indebita disparità tra concorrenti, è quello della definizione dell'oggetto del contratto, attraverso l'individuazione delle specifiche tecniche²⁷. Il *considerando 29* afferma che «Le amministrazioni aggiudicatrici

²⁶ Sul punto, si rinvia a C. COLOSIMO, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in G.D. COMPORNI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

²⁷ Rispetto a tale momento, deve essere anche ricordato che le pubbliche amministrazioni sono in linea di principio libere di scegliere l'oggetto del contratto da aggiudicare, in relazione ai propri bisogni, tenendo però presente il principio secondo il quale l'oggetto dell'appalto non deve mai «essere definito con l'obiettivo o il risultato di riservare alle imprese nazionali – a scapito dei

che desiderano definire requisiti ambientali nelle specifiche tecniche di un determinato contratto possono prescrivere le caratteristiche ambientali, quali un metodo di produzione determinato, e/o gli effetti ambientali specifici di gruppi di prodotti o di servizi»²⁸. A disciplina di tale *considerando*, l'art. 23 comma 3 lett. b della direttiva 18, prevede che le specifiche tecniche (che devono, comunque, essere sufficientemente precise da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare l'appalto) siano dettate in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, che possono includere caratteristiche ambientali²⁹.

candidati di altri Stati Membri – la possibilità di concorrere alla sua aggiudicazione» (Corte giust., Grande Sez., 22 dicembre 2008, *Société Régie Networks c. Direction de contrôle fiscal Rhône-Alpes Bourgogne*, causa C-333/07, in *Raccolta*, 2008, pp. I-10807 ss.). In tale senso, si legga anche la Comunicazione della Commissione, COM(2001) 274 def., cit., per la quale le specifiche tecniche avrebbero potuto essere specificare in modo utile da selezionare beni o servizi *verdi*, a patto che non vi fossero indebite restrizioni della concorrenza, attraverso la creazione di vantaggi competitivi in favore di un numero limitato di imprese. In tale ambito, poteva essere considerata anche l'opportunità di dare rilevanza ai marchi ecologici, ai quali si è già fatto riferimento. Rispetto a tale eventualità, la Commissione precisava che gli enti aggiudicatori avrebbero comunque dovuto consentire a ogni offerente di provare l'equivalenza del proprio prodotto eventualmente sprovvisto di marchio a quello che ne era provvisto

²⁸ Lo stesso *considerando* 29 della direttiva 18, ribadisce che le specifiche tecniche fissate dai committenti pubblici devono permettere l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza, rendendo possibile la presentazione di offerte che riflettano la pluralità di soluzioni tecniche. Al fine della tutela della concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici devono prendere in considerazione anche offerte basate su altre soluzioni equivalenti.

²⁹ La stessa direttiva prevede che le specifiche tecniche possano essere dettate attraverso il riferimento ad ecoetichette. Il *considerando* 29 prevede che le amministrazioni «possono utilizzare, ma non vi sono obbligate, le specifiche adeguate definite dall'ecoetichettatura, come l'ecoetichettatura europea, l'ecoetichettatura (multi) nazionale o qualsiasi altra ecoetichettatura, purché i requisiti per l'etichettatura siano elaborati ed adottati in base a informazioni scientifiche mediante un processo cui possano partecipare le parti interessate, quali gli organi governativi, i consumatori, i produttori, i distributori o le organizzazioni ambientali e purché l'etichettatura sia accessibile e disponibile per tutte le parti interessate». L'art. 23, comma 6 prevede che «le amministrazioni aggiudicatrici, quando prescrivono caratteristiche ambientali in termini di prestazioni o di requisiti funzionali possono utilizzare le specifiche dettagliate o, all'occorrenza, parti di queste, quali sono definite dalle ecoetichettature europee (multi)nazionali o da qualsiasi altra ecoetichettatura». Tale possibilità è peraltro, sottoposta a condizioni, dal momento che tali specifiche devono essere appropriate alla definizione delle caratteristiche delle forniture o delle prestazioni oggetto dell'appalto; i requisiti per l'etichettatura devono essere elaborati sulla scorta di informazioni scientifiche; le ecoetichettature devono essere adottate mediante un processo al quale possano partecipare tutte le parti interessate, quali gli enti governativi, i consumatori, i produttori, i distributori e le organizzazioni ambientali, e devono essere accessibili a tutte le parti interessate. Ai sensi della stessa disposizione, le amministrazioni aggiudicatrici possono precisare che i prodotti o servizi muniti di ecoetichettatura «sono presunti conformi alle specifiche tecniche definite nel capitolato d'onere». Deve però essere accettato qualsiasi altro mezzo di prova

La direttiva 18 prevede, inoltre, che possano essere esclusi dalle gare i concorrenti che abbiano commesso reati ambientali. Sul punto, il *considerando* 43 prevede che «se il diritto nazionale contiene disposizioni in tal senso, il mancato rispetto della normativa ambientale ... che sia stato oggetto di una sentenza definitiva o di una decisione avente effetti equivalenti, può essere considerato un reato che incide sulla moralità professionale dell'operatore economico o come una colpa grave». Il principio è recepito dall'art. 45, comma 2, lett. c), che prevede che possa «essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico: ... nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna con sentenza passata in giudicato conformemente alle disposizioni di legge dello Stato, per un reato che incida sulla sua moralità professionale». Dunque, nei casi in cui la normativa nazionale qualifica un determinato delitto ambientale come reato che incide sulla moralità professionale, la direttiva consente che chi lo abbia commesso possa essere escluso dalla procedura di gara.

Altra previsione rilevante è quella del *considerando* 44 della direttiva 18 afferma che «nei casi appropriati, in cui l'applicazione di misure o sistemi di gestione ambientale durante l'esecuzione dell'appalto pubblico è giustificata dalla natura dei lavori e/o dei servizi» può essere richiesta, l'applicazione di siffatte misure o sistemi. Il principio è recepito nel secondo paragrafo dell'art. 48 della Direttiva che prevede che le capacità tecniche degli operatori economici possano essere provate in più modi, tra i quali «per gli appalti pubblici di lavori e di servizi e unicamente nei casi appropriati, indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto». Tali sistemi di gestione ambientale possono dimostrare la capacità tecnica dell'operatore economico di realizzare l'appalto. Peraltro, secondo la stessa disposizione, deve essere accettata come mezzo di prova alternativo ai sistemi di gestione ambientale registrati, una descrizione delle misure applicate dall'operatore economico per assicurare lo stesso livello di protezione dell'ambiente³⁰.

appropriato, quale una documentazione tecnica del fabbricante o una relazione di prova di un organismo riconosciuto.

³⁰ Il riferimento è principalmente ai Regolamenti EMAS (*Eco-Management and Audit Scheme*), relativi all'adesione volontaria delle organizzazioni a un sistema comunitario di ecogestione e *audit*, denominato EMAS, ossia una struttura istituzionalizzata di certificazione dei sistemi di gestione ambientale, finalizzata a razionalizzare l'organizzazione ambientale al fine di ottenere un miglioramento continuo delle prestazioni ecologiche. In tali regolamenti si ravvisa, inoltre, la necessità di una politica di preparazione e comparazione delle informazioni relative all'impatto

Vi è poi la possibilità di procedere alla selezione della migliore offerta, attraverso l'utilizzo di criteri di aggiudicazione ambientali volti a determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa³¹, come aveva già ammesso la nota pronuncia *Concordia Bus Finland*³². Su tale base, il *considerando* 46 della direttiva 18 ribadisce che, al fine di garantire la parità di trattamento, i criteri di aggiudicazione devono consentire di raffrontare le offerte e di valutarle in maniera oggettiva. Dentro tale condizione, «criteri di aggiudicazione economici e qualitativi, come quelli relativi al rispetto di requisiti ambientali, possono

ambientale di ogni singolo prodotto, con la creazione di classificazioni comuni (LCA-LCI) sui cicli di vita dei prodotti. L'art. 50, che detta le «norme di gestione ambientale» precisa che quando sia richiesta la presentazione di certificati utili ad attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinate norme di gestione ambientale, le stazioni appaltanti fanno generalmente riferimento «al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS) o a norme di gestione ambientale basate sulle pertinenti norme europee o internazionali certificate da organismi conformi alla legislazione comunitaria o alle norme europee o internazionali relative alla certificazione», pur dovendo in ogni caso riconoscere «i certificati equivalenti in materia rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri», e accettare «altre prove relative a misure equivalenti in materia di gestione ambientale, prodotte dagli operatori economici».

³¹ Sul tema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in dottrina, si confrontino: G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anomalia*, in M. CLARICH (a cura di) *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 449 ss.; P. DE NICTOLIS-R. DE NICTOLIS, *Criteri di selezione delle offerte*, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 960 ss.; P. FALLETTA, *Discrezionalità della p.a. e criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici*, in *Foro amm. CdS*, 2005, pp. 1157 ss.; L. PONZONE, *Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: problemi teorici e pratici*, in *Studium iuris*, 2003, pp. 832 ss.; A. TABARRINI-L. TABARRINI, *La predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte*, in *www.appaltiecontratti.it*; M.G. VIVARELLI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Riv. trim. appalti*, 2007, pp. 385 ss.

³² Corte giust., 17 settembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab c. Helsingin kaupunki e HKL-Bussiliikenne*, causa C-513/99, in *Raccolta*, 2002, pp. I-7213 ss. In tale sentenza, la Corte di Giustizia ha affermato in modo inequivocabile che considerazioni di tipo *non economico* possono concorrere a formare criteri di aggiudicazione di un contratto pubblico, poiché anche fattori non meramente economici possono incidere sul valore di un'offerta per l'amministrazione aggiudicatrice. La pronuncia afferma che i criteri di aggiudicazione non devono necessariamente apportare, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico alla stazione appaltante, bensì anche esigenze di natura non economica possono avere un valore per l'amministrazione. Tale principio viene affermato con particolare riferimento alle esigenze di carattere ambientale, anche in virtù del principio di integrazione di cui all'art. 6 del Trattato, già ricordato. Devono, però, ricorrere alcune condizioni quali la sussistenza di un collegamento del criterio ambientale con l'oggetto dell'appalto; l'assenza di un'incondizionata libertà di scelta per l'amministrazione; l'espressa menzione del criterio ambientale nel bando di gara; il rispetto di tutti i principi dell'ordinamento comunitario e, soprattutto, di quello di non discriminazione. La medesima pronuncia afferma che quando il criterio ambientale risulti oggettivo e indistintamente applicabile a tutte le offerte, il rispetto del principio di non discriminazione è garantito anche laddove il criterio medesimo comporti una riduzione della platea di potenziali offerenti.

consentire all'amministrazione aggiudicatrice di rispondere ai bisogni della collettività pubblica interessata, quali espressi nelle specifiche dell'appalto»³³. Coerentemente, l'art. 53 della Direttiva 18 contempla espressamente le «caratteristiche ambientali», tra i criteri per la selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, purché (come per espressamente detto anche per gli altri criteri) collegate all'oggetto del contratto pubblico da aggiudicarsi.

Dunque, appare pienamente legittimo inserire nell'offerta economicamente più vantaggiosa criteri ambientali di scelta a condizione, ancora una volta, che anche essi siano pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto e purché siano rispettati i noti principi comunitari di pubblicità, non discriminazione, *par condicio*, concorrenza e proporzionalità³⁴. Come ha osservato la Commissione Europea, infatti, «non è necessario che ciascun criterio di aggiudicazione comporti un vantaggio economico per l'ente aggiudicatore, ma che l'insieme dei criteri di aggiudicazione (cioè economici e ambientali) consenta di determinare l'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo»³⁵. Quanto ai limiti di ammissibilità di criteri ecologici nell'offerta economicamente più vantaggiosa, la Corte ha ribadito che l'amministrazione aggiudicatrice possa ricorrervi «purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla detta amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'onori o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare, il principio di non discriminazione»³⁶.

Anche nella fase dell'esecuzione del contratto possono assumere rilievo le variabili ambientali, come previsto dall'art. 26 della direttiva 18 che prevede che le stazioni appaltanti «possono esigere condizioni particolari in merito

³³ Nello stesso *considerando* 46, tra i criteri qualitativi di selezione delle offerte sono indicati anche quelli «volti a soddisfare esigenze sociali, soddisfacenti, in particolare bisogni definiti nelle specifiche dell'appalto – propri di categorie di popolazione particolarmente svantaggiate a cui appartengono i beneficiari/utilizzatori dei lavori, forniture e servizi oggetto dell'appalto».

³⁴ Tali limitazioni appaiono, peraltro, coerenti con quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella pronuncia *Concordia Bus Finland*, già citata.

³⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Acquistare Verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, Lussemburgo, 2005, pp. 33 ss.

³⁶ Corte giust., Sesta Sez., 4 dicembre 2003, *EVN AG e Wienstrom GmbH c. Repubblica Austriaca*, causa C-448/01, in *Raccolta*, 2003, pp. I-14527 ss. Si vedano anche Corte giust., Seconda Sez., 24 novembre 2005, *ATI EAC s.r.l. e Viaggi di Maio s.n.c c. ACTV Venezia s.p.a. et al.*, causa C-331/04, in *Raccolta*, 2005, pp. I-10109 ss. e Corte giust., Prima Sez., 24 gennaio 2008, *Emm. G. Lianakis AE et al. c. Dimos Alexandroupolis et al.*, causa C-532/06, in *Raccolta*, 2008, pp. I-251 ss.

all'esecuzione dell'appalto», purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri e a condizione che le medesime condizioni siano compatibili con i noti principi del diritto comunitario. Ebbene, la disposizione prevede che tali condizioni possono basarsi anche su considerazioni ambientali³⁷. Si dovrebbe, peraltro, trattare di condizioni esecutive aggiuntive rispetto all'oggetto del contratto in senso stretto, altrimenti esse verrebbero a coincidere con specifiche tecniche legate alle modalità esecutive dello stesso. Al riguardo potrebbe essere anche fatto riferimento agli elementi accessori del contratto che si distinguono da quelli essenziali e caratterizzanti dello stesso, poiché hanno «un carattere accessorio o complementare e sono imposti dall'oggetto stesso del contratto»³⁸.

La direttiva 18 si propone, dunque, di creare un mercato verde nel quale le pubbliche amministrazioni, dal lato della domanda, vengono ad assumere il ruolo di stimolare gli operatori economici privati a competere nella realizzazione di lavori, servizi o forniture a carattere di eco-efficienza, orientando la produzione verso obiettivi ecologici. Gli appalti verdi divengono uno strumento per consentire alle amministrazioni acquisizioni di lavori, servizi e forniture ecologicamente orientati. Attraverso l'orientamento delle loro preferenze e delle loro scelte in senso ambientale, le amministrazioni innescano un meccanismo virtuoso che stimola, dentro il mercato, le imprese verso modalità di produzione ecocompatibili³⁹.

Non si tratta di una diminuzione di attenzione rispetto alla protezione dei valori della concorrenza in favore delle nuove istanze sociali e ambientali ma del definitivo riconoscimento della necessità di coniugare tali istanze *non economiche* con i meccanismi tipici del mercato concorrenziale. Detto in altri termini, la Direttiva 18 si propone di stabilire un collegamento tra efficienza economica e tutela ambientale e di promuovere l'utilizzo degli stessi meccanismi

³⁷ Si pensi all'eventualità di inserire nei contratti clausole di esecuzione legate al trasporto di prodotti e strumenti al sito (consegna prodotti in forma concentrata, scelta di contenitori per il trasporto riutilizzabili), all'esecuzione di un servizio (utilizzo di misuratori del dosaggio per garantire l'utilizzo della quantità adeguata di prodotti quali detersivi), allo smaltimento di prodotti usati o degli imballaggi dei prodotti, alla formazione del personale impiegato dall'appaltatore (in modo da renderlo consapevole delle misure di salvaguardia ambientale).

³⁸ Corte di Giustizia, Seconda Sez., 21 febbraio 2008, *Commissione c. Repubblica Italiana*, causa C-412/04, in *Raccolta*, 2008, pp. I-619 ss.

³⁹ Per un'analisi della tassonomia delle politiche ambientali che operano attraverso il mercato si rinvia a M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, cit. Si confronti anche M. CAFAGNO-F. FONDERICO, *op. cit.*, *passim*.

del mercato concorrenziale per promuovere politiche di sostenibilità ambientale⁴⁰.

Rimane, però, immutata l'attenzione del Legislatore Comunitario a che l'introduzione di criteri verdi nell'assegnazione dei contratti pubblici non si traduca in una pratica discriminatoria e anticoncorrenziale, con possibile pregiudizio per la politica di integrazione economica.

Deve essere anche aggiunto che, al fine di promuovere l'effettiva applicazione delle norme introdotte, la stessa Commissione nel 2005 ha varato un Manuale degli appalti ecocompatibili dal titolo «Acquistare Verde!» che fornisce, a titolo esemplificativo, un'ampia casistica di possibili soluzioni orientate alla tutela ambientale.

Le direttive comunitarie del 2004 appena esaminate sono state recepite dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, contenente il precedente Codice dei contratti pubblici; in questo, sono state recepite anche quelle disposizioni europee di carattere ambientale ed ecologico, di cui si tratta.

Sotto questo profilo, è rilevante segnalare l'art. 2, comma 2, del vecchio Codice del 2006, ai sensi del quale «il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile». Al pari del diritto europeo, dunque, anche quello italiano, già nel 2006, riconosceva alla tutela dell'ambiente il nuovo ruolo di principio cardine dell'intera vita dell'ordinamento giuridico, tanto da poter essere considerato superiore a quello di economicità, al rispetto del quale devono realizzarsi l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici.

A tale riguardo, tuttavia, deve preliminarmente essere ribadito il principio di base che, come stabilito dalle stesse direttive europee, ogni tipo di scelta dell'amministrazione deve essere collegata all'oggetto del contratto e da esso non può prescindere⁴¹. Tale assunto appare, peraltro, conforme al principio di

⁴⁰ Si confrontino, in dottrina, G. BELLOMO, *Il Green Public Procurement, nell'ordinamento multilivello dell'ambiente*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2008, pp. 940 ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti*, cit.; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, cit.; N. LUGARESÌ, *Diritto dell'ambiente*, V ed., Cedam, Padova, 2015.

⁴¹ Sul punto, si rinvia a C. COLOSIMO, *L'oggetto del contratto*, op. cit.

proporzionalità che regola tutta l'attività amministrativa ed è stato più volte affermato anche dalla Giurisprudenza interna⁴².

Lo stesso principio, conseguentemente, deve essere applicato anche alle scelte delle amministrazioni a contenuto ecologico, che potranno essere consentite solo quando siano collegate e proporzionate all'oggetto del contratto da aggiudicare. Al contrario, non devono essere considerate legittime scelte che siano slegate dall'oggetto del contratto o rispetto a questo sproporzionate⁴³.

Pertanto, tutte le singole disposizioni che consentivano alle amministrazioni di operare scelte in senso ecologico andavano adottate alla luce dei principi sopra esposti, vale a dire valorizzando sì la tutela dell'ambiente, ma purché fosse concretamente riconducibile all'oggetto del contratto da aggiudicare.

In ogni caso, si riconosce che le disposizioni del Codice del 2006 erano coerenti con la normativa europea e con la Giurisprudenza della Corte di giustizia. Inoltre, coerentemente con il Manuale degli appalti ecocompatibili dal titolo «Acquistare Verde!», varato dalla Commissione nel 2005 al fine di fornire, a titolo esemplificativo, un'ampia casistica di possibili soluzioni orientate alla tutela ambientale, le disposizioni del Codice abrogato riguardavano i vari momenti della vita del contratto pubblico, la definizione dell'oggetto del contratto, la procedura di aggiudicazione, la fase dell'esecuzione del rapporto, colorando (o, per lo meno, tentando di colorare) di verde tutti tali momenti. Infatti, il Codice conteneva disposizioni verdi che andavano dalla disciplina delle specifiche tecniche dei contratti pubblici, alla individuazione di cause di esclusione dalla procedura di affidamento, dalla definizione della capacità tecnica

⁴² Si confrontino ad esempio, TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 6 ottobre 2008, n. 2787: «le stazioni appaltanti possono richiedere, ai fini della partecipazione alle gare ad evidenza pubblica, requisiti ulteriori rispetto a quelli menzionati dagli artt. 40, 41 e 42, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, con l'unico limite dell'inerenza di tali requisiti all'oggetto dell'appalto»; Id., Sez. II, 2 gennaio 2008, n. 1: «costituisce una ingiustificata limitazione per i potenziali concorrenti la predisposizione da parte dell'Amministrazione di requisiti partecipativi ingiustificatamente sproporzionati rispetto all'oggetto dell'appalto, in contrasto con il disposto di cui all'art. 42 d.lg. n. 163/06, per cui le informazioni sulla capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori dei servizi non possono eccedere l'oggetto dell'appalto stesso»; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 9 dicembre 2008, n. 11147: «la possibilità di prevedere requisiti di partecipabilità più severi rispetto a quelli indicati negli artt. 41 e 42, d.lg. n. 163 del 2006 deve essere svolta in maniera tale da non porre criteri discriminanti, illogici e sproporzionati rispetto alla specificità del servizio oggetto dell'appalto, per non restringere (in maniera altrettanto discriminante, illogica ed irrazionale), oltre lo stretto indispensabile, il potenziale numero dei concorrenti».

⁴³ Si confronti ancora C. COLOSIMO, *L'oggetto del contratto*, *op. cit.*

dei partecipanti alle gare pubbliche, alla configurazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, fino, come detto, a indirizzare anche la fase esecutiva del contratto aggiudicato.

Con il Codice, dunque, e, ovviamente, alla luce delle direttive del 2004, gli appalti verdi entravano a pieno titolo nella disciplina italiana del settore e la tutela dell'ambiente veniva integrata nei principi fondamentali del settore dei contratti pubblici, coerentemente anche alle posizioni assunte dalla Commissione e dalla Corte di giustizia.

Il problema, tuttavia, era che, con il precedente Codice del 2006, il Legislatore italiano si era limitato a una mera trasposizione delle normative ambientali di stampo europeo. In questo, infatti, le norme a carattere ambientale apparivano come il mero recepimento delle disposizioni analoghe contenute nelle direttive europee del 2004, senza che vi fosse stata una vera riflessione sul tema.

Di conseguenza, tali disposizioni finivano con l'essere male attuate: ad esempio, il principio generale contenuto nel citato art. 2, comma 2, d.lgs. 163/2006, appariva largamente inattuato e le ragioni dell'economicità finivano con l'essere pur sempre prevalenti nell'orientare le decisioni delle pubbliche amministrazioni nella scelta degli appaltatori, senza spazio per l'utilizzo di criteri ambientali.

Tale tendenza, a maggior ragione nella fase di crisi economica che, ancora oggi, si protrae, era confermata dai successivi interventi emendativi al Codice, orientati quasi esclusivamente al simultaneo perseguimento della crescita economica e dei tagli di spesa. Non senza evidenziare, peraltro, come i due obiettivi appaiono difficilmente conciliabili fra loro e, anzi, possono considerarsi perfino in contrasto, dal momento che appare difficile ipotizzare uno *sviluppo senza spesa*.

In tale contesto, il Legislatore italiano non ha, invece, mai considerato il tema degli appalti verdi, mostrando di non credere che essi stessi potessero costituire un'opportunità in tempi di crisi.

4. Il dibattito preparatorio alle nuove direttive

Tra gli atti preparatori alla proposta di direttiva appalti, con riferimento al tema degli appalti verdi, assume particolare rilievo il «Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una

maggior efficienza del mercato europeo degli appalti» del 27 gennaio 2011, COM(2011) 15 def.

Tale libro verde aveva proposto l'ammodernamento della disciplina degli appalti pubblici al fine del perseguimento dell'obiettivo della maggior efficienza della spesa pubblica (intesa come rapporto qualità-prezzo), da conseguire attraverso l'implementazione della concorrenza e la maggior flessibilità e semplificazione delle procedure di aggiudicazione. Tale obiettivo conferma la tradizionale impostazione della disciplina di settore, basata essenzialmente su ragioni di natura economica, con ritrovata enfasi per le ragioni della flessibilità dei modelli di aggiudicazione.

Tuttavia, in tale contesto, sono espressamente dichiarati complementari al conseguimento dell'efficienza gli «obiettivi sociali comuni», tra i quali «la tutela dell'ambiente, una maggior efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale e infine la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità».

Dunque, il tema ambientale ha assunto assoluta centralità nel dibattito sulla revisione delle direttive comunitarie in materia di contrattualistica pubblica di lavori servizi e forniture, secondo quanto già affermato, con respiro generale, dalla stessa Commissione nella Comunicazione «Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» del 2010⁴⁴.

⁴⁴ Comunicazione della Commissione, 3 marzo 2010, *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) 2020 def. Il documento nasce dall'esigenza di dare risposte alla crisi economica che «ha vanificato anni di progressi economici e sociali e messo in luce le carenze strutturali dell'economia europea». La Commissione osserva che «il mondo si sta rapidamente trasformando e le sfide a lungo termine (globalizzazione, pressione sulle risorse, invecchiamento) si accentuano». Dunque, «l'UE deve prendere in mano il proprio futuro», agendo in modo collettivo, in quanto Unione. Su tale base, c'è bisogno di una strategia che consenta di uscire dalla crisi e di «trasformare l'UE in un'economia intelligente, sostenibile e inclusiva caratterizzata da alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale». Si tratta di un quadro dell'«economia di mercato sociale europea» per il XXI secolo, in vista dell'anno 2020. Le priorità sono considerate tre: la crescita intelligente, ovvero sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione; la crescita sostenibile, ovvero promuovere un'economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva; la crescita inclusiva, ovvero promuovere un'economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale. Tra i vari obiettivi concreti prefissati deve essere segnalato il traguardo «20/20/20» in materia di clima/energia ovvero ridurre le emissioni di gas a effetto serra almeno del 20% rispetto ai livelli del 1990 o del 30%, se sussistono le necessarie condizioni; portare al 20% la quota delle fonti di energia rinnovabile nel nostro consumo finale di energia; migliorare del 20% l'efficienza energetica. La Commissione presenta sette iniziative faro per catalizzare i progressi relativi a

Al tema degli appalti verdi era dedicata la lunga sezione quarta del libro verde, che propone l'«uso strategico degli appalti pubblici in risposta alle nuove sfide», sulla base del presupposto che le stazioni appaltanti possono sfruttare il proprio potere di acquisto per appaltare beni e servizi a maggiore valenza «sociale», tra l'altro, «per favorire l'innovazione, rispettare l'ambiente e lottare contro i cambiamenti climatici, riducendo il consumo energetico», in modo che la domanda di beni e servizi verdi, a basse emissioni di carbonio, più innovativi e socialmente responsabili orienti la produzione e le tendenze di consumo negli anni a venire.

Il libro verde osserva che ci sono due metodi possibili per utilizzare gli appalti pubblici al fine di realizzare tali obiettivi strategici, riguardanti il «come acquistare» e il «che cosa acquistare».

Il primo metodo consiste nel «fornire alle amministrazioni aggiudicatrici gli strumenti necessari per tener conto di tali obiettivi in conformità delle norme procedurali in materia di appalti pubblici», ovvero strumenti utili al «come acquistare», secondo l'esempio già offerto dalle direttive comunitarie vigenti.

Al fine del miglioramento di tali strumenti, il libro verde pone dei quesiti sulla possibilità che le direttive siano rivisitate in senso di maggiore flessibilità dei modelli di gara, con ampliamento della discrezionalità dell'amministrazione. Ad esempio, si chiede se sia opportuno consentire che le specifiche (attualmente da definirsi in termini di dettagli e requisiti tecnici) siano definite in senso di prestazioni o di requisiti funzionali (eventualmente rendendo obbligatori requisiti funzionali o di prestazione a carattere ambientale)⁴⁵; se alcune procedure flessibili quali il dialogo competitivo o i concorsi di progettazione, siano adatte per tener conto delle politiche ambientali⁴⁶; se l'eventuale utilizzo della procedura negoziata previa pubblicazione come procedura *standard* renderebbe più facile tener conto di considerazioni ambientali⁴⁷; se sia opportuno consentire che le amministrazioni possano tener conto dell'esperienza specifica e delle competenze

ciascun tema prioritario, tra le quali «un'Europa efficiente sotto il profilo delle risorse, per contribuire a scindere la crescita economica dall'uso delle risorse, favorire il passaggio a un'economia a basse emissioni di carbonio, incrementare l'uso delle fonti di energia rinnovabile, modernizzare il nostro settore dei trasporti e promuovere l'efficienza energetica».

⁴⁵ Comunicazione della Commissione, 27 gennaio 2011, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, COM(2011) 15 def., quesito n. 64.

⁴⁶ Comunicazione della Commissione, COM(2011) 15 def., cit., quesito n. 65.

⁴⁷ Comunicazione della Commissione, COM(2011) 15 def., cit., quesito n. 68.

concernenti gli aspetti ambientali rilevanti per l'oggetto dell'appalto⁴⁸; se sia opportuno eliminare definitivamente il criterio basato unicamente sul prezzo più basso ovvero limitarne l'applicazione o ridurne il peso; se sia opportuno «introdurre una terza possibilità» tra i criteri di aggiudicazione oltre al prezzo più basso e all'offerta economicamente più vantaggiosa⁴⁹; se sia opportuno rimeditare l'utilizzazione dei criteri ambientali ovvero dell'elemento del costo del ciclo di vita nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁵⁰; se occorra rimeditare la funzione delle clausole sull'esecuzione dell'appalto e se taluni tipi di essere dovrebbero già essere specificate a livello UE⁵¹.

Altro passaggio fondamentale del libro verde è quello che propone di rivedere il requisito necessario, ai sensi del diritto vigente, del necessario collegamento delle considerazioni ambientali introdotte in una certa procedura di aggiudicazione con l'oggetto dell'appalto, nel senso di un suo eventuale superamento, da coniugarsi sempre con l'esigenza dell'efficiente spesa di danaro pubblico e della non discriminazione⁵².

Il secondo metodo per introdurre considerazioni ambientali nella disciplina degli appalti è quello di «imporre requisiti obbligatori alle amministrazioni aggiudicatrici o prevedere incentivi capaci di orientare le loro decisioni in merito al tipo di beni e servizi da appaltare», ovvero concernenti il «che cosa acquistare». Potrebbero, ad esempio, essere prescritti alle amministrazioni aggiudicatrici obblighi in termini di livelli massimi di utilizzo dell'energia e delle risorse, sostanze nocive per l'ambiente, livelli minimi di riciclaggio, ovvero in termini di obiettivi, quale, ad esempio, una percentuale minima di acquisti pubblici ecocompatibile.

Rispetto a tale scelta (ovvero quella di definire le caratteristiche dei lavori, dei prodotti o dei servizi che meglio si adattano alle loro esigenze) il libro verde osserva che le vigenti direttive lasciano totalmente libere le amministrazioni aggiudicatrici. Si tratterebbe, peraltro, di recepire a livello generale per tutti gli appalti il contenuto di alcune prescrizioni che già a livello settoriale (per talune tipologie di appalti) sono previste dal diritto comunitario⁵³.

⁴⁸ Comunicazione della Commissione, COM(2011) 15 def., cit., quesito n. 69

⁴⁹ Comunicazione della Commissione, COM(2011) 15 def., cit., quesito n. 70.

⁵⁰ Comunicazione della Commissione, COM(2011) 15 def., cit., quesito n. 73.

⁵¹ Comunicazione della Commissione, COM(2011) 15 def., cit., quesito n. 74.

⁵² Comunicazione della Commissione, COM(2011) 15 def., cit., quesiti nn. 79-82.

⁵³ Ad esempio, il Regolamento (CE) n. 106/2008, in GUCE del 13 febbraio 2008, L 39, pp. 1 ss. (cosiddetto regolamento *Energy Star UE*), ha imposto alle amministrazioni aggiudicatrici di

Alternativamente, in luogo di un regime di prescrizioni vincolanti, potrebbe essere istituito un sistema di incentivi consistenti in vantaggi finanziari a favore delle amministrazioni aggiudicatrici che indicano appalti per la fornitura di beni e servizi ecosostenibili. Anche in relazione a tali aspetti, il libro verde formula quesiti volti a instaurare un dibattito sul tema⁵⁴.

Dunque, negli atti preparatori alle nuove direttive il tema ambientale ha occupato un ruolo di estrema importanza e il libro verde del 2011 aveva ipotizzato perfino il superamento dei due limiti, ritenuti invalicabili nel quadro della vigente normativa sulla contrattualistica pubblica, del necessario collegamento delle misure ambientali con l'oggetto del contratto e della regolazione nell'ambito della direttiva generale di settore del «che cosa acquistare».

5. L'eco-efficienza nelle direttive appalti e concessioni del 2014

L'anno 2014 ha visto finalmente l'approvazione delle nuove direttive. In particolare la direttiva 2004/18/CE è stata abrogata con l'entrata in vigore della nuova direttiva appalti 2014/24/UE; la direttiva 2004/17/CE è stata abrogata dalla nuova direttiva 2014/25/UE che oggi regola i settori speciali; infine, è stata

richiedere nei propri appalti pubblici un certo livello di efficienza energetica; la Direttiva 2009/33/CE relativa alla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico ha imposto alle amministrazioni aggiudicatrici di tener conto dell'impatto energetico o di altri tipi di impatto ambientale nelle decisioni in materia di appalti pubblici; la Direttiva 2006/32/CE, in GUCE del 27 aprile 2006, L 114, pp. 64 ss., concernente l'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici ha invitato il settore pubblico a svolgere un ruolo esemplare nel settore dell'efficienza energetica adottando un numero minimo di misure per promuovere l'efficienza energetica negli appalti; la Direttiva 2009/28/CE, in GUCE del 5 giugno 2009, L 140, pp. 16 ss., sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili e la direttiva 2010/31/UE, in GUUE del 18 giugno 2010, L 153, pp. 13 ss., sulla prestazione energetica nell'edilizia hanno promosso gli edifici pubblici efficienti sotto il profilo delle risorse (ad esempio, edifici con consumo di energia primaria ridotto o pari a zero); la Direttiva 2010/30/UE, in GUUE del 18 giugno 2010, L 153, pp. 6 ss., concernente l'indicazione del consumo di energia e di altre risorse dei prodotti connessi all'energia, mediante l'etichettatura ed informazioni uniformi relative ai prodotti ha invitato le amministrazioni aggiudicatrici a fare in modo di appaltare unicamente i prodotti appartenenti alla classe più elevata di efficienza energetica.

Si confronti la Relazione di Mario Monti al presidente della Commissione europea dal titolo «Una nuova strategia per il mercato unico», del 9 maggio 2010, punto 3.4, pag. 78. Anche nella Comunicazione della Commissione, 14 gennaio 2010, *Energia 2020. Una strategia per un'energia competitiva, sostenibile e sicura*, COM(2010) 639 def./3, la Commissione ha affermato che i criteri energetici (riguardanti l'efficienza, le fonti rinnovabili e le reti intelligenti) dovrebbero essere utilizzati in tutti gli appalti pubblici di lavori, servizi o forniture.

⁵⁴ Comunicazione della Commissione, COM(2011) 15 def., cit., quesiti nn. 83-90.

emanata una terza direttiva in materia di concessioni di lavori e servizi, la direttiva 2014/23/UE che va a sostituire le (poche) disposizioni sulle sole concessioni di lavori contenute nel titolo III della direttiva 2004/18/CE, agli artt. 56 e ss⁵⁵. Gli stati membri hanno due anni di tempo per il loro recepimento nei diversi ordinamenti interni⁵⁶.

Le nuove direttive si muovono su due binari paralleli. Da un lato, si prefiggono la ricerca dell'efficienza della contrattazione pubblica attraverso procedure di aggiudicazione più varie, moderne e flessibili, con ampliamento della discrezionalità dell'amministrazione⁵⁷. Dall'altro lato, si propongono il c.d. *uso strategico* dei contratti pubblici, ovvero per il perseguimento di obiettivi sociali, quali l'aumento dell'occupazione e la promozione delle piccole e medie imprese (PMI), e ambientali. In tale contesto, dunque, assume particolare rilievo il ruolo del *green public procurement*.

A livello di principio la direttiva 24 afferma che gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020 «in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici»⁵⁸. Tale obiettivo dichiarato è ripreso in molti dei *considerando* preliminari, nell'ambito di un riconoscimento di maggiore flessibilità della procedura d'appalto, sulla base dell'utilizzo della negoziazione con gli operatori

⁵⁵ Vale la pena ricordare che la direttiva 2004/18/CE prevedeva espressamente all'art. 17 l'esclusione delle concessioni di servizi dal proprio ambito di applicazione. Tale direttiva reca una disciplina autonoma e compiuta delle concessioni di lavori e servizi che si va a sostituire alle poche disposizioni (abrogate) contenute nella direttiva 18. Si è, dunque, di fronte ad un fenomeno di implementazione del diritto comunitario che oggi disciplina analiticamente gli istituti in oggetto, prima scarsamente (le concessioni di lavori) o per nulla (le concessioni di servizi) regolati.

⁵⁶ Tutte le nuove tre direttive dovranno essere recepite dai Paesi membri entro il marzo 2016, ovvero entro due anni dal decorso del termine di venti giorni dalla loro pubblicazione.

⁵⁷ Tale orientamento era stato, peraltro, esplicitamente dichiarato dalla Comunicazione della Commissione, 13 aprile 2011, *Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. "Insieme per una nuova crescita"*, COM(2011) 206 def., nel quale la Commissione ha elencato, tra le dodici azioni chiave prioritarie che le istituzioni dell'UE dovevano adottare entro la fine del 2012, la messa in opera di un quadro normativo rivisto e ammodernato in materia di appalti pubblici, al fine di rendere più flessibile la procedura di aggiudicazione dei contratti e che consenta un miglior uso dei contratti d'appalto pubblici a sostegno di altre politiche. Lo stesso obiettivo è confermato dall'articolato che ha confermato i pre-vigenti criteri e procedure di aggiudicazione, aggiungendone di nuovi e spostando gli equilibri tra i modelli pre-vigenti.

⁵⁸ Direttiva 2014/24/UE, *considerando* n. 2.

economici, in forma competitiva tale da assicurare il rispetto dei principi della messa in concorrenza, non discriminazione, parità di trattamento e di trasparenza.

Il *considerando* n. 91 richiama espressamente l'articolo 11 del TFUE che impone che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente siano integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. Ai sensi di tale disposizione, la direttiva appalti «chiarisce in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, garantendo loro la possibilità di ottenere per i loro appalti il migliore rapporto qualità/prezzo». Anche il *considerando* 95 afferma che «È d'importanza fondamentale sfruttare pienamente il potenziale degli appalti pubblici al fine di realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva». Su tale base, il *considerando* n. 40 prevede che «La vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro dovrebbe essere svolta nelle fasi pertinenti della procedura di appalto, nell'applicare i principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l'aggiudicazione dei contratti, nell'applicare i criteri di esclusione e nell'applicare le disposizioni riguardanti le offerte anormalmente basse».

Sempre in linea di principio, la nuova direttiva 24 associa lo sviluppo tecnologico e l'innovazione alla protezione dell'ambiente. Il *considerando* 47, infatti, afferma che «La ricerca e l'innovazione, comprese l'ecoinnovazione e l'innovazione sociale, sono uno dei principali motori della crescita futura e sono state poste al centro della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva». Inoltre, «Le autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l'innovazione» anche al fine di pervenire a benefici di carattere ambientale, promuovendo in tal modo una crescita economica sostenibile.

Come si può notare, dunque, la nuova direttiva recepisce i principi già contenuti nella direttiva 2004/18/CE, fondate sul principio di integrazione delle politiche ambientali, spingendosi oltre, fino a considerare le ambientali come nuove opportunità per la crescita economica, da conseguirsi attraverso l'innovazione tecnologica e il progresso scientifico.

Tuttavia, i temi e gli obiettivi proposti dal libro verde del 2011 non sono stati tutti recepiti dalla nuova direttiva sugli appalti pubblici. Ciò dimostra, ancora una volta, come lungo e sofferto, sia il recepimento di considerazioni ambientali

negli appalti pubblici, che si scontra con considerazioni di stampo strettamente economico, legate al breve periodo.

Un primo gruppo di disposizioni a carattere ambientale della nuova direttiva si limita a riprodurre quelle già contenute nella direttiva del 2004/18: il riferimento è alle disposizioni sulle specifiche tecniche nei documenti d'appalto (art. 42, direttiva 2014/24/UE e art. 23, comma 3 lett. *b*), direttiva 2004/18); sulle Eco etichettature europee (art. 43, direttiva 2014/24/UE⁵⁹ e art. 23, comma 6, direttiva 2004/18); sulle norme di gestione ambientale (art. 62, direttiva 2014/24/UE⁶⁰ e art. 50, direttiva 2004/18); sul criterio d'aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 67, comma 2, lett. *a*), direttiva 2014/24/UE e art. 53, comma 1 lett. *a*), direttiva 2004/18); sulle condizioni di esecuzione del contratto (art. 70, direttiva 2014/24/UE e 26, direttiva 2004/18)⁶¹.

Nella nuova direttiva appalti vi sono, poi, ulteriori disposizioni a contenuto ambientale, non presenti nelle direttive precedenti, che per la prima volta vengono introdotte a livello comunitario.

Di centrale importanza è l'introduzione del criterio del «costo» più basso, che è concetto molto più ampio del solo prezzo di acquisto del bene. Per la determinazione del costo più basso possono essere, infatti, valutati dall'amministrazione elementi ulteriori rispetto al solo prezzo, secondo un «approccio costo/efficacia»⁶².

A tale fine, diviene centrale quello che è il concetto di «costo del ciclo di vita del prodotto» (*life-cycle costing*), che comprende i costi di tutte «le fasi della vita di un bene, di un lavoro o di un servizio, dalla acquisizione fino allo smaltimento del prodotto, allo smantellamento del cantiere o alla conclusione della una prestazione»⁶³. In particolare, ai sensi dell'art. 68 della nuova direttiva, i costi del ciclo di vita comprendono, da un lato i costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice quali: i «costi relativi all'acquisizione», i «costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse», i «costi di manutenzione», i «costi di manutenzione costi relativi al fine vita, come i costi di

⁵⁹ Si confronti anche il *considerando* 75 della direttiva 2014/24/UE.

⁶⁰ Si veda anche il *considerando* 88 della direttiva 2014/24/UE.

⁶¹ Ai sensi del *considerando* 104 del progetto di direttiva, «le condizioni di esecuzione di un appalto dovrebbero essere compatibili con la presente direttiva a condizione che non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie, e siano collegate all'oggetto del contratto ... ».

⁶² Art. 67, comma 2, direttiva 2014/24/UE.

⁶³ Secondo il *considerando* 96 «Il concetto di costo del ciclo di vita comprende tutti i costi che emergono durante il ciclo di vita dei lavori, delle forniture o dei servizi».

raccolta e di riciclaggio»⁶⁴. Tali costi possono essere definiti come *costi interni* del bene o servizio, in relazione alla sua intera vita⁶⁵.

Secondo la stessa disposizione, il criterio del costo del ciclo di vita può fare riferimento anche agli effetti esterni del bene o servizio sull'ambiente, le esternalità ambientali. In particolare, la disposizione afferma che i «costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita». Inoltre, la norma prevede che i costi ambientali possono «includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici».

La stessa disposizione prevede alcune importanti limitazioni alla possibilità di includere i costo ambientale nel costo del ciclo di vita del prodotto. In primo luogo, il danno ambientale deve potere essere quantificato come un danno monetario, al fine di potere divenire criterio di scelta della migliore offerta⁶⁶.

In secondo luogo, metodo impiegato per la valutazione dei costi imputati alle esternalità ambientali deve soddisfare le condizioni previste dalla stessa disposizione. ovvero, deve essere basato su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori e, qualora non sia stato istituito per un'applicazione ripetuta o continua, non deve favorire né svantaggiare indebitamente taluni operatori economici; deve essere accessibile a tutte le parti interessate; i dati richiesti devono potere essere forniti con ragionevole sforzo da operatori economici normalmente diligenti, compresi gli operatori economici di paesi terzi parti dell'AAP⁶⁷ o di altri accordi internazionali che l'Unione è tenuta a rispettare⁶⁸.

⁶⁴ Art. 68, comma 1, lett. a), direttiva 2014/24/UE.

⁶⁵ Secondo il *considerando* 96, il concetto di costo abbraccia «i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale». Tale concetto può anche abbracciare «i costi imputabili a esternalità ambientali quali l'inquinamento causato dall'estrazione delle materie prime utilizzate nel prodotto ovvero causato dal prodotto stesso o dalla sua fabbricazione, a condizione che possano essere monetizzati e controllati».

⁶⁶ Art. 68, comma 2, direttiva 2014/24/UE.

⁶⁷ Il riferimento è all'accordo multilaterale sugli appalti pubblici (AAP) firmato a Marrakesh il 15 aprile 1994. L'UE e gli USA sono membri dell'AAP. I firmatari dell'accordo si impegnano a fornire un trattamento non discriminatorio e pari a quello nazionale alle merci, ai servizi e ai fornitori degli altri paesi firmatari, garantendo attraverso procedure dettagliate la reale possibilità di concorrere all'aggiudicazione di appalti pubblici. L'AAP fissa le norme che garantiscono condizioni eque e non discriminatorie per le gare d'appalto internazionali basate sulla concorrenza.

⁶⁸ Art. 68, comma 2, secondo capoverso, lett. a), b) e c), direttiva 2014/24/UE.

Pertanto, la dimensione del costo ambientale diviene possibile criterio di aggiudicazione non solo negli appalti aggiudicati attraverso l'offerta economicamente più vantaggiosa ma anche per quelli aggiudicati con il criterio del costo più basso che, in linea di principio, è alternativo a quello del solo prezzo.

Altra disposizione rilevante, sempre in tema di principi generali sull'aggiudicazione è quella di cui all'art. 56, comma 2, che prevede la possibilità di non aggiudicare il contratto al miglior offerente quando l'offerta presentata non soddisfi le obbligazioni imposte dall'Unione Europea su profili ambientali⁶⁹. L'art. art. 57, comma 4, lett. a), poi, prevede la possibilità di escludere un operatore economico in caso di violazione delle obbligazioni europee su profili ambientali⁷⁰.

Ancora, in tema di offerte anormalmente basse, l'art. 69, comma 3 della nuova direttiva appalti afferma che le precisazioni che sono richieste dall'amministrazione aggiudicatrice in caso di offerte anormalmente basse possono riguardare l'adempimento di normative europee su profili ambientali e che l'amministrazione può respingere un offerta anormalmente bassa in relazione al rispetto di obblighi connessi alla protezione ambientale, operando un rinvio all'art. 18, comma 2⁷¹.

Come si vede, dunque, la nuova direttiva arricchisce la tassonomia delle norme a contenuto ambientale, coerentemente con l'evoluzione delle posizioni comunitarie in tema.

Tuttavia, rispetto agli annunci contenuti nel libro verde del 2011, la nuova direttiva ha mantenuto un profilo conservatore e vi sono alcuni *considerando* che spiegano perché non sono state accolte alcune delle idee proposte in sede di dibattito, già illustrate. Il riferimento, in particolare, è a due importanti questioni.

La prima è quella dell'inserimento nella direttiva appalti di prescrizioni sul «che cosa acquistare», da attuarsi attraverso la fissazione di requisiti obbligatori generali per gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione, in relazione alle quali il *considerando* 95 si limita ad affermare che il Legislatore dell'Unione ha già fissato requisiti obbligatori in materia di appalti

⁶⁹ L'art. 56, comma 2 richiama espressamente l'art. 18, comma 2 della stessa direttiva 2014/24/UE.

⁷⁰ La norma opera un rinvio all'art. 18 comma 2 della stessa direttiva 2014/24/UE. Tale disposizione non era presente nell'art. 45, direttiva 2004/18

⁷¹ L'art. 55, comma 1, lett. d), direttiva 2004/18 menziona solo il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro.

in taluni settori volti ad ottenere obiettivi specifici⁷² e che anche la definizione di metodologie comuni per il calcolo dei costi del ciclo di vita ha fatto grandi progressi. Pertanto, «appare opportuno proseguire su questa strada, lasciando che sia la normativa settoriale specifica a fissare obiettivi e prospettive vincolanti in funzione delle particolari politiche e condizioni vigenti nel settore pertinente, e promuovere lo sviluppo e l'utilizzazione di un approccio a livello europeo per il calcolo dei costi del ciclo di vita in modo da favorire ulteriormente il ricorso agli appalti pubblici a sostegno di una crescita sostenibile».

La seconda questione è che non è stato recepito il proposto superamento del principio del necessario collegamento dei requisiti ambientali con l'oggetto del contratto. Infatti, ai sensi del *considerando* 97, è riaffermato il principio del necessario collegamento dei criteri ambientali (siano essi criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione dell'appalto) con l'oggetto del contratto, con la spiegazione che «la condizione di un collegamento con l'oggetto dell'appalto esclude criteri e condizioni riguardanti la politica aziendale generale, che non può essere considerata un fattore che caratterizza il processo specifico di produzione o fornitura dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto dell'acquisto». Dunque, «Le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero pertanto avere la facoltà di imporre agli offerenti di attuare una determinata politica aziendale di responsabilità sociale o ambientale». Nel rispetto di tale principio, è ribadito che i criteri ambientali possono riguardare l'oggetto dell'appalto sotto ogni aspetto e in qualsiasi fase dei loro cicli di vita, «dall'estrazione delle materie prime per il prodotto alla fase di smaltimento dello stesso»⁷³. Dunque, in ordine al collegamento con l'oggetto del contratto delle considerazioni ambientali, non si può che rinviare a quanto già detto in ordine all'assetto normativo già stabilito in vigore della direttiva 2004/18/CE.

Anche la direttiva concessioni 2014/23/UE contiene disposizioni di principio volte a promuovere l'uso strategico degli appalti per tutte le fasi della

⁷² Il riferimento è, ad esempio, ai settori dei veicoli per il trasporto su strada (direttiva 2009/33/CE) e delle apparecchiature da ufficio (regolamento CE n. 106/2008).

⁷³ Secondo lo stesso *considerando* tali criteri possono, ad esempio, consistere nel fatto che la fabbricazione dei prodotti acquistati non comporti l'uso di sostanze chimiche tossiche o che i servizi acquistati siano forniti usando macchine efficienti dal punto di vista energetico; possono riguardare la fornitura o l'utilizzazione di prodotti del commercio equo nel corso dell'esecuzione dell'appalto da aggiudicare; condizioni di esecuzione dell'appalto basate su considerazioni ambientali potrebbero riguardare, ad esempio, l'imballaggio, la fornitura e lo smaltimento di prodotti e, per quanto riguarda gli appalti di lavori e servizi, la riduzione al minimo dei rifiuti o l'uso efficiente delle risorse.

vita dei contratti di concessione, coerentemente con quanto affermato in linea di principio dal *considerando* n. 3 della direttiva 23 che ribadisce il ruolo fondamentale degli appalti pubblici nella strategia Europa 2020, definita nella Comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 «Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva». In tale contesto, «i contratti di concessione rappresentano importanti strumenti nello sviluppo strutturale a lungo termine di infrastrutture e servizi strategici in quanto concorrono al miglioramento della concorrenza in seno al mercato interno, consentono di beneficiare delle competenze del settore privato e contribuiscono a conseguire efficienza e innovazione». L'art. 30, che afferma che gli Stati membri «adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di contratti di concessione, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro»⁷⁴. Anche il *considerando* 55 prevede che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici debbano adottare misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale. Ancora, il *considerando* 59 afferma il principio che «nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine pubblico, della moralità pubblica e della sicurezza pubblica, della salute, della vita umana e animale o alla conservazione delle specie vegetali o altre misure ambientali, in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE».

Tali principi sono poi confermati da alcune disposizioni puntuali che riguardano specificamente le diverse fasi della vita della concessione.

⁷⁴ Il *considerando* 55 afferma che «in vista di un'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro vigenti nel luogo in cui i lavori sono eseguiti o i servizi forniti e derivanti da leggi, regolamentazioni o disposizioni amministrative, adottati a livello nazionale e di Unione, e da contratti collettivi purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione. Parimenti, durante l'esecuzione di una concessione dovrebbero essere applicati gli obblighi derivanti da accordi internazionali ratificati da tutti gli Stati membri ed elencati nella presente direttiva». Inoltre, il *considerando* 59 afferma che «Nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine pubblico, della moralità pubblica e della sicurezza pubblica, della salute, della vita umana e animale o alla conservazione delle specie vegetali o altre misure ambientali, in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE».

Rispetto all'individuazione delle specifiche tecniche, l'art. 36 della direttiva 23 prevede che i requisiti tecnici e funzionali definiscono le caratteristiche richieste per i lavori o i servizi oggetto della concessione, che possono includere «i livelli di qualità, i livelli di prestazione ambientale e degli effetti sul clima, la progettazione per tutti i requisiti (compresa l'accessibilità per i disabili) e la valutazione di conformità, l'esecuzione, la sicurezza o le dimensioni, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, la marcatura e l'etichettatura o le istruzioni per l'uso»⁷⁵. Si applica, peraltro, il c.d. *principio di equivalenza*, che consente agli operatori economici di dimostrare che le caratteristiche del proprio prodotto sono analoghe a quelle richieste dal bando.

Anche la direttiva 23 afferma il principio che le amministrazioni possano escludere dalle procedure di selezione del concessionario gli operatori che abbiano commesso, tra l'altro, violazione di obblighi ambientali⁷⁶.

Quanto all'individuazione dei criteri di scelta del concessionario, il *considerando* 73 prevede che essi possano «fare riferimento a fattori di carattere non puramente economico ma tali da influenzare il valore di un'offerta dal punto di vista dell'amministrazione ... e da permettere di individuare un vantaggio economico globale». Inoltre, «dovrebbe essere possibile includere nei criteri di aggiudicazione, tra l'altro, criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione». Il principio è poi recepito dall'art.41 par. 2 che nel ribadire che «i criteri di aggiudicazione sono connessi all'oggetto della concessione» afferma che essi «possono includere, tra l'altro, criteri ambientali».

Più in generale, rispetto all'aggiudicazione dei contratti di concessione, il *considerando* 58 afferma che «la vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro dovrebbe essere svolta nelle relative fasi della procedura di aggiudicazione di una concessione, quando si applicano i principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l'aggiudicazione dei contratti e quando si applicano i criteri di esclusione».

⁷⁵ Art. 36, direttiva 2014/23/UE. Si confronti anche il *considerando* 67 della stessa direttiva 2014/23/UE per il quale «È necessario che i requisiti tecnici e funzionali definiti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori permettano l'apertura delle concessioni alla concorrenza. Tali requisiti dovrebbero definire le caratteristiche cui devono rispondere i lavori e/o i servizi oggetto della concessione e potrebbero fare riferimento allo specifico processo di produzione o di esecuzione dei lavori o servizi richiesti, purché siano collegati all'oggetto della concessione e commisurati al valore e agli obiettivi dello stesso. Lo specifico processo di produzione potrebbe comprendere requisiti relativi all'accessibilità per le persone con disabilità o ai livelli di prestazione ambientale».

⁷⁶ Direttiva 2014/23/UE, *considerando* n. 70.

Con riferimento all'esecuzione del contratto di concessione, compresa la fase della gestione, può essere citato il *considerando* 72 che, con particolare riferimento ai subappaltatori, afferma la necessità che i subappaltatori osservino gli obblighi vigenti in materia di diritto ambientale⁷⁷.

In ultimo, anche la direttiva concessioni richiama l'utilizzo di criteri ambientali in relazione all'intero ciclo di vita della concessione che comprende la fase dell'aggiudicazione e quella dell'esecuzione. Secondo il *considerando* 64, al fine della migliore integrazione di considerazioni sociali ed ambientali nelle concessioni, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di applicare «criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione della concessione» riguardanti lavori o servizi oggetto del contratto di concessione «sotto ogni aspetto e in qualsiasi fase dei loro cicli di vita, dall'estrazione delle materie prime per il prodotto alla fase di smaltimento dello stesso, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, prestazione o commercializzazione di questi lavori o servizi o in un processo specifico nel corso di una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale»⁷⁸.

Le misure a carattere ambientale non devono tuttavia essere scelte o applicate in modo da discriminare direttamente o indirettamente taluni operatori economici. Anche la nuova direttiva concessioni 2014/23/UE è coerente ai principi espressi dalla direttiva appalti e non recepisce i suggerimenti del libro verde del 2011: da un lato, ribadisce il necessario collegamento dei criteri ambientali con l'oggetto del contratto; dall'altro lato, si limita a disciplinare il «come acquistare» e non il «che cosa acquistare». Le disposizioni verdi contenute nel nuovo pacchetto di direttive appaiono dunque coerenti tra loro e ispirate alla medesima logica sottostante.

⁷⁷ Ai sensi dello stesso *considerando* 72 della direttiva 23, il controllo del rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale dovrebbe essere garantito «ogniqualevolta il diritto nazionale di uno Stato membro preveda un meccanismo di responsabilità solidale tra subappaltatori e concessionario».

⁷⁸ Secondo lo stesso *considerando* 64, «Criteri e condizioni riguardanti tale processo di produzione o prestazione possono ad esempio consistere nel fatto che i servizi oggetto della concessione siano prestati usando macchine efficienti dal punto di vista energetico». In tale ambito, rientrano anche criteri «riguardanti l'utilizzazione di prodotti del commercio equo e solidale nel corso dell'esecuzione della concessione». Inoltre, «e condizioni di esecuzione della concessione basate su considerazioni ambientali potrebbero comprendere, ad esempio, la riduzione al minimo dei rifiuti o l'uso efficiente delle risorse».

6. *Le istanze ambientali nel diritto interno: le novità del Codice 2016*

Con l'entrata in vigore delle nuove direttive e la necessità del loro necessario recepimento, avvenuto nell'aprile del 2016, si auspicava di assistere all'avvio di un nuovo generale dibattito interno, che potesse coinvolgere anche il tema del *green procurement*, di modo da non sprecare l'ennesima occasione utile.

Le direttive europee del 2014 sono state recepite in Italia con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, contenente per l'appunto il Nuovo Codice dei Contratti pubblici⁷⁹.

In effetti, a un anno di distanza dalla sua entrata in vigore, si può affermare che il Codice sembra segnare un nuovo tracciato in materia di appalti verdi, *rectius* di contratti verdi (tanto appalti quanto concessioni) poiché porta con sé importanti novità sul tema in esame.

Peraltro, il Codice si pone in continuità con un precedente intervento normativo del Legislatore italiano, vale a dire il c.d. Collegato ambientale, adottato nel dicembre del 2015⁸⁰. Entrata in vigore nel febbraio del 2016, tale ultima legge conteneva alcune disposizioni finalizzate a dare un forte impulso al settore degli appalti verdi. Di particolare rilevanza erano gli artt. 16-19⁸¹, i quali miravano a premiare, in maniera più incisiva che in passato, la qualità ambientale degli acquisti delle Amministrazioni, anche in termini di risparmio di risorse finanziarie che tale qualità ambientale riesce a determinare; inoltre, il Legislatore aveva altresì tentato di valorizzare l'importanza del ciclo di vita di un prodotto, all'interno del relativo contratto⁸².

In linea con il c.d. Collegato ambientale, il Codice dà nuovo vigore agli elementi di sostenibilità ambientale all'interno del settore dei contratti pubblici.

⁷⁹ Il titolo completo del decreto è «Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture». Come è evidente dal titolo, dunque, il Codice 2016 dà attuazione, in un unico testo normativo, alle tre direttive europee, disciplinando, pertanto, sia gli appalti sia le concessioni nonché tanto i contratti nei settori ordinari quanto quelli nei settori speciali.

⁸⁰ Si tratta della l. 28 dicembre 2015, n. 221, contenente «Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali», per l'appunto il c.d. «Collegato ambientale».

⁸¹ Si fa riferimento, in particolare, agli artt. 16 («Disposizioni per agevolare il ricorso agli appalti verdi»), 18 («Applicazione di criteri ambientali minimi negli appalti pubblici per le forniture e negli affidamenti di servizi») e 19 («Applicazione di criteri ambientali minimi negli appalti pubblici»).

⁸² Le citate disposizioni della l. n. 221/2015 sono state abrogate dal Codice dei contratti pubblici.

In generale, il Legislatore ha implementato le regole *green* sia per ciò che riguarda i criteri per l'aggiudicazione degli appalti e delle concessioni nonché per ciò che concerne i c.d. Criteri ambientali minimi (Cam), che le stazioni appaltanti, in taluni casi e a determinate condizioni, sono tenute a rispettare.

La cosa importante da evidenziare è che le esigenze di carattere ambientale, all'interno del Codice, sono presenti nelle diverse tipologie di disposizioni – vale a dire tanto in quelle di principio quanto in quelle di dettaglio – e, inoltre, riguardano i diversi momenti della vita dei contratti pubblici, dalla progettazione dell'intervento, alla fase di gara per l'aggiudicazione dello stesso, fino alla esecuzione del rapporto.

In questo, dunque, il Codice 2016 si pone correttamente e coerentemente in continuità con il precedente Codice 2006, «colorando di verde tutti tali momenti» del ciclo della vita del contratto pubblico⁸³.

Una novità è che il Codice disciplina espressamente anche le concessioni verdi, in attuazione della relativa normativa europea contenuta nella direttiva n. 23.

6.1. Principi applicabili: il rapporto tra principio di economicità e appalti verdi

L'ordinamento italiano pare aver preso atto delle potenzialità che il settore dei contratti pubblici, forte della sua grande rilevanza economica, ha quale traino per il sostegno, per quanto qui di interesse, delle politiche ambientali, ma non solo⁸⁴.

Il rinvigorito valore che il Legislatore italiano sembra riconoscere alle esigenze ambientali nel settore dei contratti pubblici, come detto, emerge anche nelle disposizioni di principio contenute all'interno del nuovo Codice.

A tal proposito, rilevano, in particolare, due disposizioni, vale a dire l'art. 4 e l'art. 30.

In primo luogo, l'art. 30, nel richiamare al comma 1 i principi ispiratori del Codice (quali sono quelli di economicità, efficacia, tempestività, correttezza,

⁸³ L'espressione è ripresa da G. FIDONE, *Gli appalti verdi*, cit.

⁸⁴ In tal senso, sebbene prima dell'entrata in vigore del Codice 2016, si pronunciava anche G. MARCHIANÒ, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'Amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, pp. 1 ss.

libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità), specifica che il principio di economicità, nei limiti di quanto previsto dal Codice stesso e nel rispetto delle previsioni del singolo bando di gara, può essere subordinato a esigenze, fra le altre cose, di tutela dell'ambiente nonché connesse alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico⁸⁵. Si tratta, a onor del vero, di una formulazione che riprende quella contenuta nel precedente Codice del 2006, nello specifico al già citato art. 2⁸⁶.

Tale disposizione si inserisce all'interno del tema dello sviluppo sostenibile, il quale ha guidato l'evoluzione europea, sopra riportata, in materia di tutela dell'ambiente, fino all'affermazione del principio di integrazione.

Si è già detto che lo sviluppo sostenibile, affermatosi anche a livello europeo, comporta la necessità di assicurare il soddisfacimento dei bisogni della generazione attuale senza compromettere le possibilità per le generazioni future di rispondere alle proprie esigenze. In altri termini, la crescita economica della società deve affiancarsi al contestuale miglioramento della qualità dell'ambiente, della vita e della salute della comunità, in nome del più ampio principio di proporzionalità.

Simili considerazioni hanno portato all'introduzione del principio di integrazione, in forza del quale l'ambiente non è più una autonoma "politica" degli Stati membri dell'Unione Europea, ma deve essere un interesse che indirizza, orienta e influenza tutte le diverse "politiche" e azioni degli stessi. Nel settore dei contratti pubblici, il principio di integrazione significa che la tutela dell'ambiente deve essere un principio cardine dell'attività amministrativa, la quale non si evince solo in appositi e specifici "appalti verdi", ma influenza l'attività generale dell'amministrazione (anche) nel settore di riferimento.

⁸⁵ La disposizione in esame è rubricata «Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni». Il comma 1 così recita: «L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico».

⁸⁶ L'art. 2 del vecchio Codice era rubricato «Principi». Il comma 2 di tale disposizione prevedeva che «il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile».

Il precipitato normativo di tali considerazioni è rappresentato dal citato art. 30 del Codice: la tutela dell'ambiente diviene, così, un principio fondamentale della materia dei contratti pubblici, tale che la sua realizzazione può prevalere anche sulle esigenze di economicità che, da sempre, caratterizzano la materia in esame.

In questo solo, si pone anche il terzo comma del citato art. 30, che ha una portata perfino più innovativa poiché contiene una disposizione non contemplata dal precedente Codice del 2006. La disposizione di cui al comma 3, infatti, evidenzia la necessità di rispettare i principi relativi alla tutela dell'ambiente non solo nella fase di aggiudicazione dei contratti pubblici, ma anche in quella di esecuzione degli stessi⁸⁷.

Gli appaltatori e i concessionari delle Pubbliche Amministrazioni, infatti, sono chiamati a rispettare gli obblighi in materia ambientale (oltre che quelli in materia sociale e del lavoro) stabiliti dalla normativa nazionale (compresi i contratti collettivi) ed europea nonché previsti all'interno delle disposizioni internazionali espressamente elencate all'interno dell'allegato X del Codice⁸⁸.

Già all'interno dei principi, dunque, il Codice mette in chiaro che l'interesse ambientale ha assunto una particolare importanza anche nel settore dei contratti pubblici, tanto da essere idoneo a guidare sia la fase di aggiudicazione sia quella di esecuzione degli stessi.

Ancora più significativa dell'art. 30 appena esaminato è la previsione contenuta nell'art. 4 del Codice, che disciplina i contratti esclusi dall'applicazione del Codice stesso.

Segnando una importante svolta rispetto alla disciplina precedente⁸⁹, infatti, la disposizione in esame prescrive che i contratti pubblici che sono esclusi

⁸⁷ Il comma 3 in esame prescrive che «Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X».

⁸⁸ All'interno del citato Allegato X, sono da segnalare, in particolare, le seguenti convenzioni internazionali in materia ambientale: a) Convenzione di Vienna per la protezione dello strato di ozono; b) protocollo di Montreal relativo a sostanze che riducono lo strato di ozono; c) Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento (Convenzione di Basilea); d) Convenzione di Stoccolma sugli inquinanti organici persistenti; e) Convenzione di Rotterdam sulla procedura di previo assenso informato per taluni prodotti chimici e pesticidi pericolosi nel commercio internazionale (UNEP/FAO, lettera convenzione PIC) Rotterdam, 10 settembre 1998, e relativi tre protocolli regionali.

⁸⁹ L'art. 27 del Codice del 2006, rubricato «Principi relativi ai contratti esclusi», non conteneva riferimenti all'interesse ambientale né a principi di carattere ambientale. La medesima disposizione

in tutto o in parte dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice 2016 devono essere affidati, in ogni caso, nel rispetto non solo dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità (come era già previsto dall'art. 27 del vecchio Codice 2006), ma anche nel rispetto dei principi in materia di tutela dell'ambiente nonché di efficienza energetica⁹⁰.

In altri termini, anche laddove non sono tenute all'applicazione del Codice dei contratti, le Pubbliche Amministrazioni devono aggiudicare i contratti pubblici pur sempre nel rispetto delle esigenze di tutela ambientale e di efficienza energetica che, dunque, si pongono come interessi pubblici superiori, al pari di quegli altri che rientrano all'interno del buon andamento.

Si tratta di una disposizione importante, non solo per la novità introdotta rispetto alla disciplina previgente, ma anche per la sua collocazione. Tale art. 4, infatti, è collocato nella Prima parte del Codice, contenente la disciplina relativa ad «Ambito di applicazione, Principi, Disposizioni comuni ed esclusioni».

In altri termini, è come se il citato art. 4 segnasse una sorta di nuovo avvio del Codice dei contratti, a dimostrazione che lo stesso è divenuto più incline – fin da principio e fin dai principi – a garantire una maggiore attenzione al tema della protezione dell'ambiente e, quindi, degli appalti verdi.

È evidente che le esigenze ambientali, così espresse in via di principio, trovano, poi, all'interno delle disposizioni del Codice stesso, concreto riscontro con riferimento alla disciplina di dettaglio dei contratti pubblici.

6.2. *Specifiche tecniche*

Come ribadito in diverse occasioni dalla Commissione Europea, la definizione dell'oggetto di un contratto pubblico da aggiudicare è un momento di particolare importanza nel settore in esame, in particolare per l'affermazione dei principi di carattere ambientale⁹¹. In questa fase, infatti, le stazioni appaltanti godono, tendenzialmente, di un «ampio margine di manovra riguardo a ciò che

si limitava a prevedere che «l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità».

⁹⁰ L'art. 4 in esame è rubricato «Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi».

⁹¹ Ciò era stato già affermato dalla COMMISSIONE EUROPEA, *Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, cit., nonché, in precedenza, nella COM(2001) 274 def., cit.

intendono acquistare», con la conseguenza che possono usufruire di tale discrezionalità per «tenere in considerazione gli aspetti ambientali», pur sempre senza creare pregiudizi alla concorrenza né limitare il libero accesso al mercato⁹². È quanto la Commissione afferma, da ultimo, nella terza edizione del Manuale sugli appalti pubblici verdi, dal titolo «Acquistare verde!»⁹³.

In questo contesto, l'Italia ha avviato, già da tempo, un «Piano d'Azione per la sostenibilità dei consumi nel settore della Pubblica Amministrazione» (PAN GPP). Il Ministero dell'Ambiente, infatti, ha adottato il d.m. 11 aprile 2008, successivamente aggiornato con il d.m. 10 aprile 2013, con i quali ha definito i principi e i criteri ambientali minimi da inserire all'interno dei bandi di gara al fine di realizzare gli appalti verdi. Le stazioni appaltanti, applicando tali principi e tali criteri, possono giungere alla corretta definizione dell'oggetto del contratto da aggiudicare, attraverso l'individuazione delle specifiche tecniche, dei requisiti di partecipazione alla gara, dei criteri di valutazione delle offerte nonché delle condizioni di esecuzione del contratto.

Nell'ambito di tale piano di azione, si inserisce certamente anche il nuovo Codice dei contratti pubblici, che, peraltro, come già detto, si pone in continuità con il Collegato ambientale del 2015. In particolare, per quello che qui rileva, il nuovo Codice contiene l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di «fare» *Green Public Procurement (GPP)*, nel senso di aggiudicare contratti pubblici nel rispetto e in applicazione dei Criteri ambientali minimi (c.d. Cam) definiti dal Ministero dell'ambiente, per specifica categoria di spesa. In questo modo, le stazioni appaltanti possono contribuire al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'Azione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei Cam.

⁹² COMMISSIONE EUROPEA, *Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, cit., pp. 14 ss.

⁹³ COMMISSIONE EUROPEA, *Acquistare verde! Manuale sugli appalti pubblici verdi*, III ed., Ufficio delle pubblicazioni ufficiali dell'Unione europea, Lussemburgo, 2016 (reperibile in www.ec.europa.eu): pubblicato nell'aprile del 2016, il manuale è rivolto, in via principale, alle stazioni appaltanti e alle altre autorità pubbliche interessate al settore della contrattualistica pubblica. Ciò non toglie che gli strumenti e i suggerimenti in esso contenuti possano essere applicati, nella maggior parte dei casi, anche all'interno delle imprese degli operatori economici privati del settore. Ciò dovrebbe valere soprattutto per le piccole e medie imprese, al fine di comprendere al meglio quali sono e come far valere le esigenze ambientali nel settore dei contratti pubblici, così da poter sfruttare al meglio i vantaggi che ne possono derivare nel corso delle gare pubbliche.

A tal proposito, l'art. 34 (rubricato «Criteri di sostenibilità energetica e ambientale»), ponendosi all'interno del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione e riprendendo le disposizioni dell'abrogato Collegato ambientale, prescrive l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire i Cam all'interno della documentazione progettuale e di gara, almeno per ciò che concerne le specifiche tecniche e le clausole contrattuali, relative all'esecuzione.

Nel testo originario del Codice tale obbligo era, tuttavia, limitato; questo, infatti, riguardava l'intero valore della gara solo per determinate categorie di appalti che, secondo le disposizioni codicistiche, erano da ritenersi idonee a conseguire l'efficienza energetica negli usi finali⁹⁴. Negli altri casi, vale a dire per forniture e affidamenti non connessi agli usi finali di energia e oggetto dei criteri ambientali minimi, invece, l'obbligo dei Cam era posto con riferimento solo ad almeno il 50 per cento del valore a base d'asta. Era anche previsto, però, che il Ministero dell'ambiente avrebbe dovuto disporre un progressivo aumento percentuale di tale obbligo al fine di raggiungere il 100 per cento del valore di base d'asta anche per questi altri contratti entro il 2020⁹⁵.

A tal proposito, tuttavia, si era già paventato il rischio che potessero sorgere alcuni problemi pratici per le stazioni appaltanti proprio con riferimento agli affidamenti in cui l'obbligo dei Cam era fissato solo al 50 per cento. In particolare, in tali ipotesi, la stazione appaltante avrebbe dovuto suddividere l'importo a base d'asta, specificando anche le modalità con le quali vi aveva provveduto, al fine di distinguere la parte, per così dire, "verde" del contratto –

⁹⁴ Il Codice stesso individuava alcuni esempi di tali categorie di appalti: a) acquisto di lampade a scarica ad alta intensità, di alimentatori elettronici e di moduli a LED per illuminazione pubblica, acquisto di apparecchi di illuminazione per illuminazione pubblica e affidamento del servizio di progettazione di impianti di illuminazione pubblica; b) attrezzature elettriche ed elettroniche d'ufficio, quali personal computer, stampanti, apparecchi multifunzione e fotocopiatrici; c) servizi energetici per gli edifici, servizio di illuminazione e forza motrice, servizio di riscaldamento/raffrescamento di edifici; d) affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici e per la gestione dei cantieri della pubblica amministrazione.

⁹⁵ Cfr. decreto del Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare del 24 maggio 2016. Come è evidente, tale decreto attuativo è stato emanato ad appena un mese di distanza dall'entrata in vigore del nuovo Codice. Proprio la rapidità dell'intervento del Ministero dimostra la rinvigorita attenzione dell'ordinamento italiano per i contratti verdi nonché la particolare fiducia che la classe dirigente italiana riversa in questo tipo di approccio. Si consideri, infatti, che tale applicazione obbligatoria dei Cam, non prevista a livello dell'Unione Europea, avrebbe dovuto portare l'Italia ad avere, entro il 2020, un sistema di *public procurement* integralmente permeato dalle valutazioni relative alla sostenibilità ambientale.

in quanto sottoposta all'obbligo dei Cam – e quella, invece, tradizionale. Una simile suddivisione sarebbe stata certamente più semplice in caso di acquisto dei beni, ma sarebbe evidentemente diventata più complessa nel caso dei lavori e dei servizi.

Il primo correttivo al Codice⁹⁶, tuttavia, è intervenuto a modificare queste previsioni, sostituendo i commi 2 e 3 dell'art. 34 con disposizioni nuove. Nella nuova formulazione, non è più prevista la distinzione fra categorie di appalti alle quali l'utilizzo dei Cam si applica per l'intero importo e categorie alle quali, invece, tale applicazione è ridotta del 50%.

Ora, è previsto che i Cam sono tenuti in considerazione dalla stazione appaltante per quelle categorie di appalto che si riferiscono agli interventi di ristrutturazione⁹⁷ «per quanto possibile»⁹⁸. Nel definire il livello di considerazione dei Cam, la singola stazione appaltante tiene conto della tipologia di intervento da realizzare e del sito in cui andranno a essere localizzate le opere che deve realizzare; a tal fine, è necessario adeguarsi ai criteri che vengono definiti dallo stesso Ministero dell'ambiente.

Inoltre, è previsto che l'obbligo di applicazione dei Cam, così come delineato anche con riferimento agli interventi di ristrutturazione, vale per gli affidamenti di lavori, servizi e forniture a prescindere dal loro importo purché rientrino nelle categorie indicate all'interno del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione.

La vera novità con riferimento alle specifiche tecniche – che le stazioni appaltanti possono inserire all'interno dei bandi di gara e che possono riguardare anche «le caratteristiche ambientali»⁹⁹ – consiste nel fatto che tali caratteristiche possono riferirsi allo specifico processo o metodo di produzione o prestazione dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, o a uno specifico processo per un'altra fase del loro ciclo di vita «anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale»; è richiesto, tuttavia, che gli stessi siano, in ogni caso, collegati all'oggetto dell'appalto e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi¹⁰⁰. Non viene meno, in altri termini, il necessario collegamento con

⁹⁶ Trattasi del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

⁹⁷ Il Codice espressamente specifica che tale categoria ricomprende anche gli appalti relativi ad attività di demolizione e ricostruzione.

⁹⁸ Art. 34, comma 2.

⁹⁹ Art. 68, comma 5, lett. a).

¹⁰⁰ Art. 68, comma 1.

l'oggetto del contratto da affidare, che, come visto, è ribadito anche a livello europeo, in attuazione del principio di proporzionalità.

Al pari, tali specifiche tecniche devono pur sempre assicurare un pari accesso alla procedura selettiva da parte degli operatori economici europei e, quindi, non possono, in alcun modo, ostacolare la piena e completa apertura del mercato dei contratti pubblici alla libera concorrenza¹⁰¹.

In applicazione di tali principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, il Codice obbliga anche le stazioni appaltanti a non escludere né dichiarare inammissibile l'offerta presentata da un operatore economico che, pur non adeguandosi alle specifiche tecniche ambientali inserite nel bando di gara, recepisce specifiche di carattere europeo o internazionale che contemplino le medesime prestazioni e i medesimi requisiti funzionali¹⁰². In tal caso, evidentemente, sarà l'offerente, già nella propria offerta, a dover dimostrare il rispetto di tale condizione e che, quindi, il lavoro, il servizio o il bene oggetto dell'offerta siano idonei, in quanto compatibili alla norma europea o internazionale, a realizzare le prestazioni e i requisiti funzionali di carattere ambientale richiesti dalla stazione appaltante.

Come mezzo di prova per il rispetto di queste particolari specifiche tecniche ambientali, le stazioni appaltanti possono anche richiedere «un'etichettatura specifica»¹⁰³. Restano fermi, però, i richiamati principi di concorrenza e non discriminazione. Qualora, infatti, un operatore economico non è in grado di ottenere l'etichettatura richiesta in tempo, per motivi non a lui imputabili, la stazione appaltante deve accettare anche altri mezzi di prova che siano idonei a dimostrare che i lavori, i servizi o i beni oggetto dell'offerta presentata soddisfino i requisiti dell'etichettatura o quelli richiesti all'interno del bando di gara.

In ogni caso, il Codice incentiva la diffusione delle etichettature ambientali, riconoscendo numerose agevolazioni per le imprese c.d. eco-certificate; questo vale, in modo particolare, con riferimento alla certificazione di qualità delle imprese¹⁰⁴ nonché con riguardo alle garanzie per la partecipazione alla procedura di gara: l'art. 93 del Codice, infatti, riconosce una riduzione

¹⁰¹ Art. 68, comma 4.

¹⁰² Art. 68, comma 8.

¹⁰³ Art. 69, comma 1.

¹⁰⁴ Art. 87, commi 2-4.

sull'importo di tali garanzie a favore delle imprese che dimostrino di avere determinate certificazioni ambientali¹⁰⁵.

6.3. Cause di esclusione dalla procedura di affidamento

Di particolare importanza, sono le novità di carattere ambientale che il Codice del 2016 porta in tema di esclusione dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici. A differenza che in passato, infatti, con la disciplina attualmente vigente non dovrebbero esserci dubbi in merito all'obbligatorietà del rispetto della normativa ambientale da parte degli operatori economici interessati a partecipare alle gare pubbliche, al fine di evitarne l'esclusione.

La direttiva 18 del 2004 rimetteva ai singoli Stati membri, in termini di possibilità, la decisione di prevedere l'esclusione dalle procedure di gara dei concorrenti che avevano commesso reati ambientali; la nuova direttiva 24 del 2016 si pone in maniera più incisiva.

Il *considerando* 40 della direttiva 24 espressamente prevede che le stazioni appaltanti devono vigilare sull'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale (nonché in materia di diritto sociale e del lavoro) in ciascuna fase della procedura di gara, compresa quella relativa all'applicazione dei criteri di esclusione. Inoltre, il *considerando* 41 prescrive che la direttiva non può «vietare di imporre o di applicare» misure ambientali, le quali si pongono all'interno della necessità di assicurare lo sviluppo sostenibile.

Quanto prescritto nei *considerando*, trova concreta attuazione all'interno delle disposizioni della direttiva, sebbene l'Unione Europea lasci liberi gli Stati membri di applicare in maniera più o meno stringente quanto previsto.

In tema di esclusione dalla gara, l'art. 57¹⁰⁶, paragrafo 4, direttiva 24, prevede che gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura di gara l'operatore economico che abbia violato gli obblighi di cui all'art. 18, paragrafo 2, della direttiva stessa, fra i quali vi sono quelli in materia di diritto ambientale stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Art. 93, comma 7.

¹⁰⁶ La disposizione in esame è rubricata «Motivi di esclusione».

¹⁰⁷ Questo è quanto previsto dall'art. 57, paragrafo 2, lett. a), direttiva 2014/24/UE.

Sebbene la disposizione citata non obbliga gli Stati membri a prevedere una simile fattispecie di esclusione, vi è da evidenziare che il medesimo paragrafo 4 prevede che anche «le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere» gli operatori che hanno violato gli obblighi in materia ambientale. Questa parte della disposizione lascia intendere che ciascuna singola stazione appaltante tenuta ad applicare la normativa europea in materia di contratti pubblici possa prevedere, nel proprio bando di gara o negli altri atti che costituiscono la *lex specialis*, di escludere gli operatori economici che violano gli obblighi ambientali, anche qualora lo Stato membro di appartenenza non abbia recepito tale previsione europea.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, il problema, in ogni caso, non si pone.

Il Legislatore nostrano, infatti, sebbene avesse la facoltà (e non l'obbligo) di inserire una simile disposizione, ha recepito quanto previsto dall'art. 57 citato.

L'art. 80 del Codice¹⁰⁸, infatti, prevede che, fra i motivi di esclusione di cui si occupa, vi siano anche violazioni della normativa in materia ambientale, sotto un duplice profilo.

Per un verso, infatti, l'art. 80, comma 1, lett. a), del Codice, sanziona con l'esclusione dalla gara l'operatore economico che è stato condannato per il reato di cui all'art. 260, d.lgs. 3.04.2006, n. 152¹⁰⁹. Tale ultima disposizione disciplina il delitto di «Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti»¹¹⁰.

Per altro verso, poi, l'art. 80, comma 5, del Codice, prescrive l'obbligo (e non la mera facoltà) per le stazioni appaltanti di escludere dalla gara gli operatori economici che abbiamo commesso «gravi infrazioni debitamente accertate ... agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente codice»; si tratta dei già *supra* richiamati obblighi in materia ambientale (oltre che in materia sociale e del lavoro) stabiliti dalla normativa nazionale (compresi i contratti collettivi) ed europea nonché previsti all'interno delle disposizioni internazionali espressamente elencate all'interno dell'allegato X del Codice stesso.

¹⁰⁸ L'art. 80 in esame è rubricato «Motivi di esclusione».

¹⁰⁹ Si tratta del decreto contenente «Norme in materia ambientale», conosciuto anche come Codice dell'Ambiente.

¹¹⁰ Ai sensi dell'art. 260 del Codice dell'Ambiente, «chiunque, al fine di conseguire un ingiusto profitto, con più operazioni e attraverso l'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate, cede, riceve, trasporta, esporta, importa, o comunque gestisce abusivamente ingenti quantitativi di rifiuti è punito con la reclusione da uno a sei anni».

Se, quindi, in passato, alla luce del Codice del 2006, vi erano dubbi sulla possibilità di escludere un operatore economico a causa della commissione di reati ambientali e la giurisprudenza¹¹¹, con molta fatica e qualche limite, aveva dovuto ricostruire tale possibilità ricollegandola ai «gravi reati che incidono sulla moralità professionale» di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice 2006¹¹², oggi, invece, non sembra vi possano più essere dubbi sulla rilevanza degli interessi ambientali ai fini dell'esclusione dalla procedura di gara.

A ben vedere, anzi, il nuovo Codice che ancora più incisivo di quanto ci si potesse augurare, almeno sul punto. Infatti, in attuazione della normativa europea, l'esclusione dalla gara è disposta non solo in caso di commissione di un reato ambientale, ma, più in generale, in violazione di un qualsiasi obbligo in materia ambientale fra quelli individuati dall'art. 30, comma 3, a prescindere dalla circostanza se tale violazione abbia o meno rilevanza penale.

Tale maggiore e più attento interesse alla tutela dell'ambiente è dimostrato anche dalla nuova disciplina in materia di offerte anormalmente basse, connessa a quella dell'esclusione appena esaminata.

In tal senso, l'art. 97¹¹³ è fortemente innovativo poiché prevede qualcosa che, in precedenza, non era contenuta nel Codice del 2006. Il comma 5, infatti, prevede che, in caso di offerta anormalmente bassa, la stazione appaltante provvede ad escluderla qualora accerti che questa è tale poiché non rispetta gli obblighi in materia ambientale di cui al più volte citato art. 30, comma 3.

In altri termini, per un verso, è evidente che l'offerente non può giustificare la convenienza della propria offerta con il mancato rispetto degli obblighi ambientali e, per altro verso, nel caso sia accertata la violazione degli stessi, la stazione appaltante è tenuta a escludere l'offerta anormalmente bassa.

Sia l'art. 80 sia l'art 97, pertanto, impediscono la partecipazione alla gara di un operatore o di un'offerta che non siano coerenti con gli obblighi ambientali assurti a principi della disciplina dei contratti pubblici. In perfetta coerenza con il citato *considerando* 40 della direttiva 23.

6.4. Capacità tecnica

¹¹¹ *Ex multis*, si possono richiamare, in argomento, TAR Veneto, Venezia, Sez. I, 14 maggio 2009, n. 1491; Cons. St., Sez. IV, 10 febbraio 2009, n. 740.

¹¹² Per una disamina sul punto, sia consentito rinviare a G. FIDONE, *Gli appalti verdi*, cit., pp. 847 s.

¹¹³ La disposizione del Codice è rubricata «Offerte anormalmente basse».

Gli aspetti di carattere ambientale e le esigenze legate alla tutela dell'ambiente possono certamente avere una qualche rilevanza anche con riferimento alla capacità tecnica degli operatori economici ai fini della loro selezione in fase di gara, non solo, quindi, in merito alla partecipazione alla medesima procedura, come già visto e analizzato.

La Commissione europea, nel più volte citato manuale sugli acquisti verdi, nello specificare che i criteri di selezione servono per valutare l'idoneità di un operatore economico a eseguire un determinato contratto, afferma che alcuni di questi criteri possono attingere al *green public procurement*. In particolare, i criteri di selezione in materia ambientale, tendenzialmente, riguardano la capacità tecnica e professionale dei partecipanti alla gara e possono afferire, esemplificativamente, alla gestione delle risorse – sia umane sia tecniche – alle esperienze pregresse, ai sistemi di gestione ambientale utilizzati, e così via¹¹⁴.

Nel vecchio Codice dei contratti pubblici del 2006, il Legislatore richiamava, fra i requisiti di carattere tecnico, anche alcuni requisiti ambientali, soprattutto con riferimento alle misure di gestione ambientale. In particolare, gli artt. 40¹¹⁵ e 42¹¹⁶, rispettivamente dedicati alla qualificazione per gli appalti di lavori e alla capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi, prevedevano la possibilità di inserire nei bandi di gara criteri di selezione inerenti alle «misure di gestione ambientale».

Alla luce della precedente normativa, ci si chiedeva anche entro quali limiti le stazioni appaltanti potessero prescrivere il possesso di requisiti di carattere ambientali superiori a quelli minimi previsti dalla legge. La giurisprudenza riconosceva loro «una certa discrezionalità nel fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara», purché la decisione delle stesse non fosse

¹¹⁴ Sul punto, si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Acquistare verde! Manuale sugli appalti pubblici verdi*, cit., cap. 4.3.

¹¹⁵ Si fa riferimento, in maniera particolare, all'art. 40, comma 4, lett. d), Codice 2006, ai sensi del quale il Regolamento, fra i requisiti di capacità tecnica e professionale, «comprende, nei casi appropriati, le misure di gestione ambientale».

¹¹⁶ L'art. 42, comma 1, lett. f), Codice 2006, prevedeva che, negli appalti di servizi e forniture, la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti poteva essere fornita anche attraverso la «indicazione, per gli appalti di servizi e unicamente nei casi appropriati, stabiliti dal regolamento, delle misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto». In ogni caso, la stazione appaltante doveva precisare la necessità di simili informazioni «nel bando di gara o nella lettera d'invito».

«eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza»¹¹⁷. In altri termini, vi erano dei criteri minimi, fissati per legge, che le stazioni appaltanti potevano implementare nel rispetto del generale principio di concorrenza.

Ciò posto, è necessario vedere se e quali novità ha portato il Codice del 2016.

In primo luogo, come già si è avuto modo di vedere, sono stati introdotti i Cam, il cui rispetto è essenziale e necessario per la partecipazione a una gara pubblica. Sotto questo punto di vista, dunque, vi è già una prima novità rispetto alla disciplina precedente, consistente in una maggiore incisività dei criteri ambientali minimi che devono necessariamente essere rispettati per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione.

Analizzando i singoli articoli dedicati alla disciplina dei criteri di selezione, invece, non sembra siano rinvenibili riferimenti o richiami alla tutela dell'ambiente, a differenza di quanto visto nel precedente Codice. Né l'art. 83 – rubricato «Criteri di selezione e soccorso istruttorio» – né l'art. 84 – rubricato «Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici» – infatti, individuano l'ambiente, inteso in senso ampio, quale possibile criterio di selezione degli operatori economici partecipanti a una gara pubblica.

A una prima lettura, quindi, si potrebbe quasi pensare che vi sia stato un passo indietro del Legislatore, almeno sotto questo punto di vista. Prima di giungere a simili conclusioni, tuttavia, sembra necessario fare alcune considerazioni.

In primo luogo, come già detto, non può non essere presa in considerazione la già analizzata disciplina dei Cam, la quale impone, a differenza del passato, il rispetto di alcuni criteri ambientali minimi per la sola partecipazione alle gare pubbliche e, dunque, a maggior ragione, ai fini della selezione delle offerte.

In secondo luogo, anche in sede di principi, il Legislatore ha riconosciuto alle esigenze ambientali un ruolo maggiore che in passato. Il già citato art. 30, infatti, espressamente individua anche la «tutela dell'ambiente» fra i principi che guidano la fase di aggiudicazione dei contratti pubblici, nella quale certamente rientra la selezione dell'offerta.

¹¹⁷ Cons. St., sez. V, 2 febbraio 2009, n. 525; nello stesso senso, *ex multis*, anche Id., 19 novembre 2009, n. 7247.

In terzo luogo, cosa ancora più importante, con riferimento ai requisiti di selezione di carattere ambientale, se anche non vi sono riferimenti nel testo del Codice, questi possono essere trovati all'interno dei suoi allegati. In particolare, l'Allegato XVII, intitolato, per l'appunto, «Mezzi di prova dei criteri di selezione», fra i mezzi di prova per dimostrare la sussistenza delle capacità tecniche degli operatori economici di cui all'art. 83 del Codice, individua anche «un'indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante l'esecuzione del contratto»¹¹⁸.

In conclusione, dunque, è evidente che, ancor più del passato, anche il nuovo Codice 2016 riconosce la possibilità per le stazioni appaltanti di valutare, in fase di selezione delle offerte, determinati requisiti di capacità tecnica di carattere ambientale. Ancora oggi, però, è necessario che simili requisiti, al pari degli altri, «attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto», anche al fine di soddisfare «l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti»¹¹⁹.

6.5. *L'offerta economicamente più vantaggiosa e il costo del ciclo di vita*

L'offerta economicamente più vantaggiosa rappresenta un criterio di aggiudicazione dei contratti pubblici.

Come riconosciuto dalla stessa Commissione Europea, la differenza fra le specifiche tecniche, analizzate finora, e i criteri di aggiudicazione è evidente: le prime individuano il livello di prestazione minimo richiesto ai fini della partecipazione alla gara pubblica e, per questo, «sono valutate sulla base di approvazione/rifiuto»; i secondi, invece, sono stabiliti dalle stazioni appaltanti al fine di individuare prestazioni supplementari da premiare e, pertanto, sono attribuiti loro una ponderazione e un ordine di importanza, così che «i concorrenti che offrono le migliori prestazioni ambientali possano ottenere punteggi maggiori»¹²⁰. I criteri di aggiudicazione e la relativa ponderazione sono definiti in maniera discrezionale dalle stazioni appaltanti.

¹¹⁸ Si veda Allegato XVII, Parte II, Codice 2016.

¹¹⁹ Art. 83, comma 2, Codice dei Contratti.

¹²⁰ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Acquistare verde! Manuale sugli appalti pubblici verdi*, cit., cap. 5.1.1.

In teoria, dunque, «deve essere sempre possibile tradurre le specifiche tecniche in criteri di aggiudicazione»¹²¹.

In tema di inserimento di clausole ambientali all'interno dei criteri di aggiudicazione, in particolare, all'interno dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è possibile individuare una evoluzione storica che si è sviluppata in almeno tre momenti diversi che, in questa sede, è possibile descrivere brevemente.

In un primo momento, prima che fossero adottate le precedenti direttive europee del 2004 sugli appalti pubblici, era riconosciuta alle stazioni appaltanti la possibilità di inserire criteri di valutazione di carattere ambientale (c.d. criteri verdi) solo ed esclusivamente se gli stessi erano idonei ad assicurare un vantaggio economico diretto a favore della stazione appaltante stessa. In altri termini, i criteri verdi erano legittimi solo qualora avessero avuto un diretto riscontro economico per la stazione appaltante e non se fossero stati finalizzati esclusivamente alla tutela dell'ambiente¹²².

In altri termini, la tutela dell'ambiente era sempre subordinata al perseguimento del vantaggio economico diretto per le Amministrazioni.

Tale situazione, peraltro, sembrava porsi in contrasto con il principio di integrazione sancito dai Trattati europei. In questo modo, si apriva la seconda fase evolutiva, in cui la Giurisprudenza europea ha cercato di riconoscere maggiore e più adeguata dignità agli interessi ambientali, anche in ambito di criteri di aggiudicazione della gara.

Il punto di arrivo di tale evoluzione giurisprudenziale può essere considerato la sentenza della Corte di Giustizia *Concordia Bus Finland*¹²³. Con tale pronuncia, la Corte europea affermava definitivamente che anche considerazioni di carattere non economico potevano concorrere a formare i criteri di aggiudicazione di un contratti pubblico poiché anche simili fattori erano da

¹²¹ G. FIDONE, *Gli appalti verdi*, cit., p. 853.

¹²² Sul punto, sia consentito rinviare ancora una volta a G. FIDONE, *Gli appalti verdi*, cit., p. 854. L'Autore, in particolare, fa un esempio che meglio spiega la situazione *ante* direttive 2004: un stazione appaltante poteva considerare gli aspetti ambientali di un'opera pubblica qualora questi si sarebbero tradotti in un risparmio energetico per la prima, in fase di gestione dell'opera; la stazione, tuttavia, non poteva prendere in considerazione le eventuali esternalità negative dell'opera stessa, relativamente ai danni il cui costo sarebbe stato sostenuto dalla collettività (e non direttamente dall'Amministrazione).

¹²³ Corte giust., *Concordia Bus Finland Oy Ab c. Helsingin kaupunki e HKL-Bussiliikenne*, cit.

considerarsi idonei a incidere sul valore di un'offerta per l'Amministrazione aggiudicatrice.

Su queste basi, si arriva all'adozione delle direttive europee del 2004 e, quindi, alla loro attuazione all'interno del Codice del 2006. Superati gli iniziali limiti all'utilizzo di criteri di aggiudicazione di carattere ambientale, tanto la normativa europea¹²⁴ quanto quella italiana riconoscono la possibilità di prendere in considerazione i c.d. criteri verdi ai fini dell'aggiudicazione del contratto pubblico. In particolare, l'art. 83 del Codice 2006 inseriva espressamente «le caratteristiche ambientali», fra i criteri di valutazione dell'offerta utilizzabili in applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹²⁵. Restava fermo, in ogni caso, che i criteri verdi erano utilizzabili purché fossero «collegati all'oggetto dell'appalto, non conferis[sero] alla detta amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, [fossero] espressamente menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara e rispett[assero] tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare, il principio di non discriminazione»¹²⁶.

Le nuove direttive del 2014 sui contratti pubblici prevedono l'applicazione del solo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa quale criterio di aggiudicazione, all'interno della quale è possibile prendere in considerazione elementi di *green public procurement*. Nella nuova disciplina, questo vale sia con riferimento agli elementi qualitativi dell'offerta, sia con riferimento alla nuova importanza riconosciuta al costo del ciclo della vita dei prodotti.

Per ciò che concerne gli elementi qualitativi, è, ormai pacifico, come visto, che i criteri di carattere ambientale siano utilizzati come elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Lo stesso Legislatore europeo lo riconosce, sottolineando, tuttavia, che tali criteri non devono portare

¹²⁴ Si fa riferimento, in particolar modo, all'art. 54, direttiva 2004/18/CE, rubricato «Criteri di aggiudicazione dell'appalto».

¹²⁵ L'art. 83, comma 1, lett. e), Codice 2006, rubricato «Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa», prevedeva, fra i possibili criteri di valutazione delle offerte, «le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera, del servizio o del prodotto, anche con riferimento alle specifiche tecniche premianti previste dai criteri ambientali minimi di cui ai decreti attuativi del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione, adottati ai sensi del decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 11 aprile 2008, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 107 dell'8 maggio 2008, e successive modificazioni».

¹²⁶ Corte giust., *EVN AG e Wienstrom GmbH c. Repubblica Austriaca*, cit.

al riconoscimento di una incondizionata libertà di scelta alle stazioni appaltanti, devono essere criteri sempre verificabili – e, pertanto, devono essere oggettivi – non devono limitare ingiustificatamente la concorrenza e devono essere conosciuti per tempo dai partecipanti alla gara, dunque, devono essere inseriti nel bando o nella lettera di invito¹²⁷.

Inoltre, resta fermo il principio per cui i criteri verdi devono risultare essere connessi all'oggetto dell'appalto; in maniera innovativa, però, la direttiva dà una nuova nozione più ampia della connessione all'oggetto dell'appalto, affermando che i criteri di aggiudicazione sono da considerarsi connessi all'oggetto dell'appalto se riguardano «lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita», ivi compresi il «processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi» nonché il «processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita»¹²⁸.

Quanto disposto a livello europeo è stato prontamente recepito nella normativa nazionale italiana.

L'art. 95 del Codice, nel disciplinare i «Criteri di aggiudicazione dell'appalto», apporta importanti novità rispetto al passato.

Relegato, ormai, il criterio del prezzo più basso a un ruolo marginale¹²⁹, la citata disposizione riconosce l'utilizzabilità del solo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al quale, a sua volta, può essere individuata o sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo oppure, in alternativa, sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita¹³⁰.

Sotto il primo profilo, relativo al miglior rapporto qualità/prezzo, l'art. 95 prevede espressamente che la qualità dell'offerta può essere valutata anche tenendo conto di «criteri oggettivi, quali gli aspetti [...] ambientali»¹³¹. In particolare, la disposizione in esame specifica che la qualità di un'offerta comprende anche le caratteristiche «ambientali» nonché il «contenimento dei

¹²⁷ Cfr. art. 67, direttiva 2014/24/UE. Sul punto, si veda anche COMMISSIONE EUROPEA, *Acquistare verde! Manuale sugli appalti pubblici verdi*, cit., cap. 5.

¹²⁸ Art. 67, paragrafo 3, direttiva 2014/24/UE.

¹²⁹ Il criterio del minor prezzo, alla luce della nuova disciplina, può ancora essere utilizzato solo nelle ipotesi previste dall'art. 95, comma 4, Codice dei Contratti.

¹³⁰ Art. 95, comma 2, Codice dei Contratti.

¹³¹ Art. 95, comma 6, Codice dei Contratti.

consumi energetici»¹³²; inoltre, l'art. 95 inserisce espressamente, fra i criteri di valutazione, «il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione Europea (Ecolabel UE)»¹³³ e «il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione»¹³⁴.

Le stazioni appaltanti, inoltre, hanno anche la possibilità di riconoscere un maggior punteggio, in termini di premialità, all'offerta avente ad oggetto beni, lavori o servizi con «un minore impatto sulla salute e sull'ambiente»¹³⁵.

Ovviamente, i criteri ambientali così individuati, al pari degli altri criteri di valutazione delle offerte, devono sottostare al rispetto di determinati limiti, cui le stazioni appaltanti devono adeguarsi. Di conseguenza, i criteri di aggiudicazione «non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta», devono garantire «la possibilità di una concorrenza effettiva» e devono essere verificabili¹³⁶; sono utilizzati «nel rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento»¹³⁷; devono essere «pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto»¹³⁸.

Sotto il secondo profilo, quello relativo all'utilizzo del criterio dei costi del ciclo di vita, sono riscontrabili maggiori novità. L'art. 96, che se ne occupa, infatti, introduce una disciplina non esistente nel Codice previgente, relativa al costo del ciclo di vita dei beni, dei servizi e delle opere.

Si tratta di un criterio di carattere maggiormente economico (meno qualitativo), nel quale, in ogni caso, il prezzo del bene, dell'opera o del servizio viene ad essere solo uno degli elementi presi in considerazione dalla stazione appaltante, che è chiamata a valutare il costo dell'intero processo di acquisto, possesso e smaltimento dell'oggetto del contratto da aggiudicare.

Tale costo, sotto tutte le sue componenti, in nome della nuova normativa, deve essere preso in considerazione dalle stazioni appaltanti per valutare l'offerta

¹³² Art. 95, comma 6, lett. *a*), Codice dei Contratti.

¹³³ Art. 95, comma 6, lett. *b*), Codice dei Contratti.

¹³⁴ Art. 95, comma 6, lett. *c*), Codice dei Contratti.

¹³⁵ Art. 95, comma 3, Codice dei Contratti.

¹³⁶ Art. 95, comma 1, Codice dei Contratti.

¹³⁷ Art. 95, comma 2, Codice dei Contratti.

¹³⁸ Art. 95, comma 6, Codice dei Contratti.

migliore, che, dunque, sarà individuata anche tenendo conto, in generale, delle esternalità ambientali (positive e negative) connesse all'oggetto del contratto. Fra questi, in maniera esemplificativa, si possono ricordare i costi relativi all'utilizzo del bene (es. consumo di energia e/o di altre risorse) e quelli relativi al fine vita dello stesso (es. costi di raccolta, riciclaggio e smaltimento)¹³⁹.

Anche per ciò che concerne l'utilizzo del criterio dei costi del ciclo di vita, il Legislatore pone dei limiti per le stazioni appaltanti: queste «indicano nei documenti di gara» i dati che gli offerenti devono presentare e che saranno valutati dall'Amministrazione; il metodo di valutazione deve basarsi su «criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori» e deve essere «accessibile» alle parti interessate; i dati richiesti devono poter essere forniti dagli operatori economici «con ragionevole sforzo»¹⁴⁰.

6.6. *L'esecuzione del contratto*

Anche per la fase di esecuzione del contratto, è possibile – se non necessario, tenendo conto di tutto quanto detto finora – per le stazioni appaltanti prendere in considerazione le variabili di carattere ambientale.

Sotto tale profilo, tuttavia, la nuova disciplina dettata dal Codice del 2016 non sembra essere particolarmente innovativa rispetto a quella precedente. Si tratta, se si vuole, di un'ulteriore conferma della minore attenzione che il Legislatore italiano, ma anche quello europeo, dedica alla fase di esecuzione del contratto rispetto a quella di aggiudicazione.

In ogni caso, ai sensi dell'art. 100 del Codice 2016, le stazioni appaltanti possono richiedere «requisiti particolari per l'esecuzione del contratto», attinenti anche a «esigenze sociali e ambientali»¹⁴¹.

La differenza sostanziale rispetto al passato è che il Codice del 2006 non riconosceva piena libertà per le stazioni appaltanti nell'individuazione di tali particolari condizioni di esecuzione di carattere ambientale. Il Legislatore, infatti, prescriveva che, qualora fosse intenzionata a inserire tali condizioni all'interno del proprio bando di gara, la stazione appaltante doveva darne comunicazione

¹³⁹ Art. 96, comma 1, Codice dei Contratti.

¹⁴⁰ Art. 96, comma 2, Codice dei Contratti.

¹⁴¹ La disposizione in esame, rubricata «Requisiti per l'esecuzione dell'appalto», dà pedissequa attuazione all'art. 70 della direttiva 2014/24/UE.

all'Autorità competente¹⁴², la quale avrebbe dovuto verificare la loro compatibilità con il diritto comunitario e pronunciarsi sul punto entro il termine di trenta giorni. Solo decorso tale termine e salvo che l'Autorità non avesse dato responso negativo, la stazione appaltante avrebbe potuto dare avvio alla gara¹⁴³.

Tale previsione è venuta meno con la nuova disciplina codicistica che, come detto, sul punto, dà attuazione alla normativa europea. Ne consegue che, alla luce del Codice 2016, le stazioni appaltanti sono libere di inserire le condizioni di esecuzione di carattere ambientale senza dover attendere il parere dell'Autorità.

Restano fermi, ovviamente, alcuni limiti di derivazione europea. Tanto la direttiva 24 quanto il Codice 2016, infatti, prescrivono che le condizioni particolari di esecuzione dei contratti devono essere (i) compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione; (ii) essere precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'oneri¹⁴⁴.

È evidente che le condizioni di cui si tratta dovrebbero essere delle condizioni esecutive aggiuntive rispetto all'oggetto del contratto in senso stretto, altrimenti verrebbero a coincidere con le specifiche tecniche già esaminate. Quanto detto è confermato dall'aggettivo «particolari» che accompagna i requisiti esecutivi *de quibus* e dalla circostanza per cui, già in sede di offerta, gli operatori economici che partecipano alla gara devono espressamente accettare i requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, nell'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari dello stesso¹⁴⁵.

È bene ricordare che anche il già citato ed esaminato art. 30, in materia di principi generali, si occupa di esecuzione del contratto e tutela dell'ambiente. Il comma 3 della disposizione, infatti, impone agli operatori economici di rispettare gli obblighi in materia ambientale nell'esecuzione degli appalti e delle concessioni.

¹⁴² All'epoca dell'entrata in vigore del Codice 2006, si faceva riferimento all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), la quale è stata soppressa con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114) e dal medesimo sostituito con l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

¹⁴³ Art. 69, Codice 2006.

¹⁴⁴ Cfr. art. 100, comma 1, Codice dei Contratti e art. 70 direttiva 2014/24/UE. È interessante sottolineare che i medesimi limiti erano già previsti nell'art. 69 del Codice 2006.

¹⁴⁵ Art. 100, comma 2, Codice dei Contratti.

6.7. *La qualificazione delle stazioni appaltanti*

Rappresenta un'assoluta novità nella normativa sui contratti pubblici e, in particolare, su quella relativa ai contratti verdi, la disciplina sulla qualificazione delle stazioni appaltanti.

Dando attuazione alla delega legislativa, il Codice del 2016 ha introdotto un particolare sistema di qualificazione per le stazioni appaltanti e per le centrali di committenza, che si affianca a quello che già gli operatori economici devono seguire per la partecipazione alle gare pubbliche. L'art. 38, infatti, prescrive che presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), è istituito un apposito elenco pubblico delle stazioni appaltanti, comprese le centrali di committenza, che risultano essere qualificate.

Tale neo-introdotto sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti è di particolare importanza poiché, a decorrere dalla sua entrata in vigore, l'ANAC non rilascerà il codice identificativo gara (CIG) – necessario per procedere all'acquisizione di beni, servizi o lavori – alle stazioni appaltanti che non dimostreranno di rientrare nella specifica qualificazione conseguita¹⁴⁶.

Ciò posto, l'art. 38 prescrive che i requisiti per il conseguimento della qualificazione delle stazioni appaltanti sono individuati anche sulla base di parametri ambientali, in particolare connessi alla «applicazione di criteri di sostenibilità ambientale nell'attività di progettazione e affidamento» dei contratti pubblici¹⁴⁷. Nello specifico, tali criteri ambientali rappresentano dei requisiti premianti che, assieme ai requisiti di base, costituiscono gli elementi su cui valutare la qualificazione delle stazioni appaltanti, che, a sua volta, ha ad oggetto «il complesso delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro»¹⁴⁸.

In altri termini, una stazione appaltante, che vuole qualificarsi e che, quindi, vuole essere idonea a procedere autonomamente all'acquisizione dei beni, dei servizi e dei lavori di cui necessita, deve dimostrare di avere una particolare sensibilità al tema ambientale nonché di attuare, nello svolgimento della propria attività di *procurement*, criteri di sostenibilità ambientale.

¹⁴⁶ Art. 38, comma 8, Codice dei Contratti.

¹⁴⁷ Art. 38, comma 4, lett. b), n. 5, Codice dei Contratti.

¹⁴⁸ Art. 38, comma 3, Codice dei Contratti.

6.8. *Le concessioni*

L'altra grande novità introdotta dal Codice del 2016 riguarda la disciplina delle concessioni verdi. In precedenza, infatti, il Legislatore italiano non dedicava un'attenzione particolare alla disciplina della tutela dell'ambiente per ciò che riguarda i contratti di concessione.

Il nuovo Codice, invece, si occupa specificamente, seppure brevemente anche delle concessioni verdi, in attuazione della direttiva 2014/23/UE e, dunque, della riscoperta a livello europeo di tale particolare tipologia di contratto pubblico.

A onor del vero, sono essenzialmente due le disposizioni della parte del Codice sulle concessioni¹⁴⁹ che sono dedicate alla salvaguardia delle esigenze ambientali. Si tratta, nello specifico, dell'art. 173 e dell'art. 170.

L'art. 173 contiene un'importante affermazione di principio: «le concessioni sono aggiudicate sulla base dei principi di cui all'articolo 30»¹⁵⁰. Come si è già avuto modo di vedere¹⁵¹, l'art. 30 evidenzia la necessità – per gli operatori economici e per le stazioni appaltanti – di rispettare i principi e gli obblighi relativi alla tutela dell'ambiente, tanto nella fase di aggiudicazione dei contratti pubblici, quanto in quella di esecuzione degli stessi. Ne consegue che, al pari degli appalti, anche le concessioni saranno aggiudicate ed eseguite in attuazione dei principi posti a salvaguardia degli interessi ambientali¹⁵².

L'altra disposizione da esaminare, in materia di concessioni verdi, è l'art. 170, rubricato «Requisiti tecnici e funzionali». Tale disposizione, parallelamente a quanto previsto in materia di appalti dall'art. 68, disciplina le specifiche tecniche delle concessioni. Per quanto qui di interesse, il Legislatore specifica che i requisiti tecnici e funzionali richiesti in sede di gara per l'aggiudicazione di una concessione possono includere anche i «livelli di prestazione ambientale ed effetti sul clima». Inoltre, pur dovendo essere «collegati all'oggetto del contratto», tali requisiti «possono riferirsi anche allo specifico processo di produzione o di esecuzione dei lavori o di fornitura dei servizi richiesti».

¹⁴⁹ Parte III.

¹⁵⁰ Art. 173, comma 1, Codice dei Contratti.

¹⁵¹ V. *supra* § 6.1.

¹⁵² Si evidenzia, peraltro, che già l'art. 30 fa espressamente riferimento alle concessioni, oltre che agli appalti.

Non sono presenti, invece, disposizioni che abbiano un contenuto analogo a quelle in materia di appalti, con riferimento all'inserimento delle istanze ambientali nelle procedure di aggiudicazione dei contratti.

Sia consentito evidenziare, tuttavia, che l'art. 164, che, di fatto, apre la Parte del Codice dedicata alle concessioni, al comma 2, prevede che alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, «per quanto compatibili», le disposizioni sugli appalti nonché quelle relative all'ambito di applicazione del Codice, ai principi sull'aggiudicazione ed esecuzione dei contratti pubblici, quelle comuni e quelle sulle esclusioni¹⁵³. Ciò vale, in particolare, per la disciplina dei principi generali, delle esclusioni, delle modalità e delle procedure di affidamento, delle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, dei requisiti generali e speciali e dei motivi di esclusione, dei criteri di aggiudicazione, delle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, dei requisiti di qualificazione degli operatori economici, dei termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, delle modalità di esecuzione.

In altri termini, per quanto compatibili, le disposizioni sopra esaminate in materia di appalti verdi sembrano potersi applicare anche alle concessioni verdi.

7. Conclusioni: ecoefficienza e complessità del contratto

Nel dibattito europeo che si è illustrato il tema dell'eco-efficienza dei contratti pubblici ha assunto progressiva centralità. L'attenzione per l'ambiente è inserita in un contesto culturale fondato sul perseguimento della crescita economica attraverso lo sviluppo sostenibile, che implica che ogni attività economica possa essere considerata apprezzabile solo se comporta un miglioramento della qualità dell'ambiente, della vita, della salute, e qualora garantisca un uso razionale delle risorse. Tale posizione culturale, sebbene non universalmente condivisa, appare ormai incontestabilmente fondare le politiche europee¹⁵⁴. Essa trova attuazione nella sempre maggiore applicazione del

¹⁵³ Si tratta delle disposizioni della Parte I e Parte II del Codice.

¹⁵⁴ Tale impostazione culturale ha, peraltro, trovato severe critiche, ad esempio, nelle opere di S. LATOUCHE, fortemente critico verso la ricerca costante da parte dei governi della crescita economica, nella convinzione che il benessere dei singoli aumenterebbe se si adottassero misure

principio dell'integrazione degli interessi ambientali nelle discipline che regolano i diversi settori.

Gli orientamenti europei sono, dunque, attenti a conciliare gli obiettivi della tutela dell'ambiente e della crescita economica, considerando la prima come uno strumento per la creazione di un nuovo mercato eco-sostenibile, necessario per uscire in modo virtuoso dall'attuale crisi economica.

Occorre, dunque, orientare le scelte delle pubbliche amministrazioni verso prodotti a basso impatto ambientale, considerata anche la dimensione rilevante del mercato degli appalti, stimolare l'offerta di prodotti ecocompatibili e favorire soluzioni produttive eco-efficienti e tecnologicamente innovative. Tali orientamenti si riflettono nelle nuove direttive di settore del 2014, nelle quali il tema degli appalti verdi assume centralità, coerentemente con quanto affermato dalla Commissione nella Comunicazione «Europa 2020».

Occorre però un avvertimento. Deve, infatti, essere tenuto conto del fatto che la considerazione di criteri ambientali negli appalti contribuisce ad aumentarne la complessità, dal momento che aumenta il numero delle variabili che dovranno essere considerate nelle varie fasi dell'operazione. Occorre, dunque, riflettere sulle caratteristiche dei contratti complessi¹⁵⁵.

In tali contratti, l'esigenza di qualità (anche ambientale) e di contenimento dei costi da parte dell'amministrazione e la massimizzazione dei profitti da parte dell'impresa sono interessi contrapposti tra loro. Inoltre, esiste una fisiologica asimmetria informativa a danno della parte pubblica e a vantaggio del privato, essendo quest'ultimo di regola più informato sui servizi e lavori che

volte ad una decrescita considerata «felice». Egli sostiene anche che occorra smettere di utilizzare l'indicatore del PIL come indicatore di benessere. In tale contesto, critica il concetto di sviluppo sostenibile dal momento che esso è sempre fondato sull'assunto che lo «sviluppo» ovvero della crescita economica siano alla base del benessere dei popoli. Latouche sottolinea che i maggiori problemi ambientali sono dovuti proprio agli effetti della costante ricerca della crescita. Per salvaguardare l'ambiente, occorre promuovere una strategia di decrescita, incentrata sulla sobrietà e sul senso del limite, attraverso il riciclo, la riutilizzazione dei prodotti, ecc.. Tra le varie opere tradotte in italiano, ad esempio: S. LATOUCHE, *Breve trattato sulla decrescita serena*, trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 2008; ID., *La scommessa della decrescita*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2009; ID., *Come si esce dalla società dei consumi: corsi e percorsi della decrescita*, trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 2011.

¹⁵⁵ Questo paragrafo riprende il pensiero esposto in G. FIDONE, *Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche. Scritti su Concessioni e Partenariati Pubblico Privati*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 279 ss.

egli stesso offre rispetto all'amministrazione che li domanda¹⁵⁶. Tale asimmetria informativa a danno dell'amministrazione aumenta quanto più è complesso il contratto e, dunque, quando nell'operazione si considerino anche variabili ambientali (che spesso coinvolgono anche l'innovazione tecnologica) il fenomeno si amplifica¹⁵⁷.

Su tale base, profittando della carenza informativa del committente/amministrazione, il privato può trovare ampi spazi per realizzare il proprio interesse, anziché quello del suo committente. La pratica ci dimostra che i contratti complessi sono spesso stati visti dal privato come momenti di grande vantaggio, con ampi spazi di realizzazione dell'interesse privato, perché i privati possono ottenere condizioni molto convenienti di aggiudicazione¹⁵⁸. Un rischio è che anche gli appalti verdi divengano uno strumento che si presti alla realizzazione di tale effetto indesiderato.

Tale criticità non deve scoraggiare la ricerca di soluzioni ecoefficienti, che appaiono espressione di una nuova coscienza ambientale che deve essere senza riserve incoraggiata. Tuttavia, si tratta di una nuova sfida per la pubblica amministrazione, alla quale sono richieste sempre maggiori competenze, informazione e trasparenza.

¹⁵⁶ Per il tema delle criticità dei rapporti concessori, con particolare riferimento all'affidamento del contratto, anche in una prospettiva di analisi economica del diritto, la paternità spetta indubbiamente alla monografia di M. CAFAGNO, *Lo Stato Banditore*, Giuffrè, Milano, 2001, dalla quale hanno tratto ispirazione molti successivi scritti, tra i quali sia consentito rinviare a G. FIDONE, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Luiss University Press, Roma, 2006, (in specie l'ultimo Capitolo).

¹⁵⁷ Su queste due basi, interessi contrapposti e asimmetria informativa, nei contratti complessi il rapporto tra pubblico e privato può essere assimilato a quello studiato dagli economisti nella c.d. "teoria dell'agenzia". Tale teoria studia i rapporti intercorrenti tra un committente e un agente, ove quest'ultimo è un soggetto remunerato dal primo per realizzare il proprio interesse. Nel caso del contratto di appalto, l'amministrazione incarica e paga l'appaltatore per la realizzazione e la gestione di un'opera finalizzata all'interesse pubblico (nell'ipotesi in esame, anche ambientale). Sul punto, ad esempio, L. PROSPERETTI-M. MERINI, *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture: una prospettiva economica*, in M. CLARICH (a cura di) *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 27 ss.

¹⁵⁸ Sul punto sia consentito ancora rinviare a G. FIDONE, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, cit.

ABSTRACT

Gianfrancesco Fidone e Francesco Mataluni – *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*

Il saggio affronta il tema della conformazione del mercato delle commesse pubbliche alle esigenze di sostenibilità ambientale. All'analisi relativa all'evoluzione della considerazione degli aspetti ambientali nella legislazione e nella giurisprudenza comunitarie e nazionali in tema di contratti pubblici, con particolare attenzione agli strumenti a tal fine adottati in seno al nuovo codice di cui al d.lgs. n. 50/2016, segue una riflessione conclusiva che mette in luce le contraddizioni ed i potenziali rischi della sempre maggiore complessità contrattuale – necessitata proprio dalle istanze ambientaliste – sugli stessi obiettivi di ecoefficienza.

PAROLE-CHIAVE: *appalti verdi; sviluppo sostenibile; principio di integrazione; ecoefficienza; complessità del contratto.*

Gianfrancesco Fidone and Francesco Mataluni – *Green public procurement in the Code of Public Contracts*

The essay deals with the issue of the public procurement market conformation to the needs of environmental sustainability. It analyzes the evolution of the consideration of environmental aspects in EU and national legislation and jurisprudence on public contracts, with particular attention to the instruments adopted for this purpose in the new Code of Public Contracts (Legislative Decree no. 50/2016). Nevertheless, concluding remarks highlight the risks that the increasing of complexity of the contract can bring on eco-efficiency goals.

KEYWORDS: *Green Public Procurement; Sustainable Development; Principle of Integration; Eco-efficiency; Complexity of the Contract.*

BELÉN OLMOS GIUPPONI *

Setting the stepping stones for environmental democracy in Latin America and the Caribbean (LAC): An analysis of the Draft Regional Agreement on environmental access rights

TABLE OF CONTENTS: 1. *Introduction.* – 2. *The current legal landscape of environmental access rights in LAC.* – 3. *Unpacking environmental core principles and obligations in light of the Draft Agreement.* – 3.1. *Access to environmental information.* – 3.2. *Public participation in environmental decision-making.* – 3.3. *Access to justice in environmental matters.* – 4. *Proposals for making the agreement operative.* – 5. *Conclusions: Towards a universal consensus on environmental access rights?*

1. *Introduction*

Principle 10 of the 1992 UN Rio Declaration laid the groundwork for the implementation of access to environmental information, public participation in decision making, and access to environmental justice, which constitute the three pillars of environmental democracy¹. Ever since the adoption of the Declaration, the protection of environmental rights in Latin America and the Caribbean has been on the agenda. However, proposals for an international legally binding instrument have been delayed.

The 2012 United Nations Conference on Sustainable Development (Rio +20) marked a turning point in this evolution as nine Latin American and Caribbean (LAC) countries launched the proposal for a regional convention embodying the three sets of environmental rights². In this declaration the signatory countries made the commitment to draft a regional agreement on environmental access rights with the support of the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), acting as technical secretariat with

* Senior Lecturer in EU and International Law at Liverpool Hope University (United Kingdom).

¹ The term “access rights”, as used herein, refers to access to environmental information, access to decision-making in environmental matters and access to environmental justice. On compliance with access rights, see Environmental Democracy Index, available at <http://www.environmentaldemocracyindex.org/> accessed 5 October 2017.

² Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), Resolution 686 (XXXV) Application of Principle 10 in Latin America and the Caribbean, <http://www.cepal.org/sites/default/files/pages/files/686xxxv-principle_10-ing.pdf> accessed 5 October 2017.

the aim of concluding the negotiations by December 2017³.

The roadmap set by the ECLAC for the adoption of this regional agreement on principle 10 foresees an ambitious agenda⁴. From the outset, the participation of stakeholders has been crucial for drafting and agreeing on a text. To illustrate this, the international network of hundreds of civil society groups called The Access Initiative (TAI) pledged to campaign for the adoption of the text in Chile, Costa Rica, Dominican Republic, Jamaica, Mexico, Panama, Paraguay, Peru, and Uruguay⁵.

Environmental access rights are gaining momentum as the negotiations for a regional convention in LAC unfold. This represents a unique opportunity to reflect not only on the agreed text but also, more broadly, on the implementation of environmental rights in international environmental law (IEL). Thus, the article first addresses the question of the delayed implementation of environmental democracy rights in LAC, examining the progress achieved so far. It then turns the attention to the Draft Agreement (DA) with a brief account of the negotiations, presentation of its legal basis and main features and an analysis of the compliance mechanism, underlining outstanding challenges and lessons to be learned from the negotiations. Finally, it discusses the possibility of reaching a universal consensus on environmental rights through multilateral environmental agreements (MEAs) in a contribution to the consolidation of certain customary IEL provisions.

2. The current legal landscape of environmental access rights in LAC

Notably, Principle 10 has been the driver of legislative change in various regions. Since the 1990s there has been a growing trend in IEL towards the adoption of multilateral environmental agreements (MEAs) embodying

³ From 2012 until the present, six meetings of the focal points of the signatory countries and fourteen meetings of working groups were held. The negotiations of the regional agreement were opened in November 2014, with the creation of an ad hoc Committee. While two authentic texts in Spanish and English are being negotiated, a third (non-authentic text) in Portuguese is available as well. References made in the text correspond to the sixth version of the Preliminary Document on the Regional Agreement on Access to Information, Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean (referred to as draft agreement) <<http://www.cepal.org/en/publications/41601-report-sixth-meeting-negotiating-committee-regional-agreement-access-information>> accessed 5 October 2017.

⁴ At the moment of writing, 33 states have joined the negotiations.

⁵ The Access Initiative available at <<http://www.accessinitiative.org/>> accessed 5 October 2017.

environmental access rights⁶.

In Europe, the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention) adopted under the auspices of the United Nations Economic Commission for Europe (UNECE) crystallized the three core environmental rights⁷. Other MEAs include public participation: for instance, the Convention of Biological Diversity (CBD) and the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)⁸.

Public interest litigation before regional human rights courts has introduced principle 10 in various ways and with regional differences⁹. In Europe, the European Court of Human Rights (ECtHR) has relied on the principle to protect the right to a private and family life in line with article 8 of the European Convention of Human Rights¹⁰. In Latin America, the Inter-American Court of Human Rights has integrated the principle in the context of the protection of indigenous rights: essentially, the right to indigenous property under article 21 of the American Convention on Human Rights¹¹.

Notwithstanding this, the reception and implementation of environmental democracy rights in other regions, like LAC, has been hindered due to several factors¹². Although legal developments have taken place, environmental protection in LAC is still unfledged. Specific constraints and obstacles to implementation that stem from institutional and political settings in LAC countries bring further complications which go beyond the mere enactment of

⁶ J. VIÑUALES, *The Rio Declaration on Environment and Development. Preliminary Study*, in J. VIÑUALES, (ed.), *The Rio Declaration on Environment and Development: A commentary* (Oxford University Press, Oxford, 2015) p. 32; J. EBBENSON, 'Principle 10' in J. VIÑUALES, (ed.), *The Rio Declaration on Environment and Development: A commentary* (Oxford University Press, Oxford, 2015) pp. 287-309.

⁷ The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, done at Aarhus, Denmark, on 25 June 1998 and entered into force on 30 October 2001.

⁸ The Convention on Biological Diversity (CBD), opened for signature on 5 June 1992 at the United Nations Conference on Environment and Development entered into force on 29 December 1993, art 14.

⁹ C. SCHALL, *Public Interest Litigation Concerning Environmental Matters before Human Rights*, in *Journal of Environmental Law*, 2008, 20:3, pp. 417-453.

¹⁰ See, for instance, *Guerra and Others v Italy*, ECHR1998-I, (1998) 26 EHRR 357.

¹¹ *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Merits, Reparations, and Costs, I/A Court H.R.-2001-79.

¹² See ECLAC, "Observatory on Principle 10", at <<http://observatoriop10.cepal.org/es>> accessed 7 October 2017.

legal obligations that thwart full implementation. The current scenario reveals several conflicts over natural resources generated by mining and new infrastructure projects such as the construction of highways and dams¹³. Given the complexity of the legal landscape, international environmental regulations are the outcome of the different layers that intersect on the international, national and local levels.

According to the International Network for Environmental Compliance and Enforcement (INECE), several pressing challenges can be observed in the region. One of the most acute problems in LAC is air pollution due to densely populated urban areas with limited waste treatment facilities which expose the population to considerable health risks and lack of access to safe drinking water. In terms of biodiversity, the region is the reservoir of many endangered species that suffered as a consequence of unrestrained deforestation. Natural resources-driven development results in uncontrolled mining and unsustainable agricultural practices (mainly related to soya-farming), which in turn cause enormous discharges of runoff, pesticides and other toxic chemicals, thus polluting water bodies and coastal areas¹⁴. Legal development has operated as a result of both exogenous and endogenous factors. As regards the first set of factors, the influence of IEL through MEAs and the active role of international and regional organisations have contributed to a new regional environmental governance and induced legislative change. In terms of endogenous factors, environmental constitutionalism and activism and mobilization for environmental justice have brought demands for more transparency in decision making and increasing awareness of the negative impacts of environmental degradation. Specifically regarding access rights, in a closer analysis, different trends have been decisive for the recognition of these: in particular the impact of global and regional environmental governance, the progressive adoption of environmental legislation, and the emergence of environmental litigation.

The first trend concerns global and regional environmental governance. On the global level, there is UNEP's work on assisting states with compliance through the UNEP Guidelines for the Development of National Legislation on

¹³ For an overall analysis of compliance with environmental legislation in LAC, see amongst others: ECLAC, *Environmental SDG indicators: progress and challenges* (Santiago de Chile, 2009), <<http://www.oas.org/usde/fida/laws/database.htm>>. On an appraisal of current environmental conflicts, see R. SEXTON, *Environment and conflict in Latin America* (URD 2012).

¹⁴ INECE, <<https://www.inece.org/regions/region/1>>.

Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Environmental Matters (Bali Guidelines)¹⁵. In addition to that, the Organisation of American States (OAS) has played a regional role on the promotion of sustainable development with the adoption of the 2002 Latin American and Caribbean Strategy for Sustainable Development, addressing inequalities in the region. A more supportive regional agenda on sustainable development has decisively raised the protection of access rights as expressed in various regional instruments such as: the Inter-American Strategy for the Promotion of Public Participation in Decision Making for Sustainable Development; the 2006 Declaration of Santa Cruz+10; the 2010 Declaration of Santo Domingo for the Sustainable Development of the Americas; the 2012 Principle 10 Declaration (previously referred to) and the 2013 Declaration of Santiago of the Community of Latin American and Caribbean States (CELAC)¹⁶.

At the subregional level, integration organisations such as the Central American Integration System (SICA), the Community of Caribbean States (CARICOM), the Andean Community and the Common Market of the South (MERCOSUR) have been active in adopting legal instruments such as the 2001 MERCOSUR Environmental Agreement¹⁷ and the several Central-American agreements in environmental matters. This subregional environmental governance has also produced subregional policy documents and strategies to implement MEAs, as discussed in a later section¹⁸. Networks specializing in environmental compliance which bring about cooperation and are focused on capacity-building have also emerged, such as the Central American Commission on Environment and Development (Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo – CCAD).

Quite outside the environmental law realm, access rights (albeit in a broader sense) have been enshrined in different formulations (ranging from a mere acknowledgement to more stringent provisions) in Free Trade Agreements concluded between LAC countries and other external partners, namely the US

¹⁵ Adopted by the Governing Council of the United Nations Environment Programme in decision SS.XI/5, part A of 26 February 2010.

¹⁶ M.B. OLMOS GIUPPONI, *Rethinking Free Trade, Economic Integration and Human Rights in the Americas*, Bloomsbury, 2016.

¹⁷ A. FRANCA FILHO, in M. FRANCA FILHO, L. LIXINSKI, M.B. OLMOS GIUPPONI, *The Law of Mercosur* (Hart Publishing, London, 2010).

¹⁸ F. DE CASTRO, *Subregional environmental governance in Latin America*, in B. HOGENBOOM, M. BAUD (eds.), *Environmental Governance in Latin America*, Palgrave, 2016.

and the EU, which has been eager to export some of the environmental standards applicable in Europe in these treaties (under the political dialogue pillar)¹⁹. The nature of these different provisions is heterogeneous and the practical enforcement of them is non-existent or scarce. Furthermore, some of these FTAs have been heavily criticised by civil society organisations because of environmental concerns²⁰.

Regional environmental legal frameworks have undergone several changes over the last thirty years, with national environmental legislation adopted in various sectors covering a time span from 1980 to the present. Hence, environmental legislation in Central America, South America, and the Caribbean is quite recent, with comprehensive environmental laws adopted or reformed between 1981 (Brazil) and 2012 (Dominica)²¹. Environmental impact assessment legislation (although in a non-homogenous manner) has paved the way for a new era in public participation and environmental compliance. Slow-motion progress is observed in certain key areas such as environmental crime, which is the elephant in the room.

There has been development, albeit it is incipient. While natural resources are abundant in the region, environmental conflicts over access or control of natural resources are recurrent. In some countries there are no clear provisions in terms of deforestation, tipping and pollution. IEL has harnessed legislative change in LAC, particularly concerning vital areas such as those falling under the Convention on Biological Diversity regime that empowers indigenous peoples providing for benefit-sharing agreements. Yet, the implementation deficit in sectoral environmental legislation is still significant. Some possible reasons slowing down implementation are related to the lack of appropriate infrastructure.

Looking on the bright side, the basic foundations for environmental protection and access rights have been laid down, but LAC states will definitely need to enact further legislation regulating each of the different pillars in order to adjust themselves to the proposed agreement.

Environmental litigation has advanced the cause of access rights in LAC.

¹⁹ UNECLAC, 22. The working of the FTAs acknowledging the significance of access rights varies from treaty to treaty. An example of a more stringent provision is found, for instance, in the 2003 US-Chile FTA.

²⁰ K. TIENHAARA, *The Expropriation of Environmental Governance*, CUP, 2009.

²¹ UNECLAC, 21.

Three different strands of environmental litigation on the national, regional and international levels have harnessed this evolution. On the national level, procedural avenues provided for in the various constitutions to protect human rights (*amparo*, *recurso de proteccion*, *tutela*) have been relied upon to protect the environment even in the absence of a specific provision enshrining the right to a healthy environment on the basis of safeguarding the right to life. Further procedural developments have made it possible to start a class action or an *actio popularis* to defend the environment, recognized now in public law and case law. To illustrate, in Colombia citizens can protect the environment through the '*accion popular*', in Argentina, for instance, the Supreme Court ruled in 2009 that class action suits are admitted to protect the environment. Another procedural tool is the organisation of public hearing in environmental cases. On the regional level, the Inter-American Human Rights System (IAHRS) comprising the Inter-American Commission and the Court of Human Rights have given rise to a significant body of jurisprudence on relate issues. In terms of the recognition of the right to access to information, in *Huentea Beroiza*, a case relating to the construction of a dam in Chile, the Commission was confronted with a conflict of rights between investors and indigenous communities that finally resulted in an amicable settlement²². After conducting the EIA for the project, the National Environment Commission (CONAMA in Spanish) approved the construction of the hydroelectric plant without providing access to the petitioners even though the Indigenous Peoples Act (Law 19.253) required that the relocation of the indigenous population should only proceed with the consent and willingness of those affected.

The IACtHR in the application of the ILO Convention 169 has protected indigenous property rights by referring to principle 10 to uphold the participation in decision-making in the process leading to obtaining the free, prior and informed consent (FPIC) of indigenous peoples and the intrinsic relation with

²² IACHR, Report n. 30/04, Petition 4617/02, *Friendly Settlement, Mercedes Julia Huentea Beroiza et al. v. Chile* (11th March 2004).

environmental rights, as in *Awas Tingni*²³, *Sarayaku*²⁴, *Saramaka*²⁵ and *Kaliña and Lokono peoples*²⁶, just to mention a few of the most relevant cases. The first cases, considered pivotal to the protection of indigenous peoples' rights, were *Aleoiboetoe* regarding reparations for the violation of tribal people in Suriname (settled by acknowledgment of the State) in light of art. 63.1 of the ACHR and *Awas Tingni* concerning indigenous property rights²⁷. As for environmental protection, the Court reminded litigants in a recent case, *Kaliña and Lokono*, of the separate obligation of the state to conduct an environmental and social impact assessment performed by «independent and technically-qualified entities, under the State's supervision, [who] have made a prior assessment of the social and environmental impact», respecting and ensuring the effective participation of the indigenous people²⁸.

Alongside the regional court, other subregional judicial and quasi-judicial bodies created in the framework of regional integration processes (such as the Central American Court of Justice, the Andean Court of Justice or MERCOSUR arbitral tribunals) may offer another forum for the implementation of access rights. However, these courts have rarely referred to environmental concerns, with the exception of some aspects of sustainable development. In contrast, the Caribbean Court of Justice (CCJ) could constitute a landmark in the protection of environmental rights. This is because Caribbean states have not accepted the jurisdiction of the IACtHR. An example of the CCJ incipient role in the protection of human rights is the case of Mayan communities in Belize, whose lands rights were upheld in a 2015 judgment²⁹. The CCJ submitted that the right to protection of the law had been breached, defined as «a multi-dimensional,

²³ *Awas Tingni* (n.11).

²⁴ I/A Court H.R., *Matter of Pueblo indigena de Sarayaku regarding Ecuador*, Provisional measures order of I/A Court H.R., 6 July 2004 (only in Spanish); *Matter of Pueblo indigena de Saravaku regarding Ecuador*, Provisional measures order of I/A Court H.R., 6 June 2005 (only in Spanish).

²⁵ I/A Court H.R., *Saramaka People v. Suriname*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment of 28 Nov. 2007, Series C No. 172, p. 93. L. Brunner, 'The Rise of Peoples' Rights in the Americas: The Saramaka People Decision of the Inter-American Court of Human Rights', 7 CHINESE J. INT'L L. 699, 708 (2008) pp. 99-711.

²⁶ I/A Court H.R., *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Judgment of November 25, 2015.

²⁷ M.B. OLMOS GIUPPONI, *La protección de los derechos de los afrodescendientes en el espacio euro-latinoamericano*, in *REIB: Revista Electrónica Iberoamericana*, 2007, 1:1, pp. 75-88.

²⁸ *Kaliña and Lokono*, n. 27, p. 214.

²⁹ CCJ, [2015] CCJ 15 (AJ) *Maya Leaders Alliance* <<https://www.elaw.org/system/files/2015-CCJ-15AJ.pdf>> accessed 7 October 2017.

broad and pervasive constitutional precept grounded in fundamental notions of justice and the rule of law»³⁰. The Court emphasised that «the right to protection of the law can be engaged by the failure of the State to secure and ensure the enjoyment of constitutional rights»³¹.

More generally, in recent inter-state disputes brought before the International Court of Justice (ICJ) relating to environmental issues, fundamental environmental law principles were upheld which, interpreted together, further foster the evolution of access rights in IEL. In *Pulp Mills*, the ICJ determined that the preventative principle as an emanation of the due diligence constitutes a customary norm and pillar in EIA processes³². In the respective cases concerning the San Juan River brought by Costa Rica and Nicaragua, in analysing the parties' pleadings the ICJ incidentally mentioned the Convention on Biological Diversity which provides for public participation in the EIA process³³.

Against this background, the proposed text has the potential to have a positive impact on the protection of environmental rights in a variety of ways. What is distinctive about the proposed agreement is the approach to environmental access rights. It seems that the main goal behind it is to reinforce the implementation of environmental rights through regional human rights law and the case law of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). Therefore, across the text environmental rights are entrenched with the protection of human rights. Notably, the preamble states that the protection of environmental rights is conceived within the general framework of international human rights law. This denotes a particular stance on environmental rights, since they are conceived in its substantive and procedural dimension as human rights³⁴. Hence, the text permeates this close relation, indicating that environmental rights are

³⁰ *Ibid.*, para 7.

³¹ *Ibid.*, the CCJ cited the decision of the Constitutional Court of South Africa in *President of South Africa v Modderklip Boerdery (Pty) Ltd.*

³² ICJ, *Pulp mills*, «The Court points out that the principle of prevention, as a customary rule, has its origins in the due diligence that is required of a State in its territory» (Para 110).

³³ ICJ, *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica V. Nicaragua) Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua V. Costa Rica). Sentencia de 16 de diciembre de 2015, paras 163 and 164. The ICJ, nonetheless, concluded that «the CBD does not create an obligation to carry out an environmental impact assessment before undertaking an activity that may have significant adverse effects on biological diversity» at para 164.

³⁴ D.L. SHELTON, *Developing Substantive Environmental Rights*, in *J. Hum. Rts. & Env't*, 2010, 1, p. 89.

ripe for codification in LAC. In a parallel evolution, the IACtHR is about to issue an Advisory Opinion upon the request by Colombia on the interaction between international environmental law and international human rights law by interpreting the Convention for the Protection and Development of the Marine Environment of the Wider Caribbean Region and the American Convention of Human Rights³⁵. According to the request the Court shall interpret the right to life and the right to personal integrity as well as the obligations of the state to respect human rights in the light of international environmental law³⁶. Substantially, the aim of the request (in what is relevant for the purposes of this article) is to clarify «the scope of the obligations under the Pact in relation to environmental protection and, in particular, the importance that should be accorded to environmental and social impact assessments, to projects that prevent and mitigate environmental damage, and to cooperation between the States that may be affected by harm to the environment in the context of the construction and operation of mega projects that, once commenced, may have an irreversible negative impact on the marine environment»³⁷. In short, the IACtHR is called upon to look at human rights through the lenses of international environmental law.

In terms of international legal sources of environmental law, the draft agreement alludes to the interactions with other international legal instruments, and to the achievement of environmental policy goals, particularly the 2030 Sustainable Development Goals (SDG)³⁸. A regional approach is presented in the draft text, as it addresses specific regional interests such as climate change-related aspects and the protection of indigenous peoples.

The negotiations leading to the adoption of the draft text have shown regional divergences concerning the definition of the specific terms of the agreement. As a result of different historical paths, the main legal divide is represented by two different legal systems that coexist in LAC: civil law and

³⁵ I/A Court H.R., Request of advisory opinion submitted by the Republic of Colombia before the Inter-American Court of Human Rights of March 14, 2016. After the public hearing held in Guatemala in March, the IACtHR will hand down the Advisory Opinion in the coming months.

³⁶ American Convention on Human Rights, 1(1) (Obligation to Respect Rights), 4(1) (Right to Life), 5(1) (Right to Humane Treatment/Personal Integrity), and 4(1) and 5(1) of the Pact of San Jose, in relation to Article 1(1).

³⁷ Request, para 5.

³⁸ United Nations, A/RES/70/1 - *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, 25 October 2015.

common law (English law). These different legal approaches to environmental law were made evident during the inter-sessional meeting on access to justice held by ECLAC³⁹. Although there is a consensus on general issues (agreed provisions), disagreement on specific terms arises: after all, the devil is in the details.

Upon successful conclusion of the negotiations and once the text is adopted, the process of ratification will open. Purposely, the number of instruments expressing consent is quite low to expedite the process, as agreement will enter into force on the ninetieth day after the date on which the fifth instrument of ratification, acceptance, approval or accession has been deposited⁴⁰. Largely, the DA aims at taking stock of the developments previously explained, setting the tone for a new era in the protection of access rights, addressing at the same time the challenges faced by LAC countries. A legally binding international agreement on environmental access rights could boost the development of national legislation, giving rise to best practices.

3. *Unpacking environmental core principles and obligations in light of the Draft Agreement*

At first sight, the text seems to embody analogous provisions to those contained in the Aarhus Convention. However, the peculiarities concerning the LAC region are addressed in the text containing, for instance, specific provisions on the protection of environmentalists and indigenous peoples.

Core concepts for the protection of environmental rights are expressed in the preamble as essential elements for the full implementation of the rights contained therein. Interdependency of the access rights is considered key to achieving the promotion and implementation of environmental legislation in an «integrated and balanced manner»⁴¹.

Several environmental principles are enshrined in the draft: *a.* Principle of equality and non-discrimination; *b.* Principle of transparency and

³⁹ UNECLAC, Inter-sessional meeting (virtual) of the Negotiating Committee of the Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Latin America and the Caribbean (Principle 10), 31 January 2017 <<http://www.cepal.org/en/events/intersessional-meeting-virtual-negotiating-committee-regional-agreement-access-information-1>> accessed 5 October 2017.

⁴⁰ *Draft agreement*, art. 21.

⁴¹ *Draft agreement*, Preamble, numeral 11.

accountability; *c.* Principle of cooperation; *d.* Principle of non-regression and progressive realization; *e.* Principle of good faith; *f.* Preventive principle (*sic*); *g.* Precautionary principle; *h.* Principle of intergenerational equity and *i.* Principle of disclosure of public information. There is no pre-established hierarchy among the different principles, but the measures adopted to fulfil the Convention's objectives and the application of its provisions shall be guided, *inter alia*, by these principles.

Throughout the draft it is made clear that the right to information, the right to participate in public affairs and the right of access to justice are rooted in everyone's right to «a healthy environment in harmony with nature»⁴². In turn, this right is aimed at the achievement of sustainable development «comprising three dimensions (social, economic and environmental) in a balanced manner»⁴³. The text portrays sustainable development as an overarching principle with several dimensions⁴⁴. As Sands et al point out, sustainable development implies four closely related principles: intergenerational equity, the sustainable use principle, the principle of equitable development and the principle of integration⁴⁵. Paradigmatically, all these nuances of the sustainable development principle appear in the DA.

In addressing the specific needs and peculiarities of the region, the text recognizes the connection between environmental protection and equality. At the heart of the protection, there is the link between environmental rights and cultural rights, acknowledging the «diverse natural and cultural heritage of our peoples, in order to advance social inclusion, enhance solidarity, eradicate poverty and inequality»⁴⁶. The cultural dimension of environmental rights reverberates also in par. 19 which appeals to «the multiculturalism of the Latin America and the Caribbean region and the cosmovisions of its peoples»⁴⁷. Nevertheless, the text omits specific references to land, cultural rights or free, prior and informed consent (FPIC), the ILO 169 Convention or the 2007 UN Declaration on Indigenous Rights or the 2016 American Declaration on the Rights of Indigenous

⁴² *Draft agreement*, Preamble, numeral 8.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ UN 1992 Rio Conference. UN 2012 Rio + Conference final document, A/RES/66/288 - *The Future We Want*, par. 49.

⁴⁵ P. SANDS, J. PEEL, R. MACKENZIE, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 206-217.

⁴⁶ *Draft agreement*, Preamble, numeral 13.

⁴⁷ *Draft agreement*, Preamble, numeral 19.

Peoples⁴⁸. This is a missed opportunity to incorporate more direct references to the legal framework and the IACtHR jurisprudence on indigenous rights which has emphasized the significant role of indigenous peoples in the preservation of the environment and sustainability, as underlined in the previous section⁴⁹.

The main drivers behind the recognition of rights are the ideas of “*sustainability*” and “*right to have rights*”⁵⁰. In terms of sustainability, the texts relies upon the idea of the sustainable use of natural resources. In turn, it emphasizes that constraints on or the lack of suitable means relating to access to justice in environmental matters deprives people of the “*right to have rights*” by denying its exercise. The text further calls on states to promote environmental education.

Equally, the draft agreement guarantees a level playing field in terms of environmental protection, leaving intact the states’ freedom to further regulate access rights as «nothing shall preclude, and the Parties shall be encouraged to adopt additional measures to ensure even broader access to information, participation and justice in environmental matters»⁵¹.

Each pillar is developed in detail in the text, following a rights-based approach. The three limbs of the protection are further developed in specific articles which are intertwined. Essentially, access to environmental information is perceived as a basic right that enables citizens to effectively exercise public participation in environmental decision making and access to environmental justice.

3.1. *Access to environmental information*

Articles 6 and 7 are devoted to access to environmental information and generation and dissemination of environmental information, respectively. Not surprisingly, the definition of environmental information laid down in article 2 resembles what is provided for in the Aarhus Convention. Likewise, the non-exhaustive list of the environmental information that could be accessed comprises different elements of the environment: the classification is broader in scope. Hence, environmental information means «any information that is written, visual,

⁴⁸ Ecuador suggested the inclusion of a reference to the ILO Convention 169.

⁴⁹ Awas Tigni (n. 11).

⁵⁰ *Draft agreement*, art. 7.

⁵¹ *Draft agreement*, Preamble, p.18.

audio, electronic or recorded in any other form, concerning the state of the environment and natural resources», including also «information on possible adverse impacts associated with the environment and human health»⁵².

Under this pillar, the DA conveys the obligation of the states in active and passive roles. Three active dimensions of access to environmental information are contemplated therein: the collection and production of information, access to environmental information and the active dissemination of environmental information. Parties should collect and disseminate environmental information *motu proprio* as a condition for transparency. In the passive dimension, states are obliged to provide environmental information when requested. The object of the obligations concerns environmental information even if it is not labelled as such.

As regards the conditions applicable to the delivery of environmental information there is consensus amongst the negotiating parties on a specific time frame to provide access to the information, as competent authorities shall respond to requests for environmental information as quickly as possible, but «within a period not longer than thirty business days from the date of receipt of the request, or less if so stipulated in the domestic legislation of any of the States parties»⁵³. At present, the process regulated therein is considerably more bureaucratic than that contained in the Aarhus Convention. Several grounds for refusing access to environmental information along similar lines to those of Aarhus are laid down in the draft agreement⁵⁴. Evidently, the grounds to refuse the environmental information are interpreted restrictively and, in any case, remedies against the decision so providing should be made available to the petitioners.

In terms of the generation and dissemination of environmental information, the draft agreement provides for the active role of each party to guarantee «that the competent authorities generate, collect, publicize and disseminate environmental information relevant to their functions in a systematic, proactive, timely, regular, accessible and comprehensible manner, and periodically update this information»⁵⁵.

⁵² During the negotiations, some states like Costa Rica and El Salvador have suggested that the final text should comprise cultural and genetic resources, as well as traditional knowledge.

⁵³ *Draft agreement*, art. 6, numeral 11.

⁵⁴ *Draft agreement*, art. 6, numeral 4.

⁵⁵ *Draft agreement*, art. 7.1.

Several references to specific areas of environmental protection, such as those related to information on environmental impact assessment processes and on other environmental management instruments⁵⁶, are flagged up in the DA as crucial as well as the proposed dissemination of «information from research and studies on climate change prepared by competent authorities, including inventories of anthropogenic greenhouse gas emissions»⁵⁷.

The DA also contemplates inter-state obligations in the dissemination of environmental information arising from due diligence, such as the obligation to notify other states as follows: «Each Party shall guarantee that in the case of an imminent threat to public health or the environment, it shall immediately disclose and disseminate through the most effective means all pertinent information in the possession of the competent authority that could help the public take measures to prevent or limit potential damage. Each Party shall use the mechanisms available to develop and implement an early warning system»⁵⁸.

While the current wording of the articles seems to be flawless, in practice the implementation of treaty provisions is often not straightforward. Disagreement has already arisen during the negotiations as to the inclusion of public, private and public-private enterprises 'with functions of a public nature' amongst public authorities⁵⁹. The Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC) has established that states are under the obligation to provide detailed regulation of public bodies' nature and functions in the fulfilment of the obligations⁶⁰. In the application of the Aarhus Convention, as observed in cases concerned with the issue, national judges have interpreted whether a certain entity is a public authority and therefore subject to national legislation giving effect to the Convention and the European Union Directive 2003/4/EC on access to environmental information⁶¹. There is the need to define the concept of 'public authority' as happened in the case of Europe, as argued below. Certainly, the future 'Facilitation and Follow-up Committee' will need to develop case law in order to clarify what can be considered or defined as a public authority.

In light of the ACCC's case law, a golden rule observed in the compliance

⁵⁶ *Draft agreement*, par. f.

⁵⁷ *Draft agreement*, Proposal by Trinidad and Tobago.

⁵⁸ *Draft agreement*, art. 7.5.

⁵⁹ Different proposals presented by the negotiating states contemplate various options.

⁶⁰ See ACCC, Armenia ACCC/C/2004/8; ECE/MP.PP/C.1/2006/2/Add.1, 10 May 2006, par. 19.

⁶¹ See, for instance, *National Asset Management Agency v. Commissioner for Environmental Information*.

with the obligations arising out under this pillar is that there must be a clear, transparent and consistent legal framework in order to make environmental information available to the public⁶². To implement the Convention, the state must provide «clear instructions on the status and obligations of bodies performing functions of public authorities, or regulating the issue of standing in cases on access to information in procedural legislation»⁶³. In order to avoid the “*information hurdle*” in LAC, environmental information must be made available in indigenous languages, which is a requirement for both access to environmental information and for public participation⁶⁴.

In the Caribbean, many countries have appointed an Information Commissioner under the respective Freedom of Information Act, who will have an essential function in access to information. As an example of good practice, in the United Kingdom guidelines for the Information Commissioner were issued for each jurisdiction⁶⁵. In a landmark case, *Smartsources v Information Commissioner* (and the sequel) the question at issue concerned exactly whether private water utilities companies could be deemed public authorities in terms of access to environmental information⁶⁶. The final decision rejected the argument that these water and sewerage undertakings in the context of privatisations are not public authorities, and so are under no obligation to disclose environmental information⁶⁷. In spite of the regional differences the case law in this matter could throw light on the functions and interpretation of the legal texts or, at least, anticipate the possible controversial issues.

⁶² ACCC, Ukraine ACCC/C/2004/3 and ACCC/S/2004/1; ECE/MP.PP/C.1/ 2005/2/Add.3, 14 March 2005, para. 34 and European Community ACCC/C/2006/17; ECE/MP.PP/2008/5/Add.10, 2 May 2008, para. 58.

⁶³ Kazakhstan ACCC/C/2004/1; ECE/MP.PP/C.1/2005/2/Add.1, 11 March 2005, para. 23.

⁶⁴ Peru has recommended the inclusion of the Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples, 1989 (No. 169) of the International Labour Organization, the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

⁶⁵ Scottish Information Commissioner. Environmental Information (Scotland) Regulations 2004. Available at <http://www.itspublicknowledge.info/Law/EIRs/EIR_s.aspx>.

⁶⁶ *Smartsources v Information Commissioner* [2011] 1 Info LR 1498.

⁶⁷ See also Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 December 2013, *Fish Legal and Emily Shirley v Information Commissioner and Others*. Reference for a preliminary ruling: Upper Tribunal (Administrative Appeals Chamber) - United Kingdom. Reference for a preliminary ruling - Aarhus Convention - Directive 2003/4/EC - Public access to environmental information - Scope - Concept of ‘public authority’ - Water and sewerage undertakers - Privatization of the water industry in England and Wales, Case C-279/12.

3.2. *Public participation in environmental decision-making*

Accountability in the implementation of environmental law and transparency in environmental decision making are two burning questions in LAC. The DA has availed of the previous work of the OAS in freedom of expression and the 2010 Inter-American Model Law on Access to Public Information⁶⁸. The right to public participation as mandated by the DA brings a challenge to the present regulatory regimes.

Article 8 tackles public participation in decision-making in environmental matters by stating first in a general manner that «[t]he Parties shall ensure the public's right to participation and for that purpose shall commit to implement open and inclusive participation in mechanisms for environmental decision-making based on domestic and international normative frameworks»⁶⁹. The text goes on to detail the various domains for public participation which comprise decision-making processes «with respect to projects and activities (...) that may potentially have a significant impact on (...) the environment or the conservation, use and management of natural resources, and particularly those subject to environmental impact assessment and, as appropriate, in other environmental permitting processes»⁷⁰. A more tenuous commitment is expressed by the parties then «to implementing all necessary measures to facilitate participation in environmental matters of public interest such as environmental land-use planning, policies, strategies, plans, programmes and regulations»⁷¹. In a joint reading of the text, one notes that whereas art 8.1 contains core elements of this principle, a subset of rules is set out in art 8.2 and 8.3.

Certainly, the wording of the article could have been improved and followed a more logical order. To start with, public participation takes place essentially in three realms: decision-making concerning EIAs and permitting

⁶⁸ E. LANZA, *The Right to Access to Public Information in the Americas: Specialized Supervisory and Enforcement Bodies. Thematic report included in the 2014 Annual Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression of the Inter-American Commission on Human Rights*, Special Rapporteur for Freedom of Expression. AG/RES. 2607 (XL-O/10) Model Inter-American Law on Access to Public Information (Adopted at the fourth plenary session, held on June 8, 2010) (Provisional version pending revision by the Style Committee).

⁶⁹ *Draft agreement*, art. 8.1.

⁷⁰ *Draft agreement*, art. 8.2.

⁷¹ *Draft agreement*, art. 8.3.

processes, the adoption of plans and programmes and law-making. Even if these elements are somewhere in the text, the terms are not straightforward. A long list with specifications concerning the implementation of the right is attached. The drafters had a keen eye for detail and it seems that there is the pretension to set in stone the essentials of the process in the implementation by both national authorities and the specific committee created by the DA.

Public participation in environmental decision-making is scattered across different regimes, such as permitting processes. Thus, the specific content of the right will depend on each state's national legislation. Participation in decision-making turns out to be crucial in some sectors, such as environmental impact assessment. In relation to participation in environmental law-making in particular: according to the text it shall take place through various forms of institutionalized participation that involve stakeholders and include on line participation.

The text contains no specific provisions on participation in law-making, but attempts to guarantee a level playing field for public participation in a series of decision-making processes. The DA covers broadly the participation in legislative making (including proposals and legislative initiatives, such as with regard to the right to water) and in other permitting processes (scattered throughout national legislation) and in EIA. Mapping out the means for participation in different administrative processes will be a task for each state in accordance with their respective public law systems. The ECLAC has chosen the pollutants regime as a blueprint. Better regulation and clear language have been at the centre of compliance with this right⁷². Internet access is considered as the main means to widen participation in LAC, however, gaps in access to connectivity are observed across the different countries.

Specific standards for effective participation are set out, namely: previous dissemination of relevant information in a timely, clear and comprehensive manner; participation at an early stage; the possibility of attending hearings and presenting observations; reasonable timeframes; and notification of the grounds and reasons underlying the decision once it has been made, amongst others⁷³.

⁷² E.A. KIRK, K.L. BLACKSTOCK, *Enhanced Decision Making: Balancing Public Participation against 'Better Regulation' in British Environmental Permitting Regimes* in *J. Environmental Law*, 2011, No 23 (1), pp. 97-116.

⁷³ DA, art. 8, numerals 5-18.

Guaranteeing public participation in decision making in environmental matters has as a premise the definition of its scope. The ACCC has determined that the environmental character of the decision making has to be interpreted in the specific context, «taking into account the particular needs of a given country and the subject matter of the decision-making»⁷⁴. Environmental decision making could consist of several different acts taking place at different stages. Therefore, public participation should be respected on all occasions, as the ACCC has established «[w]ithin each and every such procedure where public participation is required, it should be provided early in the procedure, when all options are open and effective public participation can take place»⁷⁵. Again, states should make explicit what the remedies are that are available in domestic law to protect the right.

If correctly implemented this right can project a wide influence over the drafting of new provisions, regulating domestic procedures for the granting of permits and the current architecture of specialized governmental bodies.

3.3. *Access to justice in environmental matters*

This is a particularly relevant pillar in view of the difficulties experienced in practice in LAC. Debates surrounding access to environmental justice have been closely followed by stakeholders⁷⁶. Access to justice is defined in the text as «the removal of barriers, inter alia, legal, social, and financial, to allow persons to seek redress on environmental matters through any institution of justice, while affording equal treatment for all parties»⁷⁷. Article 9 delineates the scope of access to justice which means «any judicial process through which an expeditious and comprehensive resolution to a legal conflict of an environmental nature is sought»⁷⁸.

The substantive nature of access to environmental justice is a trait that stands out in the proposed text. So far, the definition of environmental justice put forward in the draft relates to «the possibility that legal conflicts of an

⁷⁴ ACCC, *Lithuania ACCC/2006/16; ECE/MP.PP/2008/5/Add.6*, 4 April 2008, para. 71

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Virtual inter-sessional meeting held on 31st January 2017. Discussion of the article on access to environmental justice with experts and stakeholders.

⁷⁷ *Draft agreement*, art. 2, I bis.

⁷⁸ *Draft agreement*, art. 9.

environmental nature receive from the jurisdictional bodies expeditious and full settlement, which, to the degree that it can be achieved by the courts of justice, will contribute to environmental protection and the promotion of sustainable development»⁷⁹. Acknowledging the fact that judicial review is often difficult to obtain, the draft agreement attempts to guarantee equal conditions to the parties, with a view to «obtaining an individually and socially fair outcome»⁸⁰.

This right is intrinsically connected to access to information, as this is the prior step to exercise a right or to initiate a lawsuit. At the heart of this principle lies the effectiveness of all access rights. Article 9.2 regulates the right to challenge «any decision, action or omission related to the access to environmental information» or «any decision, action or omission related to public participation in the decision-making process regarding environmental matters»⁸¹. More generally the article refers to the possibility of seeking judicial review of «any decision, action or omission that affects or could affect the environment adversely or violate laws and regulations related to the environment»⁸². In any case, the Parties «shall ensure the right of appeal to a higher administrative and/or judicial body»⁸³.

As previously noted, states may provide clear indications of the remedies available wherever the exercise of rights to access to environmental information or to public participation are denied. Some LAC countries are more prone to introducing changes in the legislation on access to environmental justice.

Several improvements in access to environmental justice have occurred in recent years, but even so, many shortcomings subsist. In relation to access to justice, right-based actions and procedures have advanced the case for environmental justice in LAC. As a result, different procedural channels can be articulated before the courts to protect rights at stake with the aim of obtaining orders requiring action or ordering abstention (staying certain harmful actions). The specialization and the existence of environmental courts or tribunals may

⁷⁹ However, some negotiating states (Argentina, Uruguay, Paraguay, Saint Lucia and Colombia) have suggested deleting this definition.

⁸⁰ *Draft agreement*, art. 9.

⁸¹ DA, art. 9.2, *a)* and *b)*.

⁸² DA, art. 9.2, *c)*.

⁸³ DA, art. 9.3.

help in advancing the cause of environmental justice⁸⁴. It appears that these courts or tribunals are in a better position to adjudicate environmental claims as they focus on environmental law, therefore they rely on a specialized legal framework, including the environmental law principles previously alluded to. Furthermore, environmental courts and tribunals are assisted by scientific experts who may contribute evidence of environmental harm.

Mobilisation around environmental justice has also aided recognition of the rights of indigenous peoples and mobilization in environmental conflicts, as sectors traditionally marginalized from the participation in decision making. This is also true with regard to other vulnerable sectors, such as women. The gender dimension of access rights deserves a particular attention, yet in the text it is referred to as a condition of vulnerability in art 8.10 but is not considered a cross-cutting issue or tackled adequately⁸⁵.

Nonetheless, the main barriers or obstacles concerning access to environmental justice faced in LAC relate to the weakness of the rule of law, costs, the language of the information, the complexity of the procedures, a proper status for Non-Governmental Organisations (NGOs) and the accountability of corporations for environmental damages.

Access to environmental justice at domestic level requires the fulfilment of certain requirements concerning respect for the rule of law, such as a proper checks and balances system. This may be difficult to achieve in some LAC countries. The importance of the concept of “public interest” for environmental litigation before human rights in the region resides indeed in the possibility to obtain an international oversight. As the ACCC noted, «judicial independence, both individual and institutional, is one of the preconditions in ensuring fairness in the access to justice process»⁸⁶. In the implementation of the Aarhus Convention, NGOs have indicated some of the problems encountered in getting access to justice relating to standing conditions, scope of the court, review of act

⁸⁴ Regional Judicial Colloquium for Latin America and the Caribbean at <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20772/final_programme_regional_colloquium_human_rights_brasilia.pdf?sequence=1&isAllowed=y> accessed 5 October 2017.

⁸⁵ DA, definition of persons in a vulnerable situation, Chile has proposed to introduce “*gender parity*” in art. 8.13 and a “*gender approach*” in art. 10.8.

⁸⁶ ACCC, *Kazakhstan ACCC/C/2004/6*; ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.1, 28 July 2006, para. 24.

and omissions in environmental matters, and the effectiveness of timeliness of a court review⁸⁷.

In relation to the costs, socio-economic inequalities in the region are stark and are also observed in access to environmental justice⁸⁸. The DA foresees the commitment of the parties to create mechanisms to ensure the production of evidence, «even when the Parties do not have the necessary funds to do so» and to establish «financial mechanisms, such as funds to assist in redress»⁸⁹. The ACCC has determined that «[w]hen assessing the costs related to procedures for access to justice in the light of the standard set by article 9, paragraph 4, of the Convention, the Committee considers the cost system as a whole and in a systemic manner»⁹⁰. In Europe, states have drawn the attention to the circumstance that in the injunctions it is necessary to submit cross-undertakings⁹¹. Costs have been regarded as an obstacle to environmental justice: the ACCC has considered that «injunctive relief is not pursued, because of the high costs at risk, where the claimant is legitimately pursuing environmental concerns that involve the public interest [s]uch effects would amount to prohibitively expensive procedures that are not in compliance with article 9, paragraph 4»⁹².

The removal of language barriers to access to justice is a requirement that has been underlined by the IACHR in several environmental cases, as in the *Belo Monte Dam* case affecting several indigenous peoples in the Amazon. On that occasion the IACHR made an order to stay the construction of the dam until information about the project and the social and environmental impact assessment were made available in an accessible format, «including translation into the respective indigenous languages»⁹³. To ensure appropriate access to

⁸⁷ P. CERNÝ, *Environmental Law Service, Practical application of Article 9 of the Aarhus Convention in some EU countries – comparative remarks based on experience and court practice of NGOs in 7 EU countries*, April 2009.

⁸⁸ D. NEGRO, *Poverty, Inequality, Vulnerable Groups and Access to Justice*, p. 91, and C. SPRINGER, *Addressing inequalities through Sustainable Development*, p. 135, in OAS, *Inequality and Social Inclusion in the Americas*, 2011..

⁸⁹ DA, art. 8.4, e) and g).

⁹⁰ United Kingdom ACCC/C/2008/33, ECE/MP.PP/C.1/2010/6/Add.3, December 2010, para. 128.

⁹¹ Court of Justice - European Union. Judgement of the Court (Second Chamber). C 530/11, 13 February 2014, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=147843&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=34589>> accessed 5 October 2017>.

⁹² United Kingdom ACCC/C/2008/33, ECE/MP.PP/C.1/2010/6/Add.3, December 2010, para. 133.

⁹³ IACH, Precautionary Measures PM 382/10 - Indigenous Communities of the Xingu River Basin, Pará, Brazil.

relevant environmental information, the DA further provides for «the use of interpreters or translators when the petitioners or defendants speak indigenous languages»⁹⁴.

The complexity of environmental proceedings is a common feature in different regions. Litigating an environmental case usually requires expert knowledge and evidence of environmental harm. Environmental conflicts are frequent in the region, but only those which have received support by non-governmental organisations have become more visible. Procedural entanglements make difficult to get effective access to redress. To alleviate this the DA includes some commitments as regards procedural aspects.

The role of NGOs in seeking environmental justice in LAC is essential, particularly in trans-boundary pollution cases. The DA includes them within the “public concern”, defining them as NGOs «promoting environmental protection and meeting any requirements under national law *which* shall be deemed to have an interest» and encouraging cooperation⁹⁵. Nevertheless the current wording does not settle the issue of NGOs operating in a different country. In Europe, in some cases (such as in *Sattelberg*) concerning access to justice of NGOs in a different country (where their legal standing was initially denied) it has been clarified that according to the principle of non-discrimination on the grounds of nationality, those NGOs should have legal standing⁹⁶.

Another pending issue is the possibility of also involving corporations in the procedure for compliance with access rights. Quasi-judicial forums for environmental justice, such as the Latin American Water Tribunal, are regarded by individuals and associations as fairer means to achieve justice, mainly because there is the possibility of calling corporations and not only states to the hearings⁹⁷.

On the plus side, the DA reflects the commitment of the parties to adhere to principles of due process, such as effectiveness, publicity and impartiality and to guarantee broad active legal standing in defence of the environment. Apart from the judicial procedures, access to administrative bodies such as ombudsmen

⁹⁴ DA, art. 9.5.d.

⁹⁵ DA, Preamble and art.10.6.

⁹⁶ Italian Ministry for the Environment and the Sea, “*Sattelberg wind plant and support to energy production from renewable resources*”, Fourth Update of the National Report by Italy on the Implementation of the Aarhus Convention (2017) at 32.

⁹⁷ M.B. OLMOS GIUPPONI, *Transnational Environmental Law and Grass-Root Initiatives: The Case of the Latin American Water Tribunal*, in *Transnational Environmental Law*, 2016, Vol. 5, Issue 1, pp. 145-174.

and alternative dispute resolution is encouraged. Divergent opinions arose during the negotiations as to whether this access should comprise only jurisdictional bodies or, also, administrative bodies⁹⁸. More interestingly, the DA shows the parties' commitment to advance on several procedural issues such as mechanisms to execute and enforce judicial and/or administrative rulings and decisions; mechanisms for redress, including restitution, restoration, compensation, assistance for affected persons; precautionary, interim and oversight measures to safeguard, prevent, halt and rehabilitate or mitigate damage to the environment; and measures to facilitate the production of evidence of environmental damage, including, where appropriate, strict liability⁹⁹.

To provide further legal protection to environmentalists who quite frequently face persecution putting their lives at risk, Article 9 *bis* mandates governments to adopt measures to «prevent, investigate and prosecute attacks, threats, coercions or intimidations that any person or group may suffer while exercising the rights guaranteed by agreement»¹⁰⁰. This is a sorely needed provision, as many environmentalists have faced threats to their lives and some have been killed in recent years¹⁰¹.

The DA is expected to improve the region's environmental performance. However, while the NCP may point at obstacles encountered to access to justice, it cannot solve problems that stem from national systems.

4. *Proposals for making the agreement operative*

Turning to the question of implementation, this is the major challenge the future Convention has to face. In Europe the Aarhus Convention was backed by the European Union which enacted directives to fulfil the obligations giving rise to two channels to ensure compliance: through EU institutions (Commission and

⁹⁸ *Draft agreement*, art. 2. *Definitions*.

⁹⁹ DA, art. 8.4, *d), e), f)* and *g)*.

¹⁰⁰ This was initially a numeral and has been included now as an article. The wording is in line with the IACtHR's jurisprudence, which has indicated the state's responsibility to protect the human rights of environmental defenders. See *Kawas Fernández v. Honduras* (3 April 2009), available at <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_ing.pdf> accessed 7 July 2017.

¹⁰¹ Amongst other high profile cases involving environmental defenders, there is Chico Mendes, the leader of a forest conservationist campaign in the Amazon, who was killed by the police in 1998, later becoming the symbol of the global environmental movement. More recently, Berta Caceres, a Honduran environmental activist opposing to the construction of a dam in indigenous territory, was murdered.

Court of Justice) and through the Compliance Committee which was set up in 2002 to oversee parties' compliance¹⁰². Two considerations are in order. First, there is no comparable organization for regional integration in the Americas. Second, the Implementation Committee has strongly criticized the lack of proper compliance with the Convention on the part of the EU¹⁰³.

Evidently, the draft agreement reflects the IACtHR body of jurisprudence relating to the protection of the environment which adds a regional dimension to the question and constitutes a solid basis for the development of environmental protection. Translating the norms into action in domestic jurisdiction will be far more difficult since the implementation of international environmental norms is never straightforward. First, a certain expertise is necessary to set up the various compliance processes¹⁰⁴. The implementation of international environmental norms requires the knowledge of a wide range of disciplines, strengthening the cooperation between natural and social sciences. This often implies regulatory impact and cost-benefit analysis. Second, the effective implementation of the different limbs will not be achieved just by tweaking national legislation: rather it will require a major overhaul of some legal systems. It would be relatively easy to achieve for the environmental frontrunners or champions, like Costa Rica which enacted a very comprehensive law protecting the environment¹⁰⁵. Obstacles to implementation may water down the wording of the convention in other countries. The draft text contains some tools to avoid this situation through a specific provision: there is a "non-lowering of environmental standards" clause which declares that «[s]tates must refrain from adopting measures that could hinder the effectiveness and guarantee of the right of access to information and participation in environmental issues»¹⁰⁶.

¹⁰² Pursuant to Article 15 of the Aarhus Convention on review of compliance, the Meeting of the Parties in October 2002 adopted decision I/7 on review of compliance, establishing the Committee and electing its first members.

¹⁰³ Findings and Recommendations of the Compliance Committee with regard to Communication Accc/C/2008/32 (Part II) concerning compliance by the European Union. Adopted by the Compliance Committee on 17 March 2017 <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C200832/Findings/C32_EU_Findings_as_adopted_advance_unedited_version.pdf> accessed 5 October 2017.

¹⁰⁴ *Draft agreement*, art. 10 [Capacity-building and cooperation] and art. 11 [Resources].

¹⁰⁵ Organization of the Environment Act (Law N 7554).

¹⁰⁶ As stated in para 21 bis of the preamble «States should promote and take appropriate and necessary measures with a view to achieving progressively the full exercise and enjoyment of rights of access to information and participation in environmental issues, and that, in order to ensure their realization».

Monitoring will take place through the Conference of the Parties (CoP) and other subsidiary bodies created by it to ensure compliance and run non-compliance procedures (NCP). Clearly, the institutional set up designed in the Convention comprises only inter-governmental bodies to be created after the entry into force¹⁰⁷. This may create an initial legal vacuum in ensuring compliance with the DA. The CoP is at the centre of the NCPs: states will report back on the policies and measures adopted to implement the agreement and the activities conducted with the public, issuing recommendations accordingly; it will establish the subsidiary bodies and adopt the rules of procedure¹⁰⁸. A subsidiary body of consultative nature called the 'Facilitation and Follow-up Committee' (FFC) is also envisaged to review compliance with the agreement and formulate recommendations¹⁰⁹. However, the wording of the DA here is milder, as it states that the main role is «to promote application and support the Parties with implementation of the Agreement». Emphasis is thus put on capacity-building and cooperation. Submissions will be made by «the Parties, other entities of the present Agreement and members of the public» again the DA remains cryptic as to the definition of these entities (presumably these are other subsidiary bodies)¹¹⁰. The Bali Guidelines may assist the FFC in ensuring compliance with the agreement.

The setting up is to be completed by a peer review mechanism to evaluate the observance of the provisions of the agreement established by the CoP «not later than at the third meeting»¹¹¹. Therefore, the CoP is in charge of stocktaking of the achievements of the compliance mechanism, which seems to be appropriate. The Secretariat is tasked with the function of issuing Guidelines to facilitate the application by public authorities and to foster the participation of stakeholders in the compliance system¹¹². In the NCP, «the national capacities

¹⁰⁷ *Draft agreement*, art. 12 [Conference of the Parties]; art. 13 [Right to vote: 'Each Party to the present Agreement shall have one vote']; art.14 [Presiding Officers]; art.15 [Secretariat]; art. 16 [Consultative groups or subsidiary bodies].

¹⁰⁸ DA.

¹⁰⁹ *Draft agreement*, art. 17 [Implementation, monitoring and evaluation]; art. 18 [Settlement of disputes]; art. 20 [Signature, ratification, acceptance, approval and accession].

¹¹⁰ DA, art. 17.4.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² See, for instance, Scottish Government. Access to Environmental Information - Guidance for Scottish Public Authorities and Interested Parties - Guidance on the Implementation of the Environmental Information (Scotland) Regulations 2004. Available at <<http://www.scotland.gov.uk/Publications/2004/11/20280/47015>>.

and circumstances of the Parties» and the «least developed countries or Caribbean small island developing States» shall be taken into account¹¹³. In practice, this may lead to a 'differentiated speed' system.

Drawing on the Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC), it is worth looking at the practice of the NCP as it may prove relevant for the functioning of the FFC. Indeed, the ACC, established as a separate quasi-judicial body made up of independent experts, has accrued considerable experience in handling communications. The AC establishes that other states and international organizations could join it, which has broadened the regional scope of the Convention and the ACCC's activities¹¹⁴.

Under the Aarhus system, the CC may examine: submissions about compliance made by parties against other parties, submissions by the parties about their own compliance, referrals by the secretariat and communications put forward by members of the public (individuals, groups of individuals, organisations and groups of organisations) and submissions by the Conference of the Parties (CoP)¹¹⁵. Statistics on compliance demonstrate that organisations are the more frequent users of the system¹¹⁶. The architecture of the CC is circumscribed to monitoring compliance in general of the respective national legal framework with the provisions of the Convention. Thus the ACCC cannot engage in a comprehensive analysis of national environmental law systems¹¹⁷. Equally, the NCP before the ACC is not meant to be a redress procedure.

Regarding communications from the public, the traditional rule of exhaustion of domestic remedies applies to the NCP¹¹⁸. In accordance with the

¹¹³ DA, art. 17. 2 and 4.

¹¹⁴ Armenia (25 Jun 1998/1 Aug 2001), Kazakhstan (25 Jun 1998/11 Jan 2001), Kyrgyzstan (1 May 2001 a), Tajikistan (17 Jul 2001 a) and Turkmenistan (25 Jun 1999 a).

¹¹⁵ AC. 18. On the expiry of twelve months from either the date of adoption of this decision or from the date of the entry into force of the Convention with respect to a Party, whichever is the later, communications may be brought before the Committee by one or more members of the public concerning that Party's compliance with the Convention, unless that Party has notified the Depositary in writing by the end of the applicable period that it is unable to accept, for a period of not more than four years, the consideration of such communications by the Committee. The Depositary shall without delay notify all Parties of any such notification received. During the four-year period mentioned above, the Party may revoke its notification thereby accepting that, from that date, communications may be brought before the Committee by one or more members of the public concerning that Party's compliance with the Convention.

¹¹⁶ UNECE. Compliance Committee statistics.

¹¹⁷ ACCC, Belarus ACCC/C/2009/37, ECE/MP.PP/2011/11/Add.2, April 2011, para.61.

¹¹⁸ UNECE. Draft revised version of the Guidelines. March 2017.

AC, once the communication has been declared admissible, the state concerned is given the opportunity to make its submissions. After that, a public hearing will take place. The investigation concludes with a report on compliance alongside recommendations which are finally adopted by the CoP. The findings of the ACC are studied by the respective CoP which monitors the follow up.

The case law arising from non-compliance and misapplication of the Convention provision depicts a clear picture of the implementation of the AC¹¹⁹. The Committee has set out the requirements in terms of admissibility, such as that the communications should cover the period? since the entry into force of the AC for the state concerned, and must not be anonymous. Three main aspects concerning compliance are revealed in the case law: failure to provide of access to environmental information, lack of access to decision-making (namely concerning EIA processes) and obstacles to access to environmental justice¹²⁰. Another aspect that deserves attention is follow-up of the decisions on compliance. A good practice to be observed consists of providing concerned states with precise indications as to the changes to be introduced in domestic law to bring it in line with the AC within a specific time frame.

Taking into consideration the current landscape, it may be difficult to engage LAC states in compliance. Some crucial aspects should be addressed, otherwise the DA risks being more a theoretical than an effective compliance tool. As discussed in the previous paragraphs, the Aarhus Convention has developed a relatively advanced compliance mechanism with experience accumulated over the years which may constitute an invaluable guidance for the FFC. LAC signatory countries could *mutatis mutandi* adopt similar rules for the handling of communications. This separate compliance committee is to act as an independent quasi-judicial body. In checking compliance with the agreement provisions, states concerned should be given the possibility to present their pleadings as has been established in the Aarhus NCP. Rather than pointing at the non-compliers as the culprits of environmental degradation, a more collaborative approach is to be taken. Evidently, information about FFC (containing clear and precise guidelines) should be disseminated amongst the relevant users of the system (citizens and NGOs), and reports on compliance should be made available

¹¹⁹ A. ANDRUSEVYCH, T. ALGE, C. KONRAD (eds.), *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2014)*, 3rd Edition, 2016, RACSE, Lviv.

¹²⁰ Arts. 6.2, 6.4 6.8 of the AC.

to the public. Without visibilisation of the NCP, there would be little incentive for organisations to submit complaints and create hindrances for the states to comply with the DA. There is clearly the need for an effective NCP in LAC, otherwise the FFC may become yet another lost opportunity for the region to help ensure compliance with environmental rules.

A successful implementation strategy should involve also cooperation with subregional organisations¹²¹. From an environmental governance standpoint, LAC states have adopted sub-regional strategies and agreements for environmental protection that may be used as a blueprint for the DA under examination¹²². Under the umbrella of the Central American Commission on Environment and Development (CCAD) Central American States have signed agreements on biodiversity, climate change, hazardous wastes and conservation of forests. In South America Mercosur has launched a Ramsar implementation strategy through its specialised working group on environmental and sustainable development. The Andean Community members have developed their own regional biodiversity strategy. Other examples include the common strategy for implementation of the Climate Change Convention adopted and the 2002 General guidelines for the implementation of environmental law at national level by Caribbean countries¹²³. Similarly, there is the example of subregional strategies on the implementation of the DA on access rights; such regional strategies could be deployed to encourage effective compliance with the agreement.

At this point of the discussion, it is worth asking if this is a case of a legal transplant. In other words: is the DA a cherry picking of Aarhus provisions blended with region-specific components? When compared to the Aarhus Convention (negotiated at the end of the 1990s) one observes the evolution of international environmental law and the different generations of rights¹²⁴. Of the environmental access rights as formulated in the Rio Declaration only access to environmental information is formulated in human rights language. In the DA, they are imbued with human rights considerations; however, the case law of the

¹²¹ The CoP has an express mandate to develop cooperation pursuant to DA art 12.5.b.

¹²² Gregory L Rose, 'Gaps in the Implementation of Environmental Law at the National, Regional and Global Level, First Preparatory Meeting of the World Congress on Justice', Governance and Law for Environmental Sustainability, 12 - 13 October 2011 - Kuala Lumpur, Malaysia.

¹²³ INECE Website, "*Performance Measurement Guidance for Compliance and Enforcement Practitioners*", <<http://www.inece.org/indicators/guidance.pdf>> accessed 5 October 2017.

¹²⁴ M. FITZMAURICE, *Environmental Degradation*, 2014; D. MOECKLI, S. SIVAKUMARAN, *International Human Rights Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, pp. 590-609.

ACCC is more concerned with specific aspects of effective implementation relying on the set of IEL principles, giving rise to specific case law with clear implications for domestic environmental legislation.

Unlike the Aarhus Convention, which is a regional treaty with universal vocation as it is open to ratification by other states, the DA is intended to be restricted to signature and ratification by countries contained in the Annex (LAC countries)¹²⁵. No provision explicitly foresees the possibility of it being ratified by international organisations, despite the many already operating in LAC¹²⁶. The long time spent in the making may also be explained by the fact that the agreement does not admit reservations, hence the need for the states to scrupulously negotiate every single term of the text¹²⁷.

Perhaps, the right approach for the DA would be to find a common ground, following the rhetoric of human rights but grounded in environmental law. In certain regards the DA marks an evolution from Aarhus, which may indicate that IEL is moving forward as the text contains new approaches to access rights. In the end, one may thus inquire if the DA could be seen as an evolved specimen from the Aarhus Convention. The answer to this question depends upon the implementation and the progressive interpretation made by the FCC and domestic and regional courts.

In sum, the draft text reflects the evolution of international environmental law, crystallizes the development in terms of access rights, and includes the increasing role of non-state-actors¹²⁸. For all these reasons, the agreement being negotiated in LAC can be seen as a quite differentiated treaty although it has benefited from the Aarhus Convention's experience.

5. *Conclusions: Towards a universal consensus on environmental access rights?*

¹²⁵ DA, art. 20.1 and art. 2.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ DA, art. 22.

¹²⁸ *Draft agreement*, art. 21. Entry into force: «1. The present Agreement will enter into force on the ninetieth day after the date on which the fifth instrument of ratification, acceptance, approval or accession has been deposited. 2. With respect to each State that ratifies, accepts or approves the present Agreement or accedes to it after the fifth instrument of ratification, acceptance, approval or accession has been deposited, the present Agreement will enter into effect on the ninetieth day after the date on which the State has deposited its instrument of ratification, acceptance, approval or accession». Pursuant to art 22, the Agreement does not admit any reservations.

Although this period is probably too limited to draw any firm conclusions, some initial reflections on the DA as it stands could be drawn. Noting the widespread state support for the negotiations and the interests of NGOs in the process, the likelihood of entry into force in the foreseeable future once the text will be adopted is quite high. Various reasons have prevented from translating IEL into effective domestic norms in LAC and, therefore, the need for an effective access rights agreement has increased.

In view of current human and environmental threats to the region's natural resources, coupled, sometimes, with poor environmental governance and compliance with IEL, the potential role that the DA could play, once in force and widely ratified, as discussed, may be critical. Clearly, the DA is not a panacea for the deficit in the implementation of environmental legislation observed in LAC, but could enormously contribute to enhancing compliance and foster best practices in the field.

While a closer look to the DA's drafting and negotiation process throws light about the future, the subsequent practice of states will determine if the DA will be fully implemented and shape the content of different provisions.

In the broader picture, the DA represents a step in the evolution of access rights. The draft agreement is a blended text combining elements of international human rights law environmental law principles and regional environmental law as the harbinger for upholding the protection of environmental rights in LAC. The DA fails to grasp and integrate the cosmovision of indigenous peoples. In a broader context, the main implication for the evolution of international environmental law probably consists in reaching consensus towards general obligations which seem to guarantee universal standards for the respect of environmental access rights.

Bearing in mind the peculiarities of each region, there are some lessons to be learned from the application of the Aarhus Convention in Europe. The work of the UNECE could offer a fertile ground for reflection. The success of the Aarhus Convention resides in the outcome that the provisions were captured almost verbatim by the parties and EU Directives and then transposed into

domestic legislation¹²⁹. Despite the similarities and resemblances, in the agreement negotiated in LAC there is a pledge for authenticity, going beyond a mere transplant of European standards and provisions. Whilst the draft agreement looks quite good on paper, it remains to be seen if when adopted it will be fully implemented. In any case, it represents a step in the right direction and a major legal achievement for environmental protection in LAC.

¹²⁹ To illustrate: in the United Kingdom it led to the adoption of the respective Environmental Information Regulations 2004 in England and Wales and Environmental Information (Scotland) Regulations 2004.

ABSTRACT

Belén Olmos Giupponi – *Setting the stepping stones for environmental democracy in Latin America and the Caribbean (LAC): An analysis of the Draft Regional Agreement on environmental access rights*

Principle 10 of the 1992 UN Rio Declaration laid the groundwork for the implementation of access to environmental information, public participation and access to environmental justice which constitute the three pillars of environmental democracy. The 2012 United Nations Conference on Sustainable Development (Rio +20) marked a turning point in this evolution as nine Latin American and Caribbean (LAC) countries launched the proposal for a regional convention embodying the three sets of environmental rights.

Environmental access rights are gaining momentum as the negotiations for a regional convention unfold. This represents a unique opportunity to reflect not only on the agreed upon text but also, more broadly, about the implementation of environmental rights in LAC. Thus, the article first addresses the question of the delayed implementation of environmental democracy rights in LAC. The analysis then reflects upon progress attained so far, underlining outstanding challenges and lessons to be learned from the negotiations.

KEYWORDS: *Environmental Democracy; Latin America and the Caribbean (LAC); Environmental Access Rights; Access to Environmental Information; Public Participation in Environmental Decision-Making; Access to Environmental Justice.*

JUAREZ FREITAS*, JÚLIO CÉSAR GARCIA**

Evolução conceitual do princípio da sustentabilidade

TABLE OF CONTENTS: 1. *Introduction.* – 2. *A insuficiência do conceito tradicional de desenvolvimento sustentável.* – 3. *O princípio da sustentabilidade.* – 4. *Considerações finais.*

1. *Introduction*

A preservação dinâmica da natureza pelo ser humano - ele próprio também natural - é responsabilidade circular e dialética da qual derivam grandes desafios para o redesenho funcional do Direito. Afinal de contas, indaga-se: é possível construir uma ordem jurídico-política, na qual a humanidade possa conviver harmonicamente com os demais seres que habitam o planeta Terra? Será viável a continuidade das condições essenciais para a sobrevivência digna da espécie humana, haja vista os padrões de exploração desenfreada, consumo conspícuo e descarte irrefletido de resíduos?

Como se sabe, há relatos históricos de períodos de intensa convivência fundada na sustentabilidade ecológica¹, bem como de sistemas marcados por mitos e lendas², os quais, apesar disso, guardavam uma relação equilibrada com o ambiente, calcada na crença primária em forças sobrenaturais.

Claro que a identificação das forças vivas da natureza não estava descolada da exploração de recursos naturais, mas, até por limitações tecnológicas e populacionais, a escala interventiva humana era diminuta e, por assim dizer, suportável. Dessa maneira, por longo período, manteve-se equilíbrio físico entre a sociedade humana e o ambiente natural³. Verdade que num crescendo de exploração temerária, com exemplos gritantes de irresponsabilidade pós-consumo, ao longo da história.

* Professor da Faculdade de Direito e da Pós-Graduação em Direito da UFRGS, Presidente do Conselho Científico do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público.

** Professor do Curso de Direito da UNIOESTE, Campus de Foz do Iguaçu-PR, Doutor em Direito pela UFPR, integrante do GEDAIS – Grupo de Estudos em Direito Ambiental, Internacional e Sustentabilidade.

¹ K. BOSSELMANN, *O princípio da sustentabilidade* (Trad. F.G. PHILLIP, RT, São Paulo, 2015, p. 29).

² A.M. HESPANHA, *A política perdida: ordem e governo antes da modernidade*, Juruá, Curitiba, 2010, p. 244.

³ K. BOSSELMANN, *op.cit.*, p. 29.

Hoje, percebe-se que, embora primitivamente, diversas gerações humanas viveram nas Américas, África, Oriente Médio e Ásia, numa tradição de relativa harmonia que não separava a esfera humana do natural⁴.

Os primeiros esboços conceituais da sustentabilidade surgiram há mais de 600 anos, quando a Europa continental sofreu grave crise ecológica decorrente do desenvolvimento agrícola e da utilização da madeira que levou ao desmatamento quase completo⁵. A tais acontecimentos, a resposta jurídica se deu em torno do sistema de uso da terra conhecido como “*allmende*” ou “*commons*,” que perdurou como instrumento eficaz até 1800⁶.

Pois bem: o presente contexto de graves patologias ambientais, mercê de intervenções antrópicas, tem a ver precisamente com o progressivo colapso das coisas comuns. Quadro que reivindica a reconstrução, com máxima sofisticação possível, de modelos que garantam o futuro minimamente estável, includente e justo, para gerações presentes e futuras (não apenas de seres humanos).

O desafio fulcral reside na própria compreensão do sentido da sustentabilidade, eis que a pré-compreensão equivocada pode acarretar desvios de toda ordem. Neste capítulo, serão apresentados os principais aspectos formadores do conceito jurídico da sustentabilidade, até alcançar o posicionamento apropriado.

2. *A insuficiência do conceito tradicional de desenvolvimento sustentável*

⁴ O reconhecimento de episódios ou exemplos de modelos sociais relativamente sustentáveis no passado não ignora que sobejam relatos do potencial destrutivo e insustentável de agrupamentos ou civilizações humanas antigas. Vide, por exemplo, a abordagem de Jared M. Diamond (1994, p. 39) que apresenta claros indícios de colapsos ecológicos de civilizações antigas: «Given this widespread belief in a Golden Age, some recent discoveries by archaeologists and paleontologists have come as a shock. It's now clear that preindustrial societies have been exterminating species, destroying habitats, and undermining their own existence for thousands of years. Some of the best-documented examples involve Polynesians and American Indians, the very peoples most often cited as exemplars of environmentalism» (K. BOSSELMANN, *op.cit.*, p. 29). Com raciocínio similar aponta-se o texto J. DIAMOND, N.P. ASHMOLE, P.E. PURVES, *The Present, Past and Future of Human-Caused Extinctions*, 1989.

⁵ HUGHES; ABEL; apud, BOSSELMANN, *op.cit.*, p. 31.

⁶ K. BOSSELMANN, *op.cit.*, pp. 33-35.

A conceituação jurídica de sustentabilidade certamente tem de contemplar a manifesta inconciliabilidade do equilíbrio ecológico com a noção de progresso material a qualquer preço, centro de gravidade de modelos econômicos clássicos, como se a prosperidade mefistofélica fosse meio e fim da realização humana.

A história aponta para ocorrências catastróficas em que o modelo desenvolvimentista mal calibrado e voluntarista, indiferente aos custos diretos e indiretos (externalidades negativas), ultrapassou os limites éticos e naturais e provocou consequências devastadoras para a preservação do equilíbrio ecológico, encarado como conjunto de condições necessárias a manutenção da vida em todas as suas formas⁷.

Com efeito, práticas de extrativismo irracional utilizam recursos naturais em taxas que inviabilizam a recomposição dos ciclos naturais, conduzindo a danos ambientais severos, perda crônica da biodiversidade, mudanças climáticas inegáveis e exaustão de ecossistemas. Não por acaso, milhões de pessoas perecem, a cada ano, em autêntico genocídio patrocinado pela poluição, em suas várias modalidades. É essa marcha insana que merecidamente passou a ser questionada com ênfase maior a partir da década de 60 do século passado, quando renomados cientistas fundaram o Clube de Roma e por meio de inúmeros eventos e publicações⁸ passaram a realçar a emergência sistêmica da crise ambiental, não mais em ocorrências isoladas e localizadas, mas em âmbito planetário⁹.

A primeira Convenção sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada pela ONU, em 1972, na cidade de Estocolmo, teve como principal objetivo debater sobre os rumos e os limites do crescimento econômico. Isto porque o paradigma, ainda dominante, implicava forte desconsideração de aspectos éticos e ecológicos, com evidente incapacidade de pensar sobre efeitos adversos de longo prazo.

No período da reconstrução material do pós-guerra, o Direito ocidental, com nuances e peculiaridades regionais, foi convocado a estabelecer formalmente bens fundamentais a serem protegidos, bem como a impor limites

⁷ G. ESTEVA, *Development*, in W. SACHS (ed.), *The development dictionary: A Guide to Knowledge as Power*, Zed Books, London & New York, 2010.

⁸ Destaque para Meadows, 1978.

⁹ I. SACHS, *Environment*, p. 26, in W. SACHS (ed.), *The development dictionary: A Guide to Knowledge as Power*, Zed Books, London & New York, 2010.

a práticas cruéis. De certa maneira, os sistemas jurídicos mostraram-se predispostos a incorporar, ao menos no discurso oficial, preocupações com outro tipo de desenvolvimento. Nada obstante, a busca míope de resultados econômicos imediatos impediu a reconstrução do arcabouço capaz de induzir o desenvolvimento duradouro e ecologicamente responsável.

De Estocolmo em 1972 à segunda Conferência Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada pela Organização das Nações Unidas no Rio de Janeiro, o conceito de desenvolvimento experimenta inúmeras críticas e transformações¹⁰. O conceito mais difundido de *desenvolvimento sustentável* brotou no período preparatório da segunda conferência, quando a Comissão Brundtland designada pela Organização das Nações Unidas publicou o relatório Nosso Futuro Comum. A chave conceitual estava em que o desenvolvimento sustentável precisaria inserir a preservação das condições de vida e do atendimento das necessidades não apenas das atuais, mas das futuras gerações¹¹. Trata-se, ainda hoje, de significativo progresso. Nessa fórmula, já se consegue embrionariamente realçar o caráter intergeracional do desenvolvimento, cerne da noção de sustentabilidade. Nela aparecem, em termos intertemporais, as bases para um conceito mais completo, que transcenda a ideia de mera satisfação das necessidades.

Como alerta Michael Redclift¹², a simplicidade da noção de desenvolvimento sustentável é, sob certo aspecto, enganosa pois permanecem obscuras complexidades e contradições subjacentes. Dentre as dificuldades, destaca-se o uso da expressão “necessidades”, que se refere à realidade mutante. As necessidades das gerações futuras, às voltas com a inteligência artificial e a conectividade, dificilmente serão as mesmas das atuais gerações. Por igual, não atende às diferentes percepções e prioridades associadas às necessidades por diferentes culturas. Em apertada síntese, o recurso à satisfação de necessidades é útil, mas insuficiente.

Verdade que, ainda na década de 80 do século passado, no âmbito da Assembleia da Organização das Nações Unidas foi aprovada a Convenção do Direito ao Desenvolvimento, que ratificou o escopo do desenvolvimento para

¹⁰ G. ESTEVA, *Development*, in W. SACHS (ed.), *The development dictionary: A Guide to Knowledge as Power*, Zed Books, London & New York, 2010.

¹¹ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991.

¹² M. REDCLIFT, *Sustainable development (1987-2005): an oxymoron comes of age*, in *Sustainable development*, 2005, Issue 13, n. 4, pp. 212-227.

muito além de aspectos materiais. Conforme este acordo internacional, o desenvolvimento passa a ser compreendido como:

«[...] um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes» (ONU, 1986).

Ao mesmo tempo, muitas são as críticas, às vezes exageradas, contra a possibilidade de associar os termos desenvolvimento e sustentabilidade¹³ – a ponto de o desenvolvimento sustentável ser considerado oxímoro por Harlon Daly¹⁴. A despeito de tudo, observa-se, desde a década de 90 do século passado, a tentativa de inúmeros países e organizações internacionais de consolidar a noção do desenvolvimento sustentável como prática obrigatória e transversal para cidadãos, empresas e governos. A tensão continua. Para muitos, o desenvolvimento sustentável se converteu numa condição inexorável para todas as instituições e relações sociais, caracterizando uma megatendência inclusive para o mundo dos negócios¹⁵. Em contrapartida, para outros seria mera roupagem nova para a mesma lógica antiga do desenvolvimento ou para sua continuidade¹⁶, pois, na prática, permaneceria servindo aos interesses

¹³ Um exemplo é Isabel Cristina Moura Carvalho (1990), para quem o adjetivo sustentável remete àquilo que está em perfeito equilíbrio, que se conserva sem desgaste e se mantém no tempo. Quando aplicado ao desenvolvimento, transfere essas qualidades a um modo de organizar a vida social, criando a (falsa) expectativa de uma “sociedade sustentável”, em perfeita harmonia com a natureza, sem conflitos ou tensões sociais que perturbem ou ponham em risco a sua reprodução.

¹⁴ M. REDCLIFT, *op. cit.*

¹⁵ D.A. LUBIN, D.C. ESTY, *The sustainability imperative*, in *Harvard Business Review*, 2010, Issue 88, n. 5, pp. 42-50.

¹⁶ G. ESTEVA, *Development*, in W. SACHS (ed.), *The development dictionary: A Guide to Knowledge as Power*, Zed Books, London & New York, 2010, p. 72. O próprio Relatório Brundtland indica que a nova temática busca garantir o desenvolvimento, e não necessariamente ou exatamente colocar como centro das preocupações a qualidade de vida ou formas alternativas de desenvolvimento: «No passado nos preocupamos com o impacto do crescimento econômico sobre o meio ambiente; somos agora forçados, a nos preocupar com o impacto do estresse ecológico - degradação do solo, tratamento da água, atmosfera e florestas - sobre nossos projetos econômicos». (CMMAD, 1991, p. 05). Também digna de nota a crítica de Arturo Escobar: «La visión ecodesarrollista expresada en la corriente principal del desarrollo sostenible reproduce los principales aspectos del economicismo y el desarrollismo. Los discursos no se remplazan entre si completamente sino que se construyen uno sobre otro como capas que solo pueden

desenvolvimentistas de setores plutocráticos, em detrimento dos desfavorecidos.

Os dois polos da contenda trabalham com o mesmo pano de fundo: a satisfação de necessidades. Ora, nem o otimismo excessivo, nem o negacionismo acrítico atinam para a noção mais rica de bem-estar, material e imaterial. Quer dizer, o conceito do Relatório Brundtland é bom, mas precisa ser aperfeiçoado para favorecer o desenvolvimento ecologicamente duradouro, em todas as dimensões. O erro, portanto, consiste em centrar a sustentabilidade exclusivamente na satisfação de necessidades materiais. O bem-estar exige mais. Não há, no ponto, como negar o acerto de Amartya Sen¹⁷, ao acentuar que o foco na “qualidade de vida” ajuda o entendimento dos gargalos ambientais contemporâneos, ainda mais porque o «meio ambiente não é apenas preservação passiva, mas também de busca ativa». Ademais, a lógica social e distributiva vigente faz com que as pessoas definam as *necessidades* de maneiras que efetivamente excluem outras pessoas de atenderem às suas, o que, como observa Michael Redclift:

«Mais importante do que isto, entretanto, o processo por meio do qual nós aumentamos as nossas escolhas, e diminuimos as escolhas dos outros, é em grande parte invisível para as pessoas em suas rotinas diárias, em que pese a compreensão deste processo ser um ponto central para nossa habilidade de se comportar de maneira mais “sustentável”»¹⁸.

f

Tornar este processo visível é o primeiro passo para a substituição por meios mais sábios e prudentiais de tomada de decisão e que, aos moldes de justiça distributiva¹⁹ ou mediante o uso da ética do discurso²⁰ ou outro meio,

separarse en parte. El discurso del desarrollo clásico: necesidades básicas, población, recursos, tecnología, cooperación institucional, seguridad alimentaria e industrialismo, son términos que aparecen en el informe Brundtland, pero reconfigurados e reconstruidos». (A. ESCOBAR, *La Invención del Tercer Mundo: Construcción y Deconstrucción del Desarrollo*, Editorial Norma, Santa Fé de Bogotá, 1996, p. 368).

¹⁷ A. SEN, *A ideia de justiça*, Cia das Letras, São Paulo, 2009, p.282.

¹⁸ Tradução livre de: «Most important, however, the process through which we enlarge our choices, and reduce those of others, is largely invisible to people in their daily lives, although understanding this process is central to our ability to behave more “sustainably”», M. REDCLIFT, *op.cit.*, p. 38.

¹⁹ J. RAWLS, *Uma teoria da justiça*, Martins Editora, São Paulo, 2008.

permitam a formação de consensos sobre o novo modelo de sociedade sustentável. Entretanto, nada disso funciona, sem abolir o abstracionismo reducionista que esquece de ofertar resposta sistêmica às incontornáveis questões de nosso tempo.

O desiderato é construir o futuro comum de bem-estar, global e local, responsabilidade de todos, num terreno que sirva para implantar política de consenso capaz de dissolver, sem sufocar, diferentes visões e interesses de países, povos e classes sociais que formam o campo conflitivo do desenvolvimento sustentável²¹.

Certamente, é plausível utilizar o argumento de que outro tipo de desenvolvimento é premente:

«O Relatório Brundtland desta forma acaba por sugerir mais crescimento, porém não mais como nos velhos tempos do desenvolvimento, para alcançar a felicidade do maior número, mas para conter o desastre ambiental para as futuras gerações. Agigantasse a ameaça à sobrevivência do planeta. Será que já existiu melhor pretexto para interferência?»²²

Ou seja, o Relatório Brundtland foi e é importante, mas cumpre dar novos passos²³. Na sociedade de risco disseminado é imprescindível que o conceito de sustentabilidade incorpore a multidimensionalidade (jurídico-política, ética, ambiental, social e econômica), de sorte a funcionar como princípio direta e imediatamente aplicável, em sentido forte. Demanda o cumprimento dos imperativos da responsabilidade cooperativa e partilhada pelo ciclo de vida dos produtos e serviços, uma vez que o progresso material não pode sonegar o imaterial. Exige a pronunciada reconceituação do Estado de Direito que inclua titularidade das gerações futuras e assegure o reconhecimento do valor intrínseco da “natureza.” Assim concebida, a sustentabilidade vai além

²⁰ J. HABERMAS, *Direito e democracia*, v. 1, Editora Tempo Brasileiro, São Paulo, 1997.

²¹ E. LEFF, *La insuportable levedad de la globalización de la naturaleza y las estrategias fatales de la sustentabilidad*, in *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, 2001, Issue 7, n. 1, pp. 149-160.

²² I. SACHS, *Environment*, p. 122, in W. SACHS (ed.), *The development dictionary: A Guide to Knowledge as Power*, Zed Books, London & New York, 2010.

²³ J. FREITAS, *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, p. 48.

da satisfação de necessidades. Ela é que adjetiva, condiciona e infunde características ao desenvolvimento, não o contrário²⁴.

3. *O princípio da sustentabilidade*

Ressurgido no cenário mundial nos últimos tempos, com vigor, a sustentabilidade é conceito que requer esclarecimentos adicionais que permitam blindar, o mais possível, o seu significado de interpretações equivocadas. É nesse aspecto que Klaus Bosselmann²⁵ faz um expressivo alerta: quando um termo passa a exigir complementos e qualificações há forte sinal de que o seu emprego ou significado pode estar comprometido ou prejudicado. Como quer que seja, existem várias acepções complementares úteis, que a tornam a sustentabilidade condicionante do desenvolvimento, não dele dependente.²⁶

O certo é que o conceito de sustentabilidade, quando adequadamente formulado, ostenta notável capacidade de expressar conteúdo riquíssimo, irrenunciável para a delimitação de critérios habilitados a produzir cenário juridicamente reorientado para a qualidade de vida, como preceituam os Arts. 225 e 170, VI, da Constituição Federal. De fato, mais do que apego ao termo, intenta-se proclamar a relevância da defesa do sentido promissor do conceito de sustentabilidade, com o acréscimo da expressão “ecológica,” visando a atribuir-lhe caráter mais elucidativo.

A propósito, tendo vista as diferentes abordagens apresentadas em textos internacionais, Klaus Bosselmann²⁷ identifica duas versões mais comuns da sustentabilidade, a noção forte e a fraca, a partir de contribuição do economista Wilfred Beckerman, cuja distinção não é apenas gradual, mas de fundo.

²⁴ J. FREITAS, *op.cit.*, p. 57.

²⁵ *Op.cit.*, p. 25.

²⁶ Alguns precursores, com suas respectivas obras, foram importantes para a afirmação da noção de sustentabilidade. Destacam-se R. CARSON, *A primavera silenciosa*, 1962; P. EHRLICH, *The population bomb*, 1970; MIT/Clube de Roma, *Os limites do crescimento*, 1972; I Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (Estocolmo, 1978); I. SACHS e M. STRONG, com a noção de ecodesenvolvimento (1974-1975); União Internacional pela Conservação da natureza (UICN), 1980; Fundação Hammaraskold, Suécia, *Um outro desenvolvimento*, 1976; Relatório Brundland, *Nosso futuro comum* (1987); e a II Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento e o Meio Ambiente (Eco-92).

²⁷ *Op.cit.*, pp. 34-64.

Pela noção fraca, refere-se a discussão iniciada desde 1972 e que culminou na definição da comissão Brundtland que defende a harmonização entre aspectos econômicos, sociais e ambientais aparentemente em pé de igualdade. Tal abordagem é considerada fraca na medida em que mantém o ser humano como centro inflacionado de preocupações e eleva a condições semelhantes problemas assaz distintos, em especial ao versar sobre limites econômicos e sociais, de um lado, e limites ecológicos, de outro.

O ressurgimento das concepções que idolatram os mercados (ignorando falhas graves, tais como as assimetrias de informação, o abuso do poder dominante e as externalidades não internalizadas), fez com que, como salienta Michael Redclift²⁸, as políticas ambientais restassem presas à noção fraca da sustentabilidade.

A bem dizer, a culpa não é tanto do conceito, mas da sua interpretação. Seja como for, cumpre reconhecer que o risco do desvirtuamento é real, sobretudo pela nota de satisfação antropocêntrica de necessidades materiais. Aliás, o relatório apresentado pela Comissão de Avaliação do Desempenho do Progresso Econômico e Social²⁹, realizado a pedido do governo francês, diferencia os sentidos fraco e forte da sustentabilidade, aferidos com métricas distintas:

«A abordagem “fraca” da sustentabilidade considera que um bom desempenho em algumas dimensões pode compensar a baixa performance em outras. Isto permite uma avaliação global da sustentabilidade utilizando índices mono-dimensionais. A abordagem “forte” sustenta que a sustentabilidade exige a manutenção diferenciada da quantidade ou qualidade de vários itens ambientais diferentes. Seguir este entendimento exige grandes conjuntos de dados estatísticos separados, cada um

²⁸ *Op.cit.*, p. 39.

²⁹ Esta comissão, também conhecida como “Comissão Stiglitz-Sen-Fitoussi” em virtude do nome de seus líderes, é uma comissão de pesquisa criada pelo governo francês em 2008 com o objetivo de examinar como o bem-estar e o progresso social de uma nação poderiam ser mensurados, sem se basear apenas no índice unidirecional do produto interno bruto. Para maiores informações vide o site oficial da comissão: <<http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/en/index.htm>>, acesso em: 10/03/2013.

pertencente a um subdomínio específico da sustentabilidade global»³⁰.

Em outro dizer, a abordagem forte é aquela que considera a sustentabilidade ecológica, isto é, que prescreve a vida dentro de limites dos sistemas ecológicos, limites que a economia e a sociedade devem necessariamente respeitar e atender, sob pena de colapso. Essa visão não é contrária ao desenvolvimento, porém trata de assegurar que este seja duradouro e inclusivo. Não é oposta à Economia, mas lança o desafio de subordinar a eficiência à eficácia dos objetivos fundamentais do Estado Constitucional.

O posicionamento fraco só é altamente sedutor para aqueles que tendem a focar numa falsa contraposição entre seres humanos e natureza, como se não integrássemos o processo natural. Com efeito, não está errado assinalar, como faz Boaventura de Souza Santos³¹, que a crise ambiental é, de certo modo, consequência do fenômeno que denomina «transnacionalização da pobreza, da miséria e da fome», sendo a degradação ambiental um dos principais problemas na relação social mundial. Contudo, o enfoque é ecologicamente insuficiente: indispensável aduzir que o modelo antinatural de bem-estar está na gênese mais profunda dos problemas sociais. É necessário, pois, reelaborar o conceito de Estado de Direito para que dê guarida à natureza³². Tudo isso supõe aceção da sustentabilidade, em sentido forte, concebida como princípio fundamental que gera novas obrigações e determina, antes de mais nada, a salvaguarda do direito ao futuro para todos³³.

³⁰ J.E. STIGLITZ, A. SEN, J.P. FITOUSSI, *Report by the commission on the measurement of economic performance and social progress*, Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress, Paris, 2010 (disponível em <http://www.insee.fr/fr/publications-et-services/dossiers_web/stiglitz/doc-commission/RAPPORT_anglais.pdf>, acesso em 14/05/2015). Tradução livre de: «The “weak” approach to sustainability considers that good performance in some dimensions can compensate for low performance in others. This allows a global assessment of sustainability using mono-dimensional indices. The “strong” approach argues that sustainability requires separately maintaining the quantity or quality of many different environmental items. Following this up therefore requires large sets of separate statistics, each pertaining to one particular subdomain of global sustainability», p. 63.

³¹ B. SANTOS, *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, SP Cortez, São Paulo, 2001, p. 42.

³² C. VOIGHT (ed.), *Rule of Law for Nature*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

³³ J. FREITAS, *op.cit.*, p. 57.

Eminente pensador que defende, à primeira vista, noção fraca da sustentabilidade é, a despeito dos méritos inegáveis da sua obra, Ignacy Sachs³⁴, para quem:

- a sustentabilidade social vem na frente por se destacar como a própria finalidade do desenvolvimento, sem contar com a probabilidade de que um colapso social ocorra antes da catástrofe ambiental; - um corolário: a sustentabilidade cultural; - a sustentabilidade do meio ambiente vem em decorrência; - outro corolário: distribuição territorial equilibrada de assentamentos humanos e atividades; - a sustentabilidade econômica aparece como uma necessidade, mas em hipótese alguma é condição prévia para as anteriores, um vez que um transtorno econômico traz consigo o transtorno social, que por seu lado, obstruiu a sustentabilidade ambiental; - o mesmo pode ser dito quanto à falta de governabilidade política, e por esta razão é soberana a importância da sustentabilidade política na pilotagem do processo de reconciliação do desenvolvimento com a diversidade biológica; - novamente um corolário se introduz: a sustentabilidade do sistema internacional para manter a paz - as guerras modernas são não apenas genocidas, mas também ecocidas -, e para o estabelecimento de um sistema de administração para o patrimônio comum da humanidade.

O ponto é que, nos anos 80 do século passado, quando a discussão sobre a sustentabilidade alcançou maior relevo nas esferas da política e da economia, a concepção majoritária estava atada à ideia de satisfazer *necessidades* (ainda que não exclusivamente) *humanas*. Por influência da Economia Neoclássica almejava-se traduzir as escolhas ambientais em termos de preferências de mercado, com alinhamento à ortodoxia “neoliberal”. Como corolário dessa tendência, houve o aumento da atenção para medições e

³⁴ *Op. cit.*, pp. 71-72.

indicadores quantitativos, buscando-se meios práticos pelos quais a sustentabilidade pudesse ser incorporada ao planejamento convencional³⁵.

No mesmo quadrante, a maior parte das discussões sobre a sustentabilidade como processo político foram lideradas por outras disciplinas, sem vez para uma visão ecológica mais fecunda. Essa perspectiva fraca provocou tímido enfrentamento da crise ambiental em sua raiz. Com efeito, a noção débil de sustentabilidade não conseguiu demonstrar os vínculos entre o ambiente, a biologia, a justiça social e a governança. Ao contrário, tais vínculos foram se tornando vagos e movediços nos discursos sobre o desenvolvimento sustentável e as relações estruturais entre o poder, a consciência e o meio ambiente resultaram postas entre parênteses.

A abordagem fraca da sustentabilidade não serviu de anteparo contra o império dos fósseis. Quer dizer, a adoção desse conceito mantém sérias distorções, no campo das prioridades, inclusive pela inércia crítica diante de leis e decisões públicas que flagrantemente incentivam a destruição (inconstitucional) do equilíbrio ecológico.

Felizmente, no entanto, cresce a noção da sustentabilidade forte. Hoje já se reconhece, cada vez mais, que a sustentabilidade é valor constitucional supremo, desdobrado em princípio ético-jurídico vinculante e objetivo fundamental da República, a partir do caráter pluridimensional que recomenda o abandono do modelo tradicional de desenvolvimento³⁶. Sustentabilidade é, sem dúvida, valor supremo, acolhida a leitura da Carta endereçada à produção da homeostase biológica e social de longa duração.

Como pondera Klaus Bosselmann³⁷, para que a sustentabilidade seja reconhecida nesta qualidade normativa, ou seja, com natureza jurídica principiológica, deve ser entendida como dever de proteger e restaurar a integridade dos sistemas ecológicos da Terra. Em outras palavras, precisa ser assimilada como reflexo de norma fundamental (o respeito à integridade ecológica), que culmina com a exigência de uma ação (proteger e restaurar) e, então, passa a ter efeito legal.

Assim, o Estado Sustentável, no século de mudanças climáticas e alastrada poluição letal, tem que operar modelo conceitual que viabilize, em concreto, a economia de baixo carbono e a responsabilidade efetiva pelas

³⁵ M. REDCLIFT, *op.cit.*, p. 39.

³⁶ J. FREITAS, *op.cit.*, p. 116.

³⁷ K. BOSSELMANN, *op.cit.*, p. 78.

presentes e futuras gerações. Por certo, não pode permanecer o Estado patrimonialista, avesso ao planejamento intertemporal e à gestão de riscos. O novo modelo só cobra sentido se introjetar o princípio constitucional da sustentabilidade, em sentido forte, em todo tecido do sistema jurídico-político³⁸.

Com a aplicação do conceito, nesses moldes, a formulação e a interpretação do Direito mudam axiologicamente. Várias pré-compreensões são alteradas ou abandonadas. Por essa razão, o novo paradigma é considerado “valorista” por autores como Ricardo Luis Lorenzetti:

«A existência de um valor permite assinalar uma finalidade para a ação desorientada e pode fornecer um instrumento para apreciar o conteúdo apropriado ou desacertado das ações. Por exemplo, tanto o desenvolvimento como o consumo são ações que tradicionalmente não tinham orientações admissíveis, mas com o ambientalismo adquiriram uma característica que lhes dá essa orientação: ambos devem ser sustentáveis»³⁹.

É também por esse motivo que Bosselmannadvoga a determinação de núcleo normativo fundante do chamado desenvolvimento sustentável como pressuposto para o seu reconhecimento como princípio jurídico. E assevera:

«A clareza só pode vir a definir a essência de “sustentável” em relação ao objeto. A essência não é a “sustentabilidade econômica”, tampouco a “sustentabilidade social” e o “tudo sustentável”, mas sim a “sustentabilidade ecológica”. Esta não é a mesma essência que os objetivos econômicos e sociais tratam como menos importantes. Ambos são partes integrantes do conceito de desenvolvimento sustentável, mas não são partes integrantes do princípio da sustentabilidade. Transformar as três formas de sustentabilidade em princípio seria tarefa

³⁸ J. FREITAS, *op.cit.*, pp. 275-318.

³⁹ R.L. LORENZETTI, *Teoria geral do direito ambiental* (Trad: F.C. Morosini, F.N. Barbosa, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2010, p. 32).

impossível sem desistir de seu significado essencial»⁴⁰.

Na realidade, não são propriamente formas sobrepostas, mas dimensões múltiplas de uma só sustentabilidade. O Art. 225 da Constituição Federal brasileira, ao referir-se expressamente ao meio ambiente *ecologicamente equilibrado* como bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, abraça o caráter forte do conceito de sustentabilidade no Direito brasileiro.

Logo, a sustentabilidade empresta sopro de vida ao texto constitucional brasileiro, em linha com a Agenda 2030, da ONU, a qual, em boa hora, arrolou os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

Com base nesses pressupostos, é possível assimilar o conceito de sustentabilidade⁴¹, prescrevendo às demais dimensões o respeito e a preservação dinâmica da dimensão ecológica, holisticamente compreendida:

«É o princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar».

Cabe novamente evocar a lição de Bosselmann, de que «o princípio da sustentabilidade tem existido por séculos sem nenhum outro objeto a não ser a base de recursos naturais. Enquanto esse objeto pode ter sido ampliado [...] o princípio da sustentabilidade nunca mudou»⁴². De fato, o tripé clássico da sustentabilidade (ambiental, social e econômico) pode, sem os acréscimos propostos, resvalar para uma configuração estritamente “reificada”, dado que se concentra no objeto (seja o ambiente em si, o homem visto em sua dimensão coletiva ou a exploração econômica do ambiente pelo homem).

⁴⁰ *Op.cit.*, p. 77.

⁴¹ *Op.cit.*, p. 52.

⁴² *Op.cit.*, p. 77.

Contudo, ao adicionar as dimensões jurídica, política e ética, o conceito de sustentabilidade insere-se no horizonte conceitual que leva em conta a relação dialética e circular do homem com o todo. Trata-se de relação intersubjetiva que ultrapassa a simples correlação ontológica, biológica ou ecológica do homem e os recursos naturais.

À luz do conceito forte, cria-se o ponto de inflexão, recepcionando a natureza como parte integrante do Estado de Direito. O giro é de elevada monta: «o desenvolvimento é sustentável quando tende a preservar a integridade e a manutenção dos sistemas ecológicos, é insustentável se tende a fazer o contrário»⁴³.

Com base nessa argumentação, considera-se altamente aconselhável qualificar o princípio da sustentabilidade, para fins de esclarecimento da posição adotada, como *princípio da sustentabilidade ecológica*. Ainda que a opção se revele algo redundante sob o ponto de vista técnico, facilita sobremaneira a compreensão do princípio em tela.

Inegavelmente, a sustentabilidade, em sentido forte, pressupõe deixar de lado uma série de concepções antiquadas. A maior novidade radica no advento de sindicabilidade de longo espectro, quando o jurista supera a miopia e veste as lentes intertemporais. Desse modo, em lugar da gestão enredada nas paixões governativas e do imediatismo fragmentário (às vezes, explorador da oneomania), desponta o Direito integrado das políticas do Estado Sustentável, apto a reconhecer, numa revisão crítica das teorias clássicas sobre os direitos subjetivos, a titularidade de direitos fundamentais de gerações futuras e a praticar justa ponderação de custos e benefícios, diretos e indiretos, que levem precipuamente em consideração o equilíbrio ecológico na formulação e na implementação dos programas constitucionais⁴⁴. Eis nova funcionalidade cogente que pressupõe, a par da intangível dignidade humana, proteger e tutelar o valor intrínseco dos seres conscientes (mais do que simplesmente dotados de sensibilidade). Implica, em última análise, (a) promover a releitura da responsabilidade do Estado e da sociedade para fazer frente aos reclamos da gestão sustentável; (b) acentuar o nexo causal entre a inércia inconstitucional e os eventos danosos, não se admitindo omissão danosa, ao se introduzir teste

⁴³ K. BOSSELMANN, *op.cit.*, p. 78.

⁴⁴ J. FREITAS, *op.cit.*, pp. 277-278.

rigoroso de sustentabilidade das abstenções⁴⁵; (c) valorizar os princípios da prevenção e da precaução para que incidam em todas as províncias do sistema jurídico⁴⁶ e (d) adotar máximas hermenêuticas voltadas à concretização do princípio da sustentabilidade, de sorte que a interpretação somente sacrifique o mínimo para preservar o máximo, vedadas ações e omissões causadoras de prejuízos às presentes e futuras gerações.

4. *Considerações finais*

Assinale-se, por derradeiro, que a adoção do conceito forte de sustentabilidade enseja abandonar, definitivamente, o modelo do crescimento pelo crescimento econômico, a qualquer custo, incompatível com os objetivos fundamentais da República brasileira e da Agenda 2030 da ONU.

A sustentabilidade, nos moldes propostos, é princípio constitucional vinculante que incide em todas as províncias do sistema jurídico, a serviço deliberado da homeostase, entendida como capacidade biológica e institucional de promover o multifacetado reequilíbrio propício ao bem-estar duradouro.

Assimilada corretamente, a sustentabilidade não se confunde com qualquer instrumento de marketing. Aprimora em tons inéditos, o modo de enxergar e de syndicar as políticas públicas. Mobiliza o pensamento prospectivo de longo prazo. Não admite a dimensão ambiental como refém do mercado e de suas falhas. Exige o desenvolvimento realmente integrado que supõe reduzir o impacto das atividades poluentes, sem negligenciar a adaptação da biosfera. Assume que não podem prosseguir as emissões tóxicas lesivas, com ruinosos efeitos cumulativos. Incorpora a preferência pela prevenção e pela precaução. Suscita inovador modo de conceber o Direito e, assim, interpretação jurídica consentânea com o Estado Sustentável. Determina a revisão das titularidades (admitidos, desde logo, direitos de gerações futuras). Imprime eficácia intergeracional aos direitos fundamentais de todas as dimensões.

Como se observa, a sustentabilidade não é uma causa transitória, mas pauta permanente de transformações de monta: novo estilo de trabalho, segurança energética, redesenho regulatório, reconstituição da matriz de

⁴⁵ J. FREITAS, *op.cit.*, p. 296.

⁴⁶ J. FREITAS, *op.cit.*, pp. 298-306.

transportes, contratações que respeitem a função de equilíbrio ecológico e responsabilidade pós-consumo, uso racional das propriedades, assim por diante.

Importa destacar, em última análise, que o princípio da sustentabilidade ecológica, em sentido forte, representa grande oportunidade para promover o desenvolvimento limpo, em todos os sentidos, com o correspondente novo ciclo de produção e de consumo, conforme lógica cooperativa e solidária, sábia e prudente. Numa palavra: sustentável.

REFERÊNCIAS:

BOSELMANN K., *O princípio da sustentabilidade*. Trad. Phillip Gil França. São Paulo: RT, 2015.

CARSON R., *Silent spring*. Boston: Houghton Mifflin Company, 2002.

CARVALHO I.C.M., *Ecologia: um campo estratégico*. In Revista de Cultura Vozes, n. 2, 1990, p. 234-241.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, *Nosso futuro comum*, Editora da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1991.

DIAMOND J., ASHMOLE N.P., PURVES P.E., *The Present, Past and Future of Human-Caused Extinctions*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society, Biological Sciences*, 1989 (6 November), N. 325 (disponível em <<http://rstb.royalsocietypublishing.org/content/325/1228/469.short>>, acesso em 17/05/2014).

DIAMOND J., *Ecological Collapses of Ancient Civilizations: The Golden Age That Never Was*, in *Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences*, 1994, Issue 47, n. 5, pp. 37-59 (disponível em <http://www.jstor.org/stable/3824451>, acesso em: 27/12/2015).

ESCOBAR A., *La Invencion del Tercer Mundo: Construcción y Deconstrucción del Desarrollo*, Editorial Norma, Santa Fé de Bogotá, 1996.

ESTEVA G., *Development*, in SACHS W. (ed.), *The development dictionary: A Guide to Knowledge as Power*, Zed Books, London & New York, 2010.

FREITAS J., *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016.

HABERMAS J., *Direito e democracia*, 1, Editora Tempo Brasileiro, São Paulo, 1997.

HESPANHA A.M., *A política perdida: ordem e governo antes da modernidade*, Juruá, Curitiba, 2010.

LEFF E., *La insuportable levedad de la globalización de la naturaleza y las estrategias fatales de la sustentabilidad*, in *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, 2001, Issue 7, N. 1, pp. 149-160.

LORENZETTI, R.L. *Teoria geral do direito ambiental* (Trad. MOROSINI F.C., BARBOSA F.N.), Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

LUIN D.A., ESTY D.C., *The sustainability imperative*, in *Harvard Business Review*, 2010, Issue 88, N. 5, pp. 42-50.

MEADOWS D.H., MEADOWS D.L., RANDERS J.; BEHRENSII W.W., *Limites do Crescimento: um relatório para o Projeto do Clube de Roma sobre dilema da humanidade*, (Trad. LITTO I.M.F.), Perspectiva, São Paulo, 1978.

RAWLS J., *Uma teoria da justiça*, Martins Editora, São Paulo, 2008.

REDCLIFT M., *Sustainable development (1987-2005): an oxymoron comes of age*, in *Sustainable development*, 2005, Issue 13, N. 4, pp. 212-227.

SACHS I., *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*, in STROH P.Y.(ed.) (Trad. ALBUQUERQUE FILHO J.L.), RJ Garamond, Rio de Janeiro, 2002.

SACHS I., *Enviroment*, in SACHS W. (ed.), *The development dictionary: A Guide to Knowledge as Power*, Zed Books, London & New York, 2010.

SANTOS B., *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, SP Cortez, São Paulo, 2001.

SEN A., *A ideia de justiça*, Cia das Letras, São Paulo, 2009.

ABSTRACT

Juarez Freitas, Júlio César Garcia – *Evolução conceitual do princípio da sustentabilidade*

Atualmente a sustentabilidade voltou a ganhar importância em estudos de diferentes áreas do conhecimento. Reconhecida por alguns como um conceito antigo e por outros como um conceito contemporâneo e marcado pelas ressignificações notadamente econômicas, a sustentabilidade exige uma análise atualizada do Direito especialmente para compreensão de seu reconhecimento como princípio jurídico. No presente estudo, procura-se uma revisão bibliográfica que permita a reconstrução de alguns conceitos importantes já apresentados sobre o tema, com o objetivo de conduzir, a partir de metodologia dedutiva, a formulação do conceito mais atual e pertinente do princípio da sustentabilidade. Sustenta-se a hipótese de ter este princípio fundamento constitucional no direito brasileiro, e que sua leitura mais apropriada é a que o associa a noção forte da sustentabilidade ecológica.

PALAVRAS-CHAVE: *direito e sustentabilidade; direito constitucional brasileiro.*

Juarez Freitas, Júlio César Garcia – *Conceptual evolution of the sustainability principle*

Nowadays sustainability has started to receive attention again from different areas of knowledge. Recognized by some researchers as an old concept and by others as a contemporary concept marked by different interpretations, specially from economics, sustainability demands a juridical update for its comprehension as a principle of law. This study applies bibliographic review as a way to rebuild some of the most important concepts already presented for this topic, with the main goal of conducting from a deductive methodological approach to an updated concept for the sustainability principle. The main argument is that the sustainability principle has a

constitutional foundation on Brazilian law, and that it is better understood as what is called a strong ecological sustainability concept.

KEYWORDS: *law and sustainability; brazilian constitutional law.*

NOTE E COMMENTI

TERESA MARIA MOSCHETTA*

La coltivazione degli OGM tra “flessibilità” e “coerenza” del mercato interno dell’Unione Europea

SOMMARIO: 1. *La direttiva sulla “nazionalizzazione” delle scelte riguardanti la coltivazione di Ogm: rilievi introduttivi.* – 2. *L’evoluzione del regime di autorizzazione degli Ogm nel mercato dell’Unione europea da modello di governance multilivello a procedura centralizzata.* – 3. *Il requisito della “fondatezza scientifica” delle misure derogatorie quale limite all’autonomia decisionale degli Stati membri.* – 4. *La valutazione sulla legittimità delle misure di coesistenza: uno strumento di bilanciamento degli interessi socio-economici degli Stati con gli obiettivi di realizzazione del mercato interno.* – 5. *La nazionalizzazione delle scelte sulla coltivazione degli Ogm: profili di compatibilità con la normativa commerciale multilaterale.* – 6. *I divieti nazionali di coltivazione degli Ogm nell’ottica della coerenza del mercato interno dell’Unione europea.*

1. *La direttiva sulla “nazionalizzazione” delle scelte riguardanti la coltivazione di Ogm: rilievi introduttivi*

La direttiva 2015/412/UE che consente agli Stati membri di limitare o vietare nei rispettivi territori nazionali la coltivazione di organismi geneticamente modificati (Ogm) offre un’importante occasione di riflessione sulla necessità di bilanciare le esigenze legate al buon funzionamento del mercato interno e la protezione degli interessi socio-economici a livello statale. Il nuovo testo normativo prevede la possibilità per gli Stati membri di richiedere la riduzione dell’efficacia territoriale delle autorizzazioni rilasciate dalle istituzioni dell’Unione sia durante la procedura di rilascio delle stesse sia in una fase successiva sulla base di motivazioni riguardanti obiettivi di politica agricola o ambientale, pianificazione urbana o rurale, uso del territorio, impatto socio-economico, coesistenza e politica pubblica. Le limitazioni introdotte da uno Stato membro possono riguardare esclusivamente la coltivazione di Ogm e non devono

* Ricercatore di Diritto dell’Unione europea e Professore aggregato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università Roma Tre.

interferire in alcun modo con le decisioni adottate a livello UE in merito all'immissione in commercio e all'importazione di tali tipi di prodotti¹.

La decisione di "nazionalizzare" le scelte riguardanti la coltivazione di Ogm è stata determinata dalla necessità di introdurre un elemento di flessibilità nelle procedure in vigore, al fine di superare le polemiche che sempre più di frequente accompagnano l'autorizzazione di nuovi prodotti Ogm nell'ambito dell'Unione europea². Come noto, la disciplina in vigore prevede che la decisione definitiva sul rilascio dell'autorizzazione per la commercializzazione e la coltivazione di organismi geneticamente modificati spetti alla Commissione. L'organo esecutivo dell'Unione europea viene pertanto a trovarsi nella situazione di contemperare la posizione di taluni Stati membri che sono contrari al rilascio nell'ambiente di organismi geneticamente modificati e la posizione delle imprese

¹ Cfr. direttiva 2015/412 dell'11 marzo 2015 che modifica la direttiva 2001/18/CE per quanto concerne la possibilità per gli Stati membri di limitare o vietare la coltivazione di organismi geneticamente modificati (Ogm) sul loro territorio, in G.U.U.E. L 68 del 13 marzo 2015 p. 1. Per un'prima disamina della direttiva in questione vedi: E. CALICETI, *Le nozioni di emissione deliberata, immissione in commercio e coltivazione di Ogm: commento critico alla direttiva 2001/18/CE alla luce della direttiva 2015/412/UE*, in *Biolaw Journal*, 2015, p. 273; V. PAGANIZZA, *La direttiva (UE) 2015/412 dell'11 marzo 2015 e la possibilità per gli Stati di limitare o vietare la coltivazione di Ogm sul loro territorio*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2015, p. 80; F. ROSSI DAL POZZO, *Ogm: via libera del Parlamento europeo alla possibilità di vietarne o limitarne la coltivazione*, in *Eurojus.it*, 2015, disponibile online.

² Per la ricostruzione del lungo iter di formazione del testo in approvazione v.: Comunicazione della Commissione europea al Parlamento a norma dell'art. 294, paragrafo 6, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) riguardante la posizione del Consiglio in prima lettura in vista dell'adozione di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2001/18/CE per quanto concerne la possibilità per gli Stati membri di limitare o vietare la coltivazione di OGM sul loro territorio, del 10 settembre 2014, COM (2014) 570 Final, disponibile online; Interinstitutional File 2010/0208 (COD), *Position of the Council at first reading with a view to the adoption of a directive of the European Parliament and the Council amending Directive 2001/18/CE as regards the possibility for the Member States to restrict or prohibit the cultivation of genetically modified organisms (GMOs) in their territory*, Brussels 11 July 2014, disponibile online. Per una accurata analisi degli attuali limiti del quadro normativo dell'Unione europea vedi F. ROSSI DAL POZZO, *Profili recenti in tema di organismi geneticamente modificati nel settore agroalimentare fra procedure di comitato e tutela giurisdizionale*, in *Dir. comm. internaz.*, 2014, pp. 339 ss; J. BEQIRAJ, *Verso una disciplina uniforme in materia di Ogm? Alcune precisazioni sul margine di discrezionalità degli Stati membri nel limitare la coltivazione di Ogm sul loro territorio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, p. 291; E. SIRSI, *Su Ogm e agricoltura. Una lettura alla luce della prospettiva di riforma della disciplina della coltivazione di Ogm nell'UE e dello sviluppo di tecniche alternative*, in *Agricoltura, istituzioni e mercati*, 2013, p. 65.

interessate che lamentano i ritardi nell'adozione di una decisione definitiva sulle loro richieste di autorizzazione³.

L'*impasse* decisionale che ne deriva è determinata dalla mancanza di una percezione unitaria dei rischi per la salute pubblica e l'ambiente connessi alla coltivazione di organismi geneticamente modificati e da un quadro normativo che s'incentra quasi esclusivamente sulla valutazione dei dati scientifici disponibili, perdendo di vista la complessità di una materia che include altrettanto importanti considerazioni di carattere socio-economico. La coltivazione e la commercializzazione degli organismi geneticamente modificati, infatti, costituiscono un chiaro esempio del complesso rapporto tra la liberalizzazione degli scambi commerciali e la preservazione d'interessi fondamentali degli Stati in settori in cui rilevano importanti considerazioni inerenti alle specificità socio-economiche di ciascun'area geografica e alla tutela della salute pubblica e dell'ambiente⁴.

Le regole del mercato comune impongono agli Stati membri dell'Unione europea di eliminare ogni misura che possa ostacolare in atto o in potenza la libera circolazione dei prodotti geneticamente modificati, compatibilmente con le esigenze di tutela della sicurezza e della salute pubblica riconosciute legittime dai Trattati. Le limitazioni alla libera circolazione di tali prodotti devono basarsi su una valutazione del rischio che tenga conto delle conoscenze e dei dati scientifici disponibili e non possono eccedere quanto strettamente necessario al raggiungimento degli obiettivi di tutela perseguiti. Il meccanismo di

³ A questo riguardo cfr.: S. BORRÁS, *Legitimate governance of risk at the EU level? The case of genetically modified organisms*, in *Technological Forecasting & Social Change*, 2006, pp. 61 ss.; J. DROBNIK, *Time to relax GMO regulation in Europe*, in *Plant Cell Tiss Organ Cult*, 2008, pp. 235 ss.; C. CHARLIER - E. VALCESCHINI, *The Importance and Limits of Cost-Benefits Analysis in the Regulation of Genetically Modified Organisms*, in L. BODIGUEL - M. CARDWELL (eds.), *The Regulation of Genetically Modified Organism*, Oxford, 2010, p. 37; K. MORROW, *Genetically Modified Organisms and Risks*, in L. BODIGUEL - M. CARDWELL (eds.), *op. cit.*, p. 54.

⁴ A questo riguardo v. Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Gli OGM nell'UE» del 18 gennaio 2012, in G.U. C 68 del 6 marzo 2012, p. 56. In dottrina vedi: D. BEVILACQUA, *La regolazione pubblica degli Ogm tra tecnica e precauzione*, in *Riv. crit. dir. Priv.*, 2016, p. 275; F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare (I parte)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, p. 1495; L. BODIGUEL - M. CARDWELL, *Genetically Modified Organism and the Public: Participation, Preferences and Protest*, in Id. (eds.), *op. cit.*, pp. 11 ss.; K.H. ENGEL - T.H. FRENZEL - A. MILLER, *Current and Future Benefits from the Use of GM Technology in Food Production*, in *Toxicology Letters*, 2002, pp. 329 ss.; B.E.B. MOSELEY, *The Safety and Social Acceptance of Novel Food*, in *International Journal of food microbiology*, 1999, pp. 25 ss.; L. LEVIDOW - S. CARR, *How biotechnology regulation sets a risk/ethics boundary*, in *Agriculture and Human Values*, 1997, pp. 29 ss.

autorizzazione di nuovi prodotti Ogm nel mercato dell'Unione europea mira a prevedere un equilibrato coinvolgimento degli Stati membri e delle istituzioni nel relativo processo decisionale e traccia una *governance* multilivello volta a contemperare i diversi interessi coinvolti. Ciononostante, la difficoltà di giungere a soluzioni realmente condivise ha determinato negli anni uno sbilanciamento del processo decisionale a favore dell'Unione⁵.

La progressiva centralizzazione delle decisioni inerenti alla commercializzazione e alla coltivazione di nuovi Ogm non è stata attenuata neppure dal ricorso a misure restrittive unilaterali adottate a livello statale al fine di perseguire gli obiettivi di tutela della salute pubblica e dell'ambiente riconosciuti legittimi dai Trattati. La Corte di giustizia, infatti, ha in diverse occasioni ridimensionato il margine decisionale degli Stati membri in materia, confermando la prevalenza da accordare a valutazione di carattere scientifico nei giudizi di legittimità sulle misure adottate a livello statale⁶.

L'evoluzione prospettata appare coerente con gli obiettivi di realizzazione del mercato comune in cui sia garantito un livello di protezione uniforme per la salute umana, degli animali e delle piante in conformità con la rilevante normativa internazionale. L'immissione in commercio, tuttavia, costituisce solo uno degli aspetti concernenti il rilascio nell'ambiente di organismi geneticamente modificati che va distinto dalle diverse questioni che attengono alla coltivazione di tali prodotti all'interno dell'Unione. Una tale distinzione peraltro non è sconosciuta alla normativa in vigore che individua

⁵ A questo riguardo v.: G. RAGONE, *La disciplina degli Ogm tra Unione europea e Stati nazionali: a chi spetta il diritto all'ultima parola su questioni giuridiche controverse?*, in *Biolaw Journal*, 2015, p. 115; M. PORPORA, *Gli Ogm e la frammentazione della governance nel settore alimentare*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, p. 1661; M. LEE, *Multi-level Governance of Genetically Modified Organism in the European Union: Ambiguity and Hierarchy*, in L. BODIGUEL - M. CARDWELL (eds.), *op. cit.*, pp. 101 ss.

⁶ V. sentenze della Corte del 13 settembre 2007, cause riunite C-439/05P e C-454/05P, *Repubblica d'Austria c. Commissione*, in Raccolta, p. I-7141, del 16 luglio 2009, causa C-165/08, *Commissione c. Repubblica di Polonia*, in Raccolta, p. 6843; dell'8 settembre 2011, cause C-58/10 a C-68/10, *Monsanto SAS*, in Raccolta, p. I-7763. In un unico caso, la Corte ha respinto il ricorso della Commissione europea volto ad accertare l'inadempimento della Polonia in seguito all'adozione di un divieto di produzione e commercializzazione dei mangimi geneticamente modificati sul proprio territorio. Nel caso di specie, tuttavia, l'organo giurisdizionale dell'Unione europea non è entrato nel merito della normativa polacca con il regolamento (CE) n. 1829/2003 ma ha semplicemente rilevato che il divieto nazionale contestato non fosse suscettibile di giudizio poiché non era ancora entrato in vigore (Sentenza del 18 luglio 2013, causa C-313/11, *Commissione c. Polonia*, non ancora pubblicato in Raccolta).

nell'adozione di «misure di coesistenza» lo strumento per affrontare le peculiari problematiche connesse alla coltivazione di organismi geneticamente modificati. Anche sotto questo profilo, tuttavia, il margine discrezionale sulla carta riconosciuto agli Stati nella determinazione delle misure necessarie a garantire nei rispettivi territori la libertà di scelta dei produttori e consumatori è stato delimitato dalla Corte in ragione delle preoccupazioni inerenti alla realizzazione del mercato comune⁷.

La previsione di uno strumento di flessibilità che riconosce agli Stati un'effettiva autonomia nelle scelte riguardanti la coltivazione degli Ogm nei rispettivi territori tende a riportare la procedura di autorizzazione di nuovi organismi geneticamente modificati all'originaria struttura di *governance* multilivello e traccia una rinnovata articolazione delle competenze tra Unione europea e Stati membri nei due momenti della «valutazione» e della «gestione» del rischio. Le decisioni inerenti all'immissione in commercio di prodotti geneticamente modificati dovrebbero rimanere ancorate alla valutazione scientifica dei rischi per la salute umana, animale e delle piante mentre l'adozione di misure volte alla gestione dei rischi dovrebbe tener conto delle specificità socio - economiche di ciascuno Stato⁸.

Il presente lavoro intende inquadrare l'impatto della nuova normativa sulla coerenza del mercato comune degli organismi geneticamente modificati. L'elemento di maggiore problematicità attiene al grado di tolleranza del sistema in vigore verso valutazioni che esulano da considerazioni di carattere prettamente scientifico. La procedura per l'autorizzazione di Ogm nell'Unione europea, infatti, si conforma alla normativa commerciale internazionale incentrata sulla valutazione scientifica dei rischi connessi alla commercializzazione di tali prodotti. La normativa in questione, tuttavia, si applica solo alle misure che costituiscano una restrizione dissimulata al commercio. Facendo leva sulla distinzione tra «commercializzazione» e «coltivazione» di prodotti geneticamente modificati, la nuova direttiva dell'Unione verrebbe a inserirsi nel silenzio della normativa multilaterale sulle misure che non producono effetti sul commercio. Chiaramente rimane da verificare in quale misura una tale

⁷ Vedi sentenza del 6 settembre 2012, causa C-36/11, *Pioneer Hi Bred Italia c. Ministero delle Politiche Agricole e Forestali*, non ancora pubblicata in Raccolta; Ordinanza del 8 maggio 2013, causa C-542/12, *Giorgio Fidenato*, non ancora pubblicata in Raccolta.

⁸ Sulla distinzione tra «valutazione» e «gestione» del rischio cfr. R. PAVONI, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 273 ss.

distinzione possa essere mantenuta nella pratica in considerazione della difficoltà di dimostrare l'assenza di effetti sul commercio determinate da misure restrittive riguardanti la coltivazione di Ogm.

2. L'evoluzione del regime di autorizzazione degli Ogm nel mercato dell'Unione europea da modello di governance multilivello a procedura centralizzata

L'esame dell'impatto della nuova direttiva sul quadro normativo inerente alle autorizzazioni di Ogm negli Stati membri dell'Unione europea richiede di richiamare in via preliminare le peculiarità del sistema in vigore. Come noto, la procedura di autorizzazione di organismi geneticamente modificati nell'Unione europea si dirama in un ampio spettro di controlli volti ad assicurare il rispetto del principio di precauzione e la tutela della salute pubblica e dell'ambiente. Essa prevede che gli organismi e prodotti geneticamente modificati possono essere rilasciati nell'ambiente o immessi in commercio soltanto a seguito di una valutazione dei rischi per la salute umana e l'ambiente da condurre in relazione ad ogni singolo prodotto e sulla base delle prove scientifiche disponibili⁹.

Il rilascio dell'autorizzazione comporta il divieto di adottare misure restrittive unilaterali che non siano suffragate da nuove prove scientifiche emerse in seguito alla conclusione della procedura di valutazione in seno all'Unione europea. Il regime di autorizzazione è disciplinato dalla direttiva 2001/18/CE così come integrata dal regolamento 1829/2003 che riguardano rispettivamente l'emissione nell'ambiente di Ogm in generale e la commercializzazione e coltivazione di alimenti e mangimi geneticamente modificati. Seppur distinti nell'oggetto, i meccanismi di autorizzazione ivi contemplati vengono a coincidere nella fase di adozione della decisione definitiva sulle autorizzazioni da rilasciare¹⁰.

⁹ E.D. COSIMO, *Il principio di precauzione fra Stati membri e Unione europea*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2006, p. 1121; F. ROSSI DAL POZZO, *Profili comunitari ed internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, Giuffrè, Milano, 2005, *passim*; L. MARINI, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2004, pp. 300 ss.

¹⁰ Cfr. Direttiva 2001/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 marzo 2001 sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati e che abroga la direttiva 90/220/CEE del Consiglio, in GUUE L 106 del 17 aprile 2001, p. 1; Regolamento (CE) n.

La direttiva 2001/18/CE prevede che la richiesta di autorizzazione debba essere notificata dall'impresa interessata all'autorità competente dello Stato membro in cui l'Ogm viene per la prima volta messo in commercio che deve inoltrare la notifica alla Commissione europea e alle autorità competenti degli altri Stati membri. L'impresa richiedente fornisce una serie d'informazioni concernenti l'accertamento del rischio ambientale da essa svolto e un piano di monitoraggio da attuare in seguito all'immissione in commercio dell'Ogm. L'autorità nazionale che riceve la notifica esamina che la stessa sia conforme alla direttiva e prepara una relazione che è trasmessa agli altri Stati membri per il tramite della Commissione. Se l'autorità nazionale in questione ritiene che l'Ogm oggetto della notifica non possa essere posto sul mercato, la richiesta è rigettata previa motivazione e fatta salva la possibilità per il richiedente di presentare una nuova notifica dinanzi all'autorità competente di un altro Stato membro. In caso contrario, l'autorità competente procede al rilascio dell'autorizzazione soltanto qualora non siano sollevate obiezioni motivate dalla Commissione o da uno Stato membro¹¹.

La casistica ricorrente conferma il persistente disaccordo tra gli Stati membri in merito al rilascio dell'autorizzazione che segna il passaggio da un regime di mutuo riconoscimento dell'accertamento del rischio a una più elaborata procedura centralizzata a livello dell'Unione europea. Da questo momento in poi, la procedura contemplata dalla direttiva 2001/18/CE ricalca quella contemplata dal regolamento 1829/2003 secondo cui la richiesta di autorizzazione deve essere esaminata direttamente a livello dell'Unione, previa consultazione degli Stati membri¹². Entrambi i procedimenti, infatti, assegnano un ruolo fondamentale all'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA) che provvede alla

1829/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 settembre 2003 relativo agli alimenti e mangimi geneticamente modificati, in GUUE L 268 del 18 ottobre 2003, p. 1.

¹¹ Cfr. Direttiva 2001/18/CE, cit., articoli 4, 6, 7, 8, 9.

¹² A questo riguardo, l'art. 28 della direttiva 2001/18/CE prevede che «qualora (...) l'autorità competente di uno Stato membro o la Commissione sollevino o mantengano obiezioni sui rischi degli Ogm per la salute umana o l'ambiente o qualora la relazione di valutazione di cui all'art. 14 indichi che l'Ogm non deve essere immesso in commercio, la Commissione, di propria iniziativa o su richiesta di uno Stato membro, consulta sulla obiezione i comitati scientifici competenti». Ai sensi degli articoli 5 e 6 del regolamento (CE) n. 1829/2003, la richiesta di autorizzazione è presentata all'autorità nazionale competente di uno Stato membro che la trasmette senza indugio all'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA). Quest'ultima informa gli altri Stati membri e la Commissione ed esprime un parere che tiene conto dei requisiti di sicurezza stabiliti nella direttiva 2001/18/CE. Il parere dell'EFSA viene dunque reso pubblico e trasmesso alla Commissione e agli Stati membri.

valutazione dei rischi secondo parametri scientifici riconosciuti dalla legislazione dell'Unione europea¹³. La centralizzazione della fase della valutazione del rischio viene attenuata dal coinvolgimento degli Stati membri mediante la previsione di scambi d'informazioni e pareri delle autorità nazionali competenti¹⁴.

Una volta conclusa la fase della valutazione del rischio, le istituzioni dell'Unione europea sono tenute ad adottare le relative decisioni mediante la «procedura di comitologia». La Commissione europea presenta un progetto di misure al comitato di regolazione, che si compone di rappresentanti degli Stati membri ed è presieduto dal rappresentante della Commissione europea. Il Comitato prende la sua decisione a maggioranza qualificata. Se il parere del comitato è positivo, la Commissione europea adotta la decisione. Altrimenti, la proposta passa al Consiglio che dovrà adottare una decisione favorevole o contraria a maggioranza qualificata. Se il Consiglio non esprime una tale maggioranza, la Commissione europea adotta la sua decisione definitiva sul rilascio dell'autorizzazione¹⁵. L'autorizzazione dell'Ogm in questione sarà valida su tutto il territorio dell'Unione previa iscrizione dello stesso nel registro comunitario degli alimenti e mangimi geneticamente modificati¹⁶.

Il ricorso allo strumento della “comitologia” dovrebbe garantire il coinvolgimento degli Stati membri in ogni fase del procedimento di

¹³ Vedi Regolamento (CE) n. 178/2002 del 28 gennaio 2002 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa le procedure nel campo della sicurezza alimentare, GU L 031 del 1 febbraio 2002.

¹⁴ L'art. 6 par. 4 del regolamento 1829/2003 prevede che l'EFSA all'atto di valutare le domande d'immissione in commercio di prodotti che contengono e sono costituiti da Ogm consulti l'autorità nazionale competente designata da ciascun Stato membro. L'art. 31 del medesimo regolamento prevede un regolare scambio d'informazioni tra Stati membri e Commissione sull'esperienza acquisita nella valutazione dei rischi ambientali, nel monitoraggio e in materia di consultazione e informazione del pubblico.

¹⁵ L'art. 18 della direttiva 2001/18/CE prevede il ricorso alla procedura di comitato come disciplinata dagli articoli 5-7 della decisione del Consiglio 1999/468/CE del 28 giugno 1995 recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione (GU L 184 del 17 luglio 1999 p. 23) modificata dalla decisione del Consiglio 2006/512 del 13 luglio 2006 (GU L 200 del 22 luglio 2006, p. 11). Allo stesso modo, l'art. 7 del regolamento 1829/2003 prevede che entro tre mesi dal ricevimento del parere dell'EFSA, la Commissione sottopone al comitato per la catena alimentare e la salute degli animali istituito dall'art. 58 del regolamento 178/2002 un progetto di decisione da prendere in merito alla domanda che dovrà essere esaminato e approvato seguendo la procedura disciplinata dalla decisione 1999/468/CE.

¹⁶ Cfr. decisione 2004/204/CE della Commissione del 23 febbraio 2004 che stabilisce disposizioni dettagliate per il funzionamento dei registri destinati alla conservazione delle informazioni sulle modificazioni genetiche degli OGM di cui alla direttiva 2001/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio in GU L 65 del 3 febbraio 2004.

autorizzazione degli Ogm e consentire agli stessi di mantenere un margine di controllo sulla formazione delle relative decisioni. Come già posto in rilievo, tuttavia, la procedura comunitaria di autorizzazione di nuovi Ogm ha ampiamente rilevato i limiti di uno strumento che opera in assenza di un'articolazione gerarchica dei livelli decisionali e mira a bilanciare i diversi interessi coinvolti. D'altro canto, il Tribunale di primo grado ha rilevato l'obbligo per la Commissione europea di portare a termine le procedure in atto nei modi e tempi stabiliti dalla normativa in vigore¹⁷.

La polarizzazione delle posizioni assunte dagli Stati membri in merito alla materia degli Ogm ha comportato lo sbilanciamento dello stesso a favore delle istituzioni dell'Unione europea¹⁸. L'esigenza di dare effettività al processo decisionale dell'Unione, tuttavia, rischia di esacerbare le diverse posizioni degli Stati membri e altera l'originaria configurazione delle procedure previste dalla direttiva 2001/18/CE e dal regolamento 1829/2003. Le vicende riguardanti la procedura di autorizzazione del mais Pioneer 1507 costituiscono un chiaro esempio in tal senso e mostrano i rischi inerenti alla perdita di legittimazione delle decisioni assunte nell'ambito dell'Unione europea¹⁹.

Il prospettato sbilanciamento del processo decisionale relativo all'autorizzazione di nuovi Ogm ha comportato un ampio ricorso da parte degli Stati membri a misure restrittive unilaterali tese a limitare o vietare la coltivazione e commercializzazione di Ogm sul loro territorio. Anche sotto questo profilo, tuttavia, è possibile riscontrare un'alterazione dell'assetto

¹⁷ Sentenza del Tribunale del 26 settembre 2013, causa T-164/10, *Pioneer Hi-Bred International c. Commissione europea*, non ancora pubblicata in Raccolta.

¹⁸ Sulla c.d. «comitologia» v. F. GENCARELLI, *Il Trattato di Lisbona e la nuova comitologia*, in *Dir. comunitario e scambi internaz.*, 2012, pp. 1 ss.; M.L. TUFANO, *La comitologia e le misure di esecuzione degli atti e delle politiche comunitarie*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 149; G. CAGGIANO, *Il consolidamento della disciplina delle misure di esecuzione e della comitologia a Trattato invariato*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, pp. 505 ss.; A. CELOTTO, *La nuova comitologia: prime note alla decisione 1999/468/CE del Consiglio 28 giugno 1999, recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, pp. 1502 ss.

¹⁹ La prima richiesta di autorizzazione per l'immissione in commercio del mais Pioneer 1507 è stata presentata alla competente autorità spagnola nel 2001. A oggi, nonostante l'Autorità europea per la sicurezza alimentare abbia espresso sei pareri favorevoli, il Consiglio non ha raggiunto la maggioranza qualificata necessaria per respingere o approvare la richiesta di autorizzazione. Diciannove Stati membri (compresa l'Italia) hanno votato contro l'autorizzazione a fronte dei cinque favorevoli (Spagna, Regno Unito, Svezia, Estonia e Finlandia) e quattro astenuti (Germania, Belgio, Repubblica ceca e Portogallo). La fase di stallo che ne è derivata ha dato nuovo impulso alle richieste di nazionalizzazione delle decisioni inerenti alla coltivazione di Ogm.

normativo in vigore che contempla il ricorso a «clausole di salvaguardia» e «misure di emergenza» per garantire la legittimazione del sistema e alimentare un clima di fiducia nei confronti delle procedure d'autorizzazione attuate a livello dell'Unione europea. La necessità di preservare la coerenza del sistema d'autorizzazioni, infatti, ha comportato un'interpretazione restrittiva delle clausole in oggetto che rischia di esautorare ogni margine decisionale degli Stati membri.

3. Il requisito della "fondatezza scientifica" delle misure derogatorie quale limite all'autonomia decisionale degli Stati membri

La previsione di «clausole di salvaguardia» volte ad attenuare l'impatto della normativa di armonizzazione dell'Unione europea sulle specifiche esigenze di regolazione degli Stati membri costituisce un elemento essenziale per la realizzazione del mercato comune. Il corretto funzionamento del mercato interno, infatti, si basa su un clima di reciproca fiducia che non può prescindere da un adeguato riconoscimento dei particolari livelli di tutela della salute e dell'ambiente perseguiti a livello nazionale. Lo stesso Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) prevede la possibilità per gli Stati membri di mantenere o introdurre misure restrittive a livello nazionale in deroga alla normativa di armonizzazione adottata a livello dell'Unione europea²⁰. I principi di tutela ambientale codificati nel trattato, inoltre, prevedono l'inclusione nelle normative di armonizzazione settoriale di clausole che consentano agli Stati membri di adottare misure restrittive motivate da ragioni ambientali di natura non economica²¹.

²⁰ Cfr. articolo 114 TFUE che disciplina l'adozione di misure nazionali derogatorie che siano giustificate da esigenze importanti di cui all'art. 36 TFUE, da nuove prove scientifiche inerenti alla protezione dell'ambiente ovvero da un problema specifico di detto Stato insorto dopo l'adozione della misura di armonizzazione. La Commissione europea ha il compito di approvare tali misure dopo aver valutato che le disposizioni nazionali non costituiscano uno strumento di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri.

²¹ Cfr. articolo 114 paragrafo 10 ai sensi del quale le misure di armonizzazione adottate dall'Unione europea comportano nei casi opportuni una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri ad adottare, per uno o più dei motivi di carattere non economico di cui all'articolo 36, misure provvisorie soggette ad una procedura di controllo dell'Unione. A questo riguardo rileva anche l'art. 191 paragrafo 2 ai sensi del quale la politica dell'Unione in materia ambientale tiene conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione e si fonda sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione in via prioritaria alla fonte dei danni causati all'ambiente e sul principio chi inquina paga. In tale contesto, le misure di

La normativa dell'Unione europea in materia di autorizzazione degli Ogm contempla il ricorso a misure di carattere derogatorio nei termini stabiliti nell'art. 23 della direttiva 2001/18/CE e nell'art. 34 del regolamento 1829/2003. La prima disposizione prevede la possibilità per gli Stati membri di limitare o vietare l'uso o la vendita sul proprio territorio di un Ogm autorizzato ai sensi della procedura stabilita nella direttiva qualora siano nel frattempo intervenute nuove informazioni inerenti al rischio ambientale ovvero si sia sviluppata una nuova valutazione delle informazioni esistenti motivate da supplementari conoscenze scientifiche²².

L'art. 34 del regolamento 1829/2003 prevede la possibilità di adottare misure di emergenza nel caso in cui i prodotti autorizzati possano comportare un grave rischio per la salute umana e animale o per l'ambiente. L'articolo in questione, in combinato disposto con gli articoli 53 e 54 del regolamento 178/2002, specifica che le misure di emergenza possono essere adottate dalla Commissione europea su propria iniziativa o su richiesta di uno Stato membro. In quest'ultimo caso, l'inerzia della Commissione legittima lo Stato membro all'adozione di misure cautelari provvisorie che possono rimanere in vigore fino all'adozione delle relative misure dell'Unione²³.

La portata letterale delle disposizioni in esame induce a rilevare come la previsione delle misure di salvaguardia disciplinate dall'art. 23 della direttiva

armonizzazione rispondenti ad esigenze di protezione dell'ambiente comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri a prendere, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura di controllo dell'Unione.

²² Lo Stato membro deve informare la Commissione e gli altri Stati membri circa le azioni adottate e motivare la propria decisione, fornendo un nuovo giudizio sulla valutazione dei rischi ambientali, indicando se e come le condizioni poste dall'autorizzazione debbano essere modificate o l'autorizzazione debba essere revocata e, se necessario, le nuove o ulteriori informazioni su cui è basata la decisione. La Commissione adotta una decisione in materia entro 60 giorni secondo la procedura di comitato.

²³ L'art. 34 del regolamento 1829/2003 richiama gli articoli 53 e 54 del regolamento 178/2002 del 22 gennaio 2002 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, cit. In particolare, l'art. 53 del regolamento citato contiene un elenco esemplificativo di misure che possono riguardare la sospensione dell'immissione nel mercato o dell'utilizzazione dell'alimento o del mangime in questione; la determinazione di condizioni particolari; qualsiasi altra misura provvisoria adeguata. L'articolo 54 prevede che lo Stato informi immediatamente gli altri Stati membri e la Commissione. Quest'ultima entro dieci giorni lavorativi sottopone la questione al comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali ai fini dell'adozione di un provvedimento di proroga, modificazione o abrogazione delle misure cautelari provvisorie secondo la procedura di comitato ai sensi dell'articolo 58 della decisione 1999/468/CE, cit.

2001/18/CE si basa esclusivamente sulla valutazione scientifica dei rischi connessi alla commercializzazione di un dato prodotto. Gli Stati che intendono adottare tali misure, infatti, devono motivare la propria decisione con nuove e pertinenti informazioni che possono incidere sulla valutazione del rischio svolta a livello dell'Unione europea. La difficoltà di produrre nuove prove scientifiche inerenti ai rischi connessi alla commercializzazione e coltivazione di Ogm spiega il motivo per cui gli Stati membri si mostrino generalmente più propensi ad adottare misure restrittive ai sensi dell'art. 34 del regolamento 1829/2003 ovvero dell'art. 114 par. 5 TFUE²⁴.

La previsione di misure di emergenza contemplate dall'art. 34 del regolamento 1829/2003 si riferisce all'esistenza di un rischio grave e manifesto la cui definizione non sembra dipendere espressamente dalla valutazione dei dati scientifici disponibili. Una più ampia base per la definizione di misure derogatorie nazionali viene, altresì, prevista dall'art. 114 par. 5 TFUE che collega la valutazione delle prove scientifiche disponibili alla rilevazione di un problema specifico allo Stato membro in questione. Le disposizioni richiamate sembrano introdurre un margine di flessibilità nella scelta delle misure ritenute appropriate alla gestione del rischio in considerazione delle peculiarità socio-economiche di ciascun'area di riferimento. La Corte di giustizia, tuttavia, ha adottato un approccio restrittivo e ha valutato la legittimità delle misure in questione sulla base delle conoscenze scientifiche disponibili. Con riferimento all'art. 114 par. 5 TFUE, essa ha rilevato come la legittimità delle misure nazionali in questione è strettamente connessa alla valutazione delle prove scientifiche dedotte dallo Stato membro notificante²⁵.

²⁴ Recentemente nove Stati membri hanno fatto ricorso a misure di emergenza per vietare sul proprio territorio la coltivazione di mais geneticamente modificato MON 810. Si ricorda in particolare la recente legge francese che vieta la coltivazione di mais transgenico sul territorio nazionale e autorizza le competenti autorità amministrative a disporre la distruzione delle coltivazioni in caso di violazione del divieto (legge 2014/567 del 2 giugno 2014 relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de mais génétiquement modifié, in JORF n. 1027 del 3 giugno 2014) e il Decreto interministeriale italiano del 12 luglio 2013 recante l'adozione di misure d'urgenza ai sensi dell'art. 54 del regolamento 178/2002 concernente la coltivazione di mais geneticamente modificato MON 810, GU 187 del 10 agosto 2013. A questo riguardo cfr. V. RANALDI, *Novità sugli OGM: prosegue il confronto tra Stati membri e Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, pp. 643 ss.

²⁵ Vedi sentenza 13 settembre 2007, causa C-439/05 P e C-454/05P, *Austria c. Commissione*, punto 56.

Le disposizioni nazionali adottate in deroga ad una disciplina di armonizzazione dell'Unione europea devono rispettare cumulativamente i requisiti della produzione di «nuove prove scientifiche» e della necessità motivata da «un problema specifico a detto Stato membro», pena il rigetto da parte della Commissione delle misure in questione²⁶. Il margine decisionale degli Stati membri viene dunque ristretto dalla necessità di dimostrare l'esistenza di «ecosistemi particolari» che giustifichino una diversa applicazione del regime di autorizzazione degli Ogm rispetto agli altri territori dell'Unione²⁷. La Corte non precisa il significato dell'espressione «ecosistemi particolari» e si limita a sottolineare come la mancata produzione di nuove prove scientifiche renda superflua l'analisi del secondo requisito di legittimità previsto nel Trattato. Una tale precisazione rende chiaro come una qualsiasi misura nazionale che sia adottata per far fronte a peculiari esigenze socio-economiche di uno Stato membro si deve confrontare con l'ostacolo derivante dalla produzione di prove scientifiche nuove che non siano già state esaminate nel corso della procedura di autorizzazione dell'Unione. Evidentemente si tratta di una condizione molto difficile da soddisfare se si considera come l'analisi delle prove scientifiche nella fase della valutazione del rischio sia già svolta dall'EFSA di concerto con le competenti autorità nazionali²⁸.

La medesima impostazione basata sulla prevalenza da accordare alla valutazione dei dati scientifici disponibili si rinviene anche nelle pronunce riguardanti l'adozione da parte degli Stati membri delle misure d'emergenza disciplinate dall'art. 34 del regolamento 1829/2003. La Corte di giustizia ha precisato come l'articolo in questione si riferisca a un serio rischio che ponga a repentaglio in modo manifesto la salute umana e degli animali o l'ambiente e che

²⁶ Cfr. sentenza 21 gennaio 2003, causa C-12/99, *Germania c. Commissione*, punti 80-81; sentenza 13 settembre 2007, causa C-439/05 P e C-454/05P, *Land Oberösterreich e Repubblica d'Austria c. Commissione europea*, punti 57 e 58.

²⁷ Cfr. sentenza 13 settembre 2007, causa C-439/05 P e C-454/05P, cit. punti 63-68. Nel caso di specie, la Corte ha richiamato il parere dell'EFSA in cui si rilevava come l'Austria non avesse dedotto alcun elemento scientifico idoneo a comprovare l'esistenza di ecosistemi particolari o eccezionali che richiedessero una valutazione dei rischi distinta (...) e che il riferimento alle dimensioni delle imprese agricole della regione non potesse da solo giustificare una deroga nell'applicazione del regime di autorizzazione dell'Unione.

²⁸ A questo riguardo vedi S. POLI, *Legislazione anti-OGM degli Stati membri e mercato interno: il caso austriaco*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2004, pp. 365 ss.; E. STEFANINI, *Austria di nuovo in conflitto: mancano i presupposti per bandire gli OGM*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, pp. 489 ss.; Id., *Regioni OGM-Free: ma è davvero possibile? Prime note sulla coesistenza tra colture transgeniche, tradizionali e biologiche*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, pp. 495 ss.

sia suffragato da nuovi elementi fondati su dati scientifici attendibili. Le misure di tutela devono pertanto basarsi su una valutazione dei rischi quanto più possibile completa e non possono essere motivate con un approccio puramente ipotetico del rischio che sia fondato su semplici supposizioni non ancora accertate scientificamente. L'analisi di legittimità delle stesse deve inoltre accertare che esse siano necessarie alle circostanze specifiche del caso²⁹.

La Corte di giustizia afferma ancora una volta la portata cumulativa dei requisiti di legittimità delle misure di emergenza e introduce l'elemento dell'attendibilità delle nuove prove scientifiche che non è esplicitamente previsto dall'art. 34 del regolamento 1829/2003. Essa dunque utilizza un approccio di tipo prettamente scientifico per esaminare la legittimità delle misure restrittive nazionali anche nei casi in cui la normativa dell'Unione sembra aperta all'integrazione di considerazioni di carattere socio-economico. Una conferma in tal senso si rinviene nella pronuncia della Corte concernente la possibilità per gli Stati membri di adottare misure di salvaguardia sulla base di considerazioni di moralità pubblica ai sensi dell'art. 36 TFUE³⁰.

L'organo giurisdizionale dell'Unione non ha negato una tale possibilità ma ha rilevato come considerazioni generali di carattere etico e religioso non possano rientrare nella definizione di moralità pubblica contemplata nel trattato. Le misure di armonizzazione adottate dall'Unione europea, infatti, non possono essere messe in discussione dalle idee contrarie espresse da una parte dell'opinione pubblica di uno Stato membro. Conseguentemente, le deroghe all'applicazione delle autorizzazioni degli Ogm sono consentite solo alla luce di nuove considerazioni di carattere scientifico e non possono basarsi su preoccupazioni generiche relative alla percezione dell'opinione pubblica sui rischi connessi alla commercializzazione e coltivazione di tali tipi di prodotti³¹.

²⁹ Cfr. sentenza 8 settembre 2011, cause C-58/10 a C-68/10, *Monsanto*, punti 76-77; sentenza 9 settembre 2003, causa C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia e a.*, Raccolta, p. 18105 punti 106 – 107.

³⁰ La disposizione in parola riprende l'articolo 30 TCE e prevede che gli obblighi relativi all'istituzione del mercato comune non pregiudicano i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito di merci adottati sulla base di specifici motivi tra cui è inclusa anche la tutela della moralità pubblica. Le misure restrittive nazionali, tuttavia, non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri.

³¹ Cfr. sentenza 16 luglio 2009, causa C-165/08, *Commissione c. Polonia*, punti 54-56. A questo riguardo v. E. CORN, *Motivazioni etico-religiose per vietare coltivazione e commercio di OGM negli Stati UE: un cammino percorribile?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, pp. 1953 ss.

La centralità accordata dalla Corte di giustizia alle valutazioni inerenti all'accertamento scientifico del rischio derivante dalla commercializzazione di prodotti geneticamente modificati si pone in linea con la normativa commerciale internazionale che individua nell'accertamento scientifico dei rischi la chiave di volta per la composizione degli interessi commerciali e la preservazione della tutela della salute pubblica e dell'ambiente. L'analisi delle prove scientifiche dei rischi connessi alla commercializzazione di prodotti Ogm offre uno strumento per accertare la portata proporzionata e non discriminatoria delle misure derogatorie in esame. Ciononostante, la rilevanza accordata a valutazioni di carattere scientifico rischia di limitare il margine decisionale degli Stati membri con riferimento a principi e valori riconosciuti legittimi dai trattati che esulano da considerazioni prettamente commerciali.

4. La valutazione sulla legittimità delle misure di coesistenza: uno strumento di bilanciamento degli interessi socio-economici degli Stati con gli obiettivi di realizzazione del mercato interno

La tutela delle varietà agricole regionali e della libertà di scelta dei produttori e dei consumatori richiede l'adozione di misure che regolino la coltivazione di Ogm tenendo conto dell'ambito socio-economico di riferimento. L'autorizzazione delle coltivazioni Ogm nel territorio dell'Unione europea, infatti, produce un impatto rilevante sull'organizzazione del settore agricolo di ciascun Stato membro. Le differenze dei costi di produzione e le divergenti preferenze dei produttori e consumatori rendono sempre più necessaria l'adozione di misure volte a evitare la contaminazione tra colture geneticamente modificate, convenzionali e biologiche. A questo riguardo, il principio di sussidiarietà impone il ricorso al livello normativo più appropriato per la realizzazione degli obiettivi stabiliti nel trattato³².

L'art. 26 bis della direttiva 2001/18/CE prevede la possibilità per gli Stati membri di adottare tutte le misure opportune per evitare la presenza involontaria di Ogm in altri prodotti. La disposizione in esame si basa sull'assunto secondo cui l'organizzazione della struttura agricola degli Stati membri non deve

³² Cfr. M. ROSSO GROSSMAN, *Coexistence of Genetically Modified, Conventional and Organic Crops in the European Union: the Community Framework*, in L. BODIGUEL - M. CARDWELL (eds.), *op. cit.*, p. 123.

escludere nessun tipo di coltivazione sia essa convenzionale, biologica o basata sull'impiego di Ogm. In tale ambito, la separazione dei metodi di produzione costituisce lo strumento necessario a garantire la libertà di scelta per i consumatori e i produttori. La Commissione europea ha riconosciuto la necessità per gli Stati membri di mantenere un margine di autonomia normativa che consenta loro di tener conto delle rispettive specificità regionali e nazionali e delle esigenze locali nell'adozione di misure volte a prevenire il potenziale pregiudizio economico e sociale determinato dalla commistione tra colture transgeniche e convenzionali³³. La *Raccomandazione recante orientamenti per l'adozione di misure di coesistenza* del 2010 traccia pertanto i principi generali fondamentali che possono ispirare l'azione degli Stati membri e non contempla alcun elenco semplificato delle misure di coesistenza adottabili proprio al fine di garantire la flessibilità delineata dal quadro normativo dell'Unione europea³⁴.

Il margine discrezionale degli Stati membri incontra quale unico limite la portata delle misure di coesistenza che può riguardare solo gli aspetti economici connessi alla commistione tra differenti tipologie di produzione agricola e non anche aspetti ambientali e sanitari che rientrano invece nella valutazione del rischio effettuata a livello dell'Unione europea³⁵. Le raccomandazioni del 2010 prevedono un margine di flessibilità per gli Stati che vogliono escludere la coltivazione di Ogm da vaste aree del loro territorio. Agli

³³ Ai sensi del paragrafo 2 dell'articolo 26 *bis*, la Commissione europea raccoglie e coordina le informazioni basate su studi condotte a livello comunitario e nazionale, osserva gli sviluppi quanto alla coesistenza negli Stati membri e, sulla base delle informazioni e delle osservazioni, sviluppa orientamenti sulla coesistenza di colture geneticamente modificate, convenzionali ed organiche.

³⁴ Cfr. Raccomandazioni della Commissione del 13 luglio 2010 recante orientamenti per l'elaborazione di misure nazionali in materia di coesistenza per evitare la presenza involontaria di OGM nelle colture convenzionali e biologiche, GU C 200 del 22 luglio 2010, p. 1. Le precedenti Raccomandazioni adottate dalla Commissione in materia di coesistenza prevedevano, invece, un catalogo indicativo delle misure di coesistenza che limitava il margine discrezionale degli Stati. Lo spettro di misure adottabili includeva la previsione di distanze d'isolamento tra colture transgeniche, convenzionali e biologiche, creazione di zone cuscinetto, predisposizione di trappole per i pollini, pulizia delle macchine, scaglionamento dei periodi di semina e altre misure inerenti alla preparazione delle operazioni di semina, di impianto e di lavorazione del suolo, al trattamento delle superfici durante e dopo il raccolto, al trasporto e magazzinaggio (Raccomandazione della Commissione del 23 luglio 2003 recante orientamenti per lo sviluppo di strategie nazionali e migliori pratiche per garantire la coesistenza tra colture transgeniche, convenzionali e biologiche, GU L 189 del 29 luglio 2003, p. 36).

³⁵ I principi generali sulla coesistenza delineati nelle raccomandazioni non vincolanti della Commissione europea concernono la trasparenza delle procedure, la cooperazione transfrontaliera, il coinvolgimento dei soggetti interessati e la proporzionalità rispetto all'obiettivo di tutela delle esigenze specifiche degli agricoltori.

Stati membri, infatti, è riconosciuta la possibilità di istituire «zone senza Ogm» nel proprio territorio previa dimostrazione che in tali zone non sia possibile prevenire la presenza involontaria di Ogm nelle colture convenzionali e biologiche con altri mezzi³⁶.

La normativa dell'Unione europea presenta elementi di flessibilità sugli aspetti concernenti la coltivazione e l'adozione delle misure di gestione del rischio che dovrebbero essere idonee a valorizzare e rispettare le specificità socio-economiche di ciascun Stato membro. L'interpretazione offerta dalla Commissione europea sembra confermare tale sviluppo, conformemente al modello di *governance* multilivello delineato nel quadro normativo vigente. Ciononostante, la prassi più recente offre esempi di uso delle misure di coesistenza quale strumento per differire o limitare l'attuazione delle autorizzazioni rilasciate dall'Unione europea nei rispettivi territori. A questo riguardo, la Corte di giustizia è intervenuta a precisare la funzione delle misure di coesistenza quali strumenti per conciliare il sistema di autorizzazioni dell'Unione europea basato sulla valutazione scientifica del rischio e la libertà degli Stati membri di organizzare la produzione agricola in considerazione delle rispettive specificità agronomiche³⁷.

La pronuncia sul caso Pioneer è un esempio in tal senso. La causa in esame riguardava la legittimità della legislazione italiana che prevedeva una procedura di autorizzazione nazionale per la coltivazione di Ogm e subordinava il rilascio di dette autorizzazioni all'adozione da parte delle regioni interessate delle misure di coesistenza idonee a preservare le peculiarità di ciascun'area. La Corte ha rilevato che gli Stati membri sono tenuti a dare immediata applicazione alle autorizzazioni rilasciate dalle istituzioni dell'Unione europea e non possono contemplare procedure di autorizzazione a livello nazionale. Limitazioni o divieti della coltivazione di Ogm possono essere decisi solo nei casi espressamente

³⁶ La Commissione europea riconosce che le differenze esistenti nelle diverse regioni dell'Unione, sotto il profilo delle condizioni climatiche, della topografia, dei modelli produttivi, dei sistemi di rotazione delle colture e delle strutture aziendali, possono influenzare sia il grado di commistione tra colture geneticamente modificate e convenzionali sia l'efficacia delle misure volte a evitare la presenza involontaria di Ogm in altri prodotti. Vedi Raccomandazione della Commissione del 13 luglio 2010, cit. punto 2.4.

³⁷ Vedi E. STEFANINI, *Regioni OGM-free: ma è davvero possibile? Prime note sulla coesistenza tra colture transgeniche, tradizionali e biologiche*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. 498; J. BEQIRAJ, *Verso una disciplina uniforme in materia di OGM? Alcune precisazioni sul margine discrezionale degli Stati membri nel limitare la coltivazione di OGM sul loro territorio*, *op. cit.*, p. 291.

previsti dal diritto dell'Unione, in applicazione dell'art. 34 del regolamento 1829/2003 o dell'art. 26 *bis* della direttiva 2001/18/CE³⁸.

Con particolare riferimento alle misure di coesistenza, la Corte ha precisato che l'art. 26 *bis* può dar luogo a restrizioni, e perfino a divieti geograficamente limitati, solo per effetto delle misure realmente adottate che siano conformi ai requisiti di legittimità stabiliti dal quadro normativo dell'Unione. Gli Stati membri pertanto non possono vietare la coltivazione di Ogm già autorizzati nelle more dell'adozione delle misure di coesistenza nel proprio ordinamento giuridico. Diversamente, l'art. 26 *bis* sarebbe facilmente utilizzato per aggirare le procedure all'uopo stabilite dal diritto dell'Unione. Nella successiva ordinanza sul caso Fidenato, la Corte ha precisato che la previsione di un'autorizzazione nazionale non può essere considerata una misura di coesistenza e che l'art. 26 *bis* non consente agli Stati di opporsi in via generale alla messa in coltura di Ogm sul proprio territorio. La Corte pertanto sembra restringere la flessibilità manifestata nelle raccomandazioni della Commissione europea precisando i requisiti in base ai quali gli Stati possono decidere di vietare la coltivazione di Ogm conformemente all'art. 26 *bis* della direttiva 2001/18/CE. Un tale divieto o limitazione può essere attuato, infatti, soltanto nel caso in cui non sia possibile il ricorso ad altre misure di coesistenza e deve avere una portata geograficamente delimitata³⁹.

La precisazione che precede lascia aperta la questione se sia possibile considerare legittimi i divieti di coltivazione adottati dalle regioni quali misure di coesistenza aventi una portata geografica delimitata. Nell'ambito dell'ordinamento italiano, l'adozione delle misure di coesistenza rientra nelle competenze delle regioni per cui appare particolarmente interessante stabilire in che termini la portata di un divieto di coltivazione possa considerarsi "geograficamente limitata" ovvero "a carattere generale". La recente pronuncia del Tar Lazio sulla legittimità del divieto di coltivazione di Ogm introdotto dalla regione Friuli Venezia Giulia non fa leva su tale distinzione e si limita ad affermare che il divieto regionale in esame non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 26 *bis* della direttiva 2001/18/CE bensì nella definizione di "misura di emergenza" ai sensi dell'art. 34 del regolamento 1829/2003. In tal

³⁸ Cfr. sentenza 6 ottobre 2012, causa C-36/11, *Pioneer Hi Bred Italia c. Ministero delle Politiche Agricole e Forestali*, punti 72-75.

³⁹ Cfr. Ordinanza della Corte dell'8 maggio 2013, causa C-542/12, *Giorgio Fidenato*, non ancora pubblicata in Raccolta, punti 30-33.

modo, tuttavia, esso espone la legislazione regionale in questione al vaglio di legittimità della Corte di giustizia, che come abbiamo visto accorda particolare attenzione al requisito della valutazione scientifica dei rischi per la salute e l'ambiente connessi alla commercializzazione e coltivazione di Ogm⁴⁰.

L'attuale quadro normativo e giurisprudenziale pone in evidenza come la regolazione della commercializzazione e coltivazione degli Ogm nel territorio dell'Unione europea richieda un intervento normativo teso a ripristinare l'equilibrio tra i diversi livelli decisionali. Come posto in rilievo, il problema non riguarda tanto le procedure in vigore quanto piuttosto la loro implementazione in un ambito socio-economico in cui prevale la polarizzazione dei divergenti interessi. L'articolazione delle problematiche coinvolte spiega il dibattito che ha accompagnato la proposta di regolamento presentata dalla Commissione volta a riconoscere agli Stati membri l'autonomia decisionale sulla coltivazione di Ogm.

5. La nazionalizzazione delle scelte sulla coltivazione degli Ogm: profili di compatibilità con la normativa commerciale multilaterale

L'originaria proposta della Commissione europea poneva l'obiettivo di bilanciare il sistema di autorizzazioni dell'Unione europea basato sulla scienza con la libertà degli Stati membri di decidere se coltivare o meno Ogm sui rispettivi territori. Essa prevedeva l'inclusione nella direttiva 2001/18/CE di una nuova disposizione - l'art. 26 *ter* - ai sensi della quale le decisioni degli Stati membri in materia di coltivazione di Ogm dovevano basarsi su motivazioni diverse rispetto a quelle esaminate nella procedura di valutazione del rischio ambientale per il rilascio delle autorizzazioni nell'ambito dell'Unione europea. La proposta in questione ha da subito sollevato dei rilievi critici sotto il profilo sia formale sia sostanziale⁴¹.

La prima questione concerneva la scelta del regolamento quale strumento normativo volto a modificare una direttiva. A questo riguardo, la Commissione motivava la propria scelta rilevando come il testo della proposta si limitasse a fornire agli Stati membri una base giuridica per l'adozione di misure nazionali e fosse pertanto direttamente applicabile. La formulazione della proposta, tuttavia,

⁴⁰ Sentenza del TAR Lazio, n. 4410 del 23 aprile 2014, reperibile online.

⁴¹ Cfr. Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2001/18/CE per quanto concerne la possibilità per gli Stati membri di limitare o vietare la coltivazione di OGM nel loro territorio del 13 luglio 2010, COM (2010) 375 def, disponibile online.

poneva problemi di coerenza con l'originaria scelta dell'art. 114 TFUE quale base giuridica poiché tale disposizione prevede l'adozione di misure di armonizzazione per garantire il corretto funzionamento del mercato interno⁴².

La seconda questione sollevava profili di coerenza con le disposizioni del Trattato sulla libera circolazione delle merci e con la rilevante normativa internazionale, in particolare con le disposizioni degli accordi commerciali che fanno capo all'Organizzazione mondiale del commercio. La proposta della Commissione europea, infatti, non enunciava in modo chiaro i presupposti per l'adozione delle misure restrittive in esso contemplate. A questo riguardo, il servizio giuridico del Consiglio e il Comitato economico e sociale hanno posto in luce la necessità di prevedere una lista almeno esemplificativa di motivi che potessero giustificare l'adozione di un divieto o di una limitazione per la coltivazione degli Ogm da parte di uno Stato membro proprio al fine di garantire la coerenza del quadro normativo in materia e il rispetto dei relativi obblighi internazionali di liberalizzazione commerciale⁴³. Conseguentemente, la posizione comune adottata dal Parlamento ha integrato la proposta con una lista esemplificativa di motivazioni che possano giustificare la decisione dello Stato membro⁴⁴.

Il testo della direttiva si discosta sostanzialmente dall'originaria proposta della Commissione. Esso assume la veste giuridica della direttiva e prevede uno stretto collegamento con la procedura di autorizzazione svolta a livello dell'Unione. A questo riguardo, il testo adottato in prima lettura dal Consiglio prevedeva che il divieto di coltivazione dovesse essere integrato in uno specifico

⁴² La stessa scelta dell'art. 114 TFUE quale base giuridica del regolamento proposto è stata contestata in ragione della portata e degli obiettivi perseguiti dall'integrazione dell'art. 26 ter nella direttiva 2001/18/CE. A questo riguardo, vedi Parere del servizio giuridico del Consiglio del 5 novembre 2010, 2010/0208 (COD) n. 15696/10 disponibile online.

⁴³ Cfr. Parere del servizio giuridico del Consiglio del 5.11.2010, 2010/0208(COD), n. 15696/10, disponibile online; Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla «Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2001/18/CE per quanto concerne la possibilità per gli Stati membri di limitare o vietare la coltivazione di OGM sul loro territorio», in GUUE C 54 del 19 febbraio 2011, p. 51, punto 5.1.3; Parere del Comitato delle Regioni «La libertà per gli Stati membri di decidere in merito alla coltivazione di colture geneticamente modificate nel loro territorio», 88° sessione plenaria del 27 e 28 gennaio 2011, disponibile online.

⁴⁴ Cfr. Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 5 luglio 2011 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2001/18/CE per quanto concerne la possibilità per gli Stati membri di limitare o vietare la coltivazione di OGM sul loro territorio, GUUE C 33 E del 5 febbraio 2013, p. 350.

accordo concluso tra lo Stato membro e l'impresa che richiede l'autorizzazione a commercializzare e coltivare Ogm nel territorio dell'Unione ai sensi della direttiva 2001/18/CE e del regolamento 1829/2003. Il testo della direttiva mantiene la possibilità per gli Stati membri di emendare la portata geografica di una richiesta di coltivazione di Ogm durante la procedura di autorizzazione a livello dell'Unione europea mediante la conclusione di accordo con l'impresa richiedente. L'adozione di misure restrittive unilaterali volte a vietare o restringere la coltivazione di Ogm sui rispettivi territori nazionali è ammessa qualora non sia possibile raggiungere l'accordo con l'impresa richiedente e può realizzarsi anche dopo che si sia conclusa con esito positivo la procedura di autorizzazione dell'Unione europea sulla commercializzazione e coltivazione di un determinato Ogm⁴⁵.

Il margine decisionale riconosciuto agli Stati membri sul punto appare abbastanza ampio poiché la Commissione potrà formulare solo commenti sulle misure restrittive che uno Stato membro decida di adottare⁴⁶. Tale margine discrezionale viene, tuttavia, delimitato dalla previsione di una lista di «motivi impellenti» volti a giustificare il ricorso a tali misure⁴⁷. Ciascuna motivazione può essere invocata sia «individualmente» sia «congiuntamente» con l'unica

⁴⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo a norma dell'art. 294, paragrafo 6, del TFUE riguardante la posizione del Consiglio in prima lettura in vista dell'adozione di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2001/18/CE per quanto concerne la possibilità per gli Stati membri di limitare o vietare la coltivazione di OGM sul loro territorio, del 10 Settembre 2014, COM (2014) 570 final. La Commissione osserva come la proposta in oggetto sia un atto atipico che non impone obblighi diretti a terzi e non fissa neppure un risultato da raggiungere ma si limita a fornire agli Stati membri una possibilità di agire qualora lo desiderino. Essa pertanto condivide la scelta del Consiglio di trasformare l'originaria proposta di regolamento in direttiva in ossequio al principio del parallelismo formale. La direttiva in parola, infatti, modifica la direttiva 2001/18/CE e come quest'ultimo atto si basa sull'art. 114 TFUE (vedi punti 3.5 e 3.6 della Comunicazione).

⁴⁶ Ai sensi dell'art. 26 b) par. 4 della direttiva, uno Stato membro che intende adottare misure restrittive per la coltivazione di Ogm deve dapprima comunicare un progetto di tali misure e le corrispondenti motivazioni invocate alla Commissione europea. Questa comunicazione può aver luogo prima che la procedura di autorizzazione sia stata completata. Durante i successivi settantacinque giorni, la Commissione può adottare qualsiasi commento ritenga appropriato e lo Stato membro in questione deve astenersi dall'adottare le misure. Decorso tale periodo e non più tardi di due anni dopo il rilascio delle autorizzazioni, lo Stato membro può adottare le misure o nella forma originariamente proposta o emendate per tener conto dei commenti della Commissione.

⁴⁷ Essi includono gli obiettivi di politica ambientale distinti dagli elementi accertati secondo la direttiva 2001/18/CE e il regolamento 1829/2003; la pianificazione urbanistica e rurale; l'uso del territorio; l'impatto socio-economico della coltivazione di Ogm; l'obiettivo di evitare la presenza involontaria di Ogm in altri prodotti senza pregiudicare l'applicazione dell'art. 26 bis; gli obiettivi di politica agricola; e le questioni di pubblico interesse.

eccezione delle questioni concernenti il pubblico interesse che rileva in considerazione delle particolari circostanze di ciascun Stato membro. In nessun caso, tuttavia, la valutazione delle motivazioni contemplate nella direttiva può interferire con l'accertamento del rischio ambientale effettuato nell'ambito della procedura di autorizzazione dell'Unione. La direttiva prevede anche la possibilità per gli Stati di adeguare o ritirare le decisioni prese qualora si presentino nuove circostanze obiettive e il ricorso a misure transitorie⁴⁸.

L'intento di introdurre un elemento di flessibilità nella procedura di autorizzazione degli Ogm al fine di garantire la coerenza del quadro normativo vigente sembra trovare un'adeguata espressione nel testo della direttiva in esame. Il riconoscimento di un'autonomia decisionale degli Stati in materia di coltivazione di Ogm, infatti, tende a riequilibrare il ruolo dei diversi livelli di *governance* nelle fasi della valutazione e della gestione del rischio e permette di integrare considerazioni di carattere socio-economico nell'adozione delle misure rilevanti. Inoltre, il riferimento all'obiettivo di evitare la presenza involontaria di Ogm in altri prodotti quale motivazione atta a giustificare misure restrittive degli Stati membri codifica l'orientamento espresso dalla Commissione nelle sue raccomandazioni sulle misure di coesistenza e ne chiarisce la portata. Conformemente alle pronunce della Corte di giustizia, infatti, il nuovo testo normativo precisa come il divieto di coltivare prodotti Ogm nel territorio di uno Stato membro non possa configurare una misura di coesistenza poiché si basa su differenti presupposti di attuazione⁴⁹.

La valutazione positiva sull'impatto di tal elemento di flessibilità sul sistema di autorizzazioni degli Ogm nel mercato dell'Unione non esime dal verificare se l'attuale formulazione del testo della direttiva sia idonea a superare le preoccupazioni inerenti ai profili di compatibilità con la normativa commerciale internazionale e con i principi di liberalizzazione commerciale⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. paragrafi 6-7 dell'art. 26 b) della direttiva.

⁴⁹ Le misure di coesistenza possono essere adottate solo qualora uno Stato decida di salvaguardare le diverse modalità produttive ammettendo la coltivazione di Ogm sul proprio territorio. Il ricorso a misure restrittive sulla coltivazione di Ogm, invece, si realizza laddove l'impossibilità di evitare la presenza involontaria di Ogm in altri prodotti convenzionali o biologici mediante le misure di coesistenza induca uno Stato membro a vietare tale modalità produttiva su tutto o su una parte del proprio territorio.

⁵⁰ Cfr. S. SALARDI, *Ogm, biosicurezza e diritto internazionale in materia di sviluppo sostenibile: una breve riflessione biogiuridica*, in *Notizie di politeia*, 2015, p. 50; C. VIJU - M.T. YEUNG - W.A. KERR, *The Trade Implication of the Post-Moratorium European Union Approval System for Genetically Modified Organisms*, in *Journal of World Trade*, 2012, pp. 1207 ss.; M.P. BELLONI,

D'altro canto, l'attuale quadro normativo dell'Unione europea in materia è stato tracciato proprio per conformarsi alla pronuncia dell'Organo di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio concernente il caso Biotech in cui per la prima volta la normativa commerciale multilaterale è stata applicata per verificare la legittimità di misure restrittive unilaterali sulla commercializzazione degli Ogm in ambito internazionale.

6. I divieti nazionali di coltivazione degli Ogm nell'ottica della coerenza del mercato interno dell'Unione europea

La normativa dell'Organizzazione mondiale del commercio non prevede una disciplina specifica per la commercializzazione degli organismi geneticamente modificati i quali rientrano nella definizione generale di merce ai fini dell'applicazione dei principi di non discriminazione enunciati nel GATT e negli altri accordi settoriali. Come noto, le clausole della «nazione più favorita» e del «trattamento nazionale» unitamente alle disposizioni inerenti all'eliminazione delle restrizioni quantitative mirano ad abbattere le restrizioni commerciali tra gli Stati parte, pur riconoscendo la possibilità di adottare misure derogatorie che siano giustificate da motivi imperativi concernenti la salute pubblica e l'ambiente⁵¹. Le misure derogatorie, tuttavia, devono comunque essere proporzionate al fine perseguito e non possono rappresentare una restrizione dissimulata al commercio. Il medesimo bilanciamento tra interessi concernenti la liberalizzazione commerciale e la salvaguardia della salute pubblica e dell'ambiente si ritrova anche nei più specifici accordi di carattere settoriale⁵².

Nel limbo degli OGM: tra divergenze interpretative e disciplinari, alla ricerca di un accordo tra Stati Uniti e Unione europea. E' questione di etichetta, ma anche di etica, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2006, p. 129; M.M. SLOTBOOM, Do Public Health Measures Receive Similar Treatment in European Community and World Trade Organization Law?, in Journal of World Trade, 2003, pp. 553 ss; D.E. BUCKINGHAM - P.W.B. PHILLIPS, Hot Potato, Hot Potato: Regulating Products of Biotechnology by the International Community, in Journal of World Trade, 2001, p. 1.

⁵¹ Cfr. G. MARCEAU - J.P. TRACHTMAN, *The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement and the General Agreement on Tariffs and Trade. A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods*, in *Journal of World Trade*, 2002, pp. 811 ss; C.M. CORREA, *Implementing National Public Health Policies in the Framework of WTO Agreements*, in *Journal of World Trade*, 2000, pp. 89 ss.; M.G. DESTA, *Food Security and International Trade Law. An Appraisal of the World Trade Organization Approach*, in *Journal of World Trade*, 2001, pp. 449 ss.

⁵² Cfr. G.E. ISAAC - W.A. KERR, *Genetically Modified Organisms at the World Trade Organization: A Harvest of Trouble*, in *Journal of World Trade*, 2003, pp. 1083 ss.; I. CHEYNE, *Risk and*

L'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie si pone in un rapporto di specialità con la normativa del GATT ed elabora norme sull'adozione di tali misure coerentemente con l'art. XX lett. b) del GATT che legittima le restrizioni adottate al fine di tutelare la salute e la vita dell'uomo, degli animali e delle piante che siano basate sulla valutazione scientifica del rischio⁵³. L'Accordo SPS contempla la possibilità di adottare misure restrittive a carattere transitorio nel caso in cui manchino adeguate prove scientifiche sui rischi connessi alla commercializzazione di un determinato prodotto, in applicazione del principio di precauzione. Le misure restrittive in questione possono avere la forma giuridica di leggi o regolamenti riguardanti la commercializzazione di prodotti finiti, i processi e metodi di produzione, i procedimenti di autorizzazione, i metodi di valutazione dei rischi e i requisiti di etichettatura e imballaggio connessi alla sicurezza alimentare⁵⁴.

L'impostazione teleologica offerta dall'accordo SPS per determinare la riconducibilità di una misura restrittiva al suo ambito di applicazione induce a ritenere che le misure contemplate nella nuova direttiva dell'Unione europea possano rientrare in una definizione lata di misure sanitarie e fitosanitarie. Sebbene le motivazioni che giustificano il ricorso a tali misure non includano nessun riferimento a questioni di tipo sanitario appare evidente come il fine ultimo di tale previsione sia proprio quello di adattare la configurazione del settore agricolo di ciascuno Stato alle proprie specificità socio-economiche che non possono prescindere da considerazioni sulla percezione pubblica del rischio per la salute e l'ambiente⁵⁵.

Le misure restrittive sulla coltivazione di Ogm adottate da uno Stato membro potrebbero presentare problemi di compatibilità con le disposizioni

Precaution in World Trade Organization Law, in *Journal of World Trade*, 2006, pp. 837 ss.; D.A. MOTAAL, *The "Multilateral Scientific Consensus" and the World Trade Organization*, 2004, pp. 855 ss.; D. COLLINS, *Health Protection at the World Trade Organization: The J-Value as a Universal Standard for Reasability of Regulatory Precautions*, in *Journal of World Trade*, 2009, pp. 1071 ss.

⁵³ Y. NAIKI, *Accountability and Legitimacy in Global Health and Safety Governance: The World Trade Organization, the SPS Committee and International Standard-Setting Organization*, in *Journal of World Trade*, 2009, pp. 1255 ss.

⁵⁴ Cfr. A.T.F. LANG, *Provisional Measures Under Article 5.7 of the WTO's Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures: Some Criticisms of the Jurisprudence So Far*, in *Journal of World Trade*, 2008, pp. 1085 ss.; Y. NAIKI, *Accountability and Legitimacy in Global Health and Safety Governance: The World Trade Organization, the SPS Committee, and International Standard-Setting Organizations*, in *Journal of World Trade*, 2009, p. 1255.

⁵⁵ Cfr. R. PAVONI, *op. cit.*, pp. 304 ss.

dell'Accordo SPS poiché tali disposizioni legittimano il ricorso a misure di bio - sicurezza soltanto quando esse siano necessarie alla protezione della salute umana, animale e delle piante e siano adottate sulla base della valutazione scientifica dei rischi. L'interpretazione restrittiva del requisito della «valutazione scientifica dei rischi» che si rinviene nelle rilevanti pronunce dell'organo di risoluzione delle controversie dell'OMC, infatti, porta a escludere l'integrazione di considerazioni socio-economiche tra le cause che possano giustificare il ricorso a misure restrittive⁵⁶. Eppure una tale prospettiva di sviluppo sarebbe sicuramente auspicabile alla luce dei principi di diritto internazionale, segnatamente lo sviluppo sostenibile e la reciproca rilevanza della normativa commerciale e ambientale⁵⁷.

L'art. 26 par. 1 del Protocollo di Cartagena riconosce la legittimità di misure che siano determinate dalle considerazioni socio - economiche che derivano dall'impatto degli Ogm sulla conservazione e sull'uso della diversità biologica, specialmente con riguardo al valore della diversità biologica per le comunità indigene e locali⁵⁸. Le preoccupazioni inerenti alla portata potenzialmente protezionistica di misure unilaterali basate su considerazioni socio - economiche è attenuata dal requisito della compatibilità con gli obblighi di diritto internazionale in materia di commercio. Ciononostante, la prospettiva sintesi tra l'approccio basato sulla valutazione scientifica dei rischi e l'approccio basato su considerazioni socio - economiche non sembra trovare un riscontro

⁵⁶ Cfr. J. MC MAHON, *The EC-Biotech Decision: Another Missed Opportunity?*, in L. BODIGUEL - M. CARDWELL (eds.), *op. cit.*, pp. 337 ss.; C.R. CONRAD, *The EC-Biotech Dispute and Applicability of the SPS Agreement: are the Panel's Findings Built on Shaky Ground?*, in *World Trade Review*, 2007, pp. 233 ss.; O. PEREZ, *Anomalies at the Precautionary Kingdom: Reflections on the GMO Panel's Decision*, in *World Trade Review*, 2007, pp. 265 ss.; M.E. FOOTER, *Post-normal science in the Multilateral Trading System: Social Science Expertise and the EC-Biotech Panel*, in *World Trade Review*, 2007, pp. 281 ss.; T. BROUDE, *Genetically Modified Rules: the Awkward Rule-Exception-Right Distinction in EC-Biotech*, in *World Trade Review*, 2007, pp. 215 ss.

⁵⁷ Cfr. F. DUCAN, *The Regulation of Genetically Modified Organism and the International Law: a Call for Generality*, in L. BODIGUEL - M. CARDWELL (eds.), *The Regulation of Genetically Modified Organisms: a comparative approach*, *op. cit.*, pp. 355 ss.

⁵⁸ D.L. KLEINMAN - A.J. KINCHY, *Against the Neoliberal Steamroller? The Biosafety Protocol and the Social Regulation of Agricultural Biotechnologies*, in *Agriculture and Human Values*, 2007, p. 195; A.L. HOBBS - J.E. HOBBS - W.A. KERR, *The Biosafety Protocol: Multilateral Agreement on Protecting the Environment or Protectionist Club?*, in *Journal of World Trade*, 2005, pp. 281ss.

nelle pronunce dell'organo di risoluzione delle controversie dell'OMC anche in ragione della differente dimensione soggettiva degli accordi citati⁵⁹.

La previsione di divieti nazionali di coltivazione di Ogm si colloca nel limbo giuridico in cui versa la definizione di considerazioni socio - economiche nella valutazione di legittimità delle misure restrittive per il commercio. A questo riguardo, tuttavia, appare opportuno rilevare come l'accordo SPS si applichi esclusivamente alle misure che restringono direttamente o indirettamente il commercio tra gli Stati. D'altro canto, anche il Protocollo di Cartagena fa riferimento alla portata transnazionale delle misure restrittive adottate per la preservazione della biodiversità e non sembra dunque applicabile ai casi in cui eventuali limitazioni abbiano una rilevanza puramente interna⁶⁰.

L'osservazione che precede induce a rilevare come la distinzione tra «commercializzazione» e «coltivazione» di Ogm, adottata nel testo della direttiva, permetterebbe di sottrarre le misure restrittive contemplate dall'ambito di applicazione della rilevante normativa commerciale oltre che garantirne la coerenza con le regole del mercato comune sulla libera circolazione delle merci. Ciononostante, una tale distinzione appare chiara solo da un punto di vista teorico e rischia di confrontarsi con la definizione di «misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative» adottata dalla Corte di giustizia al fine di accertare l'impatto di un atto di regolazione nazionale sul corretto funzionamento del mercato comune⁶¹.

⁵⁹ P.W.B. PHILLIPS - W.A. KERR, *Alternative Paradigms. The WTO Versus the Biosafety Protocol for Trade in Genetically Modified Organisms*, in *Journal of World Trade*, 2000, pp. 63 ss.; M. MATTHEE - D. VERMERSCH, *Are the Precautionary Principle and the International Trade of Genetically Modified Organisms Reconcilable?*, in *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 2000, pp. 59 ss.; M. MATSUSHITA, *Governance of International Trade Under World Trade Organization Agreements. Relationships between World Trade Organization Agreements and Other Trade Agreements*, in *Journal of World Trade*, 2004, p. 185; B. MC GRADY, *Fragmentation of International Law or "Systemic Integration" of Treaty Regimes: EC-Biotech Products and the Proper Interpretation of Article 31(3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in *Journal of World Trade*, 2008, p. 589.

⁶⁰ Cfr. articolo 1 del Protocollo di Cartagena ai sensi del quale obiettivo precipuo è contribuire ad assicurare un livello adeguato di protezione per il trasferimento, la manipolazione e l'utilizzazione sicura di organismi viventi modificati risultanti dalla biotecnologia moderna che possono avere effetti negativi sulla conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica, anche in considerazione dei rischi per la salute umana, con particolare riferimento ai movimenti transfrontalieri.

⁶¹ Vedi F. FERRARO, *Restrizioni quantitative e territoriali nel diritto dell'Unione: dalla libera circolazione delle merci al diritto di stabilimento*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 695.

La giurisprudenza sul tema è ampiamente nota e induce a rilevare come la Corte di giustizia tenda a far rientrare nella definizione in oggetto ogni misura che in atto o in potenza possa limitare la libera circolazione di un dato prodotto. I principi di non discriminazione e del mutuo riconoscimento impongono a ciascuno Stato membro di assicurare il libero accesso al proprio mercato nazionale di prodotti provenienti da altri Stati membri mediante l'eliminazione di ogni possibile ostacolo alla commercializzazione degli stessi. La nozione di misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative include, pertanto, qualsiasi ostacolo alla libera circolazione delle merci che derivi dalla previsione di requisiti specifici per la commercializzazione di un dato prodotto anche quando un tale requisito si applichi indistintamente alle merci nazionali e importate⁶².

L'analisi della Corte di giustizia tiene conto della portata restrittiva delle diverse misure di regolazione nazionale da un punto di vista sostanziale. Limitazioni o divieti inerenti alle modalità di vendita di un dato prodotto, ad esempio, sono considerate compatibili con il trattato a condizione che incidano in eguale misura sulla commercializzazione dei prodotti nazionali e di quelli importati e non creino nei fatti alcun ostacolo aggiuntivo per la commercializzazione di questi ultimi nel mercato dello Stato importatore⁶³. Il medesimo approccio ha indotto la Corte a rilevare come un divieto inerente all'uso di un determinato prodotto nel territorio di uno Stato membro possa invece avere un impatto notevole sulle scelte dei consumatori e conseguentemente sull'accesso di tale prodotto al mercato nazionale⁶⁴.

⁶² Doveroso è il riferimento alla c.d. formula Dassonville che è stata nel tempo declinata in relazione ad una molteplicità di situazioni in cui si realizzi una restrizione anche solo potenziale degli scambi intracomunitari con l'unica eccezione delle situazioni che abbiano una rilevanza puramente interna (Sentenze del 11 novembre 1974, causa 8/74, *Dassonville*, in Raccolta, p. 837; del 2 marzo 1982, causa 8/81, *Diensten Group*, in Raccolta, p. 707; del 5 maggio 1985, causa 21/84, *Commissione c. Francia*, in Raccolta, p. 184; del 5 maggio 2009, causa C-88/07, *Commissione c. Spagna*, in Raccolta, p. 123; del 9 dicembre 1997, causa 265/95, *Commissione c. Francia*, in Raccolta, p. 595; del 24 novembre 1982, causa 249/81, *Commissione c. Irlanda*, in Raccolta, p. 4005). A questo riguardo v. A. LANG, *Divieto delle restrizioni quantitative tra gli Stati membri. Art. 34 TFUE*, in F. POCAR - M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, 2014, p. 242.

⁶³ Vedi sentenza del 24 novembre 1993, causa C-267 e 268/91, *Keck e Mithouard*, punto 16. A questo riguardo vedi M.C. BARUFFI, *Il divieto di rivendita sottocosto e la nuova giurisprudenza della Corte di giustizia: il caso Keck e Mithouard*, in *Dir. comm. internaz.*, 1995, p. 89.

⁶⁴ Vedi sentenze del 26 ottobre 2006, causa C-65/05, *Commissione c. Grecia*, in Raccolta, p. 673; del 10 aprile 2008, causa C-265/06, *Commissione c. Portogallo*, in Raccolta, p. 210; del 10 febbraio 2009, causa C-110/05, *Commissione c. Italia*, in Raccolta, p. 66; del 4 settembre 2009, causa C-142/05, *Mickelsson*, in Raccolta, p. 336.

L'adozione a livello nazionale o regionale di un divieto per la coltivazione di Ogm potrebbe rientrare in quest'ultima accezione e condizionare sensibilmente le scelte dei consumatori dello Stato membro in questione. In altre parole, non sembra sia possibile separare nettamente i momenti della «coltivazione» e della «commercializzazione» degli Ogm escludendo reciproche interferenze. Ad esempio, i consumatori di uno Stato membro o di una regione che decida di vietare la coltivazione di Ogm sarebbero indotti ad acquistare prodotti convenzionali o biologici a scapito dei prodotti Ogm autorizzati per l'immissione in commercio nell'ambito dell'Unione europea⁶⁵.

La compatibilità di un tale divieto con le disposizioni del trattato andrebbe valutata anche sotto il profilo della proporzionalità al fine perseguito. La direttiva prevede che il divieto di coltivazione di Ogm a livello nazionale e regionale possa essere ammesso qualora il ricorso alle misure di coesistenza non garantisca la tutela delle specificità socio - economiche di una determinata area geografica. A questo riguardo, tuttavia, si pone il problema di determinare se un divieto di coltivazione di Ogm sia in grado da solo di evitare ogni possibile contaminazione delle coltivazioni convenzionali e biologiche. La prossimità territoriale con Stati che ammettono la coltivazione di Ogm e la stessa presenza sul mercato di Ogm autorizzati può inoltre comportare la trasmissione del patrimonio genetico di tali prodotti nell'ambiente circostante. Conseguentemente, la direttiva approvata prevede l'obbligo per gli Stati membri che ammettono la coltivazione di Ogm di adottare le misure appropriate volte a evitare ogni possibile contaminazione transfrontaliera⁶⁶.

⁶⁵ La discussione sui motivi formali che possono legittimare un divieto di coltivazione di Ogm a livello nazionale o regionale non esime dal considerare come una tale scelta sarebbe percepita dai consumatori come una conferma sulla pericolosità dei prodotti geneticamente modificati per la salute e per l'ambiente con un impatto inevitabile sulla loro commercializzazione.

⁶⁶ A questo riguardo, occorre rilevare come nella nozione di trasferimento di materiale genetico possano essere inclusi tanto il trasferimento interno a una stessa specie (c.d. verticale) quanto il trasferimento da una specie a un'altra (c.d. orizzontale). Quest'ultima ipotesi si realizza nel caso in cui il materiale genetico di una varietà vegetale geneticamente modificata venga assorbito da microrganismi quali i batteri. Ad esempio, la decomposizione nel terreno di parti vegetali come le foglie lascia persistere materiale genetico che viene assorbito dai batteri presenti nell'ecosistema. Un altro esempio è dato dalla possibilità, non accertata dal punto di vista scientifico, che il materiale di una varietà geneticamente modificata venga incorporato dai batteri presenti nell'apparato digerente di un essere umano o degli animali dando luogo ad una ricombinazione genetica all'interno dell'organismo ricevente. Vedi le conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot del 9 febbraio 2011, causa C-442/09, *Bablock*, punto 82, reperibile online.

Le considerazioni che precedono inducono a rilevare come il divieto di coltivazione di Ogm a livello nazionale deve essere sempre accompagnato da specifiche misure di coesistenza volte a evitare la contaminazione delle coltivazioni convenzionali e biologiche con organismi geneticamente modificati. Il quadro normativo dell'Unione europea sulla commercializzazione e coltivazione di Ogm non può pertanto prescindere da un'accurata riflessione sulla portata delle misure di coesistenza al fine di preservare l'equilibrio tra la "flessibilità" delle procedure di autorizzazione e la "coerenza" del mercato interno nel rispetto dei principi di tutela della salute pubblica e dell'ambiente.

ABSTRACT

Teresa Maria Moschetta – *The GMOs Cultivation Between "Flexibility" and "Coherence" of the EU Internal Market*

The regulation on genetically modified organisms (GMOs) raises fundamental issues concerning the balance between the objectives of trade liberalization within the European Union and the protection of the socio-economic interests of its Member States. Currently the strong opposition of some Member States to the sale and cultivation of OGMs in their territories is determined by the lack of a unanimous perception of the risks associated with the use of these products. Furthermore the EU regulatory framework is focused only on scientific risk assessment and does not include important socio-economic considerations. The directive allowing the Member States to decide on the cultivation of GMOs in their territory aims to guarantee a balanced involvement of both the European Union and the Member States in the "assessment" and "management" of risks for human health and environment. Nevertheless, the directive could raise some questions about the consistency of the EU regulatory framework and its compatibility with the international

trading rules. In particular, the main issue concerns the eventual justification of a restrictive national measure on the basis of socio-economic considerations and the actual effectiveness of such a measure for the attainment of the objectives pursued by the Member States.

KEYWORDS: *Genetically Modified Organisms (GMOs); Trade; Cultivation; Coexistence.*

Teresa Maria Moschetta – *La coltivazione degli OGM tra “flessibilità” e “coerenza” del mercato interno dell’Unione Europea*

La regolazione degli organismi geneticamente modificati pone la questione di bilanciare la liberalizzazione degli scambi commerciali e la preservazione degli interessi socio-economici degli Stati membri. Come noto, la procedura di autorizzazione di Ogm nell’ambito dell’Unione europea incontra l’opposizione di taluni Stati membri che sono contrari alla commercializzazione e alla coltivazione di tali prodotti nei rispettivi territori. L’impasse decisionale che ne deriva è determinata dalla mancanza di una percezione unitaria dei rischi connessi all’uso di tali prodotti e da un quadro normativo incentrato quasi esclusivamente sulla valutazione scientifica dei rischi. La direttiva che consente di ricondurre a livello statale le scelte sulla coltivazione di Ogm mira a realizzare un modello di governance che consenta un equilibrato coinvolgimento dell’Unione e degli Stati membri nei diversi momenti della valutazione e della gestione del rischio. Ciononostante, essa solleva alcune questioni in merito alla coerenza del quadro normativo dell’Unione e alla sua compatibilità con la normativa commerciale multilaterale. In particolare, l’elemento di maggiore problematicità attiene al grado di tolleranza del sistema in vigore verso valutazioni che esulano da considerazioni di carattere prettamente scientifico e l’effettiva efficacia di tali misure ai fini del raggiungimento degli obiettivi di tutela perseguiti dagli Stati membri.

PAROLE-CHIAVE: *Organismi geneticamente modificati (Ogm); Commercio; Coltivazione; Coesistenza.*



OPINIONI E SEGNALAZIONI

ALBERTO PIEROBON*

Il punto sui rifiuti da manutenzione

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* - 2. *Le attività di manutenzione: aspetti contrattuali.* - 3. *Soggetti, deposito temporaneo, responsabilità gestionale, etc.: cenni.* - 4. *Specialità (derogatorietà) dell'art. 266, comma 4 del codice ambientale: rinvio.* - 5. *Le esigenze della tracciabilità dei rifiuti.* - 6. *Occorre ricorrere all'ermeneutica, evitando la geometria del diritto.* - 7. *Varie posizioni e interpretazioni sulla gestione dei rifiuti da manutenzione.* - 8. *Schema di una sommaria check list.* - 9. *Conclusioni.* - *Allegato (diagramma).*

1. Introduzione

Nella presente ricostruzione ho cercato di rappresentare, in modo equilibrato e ragionato, le posizioni interpretative in ordine alla gestione dei rifiuti di cui trattasi, ovvero dell'art. 266, comma 4 del codice ambientale.

I presupposti di partenza sono costituiti (nel rinvio concettuale dell'anzidetta disposizione e nella sua interpretazione: vedasi la controversa questione "ermeneutica") sostanzialmente dalle definizioni: di produttore del rifiuto, del deposito temporaneo, della raccolta e trasporto, etc. nella loro relazionalità e coerenza.

Conseguentemente rilevano gli incumbenti amministrativi e gli aspetti di responsabilità dei vari soggetti coinvolti. Assumono poi importanza la concreta attività di manutenzione come pure il concreto rapporto contrattuale.

Va quindi anzitutto compresa la coerenza e sistematica dei vari istituti (generali e "particolari"), come leggibili (problematicamente) nelle diverse posizioni interpretative, talvolta foriere di contestazioni e/o di applicazioni fors'anche eccessive.

Fermo restando il rispetto della "norma" che va, appunto, interpretata, occorre riportare il tutto a una comprensione orientata alle esigenze pratiche e di buon senso. Rileva qui la "funzione" dell'istituto, così come voluto dal legislatore, tenendo conto degli aspetti critici (es. della tracciabilità).

Come vedremo, nella prassi alcuni enti provinciali hanno aderito a una lettura meno complessificata e più orientata al concreto.

È, infine, condivisibile la tesi cosiddetta "moderata" che applica la disposizione specifica dell'art. 266, comma 4 del codice ambientale,

richiamando anche gli incombenti amministrativi per assicurare la tracciabilità della gestione.

2. Le attività di manutenzione: aspetti contrattuali

Il mercato dei servizi di assistenza e manutenzione (con fornitura di pezzi di ricambio) connessi ai beni che hanno una durata nel tempo o con altra tecnologia, è considerato essere rilevante (a maggior ragione per l'elevata specializzazione e flessibilità di intervento che si richiede) e può essere distinto anche per le varie tipologie di apparecchiature: esemplare è stato il caso delle fotocopiatrici Kodak (Corte Suprema Usa, 8 giugno 1992, *Eastmen Kodak c. Image Technical Services* e altri)¹.

Pur nella mancanza di univocità del termine “manutenzione”, l'attività di manutenzione – al di là se sia configurabile (o meno) entro un rapporto di subfornitura (Legge 18 giugno 1998, n.182) – è connotabile come appalto di servizi, ovvero come un *facere* consistente nella produzione di una certa attività o nel soddisfacimento di un particolare interesse², tale comunque da «assicurare il regolare, costante, sicuro uso della *res* costruita o venduta».

È questa l'*utilitas* dovuta e voluta.

Ragion per cui «la qualificazione della fattispecie in termini di appalto di servizi appare la più idonea»³. Si tratta di un contratto di durata⁴, ove l'*opus* promesso ha carattere continuativo e periodico, è una prestazione tipica che

* Assessore regionale all'energia e ai servizi di pubblica utilità della Regione Sicilia (www.pierobon.eu).

¹ D. DURANTE, voce *Concorrenza* (dir.amm.), in *Enciclopedia del diritto*, Agg., Giuffrè, Milano, 1997.

² P. GRANDI, *Assistenza e manutenzione*, in P. CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. IX, *Computer e nuove tecnologie di comunicazione*, Utet, Torino, 2004, pag. 144.

³ D. FERRANDO, *I contratti di outsourcing e di global maintenance service*, in P. CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. XIV, *Integrazione e collaborazione*, Utet, Torino, 2004, pag.401, che cita A. BERTOLOTTI, *L'appalto di servizi*, in A. COSTANZA (a cura di), *L'appalto privato*, Utet, Torino, 2000, pag. 459. Anche la Corte di Giustizia C.E. con sentenza 24 settembre 1998, causa-76/97, ha indicato come appalto di servizi la manutenzione di macchinari e attrezzature. È noto che, a seconda dei casi concretamente prospettati, non si debba solamente utilizzare il criterio della mera prevalenza del valore economico, quanto della complementarietà-accessorietà di un elemento (fornitura, servizio, lavori) rispetto agli altri, come avviene in presenza di un appalto “misto”.

⁴ R. BACCHINI, voce *Somministrazione di servizi*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV agg.to, Giuffrè, Milano, 2000.

intende mantenere in piena efficienza determinati servizi, più esattamente di una prestazione che è conglobata con l'attività dell'appaltatore⁵.

Laddove il contratto di manutenzione non sia, come dire, un contratto "base" nel quale le attività di assistenza e/o di manutenzione sono assorbite nel negozio principale (configurandosi un contratto, per così dire, "autonomo"), assume rilevanza la prevalenza dell'attività di tipo lavorativo (appalto di servizio) o la fornitura dei pezzi di ricambio (contratto di amministrazione): operativamente le prestazioni si rinviano le une alle altre⁶.

Il corrispettivo è inclusivo di ogni e qualsiasi attività, così come dei costi ed oneri effettuati o sostenuti dal fornitore per l'esecuzione di tutte le obbligazioni previste dal contratto⁷, mentre il luogo di esecuzione del servizio da parte del manutentore (che presta il c.d. *pick-up service*) è quello dei locali del cliente (c.d. *on-site service*).

Nella prassi contrattuale il servizio di manutenzione è tra i più rilevanti nei contratti di *outsourcing*, si veda, ad esempio, il *global maintenance service* (GMC) complementare e accessorio al contratto di vendita⁸.

In ogni caso, qui si riscontra un'autonomia organizzativa e gestionale del manutentore, con compiti anche di rilevanza esterna (autorizzazioni e requisiti) e prestazioni accessorie (es. gestione delle parti di ricambio⁹). Questo contratto potrebbe altresì configurarsi quale contratto di risultato, variamente composto (es. noleggio di apparecchiature con manutenzione), i cui elementi consentono una costruzione unitaria della categoria, per cui il contratto di manutenzione potrebbe essere assorbito in altre figure contrattuali. Nel noleggio

⁵M. STOLFI, voce *Appalto (contratto di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958.

⁶E. M. TRIPODI, *I contratti di utilizzazione del computer*, in P. CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. IX, *Computer e nuove tecnologie di comunicazione*, Utet, Torino, 2004, pag. 107.

⁷A. MUSELLA, *Il contratto di outsourcing del sistema informativo*, in *Diritto Informatica*, 1998, p. 969.

⁸D. FERRANDO, *I contratti di outsourcing e di global maintenance service*, *op.cit.*, p. 401.

⁹«Particolare attenzione deve essere rivolta alle clausole che disciplinano l'impiego, la fornitura e l'installazione delle parti di ricambio e ciò per diversi ordini di motivi: in assenza di un'espressa pattuizione contraria, il *contractor* ha l'obbligo di provvedere a proprie spese e cura, a sostituire le parti di ricambio ed i materiali di consumo»: così A. DE CAPOA, *Contratti internazionali – i mille volti del contratto di "Global maintenance service"*, in *Commercio Internazionale*, n. 23, 1999 p. 956, citato da D. FERRANDO, *op.cit.*, p. 414.

ricorre soprattutto lo schema della *locatio rei* o, come detto, dell'appalto di servizi (quando non sia atipico)¹⁰.

È quindi la presenza e la concreta articolazione di un contratto di manutenzione, stipulato tra il committente e il soggetto manutentore che consentono di identificare l'attività di manutenzione, affermando la esistenza di una "vera" attività manutentiva - nella sua conformazione e limiti - anche agli effetti della verifica *ex post* di comportamenti posti in essere utilizzando (come vedremo) la deroga dell'art. 266, comma 4 codice ambientale¹¹.

3. *Soggetti, deposito temporaneo, responsabilità gestionale, etc.: cenni*

Com'è noto, vige la responsabilità del produttore o detentore per l'intera catena di trattamento del rifiuto (art. 188, comma 1 del codice ambientale)¹², per cui dobbiamo accennare al rapporto tra il rifiuto e il suo produttore.

In estrema sintesi, la giurisprudenza comunitaria sulla nozione di rifiuto ha tenuto un approccio pragmatico, mentre la giurisprudenza nazionale sembra essere più sistematica nell'inquadrare la medesima nozione. Per quanto riguarda la produzione dei rifiuti, la giurisprudenza - fuori dell'orientamento "estensivo", con funzione di garanzia unitaria per tutti i soggetti coinvolti - ha considerato la riconduzione dell'attività materiale di produzione dei rifiuti anche nell'attività giuridica, in virtù di un contratto di appalto o d'opera stipulato.

Tant'è che per la Cassazione penale (Sez. III[^], 21 aprile 2000, n.4957; conformi Cass. 9 aprile 2003; e 15 gennaio 2004, nonché n.137/2007) la

¹⁰E. MOSCATI, voce *Noleggio (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978.

¹¹Si veda la "nota direttoriale" di M. Grillo - Ministero Ambiente - Direttore Generale per i rifiuti e l'inquinamento, prot. 0007692 del 30 giugno 2015, indirizzata a Fise Assoambiente di Roma, avente per oggetto «Applicazione articolo 266, comma 4, decreto legislativo 152/2006» ove «ai fini dell'applicazione della norma richiamata, tale contratto dovrà prevedere che gli interventi di manutenzione (...) siano eseguiti esclusivamente da tecnici incaricati dall'impresa di manutenzione che ha sottoscritto il contratto e che la gestione dei rifiuti dell'attività di manutenzione (...) prodotti nell'ambito dell'attività oggetto del contratto, siano a carico dello stesso manutentore che ha sottoscritto il contratto».

¹² *Ex multis*, cfr. D. RÖTTGEN, *Sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti (SISTR)*, in F. GIAMPIETRO (a cura di), *La nuova disciplina dei rifiuti*, Ipsoa, Milano, 2011, pp. 105 ss. G. GARZIA, *Le responsabilità e i costi di gestione dei rifiuti. La responsabilità estesa del produttore*, *ivi*, pp. 129 ss.

qualitas di produttore è riferibile anche al soggetto nel cui interesse l'attività è stata o viene svolta (*contra*: 28 gennaio 2003, n.15165; 22 settembre 2004) purché sia un soggetto che - in autonomia e con gestione a proprio rischio - effettua l'attività o realizza l'opera¹³.

Viene quindi considerato produttore (in senso giuridico) anche «il soggetto che ha mantenuto di fatto, oltre che contrattualmente, il controllo e il potere di disposizione sui rifiuti prodotti dalla attività oggetto dell'appalto. In questo senso la posizione di garanzia permane in capo al committente in tutti quei casi in cui questi abbia mantenuto l'effettivo controllo sulle opere che abbiano generato i rifiuti ed il relativo potere di disposizione degli stessi, mentre la posizione di garante (e la responsabilità per il corretto smaltimento dei rifiuti) grava sull'appaltatore qualora, per il modo in cui si è concretamente e contrattualmente strutturato l'appalto di opere o servizi, il controllo ed il potere di disposizione dei rifiuti rimanga in capo all'appaltatore»¹⁴.

Sul punto la dottrina ha operato una distinzione tra gli interventi che il proprietario di un immobile svolge, anche con l'ausilio di lavoro autonomo - ma sempre sotto il suo diretto controllo - e i casi in cui «l'impresa, l'ente o il proprietario dell'immobile, affidano tali compiti a società specializzate che, con propria organizzazione dei mezzi necessari (personale e macchinari) e, con gestione a proprio rischio, assumono, dietro corrispettivo, il compimento di un servizio o di un'opera (...)». Secondo tale ricostruzione, i rifiuti derivanti da attività di manutenzione o demolizione, qualora provengano dalla esecuzione di prestazioni rese da soggetto giuridico distinto dai committenti, con organizzazione e dietro corrispettivo (cioè nell'esercizio di un'attività professionale di prestazione di un servizio) sono da considerare prodotti dal soggetto manutentore¹⁵.

¹³ Perspicuamente P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, Cedam, Padova, 2014, pp. 112-114; ID., *Elementi di diritto dell'ambiente*, Cedam, Padova, 2008, p. 109. Vedasi altresì L. COSTATO - F. PELLIZZER, *Commentario breve al codice dell'ambiente*, Cedam, Padova, 2007, pp. 483-484.

¹⁴ L. PRATI, *Responsabilità del detentore dei rifiuti per il corretto smaltimento: le novità legislative confermano gli obblighi di controllo*, in www.lexambiente.it, 2006; C. PASQUALINI SALSA, *Diritto ambientale*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2004, p.165 che cita la sentenza della Cass. Pen., Sez. III, 21 gennaio 2000 riguardante il titolare concessione edilizia dalla quale derivavano rifiuti edili: il concetto di produttore è riferito non solo alla materialità della produzione, ma include «anche il soggetto al quale sia giuridicamente riferibile» la produzione del rifiuto (posizione di garanzia); v. anche Cass. Pen., Sez. III, 10 gennaio 2001, n. 157.

¹⁵P. GIAMPIETRO, cit. da S. BERTAZZO, *Commento all'art. 183*, in N. LUGARESÌ - S. BERTAZZO (a cura di), *Nuovo codice dell'ambiente*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2009, p. 689. Si veda

In una vicenda esaminata dalla Cassazione penale, veniva ascritta al mero committente dei lavori (proprietario degli immobili dove si dovevano eseguire dei lavori edili) la qualifica del produttore di rifiuto, corresponsabilizzandolo per eventuali danni ambientali cagionati dal gestore, sulla scorta di una *culpa in eligendo* (cattiva scelta dell'appaltatore, privo di qualifiche, etc.) e *culpa in vigilando* (ingerenza e controllo su attività appaltatore, con occhio a gestione ambientale e negligente): Cassazione Pen., Sez. III, 21 aprile 2000, n.4957.

In un'altra vicenda (Cass. Pen., Sez. III, 22 settembre 2004, n. 40618) veniva chiamato a rispondere il committente dei lavori edili (dai quali scaturivano materiali di risulta, rifiuti) considerato responsabile della mancata osservanza, da parte dell'appaltatore, delle norme in materia di gestione rifiuti, perché l'esistenza in capo al committente di un dovere di garanzia dell'esatta osservanza di tali norme non era derivabile da alcune fonte giuridica.

Si deve, quindi, preliminarmente comprendere se i soggetti che intervengono in siffatti rapporti abbiano (o meno) assunto una posizione di garanzia derivabile (non tanto *ex lege* ma) *ex contractu*¹⁶.

Del resto, in generale (salvo specificazioni), il committente non sembra neppure avere il potere giuridico di impedire quell'evento in cui consiste il reato di abusiva gestione dei rifiuti commesso dall'appaltatore incaricato dei lavori: egli, infatti, ha il diritto di controllare lo svolgimento dei lavori nel suo interesse *ex art. 1662 c.c.* (ad esempio, verificando che i materiali utilizzati siano conformi a quelli pattuiti o che le opere siano eseguite a regola d'arte), ma non ha il diritto di interferire nello svolgimento dei lavori a tutela degli interessi ambientali, salvo che questi coincidano con il suo interesse contrattuale.

anche M. PERNICE - M. SANTOLOCI, *op. cit.*, pp. 164-166, ove le attività di manutenzione dell'immobile richiedano una manodopera qualificata, con professionalità specifica che presenta evidente autonomia rispetto alle attività normalmente poste in essere dal proprietario. Pur se verificando caso per caso, «i rifiuti provenienti dalla manutenzione di un impianto industriale o comunque produttivo si devono ritenere, in linea di principio, prodotti nell'esercizio dell'attività di gestione dell'impianto, perché in tal caso l'attività di manutenzione è parte integrante ed essenziale della conduzione dell'impianto», ne viene che produttore iniziale è «anche il soggetto nell'interesse del quale quella attività è svolta ed al quale è imputabile».

¹⁶ Per l'individuazione del manutentore come produttore per il tramite della "fonte" contrattuale si richiamano le sentenze della Cass. Pen., Sez. III, 21 aprile 2000, n. 4957; n. 24347/2003, 36963/2005. Sulla completa autonomia gestionale si vedano le sentenze della Cass. Pen., Sez. III, n. 40618/2004 e n. 197072/2012.

Inoltre, perché sussista una posizione di garanzia penalmente rilevante (responsabilità *ex art. 40*, comma 2 del c.p.) occorre che il soggetto abbia l'obbligo giuridico di impedire l'evento, cosicché in relazione all'inosservanza di tale obbligo, laddove l'evento in parola ravvisi un reato commesso da terzi, potrà configurarsi - a carico del titolare della posizione di garanzia - la responsabilità a titolo di concorso commissivo.

Ma, in mancanza di una legge extrapenale (cioè di una fonte legale) o di un contratto, non sembra sussistere alcuna posizione di garanzia *ex art. 40*, comma 2 del c.p.

In ossequio peraltro al principio di legalità-tassatività, la fonte deve essere sufficientemente determinata, inoltre, al principio della responsabilità penale personale (art. 27 Cost.) la condizione di garante rispetto a un bene da tutelare presuppone in capo al soggetto il potere giuridico di impedire la lesione del bene, ovverosia quell'evento (reato) indicato nell'art. 40¹⁷.

Per quanto riguarda il deposito temporaneo (DT)¹⁸, esso, com'è altrettanto noto, avviene nel luogo in cui sono prodotti i rifiuti a monte o comunque, prima della raccolta.

Tanto porta ad escludere il DT dalle attività di gestione - quindi il DT si sottrae al regime autorizzatorio -¹⁹, più specificatamente esso deposito richiede

¹⁷ G. NOÈ, *La disciplina dei rifiuti. Trasporto, stoccaggio e smaltimento*, Expert Edizioni, Forlì, 2008, pp. 103-105.

¹⁸ «Concetto tutto italiano, non avendo precedenti nella normativa comunitaria»: così M. BALLETTI, *La nuova disciplina dei rifiuti*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 48.

¹⁹ *Ex multis*, G. AMENDOLA, *Gestione dei rifiuti e normativa penale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 243 ss.; P. GIAMPIETRO, *La nuova gestione dei rifiuti*, cit., p. 44; G. AMENDOLA, *I nuovi obblighi per la gestione dei rifiuti*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 1999, pp. 128 ss.; F. FRACCHIA, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in AA.VV., *Diritto ambientale*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 332 che ricorda la sentenza della Corte di giustizia CE, 5 ottobre 1999 (cause riunite 175/98 e 177/98) per la quale alle operazioni di DT si applicano comunque le disposizioni dell'art. 4, direttiva 75/442 miranti ad attuare il principio di precauzione, mediante la previsione di cautele di natura ambientale; similmente S. MAGLIA - P. PIPERE, *Rifiuti. Le norme e gli adempimenti*, ARS Edizioni Informatiche, Milano, 2005, p. 207; A. BIANCO, *La disciplina giuridica della gestione del ciclo dei rifiuti*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Manuale di diritto ambientale*, Cedam, Padova, 2001, p. 841; G. GIOVE, *La tutela dell'ambiente nel ciclo dei rifiuti*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 89; L. COSTATO - L. PELLIZZER, *Commentario breve al codice dell'ambiente*, Cedam, Padova, 2007, pp. 486 ss., per i quali «l'istituto del deposito temporaneo dei rifiuti concerne la fase preventiva ed autonoma (ed eccezionale) della gestione dei rifiuti». Per M. PERNICE - M. SANTOLOCI, *La nuova disciplina in materia di rifiuti*, Buffetti, Roma, 2000, pp. 84 ss., il DT è parte integrante del processo produttivo, e proprio per questo non va autorizzato; analogamente M. DI MUZIO, *Vademecum per l'ambiente*, EPC Edizione, Roma, 2002, p. 32. A. BRAS, *Rifiuti*, in P. FICCO (a cura di), *Piccole imprese e ambiente. Guida agli adempimenti*

«il rispetto di tutte le condizioni previste dalla legge (..che N.d.R...) consentono di applicare le disposizioni in materia di DT poiché, in difetto, l'attività posta in essere deve qualificarsi come gestione non autorizzata, penalmente sanzionabile»²⁰, tenendo presente che «la giurisprudenza di legittimità ha specificato che l'onere della prova in ordine al verificarsi delle condizioni fissate per la liceità del DT grava sul produttore dei rifiuti in considerazione della natura eccezionale e derogatoria» dello stesso²¹.

Non manca in dottrina chi segnala nel DT «uno dei principali punti critici del sistema di gestione dei rifiuti (..) fonte di grandi illegalità, in quanto la

normativi, Edizioni Ambiente, Milano, 2005, p. 137 parla di eccezione rispetto all'ordinario regime di gestione dei rifiuti, con la conseguenza che un accumulo fuori del rispetto dei presupposti formali e sostanziali costituisce discarica abusiva, citando Cass. Pen., Sez. II, 10 ottobre 2001, n.2 597. L. RAMACCI, *Manuale di diritto penale dell'ambiente*, Cedam, Padova, 2003, p. 258, e ID., *Diritto penale dell'ambiente*, La Tribuna, Piacenza, 2015, p. 208, sottolinea il carattere eccezionale del DT in ordine al quale il giudice è tenuto a verificare con il massimo rigore la sussistenza delle condizioni di legge; O. BUSI, *op.cit.*, p. 74 parla di «deposito libero» e ricorda la «deregulation» avvenuta *in parte qua*, ad esempio per i rifiuti agricoli ex art. 28 d.l. n.5 del 2012; A. MURATORI, *Divagando sul concetto di deposito temporaneo e connessi requisiti (nota a Cass. pen. n. 20223/2014)*, in *Ambiente&Sviluppo*, n.8/9 del 2015, p. 598 parla di attività libera e (p. 600), con riferimento alla gestione dei rifiuti da manutenzione «generica» (art. 266 comma 4 cit. D.Lgs.) di «deposito temporaneo differito».

²⁰ L. RAMACCI, *La nuova disciplina dei rifiuti*, La Tribuna, Piacenza, 2008, p. 64. Si veda anche V. PAONE, *Il deposito temporaneo è un'operazione di recupero rifiuti?*, in F. GIAMPIETRO (a cura di), *Commento al Testo unico ambientale*, Ipsoa, Milano, 2006, pp. 153 ss.

²¹ L. RAMACCI, *Rifiuti: la gestione e le sanzioni*, La Tribuna, Piacenza, 2011, p.60, citando G. Amendola; B. ALBERTAZZI, *La nuova gestione dei rifiuti dopo il D.lgs. n. 205/2010*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 141 (citando Cass. Pen., Sez. III, 23 aprile 2010, n.15680). Si veda anche Cass. pen., III, 5 aprile 2001, n.13808, per il «carattere eccezionale e derogatorio rispetto alle ordinarie attività di gestione dei rifiuti». Conformemente: G. AMENDOLA, *Gestione dei rifiuti e normativa penale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 252, che cita Cass. Pen., Sez. III, 21 marzo 2000, n. 216977 e 5 aprile 2001. Anche M. SANTOLOCI - V. STEFUTTI, *Guida pratica contro gli illeciti ambientali in bianco*, La Tribuna, Piacenza, 2008, a p. 97 parlano di «ipotesi derogatoria, eccezionale, che precede la fase della gestione».

Diversa era l'ipotesi in cui l'attività di DT nel luogo di produzione poteva essere affidata dal produttore ad altro soggetto autorizzato alla gestione dei rifiuti: cfr. art. 208, comma 17, seconda parte (soppressa poi dal D.Lgs. n. 4/2008): cfr. S. MAGLIA, *La nuova disciplina del deposito temporaneo di rifiuti*, in F. GIAMPIETRO (a cura di), *Commento al Testo unico ambientale*, Ipsoa, Milano, 2006, p. 149; B. ALBERTAZZI, *La disciplina dei rifiuti*, in AA.VV., *Guida commentata alla normativa ambientale*, EPC, Roma, 2008, p. 453; M. SANTOLOCI, *Tecnica di polizia giudiziaria ambientale*, Roma, 2009, pp. 272 ss. S. LANDI - M. SANTOLOCI, *Tecnica di polizia giudiziaria ambientale*, Roma, 1999, pp. 277 ss. Del resto una delle prime modifiche (all'art. 51) del D.Lgs. n. 22/1997 (decreto Ronchi), disposte con l'art. 7, comma 6 del D.Lgs. n. 389/1997 puniva l'effettuazione non autorizzata delle varie fasi della gestione dei rifiuti solo quando essi fossero prodotti da terzi, per cui il DT dei propri rifiuti non era punibile penalmente: così L. BUTTI, *Le sanzioni*, in AA.VV., *La normativa italiana sui rifiuti*, Milano, 1999, p. 319.

perdita di sicurezza sul sito di avvio della filiera fa poi perdere di conseguenza la tracciabilità di tutto il viaggio successivo», arrivando a connotare negativamente il “deposito temporaneo extraziendale” che, per logica sistematica non può esistere e che azzerà il trasporto di rifiuti per trasformarlo in “spostamento”, con l’effetto di esentare dal FIR e dagli altri incombenti, pervenendosi così a una «legale e fisiologica “invisibilità” preventiva per la P.A.[che, n.d.r.] gioca a favore di chi vuole delinquere»²²; addirittura si paventa il pericolo di una leggerezza amministrativa che porta all’utilizzo del deposito temporaneo «come riflesso indiretto a enorme e devastante vantaggio delle forme di criminalità organizzata in materia di rifiuti (al di là naturalmente degli intenti positivi e del tutto alieni delle amministrazioni che redigono tali atti con finalità di risolvere problemi sociali e aziendali)», ma tutto questo salvo quanto previsto da normative specifiche (es. l’art. 230 del codice ambientale sulle attività di manutenzione delle infrastrutture) e aperture, pur con cautele, ai piccoli manutentori e artigiani²³.

Circa la contraddizione per la quale con l’attività della raccolta si è già in una piena gestione, per cui avendo l’art. 266, comma quarto, del codice ambientale, instaurato una *fictio iuris* di fatto si “sposta” il DT dal luogo di produzione materiale a quello del luogo del manutentore, vedasi oltre, sottolineando sin d’ora l’eccezione (specialità) della prefata disposizione, come pure di quella (spesso richiamata quale deroga, tra altro, al DT) dell’art. 230²⁴.

²² M. SANTOLOCI - V. STEFUTTI, *Guida pratica contro gli ‘illeciti ambientali in bianco’*, op. cit., pp. 79 ss. anche sull’ipotesi dell’allora art. 58, comma 7-ter del D.Lgs. n. 22/1997, ora art. 266, comma 4 del D.Lgs. n.152/2006, riguardo ai rifiuti misti da demolizione, citando una sentenza del Tribunale Penale di Pistoia (Giudice Unico) in data 22 gennaio 2004. La tematica viene affrontata dall’A. anche nell’ambito degli «accordi di programma», ove paventa la «inamovibilità» del DT dal luogo di produzione «e dalla inderogabilità della necessità del formulario nei casi di trasporto» (pp. 97 ss.). Sempre M. SANTOLOCI, *Trasporto dei rifiuti e formulario di identificazione*, AA.VV., *Il Manuale pratico dei rifiuti*, La Tribuna, Piacenza, 2002, a p. 177 preconizzava la «microraccolta» onde «conciliare la necessità (spesso reale per motivi economici) di effettuare più viaggi iniziali interconnessi con un modello di formulari impostato in modo parzialmente diverso per tali e specifici casi prefissati», superando «uno stato di microillegalità diffusa che poi crea vantaggio metastatico».

²³ M. SANTOLOCI - V. VATTANI, *Rifiuti solidi e liquidi: trasporto, stoccaggio, depositi & dintorni... percorso tra nuove regole e prassi di fatto alla luce del testo unico ambientale*, Ed. Diritto all’Ambiente, Roma, 2007, pp. 48-51.

²⁴ Cass. Pen., Sez. III, 5 settembre 2007, n. 33866: l’attività di manutenzione delle infrastrutture ex art. 230 costituisce un’eccezione alla regola generale del divieto di creazione del deposito temporaneo in luogo diverso da quello di produzione.

Il punto, si ripete, è se i rifiuti sono (o non) da considerarsi “propri” per l'imprenditore (cfr. Cass. Pen., Sez. III, 15 novembre 2000, n.157) e se le attività svolte nel DT sono (o non) di gestione. Il manutentore, per effetto di un contratto e in coerenza all'attività che gli è propria, produce dei “pezzi” (rifiuti), che grazie alla specifica disposizione dell'art. 266, comma 4 del codice ambientale porta (con automezzo autorizzato) nella propria sede, creando (nell'ambito del deposito temporaneo previsto dalla prefata disposizione) un raggruppamento, per una quantità per così dire “appetibile” di materiale uguale e non inquinato (previo controllo a monte in sede di lavoro) e quindi lo fa ritirare e trasportare all'impianto di trattamento, da un soggetto autorizzato e idoneo. Il tutto in modo trasparente, tracciabile, quindi controllabile e sicuro sotto il profilo ambientale.

Il manutentore diventa così il produttore di questi rifiuti e “gestore”, per il solo trasporto e l'accumulo temporaneo, provvedendo a far successivamente gestire da altri soggetti autorizzati i predetti rifiuti da manutenzione (salvo che essi non siano “pericolosi” già in origine).

Diversamente il rischio diventa quello di allargare eccessivamente la nozione di luogo di produzione dei rifiuti aprendo la via ad una molteplicità e serialità di siti di depositi temporanei²⁵ e, aggiungo, di altrettanti trasporti con abnorme e incongrua pressione ambientale, traffico veicolare, inquinamento e pure eccessiva (inutile) formalizzazione.

Non si può, infatti, criminalizzare (massimamente *ex ante* e in via presuntiva, addirittura assoluta) anche la gestione trasparente e positiva, peraltro legittimata da una norma speciale.

4. Specialità (derogatorietà) dell'art. 266, comma 4 del codice ambientale: rinvio

Si è accennato alla “eccezione” costituita dall'art. 230 cit.²⁶, con portata derogatoria del “luogo di produzione” (art. 183, comma 1, lett. “i”).

²⁵ Cfr. C. CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 271.

²⁶ Cfr. anche Cassazione, Sez. III, 4 marzo 2009, n. 9856. Con l'art. 230 si risolve un problema rilevante nella prassi, ossia l'identificazione del produttore della attività manutentiva come di rifiuti da strutture pubbliche (es. fognatura), originandosi un formulario falso; «con il nuovo disposto normativo tale prassi diventa legittima», così B. ALBERTAZZI, *La nuova gestione dei rifiuti dopo il D.lgs. n. 205/2010*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 288.

Anche l'art. 266 (disposizioni finali), al comma 4, «introduce un regime di favore per una particolare ipotesi di gestione di rifiuti ossia quella derivante da attività manutentive»²⁷.

La disposizione recita: «i rifiuti provenienti da attività di manutenzione o assistenza sanitaria si considerano prodotti presso la sede o il domicilio del soggetto che svolge tale attività». Tale disposizione riprende quella analoga dell'art. 58, comma 7-ter del D.Lgs. 5 febbraio 1997, n.2, cosiddetto «decreto Ronchi».

Nonostante una prima lettura che la tratteneva entro l'ambito "sanitario" (Cass. Pen., Sez. III, 5 maggio 2005, n. 16789) è stato chiarito che l'attività manutentiva, deve essere riferita, in modo pieno, a tutta l'attività manutentiva²⁸.

Infatti, qui disgiuntamente si «prevede la presunzione di origine dei rifiuti provenienti da attività di manutenzione o assistenza sanitaria presso la sede od il domicilio del soggetto che svolge tale attività»²⁹.

La volontà è chiarissima, tanto che si potrebbe provocatoriamente osservare che è una "volontà politica" e che, in quanto tale, non vuole passare la "patata bollente" al magistrato³⁰.

5. Le esigenze della tracciabilità dei rifiuti

Come già osservato, una fondamentale critica alle attività manutentive che godono del regime derogatorio dell'art. 266, comma 4, deriverebbe dalla mancanza di tracciabilità nella gestione.

In proposito, per la disciplina sulla tracciabilità non possiamo non richiamarci alla normativa Sistri (sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti) interrelata con le fonti relative alla tracciabilità cartacea (art. 188, 188 bis, 189, 190, 193, 258, comprese quelle regolamentari, es. DM su FIR e

²⁷ Così O. BUSI, *Codice dei rifiuti commentato*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2017, p. 642.

²⁸ Conformemente S. MAGLIA - P. PIPERE, in AA.VV., *La nuova gestione dei rifiuti. Dopo il D.Lg.vo 205/2010*, Piacenza, 2011, p.117.

²⁹ G. FANTINI, *Commento all'art. 266*, in N. LUGARESÌ - S. BERTAZZO (a cura di), *Nuovo codice dell'ambiente*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2009, p. 1066.

³⁰ Cfr. C.M. GRILLO, *La giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia ambientale*, in A. POSTIGLIONE (a cura di), *Economia e ambiente. Profili economici, giuridici e sociali dello sviluppo sostenibile in Italia*, Franco Angeli, Milano, 2009, p. 181.

registri) ed elettronica (art. 188, 188 *bis*, 188 *ter*, 189, 190, 193, 258, 260 *bis* e 260 *ter*, nonché ai decreti Sistri, circolari, etc.)³¹.

Ad oggi non sussiste l'obbligo di iscrizione a Sistri relativo ai rifiuti non pericolosi (l'iscrizione è infatti solo facoltativa), perché dal 2013 vige il periodo del cosiddetto "doppio binario", ove coesistono il vecchio e il nuovo sistema (ogni anno viene prorogata tale disposizione tramite la decretazione c.d. "milleproroghe").

In sintesi, l'articolo 12 del D.L. n. 244/2016 relativo alle disposizioni in materia ambientale, modificando l'articolo 11 del D.L. n. 101/2013, dispone la proroga del regime del "doppio binario": fino alla data del subentro nella gestione del servizio da parte del nuovo concessionario e comunque non oltre il 31 dicembre 2017, continuano ad applicarsi gli adempimenti e gli obblighi di cui agli articoli 188, 189, 190 e 193 del codice ambientale, nel testo previgente alle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 205/2010 (Mud, registro di c/s e formulario di identificazione), nonché le relative sanzioni.

È stata altresì disposta la sospensione delle sanzioni relative al Sistri (art. 260-*bis*, commi da 3 a 9 e art. 260-*ter* del codice ambientale), nel periodo di cui al punto 1: tali sanzioni sono relative ad omissioni o errori nell'utilizzo del sistema di tracciabilità.

Si applicano quindi le sanzioni previste dall'articolo 260-*bis*, commi 1 e 2, del codice ambientale, relative alla mancata iscrizione e all'omesso versamento del contributo Sistri con la riduzione del 50%.

Per i rifiuti prodotti da attività di manutenzione o da altra attività svolta fuori dalla sede Unità Locale³², la Scheda SISTRI – AREA REGISTRO CRONOLOGICO è compilata dal delegato della sede legale dell'ente o impresa o dal delegato dell'Unità Locale (UL) che gestisce l'attività manutentiva. Per i materiali tolti d'opera (fermo restando quanto previsto dall'art. 230, comma 1 del codice ambientale) deve essere effettuata la valutazione tecnica della riutilizzabilità del medesimo materiale, qualora dall'attività di manutenzione

³¹ Sia consentito rinviare al nostro *Il Sistri come governance dei rifiuti? Ortopedie, dermatologie, chirurgia, immunologie (Parte I e II)*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2011, nonché a A. PIEROBON (a cura di), *Nuovo manuale di diritto e pratica dell'ambiente*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012. Sul Sistri, *ex plurimis*, D. CARISSIMI, *Produttori di rifiuti e SISTRI. Tracciabilità-Regole-Procedure-Prassi*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2014, pp. 3-8.

³² Sia permesso rinviare a *Il Sistri come governance dei rifiuti? Ortopedie, dermatologie, chirurgia, immunologie (Parte I)*, cit., n. 6 del 2011, pp. 398 ss.

derivino rifiuti pericolosi, la movimentazione dei rifiuti dal luogo di effettiva produzione alla sede legale o dell'UL dell'ente o impresa effettuata dal manutentore è accompagnata da una copia cartacea della Scheda SISTRI – AREA MOVIMENTAZIONE, da scaricarsi dal sito SISTRI, debitamente compilata e sottoscritta dal soggetto che ha effettuato la manutenzione. Le attività di manutenzione (art.15, commi 1 e 2 del D.M. Sistri³³) qualora i rifiuti siano trasportati direttamente all'impianto di recupero o smaltimento dal soggetto che ha effettuato la manutenzione non si applicano i termini previsti per il trasportatore, fermo restando l'obbligo per il trasportatore di compilare la Scheda SISTRI – AREA MOVIMENTAZIONE prima della movimentazione dei rifiuti. In caso di movimentazione di rifiuti non pericolosi (RNP) la Scheda SISTRI- AREA MOVIMENTAZIONE va compilata dai trasportatori prima della movimentazione dei rifiuti stessi. Durante il trasporto i rifiuti sono accompagnati dalla copia cartacea Scheda SISTRI- AREA MOVIMENTAZIONE relativa ai rifiuti movimentati, stampata dal produttore al momento della presa in carico dei rifiuti da parte del conducente dell'impresa di trasporto³⁴.

Abbiamo ricordato che l'obbligo di adempiere al Sistri si ha solamente se dall'attività di manutenzione, per come effettuata, derivano rifiuti speciali

³³ Art. 15 (rifiuti prodotti da attività di manutenzione e da attività sanitaria – disposizioni specifiche). 1. Nel caso di rifiuti prodotti da attività di manutenzione o da altra attività svolta fuori dalla sede dell'unità locale, la Scheda SISTRI-AREA REGISTRO CRONOLOGICO è compilata dal delegato della sede legale dell'ente o impresa o dal delegato dell'unità locale che gestisce l'unità manutentiva. 2. Fermo restando quanto previsto all'articolo 230, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, per i materiali tolti d'opera per i quali deve essere effettuata la valutazione tecnica della riutilizzabilità, qualora dall'attività di manutenzione derivino rifiuti pericolosi, la movimentazione dei rifiuti dal luogo di effettiva produzione alla sede legale o dell'unità locale dell'ente o impresa effettuata dal manutentore è accompagnata da una copia cartacea della Scheda SISTRI –AREA MOVIMENTAZIONE, da scaricarsi dal sito internet www.sistri.it, debitamente compilata e sottoscritta dal soggetto che ha effettuato la manutenzione. Le attività di manutenzione di cui all'art. 266, comma 4 (assistenza sanitaria presso la sede del soggetto, non quindi il materiale tolto d'opera) vengono contemplate dal Manuale che prevede i soggetti: Produttore di rifiuti pericolosi e quelli relativi all'art. 212, comma 8 cioè i Produttori di rifiuti pericolosi propri fino al limite dei 30 kg., iscritti all'ANGA e iscritti al SISTRI per le attività di trasporto dei propri rifiuti pericolosi entro il predetto limite dei 30 kg. dotati di *black box*.

³⁴ Tale copia, firmata elettronicamente dal produttore dei rifiuti e dall'impresa di trasporto dei rifiuti, costituisce documentazione equipollente alla scheda di trasporto. Ove necessario sulla base della normativa vigente, i rifiuti sono accompagnati da copia del certificato analitico che ne identifica le caratteristiche, che il produttore dei rifiuti allega in formato "pdf", alla scheda SISTRI – AREA MOVIMENTAZIONE: art. 18, comma 4.

pericolosi, la cui movimentazione dal luogo di effettiva produzione, alla sede legale o all'unità locale dell'impresa di manutenzione (cui viene formalmente imputata la produzione di rifiuti) è accompagnata da una copia della Scheda SISTRI Area Movimentazione, da scaricarsi dal sistema, debitamente compilata e sottoscritta dal manutentore.

I rifiuti vanno poi registrati nel Registro Cronologico. Gli automezzi di trasporto del manutentore, solo se trasportano direttamente i rifiuti all'impianto hanno l'obbligo della *black box*.

La procedura è utile perché essendo incardinata nell'ambito Sistri, è una sorta di "modello di blindatura" secondo il (per così dire) principio del "nel più è compreso il meno": nella Scheda Sistri Area Movimentazione, campo «Annotazione», si riporta l'indirizzo del sito di manutenzione come luogo di partenza del rifiuto, nella sezione relativa al trasporto si indica il percorso e le informazioni necessarie³⁵.

Tornando alla questione della tracciabilità del rifiuto, quest'obbligo scatta sin dalla sua produzione, per seguirlo fino al trattamento finale, anche attraverso gli obblighi documentali, «in quanto essa è diretta a permettere il continuo controllo della situazione e spesso anche la localizzazione dei rifiuti»³⁶.

Quindi, va ribadito che per i (si noti) "casi particolari"³⁷ dei rifiuti derivanti da una attività di manutenzione³⁸, ovvero di cui all'art. 230 – infrastrutture - e all'art. 266, comma 4 del codice ambientale, questi rifiuti si considerano prodotti presso la sede o domicilio del soggetto che svolge tale attività, e che vanno tracciati, tant'è che anche il Sistri (si ripete: reso

³⁵ Cfr. P. MASCIOCCHI, *Rifiuti. Come cambia la gestione dei rifiuti*, Il Sole 24 Ore, 2011, pp. 149-150, il quale aggiunge che al trasporto dei propri rifiuti pericolosi derivanti da attività di manutenzione con mezzi aziendali, preventivamente iscritti all'Albo nazionale gestori ambientali secondo le procedure di cui all'art. 212, comma 8, del D.Lgs. 152/06, si applica il limite giornaliero di 30 kg/30 lt. di rifiuto trasportato.

³⁶ N. LUGARESI, *Diritto dell'ambiente*. Quarta edizione, Cedam, Padova, 2012, p. 146.

³⁷ Cfr. M.L. NEPI - E. ONORI, *Gestione dei rifiuti*, in P. FICCO (a cura di), *Rifiuti e bonifiche nel nuovo Codice dell'ambiente*, Edizioni ambiente, Roma, 2007, che contempla i casi particolari entro le tematiche dei registri di carico (pag. 72, par. 8.5) e scarico e dei formulari di trasporto (p. 80, par. 9.4), e P. MASCIOCCHI, *Rifiuti. Come cambia la gestione dei rifiuti*, Il Sole 24 Ore Norme & Tributi, Milano, 2011, p. 354.

³⁸ Che è stata tendenzialmente «definita come quell'attività di mantenimento, conservazione in buono stato, in condizioni di efficienza e funzionalità» di una opera, attrezzatura, etc.: G. CRISTOFARO, in P. GIAMPIETRO (a cura di), *La nuova gestione dei rifiuti*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2009, p. 270.

obbligatorio solo per i rifiuti pericolosi) tiene conto degli “spostamenti” che il soggetto compie tra luogo effettiva produzione del rifiuto e luogo dove svolgerà il deposito temporaneo.

Per dire, come vedremo, che (oltre alla doverosa iscrizione all’Albo gestori ambientali *ex art.* 212) con l’utilizzo dei consueti sistemi di tracciabilità cartacea (formulari di identificazione dei rifiuti, registro di carico e scarico, etc.) si può ben adempiere e soddisfare appieno ai requisiti e principi della tracciabilità.

6. Occorre ricorrere all’ermeneutica, evitando la geometria del diritto

In linea generale (con le considerazioni che seguono) è condivisibile l’affermazione per la quale «il ragionamento giuridico è fatto di ordine, completezza e strutture: non di inutili complicazioni»³⁹.

Com’è ben noto, l’interpretazione richiama e viene, per così dire, “attraversata” da diversi criteri, tanto che occorre (spesso, non sempre però) oltrepassare la letteralità (interpretazione grammaticale-sintattica: art. 12 disp. prel. cod. civ.⁴⁰) della legge, per arrivare a comprendere la *ratio legis*⁴¹, ricercando l’effettiva volontà del legislatore⁴², in un sistema logico e coerente (*ratio iuris*), altresì riletto in senso evolutivo e in una interpretazione costituzionale.

Infatti, parlare di tutto come pura e semplice tecnologia sociale è nient’altro che cinismo⁴³, per cui occorre prendere posizione, il che vuol dire,

³⁹ L. BUTTI, *Che cos’è, come viene applicato e a cosa serve il diritto*, in L. BUTTI - G. LAGEARD, *Manuale di Ambiente e Sicurezza*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2003, p. 5. Cfr. L. LANTELLA - R. CATERINA, *Se X allora Y*, vol. I, *l’universo della regola*, e vol. II, *lavorare con le regole*, Giappichelli, Torino, 2009.

⁴⁰ Criticamente si veda P. PERLINGERI, *L’interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell’art. 12 disp. prel. cod. civ. e la nuova scuola dell’esegesi*, in *Rass. Civ.*, 1985, p. 1008.

⁴¹ V. ITALIA, *L’interpretazione delle regole giuridiche nei sistemi normativi*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 12.

⁴² «Non si legge *sic et simpliciter* la norma, ma si vuole, anzi, si intende, ricercare la volontà di chi ha creato la norma, la volontà del legislatore [che è, n.d.r.] richiamata in via astratta e quasi come personificazione della norma: norma che col tempo trova appunto interpretazione diversificata per la diversa mutazione delle esigenze sociali», alla stregua del «metodo storico-evolutivo», così G. LEVI, *Interpretazione della legge: i principi generali dell’ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2 ss.

⁴³ G. ZAGREBELSKY, *L’idea di giustizia e l’esperienza dell’ingiustizia*, in C.M. MARTINI - G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, Einaudi, Torino, 2003, p. 24.

tra altro, al di là degli atti meramente operativi, «ascoltare i richiami dell'esperienza [...] e soltanto dopo aver ascoltato e cercato di capire, assumere la propria parte di responsabilità»⁴⁴, massimamente in decisioni strategiche e di architettura organizzativa quale si prospetta essere quella sulle attività di manutenzione produttive di rifiuti.

Chi si ritiene essere un buon realista (come lo era M.S. Giannini) sa che occorre «trarre il sistema dal reale»⁴⁵, non tanto viceversa. Si tratta di aspetti che sono inestricabilmente connessi l'un l'altro, un po' come si dice avvenga tra teoria e prassi, tra materiale e immateriale, tra visibile e invisibile.

Purtuttavia, in questo procedere, dobbiamo ammettere che spesso rimaniamo nella condizione del labirinto, dove nessuno sbocco è mai assicurato, e se troviamo uno sbocco, questo non è mai finale, perché «l'unica lezione del labirinto è la lezione della strada bloccata»⁴⁶.

Ma, per semplificare e volgere ad aspetti più concreti: «il diritto è uno strumento per prevenire e dirimere i conflitti di interesse nella società»⁴⁷ che deve poggiare nel «nodo problematico radicale dell'esperienza giuridica», perché «l'errore grossolano è quello di ritenere che l'applicazione formale del disposto normativo, ossia dell'imperativo veicolato dalla legge al caso, abbia automaticamente l'effetto di risolverlo»⁴⁸. Da qui la «purificazione» del linguaggio giuridico alla ricerca di una rigosità che si ordina a sistema, completando il significato della legge, ma fuori dalla chiusura della lingua giuridica, superandone l'autoreferenzialità, perché l'assertorietà del linguaggio giuridico, con la sua resistenza alla problematicità del discorrere e del controvertere, è la stessa determinazione dell'atto problematico intrinseco ad essi (non è quindi una mera accidentalità storica)⁴⁹.

Nell'ambito del fenomeno della amministrativizzazione della legge (della esecuzione delle norme da parte della pubblica amministrazione) e poi

⁴⁴ Così' N. BOBBIO nel 1951, cit. da M. REVELLI, *Presentazione*, in AA.VV., *Lezioni Bobbio*, Torino, Einaudi, 2006, p. VII.

⁴⁵ Tanto che M.S. Giannini parlava di «invarianti», piuttosto che di dogmi: vedasi S. CASSESE (a cura di), *Massimo Severo Giannini. Maestri del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. XV-XVII.

⁴⁶ N. BOBBIO, *Il problema della guerra e della pace*, Il Mulino, Bologna, 1979, pp. 22-23.

⁴⁷ R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 122.

⁴⁸ F. GENTILE, *Legalità. Giustizia. Giustificazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, pp. 65 e 79.

⁴⁹ G. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova, 2005, p. 130 e p. 148.

della giuridicizzazione della PA, la produzione di norme è sempre più «un processo tecnico volto a regolare situazioni specifiche»⁵⁰.

La dottrina tutta, nell'interpretare l'art. 266, comma 4 del codice ambientale, ha sollevato la questione della *fictio iuris* (*nomen* foggiato dal diritto romano) che dobbiamo quindi ora esaminare, con l'aiuto (appunto) dell'ermeneutica.

La *fictio iuris* non subentra per dare vita a una norma (che altrimenti sarebbe morta), cioè per rinsanguare la pretesa purezza del diritto o l'ipostasia della sua scienza, perché qui (bobbianamente) va colta l'intima razionalità della legge, più che fermarsi ad attribuire ad essa una volontà diversa tramite, appunto, questa figura.

Così, ove venga lamentata (come è avvenuto per i rifiuti da manutenzione) l'esistenza di una lacuna, per l'inadeguatezza della norma c.d. "a fattispecie astratta" in quella c.d. "a fattispecie concreta", la soluzione della *fictio iuris*, volendo rimanere entro l'ambito codicistico (del codice ambientale), fa comunque prevalere la fattispecie del produttore e del deposito temporaneo, anche nella fattispecie particolaristica (quale è l'art.266, comma 4), ma in modo diverso, che va accettato in quanto voluto espressamente per regolamentare aspetti particolaristici, resi compatibili con i caposaldi giuridici della normativa di settore o generale che sia.

Il tutto avviene con la *fictio iuris*, che in maniera (ci si passi l'improprietà) quasi "analogica", attribuendo alla norma speciale una fattispecie diversa, fino a cercare una "nuova" norma con la "estensione" della norma speciale alla norma esistente (quella generale) sul produttore e sul deposito temporaneo.

La *ratio* è la medesima ed è stata ritenuta confacente alla fattispecie particolaristica che di per sé deve (mi si consenta il termine) "girare", senza creare un cortocircuito. In questo risiede la funzione della *fictio iuris*.

Insomma, sarebbe l'estensione di una *ratio* di una norma (quella sugli istituti del produttore, il deposito temporaneo, etc.) che si riconosce simigliante alla fattispecie concreta esaminata (sull'attività del manutentore che produce rifiuti "particolari" ovvero, come si dirà oltre, "trascurabili"), e che "allarga" l'ambito di questa norma particolaristica (sui rifiuti da manutenzione), per ricomprendervi qualcosa della norma generale dalla quale altrimenti si allontana

⁵⁰ A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 35-36.

o con la quale fa cortocircuito, almeno secondo l'usuale ricostruzione logico-sistemica (intesa "geometricamente").

Com'è stato evidenziato, l'interpretazione estensiva sembra sfuggire, assieme alla *fictio iuris*, al divieto dell'analogia di cui all' art.1 del c.p. In questa figura va valorizzata la volontà legislativa (lo scopo), per cui alla *mens legis* si sostituisce la *fictio iuris*. Per dirla, come va detta, si tratta indubbiamente di disposizioni che favoriscono determinati interessi⁵¹.

La finzione viene quindi impiegata come uno "strumento tecnico peculiare" in senso giuridico.

È, come detto, il tratto di unione tra la regola generale e quella speciale, che vengono collegate più che contrapposte.

Nella categoria della specialità si «esprime un rapporto, una comparazione tra due o più norme o regole, la specialità delle norme quindi deve essere intesa in senso positivo, per ciò che essa esprime [...] una complementarità rispetto alla generalità ed alla genericità [...]. La norma speciale si aggiunge (e per questo aspetto è complementare) ad un'altra norma, sia essa generale o generica o speciale, ed è questo aspetto della "diversa aggiunzione" che costituisce la specialità della norma speciale. La norma speciale, perciò, aggiunge qualcosa di diverso a quanto vi era precedentemente, e questa diversità è applicata alle esigenze di una diversa situazione di fatto, di una situazione speciale, e, quindi, di una autonoma '*facti species*'»⁵².

Circa i limiti della specialità, «il problema va considerato sotto il profilo della compatibilità o incompatibilità» con più norme, cioè della possibilità che le due norme vengano applicate a soggetti o fattispecie nuove e diverse. Non si tratta di una eccezione (di uno *ius singulare*) perché «è una regola minoritaria

⁵¹ E. PARESCHE, voce *Interpretazione (filosofia del diritto e teoria generale)*, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1972. Sembra qui echeggiare la dottrina (dello Jhering) per il quale le leggi sono il prodotto di interessi.

Per G. Gurvitch il fatto normativo è quel particolare fatto della vita associata, parafrasando Vico, nei casi ove «*res et factum convertuntur*». N. Bobbio reputa però essere ambiziosa e confusa la teoria del Gurvitch, perché i fondamenti di legittimità sono nel potere (quanto è effettivo: si veda R. Meneghelli) permettendo così di distinguere, alla fine, i fatti non giuridici, «mentre i fatti normativi sono elementi di un sistema, l'effettività è il principio di legittimazione del sistema»: N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 56 *et passim*.

⁵² V. ITALIA, *La fabbrica delle leggi. Leggi speciali e leggi di principio*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 57 ss.

rispetto alla regola generale. Le norme speciali, invece, non patiscono numero»⁵³.

La deroga, come osservato, diventa l'estensione (sintomatico è quanto avvenuto con la figura della "persona giuridica"), come espediente pratico per mettere in rilievo gli elementi di differenza⁵⁴.

Più precisamente: «si suole generalmente designare come 'finzione giuridica' (*fictio iuris*) quel procedimento logico, per cui, pur non essendo un dato fatto direttamente contemplato da una norma giuridica, si riesce ad assoggettarlo ugualmente alla disciplina dettata da quest'ultima, immaginando che in luogo del fatto stesso se ne sia verificato un altro diverso, rientrante nella previsione normativa». Così vengono conciliate due opposte esigenze: quella di rispettare le vecchie norme e quella di assecondare lo svolgimento del processo giuridico, sensibile alle istanze nuove determinate dall'avanzamento della civiltà, per cui (si noti) «si ricorre alla finzione quando nemmeno in via di interpretazione estensiva o analogica può sottomettersi una determinata situazione di fatto all'imperio di una norma», talché la finzione può essere definita come (si badi) «una ideale modificazione e correzione della realtà concreta, diretta a rendere possibile l'applicazione di una norma, altrimenti non applicabile»⁵⁵.

Ecco perché, nella lettura dell'art. 266, comma 4, dove sembra emergere la difficoltà di arrivare a una chiara soluzione, nelle contraddizioni fra i diversi criteri utilizzabili, emerge una antinomia c.d. di secondo grado, la cui soluzione «è affidata alla valutazione dell'interprete, e quindi può variare da interprete a interprete»⁵⁶. Ricordiamo infatti che «i criteri di soluzione delle antinomie non sono suscettibili di una interpretazione meccanica»⁵⁷.

⁵³ V. ITALIA, *La fabbrica delle leggi*, cit., p. 61.

⁵⁴ S. PUGLIATTI, voce *Finzione*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1968.

⁵⁵ Ad es. nel diritto romano - nella creazione pretoriale - per consentire allo straniero di essere parte di un procedimento per furto o altro si ricorreva alla finzione di considerarlo cittadino romano. Si veda V. COLACINO, voce *Fictio iuris*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, Utet, Torino, 1957.

⁵⁶ N. BOBBIO, *Contributi*, cit., p. 210.

⁵⁷ R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 26 ss. aggiungendo che il c.d. sistema giuridico (fatto di insieme sincronico di norme, dei micro-sistemi), avendo più tecniche possibili di soluzioni delle antinomie, «non è altro che il frutto delle attività sistematiche dei giuristi». Il giurista, come osserva N. IRTI (*L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999), è ormai un «tecnico dei micro sistemi», esperto delle singole leggi speciali così in G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 91.

Si ritorna così al labirinto e al ginepraio interpretativo⁵⁸.

Occorre però - ancora una volta - verificare se l'istituto speciale di cui all'art. 266, comma 4, sia (o meno) compatibile con altri istituti più generali (valevoli per tutti, salvo talune deroghe: es. gli agricoltori e i manutentori), ad esempio quelli di produttore, deposito temporaneo e gestione. Anche se il concetto di compatibilità va valutato meglio anche nelle conseguenze, cioè nel "dopo" della norma⁵⁹. Ancora, il limite (il nucleo) alla diversità tra il blocco degli istituti generali e della norma derogatoria (che utilizza la *fictio iuris*) viene dato dalla 'ratio', dalla 'mens', etc.⁶⁰ di "A" (il "blocco" degli istituti "caposaldi") rispetto alla legge o alla disposizione speciale di "B" (l'art. 266, comma 4) o, ancora, al principio "C" (es. la "tracciabilità").

Si tratta, ognun se ne avvede, di delicatissimi rapporti generalità-specialità, i quali se non sono gerarchici, sono di coordinamento e di bilanciamento, presentando rapporti nuovi rispetto alla specialità che deroga, soprattutto in presenza di più norme⁶¹.

Ecco perché servono nuove regole e, soprattutto, perché la letteralità è un relitto storico: la disposizione dell'art. 266, comma 4, non è da considerarsi quale *hortus conclusus*, non è una disciplina diversa, presenta piuttosto una differenziazione di qualità. Solo col continuo bilanciamento le norme sono e restano vitali, potendosi creare simmetrie tra le norme, nell'obiettivo della loro compatibilità⁶².

La regola derogatoria è meno estesa (abbraccia una *species* del *genus*) ed è per una fondamentale esigenza di giustizia – differenziare le categorie –, altrimenti il trattamento eguale di persone che appartengono a categorie diverse porterebbe all'ingiustizia. Siamo di fronte all'ipotesi della cosiddetta "antinomia

⁵⁸ La norma va intesa quale prodotto culturale e quindi si applica la tecnica della ricerca genetica e teleologica? Ad esempio (riprendendo un esempio di Bobbio) «mi trovo davanti alla proposizione prescrittiva 'Chiudi la porta'. Ma nella stanza in cui mi trovo vi sono due porte aperte [delle quali solo una dà sul corridoio, n.d.r.]: quale devo chiudere?». Si può risolvere questo dubbio in via deduttiva, ricorrendo ad altra norma generale per la quale «bisogna chiudere tutte le porte che danno sul corridoio» o, nella inesistenza di una norma generale in via della induzione, cercando chi ha emesso quel comando e in quali condizioni, e per quali ragioni? «Ricaverò certamente alcuni argomenti, i quali mi permetteranno di stabilire, non come una conseguenza necessaria, ma con maggiore o minore probabilità, quale delle due porte dovrà essere chiusa. Il giurista applica entrambe le tecniche»: N. BOBBIO, *Contributi*, cit., p. 292.

⁵⁹ V. ITALIA, *La diversità nelle leggi*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 23.

⁶⁰ V. ITALIA, *La diversità*, cit., p. 29.

⁶¹ V. ITALIA, *La diversità*, cit., p. 42.

⁶² V. ITALIA, *La diversità*, cit., pp. 95-96.

totale-parziale” tra disposizioni che sono incompatibili tra di loro, in quanto complementari⁶³.

Infine, come è emerso recentemente nella giurisprudenza costituzionale e in dottrina, si impone il ricorso al criterio della ragionevolezza (quale deroga al principio costituzionale di uguaglianza), secondo il quale è illegittimo trattare uniformemente situazioni fra loro diverse quando, appunto, la ragionevolezza richiede un trattamento differenziato⁶⁴.

Il principio di ragionevolezza, infatti, «non solo vieta il trattamento differente di fattispecie eguali, ma anche il trattamento eguale di fattispecie differenti» [perché, n.d.r.] «l’esigenza della ragionevolezza della legge che (...) sta alla radice della problematica costituzionale, è una istanza generale imposta dalla consapevolezza che il giudizio di validità è la conclusione di un ragionamento giuridico e non più un accertamento notarile»⁶⁵.

Ne viene che, con l’emergere del criterio della ragionevolezza (costituzionale), la natura della legge non è tutta e solo positivizzazione di una volontà legislativa⁶⁶.

Pertanto va valutata la necessità di una ragionevole giustificazione della deroga. Ma il criterio di ragionevolezza è (si badi) una finzione, non essendo altro «che una valutazione politica, assoluta e insindacabile, un aprioristico e assoluto giudizio di valore»⁶⁷. È una precisa scelta che viene, come osservato, resa compatibile con il sistema normativo e pure valoriale in essere.

Difatti, come notato, «tutti i giudizi di ragionevolezza tendono a coordinare la norma di legge con il caso concreto, nel senso della sua adeguatezza rispetto alle esigenze del caso», in una “logica dei valori” (Baldassarre) come metodo problematico, ossia non apodittico, epagogico-

⁶³ F. MODUGNO, voce *Ordinamento generale (dottrine generali)*, par. “Criteri risoluzione antinomie”, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980.

⁶⁴ F. GALGANO, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Cedam, Padova, 2010, p. 30. Cfr. anche F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 241 ss.

⁶⁵ F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 360 e pp. 364-365. È «illegittimo il trattamento legislativo uniforme di situazioni tra loro diverse, quando la ragionevolezza avrebbe richiesto un trattamento differenziato»: così F. GALGANO, *Il diritto e le altre arti*, Editrice Compositori, Bologna, 2009, p. 153.

⁶⁶ G. ZAGREBELSKY, *L’idea di giustizia e l’esperienza dell’ingiustizia*, in C.M. MARTINI - G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, Einaudi, Torino, 2003, p. 26.

⁶⁷ V. ITALIA, *La fabbrica delle leggi. Leggi speciali e leggi di principio*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 27.

deduttivo. Poiché «i modi dell'argomentazione non sono quelli propri del metodo sillogistico tradizionale, ossia del diretto raffronto di compatibilità-incompatibilità tra parametro (norma costituzionale) e oggetto (norma legislatore) indipendentemente cioè dalla considerazione dei casi concreti», ne discende una «ermeneutica necessariamente problematica ispirata alla c.d. ragionevolezza come ragione attenuata, probabilistica». Si approda così alla «logica della 'ragione attenuata', modulata, plurivalente, ossia della razionalità giustificativa della decisione, della logica del verosimile, del probabile, del ragionevole, propria di ogni discorso pratico, condizionata anche da scelte di carattere assiologico», ossia di una logica polivalente, non più del vero-falso, ma pure intermedia della possibilità o del grado di verità⁶⁸.

Per concludere, nel diritto ci troviamo continuamente di fronte ad atti intenzionali di pensiero. Anche il legislatore nel prospettarsi possibili soluzioni e nel prescegliere quelle che ritiene essere le più appropriate, lavora con atti intenzionali⁶⁹. La norma è quindi l'esito di un progetto intenzionale⁷⁰, l'importante è che essa non sia "anarchica" ovvero una "bomba" nel reticolo delle norme e/o del sistema giuridico-valoriale.

Del resto l'ermeneutica non è una tecnica ausiliaria, bensì una forma ontologica della comprensione del mondo, decretando implicitamente la secondarietà della conoscenza metodica e tecnico-scientifica poiché «la comprensione ermeneutica va anzitutto alla ricerca del senso, senza troppo preoccuparsi della verifica metodica». Non possiamo non essere partecipi alla prassi sociale, a partire dalla quale si accede ai significati delle disposizioni normative, per cui «comprendere non è un semplice riconoscere che qualcosa 'è così', ma è riconoscere il motivo e il senso di questo 'essere così'». È proprio perché la normatività è frutto di fattori complessi, che col controllo del giudice - assistendo alla proliferazione dei centri di normatività - non evita la fonte formale, ma fa il possibile per evitare l'irragionevolezza delle regole (la finalità essenziale del diritto).

⁶⁸ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007: pp. 31, 47, 51, 56-57, 65-66, 70 e 83.

⁶⁹ F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 123

⁷⁰ Essa vuole qualcosa rimandando a qualcuno che lo ha voluto.

Quindi la funzione dell'interpretazione non è più ristretta alla sussunzione del caso particolare nella fattispecie normativa generale e astratta secondo gli ideali illuministici⁷¹.

Ecco una spiegazione più coerente e approfondita sull'esistenza dell'art. 266, comma 4 nel suo corretto rapporto (anche di compatibilità) con le altre norme del sistema di gestione dei rifiuti.

7. Varie posizioni e interpretazioni sulla gestione dei rifiuti da manutenzione

Limitandomi a sintetizzare il pensiero di vari autori, sostanzialmente si rinvencono diverse interpretazioni richiamantesi, di volta in volta, soprattutto alle “definizioni” nella loro scansione logico-temporale, alla giurisprudenza, a considerazioni sistematiche e così via.

Sugli aspetti “ermeneutici” appena svolti, mi sono sforzato di illustrare quanto può contribuire a formulare una interpretazione concreta e direi “pacificata” dell'art. 266, comma 4, in quanto espressamente voluta per assecondare delle esigenze particolari, onde non far ricadere l'attività di manutenzione produttiva di rifiuti (per la sua modestia, flessibilità e trascurabilità) in eccessivi rigorismi, comunque non vulnerando importanti capisaldi della gestione ambientale, ad esempio quelli della tracciabilità e del minor impatto possibile sull'ambiente.

In buona sostanza, si possono enucleare le seguenti posizioni emerse in dottrina:

- quella “negazionista” (invero minoritaria), che nettamente osteggia l'art. 266 comma 4 del codice ambientale, in quanto foriero di comportamenti addirittura criminali, comunque (al di là della *fictio juris*) svolgentesi in una sorta di cortocircuito concettuale⁷²;

- quella (all'inverso) “eccessiva”, la quale, partendo dalla *fictio juris* voluta con la prefata disposizione, sostiene che «le operazioni di trasporto non devono essere accompagnate dal formulario di identificazione dei rifiuti in quanto non c'è il trasporto, ma esiste solo una fase di trasferimento dei rifiuti

⁷¹ F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 198, 323 e 329.

⁷² Vedasi M. SANTOLOCI, opere *supra* citate.

dal luogo di effettiva produzione a quello in cui ha sede il soggetto manutentore»⁷³;

- quella “rigoristica”, che non ammette la *fictio iuris* per una norma che sarebbe peraltro in contrasto con altre di rango superiore (sul deposito titoli), aggiungendo che nella produzione di rifiuti da attività manutentiva non si può ritenersi esclusi dall’attività gestionale della raccolta e del trasporto che parte dal deposito titoli e che va effettuata verso un impianto di destinazione, non ad un finto (derivante dalla *fictio iuris*) deposito temporaneo⁷⁴;

- quella “moderata” (bilanciata e prudentiale), per la quale la disposizione in esame introduce volutamente una deroga, attraverso una *fictio iuris*, che però non prevale sulla regola del trasporto dei rifiuti di cui all’art. 193 del codice ambientale (cfr. anche Cass. Pen., Sez. III, 10 maggio 2012, n. 17640) e sul principio-esigenza della tracciabilità del rifiuto.

Per cui (come vuole l’art. 266, comma 4), i rifiuti si considerano prodotti presso la sede del manutentore (non del luogo ove è avvenuta la manutenzione), in quanto il manutentore va considerato come produttore (art. 183, comma 1, lett. “b”), che potrà quindi tenere, presso di sé un deposito temporaneo (art. 183, comma 1, lett. “m”), talché il trasporto avviene con formulari (Fir) e sugli automezzi del medesimo appaltatore (quando non intervengano terzi) iscritti all’albo gestori ambientali, ex art. 212, comma 8 del codice ambientale⁷⁵.

8. Schema di una sommaria check list

⁷³ O. BUSI, *op.cit.*, p. 643. Altri parlano di “spostamento” in luogo del trasporto, ma il termine – almeno in senso proprio - si riferisce solo alla movimentazione entro il sito di produzione.

⁷⁴ G. TAPETTO, *Rifiuti da manutenzione e da attività sanitarie tra 152/2006 e Sistri*, in www.ambientediritto.it e, nel 2015, *Rifiuti da manutenzione fra ermeneutica, dottrina, giurisprudenza e prassi*, in www.ambientediritto.it.

⁷⁵ L. PRATI, *I rifiuti da manutenzione nel D.Lgs. n. 152/2006 tra giurisprudenza e prassi applicativa*, in *Ambiente&Sviluppo*, n. 5/2015, p. 289 *et passim*; P. FICCO, *Risposta a quesito 1078*, in *Rifiuti. Bollettino di informazione normativa*, Milano, n. 237, marzo 2016, p. 68; S. MAGLIA, *La gestione dei rifiuti dalla A alla Z. Dopo il Testo Unico ambientale*, Ipsoa, Milano, 2009, pp. 51-52. Anche alcune Province hanno adottato (se non anticipato) questa posizione: la Provincia di Brescia 9 settembre 2010, prot. 0101878/2010 e quella di Vicenza, reperibile all’indirizzo URL <http://www.artigianinet.com>.

Per una maggiore concretezza rappresentativa rispetto a quanto sopra argomentato, si può abbozzare una sorta di *check list* relativa alla gestione dei rifiuti da attività di manutenzione:

- *Rifiuti*: sono identificabili senza necessità del certificato di analisi. Basta quindi la descrizione con il codice EER (*ex Cer*). In questa sede non rileva il certificato analitico, a maggior ragione considerato che trattasi di un rifiuto non pericoloso;

- *Abilitazioni e qualità professionali del manutentore*: iscrizione alla corretta categoria per trasporto Albo Nazionale Gestori Ambientali (ANGA). È sufficiente l'iscrizione *ex art. 212*, comma 8, anche conosciuta come categoria *2-bis* utilizzabile dai produttori iniziali di rifiuti non pericolosi che effettuano operazioni di raccolta e trasporto dei propri rifiuti. Una copia dell'iscrizione, in corso di validità, va conservata sul mezzo come copia autentica o dichiarazione di conformità all'originale sottoscritta dal legale rappresentante *ex art. 47 D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445*;

- *Redazione del formulario di identificazione dei rifiuti (Fir di cui all'art. 193 del codice ambientale)*: il manutentore deve possedere un "blocco" di formulari vidimati presso la CCIAA della propria sede, conformi a quanto indicato dal D.M. n. 145/1998. Il Fir deve essere registrato prima della partenza dal luogo di produzione, ed al momento dell'emissione il Fir va compilato in ogni sua parte ad eccezione del campo 11, che andrà "chiuso" all'arrivo presso il sito di deposito.

In particolare, per il peso dovrà sempre essere indicato un valore numerico (si badi: anche se semplicemente stimato) e mai lasciata la c.d. "fleggatura" solo sulla voce "peso da verificare a destino" (campo 6), ad esempio perché non è possibile pesare i rifiuti prima della partenza. Inoltre, nella parte delle "Annotazioni" (campo 3) occorre scrivere che si tratta di una attività di manutenzione effettuata *ex art. 266*, comma quarto, del codice ambientale; il luogo dove si è svolta l'attività di manutenzione (del committente insomma, dove sono stati materialmente prodotti i rifiuti) e, se proprio si vuole, per così dire... "eccedere" in prudenza e trasparenza, riportando gli estremi del contratto di manutenzione che prova il rapporto costituitosi tra le parti.

Tutte e 4 le copie del formulario sono detenute a bordo dell'automezzo dal manutentore medesimo (*rectius*, produttore) che le conserverà, in seguito al 'carico' del deposito temporaneo, copie che saranno abbinate al registro, presso la sede dove la merce viene depositata.

Si avrà quindi che produttore, trasportatore e destinatario coincidono con il soggetto manutentore.

Il committente non dovrà quindi occuparsi del Fir non essendo qualificabile, per quanto si è dianzi notato, come produttore.

A scanso di equivoci e, ancora precauzionalmente, il committente potrebbe ben ricevere dal manutentore una fotocopia del Fir in virtù delle responsabilità derivanti dalla nuova definizione di produttore a seguito della cosiddetta “sentenza Fincantieri”, e il manutentore potrebbe portare con sé – durante il trasporto - anche una copia del contratto di manutenzione, piuttosto che limitarsi a richiamarla sul Fir.

Occorre inoltre ricordarsi di apporre sulla l^a copia dei Fir il numero del registro dove è stata registrata l'operazione di carico;

- *Redazione del registro carico e scarico (relativo al deposito temporaneo: del luogo di produzione che è del manutentore⁷⁶):* il manutentore deve possedere un registro vidimato presso la CCIAA della propria sede conformi a quanto indicato dal D.M. n.148/1998.

In qualità di soggetto dovrà compilare il registro, per le attività di carico, in tutte le sue parti, allorché il rifiuto come prodotto giunge in sede e viene successivamente trasportato dal luogo di manutenzione, che sarà evidenziato nella quarta colonna “Luogo di produzione e Attività di provenienza del rifiuto” come la sede fisica dove è stato prodotto materialmente il rifiuto. Devesi ricordare di indicare, nella prima colonna, il numero del Fir che è stato utilizzato per effettuare il carico, in modo tale che si possa tracciare il movimento del rifiuto dal luogo di ritiro (di produzione “reale”) all'ingresso nel deposito temporaneo del manutentore (luogo di produzione “fizionistica”), caricando il rifiuto di cui trattasi nella contabilità del deposito temporaneo.

- *Controllo sugli adempimenti:* ovvero sui Fir e registri cosiccome redatti (vedi sopra);

- *Trasportatore professionale:* colui che ritira i rifiuti dal deposito temporaneo del manutentore per poi conferirli all'impianto affidatario del trattamento dei “propri” rifiuti da attività di manutenzione;

⁷⁶ Ciò in quanto possono tenere i registri nel luogo di produzione dei rifiuti solamente i soggetti che producono rifiuti dall'attività di manutenzione delle infrastrutture (art. 230, comma 4), non da manutenzione cosiddetta “generica” (art. 266, comma 4).

- *Destinatario finale (impianto di trattamento)*: va verificata la validità in corso dell'autorizzazione relativa ai rifiuti conferiti dal manutentore e la ricomprensibilità della tipologia e codicistica dei rifiuti medesimi;

- *Rapporti civilistici preliminari tra i vari soggetti che vengono a qualificarsi a vario titolo*: committente della manutenzione; manutentore (produttore-trasportatore-detentore), trasportatore professionale e impianto finale. Il contratto diventa "fonte" del rapporto e chiarisce gli aspetti "controversi" o "criticabili" di cui si è dianzi accennato;

- *Garanzia di regolarità della gestione da parte dei soggetti competenti*: occorre verificare la gestione stessa sotto la lente dei principi di prudenza e diligenza, oltre che della corresponsabilizzazione (ex art. 178, comma 3 del codice ambientale)⁷⁷.

9. Conclusioni

Come visto, la disposizione dell'art. 266, comma quarto, del codice ambientale è riferita alle attività manutentive cosiddette "generiche" e soffre di diverse (contrastanti) interpretazioni, testimoniate da talune difficoltà applicative, come pure da sporadici interventi sanzionatori da parte di controllori e di altri soggetti.

Richiamando quanto sin qui illustrato e argomentato, si ritiene decisamente preferibile e fondata la posizione cosiddetta "moderata", dianzi illustrata, che peraltro risulta essere seguita nella prassi, oltre che propugnata dalla dottrina (tra altri, da P. Ficco, S.M. Maglia, L. Prati).

Questa posizione risulta infatti sostenibile, oltre che per le considerazioni dianzi svolte - non meramente giuridiche - anche sotto il profilo metodologico e interpretativo (ermeneutico), volto ad una comprensione della normativa non «contraria alla esigenza della pratica, della equità e del buon senso»⁷⁸.

⁷⁷ Cfr. sentenza Cass. Pen., Sez. III, 6 febbraio 2000, n. 1767 ove «peraltro gli adempimenti relativi al controllo dell'autorizzazione del soggetto autorizzato alle attività di recupero o di smaltimento, alla restituzione del formulario e, in caso di omissione, alla comunicazione alla provincia, previsti dal citato precetto (art. 10 del decreto Ronchi N.d.A.), non esauriscono completamente la misura della diligenza richiesta al detentore e/o produttore dei rifiuti».

⁷⁸ Cfr. G. LEVI, *Interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 21.

Inoltre, non vanno sottovalutate, bensì valorizzate, ulteriori considerazioni, riguardanti anche aspetti evolutivi della realtà economico-impresoriale dell'attuale momento storico (il che non significa certo e comunque "ratificare" un qualsiasi stato di fatto).

Questi comportamenti, per come prefigurati, in concreto non costituiscono una "offesa" ai beni ambientali e alla funzione della pubblica amministrazione.

Sotto altro angolo visuale, trattasi di comportamenti che - come precedentemente argomentato - pongono la questione della "relativizzazione" della presunzione di pericolo, evitando una sterile "geometria del diritto" la quale, ove portata all'eccesso, finirebbe per criminalizzare persino un semplice manutentore che nell'ambito della propria attività (come detto previamente contrattualizzata, ma prima ancora prevista e consentita anche da una specifica disposizione legislativa) porti nel proprio magazzino, con il proprio mezzo di trasporto (autorizzato *ad hoc*) dei meri pezzi di consumo e/o di ricambio derivanti, ad esempio, dalla manutenzione programmata di una fotocopiatrice.

Forse, *de iure condito*, occorrerà rivalutare l'idea della cosiddetta "presunzione relativa" che impone al P.M. non di provare la presenza del pericolo nella situazione concreta, consentendo all'imputato di dimostrarne l'assenza, il che - in uno scenario futuro - sarà valutato (in termini di fondatezza e attendibilità nell'ambito dei principi della prova) dal libero convincimento del giudice, cioè senza compromettere la funzione politico-criminale (*nullum crimen sine iniuria*) assegnata ai reati di pericolo presunto⁷⁹.

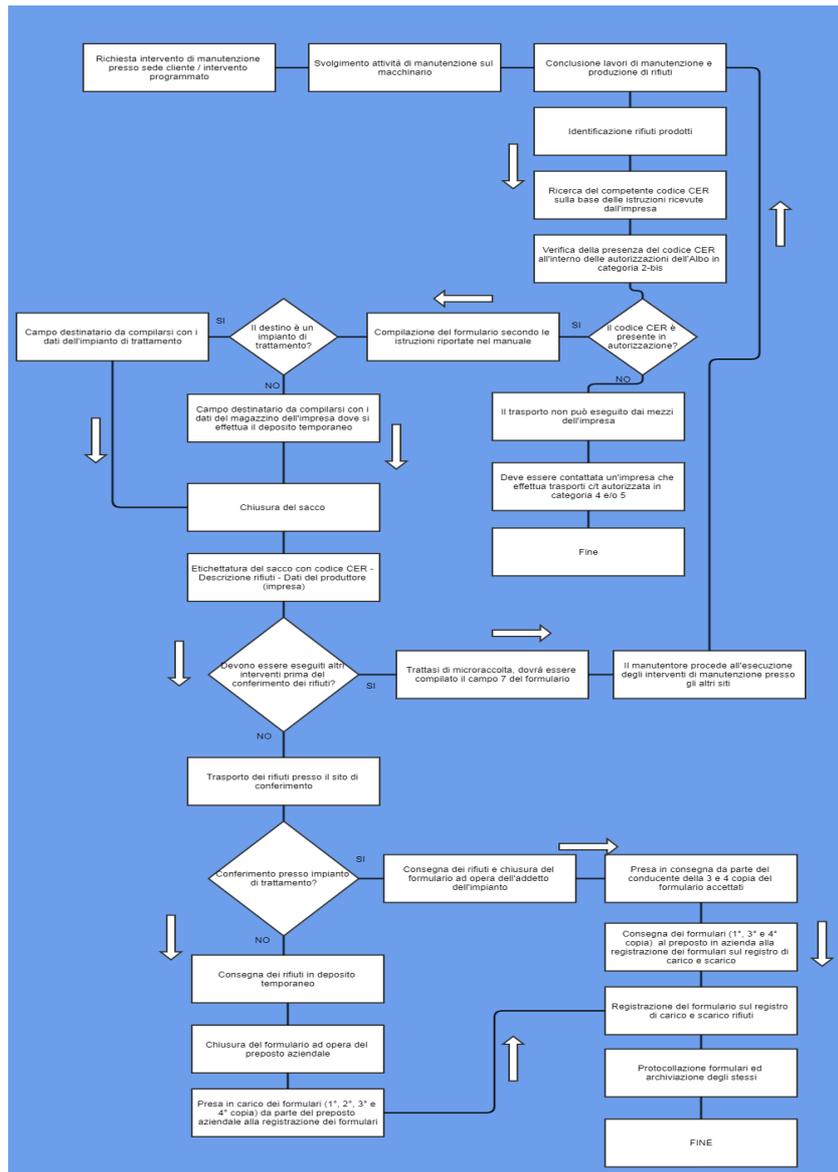
⁷⁹ Diffusamente vedasi M. CATENACCI, *I reati ambientali e il principio di offensività*, in M. CATENACCI - G. MARCONI (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 303 *et passim*. Per l'A. l'impostazione è fondata sia sul piano dogmatico, valorizzando in pieno i nessi tra tipicità ed offensività, che su quello esegetico, conciliandosi con le disposizioni che regolano la formazione della prova: «se è vero che quest'ultima, per le parti processuali è un vero e proprio "diritto" (art. 190 c.p.p.); se vero oggetto di questo diritto sono non solo i fatti che si riferiscono all'imputazione, ma anche quelli "che si riferiscono alla punibilità" (art. 187 c.p.p.); e se è vero infine che i comportamenti privi della pericolosità presunta dal legislatore sono per l'appunto, come testualmente recita l'art. 49, comma 2. c.p. "non punibili", ebbene ciò significa che anche l'assenza di pericolosità "presunta" è oggetto del diritto alla prova, e che dunque quest'ultima non può arrivare a comprendere anche la prima se non a prezzo di una grave e inspiegabile antinomia nel sistema delle regole, finalizzate a garantire il pieno e totale contraddittorio nella formazione della prova. Ma tutto ciò con due importanti puntualizzazioni», sostanzialmente: 1) l'accertamento dell'effettiva pericolosità sarà ammissibile ove l'esercizio dell'attività a rischio sia mero presupposto della condotta tipica (inosservanza di obblighi formali) ma non riguardi la "tutela di funzioni" (es. interesse della PA a ricevere e gestire informazioni che le consentano un adeguato controllo della situazione

Ma, per restare ad aspetti concreti, l'interpretazione per così dire "moderata" risulta essere condivisa anche da moltissimi soggetti che operano, da anni, in diverse regioni; naturalmente tutto ciò non può diventare una sorta di "salvacondotto" o costituire una sorta di attestato di valida interpretazione e applicazione della normativa in parola. Va però osservato che alcune province hanno adottato (se non anticipato) la suddetta posizione "moderata", con propri provvedimenti. Non da ultimo la Provincia Autonoma di Bolzano ha dato una soluzione alla questione dell'attività dei manutentori, assumendo in Giunta Provinciale la deliberazione n. 3346 del 15 settembre 2008 recante «Iscrizione nell'Albo nazionale gestori ambientali per determinate attività». Ivi si prevede un'iscrizione semplificata nell'Albo (con la semplice iscrizione alla Camera di Commercio) per tutte le imprese che eseguono talune attività di raccolta e trasporto dei propri rifiuti in Alto Adige, tra le quali rientrano «la raccolta e il trasporto dei propri rifiuti non pericolosi» (lett. "a", punto 1), e, in particolare (punto 2), per quanto qui interessa: «i rifiuti provenienti da attività di manutenzione o da colui che effettua lavori artigianali o di sostituzione di beni presso terzi o da attività di assistenza sanitaria e trasportati presso la sede della persona che ha svolto questa attività o che vengono trasportati dal campo al maso si considerano prodotti presso la sede o il domicilio del soggetto che svolge tali attività, come previsto anche dall'articolo 266 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n.152, e quindi non è prevista l'iscrizione nell'Albo nazionale gestori ambientali. Il trasporto di questi rifiuti è solo ammesso per un quantitativo di 5 m³ a viaggio. In questo caso il trasporto non deve essere accompagnato dal formulario di identificazione dei rifiuti».

Anche qui l'attenzione viene posta alla modestia dell'attività e alla movimentazione che viene essere ritenuta "trascurabile" nel limite di 5 metri cubi a viaggio, evidenziando come considerazioni di buon senso e di praticità debbano contemperarsi con interpretazioni altrettanto concrete, fuori dalla "geometria del diritto".

ambientale: si arretra la soglia di punibilità oltre l'immediato pericolo, fino al pericolo astratto o presunto); 2) per evitare che la prova negativa diventi una *probatio diabolica* occorrono particolare cautela e rigore, per cui sono necessarie almeno tre condizioni; a) l'assenza di pericolosità in concreto provata con fatti/atti specifici; b) la possibilità di annullare la prognosi di pericolosità formulata in astratto dal legislatore (vedi art. 49, comma 2, c.p.); c) la valutazione dell'effettivo rischio (o pericolo) per l'ambiente preso di mira dalla incriminazione, dimostrando che ricorrono fattori che annullano la predetta prognosi di pericolosità.

Allegato: diagramma di flusso delle azioni da compiersi durante le attività di manutenzione e trasporto di rifiuti:



ABSTRACT

Alberto Pierobon – *Il punto sui rifiuti da manutenzione*

Viene esaminata la tematica dei rifiuti da manutenzione a partire dalla configurazione fattuale e contrattuale dell'attività di manutenzione, nella sua autonomia organizzativa-gestionale, correlando la medesima attività agli istituti e alle definizioni del codice ambientale (es: produttore e gestore dei rifiuti, deposito temporaneo, responsabilità nella gestione): ciò soprattutto avendo riguardo alla c.d. "specialità" dell'art. 266, comma quarto, del codice ambientale, ermeneuticamente interpretata ricorrendo alla *fictio iuris* e considerando, altresì, la ragionevolezza di una siffatta deroga, in quanto compatibile con l'esigenza della tracciabilità dei rifiuti e della tutela ambientale in generale.

PAROLE-CHIAVE: rifiuti da manutenzione; attività da manutenzione; specialità; tracciabilità dei rifiuti; tutela ambientale.

Alberto Pierobon – *Remarks about the maintenance waste*

The article examines the issue of maintenance wastes. Starting from the factual and contractual configuration of maintenance activity, in its organisational and managerial autonomy, this activity interacts with the legal institutes and definitions of the Italian environmental code (e.g.: producer and waste manager, temporary storage, management accountability), having regard to the so-called "speciality" of article 266, par. 4, environmental code, provision that has to be interpreted using a *fictio iuris*, also considering the reasonableness of such an exemption in connection with the demand for a functional waste tracking-system and the environmental protection in general.

KEYWORDS: maintenance wastes; maintenance activity; speciality; waste tracking-system; environmental protection.